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

Artículos

La competencia desleal

Jorge Otamendi *

INTRODUCCIÓN

La competencia en un mercado es la lucha por la clientela. Hay competencia cuando se puja por ofrecer lo mismo o algo que lo puede reemplazar. Esta lucha debe realizarse dentro de ciertas pautas para ser leal. De lo contrario, será desleal. Y cuando es desleal se convierte en un acto ilícito que a veces, según lo establezca la legislación, alcanza la categoría de delito. Su realización causará un daño resarcible y, desde luego, la justicia ordenará su cese.

Existe una gran dificultad, sino imposibilidad, en encontrar una definición del concepto de competencia desleal. Ello, porque la variedad de actos desleales es tal que impide abarcarlos en una definición concreta.

No es competencia desleal el captar un cliente de un competidor, ya que esa es la esencia de la competencia. La cuestión está entonces en los medios que se utilizan para captar ese cliente. Hay medios leales, como lo es el ofrecer el producto de la mejor calidad posible al menor precio posible, sin llegar al dumping, la realización de campañas publicitarias o promocionales, la distribución del producto en todos los lugares en que es buscado, para citar los principales. Como vemos, se trata de medios en los que el competidor solo se apoya en su propio esfuerzo y desde esta posición, intenta vencer a su o sus competidores. Esta conducta es impecable y leal.

Cuando el competidor, para luchar por la clientela, comienza a "apoyarse" en su o sus competidores, en sus esfuerzos, o en sus productos y servicios, entonces entra en un terreno en el que la deslealtad y, por ende, la ilicitud, puede aparecer con toda facilidad. Utilizo la palabra "apoyo" en su acepción más amplia, abarcando la copia, el aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno y hasta las maniobras para dañar o destruir al competidor. También hay deslealtad cuando lo que se ofrece no es lo que se dice ofrecer. Aparece así el engaño que intenta mostrar lo que no es.

El tener una noción lo más clara posible de lo que es un acto de competencia desleal es siempre importante. La variedad casi infinita de actos desleales, y la ausencia de normas específicas nos obligan, en muchos casos, a recurrir a los principios generales del derecho en busca de protección. Cuanto más clara dicha

* Abogado, Universidad Católica Argentina; Doctor en Derecho, Universidad de Buenos Aires; Master of Comparative Law, University of Illinois, Urbana - Champaign. Profesor del Master en Derecho de la Universidad de Palermo y Profesor de la Universidad Austral.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

noción, más cerca estaremos de llegar a una justa solución. Al tratar de encontrar una idea lo más cercana a la imposible definición, debe tenerse cuidado de no convertir la competencia en algo tan condicionado que termine eliminándola. Si esto ocurre, el consumidor será el gran perjudicado ya que no tendrá frente a sí la mejor selección, y los precios y calidad no serán los mejores posibles.

Sirve para saber si la hay competencia desleal, el determinar si ha habido honestidad al actuar o si se han contravenido normas que defienden la moral y las buenas costumbres. Conceptos estos también generales que deben ser aplicados con cuidado. El panorama se complica, porque hay otros derechos en juego según sea el medio competitivo utilizado, como ser el derecho de expresarse, de trabajar y de informar libremente, el derecho de copiar lo que está en el dominio público y el derecho a comerciar. Estos factores jugarán un papel fundamental en la determinación de la deslealtad, es decir, de la ilicitud.

La constante evolución de las técnicas y estrategias de comercialización, es una fuente inagotable de nuevos actos que se realizan en el marco, también cambiante, de lo que es considerado permitido, posible, moral o ético. La legislación nunca se modifica con la misma velocidad con que lo hace la realidad, por lo que los tribunales son los que, aplicando los principios tradicionales, resuelven sobre nuevos actos en un contorno social cambiante. Tarea difícil. Hay actos cuya deslealtad ayer no se discutía y que hoy no parecen serlo. La ausencia de normas específicas, como dije, acentúa el problema, pero no lo hace desaparecer. En esta materia siempre habrá nuevos actos que se apartarán del tipo legislado y que requerirán una interpretación de la ley y de los principios generales.

Como bien dice Nims: "No existe un índice de actos que constituyan competencia desleal. Ningún profeta ha intentado predecir qué actos serán considerados de competencia desleal en el futuro. Los tribunales reconocen el genio del infractor y declinan definir el fraude, reservándose el derecho de tratar con él, en cualquier forma en que pueda presentarse. El ingenio del competidor desleal es ilimitado por definición. Su campo es amplio y cambiante por siempre. Elude clasificación o definición".[1]

El causar un daño es un dato importante, pero no esencial. Los actos de competencia desleal no siempre causan un daño a una misma persona. Si bien siempre dañarán al competidor, no siempre dañarán al consumidor. Cuando se roba un secreto de fábrica, se perjudica al competidor, pero esto no daña al consumidor. Cuando se realiza una publicidad engañosa se perjudica no sólo al competidor sino también al consumidor. Sin embargo, en la medida en que el acto esté calificado como de competencia desleal, quizás el consumidor no pueda invocar esa norma para obtener una reparación. Esto nos muestra que si bien puede haber actos de competencia desleal, su regulación puede estar en leyes que no se denominen de competencia desleal. Es el caso, por ejemplo, de las leyes de lealtad comercial, de marcas y designaciones, de modelos y diseños industriales, y hasta de la propiedad intelectual. Su violación, en la gran mayoría de los casos constituye un acto de competencia desleal, pero los actos violatorios no serán perseguidos como tales, sino en virtud de lo que esas leyes específicas

1. Nims, Harry D., *The Law of Unfair Competition and Trademarks*, New York, 1947, Volumen I, Página 14.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

determinen. La competencia desleal es así un paraguas enunciativo y abarcativo de cantidad de conductas. Conductas que estarán regidas por normas específicamente designadas como de competencia desleal por la legislación dictada a tal efecto, o por otras leyes que sin considerarlas como de competencia desleal las castigan, o por los principios generales del derecho, que los tribunales deberán aplicar ante la ausencia de normas específicas.

Normas aplicables

Como dije antes, no hay en Argentina un cuerpo legal orgánico que se refiera a los actos de competencia desleal. Hay normas directamente aplicables y específicamente referidas a la competencia desleal, algunas provienen del derecho interno, otras del derecho internacional, adoptadas como legislación de nuestro país. Entre las primeras están los artículos 159 y 289 inciso 1º del Código Penal, las normas de la Ley No. 22.802 de Lealtad Comercial, las normas de la Ley 22.362 sobre Marcas y Designaciones, y las normas de la Ley 24.766 de Confidencialidad.

Las que provienen del derecho internacional son las contenidas en el artículo 10 y 10 bis del Convenio de París, Ley 17.011 y las contenidas en el artículo 39 de las normas sobre propiedad intelectual dictadas en el marco del GATT, conocidas internacionalmente como TRIPS, aprobadas por la Ley 22.425.[2] Obviamente, hay normas en el Convenio de París y del TRIPS que, al defender a las marcas y otros derechos de la propiedad industrial e intelectual, también se refieren a actos de competencia desleal.

La competencia está también regida por la Ley 22.262 de "Defensa de la Competencia". Esta ley castiga lo que genéricamente se denominan actos restrictivos de la competencia. Si bien se trata de una cuestión diferente a la competencia desleal, es difícil a veces establecer una línea clara de separación. El acto de competencia desleal es el que implica competir, aunque de manera indebida. Los actos restrictivos tienen por finalidad el no competir, o competir menos, anulando el accionar del competidor. La ley de defensa de la competencia protege, como su nombre lo indica, a la competencia, es decir, al libre juego de la oferta y la demanda. El régimen de la competencia desleal protege al competidor. En lo mediato ambos regímenes protegen tanto a la competencia, como al competidor y, por último, al consumidor. No debe olvidarse que cuanto más perfecta y leal sea la competencia, mayor será el beneficio del público consumidor.

La inexistencia de normas legales que específicamente prohiban determinados actos no debe ser óbice para obtener el cese de las conductas indebidas. Las normas específicas tienen sustento en los principios generales del derecho. Ellas refuerzan y aclaran esos derechos, castigan con penas en algunos casos, pero su ausencia no hace legales a los actos indebidos.

---

2. Cabe aclarar que mientras la Ley 17.011 aprobó el texto del artículo 10 bis en la versión aprobada en Lisboa, el TRIPS incluyó como propia la versión del Convenio de París adoptada en Estocolmo. El texto del artículo 10 bis fue el mismo aprobado en Lisboa aunque en otros artículos hay algunas modificaciones que no vienen al caso explicar aquí. Para mayor información, Argentina ya había aprobado parcialmente el texto aprobado en Estocolmo por Ley 22.195. Parcialmente porque esta ley aprobó del artículo 12 al 30. Con la aprobación del TRIPS, Argentina aprobó plenamente el texto de Estocolmo.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

No hay en el Código Civil ni en el Código de Comercio una norma que expresamente se refiera a los actos de competencia desleal. Debemos recurrir entonces a las normas que se aplican a todo acto jurídico, contenidas en el Código Civil y aplicables, por vía supletoria, a los actos de comercio. El primero de ellos es el artículo 953 que establece que "el objeto de los actos jurídicos deben ser cosas que estén en el comercio, o que por un motivo especial no se hubiese prohibido que sean objeto de algún acto jurídico, o hechos que no sean imposibles, ilícitos, contrarios a las buenas costumbres o prohibidos por las leyes, o que se opongan a la libertad de las acciones o de la conciencia, o que perjudiquen los derechos de un tercero. Los actos jurídicos que no sean conformes a esta disposición, son nulos como si no tuviesen objeto".

Dado que este artículo sólo se refiere a la nulidad de tales actos, pero no a la forma de lograr su cesación, podría sostenerse que no es base suficiente para obtener del Juez una orden de cesación o de abstención en la realización de un acto de competencia desleal.

Esta interpretación es restrictiva, excesivamente formalista y dejaría impunes una serie de actos indebidos. Nos lleva esto a preguntarnos si un acto de competencia desleal es o no un acto ilícito. Sin duda sí lo es, aun cuando no haya una prohibición expresa tal como lo exige el artículo 1066 del Código Civil.[3] Lo es, porque ningún sistema que se base en la justicia puede admitir actos incorrectos, deshonestos, que tengan como finalidad el aprovechamiento del esfuerzo de un tercero, para luego usarlo en contra de éste; o como medio para lograr algo, el engaño o la denigración.

También esta el artículo 1109 que establece que "todo el que ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio".

Toda vez que un acto de competencia desleal cause un daño, el perjudicado puede recurrir a este artículo y obtener la correspondiente reparación. Pero no siempre un acto de competencia desleal causa un daño concreto, aunque pueda causarlo en el futuro, y si lo ocasiona muchas veces es muy difícil, sino imposible, probarlo. ¿Significa ello que tal acto queda sin sanción, que no puede ser detenido por la justicia? Desde luego que no. Causado el daño nacerá el derecho a la reparación. Pero la ausencia del mismo no puede ser un obstáculo a que se ordene el cese de la conducta indebida.

Es también aplicable el artículo 1071 del Código Civil, que considera un ejercicio abusivo del derecho el "que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres".

Que principio más justo y más relacionado con estas normas que aquél que obliga a dar a cada uno lo suyo. La competencia desleal es una franca contradicción al mismo.

Roberto Goldschmidt, que ha tratado el tema con profundidad afirma que "la moral jurídica exige, especialmente, que dentro del ordenamiento jurídico, social y económico existente, rijan sanas condiciones sociales y económicas y que, por consiguiente, los negocios y los actos inconciliables con

3. ART. 1066: «Ningún acto voluntario tendrá el carácter de ilícito si no fuere expresamente prohibido por las leyes ordinarias, municipales o reglamentos de policía; y a ningún acto ilícito se le podrá aplicar pena o sanción de este Código, si no hubiere una disposición de la ley que la hubiese impuesto».

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

ellas no encuentren ningún reconocimiento jurídico o que responsabilicen por el daño causado".[4]

Agrega este autor que de la "ilicitud objetiva nace siempre un derecho al restablecimiento de la situación conforme a derecho, sin que haya necesidad de recurrir a una acción de reparación".[5] Se refiere a la acción de supresión, que tiende a "impedir la realización de un acto objetivamente antijurídico".[6]

Veremos luego cómo nuestros Tribunales han recurrido a estas normas para sancionar los actos de competencia desleal.

Las actividades comprendidas

El régimen en análisis cubre toda actividad que se realice sea esta comercial o no. Las entidades sin fines de lucro pueden ser víctimas de actos de competencia desleal. También pueden serlo las personas que desarrollen una actividad profesional. De hecho, muchos profesionales actúan regidos por códigos de ética, que en definitiva no son más que pautas para competir sana y lealmente entre sí.

Por lo tanto, no hay actividad excluida. Todos los que realicen cualquier actividad por la cual ofrezcan algo a alguien deben actuar lealmente.

El competidor. La competencia parasitaria

Competencia implica necesariamente que haya más de uno que puje por lo mismo. En el caso, luchan por la clientela. Para que exista un acto de competencia desleal tiene que haber otro a quien se quiere perjudicar, otro de quien se quiere aprovechar su esfuerzo, otro a quien se le quiere quitar la clientela. En definitiva, habrá un competidor perjudicado, o a quién se intenta perjudicar. Con lo cual, pareciera ser que un acto realizado en perjuicio de quien no es un competidor, no es un acto de competencia desleal. Podría ser ilícito, pero no de competencia desleal. Como veremos luego, el artículo 159 del Código Penal castiga a quien realice determinados actos para captar clientela ajena. Este concepto de clientela ajena requiere que haya al menos un competidor. Por tanto, para que se dé el tipo penal, debe existir tal competidor.

¿Es lo correcto mantener este concepto en la esfera civil? Pienso que no. El concepto de competencia desleal, como vimos, es un nombre que se le da a un conjunto de actos diversos. Muchos de ellos son castigados aun cuando no exista un competidor. Por ejemplo, quien realiza publicidad engañosa es castigado aun cuando sea el único oferente en el mercado en que actúa. El acto es castigado porque es malo en sí mismo, y, desde luego, porque causa un daño al público. Hay otros actos que pueden ser realizados en perjuicio de quienes no son competidores. Por ejemplo, el que copia un estilo comercial o una marca de

---

4. Goldschmidt, Roberto, *Hacienda Comercial y Competencia Desleal*, Imprenta de la Universidad de Córdoba, Argentina, 1950, página 53.

5. Goldschmidt, *op. cit.*, página 82.

6. Goldschmidt, *op. cit.*, página 89, quien explica luego (página 92) que la acción de supresión no requiere la culpabilidad, y que deriva del derecho de la persona protegida a la cesación de la turbación de la obligación legal de no realizar actos prohibidos. También existe, dice el autor, la acción de abstención «propuesta por lo general después de un acto objetivamente ilícito, cuya repetición amenaza».

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

alguien que actúa en otro mercado, dentro o fuera del país. O quien roba información que otro guarda confidencialmente.

¿No deberían estos actos ser prohibidos? La solución está en castigar el acto porque es malo en sí mismo y no por ser hecho en perjuicio de un competidor. Ni siquiera es necesario para ello el ampliar el significado de competidor, para que comprenda también al eventual o potencial.

Ives Saint Gal se ha referido hace muchos años a esta cuestión. El denomina a las conductas realizadas fuera del marco de la competencia con el nombre de accionar parasitario. Define esta conducta como "el acto de un comerciante o un industrial que, mismo sin la intención de dañar, obtiene o trata de obtener provecho del prestigio adquirido legítimamente por un tercero, y sin que haya normalmente riesgo de confusión entre los productos y los establecimientos".[7] La represión de estos actos, para este autor, puede fundarse, criterio que comparto, en los principios generales del derecho relativos a la buena fe y que sancionan los actos realizados con malicia y mala fe.[8]

Un caso de esta naturaleza se da cuando alguien utiliza una marca notoria de un tercero, obviamente sin su autorización, para distinguir productos para los cuales aquélla no esta registrada. No se da el acto de competencia pero existe un aprovechamiento del prestigio ajeno. Lo mismo puede suceder cuando se copia una publicidad o un estilo publicitario, utilizados con intensidad para otros productos.

El conocido autor norteamericano Rudolf Callman explica que "es el propósito de la ley de competencia desleal el proteger la posición competitiva de la empresa".[9] Agrega luego que para que tal protección sea efectiva, es también necesario proteger sus derechos y valores particulares contra los actos dañinos de no competidores". Aunque aclara que "en tales casos, el daño constituye una violación legal, independientemente de la ley de competencia desleal, y está sujeta a las reglas de la ley general de daños".[10]

En esta idea, todo aquello que cause un daño a los bienes que se utilizan para competir debería ser prohibido. El uso de la marca de un no competidor puede afectar su poder distintivo y el uso de su publicidad puede disminuir su impacto ante el publico. Quien actúe en el mercado debe entonces, no solo competir lealmente, sino valerse de su propio esfuerzo. En otras palabras, deberá siempre correr con sus propios colores.

Krasser explica que "el hecho que dos empresas pertenezcan a escalones diferentes del circuito económico no excluye una competencia desleal de uno contra el otro".[11] Y da como ejemplos, el caso del farmacéutico que fue condenado por denigrar a un fabricante de medicamentos, y el del vendedor minorista condenado por comparar un producto peyorativamente con otro. En ninguno de estos casos quien actuó indebidamente competía con el damnificado.

---

7. Saint-Gal, Yves, *Protection et defense des marques de fabrique et concurrence deloyale*, 2me. edition, J. Delmas et Cie., París, 1962, página X-A 3.

8. Saint-Gal, *op. cit.*, página X-A 4.

9. Callman, Rudolf, *The law of unfair competition and Monopolies*, Callaghan & Co., Illinois, 1990, Volumen 1, Capítulo 109, página 33.

10. Callman, *op. cit.*, volumen 1, Capítulo 109, página 33.

11. Krasser, Rudolf , *La repression de la concurrence deloyale dans les Etats Membres de la Communaute Economique Europeenne*, De. Dalloz, 1972, T 4, página 53.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

La noción de competencia desleal, debe alcanzar para prevenir la realización de actos que, sin tener por objeto quitarle la clientela a otro, chocan con la buena fe. Si se quiere, debería cambiarse el nombre de competencia desleal, por el de competencia incorrecta. Y así reflejar acabadamente el deber ser que se desea exista cada vez que alguien actúa en un mercado. El régimen establecería entonces cómo debe comportarse quien actúe en un mercado, sin importar si aprovecha el esfuerzo de, o perjudica, a un competidor o a quien no lo es.

Clasificación de actos de competencia desleal

Lo dicho antes respecto de la dificultad de definir al acto de competencia desleal, es también aplicable cuando se trata de hacer una clasificación. Cualquiera estará influenciada por los actos de competencia desleal reconocidos como tales hasta hoy. Una clasificación ayuda a estudiar y comprender la cuestión, pero no siempre servirá para considerar desleales a otros actos que no caigan dentro de la misma. A lo largo de los años, la doctrina ha elaborado distintas clasificaciones. La que considero más completa y abarcativa es la que da Roubier.[12]

Este autor divide a los actos de competencia desleal en actos de confusión, actos de denigración, actos de desorganización interna de la empresa competidora y actos de desorganización general del mercado. Seguiré esta clasificación y al tratar los diversos actos me referiré tanto a la legislación aplicable como a los casos resueltos por nuestros tribunales, si los hay.

LA CONFUSIÓN

Introducción

Una de las formas clásicas y más habituales de competencia desleal es la de tratar de confundir al consumidor. El competidor desleal intenta modificar la elección del consumidor mostrándole una realidad que no es tal. La confusión es, entonces, la consecuencia de un engaño. La confusión a la que me refiero aquí es la que se intenta provocar sobre el origen de los productos o servicios, o sobre los productos o servicios mismos. Este acto de competencia desleal se da cuando se realizan actos que hacen creer al consumidor que un negocio o actividad, o que el producto o servicio que va a comprar, es el de un competidor.

Para lograr esto, el competidor puede realizar los siguientes actos:

1. Usar una marca confundible con la de un competidor.

2. Usar elementos distintivos en la realización de su actividad confundibles con los de un competidor. Esto comprende el uso de una designación confundible con la de un competidor o bien utilizar elementos distintivos característicos de un competidor o confundibles con ellos, como ser, la presentación general de los productos, uniformes de empleados, decoración interior o exterior de locales, la imitación de la publicidad de un competidor, la imitación o reproducción de elementos distintivos de la actividad o negocio fuera del mismo, como ser los utilizados en camiones y otros vehículos del competidor, los utilizados en

12. Paul Roubier, *Le Droit de la Propriete Industrielle*, 1954, París, volumen 1, página 504.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

uniformes del personal del competidor, de sus vendedores ambulantes, repartidores y visitadores, entre otros.

3. Afirmar que el producto propio es como el de un competidor. Es el caso en que se vende un producto afirmando que es "tipo" el de un competidor.

4. Hacer creer que el producto del competidor es de una distinta calidad, estado o clase, o bien que no es del competidor.

5. Usar el nombre del ex-empleador o ex-socio en la propia actividad queriendo mostrar un vínculo inexistente.

6. Imitar el producto del competidor.

En los casos de confusión, para que exista competencia desleal es necesario que el elemento distintivo usado por el competidor sea precisamente eso, distintivo. Ese elemento debe ser un elemento hábil para distinguir al competidor y a sus productos o servicios de los demás. Esto significa que si dicho elemento es de uso común, entonces cualquiera puede utilizarlo. Por ejemplo, nadie podría pretender que hay un acto de competencia desleal por utilizar un uniforme de color blanco en una farmacia, o por usar en una botella de color verde para vender vino.

Por lo tanto, cuanto más distintivos, únicos y característicos sean los elementos usados menos podrán acercarse los competidores sin correr un riesgo de actuar deslealmente. Quien elige usar medios distintivos débiles o publicidad que es común a muchos, sabe que debe aceptar que otros también podrán hacerlo y que él no tendrá acción para impedirlo.

Veamos los distintos supuestos en los se que recurre a la confusión para competir:

Uso de marcas confundibles

Toda vez que se utiliza una marca para distinguir un producto que es confundible con la que usa un competidor, estamos frente a un acto de competencia desleal. Cabe aclarar que en muchos casos, seguramente casi en la totalidad de ellos, se tratará del uso de una marca confundible con otra marca registrada. En este caso, el titular de esa marca tendrá a la mano las acciones que le da la ley 22.362 de Marcas y Designaciones. Por lo cual, su acción será una acción marcaria y no una acción de competencia desleal. Cabe agregar, que la ley de marcas da protección a la marca registrada sin importar que exista o no un acto de competencia desleal, y aún cuando en la mayoría de la veces ésta exista. La ley de marcas protege a la marca registrada y le otorga un derecho exclusivo a su titular que se limita, en principio, a los productos o servicios para los que la marca fue registrada. El régimen de competencia desleal castiga al acto por el acto indebido en sí.

La Ley de Marcas protege la marca registrada sin importar si el que usa una marca confundible actúa deslealmente. Es más, hay casos en los que no hay acto de competencia desleal, ni siquiera parasitaria, y hay violación del derecho marcario. Por ejemplo, cuando hay una marca registrada y desconocida, que no es usada por su titular porque es meramente defensiva de su nombre comercial, que cubre productos no afines con la actividad de su titular y es usada por un tercero.

Con esto, vemos que puede darse el caso en que el régimen de competencia desleal se separe del régimen marcario, aun cuando suceda en pocas oportunidades. El régimen de marcas tiene su origen y necesidad, después de

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

todo, en evitar que los productos y servicios que están en el mercado sean confundidos por el público consumidor.

El régimen de competencia desleal adquiere relevancia determinante en materia de confusión marcaria cuando el titular de la marca no puede recurrir a la ley de marcas. Y esto sucede cuando la marca en cuestión no está registrada conforme a la Ley 22.362.

El artículo 4º de dicha ley establece que la propiedad de una marca y el derecho exclusivo se adquieren con su registro. Todas las medidas y acciones que otorga esta ley lo son para la marca registrada. Hasta tanto la marca sea registrada la ley de marcas no entra en escena. Y esto vale tanto para las marcas en trámite de registro como para aquellas que ni siquiera han iniciado ese trámite.

Una marca no registrada es una marca de hecho, como se la denomina en la jerga marcaria. Otorgar la protección que reconoce la ley de marcas a una marca de hecho es desvirtuar completamente el régimen marcario.

Es por ello que, ausente el registro, el titular de la marca debe recurrir a otras normas para obtener protección. La cuestión es importante pues tendrá que probar cosas diferentes, no solamente la titularidad de la marca registrada y el uso confundible como sucede cuando hay marca registrada.

Extremos a probar

En primer lugar, el accionante debe probar que es el titular de una marca de hecho que es reconocida por el público. Esto implica que ha usado una marca durante un plazo tal que le ha permitido ganar una clientela. Es necesario probar un grado de reconocimiento y la existencia de clientela, ya que de lo contrario, el otro no habrá competido deslealmente.

La prueba del uso y la clientela darán la medida de la protección. Supongamos que en la ciudad de Salta alguien vende empanadas con una marca que no registró y su clientela se limita a una zona de dicha ciudad, en su mayoría habitantes de la misma. Este empresario no tendrá acción alguna contra quien utilice la misma marca en Bahía Blanca. Aquí no hay aprovechamiento de prestigio alguno, no hay competencia, ni daño. Distinto sería el caso si alguien comenzara a vender empanadas con la misma marca en la ciudad de Salta.

Desde luego el titular de la marca de hecho deberá demostrar que existe posibilidad de confusión. Esto se dará cuando se trate de los mismos productos o servicios o sin serlo, tengan una relación tal que hagan creer al consumidor que provienen del mismo origen.

Al igual que sucede con la marca registrada basta con que exista posibilidad de confusión, y no confusión probada. Esta confundibilidad se puede dar por las similitudes gráficas, ideológicas o fonéticas que existan entre las marcas. No me extenderé sobre el tema tratado con profundidad en el derecho marcario.

La protección geográfica y de producto o servicio que recibirá la marca de hecho estará dada por la extensión del uso. La marca registrada tiene protección nacional y lo merece para todos los productos o servicios que ampara aunque no sea utilizada, mientras esté vigente.

En cierta forma la marca de hecho tiene una protección similar a la de la designación de actividades. Cuando más difundida sea la marca y mayor sea el ámbito geográfico en el que se usa, mayor será su protección.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

Elementos distintivos de la actividad

Una actividad puede ser distinguida de otras de distintas formas. El elemento distintivo principal de una actividad comercial es el nombre comercial. Es el elemento distintivo con el que el comerciante se da a conocer frente al público. Cuando ese elemento distintivo se coloca sobre la fachada del local, se le denomina enseña comercial. Es habitual que ambos nombre comercial y enseña comercial coincidan.

La ley 22.362 protege a la designación de actividades comprendiendo tanto a las actividades con fines de lucro como a las que no lo tienen. Aquellas son el nombre y enseña comercial y estas serán simplemente designaciones, siendo ésta su denominación genérica.

Pero no es esta la única manera de distinguir una actividad. Hoy en día es común ver en una sola empresa una cantidad de elementos usados para diferenciarla, para distinguirla, para identificarla. Entre ellos están entre otros, la decoración exterior e interior de los locales, los uniformes de empleados, la decoración de los vehículos de la empresa, la presentación general de los productos, un estilo publicitario, etc.

En lo que hace a la designación y hasta la enseña, no hay duda que están amparados por las normas de la Ley 22.362. Con lo cual, cualquier perjudicado por un uso confundible apela a dichas normas y tendrá la protección específica. Pero cuando otros son los elementos distintivos de la actividad podría interpretarse eventualmente que no entran dentro del concepto genérico de designación y entonces el perjudicado tendrá que recurrir a otras normas del derecho.

De todas maneras, no hay muchas diferencias en lo que debe probarse se apele o no a la Ley 22.362. En todo caso debe probarse el uso del elemento distintivo, su titularidad y la posibilidad de confusión.

a) Designación de actividades y nombre comercial

El caso típico es la utilización de una designación confundible que haga creer al público que esa actividad o negocio es otro o relacionado con otro.

Puede haber una infracción a una designación sin que exista competencia desleal. Por ejemplo, cuando alguien no es un distribuidor o representante oficial, utiliza el nombre o marca de éste de tal manera que hace creer que si lo es. Es el caso de vendedores de repuestos o de quienes se dedican a la reparación y usan las designaciones o marcas de un tercero con tal preeminencia para causar ese engaño. La jurisprudencia ha considerado esta práctica como violatoria de los derechos protegidos por la ley 22.362. Pero no como un acto de competencia desleal.

b) Publicidad de ex-empleados

Algo que se da con bastante frecuencia es que empleados de una empresa se desvinculen de ésta, se instalen por su cuenta y en su nueva actividad hagan referencia a su antiguo empleo. Este supuesto no ha sido considerado delito o ilícito civil por la justicia.

Se ha dicho que “los simples avisos de propaganda relativos a la instalación de una casa de comercio constituida por los ex-empleados de Francisco José Chauvín, no constituyen maquinaciones fraudulentas, sospechas malévolas o un medio de propaganda desleal para desviar en su provecho la clientela de un

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

establecimiento comercial o industrial".[13] Este criterio fue confirmado en sede civil en un caso que comentaré después.[14]

El simple hecho, entonces, de mencionar que se trata de ex-empleados no parece ser, por sí solo, un acto de competencia desleal. Sin embargo, ese uso debe ser realizado de tal manera, a mi juicio, que no permita inferir al consumidor que existe una vinculación con el ex empleador. Si ello ocurriese estaríamos frente a un acto de competencia desleal.

c) Decoración Exterior

Una empresa puede caracterizarse frente al público por la forma especial que le da al edificio o edificios en los que desarrolla su actividad. Es posible registrar esa forma especial como marca y también es posible que tal registro no se haya solicitado. La imitación de esa forma confundirá al público y por tanto constituye una forma de competencia desleal. Podría también darse el caso que los locales se caractericen por construcciones particulares colocadas fuera del local que los identifican y distinguen. Su reproducción o copia provocará confusión y será un acto desleal. Lo mismo sucederá cuando se imiten los colores con los que se distingue el local. Las estaciones de servicio son un ejemplo típico de diferenciación de los distintos competidores por medio de colores.

d) Decoración Interior

Hay quienes decoran el interior de sus locales de manera uniforme. Usan muebles con ciertas características y los combinan de manera especial, usan colores en paredes, pisos y techos, u otros elementos, de manera tal de crear una imagen propia. Seguramente, tomados individualmente no tendrán mucho o quizás nada de particular o distintivo. Pero combinados crean esa característica que los distingue. Su imitación provocará confusión y constituirá un acto de competencia desleal.

e) Uniformes

Muchas veces se usan combinaciones de colores en los uniformes que llevan los empleados que atienden al público o que salen a la calle a realizar tareas para su empleador. En muchos casos esos colores son los característicos de la empresa. Así vestidos, son vistos y reconocidos por el público como de una empresa determinada. El ejemplo más clásico lo vemos en las principales estaciones de servicio. Con solo ver el color de sus uniformes sabemos de qué empresa se trata. Su imitación provocará una inevitable confusión y, por ende, será también un acto de competencia desleal.

f) Vehículos

Hay casos en los que una empresa puede utilizar un tipo característico de vehículos o bien vehículos con una decoración exterior característica. Esta práctica constituye una forma de publicidad ya que al verlos circular recuerda a

13. Chauvin, Leopoldina, S. de Cámara Nacional Criminal y Correccional de la Capital Federal, 10-6-1936, LL-3-341.

14. Brown Boveri Sudam S.A. v Ruffa, M. y Otros. Causa 29824, Cámara Nacional Comercial, Sala B, 14-3-1980, J.A., 15-10-80, Nº 5172, página. 32.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

la empresa a la que pertenecen. Además, acrecientan el vínculo empresa-consumidor, cuando la decoración sigue los lineamientos distintivos de la empresa en otras manifestaciones. Su imitación también provocará confusión y es un acto de competencia desleal.

Imitación de la publicidad

Cuando se reproduce la publicidad que otro realiza podemos estar frente a una violación de un derecho de propiedad intelectual protegido por la ley 11.723 o por las convenciones internacionales aprobadas por nuestro país. En estos casos, se trate o no de competidores, habrá una protección contra la comisión del ilícito.

Nos interesan aquí los casos en los que no hay una reproducción en dichos términos. Son los casos en los que un competidor toma una idea publicitaria que ha sido utilizada por otro competidor. Es decir, cuando imita la publicidad de un competidor. Cuando esto sucede y el público es inducido a creer que ese producto o servicio tienen otro origen, habrá competencia desleal. Desde luego habrá que analizar con cuidado la publicidad ya que muchas "ideas" publicitarias son conocidas y han sido utilizadas antes por distintos empresarios, aun en otros rubros. Lo mismo sucede con la publicidad que es necesaria para publicitar un producto o servicio determinado. Por ejemplo, el mostrar un producto que se rompe para luego demostrar la virtud de un pegamento.

La confusión en este rubro se da cuando se utiliza no sólo una misma idea o tema, sino también, frases o palabras características, o signos de cualquier tipo que son asociados por el público con un producto o servicio determinado.

Cabe señalar que en nuestro país, la Asociación Argentina de Agencias de Publicidad, en su Código de Ética Profesional, considera una falta de ética el copiar una idea publicitaria. En ese Código, las agencias establecen las pautas que han de regir su conducta y entre los compromisos que asumen está el de no "producir", no "manejar" cualquier publicidad basada en, o que incluya, una o varias de las siguientes características indeseables: "... Plagiar ideas, logos, lemas, textos, ilustraciones, etc., que hayan sido utilizados previamente por otro anunciante tanto dentro como fuera del país":[15] Para los que hacen publicidad el imitar o copiar, ellos hablan de plagiar, resaltando el carácter de indebido, es un acto desleal.

Callman[16] cita varios casos fallados en los Estados Unidos de Norte América, en los que la imitación de la publicidad daba lugar a confusión, que fueron considerados actos de competencia desleal. Cita un caso de 1981 en el que quien usó en el slogan *"I give my man English leather every chance I get"* (Le doy a mi hombre *English Leather* en cada oportunidad que tengo), obtuvo una orden de cese contra quien usó *"Yardley Leather". Give it to your man tonight"* (*Yardley Leather*. Déselo a su hombre esta noche).

Este autor señala, sin embargo, la dificultad que existía en su país para condenar la imitación de la publicidad, debido al énfasis exagerado que los

15. Capítulo E, párrafo 6. En Brasil, la Ley 4680 sobre el Ejercicio de la Profesión de Publicitario establece una protección específica a la idea publicitaria al decir en su artículo 6º ... VIII: «La idea utilizada en publicidad es presumiblemente de la agencia, no pudiendo ser explotada por otro sin que aquella, por la explotación, reciba la remuneración justa, salvo lo dispuesto en el artículo 454 de la consolidación de las Leyes del Trabajo».

16. Callman, *op. cit.* Capítulo 15, páginas 83-85.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

tribunales ponían sobre el Copyright. Así, en muchos casos, ausente aquél, el imitador quedaba impune. Callman critica esto y afirma que el uso de publicidad ajena hecho por un competidor, esté o no protegido por un derecho de autor, es competencia desleal.

Imitación del Producto

Es un principio establecido, que un producto que no esté amparado por una patente de invención o por un modelo de utilidad, y si se quiere por un modelo industrial, está en el dominio público y puede ser fabricado por quien lo desee.

La cuestión se debatió en los Estados Unidos de Norte América en dos sonados casos, *Sears*[17] y *Compco*.[18] En el primer caso *Sears* lanzó una lámpara idéntica a la fabricada por una empresa llamada *Stiffel*. Esta última alegó que la copia idéntica del producto constituía un acto de competencia desleal. *Stiffel* también había alegado violación de patentes que cubrían la lámpara pero éstas fueron declaradas inválidas. El caso llegó a la Suprema Corte que revocó la sentencia del tribunal de apelaciones que había sostenido que *Sears* había cometido un acto de competencia desleal. La Corte sostuvo que "un artículo no patentado, como un artículo sobre el cual la patente ha expirado, está en el dominio público y puede ser hecho y vendido por quienquiera que elija hacerlo". La Corte admitió que podía haber confusión en cuanto a quien podía haber fabricado las lámparas. Pero agregó que la "mera inhabilidad del público de poder diferenciar dos artículos, no es suficiente para sostener una orden de cese contra la copia o el otorgar una indemnización de daños por copias lo que las leyes federales de patentes permiten copiar".

Sin embargo, la Corte admitió que un Estado podía "en circunstancias apropiadas, requerir que los productos patentados o no patentados, sean etiquetados, o que otras medidas precauciónales se tomen, para impedir que los consumidores sean engañados en cuanto al origen, tal como puede proteger negocios en el uso de sus marcas, etiquetas o presentación distintiva en el empaque de sus productos para impedir que otros, al imitar esas marcas, engañen a los compradores en cuanto al origen de los productos".

En el segundo caso, fallado el mismo año por la Suprema Corte, se mantuvo la misma doctrina. *Compco* había copiado exactamente aparatos de iluminación fabricados por *Day-Brite*. Dijo ese tribunal que lo que no está patentado, "bajo las leyes federales de patentes, está, por lo tanto, en el dominio público y puede ser copiado en cada detalle por quienquiera que lo desee".

Este es el principio que rige también en Argentina. Sin embargo, el que pueda copiarse algo que está en el dominio público hasta en su más mínimo detalle, está limitado a los aspectos funcionales y no a los distintivos. La copia o reproducción del producto no autoriza la confusión sobre el origen, aunque aquella pueda contribuir a ésta. Quien copia deberá cuidarse bien de dotar al

---

17. Suprema Corte de los Estados Unidos de Norte América, 1964, 376 US 225, 84 S. Ct. 784, 11 L. Ed. 201.661, 376 US 973, 84 S. Ct. 1131, 12 L. De. 201.87, en Edmund W. Kitch & Harvey S. Perlman, *"Legal Regulation of the Competitive Process"*, New York, 1979, página 39.

18. Suprema Corte de los Estados Unidos de Norte América, 1964, 376 US. 234, 84 S. Ct. 779, 11 L. De. 2d. 669, 377 US 913, 84 S. Ct. 1162, 12 L. De. 2d. 183, en Kitch & Perlman, *op. cit.*, página 43.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

producto copiado de elementos distintivos que permitan distinguirlo del original. De lo contrario, habrá competencia desleal.

La justicia penal ha considerado en tres oportunidades que la imitación, la copia o la reproducción de un producto no constituye delito castigado en el artículo 159 del Código Penal. En el primero de ellos se reprodujo con exactitud una pared sanitaria, cuyo secreto de fabricación había sido entregado al reproductor ante la creencia que había de formarse con él una sociedad para su explotación. No se hizo lugar a la querella porque no se probó que el querellante tuviera clientela que pudiera ser desviada.[19] Se dijo también que la cuestión podía caer en el ámbito de la ley de patentes pero no en la norma del artículo 159.

En el segundo caso el querellado había reproducido unas sillas cuya licencia de fabricación le había sido dada por el diseñador "Bertoia" a un tercero. El querellado las vendió como "Bertoia" o "tipo Bertoia". La querella fue rechazada por faltar, a juicio del tribunal, el "propósito de captar maliciosamente la clientela ajena". Agregó que la venta de una mercadería en apariencia similar a la de la licencia, de menor o igual consistencia y de precio algo inferior, no alcanza a constituir, de por sí sola, una maquinación fraudulenta", si no se comprueba, además, que esa conducta estuvo informada por aquél elemento subjetivo.[20]

Este criterio fue confirmado en el último caso tratado por la justicia en el que el querellado "fabricó y vendió una bocina para automotores cuya forma externa era igual o casi igual a las fabricadas por el querellante". La Excelentísima Cámara dijo aquí que "no cualquier estratagema es suficiente para integrar la "maquinación fraudulenta" a que se refiere el Código. Es necesario que se trate de una maniobra de cierta magnitud; lo que no es dable admitir es la simple imitación de la forma si además no se recurre a algún otro recurso engañoso que haga del fraude una "maquinación".[21]

Esta jurisprudencia es acertada y no podría ser diferente. La exclusividad en la fabricación de un objeto sólo la tiene el titular de una patente de invención, de un modelo de utilidad o de un modelo o diseño industrial. Aquello que no está así protegido, puede ser fabricado por cualquiera. El artículo 159 de ser aplicado en otra forma implicaría la invasión de otro ámbito ya regulado por leyes específicas.

Referencia explícita al producto del competidor

Hay quienes para vender más su producto, afirman en su publicidad que es igual o parecido a otro de un competidor. Utilizan generalmente la palabra "tipo" seguida de la marca del competidor para indicar que ambos productos son iguales. Aunque también usan otras palabras o frases, tales como "igual a" o "si le gusta xxx le gustará ooo".

En el ámbito marcario, este accionar ha sido considerado delito. Se ha castigado a quienes usaban las expresiones "tipo Faber" y lápices "t/Faber"[22] o

19. Corte, Mario, Cámara Criminal y Correccional de Capital federal, 7-5-1946, LL-43-285.
20. Cavalcanti, Anibal, Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala V, 22-3-1968, ED-25-161.
21. Gorojovsky M., Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala III, 6-8-1968, ED-25-159.
22. «Bleistiff Fabrik Johan Faber A.G. c/ Cerini, Américo y Otro» del 22-12-1977, LL-9-796.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

"tipo Carlitos"[23] o "como Dentol",[24] o "Fernet tipo Branca"[25] o "Anís tipo 8H".[26]

En estos casos había una marca registrada y se consideró que el uso en cuestión constituía una violación de la misma. ¿Debería ser la solución la misma en ausencia del registro marcario? Entiendo que sí. Nadie tiene derecho a vender su producto basándose en el prestigio ajeno. Y esto es lo que sucede cuando se nombra la marca ajena. Además, existe la posibilidad de engaño ya que difícilmente puede darse siempre una reproducción exacta del otro producto. Habrá diferencias, aunque mínimas, que harán que los productos no sean los mismos. Justamente, el uso de la marca ajena se hace para eliminar las dudas que acertadamente tendrá el consumidor.

Engaño sobre el producto del consumidor

Existe a mi juicio competencia desleal toda vez que alguien intenta confundir al público respecto de las características del producto de su competidor, actuando sobre el producto del competidor. Por ejemplo, ensuciar los envases exhibidos en una góndola para darles el aspecto de viejos y en mal estado. Igual efecto se consigue rompiendo, aunque sea parcialmente, la etiqueta o el envoltorio o rayando el envase.

Otro supuesto es el de la eliminación de la marca del competidor del producto que la lleva, para que el público no pueda identificar el producto que desea.

Otra forma de confusión puede darse cuando un competidor, hace creer que el producto del competidor tiene características diferentes a las que realmente tiene. Imaginemos que el competidor desleal organiza un test de eficiencia entre productos de 100 gramos de peso e incluye el de un competidor que pesa 120 gramos.

Normas aplicables

El artículo 159 del Código Penal considera delito el intentar captar clientela ajena mediante maquinaciones fraudulentas.

Una maquinación según el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española es "un proyecto o asechanza artificiosa dirigidos a un mal fin". Además, la maquinación debe ser fraudulenta, es decir, una maquinación basada en el engaño. En otras palabras, engañar para confundir. Todos los supuestos antes vistos caen en esta norma. Cabe advertir que la norma exige, según los Tribunales, que tanto el sujeto activo como el pasivo, sean comerciantes o industriales[27] y que además sean competidores.[28]

Luego tenemos el artículo 10 bis del Convenio de París que establece la obligación de prohibir "cualquier acto de tal naturaleza que cree una confusión,

---

23. «Selasco, Poch y Muñiz c/ León Yernazian», Primera Instancia del 17-10-1938, en *Patentes y Marcas*, 1938, página 465.

24. «E. Vaillant y Cia. c/ C. Bertini y H. C. Orsted», Primera Instancia del 18-5-1932, y Segunda Instancia del 19-2-1932, en *Patentes y Marcas*, 1932, páginas 321 y 646.

25. «Antonio Freixas y Fratelli Branca c/ Pedro Nieva Plaza», en *Patentes y Marcas*, 1934, páginas 329 y 501.

26. «S.A. La Química Bayer c/ D. Lowell E. Alderman», CSJN, 6-7-1945, *fallos:* 202:188.

27. «Chaud, Jorge A.», Tribunal Superior de Córdoba, 13-2-1947, LL, página 427.

28. «Natin, Alberto y otro», Cámara Nacional Penal, 5-7-1957, LL- 89-183.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

por cualquier medio que sea, con el establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor" (artículo 10 bis 3 1º).

Quedan aquí comprendidos todos los actos de confusión que hemos analizado. El competidor damnificado tiene con esta norma un instrumento que le permitirá obtener el cese de la conducta ilícita.

LA DENIGRACIÓN

Introducción

Hay quienes, para vender sus productos o servicios recurren a la denigración del competidor o de sus productos o servicios. Todo aquello que contribuya a desacreditar de cualquier manera al competidor o lo que éste hace, o sus productos o servicios, constituye un acto denigratorio y por tanto, de competencia desleal. Se trata de juicios, basados en hechos o en opiniones emitidos sobre el competidor, sus productos o servicios que serán interpretados por la mayoría de los consumidores como una descalificación, como una "mala nota".

Aquí hay dos cuestiones que deben ser tenidas en cuenta. La primera es que la afirmación debe realizarse en el marco de la competencia, con el propósito de perjudicar al otro como competidor y de beneficiar la actividad comercial de su autor.[29] En este sentido, no es lo mismo decir que un señor es feo y que se viste mal, o que nunca paga sus deudas. La denigración en este marco es la que tiene la posibilidad de tener un efecto en el mercado.

La denigración sobre la persona del competidor es la menos común y seguramente la de más difícil prueba. Por lo general, quien habla mal de un tercero no lo ratifica por escrito. Son ejemplos de denigración, el afirmar que es un mal pagador, que nunca entrega en término, que no respeta las exclusividades que asume, entre otras. También hay denigración cuando se revelan hechos que, sin ser relativos a su actividad comercial, pueden desacreditarlo. Decir que acaba de salir de la cárcel, o que no paga sus impuestos, en la medida que esto tenga efecto en el mercado, también es denigratorio.

Callman[30] destaca que: "1) Un ataque dirigido a un competidor es presuntivamente impropio a menos que sea justificado, por ejemplo, por la necesidad de auto-ayuda y 2) La publicación de una afirmación competitiva denigratoria está claramente dirigida a influir el juicio del consumidor en perjuicio del rival". Reconoce que la cuestión está en determinar en qué medida el competidor puede vender "no sobre los méritos de sus propios productos o servicios, sino en las alegadas deficiencias de sus competidores".

La primera pregunta que surge ante esta cuestión es, si es desleal el afirmar algo que es cierto. Parece razonable que alguien pueda decir que el producto del competidor explota a las 10 horas de uso, si efectivamente así sucede. ¿Es desleal que lo haga? En principio sí lo es. En lugar de realizar esa afirmación puede decir que su producto no explota a las 10 horas de uso, o si fuera cierto, que es el único que no explota a las 10 horas de uso.

---

29. Krasser, *op. cit.*, T. IV, página 283.
30. Callman, *op. cit.*, 11.03., capítulo II, página 5.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

No quiero confundir este acto de denigración directa, con la publicidad comparativa, calificada cuando desleal, como una denigración indirecta. La veracidad en la publicidad comparativa es esencial para la legalidad de la publicidad comparativa. ¿Por qué entonces la verdad no es también la diferencia entre lo legal y lo ilegal en un acto de denigración? Puede decirse que cuando hay verdad no hay denigración, y que en todo caso es el objeto de la afirmación el causante de la denigración.

Sin embargo hay diferencias. Cuando se comparan características de dos productos se hacen afirmaciones de hechos que deben ser objetivos. Se muestra lo que es, lo que está en competencia. Si se quiere, se ayuda a que el consumidor elija.

Cuando se denigra directamente, el objetivo no es informar, esto se puede hacer con la publicidad comparativa. El objetivo es atacar y destruir al competidor. No es la destrucción resultado de una sana competencia, es la destrucción como consecuencia de las afirmaciones hechas en su contra, y no de la libre elección del consumidor.

Callman[31] enumera una serie de afirmaciones verdaderas que es útil recordar: a) La referencia a crímenes cometidos en el pasado por el competidor. No hay relación alguna entre los actos pasados y la actividad presente de competencia; b) Afirmaciones relativas a la conducta presente. Por ejemplo, que no paga impuestos. El competidor puede recurrir a las autoridades pertinentes y hacer allí la denuncia; c) Afirmaciones que pueden ser engañosas como las relativas al origen, religión o raza. No hay por qué apelar a esto para vender, excepción hecha en los casos en que un país adopte medidas contra otro en virtud de guerras o conflictos. En cuyo caso no se declara ilegal el proclamar que tiene determinado origen; d) Afirmaciones sobre un producto específico. Callman afirma que "en el contexto competitivo, sin embargo, la afirmación fáctica verdadera es una rareza"; e) Afirmaciones sobre la no continuidad en el negocio por el competidor. Es muy cuestionable que quien hace la afirmación sepa si realmente esto va a pasar.

Callman opina que en todos estos casos que enumera de afirmaciones sobre hechos verdaderos debe regir la regla de la necesidad. Opina que si no hay una necesidad competitiva u otra razón válida para hacer la afirmación, más que el desviar la clientela de un rival sin tener en cuenta los méritos relativos del producto, entonces hay denigración.

Es obvio que bajo esta línea de separación no cabría prácticamente ninguna afirmación que se justifique. El consumidor no necesita que el competidor descalifique de manera alguna a nadie, para poder elegir. En pocas oportunidades existirá "necesidad" de denigrar, de descalificar a otro en forma directa.

Se me ocurre un caso. Supongamos que por cualquier razón existe la creencia de que un género de productos tiene un vicio que desaconseja su uso o adquisición, o de que todos los productores o empresarios en una determinada actividad están en quiebra. En estos casos puede existir la legítima necesidad de diferenciarse, de destacar que la situación que comprende a otros no es la propia. Pero aún en estos casos seguramente esto puede hacerse sin hacer una referencia concreta a un competidor, o competidores, sus productos o servicios.

---

31. Callman, *op. cit.*, página 7, capítulo 11.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

Otro caso de necesidad puede existir cuando se actúa en defensa propia. El competidor responde a un acto de denigración con otro de denigración igual o mayor. Sin embargo, no es admisible que se responda a un acto ilegal con otro acto ilegal. El competidor perjudicado, siempre puede responder con una acción judicial e informar al público que ha recurrido a la justicia en defensa de sus derechos.

No parece estar en juego, en estos casos, la libertad de expresión. Si bien todos tienen derecho a expresarse libremente, existen cantidad de situaciones, que no he de enumerar aquí, en las que esa expresión está limitada o prohibida. El secreto profesional es un ejemplo. No es tarea del competidor el informar sobre un defecto pasado o presente de su competidor, productos o servicios. No es su tarea investigarlo para dar a conocer al público sus defectos. Esto lo harán las autoridades, los periodistas, las asociaciones de consumidores o las entidades científicas. El competidor debe limitarse a vender sus productos y servicios y a publicitarlos. En esta publicidad, como veremos enseguida, puede referirse a la competencia, pero no puede denigrar. La denigración no puede esconderse bajo el disfraz de la libertad de expresión.

Obviamente, cuando la afirmación es falsa, el acto si cabe, es doblemente desleal. A la denigración se agrega el engaño. Si hay falsedad, esto basta para que haya un acto desleal. No es necesario discutir la cuestión de la denigración.

Una forma de denigrar puede darse en una publicidad en la que sin hacer afirmación alguna, se ridiculiza al competidor o a sus productos o servicios. La utilización del humor en la publicidad puede ser un recurso más en la competencia leal. Se trata, sin embargo, de un recurso que debe ser utilizado con cuidado ya que de un toque de humor a la ridiculización denigratoria hay un paso muy corto.

Normas aplicables

El artículo 159 del Código Penal considera delito el intentar desviar clientela ajena mediante la propagación de sospechas malévolas. Crear una sospecha malévola es inspirar desconfianza sobre alguien o algo. En el caso, sobre el competidor, su actividad, sus productos o servicios. La denigración que hemos analizado en este capítulo encuadra perfectamente en este tipo penal. La denigración es el término genérico que describe el efecto que se busca mediante la propagación de sospechas malévolas.

Estrictamente el tipo penal va mas allá del acto de denigración, ya que parecería incluir la mera insinuación, no ya la referencia directa y concreta. Esta interpretación es la correcta ya que cualquiera sea la forma utilizada para crear esa desconfianza, una duda en el ánimo del consumidor, es un acto desleal y punible.

El artículo 10 bis 3.2. del Convenio de París, establece que constituyen actos de competencia desleal “las aseveraciones falsas, en el ejercicio del comercio, capaces de desacreditar el establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor”.

Esta norma no se refiere a la publicidad engañosa, ya que ésta es considerada como desleal en el párrafo 3.3. de ese mismo artículo 10 bis. Se refiere a la denigración. Pero, sólo considera tal a la que es consecuencia de aseveraciones falsas.

Sin embargo, esto no significa que el Convenio de París considera legal la denigración realizada mediante aseveraciones ciertas. Como explica

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

Bodenhausen,[32] que fue director del entonces BIRPI,[33] hoy OMPI: "se ha dejado a la legislación interna o a la jurisprudencia de cada país el decidir si las aseveraciones que desacreditan pero no son estrictamente inexactas, pueden constituir también actos de competencia desleal, y en qué circunstancias".

Jurisprudencia

Para los tribunales argentinos la denigración es un acto de competencia desleal. Así lo han entendido al declarar que "la divulgación pública por un medio eficaz de difusión, como son las transmisiones de radio, atribuyendo calidades nocivas a productos individualizados por su clase y enseña, y anunciando al mismo tiempo la excelencia de productos similares, con indicación de su marca y lugar de fabricación y expendio, constituye un acto típico de competencia desleal".[34]

En otra oportunidad, fueron condenados los dueños de una firma dedicada a la fabricación de cerraduras. Estos, en visitas a distintas personas, habían realizado una intensa campaña de descrédito contra una firma competidora. Denigraban las cerraduras que ésta fabricaba al decir que "no eran confiables", "que no iban a durar", "que eran malas", etc. Y también denigraban al competidor al manifestar "que la cerradura Rench era una imitación de la que ellos proveían y que hacían competencia desleal". Y también "que era una aventura comprarlas, porque eran una aventura las cerraduras como así también los que las vendían**".**

Lo interesante del caso fue que se condenó a los imputados a pagar a la damnificada una indemnización en concepto de reparación del daño moral causado, siendo ésta una persona jurídica, "toda vez que e1 hecho tuvo aptitud para afectar el prestigio de la sociedad, y su nombre frente a terceros".[35]

La justicia también aplicó el artículo 159 en un caso en el que un Sr. Castro había remitido varias cartas a los clientes del querellante diciendo que contra éste se había librado una orden judicial de embargo. Esta orden amenazaba impedirle disponer libremente de la mercadería y por ello no existía seguridad de que pudiera venderles en el futuro. Por ello no debían comprarle al Sr. Pérez, el querellante, sino a é1.[36]

La publicidad comparativa

Si hay una práctica del comercio que ha despertado posiciones encontradas y ha hecho correr ríos de tinta es la publicidad comparativa. Es la publicidad en la que un competidor nombra a uno o más competidores o a sus marcas y hace una comparación, entre la actividad, producto o servicio propio y los de su o sus competidores.

---

32. George H. C. Bodenhausen, *"Guia para la aplicación del Convenio de París para la protección de la propiedad industrial"*, BIRPI, Ginebra, 1969, página 160.

33. BIRPI, *Bureaux Internatinales Reunies pour la Protection de la Propriete Industrielle.*

34. «Cuenca De Pons y Otro v. Romero y Otro», Cámara Civil y Correccional de la Capital Federal, 15-6-1931, J.A-6- 1145.

35. «Rabinowicz, Juan y Otro», Cámara Civil y Correccional, Sala I, 2-5-1977, LL-1.978-S-590.

36. «Castro, José M.», Cámara Civil y Comercial, 19-5-1931, J.A.-35-1041.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

En un principio la publicidad comparativa consistía en comparar la marca propia con "una de las marcas líderes" o con "otra marca líder", mostrándose un envase con la única leyenda "XX". Desde luego que, sin que se dijese, el público en general sabía que producto se trataba. Otras veces se deformaba el producto comparado de manera que quien veía el aviso no podía identificarlo. En muchas oportunidades algún competidor decía ver las características de su marca y no se equivocaba.

Cuenta Thomson que en los Estados Unidos de Norte América muchos anunciantes creían que si nombraban al competidor o a su marca, le crearían una imagen simpática ante el público, haciéndole publicidad gratis. Pero un día comenzó la campaña de AVIS bajo el slogan *"WE TRY HARDER"* a mediados de 1960. La campaña hablaba del competidor como el *Número Uno* y aunque no se lo nombraba, la referencia a HERTZ era evidente. Esta campaña fue tremendamente exitosa. Tanto es así que luego de su primer año AVIS tuvo ganancias por primera vez luego de 15 años.[37]

En ese país en 1971, sigue Thomson, la cadena NBC, que previamente había obtenido la autorización pertinente de la Federal Trade Comission (FTC), anunció que televisaría avisos en los que se identificaría a los competidores por el nombre. De esta manera, la FTC estimuló la publicidad comparativa. La FTC consideró en ese entonces, que dicha publicidad invariablemente promocionaba la competencia y podía llevar a bajar los precios en el mercado. Esta agencia gubernamental vio a la publicidad comparativa como un medio efectivo de presentar información sobre el producto al público y permitir hacer compras más racionales.[38]

Información y mas competencia dicen los defensores. Aprovechamiento del prestigio ajeno y confusión, contestan quienes no la aprueban.

Los cuestionamientos a la publicidad comparativa parten de varios lados. El primero es que se usa una marca ajena sin autorización y así se aprovecha el prestigio ajeno. Además, al hacerse la comparación es obvio que la marca comparada lleva la peor parte, con lo cual, se dice que existe denigración. Por último, al no compararse todas las características esenciales de los productos, la publicidad es engañosa y confunde al consumidor. Así, Monteiro afirma que: "La comparación publicitaria entre dos marcas, en lugar de contribuir a informar al consumidor, es la más de las veces fuente de confusión entre las marcas comparadas".[39] Mathely a su vez dice que: "puede ponerse en duda que la publicidad comparativa sea en el interés de los consumidores" ya que "la publicidad, mismo la comparativa, es siempre parcial y no puede ser más que parcial ya que emana de quien la formula en su propio interés".[40]

Todo lo dicho recién es cierto pero no parece alcanzar para decretar la ilicitud de tal práctica. En el mundo competitivo de hoy es habitual ver una intensa publicidad que muchas veces atribuye los mejores resultados, características, más altos montos de venta, entre otros. Esta es una forma de comparar, aunque sin

---

37. Thomson, David I.C., *«Problems of Proof in False Comparative Product Advertising: How gullible is the Consumer? Trademark Reporter»*, volumen 72, página 386.

38. Lee, Jerome G., *«Comparative Advertising, Commercial Disparagement and False Advertising»*, Trademark Reporter, volumen 71, página 621.

39. Monteiro, José, *«Droit de Marques et Publicite Comparative»*, Gazette du Palais, París, 13-6-1996, página 30.

40. Mathely, Paul, *«Le Nouveau Droit Francais des Marques»*, página 184.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

mencionar marca o nombre comercial alguno. Spolansky en un reciente trabajo explica que con la publicidad comparativa permite que los competidores exhiban "lo que son con relación a los otros" y además "garantiza el derecho a la información objetiva al consumidor que es el destinatario final del sistema competitivo".[41]

Si se quiere, la publicidad comparativa es una forma de combatir una posición de liderazgo que, de ser cierto lo que se dice en la publicidad comparativa, demostraría que puede haber razones para que el público no siga dando por sentado que esos productos son indiscutiblemente los mejores. Es así que la publicidad comparativa que vemos habitualmente es informativa. Por tanto, quien realiza este tipo de propaganda está en cierto modo ejerciendo su derecho de libertad de expresión.

Esto me lleva a señalar que la publicidad tan discutida en el ámbito comercial, no lo es en otros ámbitos. ¿Por qué no es ilegal la comparación que hacen, hasta el hartazgo, los candidatos políticos en las contiendas electorales? Nadie cuestiona el derecho que un candidato tiene de decir cómo se diferencia de los otros candidatos. El candidato se vende a sí mismo y usa el nombre de los otros candidatos. No hay diferencia alguna de fondo entre esta promoción y la de un producto o servicio. ¿Por qué tiene el público el derecho a ser informado sobre lo que ofrecen los candidatos competidores pero no sobre las de un producto o servicio? Es conocida la estrategia de candidatos desconocidos que para hacerse conocer, atacan a los que más posibilidades tienen. Esto no ha sido considerado ilegal. ¿Por qué no sucede lo mismo con productos y servicios? El que a un candidato político se lo vote una vez cada tanto y a un producto o servicio todos los días, no cambia la situación.

Ahora bien, tal como un candidato no puede decir cualquier cosa de otro, lo mismo debe suceder con los productos y servicios. El problema no está en nombrar al candidato, a la marca, al competidor, al producto o servicio de otro. El problema está en lo que se dice de ellos.

La tendencia mundial, es permitir la publicidad comparativa. En los Estados Unidos de Norte América, la publicidad comparativa es legal si efectúa una comparación veraz, pero no lo será si confunde a los consumidores en cuanto a lo que están comprando.[42]

Lee transcribe en su trabajo[43] los requisitos exigidos por la cadena NBC para la publicidad comparativa, establecidos en 1974. Básicamente, se exige que los competidores sean honestos y apropiadamente nombrados, que el mencionar al competidor debe ser para propósitos de comparar y no de crecer por asociación, que no se desacredite, denigre o deslealmente se ataque a los competidores, sus productos u otras industrias, debe compararse lo mismo, y lo comparado debe ser significativo en términos del valor o utilidad del producto para el consumidor y, por último, la diferencia debe ser medible y significativa.

Los tribunales de ese país han exigido que para que la publicidad comparativa sea legal, debe ser veraz, no ser denigratoria, ni debe causar confusión al público.

---

41. Spolansky, Norberto, *«El Delito de competencia y el mercado competitivo»,* Editorial AD-HOC, Buenos Aires, 1997, página 56.

42. McCarthy, Thomas J., *«Trademarks and Unfair Competition»,* Rochester, 1973, Volumen 2, página 192.

43. Lee, *op. cit.*, página 638.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

La Comunidad Económica Europea ha legalizado, si cabe el término, a la publicidad comparativa. Ello surge de la Directiva 97/55 dictada el 6 de octubre de 1997 por el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea. Se trata de un proyecto que se viene estudiando desde hace algún tiempo y finalmente, con leves modificaciones ha sido aprobado. En los considerandos se reconoce que la misma "cuando compara características pertinentes, verificables y representativas cuando no sea engañosa, es un medio legítimo de informar a las comunidades en su propio interés".[44]

En su artículo 3 bis establece las siguientes condiciones para que sea lícita:

a) que no sea engañosa
b) que compare productos o servicios que respondan a las mismas necesidades o tengan el mismo objetivo.
c) que compare objetivamente una o varias características esenciales, pertinentes, verificables y representativas de los productos o servicios, de las que el precio puede formar parte.
d) que no provoque confusión en el mercado entre el anunciante y un competidor o entre las marcas, nombres comerciales, otros signos distintivos, productos o servicios del anunciantes y aquellos de un competidor.
e) que no entrañe descrédito o denigración de marcas, nombres comerciales, de otros signos distintivos, productos, servicios o actividades de un competidor.
f) para productos que tengan una denominación de origen, ella se refiera en cada caso a productos que tengan la misma denominación.
g) no genere un beneficio indebido de la notoriedad de una marca, de un nombre comercial o de otros signos distintivos de un competidor o de la denominación de origen de productos competidores.
h) que no presente un bien o un servicio como imitación o réplica de un bien o un servicio con una marca o un nombre comercial protegidos.

Puede advertirse que se trata de una enumeración completa, que no difiere mucho de lo exigido en los Estados Unidos de Norte América para que la publicidad comparativa sea lícita. Se espera que, con mínimas modificaciones, en pocos meses se apruebe este proyecto.

Monteiro criticó el proyecto de directiva en su momento, al que calificó como reductor de los derechos de los titulares de marcas; no porque declaraba la legalidad de cierta publicidad comparativa, sino porque admitía una forma de uso indebida de la marca ajena. Este autor diferencia la publicidad comparativa de productos, de la de marcas. En la primera se comparan calidades y características de los productos y la marca juega un papel accesorio. En la segunda, la marca rival aparece como único argumento de venta.[45] El reconoce que mientras la publicidad comparativa "sea legal, exacta y que la comparación se refiera a la propiedades determinantes del producto, ella puede ser una fuente de progreso".[46] La otra publicidad, la que se hace entre marcas, es para él, sinónimo de parasitismo.

---

44. Considerando 5º.
45. Monteiro, *op. cit.*, página 31.
46. Monteiro, *op. cit.*, página 32.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

Monteiro se refiere a la publicidad de réplicas (*knock-offs*). Es la publicidad que se basa en afirmaciones tales como "compre *XX* tipo *AA*". O las que ejemplifica este autor "si Ud. ama *Tressor*, Ud. adorará *XXX*" y "*YYY* es una mejor versión de *ANAIS-ANAIS*". Ya me he referido a esta práctica como causante de confusión y por tanto desleal.[47] Critica, con razón, el proyecto de directiva por no ser determinante en declarar la ilegalidad de esta práctica, y por no permitir que los países, tal como lo hace Francia, la declaren ilegal.

El inciso h) del Artículo 3 bis que no existía en el proyecto de directiva, declara la ilegalidad de este tipo de publicidad.

Clases de publicidad comparativa

Hay varias clases de publicidad comparativa. Me interesa aquí referirme a aquella en la que un competidor nombra a otro competidor por su nombre, en la que hace referencia concreta a su enseña comercial o a sus marcas, comparando una o más características de su actividad o de sus productos o servicios con los propios. Veamos a continuación las distintas clases que existen.

Un tipo de publicidad comparativa es la que consiste en comparar un producto con otro, en alguna de sus cualidades o características. Por ejemplo, la cantidad de combustible que consumen los automóviles, o el precio de venta, o la cantidad de consumidores que tienen. Una forma más atenuada si se quiere de esta forma de publicidad comparativa, es la que designa a varios competidores, o a varias marcas. Un caso típico del primero es la que se realiza mostrando un *ranking* de todos los que actúan en el mercado. Es el caso de las AFJP que periódicamente muestran la cantidad de afiliados que tienen los competidores. En el segundo caso están las comparaciones de precios de los productos competidores. En todos estos casos el denominador común es el describir hechos comprobables y muchas veces comprobados.

Una variante de este tipo de publicidad comparativa es aquella que toma los resultados de un estudio realizado por una entidad independiente, distinta del anunciante, y los publicita. Es posible que esta entidad haya sido contratada por el anunciante para realizar tal estudio. En la medida en que el estudio sea objetivo y no hecho a medida no se incurrirá en publicidad engañosa.

Otra publicidad comparativa es la que se basa en juicios de valor, en opiniones con algún sustento en la realidad. Es el caso en que se comparan productos diciendo que uno de ellos es más confortable, o más rico, o con mejor sabor que el otro u otros.

Están también las comparaciones que se realizan en los puntos de venta usando el producto propio y uno de la competencia. A veces se realizan pruebas de sabor, en las que el consumidor sin saber qué producto está probando elige uno de los dos. A veces se usan productos para demostrar que uno es mejor que el otro, por ejemplo con detergentes, comprobándose que uno limpia mas que el otro. Estas pruebas son generalmente filmadas y usadas luego como publicidad del producto que, obviamente, demostró ser mejor.

Una categoría especial de publicidad comparativa, aunque no es tal estrictamente, es la que consiste en mostrar ambas marcas o productos y servicios

47. Ver *ut supra* capítulo: «Referencia explícita al producto del competidor».

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

en una situación que provoca risa. Obviamente, quien realiza la publicidad es quien sale mejor parado y el competidor tiende a ser ridiculizado. Cuando esto ocurre, la línea divisoria con la denigración puede pasarse. De no ser así, no será más que una expresión de sano humor que solo provocará risas en quienes vean esa publicidad. El público no pensará que ese producto es peor porque ríe viendo la publicidad.

Uso de marca

El denominador común en toda publicidad comparativa es la mención de la marca o del nombre comercial del competidor o competidores. ¿Constituye esto un uso indebido de marca en los términos de la Ley 22.362?

Hay uso marcario toda vez que se usa la marca ajena en fórmulas tales como *"tipo XX"*, igual a *"XX"* y toda vez que se dice que una marca es como la otra. Ya hemos visto como en nuestro país, esta práctica es considerada como violatoria de la ley de marcas. En estos casos la marca ajena es usada para vender el producto propio.

En los demás casos, si bien hay quienes afirman que hay un uso marcario, porque se muestra la marca ajena, en mi opinión no hay tal uso. No se usa la marca en función marcaria. No se usa la marca aplicándosela al producto propio para hacerlo pasar por el producto de otro. No hay una venta de producto con marca falsificada. Tampoco es éste el supuesto de uso de marca ajena sin autorización de su titular en los términos del inciso b) del artículo 31, de la ley de marcas. Este inciso se refiere al uso de marcas legítimas ajenas para vender productos propios. Es el supuesto, por ejemplo, del delito de relleno, que consiste en llenar un envase con marca de otro, con un producto que no es el original.

Resumiendo, el uso de la marca en la publicidad comparativa no es un uso que caiga bajo las normas de la ley de marcas. La publicidad comparativa debe ser analizada dentro de las pautas de la competencia desleal. Y para que no sea ilegal, hay límites que no deben traspasarse. La ilegalidad estará dada cuando lo que se diga sea falso o denigratorio. La publicidad comparativa tampoco debe inducir a confusión. Confusión no sólo sobre la calidad del producto sino sobre su origen. El proyecto de directiva que he analizado más arriba, y lo mismo sucede en el derecho norteamericano, exigen que la comparación se haga entre características esenciales, pertinentes, verificables y representativas. Y que los productos pertenezcan a una misma categoría o satisfagan una misma necesidad.

La jurisprudencia argentina

En nuestro país hay ya varios casos en los que la publicidad comparativa ha sido objeto de causas judiciales.

El primero de ellos es el conocido caso de los relojes ORIENT. La firma ORIENT S.A. realizó una publicidad en la que se presentó al reloj ORIENT como el reloj desconocido y se lo comparó con el reloj ROLEX. Se enumeraban una a una las ventajas y bondades del reloj ROLEX y de inmediato se decía que también las tenía el reloj ORIENT. La parte final del aviso era la siguiente: "ROLEX tiene un año de garantía. Pero ORIENT tiene dos años de garantía. Este ROLEX en particular cuesta 875 pesos nuevos. Este ORIENT en particular

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

cuesta 325 pesos nuevos. Hacemos la comparación para mostrarle que ORIENT también es un reloj muy fino y que no siempre hay que pagar mucho mas, simplemente por comprar un reloj fino. Reloj ORIENT. No será desconocido por mucho tiempo".[48]

El Juez de Primera Instancia en fallo confirmado por el Tribunal de Apelación sostuvo que tal práctica constituía "una clara violación del artículo 953 del Código Civil por ser repugnante a la moral y las buenas costumbres -entre las cuales debe entenderse comprendido el ejercicio honesto y leal de la actividad comercial- y tener por finalidad el perjuicio de terceros".

La Excelentísima Cámara, al confirmar el fallo, consagró las pautas relativas a la legalidad de la publicidad comparativa cuando, citando a Zavala Rodríguez, afirmó: "La propaganda comparativa sería aceptable en principio, cuando destaca los méritos de una mercadería frente a todas las demás, pero no cuando las individualiza designándolas por sus marcas y características".[49] Claro que este autor se refería a una publicidad que no es la llamada publicidad comparativa.

Un aspecto interesante de este fallo es el referido al daño. Luego de reconocer que no hay derecho a obtener reparación si no hay ofendido que prueba el daño, la sentencia afirmó que "en esta materia no se debe ser excesivamente riguroso en su apreciación por ser la desviación de clientela un elemento sutil, de muy difícil prueba".

Y agregó, fundamentando la obligación de indemnizar que impuso, que "el sólo hecho de efectuar propaganda comparativa ilícita acarrea la presunción de que ocasiona daño mediante captación de clientela...".

Aunque en este fallo se citó el artículo 10 bis de la Convención de París, el fundamento de la ilicitud se encontró en el artículo 953 del Código Civil. Debo destacar que en el fallo no se fundamentó porque la práctica condenada era contraria a los usos honestos, a la moral o a las buenas costumbres, lo que hubiera sido muy útil para el estudio de la cuestión.

En los últimos años esta posición terminante adoptada en 1971 parece estar en vías de una modificación.[50] En el caso *Navarro Correas,* el Dr. Craviotto, en opinión no compartida por sus colegas, afirmó que la publicidad comparativa no es admisible, salvo cuando se refiere a precios. La mayoría, liderada por el voto del Dr. Pérez Delgado, rechazó la demanda por entender que no había publicidad comparativa por no haber mención de marca. A pesar de ello, el Dr. Pérez Delgado manifestó que "la referencia de la marca ajena puede constituir una actitud legítima, cuando se reconoce que es otro el titular y no se trata de denigrarla o desacreditarla". Y agregó que "la mera referencia o evocación de una marca se encuentra por sí vedada en nuestro ordenamiento positivo, en tanto no se lesionen legítimos derechos de su titular".

---

48. «Rolex SA c/Orient SA y otro», Cámara Civil y Comercial Federal, Sala II, 30-12-1971, LL-1147-233.

49. La cita de C.J. Zavala Rodríguez corresponde a *«Publicidad Comercial»*, Editorial Depalma, 1947, páginas 416/19.

50. Me refiero a lo que denomino un cambio de tendencia en *"Publicidad Comparativa: ¿un cambio de tendencia?"*, publicado por La Ley: Año LVIII, No. 121, 28-6-1994. El fallo Navarro Correas fue decidido en la causa *"Bodegas J. Edmundo Navarro Correas S.A. c/ Agroindustria Cartellone S.A."*. Causa 1407, Sala I del 22/3/91.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

Luego vino el caso *Tango*.[51] Aquí el Juez preopinante es el Dr. Farrell, quien reitera su voto en el caso Navarro Correas, avanza un poco más en el camino del Dr. Pérez Delgado en dicho caso. Reiteró que la ley marcaria no prohibe la publicidad comparativa. Agrega: "Lo que la ley prohibe es el uso de una marca ajena como si fuera propia, prohibe -entonces- el apoderamiento de una marca ajena. Pero no prohibe el uso de una marca ajena como ajena, para comprobar los productos que ampara con los propios" y afirma "cuando hay mala fe la publicidad comparativa no es legítima".

El Dr. Pérez Delgado no concibe "ninguna utilización de la marca ajena, aún con el reconocimiento de que pertenece a otro, en tanto de esa manera se la intente desacreditar". Aunque admite que se puede hacer referencia a la marca de un tercero en la publicidad, o poner de manifiesto su existencia, ello "no puede llevar esa prerrogativa a los extremos de desacreditarla o de desmerecer sus atributos". El Dr. Craviotto reitera su postura contra toda forma de publicidad comparativa, salvo la de precios. En el caso se falla en contra del demandado porque la publicidad había sido engañosa.

Estos fallos contienen material suficiente para enriquecer la polémica sobre la legalidad de la publicidad comparativa.

Se puede agregar a lo dicho respecto del cambio de tendencia, dos hechos que también son significativos. El primero es la cantidad de avisos en los que se hace publicidad comparativa y que no son cuestionados por las partes interesadas. Abundan este tipo de avisos de canales de televisión, de administradoras de fondos de pensión, bancos y fábricas de autos.

El segundo es la actitud que han asumido las agencias de publicidad agrupadas en la Asociación Argentinas de Agencias de Publicidad. El párrafo 7, del Capitulo D, del Código de Ética de dicha asociación, establece: "Toda vez que una Agencia utilice el recurso de la denominada publicidad comparativa, deberá adecuarle a las siguientes normas:

A. Que la comparación sea objetiva

B. Que las afirmaciones que se realicen puedan ser comprobadas

C. Que la comparación no induzca a error".

Estos hechos son significativos ya que, tratándose de conductas que hacen a los usos y costumbres, es interesante como la propia comunidad, y en cierta forma los propios interesados la tratan.

En rigor de verdad, debe reconocerse que naturalmente la mayoría está en favor de la misma. Quienes se oponen son en general los que no recurren a ella. Estos son los líderes en cada mercado, ellos son los comparados. Los que no son líderes, son los que comparan para acortar distancias. También hay doctrina que está en favor de la tesis de la ilegalidad. Por todo ello, el que la mayoría esté en favor no parece ser un gran argumento, aunque sí lo son los avisos que aparecen periódicamente sin cuestionamientos.

En mi opinión, y modifico la que sostuve hace 20 años, la publicidad comparativa en tanto no denigre, sea veraz, no induzca a confusión, se refiera a características determinantes de la calidad de los productos o servicios o

51. «Axoft Argentina S.A. c/ Megasistemas S.A.», causa 6275/71, Sala I, del 30-12-93, La Ley del 1-6-94, página 5.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

actividades y compare lo que es comparable, deber ser admitida. No es fácil cumplir con estos requisitos, pero ese es otro problema.

DESORGANIZACIÓN INTERNA DE LA EMPRESA COMPETIDORA

Violación de Secretos

Una de las formas clásicas de competir aprovechando indebidamente el esfuerzo ajeno, es utilizando información que ha sido robada a un competidor. Quienes no están dispuestos a desarrollar esa información y no tienen los escrúpulos, se la roban a sus competidores. Recurren a lo que se conoce como espionaje industrial. Esta información es sin duda valiosa tanto para el que la posee, como para el que se apropia de ella.

Ahora bien, no toda la información que está en manos de un competidor es considerada un secreto, en términos tales que merezca protección contra su apropiación indebida, y contra su posterior comunicación y utilización. Por ello es necesario definir qué es el secreto protegible. Máxime porque la información o conocimientos que no están protegidos por un derecho tal como una patente de invención, están en el dominio público.

Si bien no hay una definición exacta de lo que es secreto, la doctrina y la legislación internacionales coinciden en establecer cuales son los requisitos que debe reunir la información para merecer protección. El Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia, entre las varias acepciones que le da a la palabra, tiene dos que nos interesan "lo que cuidadosamente se tiene reservado" y "conocimiento que exclusivamente alguno posee de la virtud o propiedades de una cosa o de un procedimiento útil en la medicina o en otra ciencia, arte u oficio". Con estos conceptos nos aproximamos ya a la idea de secreto.

Un primer problema que se ha planteado con respecto al secreto es el de saber si debe exigirse una novedad absoluta o una relativa. Creo que debe bastar con la relativa. Quien roba un conocimiento de un tercero, o quien viola un secreto que le fue confiado no puede luego ampararse en que el mismo ya era conocido en otro país. Esto, por supuesto, no significa admitir que es secreto lo que es de conocimiento público. La doctrina predominante conviene actualmente en que es suficiente una novedad relativa.

En otros países se ha exigido que el objeto del secreto no sea conocido y además su conservación para el propietario presente un interés económico. Esto último es fácil de probar ya que nadie puede dudar que existe un interés económico en mantener un secreto que otorga una posición de privilegio en el mercado.

Secreto debe ser considerado aquello que no es conocido y que su propietario mantiene bajo reserva, aquello que no quiere divulgar. Esta ocultación no debe ser tampoco absoluta, el propietario puede haber hecho conocer al secreto a un pequeño grupo de personas a quienes además les ha manifestado el carácter de tal y les ha impuesto la obligación de mantenerlo como tal.

Clases de secreto

Hay dos clases generalmente admitidas de secreto. Por un lado está el secreto industrial, que comprende invenciones patentables pero no patentadas,

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

innovaciones y perfeccionamientos no patentables, métodos de fabricación, fórmulas químicas, etc.

Por otro lado, tenemos los secretos de comercio donde quedarían comprendidos, entre otros, los sistemas de ventas, listas de clientes, informaciones sobre ellos y formas de organización de la empresa.

Violación de secretos. Casos:

Por sus características pueden distinguirse tres tipos o clases:
1. Violación de secretos por empleados o ex-empleados;
2. Por terceros;
3. Por terceros que obtuvieron la información por una relación de negocios.

Por empleados

El primer caso es del empleado que, corrupto por un competidor, le revela esta información de su patrón. Este caso es típico de violación, de robo de secreto. Es indudable que la obtención del secreto es contraria a la voluntad de su titular y por tanto indebida. Existe además una violación del deber de fidelidad que existe hacia el patrón.

Ex-empleados

Es el caso de quien al finalizar su relación de trabajo utiliza la información obtenida durante su empleo en su beneficio, instalándose por su cuenta o con un competidor. El acto de competencia desleal se configura aunque no haya una obligación contractual de no establecerse, y de no competir.

La diferencia entre el acto de competencia desleal y el desarrollo de una actividad lícita no es tan clara. Muchas veces no es clara la división entre los conocimientos que son propiedad del empleador de aquellos que son del empleado, la división del secreto con el desarrollo de su propia capacidad. Un ejemplo puede ser el siguiente: supongamos que alguien ha trabajado durante veinte años en una compañía francesa y se ha enterado de algunos de los secretos de la misma, como ser, la organización de ventas y también aprendió a hablar francés. Si bien es ilícito que divulgue ese secreto, nadie le puede prohibir que hable francés y tampoco se le puede acusar de realizar competencia desleal porque trabaje en otra empresa en esa misma área de ventas.

No interesa si el ex-empleado se apodera en forma deshonesta de dichos conocimientos porque bien los puede haber tenido por su actividad normal dentro de la empresa. El problema se reduce a determinar si la actividad que desarrolla es la explotación del secreto de un ex-jefe o el desarrollo de sus capacidades normales o intelectuales. Se trata de saber si se trata de valores que presentan un enriquecimiento personal por su actividad o de valores correspondientes al patrimonio de su viejo empleador.

Un caso interesante en el que se cuestionó la conducta de un ex empleado fue decidido por la suprema corte de Pennsylvania en 1960. Un Sr. Greenberg entró a trabajar en una compañía llamada *Bukingham*, que se dedicaba a fabricar productos químicos. El trabajo de este señor era analizar y duplicar productos

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

de la competencia. Luego les introducía mejoras para que su compañía los fabricara. Años después, se fue de esta compañía y se colocó como director de *Brite*, empresa que era cliente de su antiguo empleador. Desde ese entonces, *Brite*, comenzó a fabricar productos según las fórmulas de su anterior proveedor y dejó de comprarle a *Bukingham*.

La demanda fue rechazada porque se probó que Greenberg había sido quien había desarrollado las fórmulas, sin "ninguna apreciable asistencia vía información o gran gasto o supervisión por *Buckingham*, fuera de los gastos normales de su trabajo". El tribunal señaló también que no se había firmado contrato de confidencialidad con Greenberg. Con lo cual, este tenía todo el derecho de usar dichos conocimientos.

El Tribunal estableció que no era suficiente para castigarlo que este señor supiera que la competencia con productos iba a dañar a su ex-empleador. Que no se estaba divulgando un secreto del ex-empleador sino aprovechando la técnica y conocimientos del Sr. Greenberg.[52]

Por terceros

Es el caso del tercero que, en forma indebida, y en contra de la voluntad de su titular, obtiene la información guardada con cuidado. Es la forma clásica del espionaje industrial. Por lo general se irrumpe en el local en el que se guarda la información y se la extrae, de cualquier forma. Pero, hay otros medios de robar información, tal como veremos en el caso que fue tratado por un tribunal norteamericano hace algunos años.

La empresa *Du Pont* estaba construyendo una fábrica en la que iba a producir metanol. Dado que la especial disposición de las distintas partes de la misma podían revelar el proceso que se iba a utilizar, y que esto quería mantenerse secreto, la empresa fue vallada en todo su perímetro. Unos hermanos llamados Christopher, contratados por un tercero, fotografiaron desde el aire la planta. Según *Du Pont* estas fotos permitirían a alguien técnico o avanzado en el arte deducir el procedimiento secreto para fabricar metanol.

El tribunal condenó a los hermanos a devolver las fotos y al tercero a no utilizarlas. Al hacerlo, realizó afirmaciones que tienen plena vigencia hoy por su claridad. Dijo que "Uno puede usar el proceso secreto de un competidor si lo descubre por ingeniería reversa aplicada al producto terminado; uno puede usar el proceso de su competidor si lo descubre por su propia e independiente investigación; pero uno no puede evitar estas tareas quitando el proceso de su creador sin su permiso en un momento en el que éste toma precauciones razonables para mantener su secreto. El tomar conocimiento de un proceso sin gastar el tiempo y dinero para descubrirlo independientemente es impropio a menos que su titular lo revele voluntariamente o fracasa en tomar precauciones razonables para asegurar el secreto".

También es interesante leer lo que dijo el tribunal respecto de las precauciones que deben tomarse para guardar el secreto. "No deberíamos exigir a una persona o a una corporación el tomar precauciones irrazonables para impedir a otro hacer lo que él no debería hacer. Podemos requerir precauciones

52. « Wexler c/ Greenberg», en Kitch & Perlman, *op. cit.*, página 517.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

razonables contra ojos predatorios, pero una fortaleza impenetrable es un requisito irrazonable, y no estamos dispuestos a hacer cargar a inventores industriales con tal tarea para proteger el fruto de sus esfuerzos".[53]

A raíz de una relación de negocios

Es habitual que quienes realicen negociaciones para concluir algún negocio, entreguen a la otra parte información que permitirá un mejor conocimiento de la empresa o del negocio que se discute. Desde luego, hablamos de información que es secreta y que de no ser por esas negociaciones no se daría a conocer. En muchos casos no se firma acuerdo de confidencialidad y de no uso. El dueño de la información, ingenuo quizá, cree en la buena fe de su contraparte y confía en que no ha de usar la información más que para el análisis del negocio. No siempre sucede así. Es indudable que la ausencia de contrato o compromiso escrito no justifica que alguien pueda aprovecharse de la buena fe volcada en una negociación para obtener y usar lo que es ajeno. La información no le fue entregada para su posterior uso o divulgación. Él no pagó por la misma ni pidió autorización para disponer de ella. El hacerlo constituye una apropiación indebida que merece el reproche legal. Como veremos enseguida, la ley de confidencialidad así lo dispone.

Legislación Aplicable

Hasta que Argentina aprobó el TRIPS, no había protección especifica para los llamados secretos de fábrica y comercio. La Sección 7º, artículo 39, se refiere a la "Protección de la información no divulgada".[54]

En este artículo se establece, en primer término, que la información divulgada debe ser protegida en los términos del artículo 10 bis del Convenio de París. Con lo cual considera que su divulgación y utilización no autorizadas constituye

---

53. «E. I. du Pont de Nemours c/ Christopher», US Court of Appeals, 5fth. Circuit, 1970, en Kitch & Perlman, *op. cit.*, página 528.

54. Artículo 39: «1.Al garantizar una protección eficaz contra la competencia desleal, de conformidad con lo establecido en el artículo 10 bis del Convenio de París (1967), los Miembros protegerán la información no divulgada de conformidad con el párrafo 2, y los datos que se hayan sometido a los gobiernos o a organismos oficiales, de conformidad con el párrafo 3.

2. Las personas físicas y jurídicas tendrán la posibilidad de impedir que la información que esté ilegítimamente bajo su control se divulgue a terceros o sea adquirida o utilizada por terceros sin su consentimiento de manera contraria a los usos comerciales honestos, en la medida en que dicha información:

a) Sea secreta en el sentido que no sea, como cuerpo o en la configuración y reunión precisa de sus componente, generalmente conocida ni fácilmente accesible para personas introducidas en los círculos en que se utiliza el tipo de información en cuestión; y

b) Tenga un valor comercial por ser secreta; y

c) Haya sido objeto de medidas razonables, en las circunstancias para mantenerla secreta, tomadas por la persona que legítimamente la controla.

3. Los Miembros, cuando exijan, como condición para aprobar la comercialización de productos farmacéuticos o de productos químicos agrícolas que utilizan nuevas entidades químicas, la presentación de datos de pruebas u otros no divulgados cuya elaboración suponga un esfuerzo considerable, protegerán esos datos contra todo uso comercial desleal. Además, los Miembros protegerán esos datos contra toda divulgación, excepto cuando sea necesario para proteger al público, o salvo que se adopten medidas para garantizar la protección de los datos contra todo uso comercial desleal".

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

un acto de competencia desleal. El artículo 10 bis no enumeraba entre los casos de competencia desleal a la apropiación de secretos, aunque esto no significaba que no lo fuera, ya que la enumeración allí contenida es enunciativa. No vale la pena extenderme en la explicación de la norma del TRIPS, ya que ellas han sido reproducidas en la ley 24.766, llamada "De Confidencialidad". Ya veremos como alguna de las normas de esta ley se apartan del TRIPS, con lo cual son inconstitucionales por contravenir una norma de jerarquía superior, como lo es un tratado internacional aprobado por el Congreso de la Nación.

La ley de confidencialidad. Información Protegida

El artículo 1 de la ley reproduce prácticamente el párrafo 2 del artículo 39 del TRIPS. Aquél establece que, tanto las personas físicas como las jurídicas, pueden impedir que la información "que esté legítimamente en su control, se divulgue a terceros o sea adquirida o utilizada por terceros sin su consentimiento de manera contraria a los usos comerciales honestos...". Luego establece otras condiciones que dicha información debe reunir para que merezca la protección legal. Digo otras, porque la primera condición es que la información esté "legítimamente bajo su control". Al decir "legítimamente", la norma exige que dicha información no haya sido, a su vez, indebidamente obtenida por su titular. Esto significa que quien reclame la protección legal deberá probar que la información ha sido por él desarrollada o legalmente obtenida de un tercero. En realidad, debe probar que tiene "control" sobre la información. Esto significa que debe poder determinar qué hacer con dicha información, debe poder disponer libremente de la misma.

En el inciso a) del artículo 1, se exige que la información sea secreta. Considera que es secreta cuando no sea "generalmente conocida ni fácilmente accesible para personas introducidas en los círculos en que normalmente se utiliza el tipo de información en cuestión". Esta redacción parece adoptar la novedad relativa para calificar el secreto. Al hablar de "generalmente conocida" y de "fácilmente accesible" admite la protección a información que sea conocida en otros lugares pero no en Argentina. El artículo 8 de la ley agrega su parte. Este artículo establece que no está protegida "la información que hubiera caído en el dominio publico en cualquier país, por la publicación de cualquiera de los datos protegidos, la presentación de todos o partes de los mismos en medios científicos o académicos, o por cualquier otro medio de divulgación".

La justicia deberá determinar si el artículo 8 establece algo que es contrario a lo establecido en el artículo 39 del TRIPS. Si el TRIPS hubiese querido establecer la novedad absoluta como requisito de la protección, lo hubiera establecido. No debemos olvidar que la apropiación de la información de manera indebida es lo que debe castigarse y constituye un acto de competencia desleal. Si alguien roba información está actuando indebidamente. Este acto no puede quedar impune porque luego alega que la información era conocida en otro país. Si así fuere, nada le impedía tomar la información conocida en otro lado en lugar de robarla localmente. En otras palabras, la mejor manera de demostrar que no hubo apropiación indebida, es probar que la obtuvo en otro lado.

La información debe ser fácilmente accesible o generalmente conocida para personas con conocimiento en el área en cuestión. La información podrá

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

ser incomprensible para la generalidad pero no para quienes tengan un nivel de conocimientos "en los círculos en que normalmente se utiliza".

En el inciso b) se exige que la información "tenga un valor comercial por ser secreta". Es obvio que si el titular mantiene una información secreta es porque tiene valor. Y si alguien se apropia de ella, también lo tiene para él. Parece difícil probar que tal información no tiene algún valor comercial.

El inciso c) establece el cuarto y último requisito: "La información debe haber sido objeto de medidas razonables, en las circunstancias, para mantenerla secreta, tomadas por la persona que legítimamente la controla". Esto significa que en cada acto de revelación que realice el titular deberá hacer saber que se trata de información confidencial, o bien hacer saber a quien le sea revelada que no puede divulgarla ni utilizarla. Y, desde luego, significa que el titular no debe haber realizado actos que provoquen la divulgación al público de la información. No hay una receta fija para mantenerla secreta. La ley al hablar de "circunstancias" admite medidas de protección diferentes para cada caso. Lo que sí debe ser evidente es la voluntad del titular de la información de mantener la información circunscripta a un grupo limitado de personas.

Debe destacarse que la información será protegida, cualquiera sea el medio que la contenga, tal como lo establece el artículo 2 de la ley.

La utilización indebida

La ley reconoce la protección cuando la información se divulgue, adquiera o sea utilizada, "de manera contraria a los usos comerciales honestos". En el último párrafo del artículo 1 se considera que es contrario a los usos comerciales honestos "el incumplimiento de los contratos, el abuso de confianza, la instigación a la infracción y adquisición de información no divulgada por terceros que supieran o no, por negligencia grave, que la adquisición implicaba tales prácticas". Se trata de un párrafo que no se caracteriza por su claridad. Además, al definir algunos supuestos, deja fuera otros tan deshonestos como los que enumera. Por lo tanto, debe necesariamente interpretarse que el último párrafo contiene una enumeración enunciativa y no taxativa. De lo contrario, la protección será inalcanzable en la mayoría de los casos de espionaje industrial. De ser así, se estaría violando lo establecido en el TRIPS, que protege la información secreta o confidencial contra su divulgado, adquisición o uso de manera contraria a todos los usos honestos, sin limitación.

La prohibición de uso y de divulgación

La información no divulgada no puede ser divulgada ni utilizada, sin autorización de su titular. Este es el principio básico que le da razón de ser a la ley. Como veremos luego, las acciones que tiene a su alcance el titular así lo demuestran. Sin embargo, en el articulo 3 parece crearse una categoría especial para determinadas personas. En este artículo se establece una prohibición de divulgación y de uso a toda aquella persona a quien en razón de "su trabajo, empleo, cargo, puesto de desempeño de su profesión o relación de negocios", haya conocido la información, que reúna los requisitos del artículo 1. Y siempre

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

que se les haya prevenido sobre la confidencialidad. Pero, también establece que estas personas podrán usar dicha información y revelarla con causa justificada o con "consentimiento de la persona que guarda dicha información o de su usuario autorizado".

En realidad, este artículo no tiene ninguna necesidad de existir. El principio absoluto es que sin autorización no puede haber divulgación, ni uso. No es necesario que la ley lo establezca. Es mucho más preocupante el que se hable de causa justificada para hacerlo, como si fuera cosa de todos los días. Salvo que un juez lo solicite, para lo que no es necesario que la ley lo diga, no se me ocurre ninguna causal que pueda justificar la divulgación con el daño enorme que puede causar. En cuanto al uso no veo cómo puede justificarse en forma alguna. Como puede advertirse, este artículo pudo, mejor dicho, debió ser omitido. De todas maneras, lo que establece es contrario a lo establecido en el TRIPS, y por tanto inconstitucional.

Acciones para la protección

A pesar de lo establecido en el articulado ya comentado, la ley pone a disposición del titular de la información confidencial, acciones que le otorgan una efectiva protección.

Medidas cautelares

El inciso a) del artículo 11 establece que el titular puede "solicitar medidas cautelares destinadas a hacer cesar las conductas ilícitas". Estamos frente a una prohibición temporaria de utilización, hasta tanto se sustancie la acción de fondo. Se trata de una *injunction* al estilo del derecho norteamericano. La prohibición de la utilización o de la divulgación como medida precautoria, es una efectiva defensa que tiene el titular de la información confidencial. Una vez que se divulga la información, el daño es total y seguramente irreparable. La divulgación hará que la información no sea ya más secreta y así caerá en el dominio publico, impidiendo que su titularidad recupere le exclusividad que el secreto le otorgaba. La medida cautelar puede también consistir en el embargo de los medios que contengan dicha información.

Acciones civiles y penales

El inciso b) del artículo 11 establece que el titular puede iniciar acciones civiles "destinadas a prohibir el uso de la información no divulgada y obtener la reparación económica del perjuicio sufrido". La palabra "uso" debe ser entendida en su acepción más amplia y así incluir tanto el cese o prohibición de la utilización, como el de la divulgación. En lo referente a la reparación del daño, esta acción debe incluir también el lucro cesante.

Aún cuando el artículo 11 no lo mencione, de acuerdo a lo establecido en el artículo 12, el titular de la información puede también recurrir a los tribunales penales y solicitar la aplicación de las penas "concordantes para la violación de secretos". La primera parte de la norma se refiere a los artículos 153 y 156 del Código Penal.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

Protección de datos presentados para la aprobación de productos. La novedad

Como vimos, protege también, la información no divulgada que debe presentarse para la aprobación de la comercialización de productos farmacéuticos y de productos químicos agrícolas que utilizan nuevas entidades químicas. Esta protección se otorgará cuando la elaboración de esos datos "suponga un esfuerzo considerable". La protección se otorgará "contra todo uso comercial desleal". Y "contra toda divulgación, excepto cuando sea necesario para proteger al público, o salvo que se adopten medidas para garantizar la protección de los datos contra todo uso comercial desleal".

El artículo 4 de la ley de confidencialidad se refiere a esta protección. Sin embargo, lo hace de una manera que puede violar lo establecido en el artículo 39 del TRIPS, tornando a dicho articulo 4 en inconstitucional. El artículo 4 de la ley condiciona la protección a que el producto cuya aprobación se solicite no tenga "registro previo ni en la Argentina ni en cualquier otro país". No se requiere mayor análisis para advertir que el hecho de estar la misma entidad química registrada en otro país no significa que ella no sea nueva. Y ello ocurre cuando el que la solicita es el mismo que la solicitó en el extranjero. Es decir que para nuestra ley, si el titular ya obtuvo un registro, entonces cualquiera puede robarle los datos que presentó en un expediente que por su naturaleza debe ser de por sí reservado en tanto esté en trámite. Es de esperar que la reglamentación corrija esta norma aclarando que el registro anterior del mismo producto, realizado por su titular o por alguien con su autorización, no le hace perder a la entidad su carácter de nueva si efectivamente lo es. Tal interpretación, por otra parte, se adecuaría perfectamente a lo establecido en el artículo primero de la ley que permite al titular de la información impedir a terceros su utilización.

El artículo 5 también ataca el respeto por la confidencialidad de los datos, ya que parece admitir que ciertos datos, esenciales para que la autoridad sanitaria argentina pueda evaluar si procede la aprobación, no deben ser presentados si ya medió autorización de mismo producto en una cantidad apreciable de países que se enumeran en el Anexo 1 de la ley. Se trata de otra trampa para evitar la protección de la información confidencial.

El artículo 14 establece un requisito adicional. Este artículo dice que la novedad debe juzgarse en los términos del artículo 4º de la Ley 24.481 de patentes de invención. Para la ley de patentes un producto es nuevo toda vez "que no esté comprendido en el estado de la técnica" (artículo 4, inciso b). Por "estado de la técnica", define el inciso c) del mismo artículo, "deberá entenderse el conjunto de conocimientos técnicos que se han hecho públicos antes de la fecha de la solicitud de la patente o, en su caso, de la prioridad reconocida, mediante una descripción oral o escrita, por la explotación o por cualquier otro medio de difusión o información, en el país o en el extranjero".

¿Cómo interpretar el confuso artículo 14 de la ley de confidencialidad? Es esencial determinar la fecha en que debe juzgarse la novedad. La ley parece presumir que todos los productos nuevos están patentados o en trámite de serlo. Por ello recurre a la ley de patentes y toma como fecha de la novedad la de la presentación de la solicitud en Argentina, o en su caso, la fecha anterior de la prioridad reconocida. Si antes de estas fechas el producto era conocido, entonces el producto que se somete a la aprobación no es nuevo.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

Esta interpretación es la más lógica ya que de lo contrario podría interpretarse que cualquier divulgación previa a la fecha de la presentación de la solicitud de aprobación le quitaría la novedad requerida, incluyendo la divulgación del producto hecha por el propio solicitante de la patente en el extranjero. Y esto puede suceder con la publicación de la concesión de la patente en otro país. De esta forma, y teniendo en cuenta los tiempos en que se solicita la aprobación de comercialización, dentro o fuera del país, pocos sino ningún producto, tendría la novedad requerida.

Puede suceder que el producto en cuestión no tenga protección de patente ni se haya solicitado la misma. Entonces, la fecha debe ser la de presentación del pedido de aprobación. En este caso, la novedad debe ser establecida solamente con respecto a productos de terceros y no con el producto propio. Con esto, la divulgación realizada por el solicitante dentro o fuera del país, antes de esa fecha, no afectará la novedad.

Ahora bien, por disposiciones legales, la presentación del pedido de aprobación no puede sino ser realizada por una firma local. Ésta, cuando se trata de sociedad de capital extranjero, no es la que inventó el producto. Lo mismo sucede cuando una firma de capital nacional ha obtenido una licencia de una extranjera que inventó el producto. En estos casos, la novedad no debe perderse y el solicitante local puede acogerse a la protección.

Por último, se establece una sanción adicional a los funcionarios de los organismos que intervinieron. En el artículo 13 se establece que ellos, además de las penas fijadas en el artículo 12, serán pasibles de exoneración y multa.

Los artículos 153 y 156 del Código Penal

El artículo 153 castiga al "que abriere indebidamente una carta, un pliego cerrado o un despacho telefónico o de otra naturaleza que no le esté dirigido; o se apoderase indebidamente de una carta, de un pliego, de un despacho o de otro papel privado, aunque no esté cerrado...".

Un procedimiento de fabricación, un plano, la lista de clientes y todo otro documento que contenga información que haga al manejo de cualquier negocio, y que sea mantenido bajo cierta reserva y confidencialidad, es un "papel privado".

El artículo 156 castiga a quien "teniendo noticia, por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, de un secreto cuya divulgación pueda causar daño, lo revelare sin justa causa".

En los casos de robo de secretos es un medio utilizado el corromper al empleado del competidor. Éste, actuando con abuso de confianza, transmite lo que le ha sido impuesto bajo reserva y en el entendimiento de mantenerlo así, ya que no siempre existe una instrucción o compromiso escrito en tal sentido. La comunicación a otro de lo secreto, implica necesariamente un daño como lo es la pérdida de la situación de privilegio o exclusividad que dicho secreto otorgaba.

Como puede advertirse, estas normas pueden ser aplicadas en determinados casos, aún cuando no fueron concebidas como actos de competencia desleal, sino como una defensa de la libertad.

Captación de empleados

La cuestión a decidir es si la captación de empleados o colaboradores de un competidor es un acto de competencia desleal. En muchos casos, esa captación

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

le producirá un daño al competidor. Sobre todo, cuando ellos ocupen cargos o realicen tareas de importancia para el competidor. Se trata de una cuestión delicada, ya que está en juego la libertad de trabajo y la de comercio. Y porque si se adopta una solución muy rígida, se impedirá la beneficiosa movilidad laboral, que no sólo beneficia al trabajador, sino también a la propia competencia.

Por ello, en principio, el captar uno o más trabajadores de un competidor no constituye un acto de competencia desleal. Pero esto no es algo absoluto, y debe analizarse caso por caso. Si la captación se hace para causar un daño al competidor, entonces habrá competencia desleal. Por ejemplo, cuando se toma personal en forma sistemática de un competidor, pudiendo no hacerlo. O cuando se toma personal que no se necesita, pero que sí necesita el competidor. O cuando se toma una cantidad grande de personal en un corto período de tiempo. Estos actos realizados para dañar al competidor, para "desorganizarlo", son desleales.

Una cuestión que merece una atención especial, se da cuando el empleado ha firmado con su empleador un contrato de trabajo, y su competidor, sabiéndolo, lo induce a romperlo y a trabajar con él. En Francia, tal accionar es considerado desleal. Se considera allí que se trata de un acto de ruptura abusiva de un contrato, en el sentido del articulo 1382 del Código Civil de ese país.[55] El elemento esencial de la deslealtad está en el conocimiento que el competidor tenía del contrato que unía al trabajador con su antiguo empleador.

En esta situación no puede quedar comprendido quien pone un aviso en un periódico informando su deseo de contratar personas con determinadas cualidades. Muchas veces, quien se presenta está trabajando para un competidor, e informa al anunciante de tal circunstancia. Sin embargo, si el trabajador es contratado, no puede hablarse de competencia desleal. El empleado, al presentarse ya había tomado la decisión de terminar su relación laboral, si las condiciones nuevas le convenían. El competidor que publicó el anuncio, no indujo al trabajador a terminar con su empleo. El trabajador tomó esa decisión. Es cierto que existen avisos que parecen diseñados para personas específicas, pero también en este caso es el trabajador quien toma la decisión de abandonar a su empleador.

En el año 1918, en los Estados Unidos de Norte América, un Juez federal sostuvo algo que tiene aún vigencia: "Nadie ha pensado jamás, según hemos podido encontrar, que en ausencia de algún propósito monopolístico, cualquiera no tiene el derecho de ofrecer mejores términos al empleado de otro, siempre que aquél esté libre para partir. El resultado de lo contrario sería intolerable para ambos empleadores ya que podrían usar al empleado más efectivamente y para el empleado porque podría recibir una paga adicional. Ello pondría un final a cualquier clase de competencia".[56]

Otro caso de interés también fallado en ese país en 1962, fue el de *Wear-Ever Aluminium*. En este caso, el demandado convenció al cuerpo de ventas del actor para que trabajara con él, dejando a su antiguo empleador. El tribunal reconoció que el cuerpo de ventas había sido formado con gran esfuerzo y que era de gran valor para el actor. Se probó que el actor había perdido no solo valores humanos, sino también que había sufrido pérdidas monetarias. El tribunal afirmó que "la injustificada intromisión oficiosa con esta relación legalmente

55. Krasser, *op. cit.*, página 280.
56. Kitch & Perlman, *op. cit.*, página 471.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

obtenida no puede tener el sello judicial de aprobación". El tribunal destacó que hubiera correspondido fallar prohibiendo al demandado contratar los empleados por un plazo de un año. Pero no lo hizo para no castigar a un grupo de personas no demandadas y que por ello no habían tenido posibilidad de defenderse. Aunque condenó al demandado a indemnizar a la parte actora por las pérdidas sufridas, por el valor del entrenamiento de los empleados "pirateados", y por el costo de reclutar y entrenar nuevos empleados para reemplazar los que se fueron.

En este caso se aclaró que el hecho de que la relación entre los empleados y el viejo empleador, pudiera terminarse "a voluntad, no provee la base para la justificación cuando un tercero dolosamente interfiere con una relación de empleo".[57]

Supresión de los signos distintivos de los productos

Roubier[58] considera que es un acto de competencia desleal, tendiente a desorganizar la empresa competidora, la supresión de cualquier signo de los productos de un competidor. Cita una ley del año 1928, que consideraba un delito de fraude la supresión fraudulenta de todo signo que identifique el producto, incluyendo los números de serie y cifras. "Porque esta numeración, sirve al productor para reconocimiento de sus diversos tipos de fabricación, con sus condiciones de venta particulares". La jurisprudencia entendió luego que los signos no necesariamente debían estar aplicados al producto, sino que era igualmente ilegal suprimir los que aparecían en los envoltorios y embalajes.

Estos actos tienden a evitar que el consumidor no pueda asociar al producto con su fabricante, privando a éste de hacerse conocer y ganar el prestigio y reconocimiento que sus productos en el mercado le aportarán. Una maniobra de este tipo puede causar un daño importante, ya que los esfuerzos por aumentar las ventas serán infructuosos.

Estos actos pueden dividirse en dos grupos:

1) Actos que atentan contra el signo distintivo y que impiden que éste indique su origen.

2) Actos que atentan contra otras indicaciones que contiene el signo distintivo como ser calidad, precio, composición, medidas, etc.

1) Dentro del primer grupo podemos aun distinguir tres actos diferentes de competencia desleal:

a) Alteración parcial de una marca pero que no obstante permite ser individualizada. El producto por este motivo chocará al consumidor. ¿Acaso nosotros hemos de adquirir un producto en el que la etiqueta esté roída, gastada o descolorida, que da la impresión de vejez del producto? Por cierto que no. ¿O que puede hacer creer que el producto ha sido sometido a la intemperie o a temperaturas inadecuadas? Sin duda tampoco, aquí el daño que se le infringe al competidor es claro. Se le hace perder clientela. Quien hubiera comprado el producto X comprará otro.

---

57. «Wear-Ever Aluminium c/ Townecraft Industries», en Kitch & Perlman, *op. cit.*, página 466.
58. Roubier, *op. cit.*, tomo 2, página 560.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

b) Cuando la alteración es tal que impide la individualización de la marca, o se suprime totalmente el signo distintivo.

Es decir, cuando estamos frente a un producto sin marca. Hoy en día, parece difícil que ciertos productos que no lleven una marca sean comprados.

En este caso se rompe el vínculo que existe entre el público consumidor de un producto y su fabricante. El cliente habitual de ese producto ya no lo encontrará en el lugar de venta, y necesariamente se volverá hacia otro similar. Todo el esfuerzo en mejorar sus productos o en publicitarlos, que efectúe el fabricante, será en vano. La disminución en las ventas que le ocasionará la pérdida de clientela le significará un daño enorme.

c) El tercer caso es cuando luego de la supresión de la marca, el competidor le pone al producto la suya propia.

Además del daño que causa y que es el mismo recién señalado, el competidor desleal se aprovecha aquí de todas las cualidades del producto, en beneficio de su marca. Sin haber realizado esfuerzo alguno gozará de los beneficios y prestigio que no le pertenecen.

Distinto de este caso es el del comerciante o distribuidor que agregan al producto una leyenda por la que hacen conocer su intermediación en la comercialización del producto. Esto es lógico y razonable y no puede, en principio, impedirse que quienes tienen tan importante función en la relación fabricante consumidor permanezcan en el anonimato. No olvidemos que el éxito de una marca en el mercado puede depender también de factores ajenos a las cualidades del producto, como ser una distribución adecuada que permita encontrarlo en cualquier comercio. Que sea un producto fácil y cómodo de adquirir.

2) El segundo grupo de actos que señalamos no van ya contra la indicación de origen sino contra otro tipo de indicaciones que puede llevar un producto junto con la marca. Nos referimos al precio, composición, indicaciones de calidad, medidas, etc.

Las variantes que pueden darse aquí son varias. Imaginemos que se altera el precio de un producto volviéndolo altísimo, de manera que se puede ahuyentar la clientela. O que se modifique la indicación, por ejemplo, de graduación alcohólica. O que se consigne componentes que no existen en el producto con el consiguiente desprestigio al comprobarse la falsedad. O también se modifique el peso o la fecha de fabricación. Los ejemplos pueden ser muchos pero el daño que se le puede causar al competidor es siempre el mismo: la pérdida de clientela.

Legislación aplicable

Para castigar estos actos recurrimos al artículo 183 del Código Penal que reprime con prisión de un mes a dos años al que “destruyere, inutilizare, hiciere desaparecer o de cualquier modo dañare una cosa mueble...”. Una marca, una etiqueta, un membrete son cosas muebles y su destrucción o inutilización quedan comprendidas en este delito.

Otra norma aplicable es la del artículo 289 inciso 1º del citado Código que reprime con prisión de seis meses a tres años al que falsificare marcas, contraseñas y firmas oficialmente usadas o legalmente requeridas para contrastar pesos o medidas, identificar cualquier objeto o certificar su calidad, cantidad o contenido. Dado que este es un delito contra la fe pública, puede cometer tanto

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

el dueño de la mercadería como un tercero con el móvil de perjudicar al dueño de la marca.

Claro que su aplicación se restringe a los casos en que se alteren signos legalmente requeridos para certificar la calidad, cantidad, origen o contenido del producto, y en ciertos casos puede llegar a ser la marca cuando su inclusión fuese obligatoria.

Si dichos signos no fueran obligatorios, igualmente habría un acto de competencia desleal y el damnificado podría recurrir a los artículos 953 y 1109 y concordantes del Código Civil, como ya hemos visto.

Por último, la ley 22.802, sobre identificación de mercaderías, exige que los productos lleven la indicación de calidad y/o pureza o mezcla y las medidas netas de su contenido. Con lo cual si alguien las elimina, violaría la norma.

Supresión de la publicidad

Igualmente ilegal es el suprimir la publicidad de un competidor. Esto ocurre cuando se tapa un cartel de un competidor, o se coloca algo delante de él, impidiendo su visión. Roubier,[59] cita otros ejemplos como el de suprimir la dirección del competidor debajo de su nombre, el colocar otra dirección en su lugar y el quitar afiches del competidor.

Incitar la violación de contratos

Es habitual que quienes actúan en el mercado firmen con proveedores o clientes contratos en los que se pacte una exclusividad. Un competidor interesado en comprarles o venderles a ellos, y conociendo el contrato que les impide hacerlo, les incita a violarlo. ¿Es este un acto de competencia desleal? Definitivamente lo es. Nadie tiene derecho a quebrar una relación contractual que puede significar una ventaja competitiva para un competidor. El competidor tiene derecho a que se respeten sus relaciones contractuales con terceros, las que seguramente consiguió con esfuerzo. Nadie tiene porqué beneficiarse luego con ese esfuerzo y además causar un daño. En muchos casos, además, él habrá contribuido a una mejora técnica de su contratante, que lo hace atractivo para sus competidores.

La Suprema Corte de California, en 1941, sostuvo al condenar tal práctica que "cualquiera sea el interés de una sociedad en estimular la competencia libre y abierta, la estabilidad contractual es generalmente aceptada como de mayor importancia que la libertad competitiva". Aunque aclaró que la "libertad competitiva, sin embargo, es de suficiente importancia como para justificar que un competidor induzca a un tercero que abandone a otro competidor, si no hay entre estos últimos dos una relación contractual".[60]

Es cierto que cualquiera puede terminar una relación contractual, y luego responder por ello ante los tribunales. Esta ruptura entre las partes de un contrato, no exime de responsabilidad al competidor que instigó dicha ruptura. Puede suceder que un competidor desee negociar con alguien que le manifiesta que no puede hacerlo por haber firmado un contrato de exclusividad. El competidor

59. Roubier, *op. cit.*, página 562.
60. «Imperial Ice Co. c/ Rossier», caso citado por Kitch y Perlman, *op.cit.*, página 464.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

entonces desiste de su oferta, pese a lo cual aquél rompe su contrato. Luego de hacerlo vuelve a ver al competidor y le dice que está libre de hacerlo. En este caso, si este competidor comercia con él, no habrá un acto de competencia desleal. Este no ha inducido la ruptura contractual, aun cuando pueda haber quedado claro en la mente del otro, que de romper el contrato habría de negociar con él.

DESORGANIZACIÓN GENERAL DEL MERCADO

La publicidad engañosa

Engañar al público consumidor es una de las formas clásicas de competencia desleal. Una de las formas de engañar es a través de la publicidad. Mostrar cualidades o características inexistentes en el producto o servicio que se ofrece, es algo a lo que recurren habitualmente muchos competidores. Al no haber realizado el esfuerzo para llegar a las características que le permiten competir mejor, dicen que ofrecen lo que no tienen. De esta manera, inducen a comprar a quienes, de conocer las verdaderas cualidades o características de lo ofrecido, no comprarían.

Esto, sin duda, constituye un acto de competencia desleal. Nadie debe mentir al mostrarse ante el público consumidor. De permitirse la mentira y el consiguiente engaño, quien actúe como debe y ofrece lo que realmente tiene, no puede competir contra quien ofrece algo como superior. Competir lealmente es correr con los propios colores, engañar es correr con otros colores, y ello no es admisible.

El engaño en la publicidad crea un desorden en el mercado ya que la mentira será, en algún momento, descubierta por el consumidor. Al hacerlo, quedará no sólo defraudado sino también desconcertado, ya que no sabrá quién dice la verdad y quién no. Para él, todos los que están en el mercado carecerán de seriedad con el consiguiente daño para ellos. El consumidor defraudado podrá recurrir ante los tribunales por el daño que ha sufrido, e invocará las normas del Código Penal o del Código Civil, que castigarán y permitirán resarcir dicho daño. El competidor ha sufrido un daño diferente, que es el que causa el acto de competencia desleal.

La publicidad exagerada

En principio, la existencia de engaño es una cuestión de hecho. Si lo que se dice no está reflejado en la realidad, hay falsedad y, por tanto, lugar a engaño. Sin embargo, cuando se analiza la legalidad de una publicidad debe diferenciarse la llamada publicidad exagerada de la que es engañosa. La publicidad exagerada es aquella en la que se hacen afirmaciones que extreman las bondades o virtudes de los productos o servicios publicitados.

Estrictamente, se trata de afirmaciones que no son verdaderas. Pero eso no las hace siempre engañosas. Ello, porque el público consumidor sabe que esa publicidad no representa exactamente lo que manifiesta. El público, en cierta forma, espera una cierta exageración en la publicidad. Por tanto, no es engañado por ella. Cuando el consumidor escucha que está frente al mejor producto del mundo, al de mejor sabor, al más antiguo de plaza, al de mejor rendimiento, sabe que probablemente no lo sea. En la práctica, el consumidor no se dejará

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

llevar por afirmaciones de este tipo para realizar su elección. La publicidad exagerada, por esta razón no tiene la aptitud de engañar, y por ello, no es engañosa ni ilegal.

Esto no significa aceptar cualquier clase de afirmación, so pretexto de que es exagerada. La cuestión es entonces determinar en dónde está la línea divisoria entre lo exagerado y lo engañoso, entre lo lícito y lo ilícito. Desde luego, habrá más lugar para la exageración cuando se trate de afirmaciones que son cuestiones de opinión, que cuando se trate de cuestiones de hecho. En estas últimas, si la afirmación no se corresponde con la realidad, deben ser muy poco determinantes las características sobre las que se falsea la realidad para que no haya engaño.

Para determinar si la publicidad es engañosa, hay que conocer cual ha de ser la actitud del público. Un tribunal norteamericano, al considerar que era publicidad engañosa el afirmar que la crema cosmética publicitada era "rejuvenecedora" y que restablecía la humedad natural, afirmó que la ley aplicable "no había sido hecha para la protección de expertos, sino para la del público -esa vasta multitud que incluye al ignorante, al que no piensa y al crédulo -", y que "el hecho que una afirmación falsa pueda ser obviamente falsa para aquellos que están entrenados y experimentados no cambia su carácter, ni se lleva su poder de engañar a otros menos experimentados".[61] Sin embargo, a los efectos de medir el impacto en el público, no debe partirse del supuesto de que todos los consumidores son totalmente crédulos de cualquier cosa que se afirme. En términos generales, debe aceptarse que el público tiene un cierto grado de conocimiento y de desconfianza, que le permite dirimir entre lo lógico y lo absurdo.

Legislación aplicable

El artículo 159 del Código Penal considera delito el captar clientela ajena mediante propaganda desleal. La publicidad engañosa es una propaganda desleal, porque recurre a la mentira para captar esa clientela.

El artículo 10 bis del Convenio de París en el inciso 3º, del párrafo 3, establece que deben prohibirse: "Las indicaciones o alegaciones cuyo uso, en el ejercicio del comercio, sean susceptibles de inducir al público a error sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de las mercancías". Como se advierte, sin mayor análisis, esta norma cubre todo engaño que se realice en el comercio. Cabe destacar que sólo se aplica al caso de mercancías. No cubre servicios ni otras actividades no comerciales.

Además, el articulado de la ley Nº 22.802 de Lealtad Comercial, contiene cantidad de disposiciones dirigidas a impedir el engaño. Si bien esta ley no está diseñada como un instrumento para combatir la competencia desleal, sino para proteger al público consumidor, ella sirve para que cualquier competidor recurra a la autoridad de aplicación, con la denuncia respectiva. Esta ley contiene disposiciones en el artículo 1, que establecen la obligatoriedad de consignar las indicaciones de origen, calidad, pureza o mezcla y las medidas netas de su contenido. Además, en el artículo 4, establece que tales indicaciones estén escritas en español, aunque se admiten traducciones. Esto tiende a que exista una correcta información sobre el producto, y así se evite todo equívoco.

---

61. Ver Kitch & Perlman, *op. cit.*, página 193, en la causa «Charles of the Ritz Distrib. Corp. c/ FTC».

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

En el artículo 5 se prohibe consignar cualquier indicación o signo, en folletos, envases, productos, etc., "que pueda inducir a error, engaño o confusión, respecto de la naturaleza, origen, calidad, pureza, mezcla o cantidad de los frutos o productos, de sus propiedades, características, usos, condiciones de comercialización o técnicas de producción". En el artículo 9 se prohibe "cualquier clase de publicidad o propaganda", que pueda inducir a confusión o engaño sobre características de los productos, condiciones de comercialización o técnicas de producción de bienes y servicios.

Normas similares contiene el Código Alimentario Nacional, ley No. 18.284, dirigidas a la correcta y completa rotulación de los productos alimenticios.

Por último, debo mencionar también la ley 22.240, de Defensa del Consumidor. Esta ley impone a quienes intervengan en la producción, importación y comercialización de productos, y en la prestación de servicios, que suministren "a los consumidores o usuarios, en forma cierta y objetiva, información veraz, detallada, eficaz y suficiente sobre las características esenciales de los mismos". Nuevamente se trata de una norma que esta diseñada para proteger al consumidor. Aunque nada impide que el competidor realice la denuncia correspondiente.

Como hemos visto, existen cantidad de normas que castigan el engaño y, por tanto, a la competencia desleal a través del mismo.

La jurisprudencia

No hay en la jurisprudencia penal condenas a actos de publicidad, basados en el artículo 159 del Código Penal. Existen sí, dos casos en los que los imputados fueron absueltos. En uno de ellos, el más antiguo, se consideró que no era delito proclamar "la superioridad de una lámpara, asegurando que no existe ninguna mejor".[62]

Años después, el criterio fue confirmado al declararse que "no constituye delito afirmar que determinado detergente es cuatro veces superior a otros (no determinados), lo que equivale a decir que es mejor, ni publicar o hacer propaganda expresando que "lava 90 veces", cualquiera sea el grado de tal afirmación. Aunque agregó el tribunal: "... siempre que no se identifique o tienda a identificar alguna marca competitiva, o tienda a la manifiesta confusión con otro producto también determinable".[63] La llamada por el tribunal publicidad exagerada, no punible, se transformaría así en publicidad comparativa punible, en ese entonces considerada ilegal.

En otro caso, en el que no hubo condena, se entendió que había habido propaganda desleal. Un ciclista ganó una carrera utilizando en su bicicleta tuberías de marca "Alessandro". Sin embargo, en la conocida revista "El Gráfico" apareció una publicidad en la que se decía que las cubiertas habían sido "ESTRELLA BLANCA", marca de Pirelli. La publicidad había sido ordenada por los fabricantes de los productos Pirelli.

---

62. «Durz, Máximo y Tryan, Francisco», Cámara Criminal y Correccional de la Capital Federal, 5-6-1936, LL-3-154.

63. «Kolynos S.A.», Cámara Criminal y Correccional, Sala I, 4-4-1972, ED-44-728.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

El Juez de Primera Instancia, en fallo confirmado por la Cámara, reconoció que se trataba de una propaganda desleal, que había desvío de la clientela y la posibilidad de un aprovechamiento ilegítimo. Pero, el querellado fue absuelto porque había obrado de buena fe al creer, de acuerdo a lo que estaba previamente convenido con la patrocinadora del equipo al que pertenecía el ciclista, que se había usado la cubierta "ESTRELLA BLANCA". Faltó pues el dolo, esencial para configurar el delito.[64]

Adopción de falsos títulos y de falsas calidades

Es un caso típico de publicidad engañosa. Falsos títulos son el declarar ser proveedor de algún cliente importante y no lo es, o decir que se es licenciado de alguna empresa extranjera no siéndolo, falsas calidades cuando se dice por ejemplo que es agua mineral no siéndolo o de otro tipo de indicaciones de calidad que no son las que reúne el producto. Es también una falsa calidad el decir que es el único fabricante del producto cuando no lo es. Esto podría provocar que la clientela se volcara a él sin ir a otros de la competencia.

Usurpación de medallas o recompensas industriales

Es otra forma de engañar. Alegar haber ganado premios no ganados o de concursos o certámenes inexistentes, le da al producto una apariencia de calidad e importancia que no tiene.

Ventas a precios bajos

Es habitual hablar de la venta a precios bajos como de un acto de competencia desleal.

La venta a precios bajos es ilegal cuando es por debajo de los costos y no existen razones que la justifiquen. No me extenderé en esta cuestión ya que entiendo que esta maniobra, conocida como *dumping*, cae más bien dentro de las normas de la Ley 22.262 sobre defensa de la competencia. Es el vender a un precio muy bajo, y por debajo del costo, con el objetivo de eliminar al competidor que no podrá bajar sus precios sin riesgo de incurrir en pérdidas hasta desaparecer. El no poder vender a esos precios bajos también lo hará desaparecer. Esto es lo que busca quien hace *dumping* y que por su mayor respaldo puede sufrir pérdidas hasta que consiga su posición de monopolio y luego elevar sus precios por encima de lo que sería el precio de mercado, recuperando sus pérdidas con creces.

Este accionar tiende a eliminar la competencia y por ello cae en las normas de la ley mencionada.

Desde luego, hay razones justificadas para vender por debajo del costo y que son habituales en el comercio. Se dan en las llamadas "liquidaciones por fin de temporada", "por mudanza" o "por cesación del negocio", entre otras. Estas ventas no son desleales ya que son puntuales, temporales y no tienden a eliminar o dañar la competencia.

---

64. «Valdani, Víctor y otro», Cámara Criminal y Correccional, 9-12-1941, LL-24-952.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

Hay un caso que si merece un trato especial y es aquél en el que un comerciante que ofrece cantidad grande de productos de terceros, vende algunos de ellos a precios por debajo del precio de compra al proveedor, y por ende mucho más bajos que los mismos que ofrecen en venta otros comerciantes.

El producto *X* está en los comercios de venta al público, digamos a cinco pesos. El comerciante en cuestión lo vende a dos pesos. El público tentado por esta oferta y por la de unos pocos otros productos, concurre al local y como es lógico, además de comprar los productos baratos, compra otros. Este consumidor, de no haber existido esa oferta, no hubiera ido allí a comprar y hubiera comprado en el comercio habitual. No puede argumentarse que el consumidor hubiera comprado allí igualmente sin la atractiva oferta, porque de ser así, el comerciante en cuestión no hubiera realizado tal práctica.

De todas maneras es, a mi juicio, desleal atraer a la clientela por este medio. Esto no es vender el producto al más bajo precio posible, porque no es verosímil que alguien pierda dinero y considere que el precio es posible. Esta práctica está dirigida a captar clientela que no se captaría si se vendiera el producto a los precios que normalmente todos pueden venderlos. Y estos precios no pueden ser por debajo del costo.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

El riesgo y la responsabilidad extracontractual: Algunas consideraciones filosóficas, jurídicas y económicas acerca de una difícil relación *

Carlos F. Rosenkrantz **

I. INTRODUCCIÓN

Tradicionalmente, tanto en el Derecho Continental como en el Derecho Anglosajón, para que en un tribunal un demandado sea obligado a compensar al demandante han sido necesarios tres requisitos ineludibles; primero, la culpa, es decir, que la conducta del agente haya sido reprochable; segundo, el daño, esto es que la víctima (o eventualmente «algo» de su propiedad) haya sufrido un perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria; y tercero, una relación causal que conecte la conducta reprochable con el daño en cuestión[1]. Salvo en el relativamente moderno ámbito de la responsabilidad estricta u objetiva[2], estos tres requisitos han estado siempre presentes en toda condena en juicios de responsabilidad extra-contractual.

No obstante la importancia de esta tradición en el ámbito jurídico, la situación amenaza con cambiar de un modo radical. En efecto, algunos autores[3] han sugerido la necesidad de recaracterizar la culpa, la causa y el daño concibiéndolos de manera probabilística.[4] Este cambio conceptual no es sólo un intento de justificar nuestra actual visión de las cosas. Tampoco es sólo una manera diferente de explicar más acabadamente nuestras actuales intuiciones en la materia. Por el contrario, como espero quede claro en las secciones siguientes, es un cambio con consecuencias prácticas de gran magnitud.

Pero la importancia de la recaracterización de la culpa, la relación causal y el daño, no es sólo una función de la importancia de sus consecuencias. Es importante, además, por la envergadura de las ideas en las cuales se asienta. En efecto, los autores a los que me referiré, y las posiciones que directa o indirectamente adoptan, descansan en la convicción de que la forma canónica de la responsabilidad es la responsabilidad por los riesgos que generamos e

---

* Agradezco los comentarios recibidos a borradores anteriores de Luciana Sánchez, Silvina Ramírez, Jaime Malamud, Eduardo Rivera López, Marcelo Alegre y Juan Carlos Bayón. Agradezco también el excelente trabajo de los editores de la Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, así como, en especial, los comentarios y sugerencias de Pablo Suárez.

** Abogado, Universidad de Buenos Aires (1983); Master in Law, Yale University (1987). Doctor in The Sciences of Law, Yale University (1989). Global Law Professor, New York University; Profesor de la Universidad de Palermo y de la Universidad de Buenos Aires.

1. Véase Thompson, J.J., «The Decline of Cause», *The Georgetown Law Journal*, vol. 76, 1987, pag. 137.

2. No obstante que en el derecho romano y en el derecho anglosajón la responsabilidad objetiva ya era conocida desde hace tiempo, su extensión es relativamente reciente.

3. El caso más claro y sofisticado ejemplo es David McCarthy. Véase McCarthy, David, «Liability and Risk», *Philosophy and Public Affairs*, vol. 25, num. 3, summer 1996, pags. 238/262; «Rights, Explanation and Risks», Ethics, vol. 107, num. 2, January 1997, pags. 205/225.

4. Es importante dejar sentado que en todo lo que sigue usaré la palabra «riesgo» y la palabra «probabilidad» como sinónimos. Una muy lúcida exposición de las distintas concepciones de la probabilidad y el riesgo ha sido hecha por S. Perry. Véase Perry, S., «Risk, Harm and Responsibilities», en *Philosophical Foundations of Tort Law*, ed. David G. Owen, Clarendon Press, 1995, pags. 322 y ss.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

imponemos a otro, mientras que la responsabilidad por daño es sólo una excepción al canon basada en razones de diversa naturaleza.

Como se verá, este es un trabajo acerca de ideas, más que de consecuencias prácticas. De todos modos, trataré la pregunta fundamental de la teoría de la responsabilidad, esto es, si en verdad el caso canónico de la responsabilidad es la responsabilidad por riesgos que introducimos y no la responsabilidad por daños, sólo de manera indirecta y tangencial.

La razón de esta estrategia indirecta es que no quiero alejarme demasiado del tipo de discusión existente en el ámbito de la dogmática jurídica, donde no se debate sobre ideas tan filosóficas como la prioridad de la responsabilidad por riesgo o la prioridad de la responsabilidad por daño.

En razón de lo dicho en el párrafo precedente, en este trabajo describiré y analizaré nuevas concepciones de la culpa, la causa y el daño, y algunas de las implicancias y consecuencias que tendría su adopción. Desde ya quiero adelantar que estoy convencido de que, como cuestión de principio (e independientemente de lo que más adelante llamaré «problemas de cumplimiento»), la forma tradicional de concebir o conceptualizar los requisitos de la culpa, la causa y el daño es esencialmente correcta y, por lo tanto, no debe ser abandonada.

El plan expositivo que me he trazado es el siguiente: En la sección II, me ocuparé del requisito de la culpa. Explicaré cómo se concibe este requisito en la teoría tradicional de la responsabilidad civil y la manera en que la concepción tradicional se encuentra influida por elementos probabilísticos. Luego analizaré la propuesta de recaracterización que se deriva de las ideas de G. Fletcher. Finalizaré la sección haciendo alusión a los problemas que introduce esta propuesta. En distintos puntos de la sección haré alusión a mis propias ideas ya que, de algún modo, se apartan de la ortodoxia. En la sección III me ocuparé del requisito de la causa, mientras que en la sección IV haré lo propio respecto del requisito del daño. Siguiendo la estructura de la sección II, en cada una de estas secciones explicaré la influencia de los elementos probabilísticos en la concepción tradicional de la causa y el daño y la forma en que ambos requisitos deberían concebirse si aceptáramos las ideas de quienes afirman que debemos recaracterizarlos. No trataré los problemas de la recaracterización de la causa, ni las razones existentes para preferir la concepción tradicional, hasta el final de la sección IV. La razón de esta postergación es que sólo allí, una vez presentadas las razones que aconsejan rechazar la recaracterización del requisito del daño, se comprenderá por qué la concepción tradicional de la causa es la concepción correcta. En la sección V estableceré el alcance de las evaluaciones que formulo a lo largo de este trabajo. Finalmente, en la conclusión realizaré algunas consideraciones generales respecto de la idea de que la forma canónica de la responsabilidad es la responsabilidad por riesgos.

II. La culpa y el riesgo

1. Introducción: Las particularidades del concepto de culpa

En principio, como he intentado explicarlo en otro lugar,[5] la conexión causal con el daño es una razón «prima facie» para que quien lo causó tenga la

5. Véase Rosenkrantz, Carlos, «Tres Concepciones de la Justicia Correctiva y la Responsabilidad Civil», Lecciones y Ensayos, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, vol. 67/68, 1997, pags. 147/203.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

obligación de compensarlo. Por ello, pre-teóricamente, todos pensamos que nadie es mejor candidato para hacerse cargo de las consecuencias dañosas de una acción que aquél que causó dichas consecuencias. La mejor prueba de ello es que creemos, antes de reflexionar exhaustivamente sobre la cuestión, que la respuesta más natural a los problemas de la responsabilidad civil es que A debe compensar a B si A fue quien dañó a B, y que, por el contrario, C no debe compensarlo si fue un tercero causalmente extraño al daño de B.

En este contexto, el requisito de la culpa se presenta como perturbador de nuestras convicciones pre-teóricas pues no encaja con la idea de que basta estar causalmente vinculado a un resultado dañoso para tener que compensarlo. Ello porque, en determinadas circunstancias, tal exigencia convierte en falsa la respuesta que más arriba identifiqué como más natural a la cuestión de la responsabilidad civil. (En efecto, si exigimos culpa en el agente causal del daño, A, a pesar de su vinculación causal con el daño de B, no tendrá la obligación de compensarlo si no hubiera actuado de un modo culpable).

Ahora bien, el mero hecho de que el requisito adicional de la culpa sea perturbador de nuestras convicciones pre-teóricas no implica que sea injustificado, implausible o que no podamos encontrar razones que lo justifiquen o fundamenten.[6]

De hecho, en la dogmática jurídica y en la teoría moral contemporánea existen innumerables intentos de dar sentido a la idea de que cuando causamos un daño sin culpa no debemos repararlo. De todos modos, más allá de la diversidad de tales intentos existe una explicación usual.

En efecto, usualmente la culpa, y la liberación de la obligación de compensar que su exigencia produce, se justifica recurriendo a la idea de que la atribución de responsabilidad por los daños ocasionados sólo procede en los casos en que las acciones mediante las cuales los causamos son acciones que una persona razonable que se encontrara en nuestras circunstancias no habría realizado. Si, por el contrario, las acciones dañosas no fueran acciones que una persona razonable no hubiera realizado, no podríamos exigir compensación.

Detrás de esta usual justificación de la culpa se esconde una concepción de la responsabilidad que, en otro lugar, he llamado «la concepción retributiva de la responsabilidad extracontractual».[7] De acuerdo con esta concepción existe una analogía entre el castigo y la compensación, por lo que únicamente podemos imponer la obligación de compensar en el caso en que la conducta que causó el daño haya sido reprochable.

---

6. En esta nota me interesa destacar la clase de razones que fundan o justifican el requisito de la culpa. En ese sentido, si pensamos en los términos de la distinción entre razones objetivas y razones subjetivas, el requisito de la culpa responde a razones subjetivas. Ello así, pues la justificación de la culpa siempre hace referencia esencial a circunstancias características del agente causalmente responsable del daño, más precisamente, al hecho de que por no ser su acción negligente -esto es por no violar un estándar que define la conducta esperada en las circunstancias del caso- su acción no le es reprochable. También es interesante destacar que la culpa, por el hecho de justificarse mediante razones subjetivas, es un requisito estructuralmente diferente a las razones que subyacen a los demás requisitos de la responsabilidad extra-contractual, ya que la relación causal y el daño son requisitos totalmente ajenos a consideraciones idiosincrásicas del agente y a todo juicio de mérito o de mérito personal.

7. Ver opus cit. not. 5.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

No obstante su popularidad, sostengo que esta justificación de la culpa es implausible.[8]

Su error consiste en asociar la responsabilidad por daños a la realización de acciones reprochables, cuando no existe ninguna vinculación entre el reproche por lo actuado y la obligación de compensar. La mejor manera de demostrar la ausencia de la vinculación mencionada es a través de un ejemplo.

Piense en el famoso caso de J. Feinberg.[9] Un escalador de montaña en medio de una tormenta se encuentra ante la alternativa de morir por congelamiento en la intemperie o romper la ventana de una cabaña deshabitada para entrar y cobijarse en ella.

En un caso como este, nadie dudaría que se puede entrar en la cabaña y que si el escalador lo hace no realiza ninguna acción reprochable. No obstante ello, es decir, no obstante la inexistencia de reproche, el escalador no se libera de la obligación de compensar el daño que causa cuando entra, esto es, la rotura del vidrio. Nadie dudaría que el escalador, a pesar de haber actuado irreprochablemente, debe colocar al dueño de la cabaña en la situación en la que éste se encontraba antes de su irrupción.

Ahora bien, si la obligación de compensar existe independientemente de la ausencia de reproche hacia la acción que genera el daño, ello muestra que la obligación de compensar no es una consecuencia de su actuar reprochable, sino de algún otro elemento del caso.

La misma conclusión -que no existe vinculación entre el reproche a lo actuado y la obligación de compensar- puede ser defendida de un modo distinto. Así si analizamos cuidadosamente la proposición «hemos realizado una acción reprochable» y la proposición, «tenemos que compensar el daño que causamos mediante la acción reprochable» veremos que no existe conección alguna entre ellas. En efecto, tal como M. Zimmerman[10] ha demostrado, no existe ninguna relación de derivación lógica entre «A ha realizado algo moralmente incorrecto que perjudica a B» y «A debe compensar a B por lo que ha hecho». Más aún, según ha sostenido este autor, no existe ninguna relación entre esta última proposición y las proposiciones que fundamentan que lo hecho por A sea reprochable.[11] Por lo que no puede sostenerse que la reprochabilidad y la responsabilidad estén asociadas de manera alguna.

Ahora bien, la implausibilidad de las justificaciones usuales de la culpa no es concluyente respecto de la implausibilidad de la culpa como requisito en el esquema de la responsabilidad civil.

Tal como lo he defendido en artículos precedentes, la responsabilidad por daños no se relaciona centralmente con la reprochabilidad o irreprochabilidad

---

8. Algunos autores han señalado que la implausibilidad de la exigencia de la culpa se ve con claridad tan pronto advertimos que si exigimos culpa en el agente causal del daño el efecto colateral inmediato, en aquellos casos en que el agente causal del daño no es culpable, es que el daño debe ser soportado por la víctima. Como la víctima tampoco es culpable, el resultado de la exigencia de culpa es paradójico pues determina que en última instancia debe cargar con el daño alguien cuya acción no es culpable. Véase Coleman, Jules, «The Morality of Strict Tort Liability», *18 William and Mary law Review*, vol. 259, 1976.

9. Véase Feinberg, Joel, *Rights Justice and the Bounds of Liberty*, Princeton U. Press, 1980, pag. 230.

10. Véase Zimmerman, Michael, «Rights, Compensation and Culpability», en *Law and Philosophy*, vol. 13, 1994, pag. 426.

11. Zimmerman está preocupado por la relación existente entre incorrección de una acción y obligación de compensar. De todos modos creo que sus comentarios se aplican perfectamente al análisis entre reprochabilidad de una acción y obligación de compensar.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

de las acciones de un agente, sino con el hecho de que el agente causó el daño en cuestión. (En otras palabras, y con las aclaraciones que dejaré sentadas en lo que sigue, A deberá compensar a B, independientemente del reproche de su actuar, si A ha sido quien ha dañado a B).

En este esquema, la culpa no funciona como un elemento atributivo de responsabilidad sino, por el contrario, como una excepción a la obligación de compensar.

Más aún, el requisito de la culpa se justifica de modo idéntico a la justificación de otras limitaciones a la obligación de compensar.

He sostenido que las limitaciones a la obligación de compensar se justifican,[12] todas ellas, en términos de un principio de acuerdo con el cual no se debe compensar a la víctima de un daño en todos los casos en que tal compensación impediría el funcionamiento de prácticas o instituciones sociales cuyos resultados producen beneficios mutuos.[13]

Imagine que A causa a B daños por producir más eficientemente en un determinado mercado y que como consecuencia de la productividad de A, B se va a la bancarrota. Si tomamos como presupuesto, por un lado, que el mercado (dado el sistema de incentivos prevaleciente en una sociedad) es la mejor manera de mejorar la situación de todos vis a vis, todos los otros sistemas de producción y distribución de recursos y, por el otro, que el mercado no podría funcionar si quienes producen más eficientemente tuvieran que compensar los daños que causan por mandar a la bancarrota a quienes carecen de esta habilidad,[14] habremos justificado una excepción a la obligación general de A de compensar los daños que causa a B. Ello así, por la sencilla razón de que nadie (incluso los directamente perjudicados por la limitación de la obligación de compensar —en este caso B-) podría razonablemente rechazar una solución a la cuestión de la compensación cuando las alternativas de dicha solución perjudican a todos.[15]

---

12. Ver opus cit. not. 5.

13. He desarrollado este punto en «La riqueza no es un valor. Algunas reflexiones acerca de Dworkin y el Análisis Económico del Derecho», *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, vol. 1 num. 1, pags. 93/106.

14. Existen explicaciones alternativas de la conclusión de que A no debe compensar a B. J. Coleman, uno de los autores que más ha trabajado el tema, ha sostenido que debemos distinguir entre pérdidas y daños. Mientras que las pérdidas son inconvenientes causados por aquellos que no tienen la obligación de no realizar la conducta en cuestión, los daños son los inconveniente causados por quienes si tienen esta obligación. Usando esta distinción Coleman afirma que B, por no haber sufrido un daño —en razón de que A no debía abstenerse de competir con él- no debe ser compensado. Véase Coleman, Jules, *Risk and Wrongs*, Cambridge University Press, 1993, pag. 270 y ss. (Creo que esta explicación es equivocada por razones que desarrollo en Rosenkrantz, Carlos, opus cit. not. 5). También se ha sostenido que A no ha causado la bancarrota de B. De este modo A no debe compensar, pero la razón por la que no debe hacerlo no es que B no haya sido dañado sino que B no ha sido dañado por A. (Creo que esta explicación es muy problemática pues presupone una concepción equivocada —normativa- de la causalidad, de acuerdo con la cual uno no es causante de los daños que no debe compensar.)

15. Existen muchas cuestiones de detalle dejadas en la oscuridad en la presentación del principio que justifica la limitación de la obligación de compensar. La más importante es explicar qué entendemos por el requisito de que la institución en cuestión «beneficie a todos». En otras palabras, si a los efectos de justificar una limitación a la obligación de compensar es preciso que esta limitación sea necesaria para el funcionamiento de instituciones que mejoran la situación de la clase de personas que están peor o si, es preciso además, que se trate de instituciones cuyo funcionamiento beneficia incluso a aquellos que resultan perjudicados por la limitación de la obligación de compensar, más precisamente, aquellos que deben cargar con sus propios daños. También dejo sin tratar la cuestión de qué sucede cuando, no obstante que las instituciones bajo análisis cuyo funcionamiento exige que no impongamos la obligación de compensar perjudican a alguien en particular, todas las demás instituciones posibles perjudican a más personas o a igual número de personas más gravemente. (He abordado parcialmente estas cuestiones en Rosenkrantz, Carlos, opus cit. not. 13).

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

Ahora bien, tal como sugerí más arriba, creo que el requisito tradicional de la culpa puede explicarse del mismo modo. Así, la excepción a la obligación de compensar todos los daños que uno causa, producto de la exigencia de la culpa en el agente causal del daño, se justifica si tal excepción arroja beneficios mutuos, resultados que no podrían obtenerse si hubieran de compensarse los daños en cuestión. Nuevamente un ejemplo ilustrará mi posición.

Dada una sociedad en la que todos sus habitantes, más o menos con la misma asiduidad, se transportan en bicicleta, imagine que existe una ratio de accidentes de 10/100 de tal modo que cada 100 viajes en bicicleta de cada ciclista, 10 terminan en accidentes con daños para los peatones. Suponga además que el costo de administrar un sistema de responsabilidad objetiva es muy alto, por la sencilla razón de que la estructura judicial es cara y burocrática. Imagine que los daños producidos por los accidentes son de distinta magnitud, aunque la mayoría de ellos no pasan de rasguños y magullones. Si en esta sociedad no se exigiera culpa en el agente causal para que sea obligado a compensar (y no fuera posible contratar un seguro en condiciones de mercado) todos se abstendrían de circular en bicicleta o pondrían muchísimo más cuidado que el habitual al hacerlo. (Es una premisa de este ejemplo, también, que la utilidad social de circular en bicicleta es muy alta, la que se perdería si hubiera que manejarse con mucho más cuidado).

En las circunstancias del ejemplo anterior, el requisito de la culpa es una medida que beneficia a todos. Si todos efectivamente se transportan con la misma asiduidad en bicicleta es mejor para todos ellos poder seguir usando las bicicletas con un cuidado no demasiado extremo que ser compensados en el caso de ser una de las víctimas de un accidente ciclístico. (Más conveniente aún será exigir culpa en el agente causal del daño si los accidentes pueden ser evitados con mayor facilidad por los peatones que por los ciclistas, o si los peatones pueden contratar seguros más baratos que los ciclistas).

Creo que lo anterior es más que suficiente dados los propósitos de este trabajo. Estimo que con lo dicho se apreciarán las características del requisito de la culpa y mi propia visión respecto de su justificación en la teoría de la responsabilidad extra-contractual. En lo que sigue, quiero detenerme en las ideas de quienes creen que el requisito de la culpa debe ser recaracterizado. Pero, previamente, tal como lo adelanté más arriba, quiero señalar la forma en que la teoría tradicional asocia culpa y riesgo.

2. La culpa y el riesgo

En la teoría tradicional, el estándar que determina qué es lo que se debe hacer -y cuya violación por parte de un agente lo convierte en culpable- incorpora al riesgo como uno de sus elementos centrales.

Una explicación plausible de esta referencia al riesgo en la teoría tradicional de la culpa puede ser que bajo las hipótesis de que el agente no controla todas las consecuencias de su conducta, el estándar de lo que se debe hacer, y cuya violación constituye a la conducta en reprochable, únicamente puede definirse en términos de los riesgos que no hay que imponer a otro; pues, de otro modo, es decir si el estándar se definiera en términos de lo que no se debe causar o de las consecuencias que no hay que traer al mundo, el agente podría terminar siendo responsable por circunstancias que escapan de su control.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

Al definir lo que no se debe hacer en términos de los riesgos que no se deben imponer a otros, se resuelve parcialmente el problema que presenta la existencia de un deber de evitar consecuencias que no se controlan. Ello así, pues es más probable que dependa de nuestro control la imposición de riesgos que la causación de daños.[16]

Es por las razones más arriba esbozadas que en sus formulaciones más lúcidas la teoría tradicional incorpora elementos probabilísticos. Así sucede con las dos concepciones de la culpa más populares en el mundo anglosajón. Por ejemplo, para el Juez Hand, una conducta dañosa era además culposa toda vez que el costo de las precauciones adecuadas para prevenir el daño que esa conducta causó, fuera menor que el costo del daño multiplicado por la probabilidad de su ocurrencia.[17] Lord Reid, en cambio, si bien justificaba asociar la reprochabilidad de una conducta a los niveles de riesgo que ella imponía, creía que no se debía tomar en cuenta, como el Juez Hand hacía, los costos de las precauciones para prevenir el daño. Según Reid, la culpa debía ser concebida sólo tomando en cuenta la gravedad y la probabilidad de la ocurrencia del daño, de tal modo que una acción era culposa si dado la gravedad y la probabilidad del daño que ella involucraba no hubiera sido realizada por una persona razonable.[18]

Pero el intento de recaracterización del requisito de la culpa es mucho más radical. Como veremos en la sección siguiente, no consiste en incluir algunos elementos probabilísticos en la definición de la culpa sino, directamente, en reducir la culpa a la imposición de cierto tipo de riesgos.

3. La recaracterización del requisito de la culpa

El intento más interesante de recaracterización del concepto de culpa ha sido propuesto hace ya varios años por George Fletcher.[19] Fletcher, en un artículo seminal, afirmaba que «los casos de responsabilidad son aquellos en los que el demandado genera un riesgo de daño desproporcionado en relación con las actividades creadoras de riesgos en las que el demandante se involucra... Conversamente, casos de ausencia de responsabilidad son aquellos casos de riesgos recíprocos, más precisamente, aquellos casos en los que la víctima y el agente causal del daño se someten mutuamente al mismo riesgo de daño».[20]

---

16. Es cierto que si no controlamos todas las consecuencias de nuestras conductas tampoco podemos controlar los riesgos que nuestras conductas imponen ya que los riesgos que imponemos también son consecuencias de nuestra conducta. Si esto es así, la definición del estándar de diligencia en términos de imposición de riesgos no garantiza que en determinadas circunstancias no debamos hacer algo -no imponer un riesgo determinado- que no podemos controlar y, por ello, no garantiza que el estándar sea subjetivo. Si bien esto es cierto, la definición del estándar en términos de riesgos es más probablemente subjetiva que la definición del estándar en términos de lo que no se debe causar por la sencilla razón de que los resultados están sujetos a mayores contingencias que escapan de nuestro control que los riesgos.

17. Véase United States vs. Carroll Towing Co. (159 F. 2d. 169-1947).

18. Obviamente, la cuestión crítica aquí es cómo definimos a una persona razonable. Véase Bolton vs. Stone (1951) App. Cas 850 (HL).

19. Es posible que Fletcher no pensara estrictamente en la recaracterización de la culpa sino, en las condiciones que deben satisfacerse para la imposición de la obligación de compensar. Aunque ello puede ser así, Fletcher ha sido interpretado como ofreciendo una nueva visión de la culpa. Véase McCarthy, David, «Liability and Risk», *Philosophy and Public Affairs,* vol. 25, num. 3, summer 1996, pag. 256.

20. Véase, Fletcher, George, «Fairness and Utility in Tort Theory», 85 Harvard Law Review 537, 1972, reimpreso en *Law Economics And Philosophy,* ed. Mark Kuperberg Charles Beitz, Rowman & Allaheld, 1983.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

La propuesta de Fletcher puede verse como una sutil variación de las concepciones tradicionales pues, tal como estas concepciones, Fletcher supone que una conducta es culpable cuando genera un riesgo de determinada magnitud.

Sin embargo, el proyecto de recaracterización de Fletcher es totalmente revolucionario. La razón es que si, de acuerdo con Fletcher, una conducta es culpable cuando los riesgos por ella creados son distintos a los riesgos creados por terceros, la culpa deja de ser un requisito de la responsabilidad civil que presta atención a las condiciones y circunstancias personales del agente, esto es, deja de ser un requisito subjetivo. Ello así pues, en esta visión, la única cuestión relevante para administrar la culpa es la comparación de los riesgos creados por el actor y por el demandado, cuestión esta eminentemente objetiva en la que las circunstancias personales del agente no tienen ninguna relevancia.[21]

Un ejemplo ayudará a ver el punto con claridad. Imagine una situación en la que una tormenta amenaza a un barco, razón por la cual su capitán decide no abandonar el muelle al que aquél se encuentra amarrado. Suponga que la tormenta se desata y el barco bamboleado por las altas olas daña el muelle.[22]

En la concepción tradicional, la conducta del capitán no sería calificada como culpable, pues el capitán no ha impuesto un riesgo mayor al que hubiera impuesto una persona razonable, ni ha impuesto un riesgo de daño que, multiplicado por su costo, hubiera sido mayor que el costo de prevenir dicho daño. En la concepción de Fletcher, en cambio, la conducta del capitán del barco debería ser calificada como culpable pues éste impuso al dueño del muelle un riesgo no recíproco: mientras la tormenta puede mover el barco contra el muelle, no puede mover el muelle contra el barco.

La única explicación de que el capitán sea considerado culpable en un caso como el anterior es que la culpa se conciba objetivamente, al punto de que pueda atribuirse culpa por la violación de un estándar objetivo que no contempla en modo alguno la situación del agente. Ello es así pues, en este caso, el capitán ha hecho todo lo que debía hacer dadas las circunstancias del caso, la situación en la que se hallaba y sus particulares condiciones personales y no ha hecho nada que un hombre razonable no hubiera hecho, ni nada que no hubiera hecho un hombre interesado en no comprometerse con acciones que generan riesgos de daños de un costo mayor que el costo de evitar dichos daños. Si, no obstante ello le atribuimos culpa, es porque creemos que la culpabilidad está asociada a

---

21. En las dos concepciones tradicionales del derecho anglosajón la subjetividad del estándar está garantizada en virtud de que, o se recurre a lo que haría una persona razonable en las circunstancias del caso (Reid), o se incorpora en el cálculo de los costos que para el agente tiene el evitar el daño, los costos de la conducta que el agente debería realizar para no causar el daño (Hand). (Es preciso reconocer que la «subjetividad» característica de los estándares que definen la conducta esperada en el derecho de la responsabilidad extra-contractual es menos radical que la «subjetividad» de los estándares del derecho penal. En virtud de ello, en sede civil, es posible considerar culposa la conducta de aquel que por sus capacidades mentales deficientes no pudo comprender acabadamente y con absoluta claridad la dañosidad de su conducta si es que un agente de capacidades mentales promedio podría haberlo hecho. (Véase Vaughan vs. Menlove y Perry, Stephen, «Moral Foundation of Tort Law», *Iowa Law Review*, vol. 77, 1992, pags. 509 y 510.) La subjetividad de los estándares tradicionales se pierde totalmente con el intento de recaracterización de Fletcher, pues para él basta la imposición de riesgos no recíprocos independientemente de lo que habría hecho una persona razonable en las circunstancias del caso e independientemente de los costos que la conducta alternativa habría tenido para el agente en cuestión.

22. El ejemplo del texto es tomado del caso Vincent vs. Lake Eric Transportation, 10 Minn. 456, 124, NW 221 (1910).

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

lo que en general no se debe hacer, independientemente de si el agente, dadas sus particulares circunstancias, no debía no haber hecho lo que hizo.

Claro que Fletcher podría reconocer esta objetivización y preguntarnos acerca de sus problemas. ¿Qué inconveniente hay en convertir la culpa en un requisito objetivo? ¿Cuál es la razón por la que la culpa debe hacer siempre alusión a lo que el agente en particular podía y debía hacer en las circunstancias del caso?, diría Fletcher. La respuesta, creo, es simple. Los inconvenientes son dos. El primero es conceptual, el segundo normativo.

Para empezar por la cuestión conceptual, el problema de la objetivización de la culpa es que ella borra las diferencias existentes entre las categorías de lo incorrecto y lo culpable lo que, a su vez, convierte a la culpa en una categoría superflua. En efecto, si objetivizamos la culpa, las conductas culpables no podrán distinguirse de las conductas incorrectas pues una conducta sería culpable por la mera violación del estándar que define lo que en general debe hacerse, con prescindencia de lo que el agente en las particulares circunstancias del caso y en virtud de sus condiciones personales debe hacer. Ahora bien, dado que lo incorrecto consiste en la violación del estándar que define lo que en general debe hacerse, culpa e incorrección se convertirían en la misma cosa.

Claro que el hecho de que reduzcamos nuestro universo conceptual y fusionemos dos categorías en una no es, per se, un problema. Pero existen razones normativas que recomiendan conservar la posibilidad de distinguir estas dos calidades de una conducta. En efecto, la razón de ser de la culpa es, de acuerdo con lo expuesto y fundamentado en la sección II, subsección I, permitir al agente liberarse de la obligación de compensar cuando dadas sus particulares condiciones y circunstancias personales ninguna persona razonable que se encontrara en su lugar hubiera actuado de manera distinta. La culpa, en este sentido, es una especie de prerrogativa centrada en el agente que nos protege de las obligaciones que se derivarían de estándares de conducta que no podemos satisfacer (cuya justificación, como sostuve más arriba, depende de si mediante esta protección permitimos el funcionamiento de instituciones que benefician a todos). La culpa es una concesión a la máxima que «deber implica poder», a la que parecemos férreamente adheridos.

Ahora bien, si asociamos la culpa con estándares objetivos, desaparece su razón de ser. Así recaracterizada, la culpa no puede servir como una prerrogativa protectora del agente pues, de acuerdo con ella, podemos ser culpables aún cuando en las circunstancias del caso ni nosotros ni ninguna persona razonable podría haber evitado lo que sucedió, esto es, la imposición de riesgos no-recíprocos. En síntesis, la objetivización de la culpa impide que la culpa satisfaga las razones que la subyacen y explican.

III. La causa y el riesgo

En esta sección me ocuparé de la recaracterización del requisito de la conexión causal. En la subsección 1, tal como sucedió en la sección anterior, voy a referirme a los elementos probabilísticos incorporados en la concepción tradicional de la relación causal. En la subsección 2, trataré dos visiones distintas de la relación causal. En la subsección 3, me ocuparé de las ventajas y desventajas de estas dos perspectivas. Finalmente, en la subsección 4, ofreceré un argumento en favor de una de estas dos perspectivas que, a pesar de su atractivo, creo inadecuado.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

1. La teoría tradicional de la causa y el riesgo

En la teoría tradicional el requisito de la relación causal entre el agente y la víctima del daño no se agota en la exigencia de que entre la conducta del agente y el daño exista una relación «sine qua non», tal que el daño no habría existido si la conducta del agente no se hubiera realizado. Además, entre otras cosas que no son relevantes aquí, es preciso que aquello que hace culpable a la conducta del agente haya sido la causa del riesgo del daño que aconteció. Un ejemplo ayudará a ver este punto.

Suponga que A olvidó, sin identificación adecuada, una lata de veneno en la cocina de su restaurante. Suponga que en el horno de la cocina se produce una explosión la que, a su vez, provoca la explosión de la lata de veneno. Suponga que la explosión de la lata mata a un comensal, esto es B, del restaurante de A. Suponga que ni A, ni ninguna persona razonable tenía razones para pensar que la lata podía explotar del modo en que lo hizo. ¿Debe A compensar la muerte de B?

La teoría tradicional sostiene (yo disiento) que A no debe compensar a los herederos de B. La razón en que la doctrina tradicional apoya esta conclusión no es ni que A no sea culpable, pues lo es -A, al olvidar la lata de veneno sin identificación en la cocina no se ha comportado como una persona razonable lo haría- ni que olvidar la lata de veneno no es una condición «sine qua non» del resultado -el olvido de A es la condición «sine qua non» del resultado, a tal punto que si A no se hubiera olvidado la lata, ésta no hubiera explotado y B no habría muerto-. Por el contrario, la razón de la conclusión tradicional es que B no murió envenenado, sino como consecuencia de una explosión, y la culpabilidad de A está relacionada con el riesgo de que B muera envenenado y no con el riesgo de que B muera como consecuencia de una explosión pues, como quedó dicho más arriba, ninguna persona razonable podía pensar que la lata de veneno podía explotar como lo hizo. En virtud de que morir por una explosión no es una consecuencia probable de la conducta culpable de A de olvidar una lata de veneno sin identificación, la teoría tradicional anglosajona concluye que, a pesar de ser culpable -por haberse olvidado la lata de veneno- y a pesar de ser causalmente responsable de la muerte de B -pues si no hubiera olvidado la lata de veneno el accidente no habría ocurrido- A no tiene que compensar a B.[23]

Es importante destacar que en la dogmática tradicional la conclusión anterior se expresa usualmente en lenguaje de riesgo causal y se articula teóricamente en lo que se conoce como la «teoría del daño dentro del riesgo».[24] En este sentido, se afirma que A no debe compensar a B pues lo que A hizo, no obstante haber sido una condición «sine qua non» de la muerte de B, en términos jurídicos no constituye haber «causado» la muerte pues una conducta «causa»

---

23. Esta posición ha sido desarrollada extensamente en el derecho anglosajón por R. Keeton. Véase Keeton, Robert, *Legal Cause in the Law of Torts*, Columbus. Ohaio State University Press, 1963 (El ejemplo precedente está tomado de Keeton). Allí es presentada como la teoría del «daño dentro del riesgo». No es una posición sin controversias. Algunos críticos sostienen que esta teoría no da cuenta de la forma en que los tribunales americanos han solucionado los casos más importantes. Véase Wright, Richard W., «Causation in Tort Law», *California Law Review*, vol. 73, pag. 1737 y ss., 1985.

24. La teoría del «riesgo dentro del daño» es la denominación usada en el derecho anglosajón. En el derecho continental la misma idea se expresa mediante la condición de que el daño sea una causa inmediata de la acción culpable.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

una consecuencia sólo cuando esta última está dentro del riesgo que se quiere evitar con el estándar cuya violación caracteriza a la conducta como culpable. Para seguir con el ejemplo anterior, la conclusión tradicional es que A no causó la muerte de B pues el estándar cuya violación convierte en culpable a la conducta de A quiere evitar el riesgo de que la gente muera envenenada y no que ella muera como consecuencia de explosiones.

De lo anterior debe surgir con claridad la asociación entre el concepto de causa y el riesgo en la teoría tradicional. Dado que mi propósito era solamente destacar que no debemos pensar que el intento de recaracterización que a continuación se trata es absolutamente novel en este sentido, creo que debo dejar la cuestión aquí sin explotar las sutilezas y complicaciones de la «teoría del daño dentro del riesgo».

2. *Dos perspectivas de la relación causal y las respectivas consecuencias jurídicas y morales del cambio de perspectiva.*

Nuestros juicios causales son usualmente formulados desde una perspectiva «ex post». De acuerdo con esta perspectiva, para saber si una determinada acción causa un resultado, es preciso, primero, determinar si el resultado se produjo y, segundo, determinar si el resultado se habría producido si la acción en cuestión no hubiera existido.[25]

Los partidarios de la recaracterización de la relación causal resisten esta visión. Afirman que, a diferencia de lo que suponen los partidarios de la perspectiva «ex post», la relación causal es eminentemente probabilística[26] y, por lo tanto, debe concebirse desde una perspectiva «ex ante».[27] De acuerdo con

---

25. En el texto presupongo que la relación causal expresa una relación «sine qua non». Existen muchos autores que creen que ello no es así y que la relación causal expresa una relación de condición suficiente dentro del conjunto de condiciones necesarias (Nino, Carlos, *Ethics and Human Rights,* Oxford U. Press, 1991; Mackie, John L., *The Cement of the Universe: A Study of Causation,* Oxford U. Press, 1974; Wright, opus cit. not. 23; etc.). Por suerte esta cuestión es irrelevante para lo que quiero tratar aquí. Por ello, aquellos lectores que están inclinados a pensar que la relación causal no debe entenderse como una relación de condición suficiente, pueden sustituir el texto del modo en que lo crean más conveniente.

26. Las diferencias entre una visión probabilística y una visión determinística de la relación causal son las siguientes: Para una visión probabilística un argumento causal es un argumento acerca de la existencia de una determinada probabilidad de que si se produce una determinada acción o evento se producirá un determinado resultado. En esta visión, las afirmaciones causales, aún cuando incorporan la afirmación de que el resultado se produjo, consisten, primordialmente, en afirmaciones acerca de las probabilidades de que dicho resultado se produzca. Las afirmaciones causales no implican la afirmación de ningún hecho adicional ni contienen ninguna otra información que la información contenida en un juicio de probabilidad y en un juicio acerca del acaecimiento del resultado. Para una visión determinística, por el contrario, las afirmaciones causales no se agotan en información acerca de la probabilidad de que dada una cierta acción se siga un determinado resultado. Cuando sostenemos que A está causalmente vinculado a B sostenemos algo distinto a la mera existencia de probabilidades y de resultados, sostenemos un hecho adicional, más precisamente, el hecho de que A y B están vinculados de un modo tal que si A se da en las circunstancias apropiadas B debe darse.

27. Entre los partidarios de la perspectiva «ex ante» pueden incluirse a los siguientes autores: Calabresi, Guido, «Concerning Cause in the Law of Torts», *43 University of Chicago Law Review,* 1975, pag. 69 y ss; Fraser & Howarth, «More Concern for Cause», *4 Legal Studies,* 1984, pag. 131 y ss; Landes & Posner, en «Causation in Tort Law: An Economic Approach», *12 Journal of Legal Studies,* 1983, pag. 109 y ss; Rizzo, «The Imputation Theory of Proximate Cause: An Economic Approach», *15 Georgia Law Review,* 1981, pag. 1007 y ss; Shavell, «An Analysis of Causation and the Scope of Liabiliy in the Law of Torts», *9 Journal of Legal Studies,* 1980, pag. 463 y ss.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

esta perspectiva, para afirmar que existe conexión causal entre una acción y un resultado no es preciso esperar hasta que el resultado se produzca (aunque si el resultado no se produjera no podría hablarse de relación causal). A dichos efectos, basta simplemente saber si dicha acción ha aumentado considerablemente el riesgo del resultado.[28]

La recaracterización de la relación causal como una relación probabilística «ex ante» tiene alcances de gran relevancia jurídica y moral.

En efecto, suponga que la Sra. Sindell inicia un juicio contra 11 compañías farmacéuticas por los daños provocados por el cáncer que contrajo como consecuencia de que su madre había tomado, mientras estaba embarazada de ella, una droga (diethystilbesterol o DES) producida por dichas compañías.

Suponga que la Sra. Sindell, dado el tiempo transcurrido entre el momento en que su madre tomó la droga y la aparición del cáncer, no fuera capaz de identificar la compañía farmacéutica que produjo la droga que su madre tomó. En otras palabras, suponga que la Sra. Sindell, no obstante mostrar que los daños son consecuencia de DES no puede demostrar la existencia de la relación causal, concebida como «ex post», entre el daño sufrido y la conducta de alguna de las demandadas.[29]

La situación judicial de la Sra. Sindell es difícil si se adopta la perspectiva tradicional «ex post». Si la relación causal fuera concebida de esa manera los jueces no podrían ordenar la compensación por los daños que la Sra. Sindell sufrió, pues la relación causal concebida «ex post» no se encuentra acreditada. La Sra. Sindell no puede mostrar que las compañías farmacéuticas causaron su daño.

Desde la perspectiva «ex ante» la situación cambia. Los jueces pueden decidir que las compañías farmacéuticas compensen el daño sufrido por la Sra. Sindell. Para la perspectiva «ex ante» la relación relevante a los fines de la responsabilidad civil es una relación probabilística entre la acción y el resultado, relación que, en el caso en cuestión, se encuentra satisfecha en razón de que todas las compañías farmacéuticas fueron -con una probabilidad igual a la participación de cada una de ellas en el mercado al momento en que la madre de la demandante ingirió DES- probables causantes del resultado.

Además de facilitar la explicación de por qué en ciertos casos los jueces pueden imponer la obligación de compensar, la recaracterización de la relación causal como una relación probabilística «ex ante» expande el número de responsables por los daños.

En efecto, para la perspectiva tradicional «ex post» la existencia de la relación causal, salvo en los casos de concurrencia causal, es una cuestión de todo o nada.[30]

---

28. Es importante tener en mente que la perspectiva «ex ante» hace referencia a la probabilidad «ex ante» de un resultado y no a la probabilidad estimativa «ex post» de que dicho resultado haya ocurrido. También es importante destacar que la perspectiva «ex ante» no afirma que una acción o un evento puede ser la causa de un resultado independientemente de que este se produzca. Si esta perspectiva fuese indiferente a la producción del resultado no sería una perspectiva de la relación causal pues, está última presupone, por razones conceptuales, la existencia de un resultado. El punto de esta perspectiva es, simplemente, que la única información necesaria para saber si existe conexión causal entre una acción o un evento y un resultado que de hecho se produjo son las probabilidades existentes «ex ante» de que, dada dicha acción o evento, se produzca el resultado.

29. Véase Sindel vs. Abbot Laboratories, 26 Cal. 3d. 588, 163 Cal Prtr. 132 607 P. 2d. 924 (1980).

30. Véase Robinson, Glen O., «Probabilistic Causation and Compensation for Tortious risk», *Journal of Legal Studies*, vol. XIV, 1985, pag. 781.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

Como consecuencia de ello, en cada caso será posible sindicar a un sujeto, y sólo a uno, como responsable causal y, por consiguiente, cada caso tendrá sólo un agente responsable por los daños.

La situación es diferente para los partidarios de la perspectiva «ex ante». Para éstos, la causalidad depende de la probabilidad «ex ante» de que una acción sea condición «sine qua non» del resultado que se produjo. Como todo resultado puede ser consecuencia de más de una acción con probabilidad «ex ante» de causarlo, todo resultado puede tener más de un responsable causal.

El punto se ve con más claridad con un ejemplo. Suponga que usted realiza una actividad que libera una radiación que aumenta en 10% la probabilidad de que A contraiga un cáncer. Suponga que A ya tenía el 30% de probabilidades de contraer cáncer debido a cuestiones genéticas. Suponga asimismo que con posterioridad una tercera persona, B, realiza actividades que liberan una radiación adicional que aumenta en otro 10% dicha probabilidad. Por último, suponga que una cuarta persona, C, realiza una actividad que libera más radiación aún, aumentado en otro 10% la probabilidad de que A contraiga cáncer y, finalmente, que A contrae cáncer.

Los partidarios de la recaracterización de la relación causal impondrán la obligación de compensar los daños a usted, a B y a C, en proporción a su contribución al riesgo total de contraer cáncer. Así, usted, B y C deberán aportar cada uno el 10% de los daños de A mientras que la víctima deberá soportar el 30% de los daños por padecer el 30% de probabilidad de contraer cáncer, como consecuencia de las cuestiones genéticas antes aludidas. Por el contrario, los partidarios de la perspectiva tradicional «ex post» sólo harán responsable a C por todo el daño, en virtud de que este ha sido quien ha realizado la conducta más cercana al resultado y, por lo tanto, quien lo ha «causado».[31]

Además de las dos cuestiones anteriores, de adoptarse la perspectiva probabilística «ex ante» deberíamos apartarnos de la teoría tradicional en una cuestión adicional, más precisamente, deberíamos estar dispuestos a aceptar un particular tipo de evidencia. La explicación de este punto requiere, sin embargo, ciertas aclaraciones previas.

Existen dos tipos distintos de evidencia, los cuales serán mejor identificados recurriendo a dos ejemplos.

Suponga que estamos considerando si «un auto rojo causó un accidente» (proposición A). Suponga también que sabemos que el «80% de los autos del parque automotor son rojos» (proposición B), y que «un auto rojo fue visto atropellando a la víctima del accidente» (proposición C).

Suponga, por otro lado, que estamos considerando si «Pedro mató a Juan» (proposición A'). Suponga, igualmente, que sabemos que «Pedro gatilló 99 tiros en dirección de Juan mientras que Raúl gatilló sólo 1 tiro» (proposición B'), y que «el tiro que mató a Juan procedió de la pistola de Raúl, de acuerdo a un test balístico cuyo margen de error es del 20%» (proposición C').

---

31. La idea acerca de la conducta voluntaria más «cercana» al resultado ha sido ampliamente desarrollada por H.L.Hart y T. Honoré. Véase *Causation in the Law,* Clarendon Press, Oxford, Second Edition, 1985.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

La verdad de B y B' es evidencia externa[32] de que A y A' son verdaderas. Este tipo de evidencia es eminentemente probabilística. En este sentido, tenemos razones para creer que A es verdadera pues dado B, esto es la participación de los autos rojos en el parque automotor, es más probable que un auto rojo haya causado un accidente a que haya sido un auto de otro color.

En cambio, la verdad de C y C' es evidencia interna de que A es verdadera y A' falsa. Lo que caracteriza a esta evidencia es que ella integra o conforma una relación o narración explicativa causal con la hipótesis bajo análisis en el sentido de que la evidencia, esto es C y C', puede ser explicada como una consecuencia causal de dicha hipótesis, esto es A y A'.[33] Así, C -«un auto rojo ha sido visto atropellando a la víctima del accidente»- puede verse como una consecuencia causal de A -«un auto rojo causó un accidente» mientras que B -«el 80% de los autos del parque automotor son rojos»- no puede verse como una evidencia causal de A.[34]

Ahora bien, si usted es partidario de la recaracterización de la relación causal como probabilística «ex ante», naturalmente estará dispuesto a aceptar evidencia interna para apoyar sus juicios de atribución de responsabilidad. Pero, y esto es lo relevante, no tendrá reparo alguno en aceptar evidencia externa. La evidencia externa no presentará un problema particular, pues para usted la relación causal consiste en la existencia de una probabilidad «ex ante» y, como B y B' hacen referencia a la probabilidad «ex ante» de que A y A' sean verdaderas, pueden verse como integrantes con estas últimas de una relación o narración explicativa, causal idéntica a la existente entre C y C' con A y A'.

Además de reconocer ambos tipos de evidencia, todo partidario de la recaracterización de la causa adjudicará igual peso o igual poder de convicción a la evidencia interna y a la evidencia externa. Ello, pues el peso adicional que usualmente se adjudica a la evidencia interna es parasitario de que la relación causal no sea meramente probabilística. (En efecto, la evidencia interna -C y C'- conlleva un poder de convicción mayor que la evidencia externa por el hecho de que explica causalmente, o como lo expresé más arriba, «integra una relación o narración explicativa causal con» la hipótesis en cuestión -A y A'-, lo que reasegura la verdad de esta última). Pero si usted cree que la relación causal debe ser concebida «ex ante» no podrá conceder este mayor poder de convicción a la evidencia interna. La razón es que en este caso tanto la evidencia interna como la externa integrará una relación o narración explicativa causal con la hipótesis en cuestión pues si la relación causal se disuelve en afirmaciones probabilísticas «ex ante» debemos concluir que tanto C y C' -evidencia interna- como B y B' -evidencia externa- explican causalmente A y A'.[35]

---

32. Los ejemplos como la terminología han sido tomados de J.J.Thomson. Véase, «Causation and Liability», en *Rights Restitution and Risk*, Harvard U. Press, 1986, especialmente las páginas 217 y siguientes. J.J.Thompson también llama a la evidencia interna «evidencia individualizada». Véase «Liability and Individualized Evidence» en el mismo libro, pag. 225 y siguientes.

33. Véase Thompson, opus. cit. not. Anterior, pag. 220.

34. Thompson pone la idea de la siguiente manera: «En todo caso la evidencia interna nos ayuda a ver el evento en el que estamos interesados como causalmente envuelto en una serie de eventos y, de ese modo, como parte de una historia». Véase Thompson, ibidem not. anterior, pag. 221.

35. En última instancia el poder de convicción de la evidencia dependerá de las probabilidades que adjudican cada una de ellas a la verdad de la hipótesis bajo análisis, independientemente de si se trata de una evidencia interna o externa.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

A los efectos de fijar las diferencias entre ambas perspectivas en la cuestión del poder de convicción de la evidencia, piense en A', esto es, en la proposición «Pedro mató a Juan». Sabemos que Pedro percutió 99 tiros en dirección de Juan mientras que Raúl sólo 1 (proposición B') y que el tiro que mató a Juan había sido percutido por la pistola de Raúl, de acuerdo a un test balístico cuyo margen de error era del 20% [de tal modo que un 20% de las veces el test identifica erróneamente a una pistola como la que percutió el tiro y un 20% de las veces identifica erróneamente a una pistola como la que no percutió el tiro (proposición C')].

De acuerdo con la «evidencia externa» del caso Pedro es, con una probabilidad del 99%, el asesino, mientras que la probabilidad de que Raúl sea el asesino es sólo de un 1%. La «evidencia interna», por el contrario, muestra que Pedro es el asesino con una probabilidad del 4% (este número surge de multiplicar 20%, la probabilidad de que el tiro sea identificado erróneamente como percutido por la pistola de Pedro, por 20% la probabilidad de que el tiro sea identificado erróneamente como percutido por la pistola de Raúl) mientras que Raúl es el asesino con una probabilidad del 20%.

En virtud de lo anterior, si usted cree que la relación causal debe concebirse «ex post», no dudará en concluir que Raúl es el asesino y dicha conclusión no será perturbada en modo alguno por el hecho de que Pedro haya tirado muchos más tiros. Usted pensará que el poder de convicción de la evidencia externa es menor dado que la evidencia externa no puede integrar una relación o narración explicativa causal con la hipótesis bajo análisis. Por el contrario, si usted cree que la relación causal debe concebirse «ex ante» concluirá que Pedro es el asesino. Ello así pues, si para afirmar la existencia de una relación causal y por lo tanto lograr una relación o narración explicativa que adjudique peso a la evidencia, todo lo que importa son las probabilidades de ocurrencia de un evento evaluadas antes de que éste se produzca, usted afirmará que el hecho de que Pedro haya tirado muchos más tiros puede explicar causalmente la proposición «Pedro mató a Juan», y como hay más probabilidades que Pedro lo haya matado a que Raúl haya sido el causante de la muerte de Juan, usted concluirá que Pedro, y no Raúl, debe ser condenado.

Después de repasar las consecuencias que tiene en la adjudicación de la responsabilidad civil la adopción de una concepción probabilística «ex ante» de la relación causal, ha llegado el momento de enfrentar la cuestión de si la perspectiva «ex ante», como podrían proponer los autores que pregonan una recaracterización del requisito de la conexión causal, es la única concepción plausible. Veamos, para empezar, las críticas que los partidarios de la concepción probabilística «ex ante» han dirigido a la concepción tradicional.

3. Pros y contras de la perspectiva «ex ante» y de la perspectiva «ex post»

Los partidarios de la recaracterización[36] sostienen que nuestra preferencia por la perspectiva tradicional «ex post» no se basa en consideraciones muy profundas sino que, por el contrario, es el resultado de la convicción de que esta

36. Véase Kelman, «The Necessary Myth of Objective Causation Judgments in Liberal Political Theory», *Chicago Kent Law Review*, vol. 66, pag. 599.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

perspectiva se adecua bastante bien a nuestras conclusiones prácticas intuitivas -esto es a nuestros juicios de asignación de responsabilidad- y que, en el peor de los casos, es neutral respecto de estas conclusiones.[37] Pero, estos autores sostienen que la perspectiva «ex post» no es neutral. Muy por el contrario, sería una perspectiva muy nociva en términos de uno de los objetivos de la responsabilidad extracontractual, más precisamente, la prevención o disuasión.

La idea es la siguiente: Un buen sistema de reglas de responsabilidad civil debe disuadir la generación de daños cuyos costos son mayores que sus eventuales beneficios. Para ello, el sistema de responsabilidad civil debe lograr un punto óptimo de disuasión -el punto en el que ninguna conducta que acarree más probabilidades de beneficios que riesgos de daño será omitida y ninguna conducta que acarree más riesgos de daño que probabilidades de beneficios será realizada-.

La perspectiva tradicional «ex post», sostienen los críticos, socava este objetivo disuasorio.

En algunos casos, produce menos disuasión que la necesaria (sub-disuasión). Así, al liberar de responsabilidad a quienes han realizado conductas riesgosas, que no son la causa «ex post» del resultado, disminuye los incentivos para que dichas conductas no sean realizadas.

En otros casos, la perspectiva «ex post» produce más disuasión que la adecuada (sobre-disuasión), pues incentiva la omisión de conductas con más probabilidades de beneficios que riesgos de daños.

Recuerde el caso donde usted, B y C realizan una actividad que libera radiación, aumentando cada uno el 10% de las probabilidades de que A contraiga un cáncer curable, las que se suman al 30% de probabilidades que A tiene de contraer cáncer por causas genéticas. De acuerdo con la perspectiva «ex post», en este caso, sólo C deberá compensar el daño pues la conducta de C es la única causa «ex post» del resultado. Esta solución disuade más de lo adecuado ya que todos aquellos situados en las mismas condiciones que C nunca realizarán aquellas conductas que aumentan el 10% de los riesgos de daño pues, si lo hacen, deberán compensar todo el daño, y ello aún cuando los beneficios eventuales de estas conductas superen al 10% del valor de los daños.

No obstante su atractivo, el argumento de la mayor disuasión de la perspectiva «ex ante» es falaz. Ello en razón de lo que los economistas llaman «aversión al riesgo», esto es, la tendencia a preferir un resultado seguro sobre un resultado probable con igual valor actuarial que aquél.

En efecto, la perspectiva «ex ante» obliga a compensar a todos los que imponen a otros riesgos de daños pero sólo exige que se compense en proporción al riesgo que se impone. La perspectiva «ex post», por el contrario, sólo obliga a compensar a aquellos que han causado «ex post» el daño pero los obliga a compensar todo el daño y no sólo en proporción al riesgo de daño que «ex ante» han impuesto.

---

37. Algunos autores han sugerido, además, que nuestra preferencia por la perspectiva «ex post» es el resultado de una tendencia a resistir conceptos probabilísticos (Véase Robinson, opus cit. not. 31, pag. 780) y del hecho de que las investigaciones causales son siempre hechas «ex post», lo que induce a creer en su inevitabilidad (Véase Fischoff, B., «For Those Condemned to Study the Past: Heuristics and Bias in Hinsight in Judgment under Uncertainty», en *Heuristics and Biases*, D. Kaheman, P. Slovic & A Tversky, 1982).

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

Si fuéramos indiferentes al riesgo -si nos diera lo mismo un resultado seguro que un resultado probable con igual valor actuarial- ambas perspectivas serían igualmente disuasorias, pues nos daría lo mismo realizar una conducta riesgosa y compensarla en proporción al riesgo de daño de esa conducta, que realizar una conducta riesgosa y compensar todo el daño sólo en el caso que, «ex post», éste se produzca. Pero si somos adversos al riesgo -si preferimos un resultado seguro a un resultado probable con igual valor actuarial- preferiremos un sistema que nos permita compensar en proporción al riesgo que imponemos. En virtud de esta preferencia, en los casos de aversión al riesgo, la perspectiva «ex ante» tendrá menor poder disuasorio.[38]

De todos modos, aún cuando el argumento anterior fuera erróneo, y la perspectiva «ex post» fuera nociva en términos de disuasión, lo cierto es que la fuerza del argumento disuasorio es relativa y está compensado por la mala perfomance compensatoria de la perspectiva «ex ante».

La disuasión no es un objetivo universalmente aceptado como suficiente en torno a la elección de un sistema de responsabilidad. Es un objetivo plausible únicamente en el contexto de una concepción de la responsabilidad organizada alrededor de la búsqueda de la eficiencia social, esto es, la realización de conductas con más beneficios esperados que riesgos de daños.[39] Además, aún dentro de una «concepción económica», es un objetivo que convive con otros pues la maximización de la eficiencia requiere, además de un punto óptimo de disuasión, un punto óptimo de compensación. En efecto, aun cuando el punto de disuasión fuera óptimo, si la víctima fuera sub-compensada se realizarían conductas ineficientes pues los causantes del daño no tomarían en cuenta todos los daños que sus conductas causan y, por otro lado, si la víctima fuera sobre-compensada se omitirían conductas eficientes, pues la sobre-compensación obligaría a quien daña a tomar en cuenta daños que no causa.

Si lo anterior fuera correcto, la eventual ventaja disuasoria de la perspectiva «ex ante» por sobre la «ex post» no alcanzaría para configurar un argumento económico a favor de esta perspectiva en el caso en que la perspectiva «ex post» fuera superior en términos de compensación.

---

38. Lo dicho en el texto se ve con claridad con un ejemplo. Suponga que A impone a B un riesgo de 1/10 de sufrir un daño de $1000. Si se adoptara la perspectiva «ex ante» A debería pagar a B $100 por someterlo al riesgo del daño de $1000 pues $100 equivalen a la magnitud del daño -esto es $1000- descontado por la probabilidad «ex ante» de su ocurrencia -esto es 1/10-. Si se adoptara la perspectiva «ex post» A debería pagar a B $1000 sólo si fuera el caso que A causó el daño «ex post» de B. Dada la magnitud del riesgo de daño al que A somete a B -1/10-, si se compensara por daños, A enfrentará 1/10 probabilidades de tener que compensar a B. En otras palabras, A será el causante del daño de B sólo en 1 de cada 10 casos dado que 1/10 es la magnitud del riesgo de daño que A le impone a B. Como el valor presente de 1/10 probabilidad de tener que pagar $1000 es idéntico a $100, ambas perspectivas imponen una idéntica obligación de compensar y por lo tanto tendrán idénticos resultados disuasorios. La cuestión cambia cuando introducimos la aversión al riesgo, es decir, la preferencia por un resultado seguro sobre un resultado probable con igual valor actuarial. En ese caso ambas perspectivas dejan de tener los mismos efectos. Pero, contrariamente a lo que presuponen los partidarios de la perspectiva «ex ante», es la perspectiva «ex post» la que arroja los mejores resultados disuasorios. En efecto, dado que por la aversión al riesgo preferimos pagar $100 en todos los casos a 1/10 probabilidad de tener que pagar $1000, tendremos más razones para no realizar conductas riesgosas si la consecuencia esperada de dicha realización es 1/10 probabilidad de pagar $1000 que si la consecuencia esperada fuera tener que pagar $100 en todos los casos.

39. En otro lugar he rechazado expresamente las concepciones de la responsabilidad organizadas alrededor de la eficiencia. Véase Rosenkrantz, Carlos, opus cit. not. 5.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

Suponga que la acción de un francotirador impone un 90% de riesgo de muerte a la víctima mientras que la acción de otro francotirador, independiente de aquél, impone otro 90% a la misma víctima. Suponga que la víctima muere. Si adoptáramos la perspectiva «ex ante» cada uno de los francotiradores debería pagar a sus herederos 90% del daño con la consecuencia de que aquellos serán sobrecompensados en un 80% sobre su daño. Si, por el contrario, adoptáramos la perspectiva «ex post» los herederos de la víctima no serán sobrecompensados pues, en este caso, cada francotirador deberá pagar la mitad del daño.

Suponga ahora que cada uno de los francotiradores impone a la víctima un 30% de riesgo de muerte (dado que, por ejemplo, la única parte del cuerpo de la víctima visible para los francotiradores son las piernas), pero que si la víctima recibe los dos disparos, el riesgo de muerte no es la suma del riesgo que impone cada uno, esto es 60%, sino 90% en virtud de que dos disparos tienen efectos sinergéticos tales que cuando una persona recibe dos disparos su resistencia a los mismos, y por lo tanto su probabilidad de sobrevivencia, disminuye. Suponga que la víctima muere. En este caso, sus herederos serán subcompensados pues dado que como «ex ante» cada uno de los dos francotiradores impuso sólo un 30% de riesgo de muerte cada uno de ellos, no deberá pagar a los herederos de la víctima más del 30% del daño que su muerte ha producido, aunque la probabilidad de que la víctima muera una vez que ha recibido los dos disparos es mayor que el 60%. Por el contrario, la perspectiva «ex post» compensa adecuadamente pues, nuevamente, cada uno de los francotiradores pagará la mitad del daño.

En síntesis, basados en las enseñanzas de los ejemplos anteriores podemos concluir que si optáramos una «concepción económica» de la responsabilidad y aunque concediéramos que la perspectiva «ex ante» tiene ventajas disuasorias vis a vis a la perspectiva «ex post», ello no sería suficiente para mostrar la superioridad de aquella sobre esta, por la sencilla razón de que estas ventajas disuasorias de la perspectiva «ex post» se neutralizan con las ventajas compensatorias que la perspectiva «ex post» tiene sobre la perspectiva «ex ante».

No obstante todo lo anterior, el caso en favor de la perspectiva tradicional «ex post» no es para nada sencillo. En efecto, es muy difícil identificar las razones por las que esta perspectiva debe ser preferida. A los efectos de ejemplificar esta dificultad, en la subsección siguiente me ocuparé de mostrar que un buen argumento en favor de la perspectiva «ex post», que podría construirse a partir de las lúcidas ideas de J.J. Thompson, no puede aceptarse como un argumento correcto.

4. El valor de la libertad y la perspectiva «ex post»

J.J. Thomposon[40] sostiene que el requisito referente a que debe existir relación causal entre la acción de A y el daño de B puede explicarse en términos del valor de la libertad de planificar nuestras acciones en el futuro («freedom to plan on action on the future»). Así, esta autora señala que si A no causó el daño de B no puede ser obligado a compensarlo, cargando con los costos de tal daño, pues, en ese caso, afectaríamos su libertad de planear su futuro y la posibilidad de llevar adelante su vida del modo en que lo crea conveniente.

40. Véase Thompson J.J., «Remarks on Causation and Liability», en *Rights, Restition and Risk.*

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

Si el valor de la libertad de planear el futuro es el principio que justifica la exigencia causal se podría concluir que la perspectiva correcta es la tradicional «ex post». Ello, por la sencilla razón de que si adoptamos la perspectiva «ex ante», A debería compensar a B en todos los casos en los que impone un riesgo «ex ante» de daño a B, independientemente de si A fue quien le causó «ex post» ese daño, y una obligación de compensar con tamaña extensión afectaría más la libertad de A de planear el futuro, de lo que sucedería si A fuera obligado a compensar sólo en aquellos casos en los que causa «ex post» el daño.

Este argumento, a pesar de su atractivo, no es correcto. Del valor de la libertad no se puede derivar una preferencia por la perspectiva tradicional «ex post», pues puede suceder que el valor de la libertad esté mejor protegido por la perspectiva «ex ante». En efecto, en los casos en los que la perspectiva «ex ante» provoca un aumento de la libertad de todos (en virtud de, por ejemplo, una disminución general de los daños que se ha de seguir del mayor poder disuasorio que se atribuye a esta perspectiva), mayor que la disminución de la libertad de planear el futuro de quien es obligado a compensar sin haber causado «ex post» el daño, razones también basadas en el valor de la libertad recomendarían la perspectiva «ex ante» por sobre la perspectiva «ex post».

(Quien se apoyara en Thompson para construir un argumento en favor de la perspectiva «ex post», podría sostener que la disminución de la libertad de A no puede ser sopesada con el aumento de la libertad de todos los demás. A pesar de que esta afirmación parece intuitivamente plausible habría que fundamentarla pues, de hecho, usualmente compensamos la libertad de uno con la libertad de todos los demás. Así, por ejemplo, justificamos el castigo de quien ha tentado un delito por el hecho de que mediante ello incrementamos la disuasión y disminuimos delitos futuros y, por ello, incrementamos la libertad de todos no obstante que, por un lado, en el caso del castigo de la tentativa no hay daño alguno, y que, por el otro, el castigo implica una disminución de la libertad de quien tentó el delito).

Dejaré aquí la discusión acerca de la mejor perspectiva causal, postergando hasta la próxima sección la respuesta dirigida a quienes pretenden recaracterizar el requisito de la relación causal adoptando una perspectiva probabilística «ex ante». La brevedad exige el tratamiento conjunto de las razones existentes para resistir la recaracterización del requisito del daño y de la relación causal dado que, como se verá al final de la próxima sección, las razones que explican y justifican la exigencia del daño también explican y justifican la perspectiva «ex post».

IV. El daño o el riesgo

En esta sección, tal como sucedió en las secciones anteriores, quiero referirme a las vinculaciones que la teoría tradicional ha realizado entre el requisito del daño y el riesgo. Luego, en la subsección 2 exploraré las ideas de quienes consideran que el requisito del daño debe recaracterizarse de modo de incluir el mero sufrir un riesgo de daño entre las pérdidas compensables. En la subsección 3, analizaré si las ideas kantianas pueden servir de fundamento a quienes consideran que el daño debe concebirse probabilísticamente. En la subsección 4 adelantaré las razones que apoyan la concepción tradicional del daño y en la subsección 5 las que apoyan la perspectiva «ex post» de la causa.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

1. El riesgo de daño en la teoría tradicional

Suponga que A está afectado de un cáncer terminal. Suponga que B, el médico de A, incurrió en un error que le impidió diagnosticar este cáncer, cuando éste era todavía operable. Suponga que si el cáncer de A hubiese sido operable A habría tenido una probabilidad de 51% de salvar su vida. Suponga, finalmente, que A muere como consecuencia del cáncer.

Suponga, del mismo modo, un caso en el que D se rompió el cráneo como consecuencia de la negligencia de E. Suponga que, como consecuencia de haberse roto el cráneo, D está sujeto a una probabilidad de 51% de contraer meningitis en el futuro.[41]

Finalmente, suponga que F, como consecuencia de un error imputable a G, perdió la posibilidad de participar en una rifa en la que tenía el 51% de los números.[42]

Estos tres casos, a pesar de sus grandes diferencias estructurales,[43] son usualmente conocidos como casos de «pérdida de chance».[44] Esta designación proviene del hecho que en el primero, B perdió una chance de evitar los efectos del cáncer; en el segundo, D adquirió una chance de contraer meningitis o, lo que es lo mismo, perdió una chance de verse libre de contraer meningitis en el futuro, mientras que, en el tercero, F perdió una chance de ganar una rifa.

Usualmente, los tribunales han decidido que en casos como los anteriores el agente causal del daño debe compensar los daños. Estas decisiones podrían considerarse una evidencia de que la teoría tradicional de la responsabilidad acepta que el mero riesgo de daño es una pérdida compensable. Si ello fuera así la recaracterización del requisito del daño carecería de toda novedad pues la jurisprudencia reconocería, justamente, lo que la recaracterización de daño sugiere, esto es, que los daños deben concebirse probabilísticamente.

Pero ello no es así. Existe una forma de explicar las decisiones de los tribunales en los casos precedentes que en modo alguno sugiere que la mera generación de riesgos sea una pérdida compensable. En efecto, es posible afirmar en el primer caso, que la razón por la que B debe compensar a A es que la omisión de un diagnóstico temporáneo por parte de B ha sido la causa de la

---

41. Caso similar a Feist vs. Sears, Roebuck & Co 267, Or. 402, 517 P 2d. 675 (1973).

42. Caso estructuralmente similar a Mange vs. Unicorn Press 129 F. Supp. 727 (SDNY 1955).

43. El primer y el tercer caso son simétricos en tanto que en el primero A perdió una chance de evitar un resultado adverso y en el tercero F perdió la chance de lograr un resultado beneficioso. El segundo y el tercer caso son análogos en el sentido de que ambos involucran consecuencias inciertas ya que no se sabe si C contraerá meningitis ni si F ganará la rifa. Ambos se diferencian del primero donde se sabe que A murió. En otro orden de cosas, el primer caso es idiosincrásico en tanto las condiciones preexistentes de A -el cáncer- son importantes a la hora de explicar lo que sucedió, lo que no sucede en los casos segundo y tercero donde no hay condiciones preexistentes de la víctima que puedan explicar, o ayudar a explicar, la emergencia del resultado.

44. Véase «Causation, Valuation and Chance in Personal Injury Torts Involving Preexisting Conditions and Future Consequences», *Yale Law Journal*, vol. 90, pag. 1353 y ss., 1981. Es importante distinguir dos tipos de casos de «pérdida de chance». Suponga que A sufre una quemadura facial por culpa de B, como consecuencia de la cual no podrá trabajar como modelo publicitario en el futuro. Si bien esta imposibilidad no afecta ahora a A ya que A, aunque es actriz, no trabajaba ni pensaba trabajar en el corto plazo como modelo publicitario, es una imposibilidad actual pues hoy ya se ha determinado que A no podrá ser modelo en el futuro. Este tipo de casos es calificado por algunos autores y en algunos fallos como un caso de «pérdida de chance». No hay inconveniente alguno en hacerlo siempre que los distingamos de los casos a los que me refiero en el texto en los que la imposibilidad de hacer algo en el futuro no se ha producido ni se sabe si se producirá.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

muerte de A. Lo mismo sucede en los casos de C y E. D debe compensar a C en razón de que consideramos que el daño en cuestión, esto es la meningitis de C es, o mejor dicho será, una consecuencia de lo que D ha hecho.[45] Finalmente, la razón por la que F debe compensar a E es el hecho que F le ha causado un daño a E, más precisamente, la pérdida de la posibilidad de ganar una rifa (en virtud de que la gente está dispuesta a comprar números para participar en la rifa esta pérdida es un daño per se y no un mero riesgo de daño).[46]

Nada de lo anterior cambiaría si los tribunales decidieran que B, D y F deben compensar a A, C y D aún cuando las probabilidades de que se evite el cáncer con un diagnostico temporáneo, las probabilidades de contraer meningitis y las probabilidades de ganar la rifa fueran inferiores al 50%. En efecto, en estos casos la compensación se explicaría no en virtud de que los riesgos que se imponen son pérdidas compensables sino en razón de lo que se ha denominado la «regla de la minimización del error» de acuerdo con la cual los tribunales deben decidir los casos del modo en que la probabilidad de errores sea menor.[47]

---

45. La justificación de imponer la obligación de compensar a D, cuando todavía no se produjo el daño que él causó, puede justificarse sobre la base de que ello minimiza los costos administrativos del sistema (El concepto de «costos administrativos» ha sido desarrollado por Calabresi. Véase Calabresi, Guido, *El Costo de los Accidentes*, Ed. Ariel, Barcelona, 1984). En efecto, si no se permitiera a C demandar a D por la compensación por un daño futuro, el que en virtud de tener una probabilidad de ocurrencia del 51% puede considerarse cierto, C debería iniciar un nuevo juicio cuando los daños futuros se produzcan. Ello, sin duda, incrementaría los costos del sistema de responsabilidad pues harían falta dos juicios para reclamar lo mismo que podría reclamarse en un sólo juicio. Esta explicación de la imposición de la obligación de C de compensar a D puede verse como una explicación excesivamente «ad hoc», tal como me lo ha sugerido E. Rivera López. Sin embargo creo que no es así. Estoy convencido de que la razón que explica que D sea compensado está relacionada con la existencia de costos secundarios. De otro modo, es decir, si la razón de la compensación a D fuera la mera exposición a un riesgo de daño, los tribunales deberían obligar a compensar a D aún cuando C no le hubiera roto el cráneo sino que sólo le hubiera impuesto un riesgo de que sufra meningitis, cosa que de hecho los tribunales no aceptan.

46. Los tribunales han adjudicado estos casos en manera cambiante aunque en general, han decidido que ni B ni D deben compensar a A y C. La razón es que es más probable que ninguno de los dos haya causado o vaya a causar el daño en cuestión, esto es la muerte de A y la meningitis de C. Estas decisiones judiciales se explican por lo que se ha llamado la «Regla de la Preponderancia de la Prueba». Sobre la base de esta regla, los tribunales sostienen que la obligación de compensar existe siempre que la pérdida de la chance de sobrevivir de A sea mayor al 50%, en el caso de un diagnóstico temporáneo, y la chance de C de contraer meningitis mayor al 50%. (En Hobson vs. East Bershire Area Health Authority (1987 Z.W.L.R. 287, rev`d 1987,. A.C. 750) la Cámara de los Lores rechazó la pretensión de un actor, quien demandó a la autoridad sanitaria por haber realizado un diagnóstico tardío que incrementó en un 25% la probabilidad de contraer «necrosis avacular», enfermedad que el actor en definitiva padeció). F usualmente es obligado a compensar, cualquiera sea la chance de ganar la rifa que hubiera tenido, sobre la base de que los números de la rifa tienen per se un valor monetario -hay un mercado de números de rifa- lo que determina que la pérdida de la posibilidad de participar en la rifa sea, en sí misma, una pérdida patrimonial compensable. S. Perry ha sostenido que en los pocos casos en los que los jueces han obligado a compensar a demandados como B o D es debido a que han considerado que estos son casos análogos al de E, es decir, casos en los que la pérdida de la chance tiene per se un valor monetario. Véase Perry S., «Risk; Harm and Responsability», en *Philosophical Foundations of Tort Law,* David G. Owen (ed), Clarenon Press, 1995.

47. La «regla de la minimización del error» funciona de la siguiente manera: Suponga que existen 40% de probabilidades de que B evite el cáncer de A si diagnostica tempranamente a A y que el cáncer de A le provoca un daño de un valor de $ 100. Por los datos del ejemplo sabemos que A no se causó el cáncer a si mismo sino que, por el contrario, éste es, por un lado, en un 40% una consecuencia causal de la omisión de diagnóstico por parte de B y, por el otro, una consecuencia causal de que C sometió a A a sustancias cancerígenas. Suponga que por alguna razón C no pudiera compensar a A. Ahora bien, en estas circunstancias, si A no fuera indemnizado por B se cometería, por un lado, un error de un valor de $100. Ello así, pues A debería cargar con el cáncer cuando él no lo causó y el cáncer le provoca un daño de $ 100.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

2. El riesgo de daño como pérdida compensable

En el derecho de los Estados Unidos, algunos autores han sostenido que la responsabilidad por riesgos es una adecuada fuente de responsabilidad en todos los casos de riesgos de daños que no son coetáneos con la actividad riesgosa que causa dichos daños.[48]

De acuerdo con estos autores, en todos estos casos existen grandes dificultades probatorias para satisfacer los requisitos concebidos en la forma tradicional. La razón es que los daños se manifiestan o materializan después de un largo período de latencia. Así, desde que una persona es expuesta a una sustancia tóxica -un cancerígeno por ejemplo- hasta que se desarrolla el cáncer que ese cancerígeno causa transcurre un tiempo muy considerable, lo que dificulta la prueba de la relación causal entre el daño y la acción del demandado. Consecuentemente, estos autores sostienen, si nos mantenemos inflexibles con el requisito del daño dejaremos sin compensación a muchas víctimas que merecen ser repuestas al estado que disfrutaban antes del accidente.

Según estos autores, los problemas del requisito del daño concebido de la manera tradicional desaparecen totalmente si optamos por la compensación por la mera exposición al riesgo. Si compensamos por meros riesgos, al no existir intervalo entre la conducta del agente y el hecho resarcible -el riesgo de daño- las dificultades probatorias desaparecen.

Existen otras razones que también parecen justificar la idea que los riesgos deben incluirse dentro de la categoría de las pérdidas compensables. Por ejemplo, la mejor performance en términos de disuasión de una concepción de la responsabilidad extra-contractual que asimila los riesgos impuestos con los daños causados.

La idea es la siguiente. Nuestra racionalidad es de corto y mediano plazo. En virtud de ello, no existen posibilidades de disuasión para que no cometamos los daños que se manifiestan luego de largos períodos de latencia. Dada la distancia temporal entre lo que hacemos hoy y los daños que con ello causamos en el futuro, y dada nuestra racionalidad, desaparecen los

---

Además, se cometería otro error. En efecto, sabemos que B es un 40% probable causante del daño. Por ello, si B no compensa dicho daño cometeremos un error equivalente al 40% de $100, es decir $ 40. En virtud de lo anterior sabemos que el error esperado cuando A no es compensado por B es $ 140. Si, por el contrario, B compensa a A, el error esperado es de $60. Esta cifra resulta de la siguiente operación: Si B es obligado a compensar todo el daño, dado que es sólo un 40% causante del daño, habrá un error esperado del 60% de $100, es decir $60. No habrá error esperado por el lado de A, dado que en ese caso si bien él no carga con el daño, sabemos que no causó dicho daño. La «regla de la minimización del error» sugiere que debemos imponer a B la obligación de compensar a A en virtud de que la probabilidad de error, en ese caso, es de $60, mientras que si B es liberado de la obligación de compensar a A, la probabilidad de error de la decisión es de $140. Tal como se sugiere en el texto del artículo, la «regla de la minimización del error» explica la decisión de los tribunales de imponer la obligación de compensar en los casos en los que las probabilidades de que el evento futuro suceda fueran inferiores al 50% pues explica que los jueces decidan que quien aparentemente causó el daño lo compense.

48. Véase Legum, Barton C., «Increased Risk of Cancer as an Actionable Injury», en Giorgia Law Review, vol. 18, pag. 564 y ss., 1984. Véase Schoeder, Ch., «Corrective Justice and Liability for Increased Risk», *37 UCLA L. Review* 439, 1990. La misma idea ha sido desarrollada por Simons, K.W., «Corrective Justice and Compensation for Risk-Creation: A Comment», *38 UCLA L. Review* 113, 1990.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

incentivos apropiados para que hoy adoptemos las medidas precautorias que evitarían estos daños.[49]

En virtud de lo dicho anteriormente, se argumenta que la única forma de crear los incentivos adecuados para minimizar los daños y, por lo tanto, satisfacer los objetivos disuasorios de la responsabilidad extracontractual, consiste en considerar a la mera exposición al riesgo como una pérdida compensable.[50]

Los argumentos anteriores en defensa de la idea de que la mera imposición de riesgos debe incluirse dentro de las pérdidas compensables no son contundentes. Por un lado, los que puntualizan las dificultades de la responsabilidad por daños en virtud de la naturaleza de ciertos tipos de accidentes -daños tóxicos- sólo muestran que en algunos casos la compensación de los daños requiere salidas no convencionales. Así, por ejemplo, las dificultades probatorias de los accidentes con largos períodos de latencia podrían superarse con una modificación de las reglas de producción o evaluación de prueba (por ejemplo, recurriendo a la antes referida «regla de la minimización del error» o de la «preponderancia de la prueba»).

Por otro lado, los argumentos disuasorios, aún cuando se aceptare una «concepción económica» de la responsabilidad, no son concluyentes. Como dije más arriba, los partidarios de la «concepción económica» no limitan los objetivos de la regulación legal de la responsabilidad extra-contractual a la

---

49. Esto es particularmente grave en el caso de las sociedades o corporaciones, para el caso las mayores causantes de daños tóxicos, cancerígenos y masivos. Según innumerables estudios, los directivos de las corporaciones están motivados por una racionalidad de más corto plazo que el resto de los mortales (Véase Richard M. Cyer & James G. March, *A Behavioral Theory of the Firm,* 1963). Ello determinará que sus incentivos para evitar este tipo de daños sean aún menores que para el resto de los mortales (Véase Roe, Mar, «Bankrupcy and Mass Tort», *Columbia Law Review 84,* 1984, pag. 846 y ss).

50. Los partidarios de la compensación por riesgos se encuentran divididos en cuestiones menores. Así, responden de manera diversa a la crítica de que la compensación por riesgos sub-compensaría a la víctima en la eventualidad de que el daño se materialice -dado que la víctima sólo habría sido compensada con un monto igual a la magnitud del daño descontada por la magnitud del riesgo que, por definición, es menor al monto del daño-. Frente a este problema algunos sostienen que la crítica es equivocada toda vez que la compensación por el riesgo es un sistema que deja a la víctima en una situación idéntica a la compensación por el daño. Asumiendo la neutralidad frente al riesgo la víctima debería ser indiferente entre ser compensada, totalmente en el caso que el daño se produzca, o de ser compensada sólo de acuerdo con la probabilidad de que el daño se produzca en el futuro. Sostienen, además, que aun cuando la víctima no fuera neutral al riesgo, el sistema de la compensación por la mera exposición al riesgo no la perjudicaría. Ello así, pues al ser compensada por el riesgo contaría con los recursos necesarios para pagar la prima correspondiente por un seguro que la proteja de la materialización del daño, si es que prefiere estar cubierta contra esta materialización a emplear la compensación recibida en otros fines que valora más. Otros autores, seguramente bajo la doble convicción de que la aversión al riesgo es bastante generalizada cuando se trata de riesgos de daños muy sustanciales y que, aún cuando existieran compañías de seguros que garantizaran la cobertura contra la materialización de los daños las primas correspondientes serían superiores a lo recibido como compensación por los riesgos, sostienen que a los efectos de no sub-compensar a la víctima la compensación por la mera exposición al riesgo debería ser facultativa de la víctima. De este modo, la víctima podría elegir, según su propia actitud frente al riesgo, ser indemnizada por la mera exposición al riesgo o ser indemnizada por el daño, en el caso que éste se materialice. (La hipótesis de que las primas correspondientes a un seguro que garantizara la cobertura contra la materialización de los daños fuesen superiores a lo que podría recibirse como compensación por la exposición al riesgo es bastante plausible dado que si las primas fuesen iguales o inferiores al monto de la compensación las compañías de seguros no podrían generar los ingresos necesarios para pagar los siniestros y dar alguna utilidad. Si el valor de las primas fuese igual o inferior al valor presente de los riesgos que aseguran, tarde o temprano, cuando los riesgos se materializaran, todas las compañías se fundirían. Véase Robinson, Glen, «Probabilistic Causation and Compensation for Tortious Risk», *Journal of Legal Studies*, vol. XIV, dec. 1985, pag. 788.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

disuasión. La maximización de la eficiencia requiere además de un punto óptimo de disuasión un punto óptimo de compensación. Ello es así pues si la víctima fuera sub-compensada se realizarían conductas ineficientes, es decir conductas con más riesgos de daño que la probabilidad de beneficios y si la víctima fuera sobre-compensada se omitirían conductas eficientes, es decir conductas con más probabilidades de beneficios que riesgos de daño.

Ahora bien, sucede que la perspectiva «ex post» tiene una mejor perfomance compensatoria que la perspectiva «ex ante». En efecto, en muchos casos la compensación por riesgos produce, como también sucedería con la perspectiva «ex ante», la sobre-compensación o sub-compensación de la víctima.

Recuerde los ejemplos de los francotiradores analizados en la sección III, subsección 3.[51]

Ahora bien, ¿Existen otros argumentos que sirvan de fundamento al intento de considerar al mero riesgo como una pérdida compensable? En otras palabras, ¿La responsabilidad por riesgo es una concepción plausible de la responsabilidad?

3. Kant, la suerte moral y el riesgo de daño como pérdida compensable

Algunos autores han sostenido, como el más claro fundamento para considerar a los riesgos como pérdidas compensables, la idea kantiana (que todos, en diversa medida, parecemos dispuestos a aceptar) de que los juicios de atribución de responsabilidad deben ser insensibles a las contingencias de la suerte.[52]

---

51. La acción de un francotirador impone un 90% de riesgo de muerte a la víctima mientras que la acción de otro francotirador, independiente de aquel, impone otro 90% de riesgo de muerte a la misma víctima. Si concibiéramos al riesgo como una pérdida compensable cada uno de los francotiradores debería pagar a la víctima 90% del daño. La consecuencia es idéntica a la adopción de la perspectiva «ex ante»: la víctima será sobrecompensada en 0,8 veces su daño. Si, por el contrario, compensamos únicamente por los daños causados la víctima no será sub-compensada sino que sólo recibirá una indemnización idéntica al valor de su daño. Suponga ahora que cada uno de los francotiradores anteriores impone a la víctima un 30% de riesgo de muerte (dado que, por ejemplo, la única parte del cuerpo de la víctima visible para los francotiradores son las piernas) pero que si la víctima recibe los dos disparos el riesgo de muerte no es la suma del riesgo que impone cada uno, esto es 60%, sino 90% en virtud de que dos disparos tienen efectos sinergéticos. En este caso, la víctima será sub-compensada pues dado que cada uno de los dos francotiradores impuso sólo un 30% de riesgo de muerte cada uno de estos francotiradores deberá pagar a los herederos de la víctima el 30% del daño que su muerte ha producido, aunque la probabilidad de que la víctima muera una vez que se han efectuado los disparos es mayor que el 60%. Por el contrario, la compensación por daños, como sucede con la perspectiva «ex post» compensa adecuadamente. La víctima recibirá de cada francotirador la mitad del daño en caso de que este se produzca.

52. Kant creía que «la buena voluntad no (era) buena en virtud de lo que afecta u obtiene o por su eficacia para obtener algún fin». Por el contrario, en su opinión, la buena voluntad era «buena sólo por lo que quiere» de tal modo que era «buena en sí misma» sin que su «utilidad o inutilidad» pueda «aumentar ni disminuir su valor». Véase Kant, *Foundations of the Metaphysics of Morals* 12-12 (Bobbs. Merill ed., 1969). En otras palabras, la buena voluntad, el único valor de acuerdo con Kant, no tenía ninguna relación con los cambios que ella producía en el mundo sino únicamente dependía de lo que ella en sí misma era. (Algunos autores han señalado que esta cita de Kant es engañosa. Ello así pues de acuerdo con Kant la calidad de la voluntad cae dentro de la ética, no dentro de lo correcto, y, por lo tanto, es irrelevante para decidir la cuestión de la responsabilidad extracontractual. Véase Weinrib, E., *The Idea of Private Law,* Harvard U. Press, 1995, not. 23, pag. 156).

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

Todo kantiano piensa que el valor moral de lo que alguien hace en el mundo no puede depender de lo que no está bajo su control.[53] Como lo único que está bajo nuestro control es nuestra voluntad, para un kantiano, el valor moral de lo que hacemos sólo puede depender del valor moral de nuestra voluntad. Así, lo que hacemos con mala voluntad, voluntad de dañar por ejemplo, será moralmente reprochable, mientras que lo realizado con buena voluntad, voluntad de beneficiar por ejemplo, será moralmente encomiable, en ambos casos independientemente de los resultados que la mala o buena voluntad produzcan.

Sobre la base de las ideas anteriores es posible prescindir de la exigencia del daño. La idea es que si el valor moral de lo que hacemos sólo puede depender de nuestra voluntad, y no de los resultados de nuestra voluntad en el mundo, ya que ello está fuera de nuestro control, la decisión de imponer la obligación de compensar no podría estar suspeditada a la ocurrencia de un daño, pues ello es un resultado de nuestra voluntad en el mundo y, por lo tanto, se encuentra fuera de nuestro control.

El punto crucial del argumento es la afirmación de que la evaluación moral de lo que hacemos en el mundo no debe ser sensible, en modo alguno, a lo que está fuera de nuestro control. Ahora, ¿es ello verdad? En otras palabras, ¿la suerte no puede ni debe tener lugar ni en nuestro universo jurídico ni en nuestro universo moral? Lamentablemente para mis lectores, la respuesta a esta pregunta me exigirá una pequeña excursión por la teoría moral.

T. Nagel, en su famoso artículo «Moral Luck»,[54] ha sostenido que de hecho realizamos evaluaciones morales basados en circunstancias sobre las que no tenemos ningún control (según Nagel, ello no implica que la exigencia del control sea equivocada sino, simplemente, «paradójica»).

Nagel, entre otros ejemplos, cita el de un camionero que atropella accidentalmente a un niño. Para Nagel, el camionero está expuesto a un reproche moral por la muerte del niño, mayor al reproche que le correspondería si la suerte hubiera hecho que el niño no hubiera muerto.

J.J. Thompson también ha afirmado que la suerte determina la calidad moral de nuestras acciones.[55] Por ello, tal como Nagel, Thompson niega que el valor moral de lo que hacemos dependa únicamente del valor moral de lo que está enteramente bajo nuestro control. (La diferencia entre Thompson y Nagel es que para aquella la suerte sólo impacta nuestras evaluaciones morales en aquellos casos en lo que lo que está bajo nuestro control es reprochable. En otras palabras, de acuerdo con Thompson, la evaluación de las acciones reprochables puede modificarse dependiendo de sus consecuencias. Por ejemplo, si el camionero es idénticamente negligente en los dos casos, su acción es moralmente peor en el caso en que el niño muere. Pero si es idénticamente irreprochable, la evaluación de sus acciones

53. Como lo ha dicho Martha Nussbaum «un kantiano cree que existe un dominio del valor, el dominio de valor moral, que es totalmente inmune a los asaltos de la suerte». Véase Nussbaum, Martha, *The Fragility of Goodness: Luck and Ethics in Greek Tragedy and Philosophy,* Cambridge U. Press, 1986, pag. 5.

54. Véase «Moral Luck», en *Mortal Questions,* Cambridge U. Press, 1979, pags. 24-38.

55. Véase Thompson, Judith, opus cit. not. 1, pag. 137.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

no puede diferir si el niño muere, pues esta consecuencia no hace que su acción sea peor).[56]

La posición de Nagel y de Thompson podría ser resistida recurriendo a las ideas kantianas antes referidas. Podría sostenerse que ambos están en un error pues la evaluación moral de lo que hacemos no puede depender de lo que no está bajo nuestro control.

De todos modos creo que existe un argumento, originariamente ofrecido por B. Williams,[57] que permitiría terminar esta polémica. De acuerdo con Williams, a menos que reconozcamos que la suerte influye en la evaluación moral de lo que hacemos no podremos dar cuenta de un omnipresente sentimiento moral. En efecto, según Williams, cuando causamos un daño sin culpa no permanecemos en un estado de indiferencia moral. Por el contrario, siempre que el resultado pueda ser identificado por nosotros y terceros como algo que nosotros hemos hecho, y no como algo que meramente sucedió, nos reprochamos el haber realizado la acción dañosa (Williams llama a este reproche «agent-regret»).

Si este omnipresente sentimiento fuera moralmente adecuado los kantianos no pueden tener razón. Ello así, pues el reproche presupone que mis acciones pueden ser negativamente evaluadas por mi por el mero hecho de ser dañosas e independientemente de si este daño es, en alguna medida, el producto de circunstancias que están fuera de mi control.

Claro que los kantianos podrían replicar negando que un sentimiento falsee, o para el caso confirme, una concepción moral. También, como de algún modo lo ha sugerido J. Andre,[58] los kantianos podrían sostener que el reproche es adecuado únicamente cuando no se puede reparar el daño que se causó, de tal modo que su existencia no es un indicio de la reprochabilidad de la acción sino, en todo caso, un indicio de la reprochabilidad por no poder reparar lo que se ha hecho.[59]

No obstante la importancia de la discusión anterior, y que ha sido considerada por todos los autores que intervienen en esta polémica como especialmente importante para decidir la plausibilidad de la responsabilidad

---

56. Las razones por las que Thompson distingue entre el rol de la suerte en la evaluación de las acciones correctas y en el de la evaluación de las acciones incorrectas es fácil de comprender. Thompson cree que el resultado de una acción puede cambiar la evaluación moral de esta, siempre que no sea única o meramente el resultado de la suerte. Así, si alguien conduce apropiadamente y atropella a un niño nuestra evaluación moral de esta acción no puede ser distinta a la evaluación moral de la acción en la que el niño no es atropellado. Ello así pues el resultado -un niño atropellado- es única o meramente el resultado de la suerte. Pero cuando el resultado es sólo en parte el resultado de la suerte la cuestión cambia. En este caso sí podemos alterar nuestras evaluaciones. Así, si alguien conduce negligentemente y atropella a un niño, la acción es peor a la acción en la que a pesar de idéntica negligencia nada dañoso sucede. Ello así pues en este caso, a diferencia del anterior, el resultado no es sólo imputable a la mala suerte del conductor. Si bien es cierto que el hecho de que el niño se encontrase allí no depende del conductor y, por lo tanto, desde su punto de vista es mala suerte, sí depende de él el haber conducido negligentemente. La asimetría defendida por Thompson ha sido criticada fuertemente. Véase Rothstein, P., «Causation in Torts, Crimes, and Moral Philospohy: A Reply to Professor Thompson», *Georgetown Law Journal*, vol. 76, pag. 151.

57. Véase, Williams, Bernard, «Moral Luck», *en Moral Luck*, Cambridge University Press, 1981, pag. 20 y ss.

58. Véase Andre, J., «Nagel, Williams and Moral Luck», en *Moral Luck*, ed. D. Statman, SUNY Press, 1993, pags. 127/128.

59. Los argumentos ofrecidos por J. Thompson también sugieren que el «agent-remorse» no puede verse como un argumento anti-kantiano. De acuerdo con Thompson es razonable que quien causa un daño, a pesar de haber actuado diligentemente, deba sentirse peor que quien realizando la misma acción

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

por riesgo, lo cierto es que ella es totalmente irrelevante como argumento en ese sentido, habida cuenta de la concepción compensatoria esbozada al comienzo de este trabajo. Las ideas kantianas no bastan para considerar al riesgo como una pérdida compensable. En efecto, aún si aceptáramos que las evaluaciones morales de nuestras acciones no pueden ser modificadas por circunstancias que están fuera de nuestro control, de ello no se sigue que A deba compensar a B por un riesgo de daño que no se instanció. Para concluir que A debe compensar a B necesitamos, además de aceptar que las evaluaciones morales de nuestras acciones no pueden ser modificadas por circunstancias que están fuera de nuestro control, aceptar, primero, que la obligación de compensar depende de la evaluación moral de nuestras acciones, esto es de su corrección o incorrección moral. De otro modo, si la evaluación moral de nuestras acciones no tuviera relación alguna con la obligación de compensar, cualquiera sea la conclusión respecto la influencia del control en la evaluación moral esta sería intrascendente a los fines de la discusión en el ámbito de la responsabilidad extra-contractual.

En la sección II he sostenido que no existe relación alguna entre la obligación de compensar y la incorrección de nuestras acciones. Allí afirmé, usando el famoso ejemplo de J. Feinberg del escalador de montañas, que existen casos en los que no obstante no haber hecho nada incorrecto debemos compensar los daños que causamos. Agregue, siguiendo a Zimmerman, que de la proposición «A ha realizado algo moralmente incorrecto que perjudica a B» no se sigue la proposición «A debe compensar a B por el perjuicio», lo que muestra que el reproche y la compensación no tienen nada en común. Mediante estos argumentos concluí que la incorrección de las acciones y la obligación de compensar no tienen relación alguna.

Si lo anterior fuera correcto, podemos desentendernos del argumento kantiano. Es innecesario profundizar la cuestión de si la evaluación moral de nuestras acciones puede depender de circunstancias que están fuera de nuestro control pues, cualquiera sea la respuesta a este interrogante, no tocaría la discusión acerca de la obligación de compensar.[60]

De todos modos, nada de lo anterior cuenta como un argumento en favor de la teoría tradicional. Como máximo sugiere el fracaso del argumento más sofisticado que se ha ofrecido en apoyo de la recaracterización del daño. Con esta convicción en mente quiero, ahora sí, explorar las razones por las que no debe concebirse a los riesgos como pérdidas compensables o, en otras palabras, las razones por las que no se debe recaracterizar el requisito del daño.

---

con la misma intención no lo causa. Sin embargo, de acuerdo con Thompson, este sentimiento no es un sentimiento moral pues no está relacionado en modo alguno con la atribución de culpa o con las razones para pensar que las dos personas son reprochables en distinta medida. De lo anterior se deduce que para Thompson el «agent-remorse» no es una indicación de que la suerte poluciona nuestras evaluaciones morales de agentes y acciones y, por lo tanto, no puede usarse para mostrar que los kantianos están equivocados. De hecho Thompson no cree que ella misma se aparte de la senda kantiana, a pesar de reconocer que la suerte influye nuestros juicios morales pues, como lo digo en el texto, sólo lo hace cuando el agente ha incurrido en culpa. Véase Thompson, J., «Morality and Bad Luck», en *Moral Luck*, ed. Statman D. Suny Press, 1993, pag. 194 y ss.

60. Más allá de la impertinencia de la discusión acerca del control de los que hacemos para fundar nuestra responsabilidad por los daños que causamos, creo, junto con Nagel y Williams, que la responsabilidad no exige control y que, por lo tanto, en algunos casos podemos ser responsabilizados por nuestras acciones aún cuando no tengamos un control absoluto sobre ellas.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

4. La justificación de la exigencia del daño

Algunos autores han señalado que existen razones prácticas que explican y justifican que el sistema de responsabilidad extracontractual exija como requisito de la compensación que la víctima haya sido dañada, y no meramente sometida a un riesgo de daño. Estas razones prácticas son de dos clases diferentes. Algunas son epistémicas. Así, se sugiere que es más difícil saber cuándo alguien origina un riesgo de daño a otro que saber cuándo alguien impone un daño a otro. Mientras el riesgo de daño no se manifiesta de un modo perceptible, por lo que no es fácil saber si el mismo ha existido o no, el daño es siempre perceptible, por lo que su existencia está sujeta a menos controversia. En virtud de ello, se concluye que dado que es más difícil organizar un sistema de responsabilidad por riesgo que un sistema de responsabilidad por daño, el daño debe ser un requisito de la responsabilidad.[61]

Además, se sostiene que existen ventajas administrativas que sugieren optar por el sistema de responsabilidad por daños. La idea es que generamos riesgos con mucha más asiduidad de lo que causamos daños, pues muchos de los riesgos que generamos no devienen en daño. Por ello, si organizamos un sistema de responsabilidad sobre la base de la responsabilidad por riesgos, el demandado debería pagar al demandante muchas más veces que si organizamos un sistema de responsabilidad alrededor de la responsabilidad por daños. Ahora bien, mientras más veces se pueda demandar, más grande y caro será el aparato burocrático necesario para administrar el sistema de responsabilidad. En virtud de ello la responsabilidad por riesgo siempre será un sistema más caro que la responsabilidad por daño, lo que, como dije más arriba, sugiere que, si queremos reducir costos sociales, debemos mantener el daño de la víctima como un requisito de la responsabilidad civil.

Las anteriores son razones de indudable importancia práctica. Ellas militan en contra de considerar a la mera generación de riesgos como una pérdida compensable. Sin embargo, no son razones últimas. Por el hecho de apuntar a ventajas prácticas dejan inalterada la plausibilidad de la recaracterización del requisito del daño como cuestión de principio.

Dado que aquí sólo me interesan los problemas de principios, no me detendré en explorar si efectivamente el requisito del daño concebido en forma tradicional disminuye costos epistémicos o administrativos. Por el contrario, encararé la siguiente pregunta: ¿existen argumentos de principio que recomienden insistir con la exigencia del daño? o, en otras palabras, como cuestión de principio ¿la obligación de compensar, tal como lo sostiene la doctrina tradicional, exige más que la mera imposición de un riesgo a otro?[62]

---

61. Algunos autores sostienen que la única justificación de la exigencia del daño es justamente el hecho de que el daño nos libera de la incertidumbre epistémica reinante alrededor de los riesgos. Es más fácil descubrir cuándo alguien daña a otro que descubrir cuándo alguien impone un riesgo de daño a otro. Véase Rothstein, opus cit. not. 56.

62. S. Perry ha ofrecido una respuesta a esta pregunta. Ha sostenido que si asumimos que la relación causal es determinística no puede pensarse que el riesgo de daño sea una pérdida compensable pues, en dicho caso, todo juicio acerca de probabilidades de que una clase de personas sufra un daño, podría descomponerse en un juicio acerca de que una sub-clase de personas «A» sufrirá el daño en cuestión y otra sub-clase, llamémosla «B», no lo sufrirá. Si ello es posible, Perry sostiene, no habría bases para sostener

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

Lamentablemente, no puedo responder esta pregunta sin referirme a ideas de cierta complejidad que he defendido en otro lugar.

En otro trabajo he afirmado[63] que la justicia correctiva y la responsabilidad extracontractual no pueden concebirse tal como lo han hecho los partidarios de concepciones económicas y retributivas. A diferencia de los primeros -para quienes la obligación de compensar existe únicamente en caso que el agente en cuestión pudiera haber evitado los daños en forma más económica que todos los demás agentes- y de los segundos -para quienes la obligación de compensar existe únicamente en caso de que la acción dañosa realizada por el agente hubiera sido incorrecta-, en mi visión las consecuencias dañosas de una acción deben ser imputadas a aquél que causó dichas consecuencias. En virtud de esta convicción defendí la idea de que el agente causal del daño debe compensar el daño causado, independientemente de consideraciones económicas o de la calidad moral de la acción dañosa.

Las razones que presenté para justificar la conclusión anterior eran de dos tipos.

Por un lado, una idea que expresamente defendí y que constituye una respuesta al problema quizá más importante de toda la teoría política y jurídica, esto es, la sensibilidad que, a los efectos de distribuir las cargas y beneficios sociales, deben tener las instituciones de una sociedad frente a lo que cada uno de nosotros hace. Al respecto sostuve, diferenciándome de algunos autores como Scanlon[64] y Nino[65], que las instituciones sociales deben hacer que cada uno internalice los costos y los beneficios que sus acciones ocasionan a sí mismos y a terceros. La fundamentación de esta idea es que únicamente cuando las instituciones sociales nos hacen internalizar los costos y beneficios de lo que hacemos somos tratados como agentes morales. Por el contrario, si las instituciones nos permitieran externalizar dichos costos, o si nos obligaran a externalizar dichos beneficios o a internalizar los costos generados por otros, nos tratarían como si fuéramos integrantes de una entidad supraindividual con lo que nuestra identidad e individualidad como agentes se socavaría irremediablemente.[66]

---

que el riesgo de daño es una pérdida compensable toda vez que sólo deberían ser compensados los miembros de la sub-clase «A», por haber sufrido un daño y no por meramente haber sufrido un riesgo de daño, mientras que los miembros de la sub-clase B no deberían ser compensados pues no sufrieron daño alguno. El problema que encuentro en la explicación de Perry es que su plausibilidad depende de que la relación causal sea determinística y, justamente, el carácter determinístico de la relación causal es resistido por la mayoría de quienes pretenden reemplazar el requisito del daño por el del mero riesgo. Véase Perry, S., opus cit. not. 46.

63. Véase opus cit. not. 5.

64. Véase Scanlon, T., «The Relevance of Choice», en *The Tanner Lecture on Human Values*, Utah University Press, 1986.

65. Véase Nino, Carlos, *Etica y Derechos Humanos*, Bs. As., Ed. Astrea, 2 edición, 1989.

66. Lo que digo en el texto no depende ni presupone una visión libertaria de la justicia. A diferencia de autores libertarios, creo que el mandato que las instituciones sociales deben hacer que cada uno internalice los costos y beneficios de sus acciones (que en otro lugar he llamado el «Principio de la Relevancia de las Decisiones»; véase Rosenkrantz, Carlos, *Liberal Egalitarianism: An Essay in Social Ethics*, Disertación Doctoral presentada a la Yale Law School, Yale Law Library), cuando aplicado a cuestiones de justicia distributiva o al diseño de la estructura básica de la sociedad exige una muy cuidadosa neutralización de las circunstancias en las que las acciones de cada uno son realizadas. En otras palabras, únicamente se justifica un trato diferente cuando hemos realizado acciones diferentes si las circunstancias de nuestras acciones o decisiones son iguales para todos los demás. De otro modo, si estas circunstancias son desiguales, no puede justificarse el tratar a cada uno de manera disímil pues, en ese caso, lo que hacemos puede ser más el producto

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

La segunda idea de la que partí es que es un valor vivir de acuerdo con nuestras acciones. Esto es, que es mejor una vida en la que somos artífices de lo que somos, a pesar de que ello pueda implicar que debamos soportar las costos de lo que hacemos, a una vida en la que las consecuencias de nuestras acciones no nos impactan de modo alguno. La hipótesis sobre la que descansa esta idea es que nuestras vidas van mejor si ellas son sensibles a lo que hemos hecho.

Estas dos ideas, por un lado -la necesidad de internalizar los costos de nuestras acciones-, y, por el otro -el valor de vivir de acuerdo con ellas-, constituyen el punto de partida de una razón contundente para resistir la recaracterización del requisito del daño en la responsabilidad civil que, a diferencia de los argumentos epistémicos y administrativos más arriba reseñados, ataca al intento de recaracterización de raíz, no en virtud de consideraciones prácticas sino en virtud de consideraciones de principios.

En efecto, si recaracterizamos el requisito del daño de tal modo que la mera imposición de riesgos es considerada una pérdida compensable, tendremos que abandonar el sistema de responsabilidad que exige como condición de la compensación que el demandante haya sido dañado. En su lugar nos veremos forzados a instrumentar un sistema de responsabilidad en el que el demandante podrá reclamar compensación en todos los casos en los que, a pesar de no haber sido dañado, ha sufrido un riesgo de daño.

Ahora bien, este sistema determinará que en el caso que el riesgo generado por A y sufrido por B no se hubiera materializado, A debe compensar a B, aún cuando en dicho caso A no ha dañado a B. Por otro lado, este sistema de responsabilidad también determinará que en el caso en que B, además de haber sufrido el riesgo generado por A, fuera dañado por A, A, a pesar de haber dañado a B, sólo deba compensarlo por el riesgo que éste sufrió.

El hecho de que A deba compensar a B en algunas circunstancias, a pesar de no haberlo dañado, y que, en otras, debe compensarlo sólo por el riesgo de daño que generó, es un síntoma claro de que el sistema de responsabilidad por riesgos es insensible a las acciones de A. A, en este sistema, no responde en la medida en que actúa, pues debe compensar a B aunque no le cause ningún daño, por lo que sus acciones no determinan el límite de su responsabilidad.

Por otro lado, el que A no responda en la medida en que actúa es también un síntoma de que el sistema de responsabilidad por riesgo no satisface el valor de vivir de acuerdo con nuestras decisiones. En efecto, si en algunos casos A debe compensar a B, a pesar de no haberlo dañado y debe, en otros, compensarlo sólo en la medida del riesgo, a pesar de que lo dañó, A no vive una vida sensible a lo que hace. Ello pues en los primeros casos A internaliza costos que no causa o produce, lo que sucede cuando compensa a B a pesar de no dañarlo, y externaliza costos que

---

de las circunstancias que de nuestros actos volitivos autónomos. No obstante lo anterior, es verdad que mi posición se parece bastante a la posición que autores libertarios deberían suscribir en el ámbito de la justicia correctiva. De todos modos, existe una diferencia fundamental. Mientras que los autores libertarios deberían estar dispuestos a imponer la obligación de compensar siempre que se dañe a otro yo creo que esta obligación no existe si ella hace imposible la existencia de instituciones que funcionan para el beneficio común. Esta modificación, o restricción, me evita enfrentar el problema, que sí deben enfrentar los autores libertarios, consistente en explicar porqué no estamos dispuestos a aceptar que en todos los casos en los que se cause un daño a otro quien lo causó debe compensarlo.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

sí causa o produce, lo que sucede en los casos en los que debe compensar a B en la medida del riesgo y no del daño, a pesar de que lo dañó.

En síntesis: Si aceptamos que las instituciones, entre ellas el sistema de responsabilidad extracontractual, deben ser sensibles a nuestras acciones y que nuestras vidas son mejores vidas cuando son sensibles a lo que hacemos, no podemos aceptar la recaracterización del requisito del daño, pues ello determina un sistema de responsabilidad insensible a lo que hacemos y a lo que da valor a nuestras vidas.

Quizá esta conclusión sea apresurada. Quizá sea posible que los partidarios de la recaracterización ofrezcan una explicación de sus posiciones consistente tanto con la idea que debemos ser responsables por nuestras acciones y que es un bien vivir de acuerdo con ellas.

La explicación comenzaría destacando que el riesgo que A impone a B es algo que A causa o produce. En otras palabras, el riesgo que B sufre no es un mero evento o suceso desconectado causalmente de las acciones de A, sino que es, justamente, una consecuencia causal de lo que A ha hecho.

Sobre la base de este hecho los partidarios de la recaracterización sostendrían que la responsabilidad por riesgo, en virtud de que es un sistema de responsabilidad por lo que hacemos -esto es, imponer riesgos-, no contradice la idea de que las instituciones deben ser sensibles a nuestras acciones y que es un valor vivir de acuerdo con ellas. (En tanto el sistema de la compensación por riesgos responsabiliza a A por algo que constituye una consecuencia causal de sus acciones, esto es, la imposición de riesgos, honra lo que según mis propias ideas debería respetarse).

El punto de partida de esta estrategia defensiva es interesante. En efecto, el riesgo de B no es un estado de cosas desvinculado de A. No es un hecho de la naturaleza con el cual A no tiene ninguna relación. Por el contrario, es un evento causalmente vinculado con movimientos corporales e intenciones de A. De este modo, la obligación de compensar los riesgos que imponemos parecería ser la única manera de ser sensible a lo que hacemos.

Sin embargo, la plausibilidad de la estrategia se desvanece tan pronto advertimos que los riesgos que imponemos a otros no son todo lo que hacemos. El riesgo que B sufre en virtud de la acción de A es sólo parte de lo que sucede en el mundo como consecuencia de lo que A hace. En efecto, A, en los casos en que el riesgo se materializa en daño, además de imponerle un riesgo a B, lo daña. Asimismo, en los casos en que el riesgo de B no se materializa en daño, A, no obstante imponerle dicho riesgo a B, no lo daña.

El daño que A causa, o la ausencia de daño en los casos en que el daño no se materializa, son también cosas que A hace. Son consecuencias causales de sus movimientos corporales más básicos que pueden ser concebidas como acciones de A por el simple expediente de incorporar dichas consecuencias causales en la descripción de la acción de A (efecto acordeón). En virtud de que el daño, o su ausencia, son productos de acciones de A, la descripción de sus acciones en términos de «imponer un riesgo de daño a B», de cuya plausibilidad depende el argumento defensivo de los partidarios de la recaracterización del daño que estoy analizando, es una descripción trunca. Es una descripción que no incorpora todo el desenlace causal, todo lo que sucede en el mundo en virtud de lo que hacemos. Como tal, es una descripción sólo parcialmente verdadera de lo que A hace.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

Ahora bien, si la descripción de las acciones sobre las que se asienta este argumento es sólo parcialmente verdadera, no obstante que la responsabilidad por riesgos sea sensible a las acciones descriptas de este modo, no puede sostenerse que ella satisface las dos ideas que, según mi criterio, debe satisfacer toda teoría de la responsabilidad. La responsabilidad por riesgos, en el mejor de los casos, satisfacerá estas ideas sólo parcialmente.

En efecto, la responsabilidad por riesgos, por ser sensible al hecho de que A impone un riesgo de daño a B, es indudablemente sensible a cierta descripción de la acción de A. Sin embargo, al ser insensible al hecho de que A daña a B en algunos casos mientras no causa daño alguno en otros, es parcialmente insensible a lo que A hace. Precisamente por ser parcialmente insensible a lo que hacemos, la responsabilidad por riesgos contradice la idea de que las instituciones deben ser sensibles a nuestras acciones y, en tanto tal, no puede ser aceptada.

5. Un argumento en favor de la perspectiva «ex post» de la relación causal

En este punto, y antes de terminar esta sección, quiero retomar una cuestión que quedó pendiente en la sección anterior. Allí sostuve que el intento de recaracterización de la relación causal afirma que esta relación debe concebirse como una relación probabilística «ex ante». Analicé las consecuencias normativas de la adopción de esta perspectiva y busqué argumentos que pudieran justificar una preferencia por la perspectiva «ex post», la forma en que tradicionalmente se concibe a este requisito. Me referí al que me parecía más contundente -el argumento construido a partir de la idea de Thompson de que el requisito de la causa se basa en el valor de la libertad de planear el futuro- pero concluí que no era un argumento satisfactorio. Luego anuncié que iba a resolver la cuestión en esta sección, tarea a la que ahora me aboco.

La recaracterización del requisito de la relación causal debe resistirse por razones análogas a las que recomiendan resistir el intento de recaracterizar el requisito del daño: la perspectiva «ex ante» no se condice con la adecuada sensibilidad que deben tener las instituciones a lo que cada uno de nosotros hace, ni satisface el valor de vivir de acuerdo con nuestras decisiones.

Suponga una sociedad en la que la responsabilidad se impone de acuerdo con la perspectiva «ex ante». En dicha sociedad, A deberá compensar a B por su contribución probabilística al daño, aún cuando el daño de B no fuera una consecuencia de lo que A hubiera hecho, mientras que C deberá compensar sólo por su contribución probabilística aún cuando lo que él hizo, además de contribuir probabilísticamente al daño, hubiera sido dañar a B.

Esta forma de resolver la adjudicación de la obligación de compensar no es sensible a lo que cada uno hace: A debe compensar a B a pesar de que, en realidad, no lo ha dañado, mientras que C sólo deberá compensar a B en la medida de su contribución probabilística, cuando en realidad lo dañó.

La consecuencia de esta insensibilidad de la perspectiva «ex ante» a lo hecho por A y por C también afecta el valor de vivir de acuerdo con nuestras decisiones. En efecto, si A debe compensar a B, a pesar de no haberlo dañado y C debe compensarlo sólo en la medida de su contribución probabilística al daño, a pesar de que lo dañó, ni A ni C viven una vida que registra lo que cada uno de ellos hace: A internaliza costos que no causa o produce, lo que sucede

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

cuando compensa a B a pesar de no haberlo dañado, mientras que C externaliza los costos que produce, cuando compensa a B sólo en la medida de su contribución probabilística, a pesar de que lo dañó.

Si adoptamos la perspectiva «ex post» la situación cambia. A no compensará a B pues, a pesar de su contribución probabilística «ex ante», no lo dañó, mientras que C, en virtud de haberlo dañado, compensará todo el daño de B. Consecuentemente, A y C internalizarán los costos que causan y, en virtud de ello, vivirán vidas sensibles a las decisiones que adoptan.

En síntesis, si aceptamos que las instituciones deben ser sensibles a lo que hacemos y que nuestras vidas van mejor cuando son el resultado de nuestras decisiones, la concepción tradicional, «ex post», de la relación causal se presenta como la única aceptable. En conclusión, contrariamente a lo que sugieren los partidarios de la recaracterización de la relación causal para quienes el requisito causal se satisface con la mera presencia de una probabilidad de vinculación entre el daño y la acción del demandado, el requisito de la causa exige una investigación tendiente a determinar si, primero, el resultado se produjo y, una vez hecho ello, si el resultado se habría producido si la acción en cuestión no hubiera existido.

V. Los límites

En las secciones precedentes he intentado resistir las pretensiones de aquellos que sostienen que debemos recaracterizar los requisitos de la obligación de compensar en términos esencialmente probabilísticos. En esta sección quiero dejar sentado cuál es el alcance de mi resistencia. Creo que ello es importante pues, de otro modo, podría interpretarse erróneamente mi posición.

Para explicar lo que tengo en mente imaginé una explosión en una planta nuclear y los daños que dicha explosión causaría.

Un accidente de esta naturaleza pone en tela de juicio la posibilidad de que las víctimas sean repuestas al estado que disfrutaban antes del evento dañoso. Más allá de lo que digan las normas al respecto, consideraciones fácticas hacen enormemente difícil la compensación.

Ello es así dado que aparecen dos tipos de problemas. Por un lado, problemas relativos al carácter de los daños. Es posible que muchos de los daños causados por el accidente sean «no-compensables». (Un daño es «no-compensable» cuando la víctima del daño, una vez que éste ha sucedido y se la ha compensado, preferiría el bien que el daño le privó a la compensación).[67] Por otro lado, problemas relativos al carácter de la compensación. Es posible que aunque los daños sean compensables, la magnitud de los montos necesarios para la compensación torne imposible que los daños sean compensados, pues puede que tenga el dinero suficiente para dejar a las víctimas indiferentes entre la opción entre el bien que el daño les privó y la compensación.

67. Thomspon define a los daños «no-compensables» de otro modo. Para ella, un daño es «no-compensable» cuando la víctima no habría vendido el derecho a que otro le cause el daño en cuestión por ninguna suma de dinero. Véase, Thompson, J., «Government Regulation of Behavior», en *Rights, Restitution and Risk,* Harvard U. Press, 1986, pag. 156.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

Estos dos tipos de problemas, a los que podríamos llamar «problemas de cumplimiento»,[68] introducen cuestiones muy importantes. Nos obligan a tomar en cuenta ciertas limitaciones fácticas que condicionan lo que decidimos en el nivel de los principios. Así, si estamos discutiendo acerca de las reglas de la responsabilidad extra-contractual -por ejemplo, si hay que responder por el riesgo generado o el daño causado-, en virtud de los «problemas de cumplimiento» debemos pensar no sólo en cuál de estas dos reglas es más consistente con las consideraciones últimas que entendemos correctas sino, además, cuál de estas dos reglas satisface en mayor medida u optimiza estas consideraciones.

Ahora bien, nada de lo dicho en las secciones precedentes presta atención alguna a los «problemas de cumplimiento». En todo lo anterior he presupuesto la posibilidad de satisfacción universal de la regla de acuerdo con la cual debemos compensar los daños que causamos y no los riesgos que generamos. Por ello, las conclusiones a las que he llegado son conclusiones correctas sólo para un mundo donde los «problemas de cumplimiento» no existen.

En lo que sigue quiero analizar, aunque de una forma provisional y tentativa, si los «problemas de cumplimiento» obligan a repensar mis conclusiones en lo que respecta a la recaracterización de los requisitos de la responsabilidad. Entonces, ¿qué sucede en un mundo donde los «problemas de cumplimiento» existen? En ese mundo, ¿debe preferirse la responsabilidad por daño a la responsabilidad por riesgo?, ¿la relación causal debe concebirse probabilísticamente y la culpa como la imposición de riesgos no recíprocos?.

Glen Robinson ha sostenido que en los casos de daños tóxicos la creación de un riesgo irrazonable es una base apropiada para la responsabilidad.[69] Brent Carson, por su parte, ha afirmado que los tribunales deberían reconocer el derecho a ser compensado cuando existe exposición al riesgo producido por residuos peligrosos.[70] Para estos autores, en los casos que plantean «problemas de cumplimiento» debe adoptarse la responsabilidad por riesgo.

La razón que sustenta la posición de estos autores es la presunta superioridad de la responsabilidad por riesgo en términos de disuasión; la idea es que si somos obligados a compensar cada vez que imponemos un riesgo de daño es más probable que abandonaremos la actividad riesgosa que si sólo somos obligados a compensar en caso de que causemos el daño. Estos autores podrían sostener que cualquiera sea la relevancia de la disuasión en la responsabilidad extra-contractual en general, en los casos en los que existen «problemas de cumplimiento» la disuasión debe ser más relevante por la sencilla razón de que cuando no se puede compensar por la realización de acciones dañosas nada mejor que prevenirlas.

Más arriba he sugerido que bajo ninguna de las dos hipótesis, ni bajo la neutralidad al riesgo (la responsabilidad por daños y por riesgo tiene idénticos efectos disuasorios), ni bajo la aversión al riesgo (la responsabilidad por daño tiene mejores efectos disuasorios), la responsabilidad por riesgos tiene mejores efectos disuasorios. Pero, ¿es la situación distinta cuando nos enfrentamos a daños no compensables?

---

68. Véase McCarthy, opus cit. not. 3. Bruce Ackerman llama a los problemas de cumplimiento «problemas segundo-mejor». Véase Ackerman, B., *La Justicia Social en el Estado Liberal*, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

69. Véase Robinson, Glen, «Risk Causation and Harm», en *Liability and Responsibility Essays in Law and Morals*, Ed. R.G. Frey and Christopher W. Morris, Cambridge U. Press, 1991.

70. Véase Carson, Brent, «Washington Law Review», vol. 60, pag. 635 y ss., 1985.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

Podría pensarse que sí. Podría sostenerse que la responsabilidad por riesgos tiene mejores efectos disuasorios en los casos de daños que no pueden ser compensados por quien los causó. En estos casos, podría sostenerse, que quien genera el riesgo no puede ser indiferente entre compensar el riesgo, en la medida del riesgo, y el daño, en la medida del daño, pues, por definición, no puede compensar el daño. En razón de la imposibilidad de compensar el daño, el agente no encontraría disuasivo alguno en un sistema de responsabilidad por daños, de tal modo que siempre habría que preferir un sistema de responsabilidad por riesgo sobre éste.

Si la conclusión anterior fuera correcta mi posición debería limitarse a aquellos mundos donde los «problemas de cumplimiento» no existen. He sostenido que no deben recaracterizarse los requisitos de la responsabilidad extra-contractual pero, según parece, aquí habría razones poderosas para hacerlo. En otras palabras, quizá mi posición sea correcta para mundos ideales pero no para todos los mundos.

A pesar de que reconozco la aparente plausibilidad de la conclusión anterior, ella no me perturba demasiado.

En primer lugar, si de disuasión se tratase, existen otras instituciones sociales, la pena entre ellas, más disuasorias y cuyo objetivo y justificación es precisamente la minimización de los daños.

Reconozco que la solución punitiva es problemática en los casos en los que las actividades riesgosas en cuestión no sólo generan riesgos de daños no compensables sino, además, posibles grandes beneficios. En estos casos, si la solución fuera punitiva, y se prohibieran las conductas riesgosas sería imposible aprovecharse de los eventuales beneficios de dichas acciones. La única manera de evitar este dispendio social que alcanzo a imaginar consistiría en prohibir solamente la realización de conductas que involucran riesgos de daños no compensables y beneficios mayores al valor actuarial de dichos daños cuando el agente no ha contratado un seguro y exigir, que quien realiza conductas riesgosas se asegure, bajo la amenaza de otra pena.

Además, en segundo lugar, la conclusión de que la responsabilidad por riesgo debe ser preferida a la responsabilidad por daño en un mundo con «problemas de cumplimiento» no es aplicable a circunstancias donde la ratio de aversión al riesgo es mayor que la ratio entre el monto del daño y la capacidad patrimonial del agente.

Un ejemplo ayudará a ver el punto. Suponga que usted, junto con la mayoría de los integrantes de su sociedad, tiene aversión al riesgo con una ratio de 2. Así, usted y sus conciudadanos prefieren pagar $2 cada vez que imponen un riesgo de 1/100 de causar un daño de $100, que pagar $100 en caso de que causen un daño de $100. Suponga ahora que la fortuna de todos los miembros de la sociedad es de $60 cada uno, de modo que la ratio entre fortuna y el daño es de 6/10.

En circunstancias como las anteriores, la disuasión será mayor con un sistema de responsabilidad por daño que con un sistema de responsabilidad por riesgo. Ello, pues el ahorro que representa la responsabilidad por daño en razón de la limitada capacidad patrimonial de usted y sus conciudadanos, no neutralizará las preferencias de usted y sus conciudadanos por la responsabilidad por riesgo. Obviamente, si quienes pueden dañar a otros prefieren la responsabilidad por riesgo por sobre la responsabilidad por daño es porque aquella tiene menos efectos disuasorios.

Si lo anterior es correcto, la conclusión de las secciones precedentes puede ser mantenida con cierta seguridad: Aún en mundos con «problemas de cumplimiento», como regla general los requisitos tradicionales de la responsabilidad extra-

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

contractual no deben ser alterados en todos los casos en los que existe una aversión al riesgo mayor a la incapacidad patrimonial de los eventuales agentes dañosos.

VI. Conclusión

En la Introducción he sostenido que la recaracterización de la culpa, la causa y el daño se asienta en la idea de que la forma canónica de la responsabilidad es la responsabilidad por los riesgos que generamos e imponemos a otro, y no por los daños que les causamos. Como adelanté también en la Introducción no traté está cuestión de modo directo. En este trabajo me referí principalmente a las razones que existen para rechazar la recaracterización de los requisitos mencionados. No obstante ello, no quiero terminar este trabajo sin poner de resalto que la idea más básica sobre la que se asienta el intento de recaracterización es equivocada: El caso canónico de responsabilidad es la responsabilidad por lo que hacemos -esto es, causamos- y no por el riesgo que introducimos.

La justificación de esta afirmación ha sido, de un modo u otro, ofrecida en las secciones anteriores cuando me ocupé de las razones para rechazar la recaracterización de la relación causal y del requisito del daño. Allí sostuve que la obligación de compensar requiere haber causado el resultado dañoso y que el daño se hubiera producido. Ello en virtud de las dos ideas que defendí en otro trabajo,[71] más precisamente, que las instituciones sociales deben ser sensibles a lo que hacemos y que es un valor vivir nuestras vidas en términos de los resultados de nuestras decisiones. Estos argumentos son también argumentos en pos de la afirmación de que el caso canónico de la responsabilidad es la responsabilidad por lo que hacemos.

Entiendo que muchos lectores pueden no convencerse por lo anterior, sosteniendo que, en realidad, estos argumentos presuponen que somos responsables por daños, y no por riesgos y, por lo tanto, no dan sustento a la conclusión de que la responsabilidad por daño es el caso canónico de responsabilidad. A ellos sólo me cabe sugerirles dos argumentos adicionales: el primero es que la responsabilidad por lo que causamos se sigue de nuestro carácter de agentes. En efecto, si fuéramos responsables por los riesgos que introducimos y no por lo que causamos, las consecuencias de nuestras acciones no tendrían relevancia para asignar responsabilidad, lo que no podría defenderse si el rasgo más importante de nuestra concepción de nosotros mismos es nuestra capacidad para actuar. El segundo argumento está relacionado de alguna manera con una discusión a la que me referí más arriba respecto de la suerte moral. La idea es que somos dueños de nuestra propia suerte en el sentido de que ella debe perjudicarnos y beneficiarnos. Por ello, en los casos en que imponemos riesgos sin dañar no podemos ser obligados a compensar, pues esta obligación implica que la suerte consistente en no haber dañado no sea relevante a la hora de decidir la cuestión de la compensación. Inversamente, si somos obligados a compensar en términos de los riesgos que imponemos cuando, en realidad, hemos dañado, la mala suerte consistente en haber dañado no será relevante, lo que implica privar a la suerte del lugar que moralmente le corresponde.

71. Véase Rosenkrantz, Carlos, opus cit. not. 5.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

Igualdad liberal *

Paolo Comanducci **

Empiezo con algunas trivialidades para individualizar el marco donde se sitúan los problemas que trataré. En la historia del pensamiento jurídico-político, desde el último cuarto del siglo XVIII en adelante, la idea de igualdad ha tenido una posición sobresaliente. Como todo el mundo sabe, la igualdad ha sido un concepto clave en todas las filosofías políticas de la edad moderna: por ejemplo en el marxismo -en sus varias formas-, en el utilitarismo, en el pensamiento social de la iglesia católica, en el liberalismo -en todas sus variantes.

En el marco jurídico, sobre todo en el nivel constitucional, la idea de igualdad está presente en las primeras constituciones modernas (la constitución norteamericana de 1786, y las francesas revolucionarias, a partir de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, a las constituciones de 1791, 1793 y 1795), está presente en muchas cartas del siglo XIX (como la de Argentina) y, sobre todo en las constituciones de posguerra y en los documentos internacionales que garantizan los derechos humanos (primero la Declaración Universal de la ONU de 1948). La filosofía política que está detrás de estas cartas es generalmente una forma de liberalismo y, en el sentido común de los juristas, estas cartas reconocen un principio liberal de igualdad. Por cierto, no siempre los confines de este principio están bien delimitados, así que, bajo la idea de igualdad liberal, además del principio de igualdad frente a la ley, a veces se individualiza también un principio de igualdad substancial. Aún si los límites del concepto no están tan claros, hay un acuerdo bastante general sobre el hecho de que la igualdad liberal garantizada por los regímenes democráticos, equivale al deber de la ley de tratar igualmente a los iguales, y de reconocer a todos los ciudadanos algunos derechos fundamentales.

Ahora bien, en los últimos veinte años, esta interpretación de las constituciones y de los documentos internacionales, como también la concepción filosófico-política que la justifica, está bajo ataque. No sólo por parte de los tradicionales enemigos del liberalismo y de su principio de igualdad, como los marxistas, especialmente los "ortodoxos", que critican esta concepción como puramente formal, vacía y engañadora (para ellos, la igualdad liberal cubriría la desigualdad substancial y la explotación de los trabajadores); o como por el catolicismo político, que critica el individualismo y el desconocimiento de las formaciones sociales (primero la familia) en el interior de las cuales lo que es importante es el valor de la solidaridad y la comunión entre los individuos más que la igualdad. Los ataques a la igualdad liberal, con argumentos a veces parecidos, a veces distintos de los empleados por marxistas y católicos, llegan sobre todo de parte de los movimientos feministas radicales, y de los comunitaristas.

---

* Texto de una ponencia presentada en la facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, el 7 de agosto de 1995. Quisiera agradecer al profesor Ricardo Guibourg, que se ha tomado la aburrida tarea de intentar corregir mi castellano.

** Profesor de Filosofía del derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Génova.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

Podemos, para simplificar, distinguir aquí entre feministas moderadas y radicales. Las moderadas sostienen que la igualdad liberal no es suficiente para suprimir las desigualdades substanciales entre hombres y mujeres, que son el fruto de la secular opresión de las mujeres por los hombres, y sostienen, entonces, que son necesarias varias formas de acción positiva que den ventajas especiales a todas las mujeres. Para alcanzar la paridad no es bastante, por ejemplo, una legislación laboral que prohiba que las mujeres hagan trabajos pesados o nocturnos: serían necesarios, también, distintos tipos de tratamiento favorable y de incentivación del trabajo femenino.

Las feministas radicales, por su lado, luchan directamente contra la igualdad liberal, con argumentos análogos (no idénticos) a los de los marxistas. La igualdad liberal sería engañadora, porque dice que hay que tratar igualmente a los seres iguales, y, al revés, trata de manera igual a los seres distintos (hombres y mujeres) o, a menudo, de manera distinta (en el sentido de peor) a las mujeres. Hombres y mujeres, para las feministas radicales, son seres ontológicamente diferentes y, en nombre de esta diferencia ellas rechazan la igualdad liberal, y piden un derecho "sexuado" que garantice la especificidad femenina. Las radicales piden, por ejemplo, una diferente regulación de los tiempos de trabajo y de descanso, porque distinto es, según ellas, el concepto de tiempo masculino y femenino: usar un concepto igual del tiempo (el de los hombres) sería una consecuencia reprochable de la adopción legislativa del concepto liberal-masculino de igualdad.

Los comunitaristas (un movimiento que en el mundo anglosajón está ganando muchos consensos, especialmente en los campus universitarios, y que tiene entre sus representantes más relevantes a Taylor, Sandel, MacIntyre, Walzer) critican la igualdad liberal con dos argumentos principales.

El primero se dirige contra el presupuesto mismo de la igualdad liberal: ellos dicen que es una igualdad entre seres abstractos y desencarnados, entre individuos atómicos y al final inexistentes. Todos los hombres pertenecen a una comunidad y no pueden ser tratados como aislados de ésta. Como decía un precursor de los comunitaristas, Edmund Burke: "Yo nunca he encontrado un hombre. Siempre he visto ingleses, franceses, alemanes".

El segundo argumento se refiere a la afirmada universalidad de la propuesta liberal. Los comunitaristas sostienen que la igualdad liberal es el fruto de una específica cultura, la occidental, y niegan entonces su alcance universal: la igualdad liberal no sería valiosa siempre y en todos los lugares.

Mi propósito, frente a estos ataques, es tomar la defensa del principio de igualdad liberal, lo que, hay que subrayarlo con fuerza, no quiere decir tomar la defensa de la situación actual en los países que afirman aplicar un principio liberal de igualdad. Mi estrategia argumentativa será la siguiente.

Primero, en un nivel de análisis lógico-lingüístico, examinar el concepto mismo de igualdad. Segundo, en un nivel de análisis filosófico-político, aclarar una específica concepción de la igualdad, la que propongo llamar "liberal consecuente". En efecto, en este sentido, hay varias concepciones liberales de igualdad, y no todas son consecuentes con sus premisas. Haciendo así, espero proponer algunos argumentos críticos contra feministas y comunitaristas y, al menos indirectamente, favorables a mi versión del

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

liberalismo. Como soy no-cognitivista, en el nivel metaético, creo, sin embargo, que tampoco mis argumentos son concluyentes y definitivos.

En particular, en un nivel lógico-lingüístico, tomando como punto de salida la utilísima obra de Peter Westen,[1] hablaré de la distinción entre concepto y concepciones de la igualdad, de la diferencia entre 'igualdad' y otras palabras del lenguaje ético, de la fuerza retórica que tienen las reivindicaciones de la igualdad. Es decir, hablaré de 'igualdad' como palabra, de su significado y de sus usos. En un nivel filosófico-político (o moral) propondré, en cambio, el argumento liberal sobre las relaciones entre la igualdad y las diferencias en el marco jurídico. Afirmaré que en el derecho moderno la igualdad debe ser el fin y la regla, y lo es en parte, mientras la diferencia debe ser la medida y la excepción. Es decir, presentaré el esquema de una concepción filosófico-política de la igualdad.

En el nivel lógico-lingüístico se plantea la distinción entre concepto y concepciones de igualdad.[2] Parece posible identificar un concepto único de igualdad, bastante bien determinado, bajo el cual, sin embargo, hay muchas concepciones distintas de la igualdad.

El concepto puede ser configurado como la clase a la que pertenecen todas las concretas y particulares concepciones de la igualdad; o como la estructura común, puramente formal, que las singulares concepciones revisten de contenido normativo; o, desde un punto de vista semántico, como aquel núcleo de significado común que la palabra igualdad tiene en cada uso. El concepto es neutro, no valorativo y, por sí mismo, no es generalmente discutido. Pero, como las distintas concepciones son axiológicamente connotadas y controvertidas, parece que también el concepto es *essentially contested*.[3] Como ha observado Westen, podemos considerar esto como la primera paradoja de la igualdad: la igualdad parece ser para todos la misma cosa y, contemporáneamente, cosas distintas para personas distintas.[4]

Creo que el concepto de igualdad (en contextos descriptivos y prescriptivos, y dejando de un lado aquí los contextos de la matemática y

---

1. Westen, Peter, *Speaking of Equality. An Analysis of the Rhetorical Force of 'Equality' in Moral and Legal Discourse*, Princeton, N.J., Princeton University Press, 1990.

2. La distinción entre concepto y concepciones, con referencia a palabras del discurso ético, ha sido reintroducida en la discusión contemporánea de área angloamericana, sobre todo por Rawls y Dworkin. Cf. por ejemplo: Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (1978), second edition, London, Duckworth, Cambridge, Mass., Hardvard University Press, 1982, páginas 103, 134-136; Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Cambridge, Mass., The Belknap Press of Hardvard University Press, London, Fontana Press, 1986, páginas 70-72, 90-101; John Rawls, *A Theory of Justice*, Cambridge, Mass., The Belknap Press of Hardvard University Press, 1971, especialmente páginas 5 y 10.

3. La referencia obligada es W. B. Gallie, *Essentially Contested Concepts*, en "Proceedings of the Aristotelian Society", n. S., 56, 1956, página 167-198. Sin embargo, aun si uso la expresión *essentially contested concepts*, no quiero para nada afirmar aquí la tesis de que sean imposibles definiciones explicativas de cualquier concepto filosófico-político. Lo que afirmo es, en cambio, que igualdad, como concepto, no es, aun si puede aparecer a veces, un concepto controvertido. Estoy, en cambio, de acuerdo con P. Westen, *op. cit.*, página 124, en el afirmar que el (sub)concepto de igualdad prescriptiva es un concepto *essentially contested* , en el sentido de Gallie. Sobre la posibilidad de presentar una definición explicativa al menos de algunos conceptos filosóficos-políticos, c.f. F. E. Oppenheim, *Political Concepts, A reconstruction*, Chicago, The University of Chicago Press, 1981, especialmente capítulo 9.

4. Westen, Peter, *op. cit.*, página XVII.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

de la geometría[5]) es el concepto por el cual se describe, se instaura o se prescribe una relación comparativa entre dos o más sujetos u objetos, que poseen al menos una característica relevante en común. Decir que dos entes son iguales no equivale a afirmar que son idénticos. Equivale a afirmar que, a pesar de que no son idénticos, hacemos abstracción de sus diferencias, las dejamos de lado y tomamos como relevantes las características que tienen en común. La semejanza también es una relación comparativa entre dos o más sujetos u objetos, que poseen al menos una característica relevante en común: pero en el caso del juicio de semejanza no hacemos abstracción de la diferencia entre los dos sujetos u objetos que juzgamos semejantes. El juicio de identidad -cuando 'identidad' no está usado, como ocurre acaso en el lenguaje común, como mero sinónimo de igualdad- indica que dos o más objetos tienen en común todas sus características, no sólo algunas ni sólo las relevantes: es decir, indica, según el principio de la identidad de los indistinguibles, conocido también como ley de Leibniz, que aquellos objetos son sencillamente el mismo objeto.

Decir que dos o más entes son iguales (pronunciar un juicio de igualdad) equivale a decir que pertenecen a la misma clase lógica, en la base de características comunes. En el marco ético -el marco a que haré exclusiva referencia de ahora en adelante-, es una norma (o un criterio, o un principio) que prescribe tomar como relevantes esas características comunes. Es la norma (o el criterio, o el principio) en cuestión la que instituye la igualdad.

En el interior de un juicio de igualdad hay siempre, en el marco ético (el discurso es parcialmente distinto en otros marcos), un juicio de valor. En otras palabras, un juicio de igualdad no es sólo descriptivo de fenómenos, no es neutral, sino valorativo. Todo juicio de igualdad presupone, implícita o explícitamente, la norma que instituye la igualdad, prescribiendo hacer abstracción de las características diferenciales, y considerar relevantes las comunes. De aquí deriva una consecuencia interesante también por los niveles de análisis filosófico-político (o moral) y jurídico. En efecto, están refutados, como lógicamente equivocados, todos los argumentos que se presentan en la forma: "X e Y son de hecho distintos, *entonces* no deben ser tratados de igual manera" (por ejemplo: "los negros son menos inteligentes que los blancos, esto es un hecho; *entonces* deben ser discriminados"; "las mujeres son menos eficaces que los hombres, esto es un hecho; *entonces* deben ser discriminadas", positivamente o negativamente aquí no tiene importancia). Estos argumentan un deber ser (la prescripción de un tratamiento igual o distinto) desde un ser (un juicio de hecho, equivocado o correcto) y son, por lo tanto, equivocados: constituyen una falacia naturalista.

---

5. En el marco de la matemática y de la geometría cuando se afirma que dos entes son iguales se afirma que son indistinguibles en todos sus rasgos; se afirma entonces que son idénticos. Las diferencias entre igualdad matemática e igualdad en contextos descriptivos y prescriptivos no excluye, sin embargo, que pueda ser encontrado un concepto unitario de igualdad. Me parece que Peter Westen (*op. cit.* Cápitulos 1-3) lo ha conclusivamente demostrado. La definición de igualdad presentada por él es la siguiente (Peter Westen, *op. cit.* Página 62): *"(1) the relationship that obtains among two or more entities, whether tangible or intangible, (2) that have been jointly measured and compared by reference to a common standard of measurement, (3) and that, though not identical by all measures of their dimensions to the extent that they consist of more than dimension, (4) are nevertheless indistinguishable by reference to the relevant standard of measurement"*.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

No se puede, entonces, desacreditar un juicio de igualdad aduciendo sólo un hecho, un enunciado sobre alguna diversidad existente entre los entes de los que predican la igualdad: cabe aducir, además de este hecho, una norma, o un principio, que prescriba considerar irrelevantes, también y sobre todo, las características que otra norma, la que instituye la igualdad, considera relevantes.

Un ejemplo. Para desacreditar, en el marco ético, el juicio de igualdad de que "las mujeres son iguales a los hombres" no es bastante, desde un punto de vista lógico, aducir un juicio de hecho relativo a las características psico-físicas que distinguen a las mujeres de los hombres. Es preciso aducir una norma que prescriba que las características psico-físicas diferenciales deben ser consideradas relevantes al fin de la formulación del juicio de igualdad y, en cambio, deben tenerse por irrelevantes las características (por ejemplo la pertenencia a la especie humana) que son consideradas relevantes por la norma que instituye la igualdad entre hombres y mujeres.

Westen ha evidenciado otro elemento, que llama la segunda paradoja de la igualdad: 'igualdad' tiene, en las lenguas naturales, ciertas connotaciones positivas, pero no es por sí misma una palabra valorativa, porque, a diferencia de las otras palabras éticas, no se refiere directamente a valores.

Según Westen, son justamente las dos características paradójicas que he mencionado (concepto no contestado y concepciones no controvertidas; connotaciones positivas asociadas a una palabra no valorativa) que dan a 'igualdad' una particular fuerza retórica.[6] La igualdad es generalmente el paradigma, el punto firme: la igualdad no tiene que ser justificada. Al revés, tienen que ser justificadas las desviaciones de la igualdad. En particular, a nivel jurídico, después de la positivización del principio (o mejor dicho: de los principios) de igualdad en las constituciones modernas, la igualdad no requiere hoy, generalmente, ser justificada.

En un nivel filosófico-político (o moral), como ya he dicho, presentaré aquí -sin argumentar demasiado- la concepción de la igualdad propia de lo que llamo liberalismo consecuente.

Entiendo por 'liberalismo (consecuente)' la doctrina ética caracterizada por el procedimiento de justificación (de ascendencias directamente kantianas, pero que hunde sus raíces en la tradición judeocristiana) que se conoce como universalización. Dicho procedimiento consiste en considerar justificados un principio, un valor o una regla si, y sólo si, son subsumibles, como casos particulares, bajo un principio, un valor o una regla de alcance más general y abstracto. Estos últimos principios, valores o reglas estarán a su vez justificados si, y sólo si, son subsumibles, como casos particulares, en otros principios, valores o reglas más generales y abstractos, etc., y así hasta llegar a los principios, valores o reglas últimos, que ya nos son justificables. El valor último del liberalismo es el principio de autonomía del individuo.

Estrechamente conectada al valor de la autonomía individual está la concepción de la igualdad propia del liberalismo consecuente (un liberalismo que es universalista, neutralista e individualista). Se trata en realidad de una concepción de la igualdad estructurada sobre dos principios conexos, pero conceptualmente independientes, que llamaré igualdad 1 e igualdad 2.

---

6. Westen, Peter, *op. cit.*, páginas XVII y XVIII.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

La igualdad 1 afirma que no puede instituirse o justificarse ningún trato diferencial entre los hombres en función del sexo, la raza, la lengua o la religión.

La igualdad 2, a su vez, afirma que todos los hombres tienen iguales derechos fundamentales.[7] La igualdad 2, y esto hay que subrayarlo explícitamente, puede decirse universal porque se refiere a sujetos iguales (todos los seres humanos), pero no en cuanto se refiere a lo que es distribuido por la norma que instituye la igualdad. La igualdad 2 no prescribe que todos los hombres tienen que ser tratados totalmente de manera igual:[8] sólo prescribe la igualdad en la distribución de derechos, de deberes y de libertades fundamentales. En la distribución de los otros beneficios y de otros costos generados por la cooperación social valen, y es bueno que valgan, otros criterios: la pertenencia a un status, el mérito, la necesidad, etc.

De la combinación de los dos principios deriva *a fortiori* que, en lo referente a la distribución de los derechos fundamentales, no puede instituirse o justificarse ningún trato diferencial entre los hombres en función del sexo, la raza, la lengua o la religión.

Es preciso subrayar, sin embargo, algunos rasgos distintivos de los dos principios de igualdad, que a menudo son confundidos por los mismos liberales.

En primer lugar, los dos principios son consecuencia de una concepción normativa, substancial de la igualdad, y no deben ser confundidos con el concepto de igualdad, que es puramente formal y, en el marco ético, sólo afirma que los iguales deben ser tratados igualmente.

En segundo lugar, la igualdad 1 es un principio negativo, que prohibe justificar la desigualdad haciendo referencia a sexo, raza, lengua o religión de los sujetos. La justificación de la igualdad en la distribución reside en la irrelevancia ética de estos rasgos. La igualdad 2, en cambio, es un principio positivo, que prescribe distribuir igualmente entre los hombres los derechos fundamentales. La justificación de la igualdad en la distribución reside en la relevancia ética del objeto de la distribución.

En tercer lugar, para los liberales consecuentes, los problemas de implementación de las dos igualdades son distintos: hay que introducir la igualdad 1 en los textos normativos para garantizar su validez. En cambio, hay que promover el ejercicio igual de los derechos fundamentales a fin de garantizar la efectividad de la igualdad 2.

Esta doble concepción de la igualdad, que conecta seres en lo posible neutros, no adjetivados, no situados, desde la perspectiva liberal consecuente, tiene que ser considerada la regla y el fin. La regla porque toda excepción, toda desviación de la igualdad así concebida, tiene que ser justificada. El fin: porque toda desviación de la igualdad, para ser justificada, tiene que satisfacer dos condiciones: 1) ser dirigida a la reparación de una pasada desviación injustificada de la igualdad; y 2) ser dirigida a reconstituir, en el futuro, una situación de

---

7. La más conocida e icástica formulación de esta idea se encuentra en el artículo 1 de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* (1789): *"Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits"*.

8. Esta última sería la así llamada igualdad mecánica que, a diferencia de las igualdades 1 y 2, no me parece constituir el ideal, y tampoco el ideal-límite, de ninguna doctrina filosófico-política. En todo caso, la igualdad mecánica no es por cierto un ideal propio del liberalismo consecuente.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

igualdad.[9] El liberalismo consecuente se inserta entonces en, y favorece activamente, la tendencia a la progresiva universalización (o unificación) del sujeto de derecho, que caracteriza la cultura jurídica moderna desde el siglo XVIII en adelante.[10]

En virtud del principio de igualdad 1, es ilegítima toda discriminación basada sobre un ser (sexo, raza) o sobre un *pertenecer* (lengua, religión, status) de los hombres.[11] La igualdad 1 se justifica, a través del procedimiento de la universalización, en la medida en que es subsumible bajo el valor último de la autonomía individual (obviamente: en una de sus posibles interpretaciones). Las únicas discriminaciones tolerables están basadas en un hacer, en lo que un hombre ha hecho. Que sean el sexo, la raza, la lengua y la religión las únicas características constitutivas de un ser o de un pertenecer es algo históricamente contingente. Cuando se conformó la doctrina liberal (y probablemente aún hoy) éstas fueron consideradas las características más relevantes de un ser no modificable (no se puede, o, mejor dicho, no se podía, cambiar de sexo, no se puede cambiar la raza) o de un pertenecer no elegido autónomamente (normalmente se tiene una lengua materna, de niño se ha sido educado en una religión). Se trata de características que quizás puedan llegar a ser y que, en parte, ya pueden ser modificadas por libre decisión individual. En la medida en que llegaran a serlo totalmente, saldrían de la categoría del ser o del pertenecer para entrar en el hacer.

Lo repito: mientras el principio de igualdad 2 ha entrado a formar parte de muchos textos constitucionales y declaraciones internacionales de derechos, y es substancialmente respetado, al menos en gran parte del mundo, el principio de igualdad 1 nunca ha sido puesto integralmente en práctica en ningún sistema jurídico. Dicho principio representa un ideal-límite del liberalismo, sobre todo si su formulación se entiende correctamente como históricamente contingente: la meta más universal es la irrelevancia de todo ser y de todo pertenecer a los fines de un tratamiento desigual, sea favorable, sea desfavorable. Evidentemente, se trata de un objetivo completamente antagónico con la constelación de enfoques que hacen de la diferencia (de ser y de pertenecer) un elemento relevante y no contingente, que justifica tratos de favor o de disfavor. Desde este punto de vista, y sólo desde éste, racistas, feministas y comunitaristas radicales, por ejemplo, tienen que verse, desde la óptica liberal, como adversarios del principio de igualdad 1.

En particular: las feministas moderadas y los así llamados "comunitaristas liberales" (como Michael Walzer y Javier De Lucas) aceptan el principio de

---

9. La obra más reciente y completa sobre este tema es M. Rosenfeld, *Affirmative Action and Justice. A Philosophical and Constitucional Inquiry*, New Haven - London, Yale University Press, 1991. Cf. también: A. Goldman, *Justice and Reverse Discrimination*, Princeton, Princeton University Press, 1979; R. K. Fullinwider, *The Reverse Discrimination Controversy. A Moral and Legal Analysis*, Totowa, N. J., Rowman & Littlefield, 1980; K. Greenawalt, *Discrimination and Reverse Discrimination*, New York, Alfred A. Knopf, 1983.

10. Cf. G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, vol. 1, *Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, il Mulino, 1976, *passim*.

11. Modificando probablemente en parte el sentido que le han dado los dos recopiladores, Albert Calsamiglia y Letizia Gianformaggio, tomo la dicotomía "ser / pertenecer" del título de la parte monográfica, dedicada a nacionalismo, racismo y xenofobia, del número 2, 1994, de "Ragion Pratica".

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

igualdad 2, pero difieren de los liberales sobre la identificación precisa de los derechos fundamentales. En cambio, feministas radicales y comunitaristas duros y puros rechazan la igualdad 2, y afirman la existencia de derechos fundamentales distintos para grupos distintos de individuos.

Análogamente, las feministas moderadas y los comunitaristas liberales aceptan el principio de igualdad 1, pero, al hacer esto, se contradicen. Me parece que no se puede emplear la igualdad 1 para argumentar contra las discriminaciones que afectan a mujeres y minorías y, contextualmente, rechazar la igualdad 1 cuando se trata de argumentar a favor de las acciones positivas. Las feministas radicales y los comunitaristas duros y puros, en cambio, rechazan la igualdad 1, porque siempre sostienen la relevancia de estos rasgos en pos de una distribución desigual.

Debe observarse además que, en la perspectiva liberal, las únicas limitaciones legítimas al principio de igualdad 2, son las restricciones al ejercicio de los derechos fundamentales basadas no en un ser o en un pertenecer, sino en un hacer. No toda acción, sin embargo, puede justificar una restricción tal: debe tratarse exclusivamente de acciones que provoquen un daño a terceros. Pues bien, como se considera que únicamente las acciones que violan derechos ajenos provocan un daño a terceros, quedan excluidos los actos meramente internos y los externos que sólo lesionan intereses ajenos (jurídica o moralmente) no protegidos. Así pues, tampoco por esta vía -y aun cuando pudieran ser objeto de una libre elección- sexo, raza, lengua y religión podrían ser para la doctrina liberal características relevantes para un tratamiento desigual, sobre todo en el ejercicio de los derechos fundamentales, ya que la decisión de poseer tales características sería un acto puramente interno o, en cualquier caso, un acto que no lesionaría derechos fundamentales ajenos.

La autonomía es, sin duda alguna, el valor de base del liberalismo. Las dudas existen sobre cuáles sean, y como deban configurarse, los derechos fundamentales, que deberían representar una manifestación directa del valor de la autonomía personal. Identifico aquí, sin argumentar, estos derechos con los derechos "liberales", o de primera generación. El liberalismo consecuente, sin embargo, no niega *a priori* la legitimidad de la adscripción y de la garantía de otros tipos de derechos fundamentales, como los sociales, o de segunda generación, y los culturales negativos. El reconocimiento de estos derechos, sin embargo, tiene valor instrumental, y está conectado contingentemente a situaciones de hecho que precluyen la completa puesta en práctica de la autonomía individual y/o el goce completo de los derechos liberales. Me explico.

Cuando pasamos desde el plan abstracto de la elaboración de una doctrina filosófico-política al plan de su puesta en práctica, en situaciones espacio-temporales determinadas, los contenidos de la doctrina deben cambiar, deben especificarse y concretarse, para hacer posible la realización de los mismos ideales que la doctrina propugna. La puesta en práctica del liberalismo consecuente, al menos en situaciones como las del capitalismo maduro, lleva a una transformación de sus contenidos normativos. Podríamos llamar a esta variante del liberalismo, propia de nuestro siglo, 'liberal-socialismo',[12] o, mejor

12. Cf. a propósito: G. Calogero, *Difesa del liberalsocialismo ed altri saggi* (1945), nueva edición bajo el cuidado de M. Schiavone y D. Cofrancesco Milano, Marzorati, 1972; M. Bovero, V. Mura, F. Sbarberi (recopiladores), *Idilemmi del liberalsocialismo*, Firenze, La Nuova Italia Scientifica, 1994.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

dicho, 'liberalismo social'. Se trata de una variante que ha encontrado materialización normativa concreta en muchos textos constitucionales posteriores a la segunda guerra mundial y en las declaraciones internacionales de derechos. Desde el liberalismo, al ejercitar la autonomía individual (o, desde otro punto de vista, al usar la autonomía como principio de justificación ética) puede escogerse el valor de la solidaridad -por ejemplo por simpatía, o por cálculo prudencial-, y llegar así a la (contingente) afirmación de los derechos sociales. Al mismo resultado puede llegarse con miras a la reparación de anteriores injusticias -por ejemplo, violaciones de la igualdad 1 y 2, o violación de los derechos liberales, o violación del valor último de la autonomía-, o porque se considere que asegurar ciertos bienes fundamentales y ciertas oportunidades a través de la atribución de derechos sociales, es condición necesaria para la realización del valor de la autonomía. En este último caso, la afirmación de los derechos sociales es, de nuevo, históricamente contingente e instrumental.

El liberalismo consecuente, entonces, porque al menos propone dos cambios radicales en las sociedades de capitalismo maduro. Por un lado, el procedimiento de universalización del sujeto de derecho impone la superación de la dicotomía ciudadano-extranjero, en que se basan ampliamente, hoy todavía, los sistemas jurídicos vigentes. Por otro lado, el liberalismo ofrece justificación filosófico-política a algunos programas de acción positiva y, en general, a algunos tratamientos diferenciales favorables. Si hay, o hubo, violaciones de la igualdad, hay que dar resarcimiento y positiva reparación. Se trata de medidas temporalmente limitadas, contingentes e instrumentales: algo completamente distinto de la valorización de las diferencias que es propugnada en el marco jurídico por ciertas feministas y ciertos comunitaristas. En esta óptica, además, no todas las acciones positivas son legítimas: sólo lo son las que, dando ventajas a los discriminados, favorecen la (re)constitución futura de la igualdad y, contextualmente, no crean nuevas, más graves discriminaciones en perjuicio de sujetos que no son personalmente responsables (en un sentido bastante estrecho de 'responsabilidad') por el pasado abandono de la igualdad.

En conclusión, ¿cúal es, desde el punto de vista de una metaética no-cognitivista, el error fatal de feministas y comunitaristas? No puede ser, por supuesto, la elección de puntos de partida o principios últimos equivocados, falsos, etc. Sino, en mi opinión, la incoherencia. Feministas y comunitaristas no estarían dispuestos a aceptar las consecuencias inevitables de sus principios. Me explico.

Los comunitaristas, especialmente los moderados, sostienen que las culturas (es decir, las comunidades) tienen valor por sí mismas y, contemporáneamente, que cada individuo puede, si quiere, entrar o salir de una cultura. Esta postura es incoherente: no se puede afirmar conjuntamente la autonomía de los individuos y la de las culturas. Si la cultura tiene valor hay que protegerla, hay que poner en acción todas las medidas necesarias para su conservación y, entonces, hay también que prohibir a los individuos que salgan de esta cultura (véase el ejemplo del Quebec). Pero así se destruye la autonomía individual, y no se trata igualmente a todos los individuos que pertenecen a una cultura, a una comunidad. Los comunitaristas aceptan y niegan, en mi opinión, el concepto de igualdad (o, lo que es lo mismo, el procedimiento de universalización).

Las feministas hacen más o menos lo mismo. Aceptan la universalización (o el concepto de igualdad) entre las mujeres (y sostienen que todos los seres

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

que tienen los mismos rasgos relevantes -es decir, genéticos, sociales o históricos- deben ser tratados de manera igual entre ellos y distinta de los demás), pero no están dispuestas a aceptar las consecuencias de la universalización. En efecto, hay dos posibilidades. Si la justificación de la postura feminista es la evaluación positiva de un rasgo diferencial genético, entonces sería justificada también la postura racista o la machista. Pero las feministas no están dispuestas a suscribir esta consecuencia. ¿Cómo explicar que la misma diferencia genética pueda ser irrelevante (contra los racistas y los machistas) y relevante (contra los liberales). Si, en cambio, segunda posibilidad, la justificación de la postura feminista es la evaluación positiva de los rasgos históricos-sociales que hacen de las mujeres algo distinto de los otros grupos humanos, entonces el feminismo no sería otra cosa que una forma de comunitarismo; y se podrían aplicar al feminismo los mismos argumentos ya empleados contra el comunitarismo.

Pero alguien podría preguntarse si, aun aceptando mi crítica de inconsistencia a las posturas feministas y comunitaristas, el defecto de incoherencia ética es tan serio desde un punto de vista metaético no-cognitivista. Yo creo que sí, por razones exclusivamente pragmáticas. Es obvio que, desde una óptica no-cognitivista, la incoherencia de dos juicios que pertenecen a un mismo sistema ético es distinta de la incoherencia de dos proposiciones que pertenecen a un mismo sistema teórico. La primera incoherencia, a diferencia de la segunda, no tiene nada que ver con la verdad: dos juicios éticos, aun cuando sean contradictorios, no son, por supuesto, ni verdaderos ni falsos. Pero una ética que contiene juicios contradictorios carece, en mi opinión, también desde una óptica no-cognitivista, de una calidad necesaria, aún si no suficiente, para ser persuasiva, para poder convencer a otros de sus razones y de sus argumentos. Es la capacidad de persuasión, entonces, los que falta a las concepciones feministas y comunitaristas de la igualdad. Una capacidad que, en cambio, me parece propia de la concepción liberal consecuente.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

Derecho internacional, teoría de los juegos, y moralidad

Fernando Tesón *

Traducción de Lelia Mooney Sirotinsky

INTRODUCCIÓN

A partir de la obra de Grocio, los juristas han identificado al consentimiento de los estados como el fundamento del derecho internacional.[1] De acuerdo con esta teoría (llamada positivismo), solamente las dos formas standard del consentimiento, la costumbre y el tratado, crean derecho internacional.[2] La costumbre es consentimiento agregado a través del tiempo, o aquiescencia de la mayoría o algunos de los estados (costumbre universal o regional) a un comportamiento mutuo; un tratado es el producto del consentimiento dado en un acto. Existen distintas versiones del positivismo, pero la más difundida afirma que los estados prestan consentimiento motivados por el *interés*.[3] Desde este punto de vista, los estados crean derecho internacional en dos etapas: primero identifican temas de interés común, y luego prestan consentimiento a aquellas normas que mejor respetan tales intereses. Los estados celebran tratados y crean costumbre a fin de cooperar, si sus intereses convergen; o de alcanzar compromisos aceptables, si sus intereses divergen. Ellos prestan su consentimiento al derecho internacional a partir de su interés particular, y a su turno, su consentimiento crea obligaciones jurídicas. Así, el positivismo descansa sobre dos pilares: el interés nacional y el consentimiento estatal. De acuerdo a la tesis que aquí examino, los estados actúan motivados por el interés nacional

---

* Profesor de Derecho, Arizona State University y Universidad Torcuato Di Tella. Este trabajo forma parte de su libro *A Philosophy of International Law* (Westview Press, 1998).

1. Sería demasiado extenso incluir una lista de autores positivistas de derecho internacional. Un ejemplo representativo incluye: Louis Henkin, *How Nations Behave* (1979); Thomas P. Franck, *The Power of Legitimacy Among Nations* (1990); Ian Brownline, *Principles of International Law* (1990); George Schwarzenberg, *The Inductive Approach to International Law* (1965); Lassa Oppenheim, *International Law* (H. Lauterpacht 8va. edición, 1955). Hans Kelsen, posiblemente el positivista más profundo plantea problemas especiales porque rechaza expresamente el consensualismo. Ver Hans Kelsen, *Principles of International Law,* págs. 152-155; 311-317 (1952). En otro lugar he demostrado por qué considero que Hans Kelsen es un consensualista. Ver Fernando R. Tesón, "International Obligation and the Theory of Hypothetical Consent," *Yale Journal of International Law,* vol. 15, 1990, págs. 84, 98, 99. El positivismo como una teoría de jurisprudencia internacional es una subespecie del positivismo como una teoría general de la jurisprudencia, pero no son idénticas. Ambas rechazan las apelaciones a la moralidad o al derecho natural. Pero mientras el positivismo internacional descansa en el consentimiento del estado, el positivismo general simplemente cree que la verdad de las proposiciones jurídicas no depende de la verdad de proposiciones morales.

2. No exploro aquí "los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas," (artículo 36 (c) del Reglamento de la Corte Internacional de Justicia) debido a que son menos importantes en la práctica y también porque la mayoría de los autores los conciben de manera positivista, como aquellos principios del derecho reconocidos en las leyes internas de los estados. Ver, Walter Friedmann, "The Uses of ´General Principles´ in the Development of International Law," *American Journal of International Law,* vol. 57, 1963, págs. 279, 282-83.

3. Ver, por ejemplo, Henkin, en nota 2, págs. 32-37 de *A Philosophy of International Law*.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

cuando se enfrentan con otros estados y crean, como resultado de dicha interacción, normas que regulan temas de interés común. Según los positivistas, pues, el derecho internacional surge como una solución normativa al conflicto de intereses nacionales en las relaciones entre estados.

En el presente trabajo afirmo que el positivismo así concebido es insostenible, en virtud de tres razones que a continuación describiré brevemente. Primero, la apelación simultánea que efectúan los positivistas al interés nacional y al consentimiento del estado les impide explicar adecuadamente el concepto de *obligación* internacional. Segundo, las naciones pueden prestar su consentimiento a cosas inmorales. Tercero, el consentimiento de un gobierno a una norma no implica el consentimiento de la población de ese estado a la norma. Por otra parte, si bien rechazo el positivismo como tesis conceptual defiendo, al mismo tiempo, la explicación normativa de la obligación internacional ofrecida por los juristas, en contra de la explicación preferida por los especialistas en relaciones internacionales. Esta última descansa en la atribución exclusiva de razones prudenciales a los estados. En la próxima sección presento algunos problemas surgidos de la aplicación del Dilema del Prisionero a las relaciones internacionales. En la sección III, explico por qué la teoría de los juegos resulta insuficiente para explicar la opción moral. La sección IV (A) analiza el concepto de tratado y concluye afirmando que la teoría de los juegos no puede explicar la obligación de respetar tratados. La sección IV (B) propone un análisis del concepto de costumbre basado en la teoría de los juegos y concluye afirmando que si bien la teoría de los juegos es útil para predecir el nacimiento de la costumbre, no puede explicar por qué obligan las normas consuetudinarias. La sección V sugiere que los principios *pacta sunt servanda* y *opinio juris* se entienden mejor como condenas morales a la defección unilateral de las normas internacionales creadas para resolver el Dilema del Prisionero. En la sección VI muestro que el consentimiento del estado no puede generar obligaciones si uno acepta que los gobiernos no pueden válidamente prestarlo para fines inmorales; esto es, si uno acepta, como lo hacen los juristas, el concepto del *jus cogens*. Finalmente, la sección VII reformula, en términos de la teoría de los juegos, la crítica al estatismo que esbocé en trabajos anteriores.[4] En el Apéndice ilustro el Dilema del Prisionero con un ejemplo.

EL INTERÉS NACIONAL Y LA TEORÍA DE LOS JUEGOS

El positivismo ofrece una respuesta simple a la pregunta más antigua del derecho internacional: ¿por qué los estados deben obedecer el derecho internacional? No obstante ser la más antigua, esta pregunta es también ambigua, ya que quien la formuló podría estar indagando sobre cualquiera de las siguientes cuestiones:

1 ¿Qué motiva *de hecho* a los estados a obedecer el derecho internacional?
2 ¿Existe una razón *prudencial* para que los estados obedezcan el derecho internacional?
3 ¿Existe una razón *moral* para que los estados obedezcan el derecho internacional?

4. Ver mis trabajos *Humanitarian Intervention: An Inquiry into Law and Morality*, segunda edición (Transnational Publishers, 1997); y *A Philosophy of International Law*, op.cit., especialmente los capítulos 1 y 2.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

La primera ha atraído la atención de la mayoría de los juristas.[5] Su respuesta requiere una investigación sobre la motivación del estado y consistirá en un estudio descriptivo y sociológico de por qué éste se comporta de la manera en que lo hace. La segunda pregunta exige un análisis más complejo: uno tendría que determinar cómo se deberían comportar las naciones si comprendieran correctamente cuál es su interés nacional. Finalmente, la tercera pregunta es normativa y exige recurrir a una teoría normativa (político- moral) de las relaciones internacionales.

La apelación al interés nacional vincula el positivismo a una tradición diferente en el estudio de las relaciones internacionales: el Realismo.[6] Esta tradición no se concentra en la tercera pregunta (razones morales existentes para obedecer el derecho internacional) sino que lo hace en las dos primeras. El comportamiento internacional de los estados, afirman los Realistas, está determinado por la naturaleza del sistema internacional examinado a la luz de la estructura de incentivos enfrentada por los gobiernos de estados soberanos en sus relaciones mutuas. El análisis Realista descansa en la importancia central de los incentivos *estratégicos* –aquellos que tienen los gobiernos racionalmente interesados a la luz del comportamiento esperado de los demás. La explicación Realista del comportamiento internacional ubica en lugar primordial el cálculo, por parte de los gobiernos, de los costos y beneficios, o réditos, generados por la interacción estratégica. El instrumento teórico que los autores han utilizado para este análisis es la teoría de los juegos.[7] La teoría de los juegos es particularmente útil para las relaciones internacionales porque la ausencia de un gobierno mundial ubica a los actores internacionales en una situación de interacción puramente estratégica, en la que están únicamente restringidos, en su prosecución del interés nacional, por los límites que les impone el comportamiento de los demás. Si los estados se niegan a cooperar entre sí uno no puede recomendar la intervención gubernamental (como rutinariamente podría hacerlo cuando los individuos dentro del estado se niegan a cooperar) por la buena razón de que no existe un gobierno mundial. Contrariamente a lo que sucede en el ámbito del derecho nacional, en la mayoría de las situaciones internacionales los réditos esperados para los estados no se alteran por la amenaza de sanciones debido a que éstas son inexistentes o débiles.[8] Así, los incentivos estratégicos ocupan un lugar central en la conducción de la política exterior.

La teoría de los juegos enseña que, aún siendo eficiente, la cooperación internacional es difícil porque muchas situaciones internacionales toman la forma del Dilema del Prisionero (PD). (El lector que no esté familiarizado con la lógica del Dilema del Prisionero hallará útil consultar el Apéndice.) Este análisis de las relaciones internacionales explica por qué los estados, que operan en una situación semi-anárquica y a quienes les convendría cooperar, sin embargo

---

5. Ver, por ejemplo, Harold Koh, "Why Do Nations Obey International Law?", *Yale Law Journal*, vol. 107, 1997, pág. 2599.

6. Escribo "Realismo" con mayúscula para evitar confusión con el uso ordinario del término.

7. Para una discusión general del uso de la teoría de los juegos en el ámbito de las relaciones internacionales, ver Duncan Snidal, "The Game Theory of International Politics", en *Cooperation Under Anarchy*, vol. 25, 1986 (Kenneth A. Oye, ed.)

8. Para un estudio sobre la teoría de los juegos en el derecho nacional, ver Douglas C. Baird & Robert H. Gertner, *Game Theory and the Law* (1994).

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

frecuentemente se niegan a hacerlo: la cooperación mutua no es automática aún cuando sea preferible a la deserción mutua. A menudo, los estados se niegan a cooperar porque temen ser explotados por otros estados. La estrategia dominante para cada uno es desertar; y como todos los estados razonan de la misma manera el resultado más frecuente es la deserción mutua.[9] Como en la gran mayoría de los casos la comunidad internacional carece de poder para restringir las deserciones, todos quedan atrapados en la lógica corrosiva del Dilema del Prisionero.

Sin embargo, este análisis obliga a formular algunas observaciones. En primer lugar, no todas las situaciones internacionales toman la forma del PD.[10] Los estados pueden hallarse tanto en situaciones de conflicto como en situaciones de cooperación; más usualmente, pueden abordar cuestiones comunes que comprendan simultáneamente el conflicto y la cooperación.[11] En una situación de conflicto cualquier cambio en el resultado transforma a un jugador en más rico y a otro en más pobre. Una situación de puro conflicto es aquella en la cual *cualquier* cambio en el resultado deja a un jugador más rico y al otro más pobre. En cambio, en una situación de cooperación cualquier cambio que enriquece a un jugador enriquece también al resto. Si los intereses de dos estados coinciden, su comportamiento racional es cooperar siempre. No necesitan negociar entre ellos o comunicarse porque están guiados por una mano invisible. Los teóricos de las relaciones internacionales llaman a esta matriz Armonía.[12] Los estados no necesitan cooperar porque el interés particular de uno convergerá con el interés igualmente particular del otro: no surgen beneficios de la deserción. El comportamiento en propio interés converge en una armonía espontánea y no necesitan cooperar o coordinar conscientemente. A la inversa, a veces los estados no pueden alcanzar el beneficio mutuo de la cooperación porque no existen intereses comunes. Este es el juego de la Traba.[13] Los estados carecen de intereses comunes: un estado puede no obtener nada si decide cooperar aún cuando el otro estado también decida cooperar. En ambas situaciones, cada estado carece de incentivos para preocuparse por el comportamiento del otro. Se benefician ignorándose entre ellos.

Algún optimista podría confundir las situaciones de Armonía o Traba con casos genuinos de PD. Si dos estados vecinos inician la carrera armamentista, esto puede ocurrir porque cada uno teme ser explotado por el otro si se desarma (PD); o porque no existe ventaja alguna, suceda lo que suceda, en desarmarse, independientemente de lo que haga el otro (Traba). Igualmente, si dos estados se desarman, esto puede ocurrir ya sea porque han decidido cooperar o bien porque espontáneamente les conviene. En el primer caso, por ejemplo, podrían estipular garantías adecuadas o represalias por incumplimiento (una solución para el PD). En el segundo caso, a cada uno le conviene desarmarse sin importarle qué haga el otro (Armonía).

---

9. Para una definición de la estrategia dominante ver id. pág. 306.

10. Ver Kenneth A. Oye, "Explaining Cooperation Under Anarchy: Hypotheses and Strategies," en *Cooperation Under Anarchy* págs. 1, 6; 1986 (Kenneth A. Oye ed.)

11. Adopto las definiciones que siguen de Russel Hardin, *Morality Within the Limits of Reason* págs. 32-33, 1988.

12. Ver Oye, nota 9 supra, págs. 6-7; también ver Robert Keohane, *Después de la Hegemonía*, págs. 51-55, 1984.

13. Ver Oye, nota 9 supra, págs. 6-7. Keohane lo llama Discordia. Keohane, nota 10 supra, en págs. 51-54.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

Así lo describe Kenneth Oye:

> Si uno observa una situación de conflicto es lógico pensar en la Traba -la ausencia del interés mutuo- antes de preguntar por qué no se alcanzó el interés mutuo. Si uno observa una situación de cooperación es lógico pensar en Armonía -la ausencia de beneficios por deserción- antes de preguntar por qué los estados fueron capaces de trascender las tentaciones del abandono.[14]

Las situaciones internacionales pueden también adoptar la forma del Dilema de la Coordinación.[15] En esta matriz, la cooperación es el resultado eficiente, pero existen varias opciones cooperativas y las partes no pueden identificar fácilmente cuál de ellas escogerán las otras. Tomemos el caso de los fabricantes de discos compactos y de los reproductores de discos compactos. Las dos industrias están interesadas en cooperar para vender sus productos a los consumidores. Para que esto ocurra es crucial que lleguen a un acuerdo sobre el tamaño standard del disco compacto. No importa mucho el tamaño, pero deben acordar uno en especial para lograr con éxito su objetivo común. Luego de que hayan arribado a un acuerdo sobre el tamaño, resulta irracional alejarse de la norma. Esto ocurriría, por ejemplo, si un fabricante de CDs o reproductores de CDs los produjera de un tamaño diferente: no se obtendrán ganancias comportándose de esta manera. Todos saben que serán más ricos si escogen un tamaño en conjunto. Si no coordinan sus acciones no habrá cooperación. Así, en estas situaciones las partes cooperan cuando una de ellas identifica una alternativa cooperativa y hace notar a las otras su intención de comportarse de acuerdo a ella.

Esta opción se transforma en la característica *predominante* de la interacción, y se incrementa cuando se reitera indefinidamente.[16] El resultado es estratégicamente estable porque ninguna parte tiene interés en desertar. Por ejemplo, los estados parte de un tratado multilateral tienen interés en conocer qué reservas formulan otros estados como así también cuándo y cómo pueden objetar a tales reservas. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados prevé algunas reglas de procedimiento para presentar y objetar a reservas.[17] Presumiblemente, a los gobiernos no les importa demasiado cuáles sean tales reglas (por ejemplo, si la fecha límite para objetar a una reserva debería ser 12 ó 18 meses) pero sí quieren que todos los estados acepten una de las dos alternativas. Mientras en la matriz de la Coordinación los estados enfrentan obstáculos iniciales a la cooperación causados por su incertidumbre sobre los movimientos de los demás, dichos obstáculos no son tan graves como en el caso del PD y hay, por tanto, mayores oportunidades de cooperación mutua.

Una segunda observación es también standard: cuando se repite el PD, la cooperación puede surgir como una estrategia a largo plazo. Los jugadores pueden alejarse de la estrategia dominante de la deserción mutua cuando contemplan la posibilidad de relacionarse nuevamente en el futuro- esto se llama

---

14. Ver Oye, nota 9 supra pág. 7.

15. Ver Edna Ullman-Margalit, *The Emergence of Norms*, págs. 77-83, 1977.

16. Ver Martin Hollis, *The Cunning of Reason*, pág. 32, 1987.

17. Ver la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23 de mayo de 1969, artículos 19-23, *Documento de las Naciones Unidas* A/Conf. 39/27 (luego de la Convención de Viena). La interacción estatal puede tomar otras formas estratégicas: el juego de la gallina, el juego de la negociación, etc. Ver generalmente Ullman-Margalit, nota 15 supra.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

reiteración.[18] Tal como lo demostró Robert Axelrod, si los actores tienen esta expectativa, la mejor estrategia a largo plazo con la que cuentan puede ser cooperar.[19] La motivación es puramente prudencial: uno tiene que encontrarse con los mismos actores en el futuro. Un ejemplo de reiteración se da cuando la comunidad posee *cohesión social*. La teoría de los juegos concibe a los estados como *agentes anómicos*, es decir, preocupados exclusivamente por su interés personal e incapaces de hacer promesas recíprocas.[20] Pero si existe una gran cohesión social en la comunidad internacional, la deserción es costosa: el desertor será sancionado en relaciones futuras con los mismos jugadores. Aquí la matriz reflejará las nuevas ganancias que serán modificadas por las consecuencias de largo plazo producto de la deserción. Además, que la comunidad internacional, o un subgrupo regional, tengan la suficiente cohesión como para reducir el número de deserciones es, por supuesto, un hecho contingente. Veamos el caso presentado por la alianza de naciones democráticas surgida luego de la guerra fría. Un análisis de la alianza a la luz de la teoría de los juegos puede verla como una comunidad relativamente cohesionada donde los gobiernos democráticos tienden a cooperar. Lo hacen porque prevén interacciones futuras y no están preparados para pagar el costo de una sanción por deserción. Esta descripción de la alianza liberal es, sin embargo, incompleta. Su deficiencia proviene de una debilidad de la teoría de los juegos: su dificultad para explicar la opción moral. En la siguiente sección exploro este problema.

LA DIFICULTAD DE LA TEORÍA DE LOS JUEGOS PARA EXPLICAR EL COMPORTAMIENTO MORAL

Desde el punto de vista de la filosofía moral, las personas son agentes éticos que, a veces, actúan éticamente motivados. ¿Cómo explica la teoría de los juegos el comportamiento ético? Supongamos que un gobierno democrático intente aislar un régimen tiránico por medio de sanciones comerciales. Otros gobiernos, sin embargo, se niegan a unirse a esta medida porque quieren aprovecharse del boicot y, así, poder comerciar con el régimen y ocupar el vacío comercial producido por tal medida. El primer gobierno continuará haciendo lo que cree correcto, aún cuando debido a eso se exponga a ser explotado por otros. Algunos autores denominan a esta conducta irracional o extra- irracional.[21] Otros, sin embargo, explican las opciones morales de manera distinta. De acuerdo a Robert Keohane, un agente tiene una preferencia ética cuando prefiere ser explotado antes de actuar de manera inmoral.[22] La matriz será la siguiente:

	Cooperador	**Desertor**
Cooperador	4\2	3\4
Desertor	2\1	1\3

18. El trabajo clásico es Robert Axelrod, *The Evolution of Cooperation*, 1984.
19. Id. págs. 12-24; ver también Keohane, nota 12 supra, págs. 75-78.
20. Ver Keohane, nota 12 supra, págs. 73-74.
21. Ver, por ejemplo, Russell Hardin, *Collective Action* 117-122, 1982.
22. Ver Keohane, nota 12 supra, pág. 74.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

Aquí, el jugador de la Fila es ético mientras que el jugador de la Columna no lo es. Tratemos de hacer una posible interpretación de la actual situación en Cuba. Fila (los Estados Unidos) ha decidido aplicar sanciones comerciales al régimen de Castro basándose en las serias violaciones a los derechos humanos.[23] Al hacer esto, Estados Unidos sufre una pérdida económica debido a que Columna (digamos la Unión Europea) se niega a unirse al boicot y, en su lugar, comercia con el régimen cubano. Supongamos que el gobierno de Estados Unidos cree que es correcto hacer el boicot debido a la importancia de que los estados respeten los derechos humanos. Por ello decide imponer tal sanción aunque le resulte costoso. Según el análisis de Keohane, esto significa que el gobierno de los Estados Unidos prefiere actuar éticamente independientemente de lo que haga la Unión Europea. De esta manera, la matriz no es una estructura PD, como ya lo señalé. La primera preferencia de los Estados Unidos es efectuar el boicot y que la Unión Europea adhiera a él (cooperación mutua). La segunda preferencia de Estados Unidos es hacer el boicot aún cuando la Unión Europea no adhiera y comercie con Cuba (cooperación no correspondida). Desde esta perspectiva, el comportamiento ético *quiere decir* comportamiento que el actor escoge aún cuando sabe que otros se aprovecharán de él. El agente ético prefiere ser explotado en lugar de actuar de manera inmoral.

En una vertiente similar, Robert Cooter explica el proceso de internalización de una norma como la situación donde el agente experimenta un "cargo de conciencia" por su violación. Es por ello que coopera para alterar los réditos psicológicos.[24] Podemos decir (siguiendo a Cooter *mutatis mutandi*) que la comunidad internacional comprende tanto a los cooperadores como a los desertores. A su vez, algunos cooperadores actúan motivados por respeto al derecho internacional (cooperadores principistas) mientras que otros lo respetan por conveniencia (cooperadores accidentales). Cooter define a un agente principista como aquel que coopera aún cuando el rédito objetivo que obtiene sea ligeramente menor que el que lograría por desertar.[25] Estos agentes han internalizado la norma. Los agentes accidentales, en cambio, son aquellos que cooperarán sólo si el rédito derivado de tal accionar es, como mínimo, tan alto como el de la deserción: no han internalizado la norma. Así, los gobiernos que actúan motivados por el respeto al derecho internacional están decididos a sacrificar sus intereses levemente, mientras que aquellos que lo obedecen meramente por conveniencia no renuncian siquiera a ese pequeño beneficio. En nuestro ejemplo de Cuba, tal vez la Unión europea podría unirse a las sanciones contra la isla si ello no les causara costo alguno. Pero si la condena al régimen de Castro les causa una pérdida económica mayor que los beneficios derivados de la condena, la Unión europea abandonará la medida. Por ello, de acuerdo al análisis de Cooter, la Unión europea podría ser un desertor o, como máximo, un

23. Ver *Amnesty International Report* 132 de 1997 por el tema de los derechos humanos en Cuba.

24. Ver Robert D. Cooter, "Decentralized Law for a Complex Economy: The Structural Approach to Adjudicating the New Law Merchant," *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 144, 1996, págs. 1643, 1662-63. Cooter reconoce que los Kantianos están en desacuerdo con esta caracterización de la motivación moral. Id. pág. 1663.

25. Ver Id. en 1667. La discusión de Cooter sobre derecho consuetudinario incluye otros temas más relevantes para derecho internacional que no puedo tratar aquí, tales como el análisis de los costos de la obligación de cumplimiento horizontal del derecho.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

cooperador accidental. Pudo no haber internalizado la norma moral que prescribe la condena a los regímenes despóticos. Por otro lado, en nuestro ejemplo el gobierno norteamericano sería un cooperador principista porque estaría dispuesto a sufrir pequeñas pérdidas por su comportamiento moral. Sin embargo, de acuerdo al esquema de Cooter, cuando las pérdidas son altas (como presumiblemente lo serían si los Estados Unidos decidieran condenar a China por los abusos a los derechos humanos) Estados Unidos desertaría. Desde esta perspectiva, el gobierno de este país continuará siendo un agente principista, porque está dispuesto a pagar *algún* costo por ser fiel a sus principios. Esta visión parece implicar que cuando el costo de la virtud es alto, el comportamiento principista es irracional.

Si bien la teoría de los juegos puede ayudar a comprender muchos aspectos del comportamiento humano, la justificación que ofrece del comportamiento ético es insatisfactoria. Dicha explicación no da cuenta de la diferencia entre una mera preferencia y una opción moral. En efecto, estas dos acciones difieren sustancialmente en cuanto a su naturaleza.[26] Si un agente escoge éticamente, no está eligiendo simplemente un curso de acción a otro en función de un cálculo de réditos esperados en su propio interés. Simplemente lo hace porque piensa que es lo correcto. Si su decisión está genuinamente motivada por un sentido del deber, ella anula a las demás opciones. Esto significa que el agente ético no efectúa un cálculo de réditos en función de su interés personal (al menos, tal vez, hasta el punto donde el costo para el agente se vuelve prohibitivo). Un agente moral no ejecuta su tarea porque así incrementa sus réditos; de hecho, la situación es exactamente opuesta: el agente ético a menudo escoge *en contr*a de sus inclinaciones, en contra de sus preferencias.

En las relaciones internacionales, el actor moral genuino no está simplemente sopesando las alternativas en términos de réditos esperados para los intereses nacionales, como las propuestas de Keohane y Cooter parecen sugerir. Lo que caracteriza al deber moral es que estamos obligados a hacerlo *especialmente* cuando es costoso para nosotros, cuando frustramos algunos de nuestros intereses o preferencias. Por ello, la opción moral no puede ser descripta adecuadamente por un análisis estratégico.

Como lo hace notar Kant, la postura según la cual la opción ética es simplemente una preferencia más deriva de la ambigüedad de la palabra "bueno".[27] La palabra puede significar algo que es bueno en sí mismo, o bueno sólo en forma relativa, como medio para lograr un fin ulterior. El acto de cumplir con un principio moral, sin referencia a un fin ulterior, cae dentro de la primera categoría y entonces es *esencialmente* diferente del acto de búsqueda de nuestro interés, nuestra felicidad.[28] Esta confusión resulta en una segunda ambigüedad: la de la palabra "preferencia". Es tautológicamente cierto que si un agente decide hacer X en lugar de Y (por cualquier razón, incluyendo una razón moral) entonces prefiere X a Y.[29] Los teóricos de juegos tratan a esta tautología como

---

26. Ver Immanuel Kant, "On the Common Saying: `This May be True in Theory, But It Does Not Apply in Practice`," en Kant´s Political Writings págs. 61, 67-68 (Heiss ed.), 1991. Aquí sigo la interpretación del ensayo de Kant hecho por Jeffrie G. Murphy en su espléndida pieza, "Kant On Theory and Practice," 37 Nomos 47, 1995.

27. Ver Kant, nota 26 supra, pág. 67.

28. Ver Id.

29. Ver Murphy, nota 26 supra, pág. 60-1.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

una verdad de fondo, como comprobación de que todos los agentes tienen preferencias (llámense como se llamen, inclusive "acción moral"). Pero si X es el deber moral del agente y éste actúa por motivación moral, entonces X no es una preferencia más, en el sentido más estrecho en que el término es utilizado por los economistas y teóricos de juegos, es decir el sentido de optar por X porque así maximiza su interés con respecto a Y. Si el agente tiene una razón deontológica para realizar X, entonces tal acción no es sólo otra preferencia relativa. Tal como Jeffrie Murphy lo presenta: el conflicto entre deber e inclinación no es conflicto *dentro* de mi persona empírica sino *con* mi persona empírica.[30] El corolario de la objeción es el siguiente: a veces los gobiernos actuarán éticamente, por deber, y esto no es reducible a un intento de acrecentar el interés nacional. Esta conclusión no condice con la postura según la cual el comportamiento ético es irracional o extra-racional. Por supuesto, el comportamiento moral es irracional en el sentido trivial de que no es estratégico, pero no existe razón alguna para confinar el comportamiento racional al comportamiento estratégico. El comportamiento ético es el resultado de la motivación que los teóricos de juegos no pueden, por definición, aceptar la motivación moral. Sólo necesitan saber que el agente ejecutó X; y este conocimiento es suficiente para que ellos postulen, sin más, que la decisión fue estratégica. Los kantianos necesitan saber *por qué* el agente ejecutó X antes de determinar la naturaleza de la decisión.

La cooperación dentro de la alianza liberal ilustra las diferencias entre los Kantianos y los Realistas. Para estos últimos, como hemos visto, las democracias cooperan porque se encuentran en una situación de PD reiterada. La deserción es muy costosa porque los gobiernos esperan relacionarse en el futuro y los desertores enfrentarán así el castigo. Los primeros, sin negar la importancia de las motivaciones prudenciales, sugieren que la inclinación de los gobiernos democráticos por cooperar deriva, a veces, de su adhesión a los principios y valores liberales de la democracia y el respeto por los derechos humanos. Por supuesto, a veces los gobiernos democráticos poseen razones de interés nacional para cooperar pero no creo que esta explicación sirva para todos los ejemplos de cooperación. Es posible que en países democráticos la gente (y el gobierno que los representa) estén sinceramente convencidos del valor moral de la democracia y el respeto por los derechos humanos. Si esto es así, a veces cooperarán entre sí precisamente por tal razón, la cual es independiente del cálculo del interés. A veces, las democracias tienen intereses opuestos (son ejemplo de esto las diferencias comerciales entre los Estados Unidos, la Unión Europea y Japón), y por ello algunas veces están tentados de desertar. Sin embargo, podemos suponer que, a menudo, cooperan porque creen que es lo correcto, sin considerar los réditos futuros. Como veremos a continuación, esta deficiencia de la teoría de los juegos trae aparejadas consecuencias serias para el positivismo, es decir, para la postura según la cual el interés más el consentimiento forman el fundamento del derecho internacional.

DERECHO INTERNACIONAL Y TEORÍA DE LOS JUEGOS

¿Cómo podemos analizar el derecho internacional a la luz de la teoría de los juegos? Hemos visto que de acuerdo a la doctrina tradicional, los estados

30. Id., pág. 57.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

crean normas consuetudinarias o convencionales para realizar sus intereses. Algunas normas jurídicas derivan de la matriz Armonía; otras de la opción cooperativa en situaciones de PD; otras, en fin, de la opción cooperativa en la matriz Coordinación. La teoría de los juegos define la fuerza obligatoria del derecho internacional como la mera expectativa de que otras naciones respetarán las normas y por razones de interés. Sin embargo, los Positivistas afirman que las normas son creadas por consentimiento. Los gobiernos se relacionan en una variedad de situaciones y, voluntariamente, crean reglas para regular su comportamiento mutuo. Es cierto que esto lo hacen motivados por el interés, pero el fundamento del derecho internacional es, para los positivistas, su consentimiento a las normas en cuestión. La pregunta que me interesa ahora es la siguiente: ¿La teoría de los juegos (que cuando se aplica a las relaciones internacionales es un modelo para el análisis de la búsqueda del interés nacional) provee un fundamento para el positivismo? ¿Por qué los estados, que actúan exclusivamente por interés, se sienten obligados por normas a las que ellos consienten? ¿Es posible, en fin, considerar simultáneamente al interés nacional y al consentimiento como los pilares del derecho internacional?

La teoría de los juegos debería dar una respuesta a estas preguntas, ya que es un instrumento analítico para predecir los resultados de las diversas combinaciones de intereses nacionales en la arena global. La idea es que el derecho internacional surge como un resultado de las relaciones de los estados a través del tiempo. Esta afirmación suena bastante trivial. Sin embargo, sugiero tres afirmaciones no triviales asociadas a ella. La primera es que el tipo de interacción que genera normas internacionales es estratégica, en el sentido descripto precedentemente. La segunda es que las normas internacionales (tratados y costumbres) surgen como una solución a los problemas de cooperación, tales como la Coordinación y situaciones de PD. La tercera es que los estados respetan el derecho internacional porque ello es en su propio interés, cuando tal interés se define correctamente. Ahora examinemos el tratado y la costumbre desde esta perspectiva.

El tratado

Un tratado es un acuerdo internacional entre dos estados efectuado en forma escrita y gobernado por el derecho internacional.[31] Un tratado es, entonces, un acuerdo explícito entre estados (y organizaciones internacionales). La doctrina tradicional trata de explicar cómo surgen los tratados. Dos o más gobiernos comparten un tema de interés común (cooperación potencial) o sostienen una disputa que desean solucionar (conflicto potencial). Por ello inician negociaciones hasta que arriban a una posición común. Ésta pudo haberse logrado por medio de persuasión, concesiones mutuas, amenazas encubiertas, o cualquier otra combinación surgida de estas situaciones. En este estadio, las partes comprenden que no pueden ganar más y, entonces, formalizan el acuerdo. Cuando el tratado se perfecciona obliga legalmente en virtud de una norma de derecho internacional consuetudinario que prescribe el respeto por los

31. Convención de Viena, nota supra 18, en el artículo 1 (a). La Convención se hizo obligatoria el 27 de enero de 1980. Para mediados de 1994, 74 estados eran parte de la misma.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

tratados: *pacta sunt servanda*.[32] También existen reglas que reglamentan la terminación de tratados por violación de una de las partes, por vicios del consentimiento (fraude, error, coerción) o por cambio fundamental de las circunstancias.[33] En principio, los estados pueden adoptar medidas en respuesta a la violación de los tratados , pero según el artículo 2(4) de la Carta de las Naciones Unidas no pueden exigir su cumplimiento por medio de la fuerza.

¿Cómo surge un tratado? ¿Por qué los estados recurren al tratado para abordar temas de interés común? De acuerdo a la teoría de los juegos, un tratado puede ser definido como una *norma* que surge como una *solución* a los problemas presentados por la interacción estratégica que enfrentan aquellos gobiernos que actúan en interés propio dentro del marco de sus relaciones con otros estados.[34] Varias situaciones son posibles. Primero, supongamos que la matriz bajo la cual operan es Armonía. En este caso las partes *no necesitan* un tratado, porque su comportamiento espontáneo las lleva a la satisfacción de sus intereses (la mano invisible). Su comportamiento está coordinado espontáneamente, y no poseen incentivos para formalizar una cooperación mientras persista ese interés común.

Por ejemplo, Estados Unidos permite a sus ciudadanos la libertad de información y la gente en Canadá recibe, como resultado, libros y diarios que, a su vez, gozan de libre circulación. Así, el comportamiento espontáneo de los gobiernos de Estados Unidos y Canadá lleva a una mejora Paretiana para ambas naciones. No existe un acuerdo entre estos dos gobiernos y no lo necesitan mientras la mano invisible siga operando.[35]

La segunda posibilidad es que las partes se encuentren en un dilema de Coordinación. Si es así, necesitarán un tratado como medio de identificación de la opción cooperativa. Adoptan el tratado para *comunicar* qué acciones cooperativas han elegido: en otras palabras, coordinan sus acciones.[36] Como las partes tienen un interés común en cooperar, la estrategia cooperativa es dominante con respecto a la estrategia de deserción. Sin embargo, existe más de una manera de cooperar, más de un punto de equilibrio. Como la elección de uno en particular por un agente depende de cuál elegirá el otro agente, a veces la desconfianza o incomunicación les impedirá alcanzar una solución a la que podrían arribar en conjunto. Una manera de solucionar estos problemas es la negociación.[37] Cuando los gobiernos se comunican por medio de la negociación toman conciencia de las ventajas mutuas que esto les acarrea y, por ello, concluyen el tratado. Un acuerdo explícito, como es el tratado, identifica el punto de equilibrio y se transforma en "el más firme imán de las expectativas de las partes."[38]

---

32. Ver, Mark. W. Janis, *An introduction to International Law*, págs. 10-11, 1993, 2da. edición. Ver Id. pág. 65 *(pacta sunt servanda* no es ni una ley consuetudinaria ni una regla convencional sino una regla del *jus cogens)*. También se puede encontrar la regla en la Convención de Viena, en nota 17 supra, art. 26.

33. Ver la Convención de Viena, nota 17 supra, en artículos 42-64.

34. Ver Ullman-Margalit, nota 15 supra, pág. 9.

35. La doctrina internacional no describiría este modelo como una norma consuetudinaria aunque existen incontables instancias de coordinación espontánea de un comportamiento de esta naturaleza. Creo que la razón es que reservan este término para aquellos casos donde existen obstáculos para cooperar, donde sería racional que algunos estados decidan desertar como en los casos de matrices de Coordinación o PD.

36. Aquí me copio de Ullman-Margalit, nota 15 supra, especialmente el capítulo tres.

37. Para un análisis clásico de cómo los tratados y otros regímenes de cooperación ayudan a superar la falta de confianza y otros costos de transacción, ver Kohane en nota 12 supra págs. 85-109.

38. Ullman-Margalit nota 15 supra, pág. 116.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

Más aún, el tratado contiene en sí la motivación para su cumplimiento: ambas partes tienen incentivos para cumplir con lo acordado porque la solución alcanzada por medio de él es un punto de equilibrio. Por ejemplo, Argentina y la Unión Europea tienen un interés común en comerciar. Argentina puede vender productos comestibles y Europa puede vender productos industriales. Supongamos que, como resultado de tal intercambio, ambas partes experimentan una mejora económica. Sin embargo, hay varios procedimientos posibles para implementar este intercambio, todos ellos igualmente plausibles. Sin embargo, la cooperación puede frustrarse si las partes no saben cómo comerciar o cómo efectuar los pagos. Al estipular mecanismos claros de intercambio un tratado de comercio resuelve esos problemas y permite que las partes se beneficien mutuamente.[39]

La matriz Coordinación difiere de la matriz Armonía descripta precedentemente. En ambas convergen los intereses de las partes. Pero, contrariamente a lo que sucede en la Armonía, en la Coordinación el comportamiento de cada una de ellas es afectado por el comportamiento presente o futuro de la otra. Pueden beneficiarse mutuamente sólo si coordinan sus acciones; por ello necesitan comunicarse. A su vez, en la Armonía, la persecución independiente del interés personal conduce espontáneamente a un resultado óptimo para ambas. No hay necesidad de coordinar y, consecuentemente, la Armonía no es un dilema (contrariamente a lo que ocurre en la Coordinación).

Pero supongamos que las partes se relacionan mutuamente de acuerdo a una matriz PD. Aquí la situación es diferente. Cada estado tendrá un incentivo para desertar y aprovecharse del otro aun cuando la cooperación mutua sea más beneficiosa para ambos que la deserción mutua. En una estructura PD, las partes necesitarán el tratado para contener a los violadores potenciales. Por ejemplo, supongamos que las potencias nucleares desean negociar un tratado para lograr la eliminación gradual de las armas nucleares.[40] Las potencias nucleares se benefician colectivamente si eliminan todas las armas nucleares en lugar de mantenerlas. Sin embargo, la situación óptima *para cada estado individual* es conservar las armas propias y lograr que los demás estados eliminen las suyas. Aquí estamos frente a una situación PD. Muchos autores han notado que esta situación difiere significativamente del problema de la Coordinación.[41] En el caso de la Coordinación todos pierden al abandonar el tratado porque él representa un punto de equilibrio estable. En la situación PD, el resultado colectivo óptimo es *inestable:* las partes siempre están tentadas a desertar, y es racional hacerlo para un estado si puede salirse con la suya.

¿Cuál es el status normativo de un tratado en una situación PD? La estructura de incentivos PD crea serios problemas para el positivismo (de acuerdo al cual, recordemos, el derecho internacional está fundado en el consentimiento derivado del interés). El problema es el siguiente: si las partes están motivadas exclusivamente por interés, no tendrán razón alguna para cumplir con el tratado

39. No estoy sugiriendo que todas las situaciones comerciales sean matrices de Coordinación. Pueden ser matrices Armonía, o PD. Cf. Keohane, nota 12 supra, págs. 54-55 (no se deberían usar modelos rígidos de teoría de juegos para explicar las relaciones comerciales).

40. Para una encuesta sobre los problemas surgidos del Tratado de no proliferación de armas nucleares, ver *Beyond 1995: The Future of the NPT Regime* (Joseph F. Pilat & Robert E. Pendley eds.) 1990.

41. Ver, *inter alia,* Ullman-Margalit, nota 15 supra, págs. 104-103.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

si el hacerlo no redunda en un beneficio. Aún en el caso de que las partes de un tratado hayan alcanzado una solución colectiva óptima (cooperación mutua), hay un incentivo para desertar si ésta puede hacerlo con impunidad (explotación). Violar el tratado puede ser racional para una de las partes si al hacerlo incrementa su interés particular. El tratado por sí mismo no puede crear una obligación porque la presunción de la teoría de los juegos es que las partes actúan por interés, no por respeto al derecho. Si, además, al afirmar que el tratado *obliga* queremos decir que es racional que el estado lo cumpla,[42] entonces el tratado no obliga al potencial desertor exitoso, ya que para éste lo racional es violarlo.

Es cierto que mi crítica (según la cual no hay ni obligación ni incentivo racional para que un estado cumpla con un tratado en una situación PD) parece apresurada. Hay varias respuestas posibles que, si bien no la refutan, contribuyen a refinarla. Primero, alguien puede responder que en situaciones PD las partes de un tratado pueden agregar medidas para sancionar a los violadores.[43] Desde este punto de vista, un tratado obliga sólo si está respaldado por tales sanciones, ya que de otra manera las partes no podrían resolver satisfactoriamente la situación PD. Cuando las sanciones están estipuladas en el tratado (o sus posibilidades son conocidas de otra manera por las partes) los réditos cambian y la situación no es más una matriz PD.

Los posibles desertores son disuadidos por las sanciones y es en su interés, entonces, cumplir con el tratado.[44] En nuestro ejemplo, si el tratado de eliminación de armas nucleares autoriza a las partes, individualmente o por medio del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, a hacer cumplir sus términos (por ejemplo destruyendo las armas escondidas del violador) entonces no estaremos frente a una situación PD. Las sanciones que impone el tratado logran que sea razonable para el posible desertor renunciar a sus intenciones. Sin embargo, si el desertor potencial cree que puede ocultar su violación y así evadir las sanciones (por ejemplo, escondiendo sus armas nucleares en regiones remotas), entonces carecerá de una motivación racional para obedecer el tratado. Y si la afirmación de que el tratado es obligatorio es equivalente a la de que es racional obedecer sus términos, entonces éste no será obligatorio para nuestro potencial desertor.

Una segunda respuesta surge de la idea de la reiteración discutida previamente. Hemos visto que si la situación PD se repite con los mismos jugadores, los posibles desertores tendrán un interés a largo plazo en obedecer el tratado porque corren el riesgo de que su presente deserción sea sancionada en el futuro. De acuerdo a Axelrod, la cooperación en un PD puede ser alcanzada si los agentes son conscientes de que enfrentan la "sombra del futuro"- interacciones repetidas con los mismos jugadores. La idea central es la siguiente: una estrategia de represalia puede ser suficiente para disuadir a los potenciales violadores en el largo plazo (en un PD repetido, dicha estrategia consiste en hacer lo que otro hace pero nunca ser el primero en desertar).[45] Entonces en nuestro ejemplo del tratado de eliminación de armas nucleares, el posible desertor

---

42. Esta es la visión de Ullman-Margalit. Ver id. En 22, 38, 89.

43. Ver id., pág. 117.

44. Para una explicación sobre cómo las sanciones alteran las ganancias, ver Baird et el, nota supra 7 en 14-19.

45. Ver Axelrod, nota 18 supra, págs. 27-69.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

puede beneficiarse en el corto plazo pero también puede convencerse de que la eliminación de sus armas le conviene en el largo plazo. Caso contrario será sancionado en la próxima situación donde deba relacionarse con las mismas partes. Por ejemplo, los demás podrán imponerle sanciones comerciales. El incentivo para cooperar en un PD reiterado requiere, sin embargo, dos condiciones: los agentes no deberán descontar demasiado el futuro, y además deberán estar capacitados para observar los movimientos de los otros.[46] Si al gobierno no le importan las relaciones futuras con las partes contra las que esta planificando su deserción, es decir, si todo lo que le importa es la preservación de sus armas nucleares, entonces no tiene razón alguna para cumplir con el tratado.

En suma: la reiteración no crea una obligación de obedecer el tratado. El posible violador se abstiene de su incumplimiento por razones de interés particular. En consecuencia, el principio *pacta sunt servanda* carece de relevancia. Si la reiteración es la verdadera razón de por qué a los estados les conviene obedecer los tratados, entonces la regla debe formularse de manera distinta. Debe rezar: "Un estado debería honrar los tratados si y sólo si el hacerlo incrementa su interés nacional en el largo plazo." Bien podría ser que esta regla es todo lo que los juristas necesitan para explicar las obligaciones surgidas de los tratados, pero ella está bien alejada del principio *pacta sunt servanda*.

La reiteración no crea la obligación de cumplir; sólo advierte a los estados que calculen cuidadosamente sus intereses a largo plazo. En otras palabras, el derecho internacional tradicional trata al principio *pacta sunt servanda* como un principio deontológico no sujeto a cálculos de interés nacional. En contraste, la explicación de teoría de juegos lo trata simplemente como una generalización de la regla prudencial de que es en el interés nacional a largo plazo el respetar los tratados y, por ello, como una regla que *está* sujeta a cálculos sobre el interés nacional. Estas dos versiones son muy distintas, y sus diferencias, como lo dije en la sección precedente, residen en la estructura lógica que cada una de ellas posee. La teoría de los juegos no puede justificar el deber de cumplir con el derecho internacional.

Otra respuesta posible la ofrece Phillip Pettit. Según dicho autor, los agentes son motivados por la *estima* que reciben de otros. Según sus palabras:

> La clave para entender la estrategia de creación de normas es reconocer que existe una estructura operativa de costo- beneficio que la teoría de los juegos ha ignorado: aquella asociada con el hecho de que la gente piensa bien o mal de otros.[47]

Resulta una exageración la afirmación de que sólo las sanciones severas crean incentivos para que los agentes cumplan con los acuerdos. El deseo de aprecio, respeto o afecto puede ser suficiente para inducirlos a honrar sus acuerdos. Esta propuesta puede ser aplicada al derecho internacional: un estado tendrá un incentivo para cumplir un tratado en una situación PD no sólo cuando tema a la sanción, sino también cuando el deseo de *prestigio nacional* sea lo suficientemente intenso como para impedir la deserción. En nuestro ejemplo,

---

46. Ver Cooter, nota 24 supra, págs. 1658-59, 1996.

47. Phillip Pettit, "*Virtue Normativa:* Rational Choice Perspectives", *Ethics,* vol. 100, 1989, págs. 725, 742.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

un estado tentado a mantener sus armas nucleares podría querer que los demás lo consideren como una nación honorable que respeta el derecho y, precisamente por esta razón, podría querer respetar el tratado.[48]

Si el deseo de prestigio es lo suficientemente grande, entonces no estamos más frente a una situación PD. El argumento previo (según el cual las sanciones alteran los réditos) difiere de éste respecto de la motivación de los gobiernos. Según la tesis de Pettit, los estados actúan motivados en parte por un deseo de que otros estados no piensen mal de ellos.[49] El deseo de prestigio, no el miedo a las sanciones, cambia los réditos. Pero la razón que justifica el cumplimiento del tratado sigue siendo el interés propio: incrementar el prestigio de la nación es parte del interés nacional que el gobierno intenta mejorar al respetar un tratado. Si el gobierno cree que el cumplimiento no incrementará el prestigio, o si las ventajas derivadas de la violación son lo suficientemente grandes, entonces el gobierno violará el tratado. Nuevamente, si la fuerza obligatoria del tratado depende del *interés,* entonces el tratado no obligará a ese estado.

El resultado del análisis de los tratados a la luz de la teoría de los juegos es el siguiente: los estados sólo poseen un incentivo para ejecutar un acto u omisión si éste les conviene. Esta situación no cambia cuando un estado presta su consentimiento a un tratado, porque un estado siempre tiene un incentivo racional para violarlo siempre que le convenga. Aún cuando los estados están suficientemente motivados en cumplir (por reiteración, o temor a la sanción o pérdida de prestigio, según vimos), la motivación siempre será de conveniencia y no moral. Bajo los supuestos de la teoría de los juegos, el consentimiento no desempeña *ninguna función normativa* en la explicación del comportamiento internacional. El tratado cumple, en cambio, dos funciones no normativas: identifica el punto saliente de cooperación en situaciones de Coordinación, y formula las sanciones que las partes decidan incluir. En suma: de acuerdo a la teoría de juegos, es imposible que el consentimiento genere la obligación de obedecer el tratado.

La Costumbre

La costumbre es una práctica constante y repetida que, eventualmente, se apoya en una opinión generalizada que critica la violación, elogia el cumplimiento o ambas.[50] Según la doctrina internacional, la costumbre consta de dos elementos: la práctica de los estados y la *opinio juris.* La práctica de los estados es el comportamiento diplomático; la *opinio juris* es la creencia de que tal comportamiento es jurídicamente requerido o permitido.[51] Quiero analizar

48. Aquí estamos frente a una dinámica interesante. Podría ser que la nación en cuestión tenga una oportunidad secreta de mantener sus armas nucleares y evitar las sanciones. Pero en este caso, el gobierno no será capaz de cosechar beneficios para su prestigio nacional porque no estará en la posición de demostrar públicamente la destrucción de las armas del país.

49. Ver Pettit, nota 47 supra, pág. 745.

50. La definición clásica se encuentra en el artículo 38 (1) (c) del Reglamento de la Corte Internacional de Justicia. Para una descripción tradicional, ver Karol Wolfke, *Custom in Present International Law*, 1993, 2ª edición.

51. Anthony D'Amato ha demostrado por qué esta explicación tradicional de la costumbre no es adecuada. Ver Anthony D'Amato, *The Concept of Custom*, 1971, págs. 47-72.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

la afirmación de que el derecho consuetudinario surge, al igual que el tratado, como producto de la intersección de los intereses de los estados. Según esta postura, la costumbre crea derecho cuando los estados se comportan espontáneamente de un modo que otros aceptan y al cual responden. La costumbre surge espontáneamente. Una vez comenzada la costumbre, los estados continúan comportándose de la misma manera y comienzan a criticar a aquellos que no lo hacen. Cuando la crítica es fuerte hablamos, siguiendo a Hart, de normas obligatorias. Cuando la crítica es débil, hablamos de normas de cortesía.[52] Desde una primera perspectiva, se podría definir a la *opinio juris* como la crítica generalizada fuerte a quienes se desvían de la práctica.

¿Cómo analizaría la teoría de los juegos el derecho consuetudinario? Los estados identifican espontáneamente aquellos rasgos de una situación que podrían servir como puntos posibles de equilibrio. Hemos visto que un punto de equilibrio es aquel punto de cooperación óptima que es también estable; es decir, aquel del cual resulta irracional apartarse. Como no existe más que un solo punto tal, los estados deben coordinar su comportamiento. La costumbre es la manera en que los estados, por medio de su comportamiento convergente, identifican un punto de equilibrio entre varios posibles, tal como lo hace un tratado. Si otros estados siguen el ejemplo se llegará a un punto de equilibrio y habrá surgido una norma consuetudinaria. Si este análisis es correcto, la norma consuetudinaria surge inicialmente para resolver una matriz de Coordinación. Como hemos visto, en un problema de coordinación es importante que los agentes sincronicen su comportamiento para que todos se beneficien. Una norma nace y persiste si resuelve eficientemente este dilema de coordinación. La naturaleza del problema es tal que los agentes ganan o pierden todos juntos.[53] Debido a que la norma consuetudinaria, entendida como la continuidad de un comportamiento, surge por el interés de todos los involucrados, su violación es irracional. Ullman-Margalit lo expresa con estas palabras, "la recompensa por estar de acuerdo con la continuidad en estas circunstancias…..consiste en el acto de conformarse, ya que ello garantiza algo deseado por todos: lograr un equilibrio coordinado."[54]

Pero ¿cómo es posible que la uniformidad repetida del comportamiento se transforme en una norma *obligatoria*? ¿Cuándo surge la *opinio juris?* Una respuesta plausible es la siguiente: un comportamiento uniforme se convierte en norma cuando los participantes originarios desean inducir a los que desean incorporarse al grupo a que también se comporten de esta manera.[55] Este es el caso de los nuevos estados dentro de la comunidad internacional. La identidad de los agentes involucrados en la práctica originaria cambia con la llegada de los nuevos estados, y no existe garantía alguna de que estos últimos querrán adherir a aquel punto de equilibrio específico que fuera escogido por los participantes originarios. Así, al describir la continuidad como una *norma consuetudinaria obligatoria*, éstos buscan asegurar la cooperación de nuevos estados. Este es el fenómeno que la doctrina tradicional trata de describir cuando

52. H.L.A. Hart, *The Concept of Law,* 1994, 2da. edición, págs. 9-12, 85-87.

53. Ver Ullman-Margalit, nota 15 supra, págs. 78, 84.

54. Ver id. págs. 85 (énfasis en el original).

55. Id. págs. 85-86. Ella también menciona la necesidad de codificar una práctica para lograr una mayor precisión en la formulación de una norma (como opuesta a una mera regulación del comportamiento).

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

afirma que los nuevos estados están obligados *ipso facto* por el derecho internacional.[56]

El presente análisis es también aplicable al cambio de *gobiernos*. Cuando el gobierno de un estado cambia también se produce un cambio en la identidad de los participantes de una práctica. Es cierto que el derecho internacional consagra el principio de la identidad del estado, pero esto es sólo una ficción que pretende convencer a los nuevos gobiernos de que respeten los compromisos contraídos por quienes los precedieron.[57] La conducta requerida por el derecho internacional sólo la puede realizar el gobierno. Si éste cambia, cambiará también la persona exigida.

Los gobiernos que han participado originariamente en la práctica quieren asegurarse de que los nuevos la seguirán efectivamente; es por ello que la describen como obligatoria. El nuevo gobierno no puede objetar a dicha práctica argumentando que ella no le conviene. De esta manera, la *opinio juris* surge cuando los participantes originales comienzan a tratar la conducta en cuestión como jurídicamente requerida. Logran esto por medio de una regularidad espontánea del comportamiento y, de este modo, se aseguran la adhesión de nuevos estados y gobiernos.

Sin embargo, cuando esto sucede cambia la matriz. No es más un problema de Coordinación sino un problema PD, y no sólo para los nuevos estados sino para todos, siempre que conservemos el supuesto de que la adhesión original a la práctica estaba motivada estratégicamente. Con la incorporación de nuevos miembros al grupo, la posibilidad de deserción destruye la automaticidad de la cooperación para todos. Los participantes originales deberán ahora protegerse contra la deserción, ya que todos poseen un incentivo para desertar. La solución normativa establecida por la práctica no es más estable. La *normatividad* que ahora se superimpone a la práctica (la *opinio juris*) pretende disuadir a los potenciales violadores alterando los réditos por deserción. Si la violación de una norma consuetudinaria acarrea sanciones, estamos frente a una situación casi idéntica a aquella en la que tenemos un tratado que contempla sanciones. La práctica original del estado, que inicialmente fuera una matriz Coordinación, se ha transformado ahora en una matriz PD. Esto explica el nacimiento de la *opinio juris*. (Sin embargo, como veremos más adelante, una explicación completa de ella también requiere un componente normativo).

Cuando surge una norma consuetudinaria internacional para resolver una matriz PD (que es, como hemos visto, una mutación de la matriz inicial de Coordinación) nos hallamos ante un *equilibrio mixto*.[58] Un equilibrio mixto es

---

56. Ver Mark Villiger, *Customary International Law and Treaties*, 1985, págs. 17-18; Jonathan Charney, "Universal International Law", *American Journal of International Law*, vol. 87, 1993, págs. 529, 538, 541. En este *leading case*, la Corte Internacional sostuvo que el derecho consuetudinario no puede estar sujeto a "un derecho de exclusión unilateral a voluntad." North Sea Continental Shelf (Germany v. Denmarck and Netherlands), 1969 *International Court of Justice* 3, 38-39 (Feb. 20). El tema es controvertido. Sin embargo otros positivistas creen que los estados nuevos pueden escoger entre las reglas existentes del derecho internacional. Ver, R.P. Anand, *New States and International Law*, vol. 62, 1972.

57. Sobre el principio de identidad del estado, ver James Crowford, *The Creation of States*, 1979, 400-20; Brownlie, nota 1 supra, págs. 82-85. Ver también el Arbitraje Tinoco (Gran Bretaña c/Costa Rica), 1923 Taft Arbitration, RIAA (i) pág. 369.

58. Aquí sigo, *mutatis mutandi*, el análisis del derecho consuetudinario de Robert Cooter, nota 24 supra, págs. 1660-75.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

aquel donde la mayoría de las naciones cooperan y algunas desertan (si la mayoría deserta no existe derecho consuetudinario). Aquellos estados que cumplen con la norma esperan réditos modestos en una alta proporción de interacciones, mientras que los estados violadores esperan ganancias altas en una baja proporción de interacciones. En un equilibrio mixto estas dos estrategias tienen el mismo valor esperado.[59] Por ejemplo, el derecho internacional consuetudinario requiere que los gobiernos se aseguren la autorización de los estados costeros antes de pescar dentro de su Zona Económica Exclusiva (EEZ).[60] Cuando un estado decide ignorar la norma y pesca en la EEZ de otro, espera que las consecuencias beneficiosas de este acto (el valor de la pesca) compensen las consecuencias dañosas de las posibles represalias. Más aún, en un equilibrio mixto algunos estados cumplen con normas consuetudinarias por razones de "principios",[61] otros siguen la norma por razones de interés, y otros desertan (el equilibrio mixto siempre incluye cooperantes y desertores).

Los teóricos de juegos definen al actor principista como aquel que coopera aun cuando la ganancia objetiva que obtendría por cooperar es un poco menor a la que recibiría por desertar. El gobierno que obedece la norma en interés propio (el jugador incidental) sólo lo hará cuando la ganancia objetiva obtenida por cooperar sea, como mínimo, tan alta como la que recibiría por desertar.[62]

Si el análisis precedente es correcto, es improbable que una norma consuetudinaria surja *inicialmente* para resolver un problema PD, porque un estado que se encuentra en el dilema desertará racionalmente, si de esa manera lograra maximizar su interés. La llamada *costumbre instantánea* sólo será posible en una estructura de Coordinación de incentivos y no en una estructura PD.[63] Bajo un dilema de esta naturaleza, el estado que busca ganancias de la deserción no cuenta con incentivos para observar la práctica propuesta por otros. Parece improbable que un comportamiento uniforme y constante surja espontáneamente en una situación PD. Por definición, la cooperación de un estado en una situación PD es irracional si no persigue sus propios intereses. En un PD, la cooperación espontánea es difícil y, por tal razón, la costumbre no surgirá fácilmente: los estados desertarán en la primera oportunidad. El derecho consuetudinario es el resultado de una matriz de Coordinación inicial que luego cambia y se transforma en una matriz PD debido a la llegada de nuevos gobiernos o estados. El *surgimiento* de la costumbre requiere una matriz de Coordinación; la *duración* de la costumbre requiere que los participantes encuentren una solución para la matriz de PD.

Ahora estamos en condiciones de resumir la explicación del derecho consuetudinario internacional bajo los presupuestos de la teoría de los juegos. Las normas consuetudinarias surgen en las siguientes situaciones:

---

59. Ver id., pág. 1660.

60. Existe acuerdo general en que las previsiones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar sobre la Zona Económica Exclusiva se ha transformado en derecho consuetudinario en *dehors* la Convención.

61. En el sentido de Cooter sobre el comportamiento de principios. Ver nota supra acompañando las notas 25 y 26.

62. Id. pág. 1667.

63. La Corte Internacional de Justicia pareció reconocer la posibilidad de la costumbre instantánea. Ver North Sea Continental Shelf , 1969 *International Court of Justice,* vol. 3, pág. 42 (Feb. 20). Para una visión crítica de la costumbre instantánea ver Prosper Weil, "Toward Relative Normativity in International Law?" *American Journal of International Law,* vol. 77, 1983, págs. 413, 435.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

1. Gobiernos que enfrentan una matriz Coordinación y necesitan identificar un punto de cooperación;
2. Situaciones repetidas de PD donde los gobiernos perciben a la interacción potencial futura como suficientemente importante, y
3. Situaciones donde la regularidad espontánea, en una situación de coordinación se transforma en una situación de PD por la llegada de nuevos estados y gobiernos. Cuando esto sucede, la norma consuetudinaria pierde su espontaneidad porque deja de representar el interés de las partes en continuar con la práctica. Los estados necesitan motivación adicional (sanciones o sus equivalentes) que son externas a la situación misma. Esta situación puede ser descripta como un equilibrio mixto.

La crítica del análisis de los tratados que he esbozado es igualmente aplicable al análisis de la costumbre bajo la teoría de juegos. Ésta puede explicar por qué los estados respetan ciertas prácticas, pero no puede explicar por qué *deben* respetarlas. La doctrina tradicional sostiene que una norma consuetudinaria es obligatoria para los estados y no simplemente conveniente para éstos. La teoría de los juegos no puede explicar esta postura; simplemente la ignora. Si la norma ha surgido para resolver una matriz de Coordinación, entonces es siempre racional que los estados cumplan con ella. Ni el consentimiento ni la *opinio juris* desempeñan función alguna en el argumento. Si, por otra parte, la norma surge para resolver una matriz PD (que, como vimos, resulta de una mutación a partir de una matriz de Coordinación), entonces esta norma debe ser formulada de la manera siguiente: los estados están motivados a cumplir si la violación es costosa, pero desertarán si la violación no lo es. Aquí también, el concepto de obligación está fuera de lugar. El interés no genera ni puede generar una obligación.

Pacta Sunt Servanda y *Opinio Juris*

Como mencioné previamente, la doctrina tradicional de los tratados afirma que los estados negocian y concluyen tratados para resolver cuestiones de interés común. Si se pregunta por qué un tratado es obligatorio, la respuesta es que existe una regla de derecho consuetudinario de acuerdo a la cual éstos deben ser respetados -*pacta sunt servanda*.[64]

Sin embargo, según vimos anteriormente, si uno cree en el modelo de agentes racionales y motivados por su interés particular, es predecible que *el principio pacta sunt servanda* no surgirá como regla consuetudinaria. En cambio, los actores racionales probablemente reflexionen del siguiente modo: "Cumpliré con los tratados que solucionan los problemas PD, a no ser que desertar represente un interés personal para mí, esto es, si yo puedo desertar y evitar las represalias". Esto implica que, en un mundo de estados sólo preocupados por acrecentar su interés nacional, el principio *pacta sunt servanda* no puede ser

64. Si esto es correcto tal vez la razón por la cual la mayoría de los estados respeta el derecho internacional es primero, porque existen varias matrices Armonía; y, segundo, porque todo el derecho consuetudinario emergente y muchos tratados representan soluciones para los problemas de Coordinación, no para problemas PD.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

una norma consuetudinaria. Esto se debe a que los gobiernos no apoyarán la regla de que los tratados deban ser cumplidos en toda situación, sin considerar los riesgos que el cumplimiento les traiga aparejado.[65] En otras palabras, los gobiernos no cumplirán con aquellos tratados que impongan un cumplimiento costoso.

¿Cuál es el status del principio *pacta sunt servanda*? Sugiero que es una regla *moral*, no una norma consuetudinaria. El principio descansa en otros dos principios morales más básicos. El primero es que es moralmente correcto mantener la palabra dada, especialmente cuando hacerlo nos es costoso. El segundo es que es moralmente incorrecto *explotar* a aquellos que, de buena fe, confían en nuestro comportamiento prometido. Pero la teoría de los juegos no puede descansar sobre esas premisas morales por la buena razón de que no existen premisas morales en la teoría de los juegos. En un modelo de interés racional, el comportamiento de los estados no puede sustentar el principio *pacta sunt servanda* porque los estados que actúan en base a su interés nacional sustentarán racionalmente una regla que permita una ruptura oportunista (como parece confirmarse por la historia diplomática). Es cierto que los gobiernos han adherido públicamente al principio *pacta sunt servanda* aun cuando, como mostré, no sea un principio que les convenga apoyar. La razón de esta discrepancia entre hechos y palabras es la siguiente: toda persona con percepción moral sabe que es correcto honrar los tratados y abstenerse de explotar a otros, pero cuando llega la hora de la acción el interés personal siempre se entromete. Esta es la razón por la cual la historia diplomática abunda en violaciones oportunistas del derecho internacional. ¿Por qué la doctrina tradicional ignora esta práctica y continúa afirmando que el principio *pacta sunt servanda* es una norma consuetudinaria? Como respuesta sugiero que la doctrina une un instinto moral correcto a una teoría errónea de la costumbre. Es claro moralmente que los estados deben respetar sus tratados, aún contra su propio interés. Una definición posible de agente moral nos dice que éste:

> es quien, en una situación de PD, escoge la acción cooperativa creyendo que el otro también optará por lo mismo y quien no se aparta de su decisión, aún cuando tiene la certeza de que el otro no podrá castigarlo por haber desertado".[66]

Si bien esta definición es defectuosa porque ignora características cruciales del discurso moral, nos ayuda a entender el concepto de *pacta sunt servanda* dentro del ámbito del derecho de los tratados. Este principio es una norma obligatoria del derecho internacional *no* porque lo hayamos inferido de un supuesto examen objetivo de la práctica (cosa que, según vimos, es imposible en vista de las abundantes violaciones en el mundo real). Debemos postular la obligación de cumplir con los tratados porque postular la regla contraria (según la cual los estados pueden efectuar promesas con la reserva de que podrán violarlas a discreción) conduce a resultados moralmente intolerables.[67]

---

65. Pacta Sunt Servanda es también una regla. Ver la Convención de Viena, nota 16 supra, en el artículo 28. Pero la Convención también es un tratado; por ello sólo puede obligar si uno presupone normas superiores no convencionales, tales como el principio *pacta sunt servanda.*

66. Ver Ullman-Margalit, nota 15 supra, pág. 41.

67. Kant pensó que las promesas mentirosas (hechas con la reserva de que quienes prometen, pueden violarlas cuando así les convenga) eran incoherentes porque contrariaban el imperativo categórico. Ver Immanuel Kant, Grounding for the Metaphysics of Morals (1785) (J.W. Ellington, 1980), págs. 14-15.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

Es posible efectuar un análisis similar para el concepto de *opinio juris* entendida como elemento de la costumbre. Cuando afirmamos que existe una norma consuetudinaria estamos condenando moralmente a aquellos que violan la práctica originaria. En el derecho de los tratados, el propósito del principio de *pacta sunt servanda* es acentuar la fuerza moral de las promesas y condenar el comportamiento oportunista. De manera similar, no es posible inferir el derecho consuetudinario internacional meramente examinando la práctica de los estados.[68] Afirmar que X es una regla consuetudinaria significa condenar, por razones morales, la acción auto-interesada no cooperativa (por ejemplo, el gobierno que viola una práctica invocando su interés nacional). La propuesta inductiva no describe acertadamente lo que realmente ocurre. Es verdad que uno a menudo acepta las reacciones negativas de los gobiernos ante las desviaciones de la práctica como prueba del derecho consuetudinario. Sin embargo, frente a una práctica inconsistente o inexistente, los juristas y los tribunales internacionales constantemente afirman la existencia de normas internacionales. Si bien no lo dicen, creo que esta actitud presupone la creencia de que la norma afirmada es la mejor, la más correcta o la más justa.[69] El principio de que los estados deben respetar los derechos humanos nos brinda una ilustración interesante. ¿Cómo es posible que este principio forme parte del derecho consuetudinario si muchos gobiernos violan persistentemente los derechos humanos? Las explicaciones de teorías de juego no funcionan, porque es siempre racional para los gobiernos violar los derechos humanos si tal conducta incrementa su interés (por ejemplo si quieren suprimir el disenso). Pero la doctrina describe correctamente la obligación de respetar los derechos humanos como un imperativo moral que no está sujeto ni a la confirmación por la práctica del estado ni a la posibilidad de que los gobiernos supediten aquella obligación a su interés nacional. El gobierno que no respeta los derechos humanos viola una norma moral ideal. En otras palabras, cuando los defensores de los derechos humanos reclaman su respeto como una norma consuetudinaria están diciendo que la cooperación (respeto por los derechos humanos) es el resultado correcto; que es correcto para los gobiernos cooperar e incorrecto desertar. Pero esta norma no está apoyada por la práctica internacional debido a que ésta incluye a los violadores. El defensor de los derechos humanos interpreta la práctica como una interacción entre los cooperantes y desertores en un equilibrio mixto y opta por la cooperación como la norma correcta, el resultado correcto. Opta por la norma porque es la mejor, no (como la teoría tradicional supone) porque se infiera inductivamente de la práctica internacional.

Un breve examen de algunos de los casos donde la Corte Internacional de Justicia aplicó las reglas del derecho consuetudinario favorece mi argumento de que la comprobación de la costumbre no involucra ningún análisis inductivo serio. Uno tiene hasta la impresión de que la Corte se niega a utilizar los términos "costumbre" o "derecho internacional".[70] En su lugar, utiliza expresiones vagas como "usos generalmente aceptados por representar

68. Efectúo el mismo análisis en Fernando R. Tesón, *Humanitarian Intervention: An Inquiry Into Law and Morality*, págs. 11-15 (2da. Ed. 1997).

69. Ver algunos ejemplos en el párrafo siguiente.

70. Ver Wolfke, nota 50 supra, pág. 9.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

principios de derecho",[71] "normas generales de derecho internacional";[72] "la práctica de ciertos estados";[73] "práctica generalmente aceptada";[74] "la práctica actual"; y "la *opinio juris* de los estados."[75] Cualquiera sea el lenguaje utilizado, el punto crucial es el siguiente: *en ninguno de estos casos la Corte examinó la práctica de los estados.* Esta notable omisión es sumamente sorprendente si tenemos en cuenta que la Corte ha profesado el credo positivista, según el cual la costumbre debe ser comprobada "por medio de la inducción que se basa en el análisis de una práctica convincente y suficientemente extensiva y no en ideas preconcebidas."[76] Pero la Corte no hace lo que dice que hace. Más bien escoge una norma (tal vez aquella que considera más justa o más eficiente, posiblemente aquella que representa un término medio entre los reclamos de las partes) y, luego, proclama que la "práctica general" fundamenta la norma escogida. El caso Nicaragua fue una instancia extrema, ya que la Corte determinó el contenido de los principios consuetudinarios de la no utilización de la fuerza y la no intervención sin consultar la práctica de los estados.[77] Contrariamente, la Corte *ignora* la evidencia inductiva si estima que no la conducirá hacia la obtención del mejor resultado.[78] Es fácil adivinar por qué la Corte es tan reacia a abandonar la ilusión positivista. Para la Corte parece ser importante mostrar que el derecho no proviene de la nada, sino que es el resultado de la acción volitiva de hombres y mujeres de carne y hueso, en suma, de gobiernos. Si no apelara a esta presunción, quizás sería acusada de inventar normas. Sin embargo, este loable fin no debe cegarnos ante lo que está sucediendo realmente: que en lugar revelar un interés por encontrar modelos de comportamiento para los estados, las sentencias judiciales dejan descubierto el impulso por decidir los casos correctamente por medio de la aplicación de las reglas más eficientes, justas o equitativas y no un intento serio de develar el significado normativo de la práctica de los estados.[79]

Esta discusión sobre el tratado y la costumbre ha demostrado que la teoría de los juegos tiene dificultades para explicar el status de aquellos jugadores que están tratando de actuar éticamente y de hacer lo correcto. Por tal motivo, es incapaz de explicar la obligación internacional; sólo puede justificar la motivación prudencial. El positivismo descansa tanto en la noción de interés nacional como en la noción de consentimiento. Sin embargo, sugiero que esta

---

71. Caso Lotus, 1927 *Permanent Court of International Justice* (ser.A) No. 10, pág. 18 (Sept. 7).

72. Caso Fisheries (Gran Bretaña c/ Noruega) 1951 *International Court of Justice*, págs. 116, 133 (Dec. 18).

73. Caso Nottebohm (Liechtenstein c/Guatemala), 1955 *International Court of Justice.* págs. 4, 22 (Apr. 6).

74. Sentencias del Tribunal Administrativo de la Organización Internacional del Trabajo, Opinión Consejera, 1956 *International Court of Justice*, vol. 85.

75. Continental Shelf (Libia c/ Malta), 1985 *International Court of Justice*, págs. 13, 29-30 (junio 3).

76. Delimitación del límite marítimo del Golfo del Área de Maine (Canadá c/ Estados Unidos), 1984 *International Court of Justice*, págs. 246, 299 (Oct. 12).

77. Militares y Paramilitares a favor y en contra de Nicaragua (Nicaragua c/Estados Unidos), 1986 *International Court of Justice* 14, págs. 100-1 (Junio 27). La Corte sólo recurrió a las declaraciones no vinculantes de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

78. Ver North Sea Continental Shelf (Alemania c/ Dinamarca y los Países Bajos), 1969 *International Court of Justice 3* (Feb. 20).

79. Por supuesto esta interpretación no implica que la Corte siempre aplique la mejor norma, solamente que esto es lo que intenta hacer.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

empresa está condenada al fracaso: los positivistas no pueden afirmar simultáneamente que el interés nacional y el consentimiento estatal generan obligación internacional. Pueden afirmar que a veces las partes de un tratado tienen un interés en cumplir los acuerdos. O bien pueden afirmar que los acuerdos generan obligación. O bien, pueden afirmar que las partes tienen interés en cumplir y se sienten obligadas a hacerlo. *Pero no pueden afirmar que la obligación deriva del interés.* Es difícil ver cómo el positivista puede mantener su postura de que el estado auto-interesado debe cumplir con un tratado y admitir al mismo tiempo que dicho estado carece de incentivo para hacerlo.

Enfrentado a esta situación, sólo una estrategia está disponible para el positivista: admitir que el interés nacional no puede continuar justificando la obligación de cumplir con el tratado. Puede afirmar que el interés nacional es el motivador inicial, pero cuando las partes prestan su consentimiento a una norma generan obligaciones que adquieren vida independiente. Entonces el interés nacional genera consentimiento, pero una vez que el acuerdo existe éste es la base de la obligación. Esta descripción es correcta en un sentido: la obligación surge cuando los gobiernos legítimos celebran un tratado o participan de la creación de la costumbre. Sin embargo, el positivista debe pagar un precio muy alto: debe renunciar a afirmar que el consentimiento es el fundamento del derecho internacional. Si mi descripción del tratado y la costumbre son correctas, entonces para explicar la obligación necesitamos postular una norma *moral* que condene la deserción. En otras palabras: el positivismo descansa en la falacia naturalista[80] y, de esta manera, no puede sobrevivir a no ser que añada una premisa (moral) normativa que, por definición, es ajena al consentimiento de los estados. Reconocer la necesidad de una norma para explicar la obligación internacional es aceptar que el positivismo es falso. En efecto, su premisa máxima sólo descansa en el consentimiento de los estados y por ello rechaza la relevancia de las normas morales. Ahora me ocuparé de las otras dos objeciones a la tesis positivista.

CONSENTIMIENTO INMORAL Y *JUS COGENS*

Según la teoría de juegos, las normas surgen para solucionar problemas de cooperación: en el caso de un problema de coordinación, la norma identificará el punto de equilibrio. En un problema de PD la norma cambia los réditos de la diserción y torna racional el cumplimiento. La doctrina tradicional explica este fenómeno tomando al consentimiento como la base de la obligación. Los estados prestan su consentimiento a un tratado o a la costumbre y, así, estas normas se transforman en obligatorias debido a que el consentimiento genera obligación. Según lo hemos visto, no es posible defender esta postura apelando al modelo principista sugerido por la teoría de los juegos.

La tesis de que el consentimiento es la base de la obligación internacional es falsa, sin embargo, por una razón totalmente distinta: los estados pueden celebrar acuerdos inmorales y participar de costumbres inmorales. Cuando Molotov y Von Ribbentrop acordaron dividir Polonia, nadie en el completo uso de sus facultades

80. Es importante observar que es ésta precisamente la carga que los positivistas han enviado contra los teóricos del derecho natural. Ver Kelsen, nota 1 supra, págs. 149-50, 241.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

mentales hubiera dicho que el acuerdo era obligatorio.[81] Si no lo era, entonces el consentimiento por sí mismo no puede generar obligación. En este punto difieren las respuestas sugeridas por los teóricos de juegos y la doctrina jurídica internacional.

Según lo hemos visto, los teóricos de juegos definen a la persona moral como aquella que escoge la cooperación aún cuando se arriesga a ser explotada. Pero, tal como los comentaristas lo han hecho notar, esta definición pone de relieve el hecho de que la gente mala también coopera.[82] La cooperación puede ser buena para aquellos que cooperan pero no es necesariamente buena para todos, y no es necesariamente defendible desde el punto de vista moral. El pacto Molotov-Ribbentrop fue (así lo pensaron) bueno para la Alemania Nazi y la URSS, pero no para el mundo, menos aún para Polonia; y, lejos de ser moralmente defendible, fue moralmente objetable.

Para responder a esta crítica, algunos autores han sugerido una enmienda a la definición de comportamiento moral: sólo se considerará que existe comportamiento moral en una situación PD si no existen desventajas para cualquier extraño a la situación.[83] Otra manera de formular esta condición puede sugerir que la cooperación en una matriz PD no debería causar externalidades negativas para que sea considerada como comportamiento moral. Es obvio que el Pacto Molotov-Ribbentrop causó efectos terribles en los polacos y el resto del mundo. Es por esto que no contó como comportamiento moral aún cuando fue un acto de cooperación (fue cooperación entre criminales). Muchos tratados y reglas consuetudinarias causan daño (externalidades negativas) a terceros, sin embargo nadie los considera contrarios a derecho o inmorales. Cuando las naciones europeas decidieron constituir un mercado común generaron externalidades negativas. Cuando los estados deciden cooperar muchas veces perjudican a terceros, pero ni los consideramos errados ni violatorios del derecho internacional.

La doctrina internacional es consciente del problema que trae aparejado el consentimiento inmoral. El derecho internacional invalida los acuerdos internacionales cuando ellos entran en conflicto con una norma perentoria, una norma de *jus cogens*. ¿Qué es una norma de *jus cogens*? De acuerdo a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, es "una norma que no permite derogación alguna según la aceptada y reconocida por la comunidad internacional de los estados en su conjunto".[84] Esta formulación es, sin embargo, tautológica: una norma que no admite derogación es una norma que no admite derogación. ¿Cómo sabemos cuándo una norma internacional no admite derogación? Los intentos efectuados en la literatura han sido en vano para encontrar un criterio sustantivo del *jus cogens*.[85] El lenguaje del artículo 53 adopta un criterio positivista: son normas *ius cogens* aquellas que son aceptadas

81. Izidors J. Vizulis, *The Molotov-Ribbentrop Pact of 1939*, 1990.

82. Ullman-Margalit, nota 15 supra, pág. 42.

83. Id.

84. Convención de Viena, nota 17 supra, en artículo 53.

85. Hay una gran confusión entre las obligaciones generadas en virtud del *jus cogens* y las obligación general de obedecer el derecho internacional. Por ejemplo, Lauri Hannikainen, en un libro donde trata esta problemática, proclama que *todos los actos* (no sólo los tratados) contrariamente a las normas de *jus cogens* son inválidos. Ver Lauri Hannikainen, *Peremptory Norms (Ius Cogens) in International Law: Historical Development, Criteria, Present Status* 6 (1988). Pero esto se aplica también al jus *dispositivum* (derecho no perentorio). La distinción entre ambos tipos de derecho internacional debería formularse de otra manera. Una prohibición de *jus cogens* se presentaría de la siguiente manera: "Un estado puede no

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

como tales por la gran mayoría de los gobiernos.[86] Pero esta definición no puede ser correcta, ya que las obligaciones de *jus cogens* se aplican al acto de "aceptar y reconocer" una nueva norma de *jus cogens*. En otras palabras, la prohibición de contratar por respeto a normas de *ius cogens* debe reposar fuera de la voluntad de los estados, debido a que el propósito de aquellas es poner ciertos temas *fuera* del reino del consentimiento del estado. Mientras ni la Convención de Viena ni los especialistas ofrecen un criterio sustantivo que justifique una teoría de las normas de *ius cogens*, los autores han logrado arribar a cierto acuerdo sobre una lista plausible de tales normas.[87] Nadie sabe por qué lo son, pero todos parecen reconocerlas cuando las "ven". En la sección anterior he demostrado, contrariamente a lo que postulan los positivistas, por qué esas normas no pueden ser inferidas inductivamente. Aún si efectuáramos un rápido examen de las listas propuestas de normas perentorias, comprobaríamos que éstas incluyen principios morales fundamentales. Por ello, sugiero también que es posible definir a las normas de *jus cogens* como normas *morales*.[88] La doctrina tradicional, al concebirlas como normas consuetudinarias, una vez más combina el instinto correcto con una teoría legal incorrecta. Comprende que el consentimiento inmoral no debería crear obligaciones aún cuando se mantiene erróneamente fiel a la visión de que sólo el consentimiento puede determinar qué es inmoral. Por ejemplo, según esta tesis, la única característica relevante que deriva de la prohibición de asesinar prisioneros de guerra es que ha sido acordada por la gran mayoría de los estados. Si, en su lugar, la gran mayoría de los estados hubiera acordado *permitir* el asesinato de prisioneros de guerra, entonces también sería correcto. En lugar de conducirnos a una concepción del derecho, el positivismo nos lleva su antítesis: el anti-derecho. La pregunta que busca solución a la Convención de Viena pone en evidencia la pobreza del pensamiento positivista: los estados pueden estar en desacuerdo con cosas excesivas, pero qué se entiende por excesivo será determinado por acuerdo de los mismos.[89]

---

violar esta norma, y puede estar válidamente de acuerdo en alejarse de su cumplimiento bajo las prescripciones surgidas de los procesos de creación de leyes como el tratado o la costumbre". Una prohibición normal *(jus dispositivum)* se podría formular de una manera diferente: "Un estado puede no violar esta norma aunque podría estar válidamente de acuerdo en alejarse de su cumplimiento bajo las prescripciones surgidas de los procesos de creación de leyes como el tratado o la costumbre." Sin embargo, no puedo continuar con el tratamiento de este tema aquí.

86. Ver id. págs. 210-215.

87. Ver, por ej., id. en la Parte III.

88. La tesis del derecho internacional que prohibe tratados inmorales (o costumbres) fue propuesta por Alfred von Verdrosss, "Forbidden Treaties in International Law," *American Journal of International Law,* vol. 31, 1937, pág. 571. Posiblemente esto es lo que quiere decir la Convención de Viena cuando reclama que la comunidad internacional toda acepte una norma de *ius cogens*. Tal vez la idea que está detrás de la Convención es que aquellas normas son realmente imperativos morales pero que la única manera de acertar si un imperativo moral existe es consultando lo que piensa la gran mayoría de los estados. Basta decir que el *jus cogens* es derecho de mayor jerarquía que invalida el consentimiento bajo cualquiera de sus formas.

89. El Profesor Weisbrud también nota esta confusión y la respuesta que brinda sugiere desmantelar el *jus cogens.* Esto tiene sentido si se quiere mantener unido (como él lo hace) el dogma de que los estados tienen discreción ilimitada y no discutida para determinar las reglas del derecho internacional. Ver A. Mark Weisbrud, "The Emptiness of *Jus Cogens*, as Illustrated by the War in Bosnia-Herzegovina," *Michigan Journal of International Law,* vol. 17, 1995, págs. 1, 24-40. Mi propuesta es, tal vez, cercana a lo que Weisbrud llama derecho natural (que él rechaza, sin llegar a convencer, págs. 30-31). La tesis de que los estados pueden no estar de acuerdo con un comportamiento inmoral requiere abandonar tanto el positivismo y el relativismo moral.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

Para poder lograr una solución a este rompecabezas es necesario tomar distancia tanto del positivismo como de la teoría de los juegos y apelar a la filosofía político-moral. Como otras formas de cooperación, los acuerdos son objetables, no sólo cuando causan externalidades negativas sino cuando causan *injusticias* a las personas. No cualquier daño es inmoral: sólo aquél que causa un daño injusto. Y para decidir qué externalidades negativas pueden imponer los estados por medio del consentimiento y cuáles no, necesitamos una teoría político-moral, una teoría de la justicia. El principio de *jus cogens* simplemente nos dice que mientras el hecho de que un estado ha consentido en un comportamiento futuro provee una *razón moral* para cumplir con tal comportamiento. Sin embargo, en algunas ocasiones también pueden prevalecer otras razones morales. Cumplir acuerdos o prácticas consuetudinarias[90] puede traer aparejadas injusticias a terceros ya sea a la población de los estados parte o a terceros estados.

La confusión del gobierno con la gente

El derecho internacional trata el comportamiento de los gobiernos como si fuera *ipso facto* comportamiento de las naciones. He criticado esta tesis estatista, en otros trabajos;[91] algunos autores la llaman la analogía doméstica; mientras otros se refieren a ella como la opacidad del estado.[92] Utilizaré la teoría de los juegos para reformular mi crítica al estatismo. Cuando los especialistas de relaciones internacionales utilizan la teoría de los juegos para explicar el comportamiento del estado, asumen que el comportamiento internacional del gobierno *es* el comportamiento internacional del estado. El gobierno es quien determina qué es el interés nacional. Este actúa y, en la matriz, las ganancias son del estado, para todo el estado, sus ciudadanos, presentes y futuros.

Sin embargo, este análisis no describe correctamente lo que ocurre. Los gobiernos tienen sus propios intereses. No es necesario ser tan cínicos como los teóricos de la opción pública para darse cuenta de que los gobiernos tienen, en el mejor de los casos, intereses mixtos. En aras de la simplicidad, reduzcamos la motivación del gobierno a cuatro categorías: (a) el deseo de permanecer en el poder, (b) el deseo de adquirir prestigio y reconocimiento para sí, (c) el deseo de fomentar los intereses de sus ciudadanos, (d) el deseo de hacer lo correcto. Sea cual fuere esta mezcla (y sospecho que los componentes (a) y (b) son los más fuertes), casi por definición podemos afirmar que el comportamiento del gobierno no será aquel que responda al interés de los ciudadanos. Los gobiernos tienen sus propios intereses y, consecuentemente, ellos *obtienen réditos de la política exterior que, en la gran mayoría de los casos, difieren de los réditos de los gobernados.* Esto significa que una situación internacional PD es más compleja que una situación PD entre individuos: *para cada acto internacional existen dos matrices de réditos y, consecuentemente, dos matrices paralelas.* Una es la ganancia para el gobierno y la otra para la "nación" (el interés agregado de sus ciudadanos). En mi ejemplo previo de desarme nuclear, un país determinado eliminará o mantendrá su arsenal armamentista no sólo según cuánto

90. El derecho antiguo de conquista puede ser un ejemplo de la costumbre no moral.
91. Ver Tesón, nota 69 supra, Capítulos Tres y Cuatro.
92. Ver la discusión y referencias en supra Capítulo Dos.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

los ciudadanos del país esperan obtener de cada alternativa, sino también cuánto espera ganar el gobierno (por ejemplo, incrementando sus posibilidades de reelección).[93] A lo sumo, la teoría de los juegos podría explicar con mayor exactitud el comportamiento internacional, en el sentido de predecir cuál será el comportamiento racional del gobierno. El positivismo, debido a su presunción estatista, priva a la gente de la capacidad de consentir autónomamente a actos de política exterior.

La misma observación es aplicable a una situación de Coordinación. Según los estatistas, los estados llegan a un punto de equilibrio (de entre varios) en interés mutuo. Pero olvidan decir que este punto de equilibrio puede no ser idéntico para gobierno y gobernados. Por ejemplo, en el caso del derecho de pasaje a través del territorio indio el problema era si dicho derecho constituía una costumbre bilateral o no entre Gran Bretaña (como administrador de la India) y Portugal (como administrador colonial de Goa, un enclave en territorio indio).[94] La Corte decidió que tal costumbre existía. Pero la pregunta sin respuesta fue por qué la India debía estar obligada por una costumbre que surgió entre los administradores coloniales.[95] El punto de equilibrio (la regularidad alcanzada con el derecho consuetudinario de pasaje) representaba los intereses de las potencias coloniales de Gran Bretaña y Portugal, pero no representaba necesariamente el interés de las personas de Goa e India a quienes el gobierno indio no pretendía representar. La situación planteaba en suma, dos matrices diferentes, una para el gobierno y otra para el pueblo, pero esta última había sido ignorada. Esta anomalía ocurre en distintas situaciones y lugares. Ella es válida para todos los gobiernos, democráticos o no. Lo que ocurre es que la matriz de réditos de un gobierno democrático en general difiere menos de la matriz de réditos de sus gobernados. Ello es así porque en una democracia la supervivencia del gobierno depende de la decisión electoral colectiva. El análisis incluye todos los actos internacionales, comprendiendo los actos de creación de normas como el tratado y la costumbre. La teoría de los juegos se ve forzada a abandonar la presunción de la "opacidad" del estado ya que, de otra manera, las matrices no estarían describiendo las consecuencias de la política exterior para el estado (entendido como población más territorio más gobierno) sino sólo para los gobernantes.

La tesis Kantiana promete un enfoque diferente del derecho internacional porque provee instrumentos para explicar lo que el positivismo deja sin explicar. La noción de legitimidad política es un concepto normativo que evita la confusión entre gobierno y gobernados. Vimos que el interés del gobierno casi nunca

---

93. No pienso en ejemplos atroces como el uso tiránico del poder, sobornos, o actos de corrupción. Me refiero a ejemplos tales como el deseo de "entrar en la historia" o incrementar las oportunidades de reelección.

94. Ver Oye, nota 9 supra, págs. 1, 6.

95. La India abordó el tema de la legitimidad de una manera particular. Cuestionó la competencia de la Corte con el argumento de que la disputa comprendía exclusivamente territorio indio (tratando la región del Goa como territorio realmente propio). Ver La Quinta Objeción Preliminar de la India, El Derecho de Pasaje A Través del Territorio Hindú (Portugal c/India), 1960 *International Court of Justice Pleadings,* vol I., págs. 122-185. La Corte rechazó este argumento también de una manera particular. El hecho de que la India discutiera la soberanía hizo que la disputa se transformara en "internacional", y por ello se la trataría bajo los términos de la cláusula opcional. Derecho de Pasaje A través de Territorio Hindú (Portugal c/India), *International Court of Justice*, 1960, págs. 6, 32-33.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

corresponde al interés de las personas. Pero sí es posible reducir los daños que causa tan triste realidad. Un posible intento de explicar las instituciones democráticas como fueran definidas en el presente trabajo (respeto por los derechos humanos más un gobierno realmente representativo) es viéndolas como intentos de poner límites a la búsqueda de los intereses particulares del gobierno a expensas del interés de la gente. En suma, el ideal es fundir en una a las dos matrices.

Cuando el derecho internacional prohibe al gobierno la violación de los derechos humanos, está trazando los límites de aquellos caminos que quisiera transitar el gobierno para satisfacer sus intereses (por ejemplo, si con el objeto de perpetuarse en el poder suprimiera el derecho al disenso). Las elecciones democráticas periódicas, permiten reemplazar a los gobiernos malos, es decir, aquellos que sólo persiguen su interés particular a expensas de los gobernados. El análisis de la teoría de juegos, pues, brinda un argumento adicional a favor de la democracia. Típicamente, un gobierno es relativamente más democrático cuando su matriz de réditos se aproxima a la matriz de ganancias que representa los intereses agregados de la población. Si bien las dos matrices casi nunca coincidirán; en sistemas no democráticos se alejarán. Es posible que esta sea una forma de interpretar el argumento de Kant según el cual para garantizar la paz se necesita democracia porque los gobiernos no democráticos no incurren en mayores costos cuando envían a la gente a la guerra. La estructura de costos y beneficios del gobierno en una sociedad democrática se acerca a la estructura de costos y beneficios de la gente. En suma, la gente ejerce un control mayor sobre las decisiones gubernamentales.

Concluyo afirmando que la teoría tradicional sobre las fuentes del derecho internacional adolece de errores provocados por la persistente adhesión del positivismo a la tesis de que sólo los actos de los gobiernos crean derecho internacional. Debido a esta negativa a entender la motivación moral, los positivistas son guiados a desarrollar una teoría incoherente sobre la obligación internacional. Creen que el interés nacional es el motor de la relaciones internacionales, aún cuando insisten que la obligación se basa en el consentimiento, y aún en aquellos casos que es contrario al interés nacional. He demostrado que esta tesis sólo puede ser defendida apelando a principios morales que se encuentran más allá del consentimiento de los estados. Sin embargo, los positivistas *aparentan* rechazar el rol de los valores en la interpretación jurídica, pero no creo que esa sea su verdadera posición. No llegan a rechazar las normas morales. Al igual que los teóricos del derecho natural, los positivistas se basan en una norma no positiva: aquella que exige la preservación de los estados y gobiernos existentes. Pero (con notables excepciones como la de Michael Walzer) simulan que su visión es "objetiva." Dicha objetividad es falsa, y el mundo de las ideas podría beneficiarse en gran medida si intentaran apoyar su presunción normativa con argumentos. A los positivistas les gusta recalcar que su tesis (la ley es creada exclusivamente por los estados) es respetuosa de la soberanía del estado (que ven como la encarnación jurídica de las diferencias culturales y nacionales) y, por ello, la creen superior a las alternativas propuestas por el derecho natural. Pero el énfasis que los positivistas ponen en el poder de los gobiernos no es una reivindicación de las diferencias nacionales legítimas, sino apenas una apología disfrazada del poder político.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

El positivismo, entonces, es incoherente. Pero este artículo deja abierta la posibilidad de que el Realismo sea coherente. Tal vez sea posible explicar sin incoherencia el mundo social definiéndolo como el resultado exclusivo de personas que actúan como maximizadores racionales del interés particular y de estados que actúan como maximizadores racionales del interés nacional. Es posible que la idea de la obligación sea sólo una ilusión y que la motivación moral siempre puede ser reducida a explicaciones de teoría de juegos. Pero considero que ésta es una visión empobrecida. Si suscribimos al paradigma de la teoría de juegos donde todas las acciones, desde la más vil a la más sublime, pueden ser vistas como intentos de maximizar nuestro interés, corremos el riesgo de perder de vista dimensiones importantes del quehacer humano. Si la motivación moral es una ilusión, conviene sin embargo preservarla.

APÉNDICE: ILUSTRACIÓN DEL DILEMA DEL PRISIONERO EN EL ÁMBITO DE LAS RELACIONES INTERNACIONALES

Para ilustrar una relación de PD típica, imaginemos que dos estados (por ejemplo, Argentina y Brasil) están considerando incrementar la inversión militar para ampliar su arsenal armamentista. Supongamos que ambos países están compitiendo por la hegemonía en América Latina. Supongamos también que tampoco existen otros actores que puedan influir en la decisión de estos dos jugadores (por ejemplo, no existe presión alguna de los Estados Unidos para que alguno de ellos o ambos se desarmen). Cada gobierno sólo tiene que considerar el comportamiento del otro. La matriz que sigue a continuación demuestra una estructura posible de los réditos en una situación de este tipo:

Argentina

	A	B
A	2/2	4/1
D	1/4	3/3

Brasil

Los símbolos de esta matriz son los siguientes. Un jugador, Argentina, está representado en la columna; el otro, Brasil, está representado en la fila. La letra *A* representa la acción de armarse y la letra *B* la de desarmarse. Cada jugador puede escoger entre armarse o desarmarse. De esta manera, se generan cuatro combinaciones posibles de las dos opciones originales. Los números representan los réditos correspondientes a cada combinación, para cada uno de los jugadores. La medida del rédito (lo que gana cada uno) está representada por la medida ordinal que corresponde a la cantidad obtenida (para cada actor: 4>3>2>1). El número de la derecha representa convencionalmente la ganancia del jugador ubicado en la columna; el número de la izquierda, el número del jugador ubicado en la fila.

En esta matriz, el mejor resultado de la Argentina (4) es armarse y lograr que Brasil se desarme porque, de esta manera, la primera alcanzará la hegemonía

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

hemisférica. Su peor resultado (1) es el reverso, esto es, desarme unilateral y así ser vulnerable a la hegemonía hemisférica armada de Brasil. Su segundo mejor resultado (3) se presenta si ambos países se desarman; y su mejor tercer resultado (2) ocurre si ambos se arman. Esto es peor que el desarme mutuo (debido al peligro de guerra más los costos que ella trae aparejados) pero mejor que estar dominado; la cooperación mutua (desarme) es el segundo mejor resultado; la deserción mutua (carrera armamentista) es el mejor tercer resultado; una cooperación no correspondida (desarme unilateral) es el peor resultado.

La estrategia dominante para cada país enfrentado a este dilema (algunas veces también llamado el Dilema de la Seguridad) es *no* cooperar y, por ende, armarse. Al hacerlo, cada uno de ellos se asegura contra el peor resultado posible (subyugación política) y así todavía conserva la chance de llegar, eventualmente, a obtener el mejor resultado si su adversario es lo suficientemente ingenuo como para desarmarse unilateralmente. Debido a que ambos gobiernos razonan de manera similar, ambos se armarán, alcanzando el primer cuadro de la izquierda (2/2, deserción mutua) en la matriz precedente. El resultado *colectivo* de esta deserción mutua, que es la opción racional para cada país considerada individualmente, es Pareto-inferior para la cooperación mutua. Cada uno de ellos obtendría mayores ganancias si ambos se desarmaran en lugar de armarse. Pero debido a que el desarme los expone a ser explotados por el otro, su estrategia dominante es la de armarse.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

Conferencias

La infraestructura de la decisión constitucional de los Estados Unidos *

Drew Days III **

Traducción de Susana Calleja

INTRODUCCIÓN

Cada año, hacia fines de junio, la Corte Suprema de los Estados Unidos completa otro período, habiendo tomado decenas de decisiones que afectarán profundamente el modo en que nuestras instituciones y ciudadanía habrán de funcionar en los años por venir. En este período, por ejemplo, la Corte, entre otras decisiones, rechazó como derecho constitucional el suicidio asistido por un médico[1] y declaró inconstitucionales a las leyes federales que restringen el material indecente en Internet[2], a las que imponen condiciones sobre la compra de armas de mano y a las que otorgan, desde la regulación gubernamental, protecciones especiales a prácticas religiosas. También concluyó que el Presidente de los Estados Unidos era pasible de ser demandado directamente ante una Corte Federal por una conducta anterior a su toma de posesión.

Los diarios, así como los programas de radio y televisión, están llenos de informes sobre estas decisiones, sobre lo que ellas auguran para el futuro y lo que dicen sobre el éxito o fracaso de los respectivos jueces para alcanzar ciertos objetivos ideológicos durante el período. Pero muy poco o nada se dice sobre el proceso por cual los casos llegan a la Corte, son aceptados para revisión y finalmente, son resueltos. En la mente popular, influida en un grado significativo por la cobertura superficial de los medios, el proceso es bastante sencillo: los individuos u organizaciones tienen desacuerdos; contratan abogados para llevar o defenderse en los juicios; los tribunales de juicio y apelación adoptan resoluciones que, si son suficientemente importantes desde un punto de vista constitucional o legal, son aceptadas para revisión y decididas por la Corte Suprema. Sin embargo, la realidad es otra. De hecho, el proceso por el cual la

---

* Conferencia pronunciada el 20 de agosto de 1997 en la Universidad de Palermo.

** *Solicitor General* durante la primera Administración Clinton. Alfred M. Rankin Professor of Law, Yale University.

1. N. de T. La cuestión fue decidida en "Vacco, Attorney General of New York v. Quill", N° 95-1858, 26-6-97. Se puede encontrar un comentario sobre este fallo de María Angélica Gelli en *La Ley* "La prohibición del suicidio asistido – Garantía de la Igualdad en una sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos", Buenos Aires, 27 de abril de 1998.

2. N. de T. La sentencia aludida fue dictada en "Reno v. ACLU", 26 de junio de 1997, 65 LW 4715; ver, además, el capítulo V de este artículo.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

Corte Suprema determina la agenda de casos que aceptará para debate y decisión es bastante complejo y refleja una dinámica interacción, en varios sentidos, entre la Corte y un grupo de "jugadores repetidos", constituido por litigantes institucionales públicos y privados. De esta "Infraestructura de la Decisión Constitucional de los Estados Unidos", es de lo que hoy quiero hablar.

I. La jurisdicción de la Corte Suprema

Por supuesto, la figura central en esta dinámica es la Corte Suprema en sí misma. Desde la famosa decisión de 1803 del Presidente de la Corte John Marshall en el caso *Marbury v. Madison*, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha ejercido el poder de revisión judicial sobre las acciones de las ramas coordinadas del gobierno federal, así como las de estados y localidades, en donde están implicadas cuestiones de derecho constitucional y codificado. Sus interpretaciones de la Constitución sólo pueden ser modificadas por la reforma de nuestro documento básico. Como un juez observó, sobre la Corte, "No somos definitivos porque somos infalibles, sino que somos infalibles porque somos definitivos". Pero el poder de la Corte Suprema, a este respecto, también está caracterizado por un cierto grado de tensión estructural.

Por un lado, es un tribunal de jurisdicción limitada en, al menos, tres aspectos.

Primero, está limitado por el Artículo III de la Constitución, que establece la materia y partes sobre las cuales la Corte puede ejercer su poder. Así, por ejemplo, la Corte sólo puede resolver "casos o controversias" (disputas actuales) y no está facultada a dar opiniones consultivas sobre cuestiones hipotéticas.

Segundo, está limitada por el Congreso, dado que el cuerpo legislativo puede hacer "excepciones" y "regulaciones" con respecto a la jurisdicción de apelación de la Corte. Y, a pesar de que el Congreso no puede alterar la jurisdicción original de la Corte, tiene el poder de conceder jurisdicción concurrente sobre tales disputas a los tribunales federales inferiores.

Y tercero, la Corte se ha impuesto a sí misma, a través de los años, una serie de restricciones que -aunque no están constitucionalmente requeridas- han sido vistas como importantes para mantener un balance adecuado entre el gobierno federal y los estados, y esenciales para un funcionamiento eficiente y efectivo de la Corte como institución. Las doctrinas sobre legitimación, cuestiones abstractas (*mootness)*, *ripeness* y cuestiones políticas, referidas generalmente como cuestiones de "justiciabilidad", sirven como principales restricciones a este respecto. Adicionalmente, la Corte declinará revisar una decisión de un tribunal estatal, aun aquélla que claramente plantee cuestiones constitucionales federales, cuando el mismo resultado al que se arriba pueda haber sido alcanzado sobre fundamentos "independientes y adecuados" de la ley estatal.

Por otro lado, la Corte Suprema de los Estados Unidos es un tribunal constitucional que difiere, marcadamente, en varios aspectos, de sus pares de la mayoría de los sistemas legales civiles. Pero una de las más importantes distinciones es que nuestra Corte Suprema tiene, virtualmente, una jurisdicción totalmente discrecional más que obligatoria. Con respecto a sus jurisdicciones originales, como lo establece el artículo III de la Constitución, las leyes federales ahora sólo requieren a la Corte Suprema ejercer jurisdicción exclusiva (como opuesta a concurrente) sólo con respecto a "controversias entre dos o más

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

Estados". De cualquier modo, sólo un puñado de esos casos llegan a la Corte Suprema en cada período. En cuanto concierne a su jurisdicción de apelación, desde 1925, el Congreso, usualmente con el estímulo de la Corte, ha reducido gradualmente los tipos de casos que está obligada a revisar. En 1988, el Congreso eliminó efectivamente la jurisdicción obligatoria de la Corte.

Revestida con amplia discreción para seleccionar qué casos aceptará para revisar, la Corte ha mostrado, en forma suficientemente clara, su intención de establecer criterios rigurosos para evaluar los que requieren su consideración. La Regla 10 de la Corte Suprema "Consideraciones que Gobiernan la Revisión para *Certiorari*" dice, en parte, como sigue:

La revisión de un *writ of certiorari* [3] no es una cuestión de derecho sino de discrecionalidad judicial. Una petición para *writ of certiorari* sólo será concedida por razones imperiosas (*compelling reasons*).

Como consecuencia de tener este poder discrecional de revisión, la Corte está en una posición de delinear el curso de desarrollo del derecho constitucional de los modos que crea apropiados, seleccionando sólo esos casos que van a servir como vehículos apropiados para alcanzar ese fin.

Sin embargo, debe agregarse una pieza fundamental a este cuadro de restricciones y poderes jurisdiccionales de la Corte. A pesar de ser una perogrullada, vale la pena repetir que la Corte Suprema, como otros tribunales federales, es una institución *reactiva*. No puede iniciar una acción, como el Congreso y el Presidente, más bien responde a peticiones de litigantes que buscan la resolución definitiva de cuestiones importantes de derecho constitucional federal o legal. Este hecho mueve a uno a preguntarse "¿Cómo hace la Corte Suprema para evaluar miles de peticiones de revisión que recibe cada período y reducir ese número a menos de cien, que serán aceptados para amplio tratamiento, debate oral y decisión?"

Para dar a Uds. algún sentido de la magnitud de este objetivo, durante el término recientemente concluido, 1996-7, la Corte recibió más de 7000 requisitorias de revisión, de las que fueron aceptadas menos de 90. Sólo 90 casos fueron efectivamente debatidos ante la Corte (incluyendo casos diferidos del período anterior) entre octubre de 1996 y junio de 1997. Esto constituye un poco más del 1º de nivel de aceptación.

Un conjunto de explicaciones tiene que ver con el trabajo interno de la propia Corte. Primero, más de dos tercios de las peticiones pidiendo revisión son de acusados criminales (federales y estatales) cuestionando la legalidad o constitucionalidad de sus condenas. A pesar de que pocas de esas peticiones presentan "razones imperiosas" para requerir la revisión de la Corte Suprema, la vasta mayoría, manifiestamente, no lo hace. Segundo, bajo la así llamada "Regla de Cuatro", una petición de revisión será aceptada por la Corte si cualesquiera cuatro de los jueces lo votaran. Esa decisión no es necesariamente sencilla, pues los jueces pueden reflejar el resultado de complejos cálculos individuales o grupales:

1. Cuatro o más miembros pueden decidir en favor de conceder revisión porque el caso plantea cuestiones importantes que necesitan ser resueltas a fin de proveer guía a los tribunales inferiores; o

---

3. N. de T. Para conocer la noción de *writ of certiorari* y su aplicación en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ver Oteiza, Eduardo "El *certiorari* o el uso de la discrecionalidad por la C.S.J.N. sin un rumbo preciso" *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo* N° 3, especialmente Capítulo I, p. 73 y siguientes.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

2. Un *quórum* de cuatro puede no ser alcanzado porque los jueces creen que una cuestión es importante, pero todavía no es apropiada para la consideración de la Corte Suprema, prefiriendo, en cambio, permitir que las cuestiones "se filtren" en los tribunales inferiores o cortes estatales, donde la cuestión y los argumentos puedan ser mejor delineados; o
3. Algunos jueces, que crean que una cuestión está madura para revisión, sin embargo, pueden votar contra la aceptación, por temor a que la decisión sobre los méritos, pueda ser desfavorable al resultado que creen correcto; o
4. La Corte puede estar de acuerdo en que no está preparada, como institución, para abordar una cuestión particular, porque los jueces están profundamente divididos acerca de cuál debe ser el resultado correcto.

La revisión de los jueces del gran número de peticiones presentadas cada año está asistida por el trabajo de un grupo de más de treinta secretarios letrados *(clerks)*, que en la mayoría de los casos, conducen una evaluación preliminar de los casos para determinar si son valiosos para revisión.

En este sentido, la inicialmente desalentadora lista de peticiones pendientes se reduce a una fracción. Debe advertirse que hasta hace cinco períodos, la agenda de casos de la Corte aceptados para revisión era mayor a cien, llegando en algunos puntos a 150-80. Más recientemente, la Corte, por razones abiertas a la especulación, ha hecho un esfuerzo concertado para mantener el registro de expedientes próximo a los noventa casos.

II. JUGADORES REPETIDOS

Pero quiero volver a los factores *externos* al proceso de la Corte que afectan significativamente sus decisiones con respecto a la aceptación o rechazo de los casos para revisión. Como mencioné antes, la Corte Suprema es una institución reactiva. Debe esperar la presentación de peticiones, antes de poder dedicarse al proceso de selección. Su trabajo, en este aspecto, avanza o se retrasa dependiendo de si esas solicitudes tienen suficientemente *internalizado* su criterio de revisión y se presentan a la Corte con casos que planteen cuestiones constitucionales o legales verdaderamente importantes y que ofrecen "razones imperiosas" por las cuales la Corte debería aceptarlos para revisión. Por supuesto, los Estados Unidos tienen un gran *pool* de abogados talentosos, quienes aún sin experiencia previa de práctica ante la Corte Suprema, podrían estar capacitados para llevar con distinción casos ante ella.

Sin embargo, como se ha dicho, todavía es un hecho que un grupo pequeño de abogados y organizaciones legales constituyen un grupo de "jugadores repetidos" ante la Corte, presentando numerosas memorias cada período y debatiendo mucho más que su justa cuota de casos. Este resultado no es casual, sino más bien una consecuencia de varios factores. Primero, estos litigantes han dominado, a través del tiempo, el criterio de selección de la Corte y han desarrollado una sofisticada interpretación de la actitud de la Corte y de sus procedimientos internos. Segundo, tienen la habilidad de seleccionar, como organización, entre una gama de casos, aquéllos provenientes de tribunales inferiores o cortes estatales que es posible que sean de interés de la Corte. Y

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

tercero, estos abogados y organizaciones se han convertido en "*KNOWN QUANTITIES*" para la Corte, competentes para alegar y debatir los méritos de los casos en un modo que permitirá entender, exactamente, qué cuestiones están antes y qué alternativas están disponibles para resolverlas.

En orden a dar más fundamento a las observaciones generalizadas que he hecho en este punto, quiero enfocar la atención sobre cinco organizaciones que, a pesar de no formar una lista exhaustiva, ejemplifican la dinámica de "jugador repetido" que tengo en mente. Una, es una agencia gubernamental, la Oficina del *Solicitor General* [4] de los Estados Unidos, que encabecé por tres años en la Primera Administración Clinton. Otras dos son lo que podría llamarse "la vieja línea" de litigantes venerables ante la Corte: la NAACP *Legal Defense and Educational Fund* [5] y la *American Civil Liberties Union* (ACLU)[6], ambas con sede en Nueva York. Las dos últimas son organizaciones relativamente nuevas, *Public Citizen*[7] y W*ashington Legal Foundation*[8], con sede en Washington D.C.

III. La Oficina del *Solicitor General*

La Oficina del *Solicitor General* de los Estados Unidos es una agencia dentro del Departamento de Justicia. Fue creada en 1870 por el Congreso para proveer asistencia a un sobrecargado Procurador General con respecto a la representación de los Estados Unidos ante la Corte Suprema. Sin embargo, hoy en día, el *Solicitor General* es, virtualmente, el que toma la decisión (*decision maker*) final respecto de cuestiones de la Corte Suprema, no sólo sobre si el gobierno federal aparecerá ante la Corte, sino también con respecto a qué argumentos serán propuestos en esas frecuentes ocasiones en que participa en el litigio. A pesar de que el *Solicitor General* es elegido por el Presidente, con el consejo y consenso del Senado, y depende del jefe del Departamento de Justicia -el Procurador General-, una tradición -una convención, si les parece- de independencia ha crecido alrededor del ejercicio de autoridad del *Solicitor General* en las cuestiones de la Corte Suprema. Este funcionario es el más importante litigante ante la Corte Suprema, período tras período, participando en casi dos tercios de todos los casos que llegan a audiencia. Durante el período recientemente completado, la Oficina del *Solicitor General* participó en cincuenta y ocho de los noventa casos que la Corte resolvió en audiencia oral.

Para entender la importancia del *Solicitor General* en el proceso de selección de la Corte Suprema, es necesario cierto conocimiento de su función de "guardián de entrada" y tamiz. Cada año, el gobierno de los Estados Unidos, o uno de sus departamentos o agencias, se encuentra involucrado en pleitos en

---

4. N. de T. Tal como podrá apreciarse durante el desarrollo del capítulo III, no existe en las instituciones argentinas un organismo que tenga las mismas atribuciones que la Oficina del *Solicitor General*, ya que algunas de sus funciones se corresponden con las del Procurador General de la Nación –su actuación ante la Corte Suprema en general- y otras son semejantes a las del Procurador del Tesoro –la representación del Estado Nacional en juicio -. Por tal motivo, habré de mantener la denominación original en inglés.

5. N. de T. *National Association for Advancement of Colour People*. Fondo de Defensa Legal y Educacional de la Asociación Nacional para el Avance de las Personas de Color.

6. N. de T. Unión Americana de Libertades Civiles.

7. N. de T. Grupo de Litigio del Ciudadano Público.

8. N. de T. Fundación Legal de Washington.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

cortes federales. Esos casos, en los niveles de juicio y apelación, alcanzan varias decenas de miles. Imaginen el impacto sobre la agenda de casos de la Corte Suprema si cada caso que el gobierno federal perdiera en juicio fuera apelado al próximo nivel, el circuito de cortes de apelación y si, luego de ello, cada pérdida en apelación resultara sujeta a una petición de *certiorari* (o revisión) en la Corte Suprema. El número de casos presentados cada período sería varias veces el número corriente de 7000 y, francamente, la Corte no podría, como se encuentra actualmente organizada, tener los recursos humanos para manejar tal volumen.

De hecho esto no sucede porque el *Solicitor General* sirve como "guardián de entrada" con respecto a las apelaciones del gobierno, tanto de las elevadas de los tribunales de juicio a las cortes de apelación del circuito, como de esas cortes intermedias a la Corte Suprema. Haciendo esto, tanto en el nivel de corte de circuito y más seguramente a nivel de la Corte Suprema, el *Solicitor General*, con escasas excepciones, ha tomado los criterios de la Corte Suprema como propios -*internalizándolos*- en la evaluación de si los casos debiesen ser admitidos para subir la escalera judicial para mayor revisión. Hay varias razones para que el *Solicitor General* tome este enfoque. Dos son simplemente pragmáticas. Primero, la Corte acepta muy pocos casos para revisión cada período y el gobierno tiene poco por ganar al presentar peticiones de revisión que seguramente serán rechazadas. Segundo, el *Solicitor General* mejora su reputación con la Corte al declinar buscar revisión en casos débiles para el gobierno, incrementando, eso se espera, las chances de que la Corte concederá la revisión cuando él determina que un caso lo merece.

Pero igualmente significativo y especialmente digno de atención, dada la doctrina de separación de poderes que guía las acciones de los tres poderes del gobierno federal, es que el *Solicitor General* sirve como un riguroso guardián desinteresado, para la Corte como institución y por su capacidad para cumplir sus funciones judiciales con efectividad. A este respecto, las responsabilidades del *Solicitor General* están, al menos teóricamente, en cierta tensión: por un lado, es un funcionario de la Corte; por el otro, es un abogado del Poder Ejecutivo.

En la búsqueda de revisión de los casos del gobierno, la posibilidad del *Solicitor General* para adherir al criterio de la Corte es superior a la de la mayoría de los otros litigantes, porque el pleito del gobierno frecuentemente presenta "razones imperiosas" para resolución de la Corte Suprema. Primero están esos casos en los que una ley del Congreso ha sido declarada inconstitucional. La Corte considera la revisión de esas decisiones como una de sus más solemnes responsabilidades. Segundo, el gobierno tiende a litigar casos a través del país en diferentes tribunales de juicio y apelación. De ese grupo de potenciales casos para revisión de la Corte Suprema, el *Solicitor General* está en posición de seleccionar sólo aquéllos que presenten cuestiones legales en los términos más claros, en informes bien desarrollados. Tercero, las demandas que cuestionan la constitucionalidad de programas de gobierno tienden a tener un potencial impacto nacional. Y, finalmente, los programas, frecuentemente, involucran sumas extremadamente grandes de dinero. Todas las consideraciones precedentes incrementan las posibilidades de que la Corte Suprema concederá la revisión, si se hubiera solicitado. Las estadísticas confirman esta expectativa. A pesar de que el gobierno presenta sólo varias docenas de peticiones cada período (un porcentaje minúsculo del total), entre el sesenta y el ochenta por ciento de sus peticiones son aceptadas para revisión, un récord no igualado por ningún otro litigante.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

Es difícil elegir un ejemplo de cómo la oficina del *Solicitor General* ha utilizado su función de guardián para elevar una cuestión legal desde los tribunales inferiores hasta la Corte Suprema. Pero, quizá, fue instructivo el triunfo del gobierno en el período 1995/6 al persuadir a la Corte de que tanto los procesos civiles de confiscación y la persecución criminal contra el mismo acusado, originados en la misma conducta (una aproximación usada frecuentemente en casos de narcóticos) no violaban la Cláusula de Doble Riesgo de la Octava Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos. Fue la culminación de años de litigar la cuestión en tribunales inferiores y de cuestiones relacionadas ante la Corte en sí.

La Corte Suprema ha sido muy explícita en admitir que reposa sobre el ejercicio de las funciones de guardián del *Solicitor General*, tal como las acabo de describir. Pero el *Solicitor General* también juega un rol asesor *vis a vis* de la Corte en varios otros aspectos. Como mencioné antes, la vasta mayoría de las peticiones presentadas cada año, son de acusados criminales que objetan sus condenas. Muchos han sido condenados por delitos federales. El *Solicitor General* colabora con la Corte en la determinación, entre este gran volumen de peticiones (así como en muchas peticiones en casos civiles), de cuáles erigen cuestiones que merecen revisión. A diferencia de casi todos los otros litigantes, el *Solicitor General* regularmente aconseja a la Corte que los casos que ganó en los tribunales inferiores, no obstante, merecen revisión por la importancia de las cuestiones presentadas, aún cuando hacer eso pueda poner en riesgo la victoria del gobierno.

El *Solicitor General* también tradicionalmente "reconoce su error" cuando concluye que la decisión de un tribunal inferior a favor del gobierno fue "manifiestamente injusta" o un "desvío de justicia". Quizás más notablemente, de vez en cuando, la propia Corte pide al *Solicitor General* que aconseje si una petición pendiente que involucra a otras partes, debería ser aceptada para revisión. Ningún otro litigante es invitado a representar este papel. Y, finalmente, la oficina del *Solicitor General*, por su parte, presenta memoriales como *amicus* (amigo de la Corte), para proveer consejo sobre cómo y en qué sentido deberían ser decididos los casos.

Dada esta muy acomodada y matizada relación que el *Solicitor General* goza con la Corte, algunas veces se lo considera como "El Décimo Juez". Esto no es sugerir que la Corte ha abdicado su responsabilidad de tomar la decisión crítica de si un caso debe ser aceptado para revisión. Más bien, simplemente subraya cómo las acciones del *Solicitor General* contribuyen a delinear el ejercicio de la Corte en su jurisdicción discrecional.

IV. *NAACP Legal Defense and Educational Fund Inc.*

La primera organización no gubernamental en mi lista es la *NAACP Legal Defense and Educational Fund*. Fundada en 1940, estuvo encabezada por varios años por Thurgood Marshall, quien más tarde se convirtió en Juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos. El Fondo de Defensa Legal ha debatido más casos ante la Corte que cualquiera otra organización, salvo la Oficina del *Solicitor General*. El Fondo es bien conocido alrededor del mundo por su exitosa embestida sobre la doctrina "Separados pero Iguales" que, por casi un siglo, autorizó la segregación racial impuesta desde el gobierno en muchos sectores de la vida americana. La Corte Suprema declaró inconstitucional esa doctrina

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

en su decisión de 1954 en "Brown",[9] al proscribir la segregación racial en la educación pública. Las subsiguientes campañas de litigio dirigidas por el Fondo lograron el fin de la segregación racial en el voto, vivienda y transporte público.

Lo que es más significativo para nuestros propósitos, sobre los históricos y presentes enfoques para litigar, tienen que ver con su uso del "caso de prueba". Como hizo en la serie de casos encaminados a la decisión de "Brown", el Fondo opera, generalmente, identificando una ley, política o práctica que se vea como racialmente discriminatoria y CRAFTING un desafío legal que busque aplicar o extender un precedente de la Corte Suprema ya existente. Las demandas son desarrolladas y litigadas en los tribunales inferiores con el ojo puesto en llevarlos ante la Corte Suprema y obtener una decisión que altere el *statu quo* en dirección de una mayor equidad racial.

El Fondo es capaz de orquestar sus actividades de litigio en más de una manera, aunque en una escala menor que el *Solicitor General.* Ello reposa en una red de abogados, alrededor del país, que trabaja muy cerca del equipo *full time* del Fondo y lleva a su atención casos que pueden servir como vehículos efectivos para, finalmente, presentar cuestiones legales a la Corte Suprema. Más aún, su larga historia de abogar por la justicia racial causa, naturalmente, que grandes números de individuos busquen representación del Fondo. De este grupo de casos, el Fondo selecciona cuidadosamente sólo aquellos que aparentan presentar hechos y temas de imperioso tratamiento. Finalmente, en la medida en que no represente a una parte en juicio en tribunales federales inferiores o la Corte Suprema, lleva adelante una activa práctica de presentar memoriales como "amigo de la corte", en favor de los argumentos legales propuestos por las partes, con los que está de acuerdo.

En los períodos recientes, el Fondo ha estado involucrado en un número de casos debatidos ante la Corte sobre cuestiones de acción afirmativa, discriminación en el empleo y desagregación escolar. Pero recientemente, sus esfuerzos más sostenidos se han enfocado en cuestiones que tienen que ver con el uso de un criterio racial en la rediagramación de los distritos congresionales. Sin ir a detalles innecesarios, es suficiente decir que años atrás, varias legislaturas de estados sureños rediagramaron los límites de los distritos de tal modo que se acrecentó la posibilidad de los votantes negros de elegir candidatos de su preferencia. Los defensores de esos distritos sostenían que estaban diagramados de conformidad con las leyes federales de derecho electoral. Sin embargo, los tribunales inferiores de Georgia, Louisiana y Texas declararon inconstitucionales a los distritos. Sólo el esquema de distritos de Carolina del Norte sobrevivió al ataque.

Al revisar esas decisiones, la Corte Suprema sostuvo que todas eran inconstitucionales porque encontró que estaban basadas predominantemente en una cuestión racial más que de conformidad con los principios tradicionales de rediagramación de distritos. El Fondo representó partes en los casos de Georgia, Texas y Carolina del Norte en los tribunales inferiores y en la Corte Suprema. Por supuesto, una de las moralejas de esta historia es que ser un "jugador repetido" no asegura que uno prevalecerá, pero sí que es más probable que se reciba una audiencia respetuosa durante el juicio. Pero también debe notarse que a pesar de que esos casos fueron perdidos por el Fondo, la Corte, en el período recientemente concluido, sostuvo por primera vez los méritos de un plan de rediagramación de distritos

9. N. de T. "Brown v. Board of Education".

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

congresionales que estaba, en parte, basado en consideraciones raciales. Esto sugiere que el contacto regular entre ciertas instituciones litigantes y la Corte puede, a través del tiempo, producir algún cambio en el pensamiento de los jueces sobre cuestiones legales recurrentes. Al menos, los argumentos hechos en casos perdidos, donde la votación está estrechamente dividida, proveen "municiones" para los jueces disidentes que, un día, pueden estar en posición de forjar una mayoría favorable.

V. *AMERICAN CIVIL LIBERTIES UNION*

La siguiente organización es sinónimo, en los Estados Unidos, de defensa de los derechos de libertad de religión, expresión, prensa, de reunión y asociación, protegidos por la Primera Enmienda de nuestra Constitución. Por casi ochenta años, la *American Civil Liberties Union*, con sede en Nueva York, ha librado batallas en la Corte Suprema contra la censura gubernamental, aquélla que resulta previa a la expresión, la dirigida contra la prensa, las restricciones arbitrarias a reuniones públicas, las cargas impuestas sobre el ejercicio libre de grupos religiosos minoritarios y la interferencia en la privacidad de los individuos y asociaciones. También ha destinado recursos para enfrentar denegatorias sobre igual protección en el área de discriminación de género, por ejemplo.

A través de los años, ACLU ha desarrollado una reputación envidiable en la Corte Suprema, no sólo por la calidad de sus informes preliminares y argumentos orales, sino porque, particularmente en el debate de la Primera Enmienda, no ha huido de tomar casos impopulares o clientes desagradables a favor del mayor interés de proteger las libertades individuales de todos. Dos períodos atrás, por ejemplo, ACLU representó ante la Corte al Ku Klux Klan, una organización supremacista blanca, en la derogación exitosa de un edicto sobre la colocación de una cruz de madera sobre los jardines del Capitolio del Estado de Ohio. A pesar de que la filosofía organizacional de ACLU es enteramente antitética a la de KKK, vio en este caso -como lo hace a menudo- un principio de libertad de expresión que merecía ser reivindicado.

Como *NAACP Legal Defense Fund*, ACLU es capaz de trabajar mediante una red de afiliados a través del país para generar un grupo de casos de prueba sobre asuntos de libertades civiles. Sin embargo, su trabajo de red es vastamente más amplio, ya que ACLU es una organización de 275.000 miembros, con representaciones en los cincuenta estados y en trescientas ciudades y pueblos. Reposa sobre un cuadro de dos mil abogados voluntarios que manejan, anualmente, alrededor de 6.000 casos en varias cortes. ACLU actúa ante la Corte Suprema de los Estados Unidos más que ninguna otra organización, excepto la Oficina del *Solicitor General*.

Para darles algún sentido del nivel de actividad de ACLU ante la Corte Suprema, durante el período pasado, presentó informes en veinticinco casos, casi un tercio del total de los atendidos por la Corte. En cuatro de esos casos, representó a una parte. El rol que ACLU jugó en un importante caso que involucra a la libertad de expresión es emblemático de sus continuos esfuerzos en la causa de las libertades civiles. Uno de los más grandes desafíos que enfrenta la Corte en este fin de siglo y comienzo del próximo es cómo sus venerables precedentes con respecto a la libertad de expresión y prensa pueden ser adaptados para responder a las nuevas cuestiones, que inevitablemente están surgiendo con respecto al "ciberespacio".

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

Justo en el período pasado, la Corte Suprema fue llamada a decidir la constitucionalidad de una ley del Congreso que imponía ciertas restricciones, con sanciones criminales, sobre el uso de Internet. Poco tiempo después de que la ley fue sancionada, ACLU impugnó con éxito su constitucionalidad en un tribunal federal inferior. Específicamente, la ley hacía un delito de "desplegar" cualquier material "indecente" en Internet si estaba "disponible" a menores. Consistente con la postura de ACLU, la Corte Suprema confirmó la decisión de inconstitucionalidad del tribunal inferior, encontrando que fracasaba en satisfacer el criterio de "escrutinio estricto", tradicionalmente aplicado para las restricciones gubernamentales sobre libre expresión.[10] En atención a sus antecedentes de varias décadas, uno tiene toda razón para esperar que ACLU será un participante activo en el desarrollo de la jurisprudencia de la Corte sobre la Primera Enmienda en el siglo XXI.

VI. *LITIGATION PUBLIC CITIZEN GROUP*

En los últimos veinticinco años, otras organizaciones se han unido a las más viejas y establecidas, como la NAACP y ACLU, en litigar regularmente ante la Corte. Sin embargo, a diferencia de esas dos, estas entidades más nuevas tienden a tener su sede en Washington y no operan como parte de una red de abogados que cooperan alrededor del país. Tampoco son organizaciones con membrecía, como ACLU. A pesar de ello, han tenido un importante y creciente impacto sobre la lista de casos por juzgar y decisiones de la Corte Suprema.

Public Citizen Litigation Group merece la primera mención en este respecto. Esta organización, fundada en 1972 como parte de un grupo de iniciativas de un abogado de consumidores, Ralph Nader, concentra su trabajo en cinco áreas principales: contabilidad del gobierno y las corporaciones, transparencia, regulación de las profesiones, separación de poderes y derechos de los trabajadores. Como uno puede esperar, en vista del rol de Ralph Nader en su creación, el Grupo destina recursos significativos, como establece una de sus publicaciones, a "combatir el poder que es usado de un modo que pone en riesgo los derechos o bienestar de los consumidores americanos". En sus veinticinco años de operación, los abogados de *Public Citizen* han participado en más de treinta y ocho casos importantes en la Corte Suprema. Pero estos números no cuentan toda la historia. *Public Citizen* ha estado involucrada en una amplia gama de cuestiones ante la Corte. Sin embargo, ha sido en el área de la separación constitucional de poderes -que es la relación apropiada entre las tres ramas del gobierno federal- en la que *Public Citizen* ha hecho su marca en la jurisprudencia de la Corte. Desde el comienzo de los ´80, la Corte Suprema ha decidido siete casos significativos de separación de poderes. *Public Citizen* representó a una parte en seis de esos casos y presentó un memorial como amigo de la Corte en el séptimo. Estos casos presentaban cuestiones que tenían que ver, entre otras con la constitucionalidad del veto de una Cámara del Parlamento, con la Ley del Consejo Independiente y la Comisión de Sentencia de Estados Unidos.

Justo en el período pasado, *Public Citizen* representó impugnaciones a la constitucionalidad de la recientemente sancionada ley de "*line item veto*". Esta ley otorga poder al Presidente para vetar selectivamente ciertas asignaciones

10. Ver nota 2.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

presupuestarias aprobadas por el Congreso. *Public Citizen* argumentó que la nueva ley violaba la separación de poderes al delegar en el Presidente una facultad que la Constitución no le concede. La Corte no encontró fundamentos a la petición, manifestando, en cambio, que los miembros individuales del Congreso que entablaron el juicio no podían impugnar la ley apropiadamente. Sin embargo, advirtió que estaría dispuesta a recibir tal impugnación si fuera llevada por un litigante efectivamente dañado por el ejercicio del "*line item veto*" por el Presidente. No tengo duda que *Public Citizen* está dispuesta a ofrecer sus servicios legales a la primera persona o entidad que satisfaga ese criterio.

VII. *WASHINGTON LEGAL FOUNDATION*

La última organización de la que quiero hablar es la *Washington Legal Foundation*, fundada en 1986. Por propio derecho, ésta es digna de consideración en el contexto de cualquier discusión sobre los "jugadores repetidos" ante la Corte Suprema. La Fundación presentó informes en diecisiete casos atendidos por la Corte Suprema durante el período recientemente terminado. Pero también es representativa de más de media docena de organizaciones hermanas a través del país -Pacific Legal Foundation, Mountain States Legal Foundation, etc.- que, colectivamente, están teniendo impacto sobre la jurisprudencia constitucional. En menos de una generación, estas organizaciones han dado un nuevo significado a la expresión "derecho de interés público". Hasta hace relativamente poco el "derecho de interés público" era comúnmente entendido como abarcativo del tipo de representación legal provista por la NAACP *Legal Defense Fund* y la ACLU para reivindicar los derechos de la Enmienda Catorce, de igual protección ante la ley, o de la Primera Enmienda, de libertad de religión, expresión, prensa, reunión y asociación.

Sin embargo, *Washington Legal Foundation* y sus organizaciones complementarias, existen para, y cito su literatura, "defender y promover los principios de la libre empresa y los derechos individuales". Estos abogados han sido rápidos para señalar, cuando son desafiados a defender su adopción del rótulo de "interés público", que la Constitución no sólo prohibe la negativa de igual protección, la privación de la vida o la libertad sin el debido proceso legal o las intromisiones en la expresión. También garantiza que el gobierno no efectuará privaciones a la *propiedad* sin el debido proceso legal o "la toma de la propiedad privada para uso público sin justa compensación".

En la mayor parte del pasado medio siglo, la Corte Suprema de los Estados Unidos no ha dispensado una gran atención a las provisiones de las Quinta y Decimocuarta Enmiendas relacionadas con los derechos de propiedad. Sin embargo, hasta hace poco tiempo, en general, sus decisiones tendían a ensanchar los límites del gobierno para ejercer sus poderes de regulación de dominio eminente y uso de la tierra sin encontrar ninguna valla constitucional. El programa de litigios de *Washington Legal Foundation* y las entidades comparables ha sido para revertir las orientaciones de esta jurisprudencia de la Corte Suprema -llamada "*takings*" *law*-, animado por la convicción de que la sobrerregulación del gobierno, por ejemplo, con respecto a la zonificación, ha resultado una erosión inconstitucional a los derechos de propiedad de los individuos.

Pienso que es justo decir que, en este aspecto, sus esfuerzos están compensados. Estas fundaciones han participado en siete de los mayores casos

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

de "*takings*" atendidos por la Corte desde 1986. Durante ese período, la actitud de la Corte para con la regulación gubernamental ha experimentado un cambio significativo, reflejando más predisposición que en el pasado para encontrar que un "*taking*" ha ocurrido. La consecuencia de esta tendencia puede ser, finalmente, un dramático retroceso en las regulaciones del gobierno, desde que, a diferencia del pasado, en que la Corte no encontraba obligación de pagar "justa compensación" a los propietarios afectados, esa alternativa podría imponer pesadas cargas fiscales sobre los ya limitados presupuestos del sector público.

El próximo período, que comienza en octubre de este año, la Corte atenderá un caso traído por *Washington Legal Foundation* (como actor) impugnando por inconstitucional un "*taking*" adoptado por Texas (así como por otros varios estados), para fundar organizaciones sin fines de lucro dedicadas a proveer servicios legales a gente de bajos ingresos. En resumen, se requiere a los abogados de Texas que cedan a una agencia establecida por el estado los intereses bancarios ganados sobre las cuentas colectivas de ciertos clientes. La teoría de esta propuesta es que como esas cuentas son pequeñas o tomadas por períodos muy cortos, los bancos no tienen obligación de pagar intereses a ningún cliente individual. Sin embargo, colectivamente, los intereses pueden ser pagados y, entonces, cedidos por los abogados a un programa estatal como parte de su responsabilidad profesional para asegurar la representación legal de los pobres.

Washington Legal Foundation tiene la postura, sostenida por una corte federal de apelaciones, que ese pago de intereses sobre las cuentas de los clientes, sin que importe cuán pequeña sea, produce un "*taking*" de su propiedad sin un debido proceso. Este caso presenta a la Corte, por primera vez, con la descorazonante tarea de resolver el conflicto entre el loable objetivo de proveer representación legal a los pobres (la forma de derecho de interés público al viejo estilo) y los reclamos de los derechos constitucionalmente protegidos contra la privación de propiedad por el gobierno (el nuevo estilo de derecho de interés público). También proveerá indicación futura de la dirección probable que seguirá la jurisprudencia de "*takings*" de la Corte Suprema.

VIII. Conclusión

La Corte Suprema es una de las instituciones más apreciadas de los Estados Unidos. A pesar de que sus decisiones raramente alcanzan aprobación universal, cada año las encuestas de opinión reflejan un consistentemente alto nivel de confianza y de respeto del público para con la Corte, que aventaja por lejos los *ratings* del Congreso y la Presidencia. Los académicos continúan esforzándose para encontrar explicaciones para este hecho. Pero una razón podría ser que la Corte es percibida, correctamente, como abierta a la búsqueda de la resolución definitiva de las importantes disputas que involucran a la Constitución o al derecho federal. Confiadas en esa expectativa, las organizaciones como las que he mencionado hoy, se dedican a presentar y litigar casos en los tribunales federales inferiores y en las cortes estatales, que ellos creen que podrán proporcionar a la Corte una oportunidad para ejercitar lo que el Presidente del Tribunal, John Marshall, describió como "enfáticamente la providencia y el deber … de decir lo que la ley es." Es la dinámica lo que forma la "infraestructura de la decisión constitucional de los Estados Unidos."

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

Abogados privados y la representación del "interés público" en los Estados Unidos: teoría y práctica *

Robert W. Gordon **

En muchas sociedades la profesión legal tiene una retórica de servicio público. También donde la profesión está dividida en dos ramas que siguen caminos distintos -una rama privada representando a clientes personales o de negocio, y una rama pública de funcionarios estatales (burócratas, fiscales o jueces)- los abogados privados con frecuencia afirman que se dedican no sólo a sus propios intereses y los intereses de sus clientes, sino también a los intereses del público. Los abogados tienden a justificar su estatus social y sus privilegios legales especiales -como el monopolio de ciertos tipos de práctica, el privilegio de regular las condiciones de entrenamiento, ingreso y práctica, o el privilegio de no divulgar la confianza del cliente- sobre la base de que la profesión necesita tales privilegios para garantizar la independencia requerida para cumplir con sus funciones públicas importantes. La función principal es mantener el Estado de Derecho asegurando que el Estado actúe sobre las personas dentro del marco de su jurisdicción por medio de las formas de la ley. Como dijo Gneist en 1867 (uno de los fundadores de la profesión alemana de defensores), "El standard legal de práctica libre no es nada menos que la precondición de toda independencia de la vida común, de auto-gobernación, y de vida constitucional en su sentido más amplio." [1]

La cantidad de realidad, y el tipo de realidad, que apoya esa misión pública por el organismo de abogados privado varía tremendamente según lugares y épocas. A veces las demandas son una farsa completa - una hoja de higo fina de respetabilidad por una profesión que de hecho busca sólo enriquecerse y sirve mal hasta a sus propios clientes, o que meramente es el utensilio y el portavoz de grupos y facciones poderosas privadas y oficiales. Pero, a veces, las demandas tienen substancia.

En este ensayo quiero presentar algunas de las formas en que los miembros de la profesión legal que yo mejor conozco, la de los Estados Unidos, han sostenido servir el "interés público". Teniendo en cuenta la profesión legal del resto del mundo, los abogados de los EE.UU. parecen tener mucha energía en cuanto al uso de la representación privada como medio para lograr una agenda pública. Se verá que lo que esos abogados llaman la práctica del "interés público" es muy variada y compleja, que no existe una sola forma en que los abogados privados sirven el interés público, sino muchas, y algunas formas están en conflicto con otras. También quiero describir algunas de las condiciones

---

* Este trabajo fue presentado en el Seminario Latinoamericano (SELA) entre el 16 y el 19 de agosto de 1996, en la ciudad de Buenos Aires organizado por las Universidades de Palermo, Buenos Aires, Chile y Diego Portales.

** Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Yale.

1. Rudolf von Gneist, *Freie Advocatur* (Berlin, Springer: 1867), at 47

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

históricas -políticas, culturales, institucionales- que han hecho posible el activismo de interés público de los abogados de los Estados Unidos, y algunas de las condiciones que limitan su trabajo y limitan su eficacia.

Antes de tratar de describir la variedad de defensa del interés público en los Estados Unidos, tengo que relatar un poco el trasfondo histórico que explicará la ubicación peculiar de los abogados estadounidenses en cuanto a su estado y su sistema legal. Lo que esencialmente determina esta situación yace en las experiencias anticoloniales y pos-coloniales, es decir, durante e inmediatamente después de la revolución contra el imperio británico. Antes de la independencia, el organismo de abogados estaba dividido entre los abogados de la administración del imperio británico, y aquéllos (generalmente más jóvenes) que representaban a los granjeros, los terratenientes, los comerciantes y otros ciudadanos que con frecuencia tenían conflictos con la burocracia del imperio. Cuando la revolución triunfó, los abogados y los funcionarios leales al imperio emigraron -dejando un organismo de abogados y unos ciudadanos que desconfiaban extremadamente de la autoridad central burócrata, dispuestos a creer que la causa de la libertad yacía en las instituciones populares -jurados y asambleas legislativas- que trabajaban bajo ciertos principios básicos del gobierno expuestos en constituciones. La declaración de los Derechos de los varios estados y constituciones federales son principalmente códigos del proceso básico criminal -el derecho a una audiencia, el derecho de no ser registrado y arrestado- que refleja la idea de los revolucionarios que el peligro a la democracia era el abuso del estado de la ley criminal para castigar a sus oponentes y disidentes.

Sin embargo, en las décadas posteriores a la independencia (los años 1780 y 1790), las elites, incluyendo a la mayoría de los abogados, llegaron a creer que las instituciones populares también podían abusar del poder - echar a los oponentes políticos a la cárcel, destruir el sistema de crédito cancelando deudas, redistribuyendo propiedades. Entre las soluciones que estas elites ayudaron a implementar, inclusive la nueva Constitución Federal, estuvo el fortalecimiento de la rama jurídica. Los colonos de la generación revolucionaria querían jueces independientes del ejecutivo real británico, pero dependientes de las legislaturas coloniales. Las elites pos-coloniales querían jueces independientes de ambos - los nuevos jueces federales adquirieron poder de revisión jurídica- el poder de declarar inválido hasta un decreto legislativo si los jueces pensaban que los estatutos se contradecían con la ley constitucional. Los abogados de las elites también tuvieron éxito en aumentar el control judicial sobre los jurados (aunque no completamente como en Inglaterra, dónde el jurado rápidamente llegó a ser un vestigio, excepto en casos criminales).

Entonces, el Estado de Derecho poco a poco llegó a significar que la acción ejecutiva y legislativa podía ser revisable y respondida por medio de acciones legales llevadas a cortes independientes.[2] La opinión del Estado de Derecho basada en un centrismo de la corte, dependía de una cultura legal donde la "ley"

---

2. "Independiente"nunca significó "apolítico". Los jueces, en ese entonces y desde ese momento, fueron casi siempre del mismo partido que el Poder Ejecutivo incumbente.

En la mayoría de los estados, hacia 1850, los jueces eran (y aún lo son) elegidos popularmente, a pesar que en el sistema de tribunales federales (nacionales) ellos siempre han sido nombrados por el Presidente de los Estados Unidos y confirmados por el Senado de Estados Unidos.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

declarada y administrada por la corte, podía considerarse separada de, anterior y superior a, la acción ejecutiva y la legislativa. Las reglas primordiales de la ley privada -propiedad, contrato de delito, ley comercial, etc.- derivaron de la ley común, la ley hecha por los jueces y que simultáneamente afirmaban tener ambos una base popular en su costumbre y una base objetiva en la "ciencia legal". Los abogados y jueces americanos también asumieron que había muchas fuentes de ley "mayores" que la ley meramente positiva o municipal: a menudo citaban tratados sobre la ley de las naciones y la ley civil y "los principios universales de justicia natural" (aunque argumentaban si esa ley mayor podía reemplazar o meramente suplantar la ley positiva). Finalmente, se impuso la ley del nuevo estado y de las constituciones federales, mucho de la que parecía incorporar los "antiguos derechos ingleses" y también expresar la ley fundamental del nuevo Estados Unidos.

Esta experiencia histórica marcó los límites de la ideología de la profesión legal de los Estados Unidos. Entre los abogados de los Estados Unidos hay una idea de cómo la profesión legal sirve el interés público que es tan ampliamente compartida que todavía merece llamarse la ideología dominante del organismo de abogados. No es la única ideología, como veremos, pero es la que domina. Es la idea libertaria que la misión pública primordial del abogado es proteger y promover el derecho legal de los individuos, por medio de procesos jurídicos o cuasijurídicos, contra un Estado que se extiende. Esta misión libertaria, sin embargo, significa algo distinto para distintos grupos de abogados.

I. ABOGACÍA ADVERSARIAL

Sin duda, la forma más común de ideología legal libertaria es la que afirma que el abogado hace todo lo posible para cumplir con su misión pública en su trabajo ordinario de representar a clientes en casos adversarios. El abogado mantiene el Estado de Derecho apoyando a su cliente contra el mundo, y, especialmente, contra el poder del Estado. En la versión extrema de esta ideología, el papel del abogado en cada representación es como su papel al defender a clientes acusados de crímenes. El deber del abogado de acertar el interés del cliente es tan fuerte que, aunque el abogado debe trabajar con las reglas y el proceso del sistema legal, se espera que, con algunos límites, manipule las reglas para favorecer a su cliente, y que presente sólo los hechos que ayudarían a su cliente. Casi no tiene ninguna responsabilidad afirmativa para ayudar a la corte en desarrollar los hechos, ni de proteger a los oponentes ni a las terceras partes de los daños que su cliente puede infligirles. La justificación de interés público para esta idea al parecer muy antisocial, privatista, y centrada en el cliente en cuanto al papel del abogado es que claramente protege los derechos individuales frente a los usos tiránicos y arbitrarios del poder del estado. La idea está enlazada con el rol del abogado en la corte, a los modos del proceso y pruebas de los adversarios. Entonces, no es sorprendente que en la época moderna, los defensores más feroces del rol de abogacía-adversaria tiendan a ser los abogados de la corte - especialmente los abogados que se especializan en defender a los clientes contra el Estado, como los abogados de defensa criminal y litigantes de corporaciones. Sin embargo, muchos abogados que nunca soñarían con realmente defender a criminales, usan la retórica del organismo de abogados

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

de la defensa criminal cuando describen los beneficios sociales de abogacía agresiva. Esos abogados tienden a resistir cualquier forma de regulación que aumentaría sus obligaciones públicas como "funcionarios de la corte" -por ejemplo, para asistir a los adversarios, las cortes y las agencias regulatorias para conocer los hechos, para impedir que los clientes cometan perjurio o fraude; o para exigir que sus clientes sigan las leyes o reglas- bajo prueba que tales obligaciones los desviarían de sus responsabilidades públicas, la defensa total de los clientes contra las violaciones de sus derechos.

El problema del acceso a y la distribución de servicios legales

La ideología de abogacía adversaria se basa, claro, en una conjetura importante: que todos los clientes que necesitan representación legal podrán adquirirla - hasta los clientes pobres y poco populares serán protegidos de la extensión del estado, de adversarios civiles y sus abogados. Esta conjetura fue más verdadera al principio de la historia de la república americana que hoy día: dado que en esa época los costos de la corte eran bajos, las tarifas de los abogados eran limitadas y los abogados jóvenes querían tomar hasta los casos sin dinero para enseñarle su talento al público. Por la mayoría de la historia de los Estados Unidos, sin embargo, la profesión legal no trató de institucionalizar las prácticas que hubieran hecho realidad esa conjetura, sino que dejó la distribución de los servicios legales al mercado privado. En contraste a los abogados ingleses que (teóricamente) tienen que aceptar cualquier caso que se les ofrezca, y que reciben el apoyo (de hecho) de un sistema extenso y generoso de Asistencia Legal públicamente auspiciada (que se responsabiliza por casi la mitad del salario de los abogados ingleses), los abogados americanos tienen el derecho de rechazar a cualquier cliente por cualquier razón, inclusive aquel cliente que no puede pagar o que al abogado no le gusta el caso del cliente.

La profesión legal estadounidense tiene una reputación mixta al respecto, pero una que ha mejorado en las ultimas décadas. La organización del cuerpo de abogados -las asociaciones de abogados nacionales, estatales y municipales que regulan la profesión y toman posiciones públicas al respecto- por mucho tiempo consideraba un acto de caridad la provisión de abogados a los pobres; y auspiciaba las Sociedades de Asistencia Legal para que se efectuara ese servicio. Los cambios tuvieron lugar en los años '60 cuando la Corte Suprema de los Estados Unidos decidió que el derecho constitucional de consejo en casos criminales significaba que los estados debían representar los defensores criminales indigentes; y el gobierno federal creó un Servicio Legal auspiciado públicamente para representar a los pobres en cuestiones civiles. Desde 1980 los conservadores han tratado de eliminar el programa de Servicios Legales porque lo ven como instrumento para abogados izquierdistas, y han tenido éxito en limitar severamente su presupuesto y discreción. La organización del cuerpo de abogados ha llegado a ser, sin embargo, fuerte defensora de servicios legales de subsidio. También desde los años '60, algunas de las firmas legales más grandes han animado a abogados a dedicar un poco de tiempo a la práctica "pro bono", aunque las horas dedicadas a ese servicio han bajado en los últimos años debido a la presión de la competencia.

Sin embargo, esos programas apenas empiezan a proveerle a cada individuo con un abogado que pueden pagar: para que los programas tengan éxito se

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

requeriría una redistribución de bienes a un nivel masivo; y es difícil creer que cualquier participante en los casos piense que el dinero esté bien gastado en pagar a los abogados. El legalismo adversario es una forma muy cara de vindicar derechos, dado que (a menos que la promesa de la ganancia sea tan grande que pueda atraer a un abogado que tomara el caso por una tarifa contingente de un tercio o más de la ganancia si triunfa, y nada si pierde) los partidos deben pagar por el tiempo que ambos abogados gastan en maniobras adversarias. No es raro que el ochenta por ciento (80%) de una ganancia civil se gaste en costos administrativos. El "interés público" concebido ampliamente podría muy bien exigir que las vindicaciones de algunos intereses o derechos se quiten del todo del sistema adversario.

II. Activismo de Derechos

La abogacía adversaria es por la mayor parte una religión de proceso. El sistema legal de los Estados Unidos es también conocido como un activismo de derechos sustantivo, es decir, para que las campañas públicas transformen en derechos legales lo que en otras sociedades serían simplemente demandas políticas, preferiblemente exigible por medio del proceso jurídico.

a) El derecho a la propiedad y la libertad de negocios

Una de las formas más tempranas y persistentes de activismo de derechos en los Estados Unidos era el esfuerzo de los jueces y abogados elitistas de establecer interpretaciones jurídicas de la ley privada y la ley constitucional para atrincherar el derecho a la propiedad y el control de la propiedad de negocios en contra (de los que estas elites consideraban) de la legislatura impulsiva populista de redistribución o regulatoria, y de acciones sindicales como huelgas y boicot. Los primeros resultados de esos esfuerzos fueron decisiones de las cortes de los estados y las cortes federales declarando legislaciones inválidas que parecían interferir excesivamente con privilegios de corporación ya existentes o con contratos pendientes (como estatutos que exoneraban o posponían a los deudores de devolver las deudas durante una recesión).

Este movimiento tuvo éxitos espectaculares entre 1870 y 1930, cuando los abogados de las corporaciones persuadieron a los jueces estatales y federales de eliminar muchas leyes que regulaban las relaciones de trabajo (como leyes de sueldo-mínimo y de horas máximas) como violaciones de derechos básicos de propiedad y libertad de contratar. En la Depresión Grande de los anos '30, sin embargo, esos derechos creados jurídicamente que eliminaban la regulación económica se percibían capaces de establecer restricciones rígidas e ilegítimas sobre la habilidad del gobierno para manejar el estado de emergencia. Desde 1937, los abogados de negocios que quieren resistir regulaciones han tenido que hacerlo tratando de influir en las legislaturas y en las agencias administrativas en vez de pedirles a las cortes por el reconocimiento de derechos constitucionales y libertad económica. En años recientes, reflejando el aumento de la influencia sobre estudiosos legales, practicantes y algunos jueces en cuanto a la ideología neo-liberal de libre mercado, el interés por la protección jurídica de los derechos económicos ha comenzado a revivir y se refleja en las decisiones de la corte.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

La estrategia típica de estos activistas por los derechos era la siguiente: los intereses económicos que querían desafiar una ley, seleccionaban el caso más simpatizante para apelar de los procesamientos para imponer la ley. Los abogados especializados en argumentar esas apelaciones eran muy diferentes de los abogados más agresivos en la abogacía ideal partisana. Típicamente eran "abogados-estadistas" -abogados distinguidos por su experiencia en oficio público como en la práctica privada, y con reputaciones de devoción al interés público- que argumentaban el caso en la corte del estado o en la Corte Suprema Federal.[3] En esta etapa del caso, el cliente, y sus problemas e intereses concretos, se consideraban periféricos -a veces, el abogado nunca se reunía con el cliente- dado que lo que interesaban eran las cuestiones relativamente abstractas de principio y póliza. (Tendré más que decir sobre los "abogados estadistas" más adelante).

b) El activismo de derechos igualitario y moral

En una cultura nacional de derechos legales -especialmente los derechos declarados como "fundamentales" en las constituciones- y dedicada teóricamente al ideal liberal de igualdad de los derechos de la ley, fue inevitable que las campañas mejoraran el estatus y las condiciones de los grupos marginados y que los grupos subordinados se categorizarán en términos de derechos iguales y establecidos por medio de formas familiares de la ley.

Los clientes que acertaban los derechos de la propiedad de negocios y la libertad económica, por razones obvias, nunca tenían dificultad al encontrar representación: usaban abogados por sus necesidades de negocio regulares y tenían acceso a los abogados con conexión política para abogar sus intereses en la legislatura y a los abogados-estadistas para argumentar las cuestiones de principios constitucionales. Los abogados para grupos o causas marginados se encontraban en una posición: sus clientes y sus causas, como los esclavos o los negros privados de franquicias o trabajadores inmigrantes o grupos de mujeres, no sólo carecían de recursos financieros, sino también capacidad política y civil - no podían poner presión política por medio del voto y a veces tampoco podían contratar servicios. La solución con frecuencia era de organizar sociedades de reforma, grupos que por medio de la publicidad -especialmente la publicidad de procesamientos legales- atraían a gente que pagaban por su creencia en la causa. Estos fondos servían para cubrir los costos de la corte, los abogados en general contribuían con su tiempo. El próximo paso era enlazar el caso a los clientes, o en el procesamiento de apelaciones, pedirle a la corte que los contrataran como *amici curiae*. Esto era el modus operandi de los abolicionistas, los grupos organizados en el siglo XIX para abolir la esclavitud. La Sociedades Anti-Esclavitud reunió los fondos; los abogados dedicaban su tiempo a la causa; cuando aparecía un cliente adecuado, ese esclavo que había huido no volvía a su patrón, o un abolicionista no lo entregaban a su patrón, la sociedad lo representaba, y se usaba el caso para establecer una nueva ley y para dramatizar la causa.

---

3. En el XIX, por ejemplo, el abogado que aparecía con mayor frecuencia ante la Corte Suprema de los Estados Unidos a favor del derecho de propiedad fue Daniel Webster, quien fue Senador y Secretario de Estado así como también ejerció libremente la profesion; en el Siglo XX fue John W. Davis, abogado de corporaciones además de candidatoa Presidente de la Nación.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

Este modelo tuvo tanto éxito[4] que lo repitieron en tiempos modernos los abogados de libertades y derechos civiles. La Unión Americana de Libertad Civil (ACLU) se fundó durante el "Terror Rojo" de la Primera Guerra Mundial, cuando miles de personas, muchas de ellas conectadas con organizaciones militantes, fueron procesadas por el gobierno federal por impedir el esfuerzo de la guerra o fueron deportados como extranjeros indeseables. Apoyada, en general, por parte de subscripciones de membrecía y por abogados voluntarios, la ACLU ha establecido desde los tardíos años '30 una reputación fuerte de usar las cortes federales para prevenir la persecución de disidentes políticos y religiosos, proveyéndoles representación legal gratis. El ejemplo más dramático de ese modelo es la Asociación Nacional para el Avance de las Personas de Color (ANAPC) por medio de su Fondo de Defensa Legal. E1 fondo empezó en el año 1919 con una subvención de una pequeña fundación para estudiar las condiciones de desigualdad educativa en el Sur. Con un pequeño personal de bajo sueldo, se embarcó en una campaña de 40 años de litigio en las cortes federales para tratar de establecer, en diversos grados, el principio que la separación mandada por el estado de las razas en instituciones y lugares públicos viola el requisito constitucional de que todos tengan "igual protección de las leyes", y, entonces, para destruir el sistema del apartheid racial establecido legalmente en el Sur. Esa campaña termina con un triunfo moral en 1954, con la declaración de la Corte Suprema en *Brown v. Junta de Educación*, el cual determinó que la segregación de las razas en las escuelas públicas (y por implicación otros lugares públicos) era contra la Constitución - aunque hicieron falta muchos más años de movimientos de protesta, desafíos legales, y acción federal, legislativa y ejecutiva antes de que se implementara el principio.

El litigio de los derechos civiles ya no tiene que depender enteramente de las contribuciones privadas o del servicio voluntario. Las leyes federales ahora permiten que los (*plaintiffs*) triunfantes en acciones federales de derechos civiles recobren tarifas de abogados, y estas tarifas ahora ayudan a financiar el litigio en esta área.

c) La expansión y la critica del activismo de derechos

En los años '60 y '70, muchos grupos siguieron la estrategia del movimiento de derechos civiles para lograr declaraciones de derechos en las cortes, y, entonces, presionar para legislatura o acción administrativa al igual que el litigio para efectuar los derechos. Estas estrategias a veces tenían éxito, porque la Corte Suprema de los Estados Unidos, otros jueces federales, y los partidos de la mayoría en el Congreso simpatizaban con que grupos de los de "afuera" no tuvieran discriminación "irracional" ni tratamiento gubernamental casual y arbitrario. Los que se beneficiaron más de la ley de antidiscriminación fueron los negros y las mujeres (y luego, las personas con impedimentos físicos); pero

4. "Exitoso", esto es en retrospectiva histórica. Los abolicionistas en realidad perdieron la mayoría de sus casos más grandes. Ellos no tuvieron éxito en lograr que los tribunales decidieran que las Leyes de Esclvos Fugitivos (Fugitive Slave Acts, leyes nacionales que requerían a los habitantes del norte del país su asistencia para atrapar a los esclavos fugitivosprovenientes del sur del país, esclavista) eran inconstitucionales, o que estados occidentales nuevos no podían legalmente establecer la esclavitud. Pero por supuesto el norte ganó la Guerra de Sececión, y los abolicionistas fueron a partir de entonces capaces de lograr mediante la reforma de ls Constitución Federal lo que no habián establecido a través de casos litigiosos.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

también niños ilegítimos, inmigrantes y extranjeros residentes. Los que se beneficiaron del nuevo derecho al "proceso ley" de tratamiento justo por el gobierno fueron los defensores de criminales, los prisioneros, los jóvenes acusados de crímenes, los reclusos de instituciones mentales, las madres que reciben bienestar público, empleados del gobierno y otros que reciben dádivas del gobierno, y estudiantes disciplinados. El período se conoce, de hecho, como la "Revolución de los Derechos".

La Revolución de los Derechos ha cambiado la sociedad de los Estados Unidos. En particular, la ley de antidiscriminación ha ayudado a crear una clase media negra y atraer a mujeres a trabajos que les eran vedados tradicionalmente y a subir su sueldo a un nivel más cercano al que percibía un hombre.[5] Pero como cualquier otro movimiento de cambio social básico, las ambiciones de la Revolución de los Derechos fueron a menudo frustradas y sus triunfos se lograron con fuertes costos; y hasta muchos activistas que aprueban los objetivos generales de este movimiento, ahora han tenido algunas dudas sobre la estrategia del activismo de derechos. Los mismos éxitos del movimiento crearon resistencia y corriente inversa. Los blancos del Norte que apoyaron la destrucción del régimen oficial del Sur de apartheid racial, resistieron la integración racial en sus propias escuelas y sus vecindarios. El apoyo para la igualdad racial por parte del Partido Demócrata Nacional, llevó a que los blancos del Sur votaran por el Partido Republicano conservador, que ha usado esos votos para ganar cinco de las últimas siete elecciones presidenciales. Los legisladores tradicionales, temiendo el cambio del rol de los géneros sugerido por el movimiento de las mujeres, impidió lo que iba a ser el logro triunfante del movimiento, una enmienda a la Constitución declarando la igualdad de los derechos para las mujeres. Los conservadores culturales culparon a las cortes por los derechos que crearon para la eliminación de tratamiento arbitrario, por haber debilitado el orden social destruyendo el apoyo por la autoridad legítima de la policía, de los maestros y de los padres. También ha habido una corriente inversa en cuanto al apoyo institucional de la Revolución de los Derechos en el remplazo de jueces federales que se jubilaron por otros conservadores y en el corte de presupuestos de abogados de Servicio Legal que se consideran los seguidores sólidos de la ideología del activismo de derechos.

Algunos activistas han tenido que pensar - dos veces sobre algunas de las estrategias del activismo de derechos. Es un debate complejo, que aquí sólo puedo mencionar. Una critica es que la estrategia dependió demasiado de las cortes. El éxito en las cortes, dicen los críticos, sólo trae la ilusión de la victoria: los activistas por los derechos pueden descuidar el trabajo duro de implementación y organización política, el trabajo de construir una maquinaria burocrática que trabaje los detalles, y más importante, la construcción de una base política que continuará y velará esa implementación. De hecho (dicen otros críticos), llamando las demandas de un grupo "derechos" peculiares, a ese grupo se le puede impedir la construcción de coaliciones políticas duraderas, fragmentando grupos desavanteageados en partes incapaces de alianza por un

5. Es materia de controversia cuánto mérito por estos cambios se le debe a las victorias legales de la Revolución de los Derechos (y los cambios en la conciencia social que esas victorias podrián haber ayudado a engendrar) y cuánto mérito por estos cambios se le debe a fuerzas sociales y económicas independientes.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

bien mutuo y que compiten entre sí por fondos públicos escasos. De hecho, llamando "derechos" a unas demandas, puede llevar a que los activistas descuiden el hecho de que las demandas por los derechos pueden también ser demandas por recursos comunes -que el grupo que hace las demandas debe pagar por esos derechos abandonado o dejando otras cosas que quieren o necesitan. Y, finalmente, claro, las demandas por los derechos confligen - un oponente puede desplazar sus propias demandas por los derechos para neutralizar o triunfar sobre los efectos legales y morales de las demandas por los derechos.

Aunque las críticas sean válidas, los movimientos sociales y sus abogados no abandonarán su activismo por los derechos. En la política fuertemente legalizada de los Estados Unidos, las demandas por los derechos constitucionales tienen un poder ideológico y una reputación de logros prácticos sin igual.

III. Los abogados por el interés público: la tradición republicana

Las dos opiniones de las funciones de los abogados descritas antes -que los abogados mantienen la vitalidad de los derechos de procesamiento y de substancia de los individuos luchando por sus clientes en el sistema adversario, y que los abogados mantienen vivos y verdaderos los viejos derechos y ayudan a crear nuevos derechos sustantivos por medio del activismo por los derechos- son, probablemente, las opiniones que muchos abogados tienen hoy día. Hay, sin embargo, otra tradición de trabajo legal de "interés público", que ahora está en retroceso pero que continua siendo viable. Llamaré a esta tradición "republicana-cívica" o simplemente "republicana", que hasta los abogados privados son funcionarios públicos y ciudadanos con responsabilidades excepcionales para ayudar a mantener y manejar las leyes de marco público. Un resumen breve:

a) La profesión legal como la "aristocracia" de Tocqueville de abogados-estadistas

La Revolución Americana ayudó a cambiar la cultura política de los Estados Unidos. Primero, terminó abruptamente las tendencias en la sociedad colonial del siglo XVIII de desarrollar una clase hereditaria de la nobleza con derecho a la dominación política y social. En la América pos-revolucionaria, claramente, no había nobles. Segundo, como ya mencionamos, la experiencia colonial llevó a una desconfianza fuerte del gobierno burocrático central: el estado americano no sería controlado por un servicio civil jerárquico profesional basado en el modelo europeo. Sería una sociedad dominantemente comercial, dónde los que fueran ambiciosos encontrarían éxito en los negocios, en vez de un puesto en la corte. Alexis de Tocqueville, visitando los EEUU en los años 1820 y 1830, notó que una sociedad comercial-demócrata sufriría al querer liderazgo político, aunque teóricamente gobernaba la gente, la mayoría de la gente no estaba interesada en el negocio público, sin embargo, no querían líderes de tipo europeo, por ejemplo, aristócratas y burócratas.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

Tocqueville creía que la profesión legal, o por lo menos la elite de la profesión, ayudaba a llenar la laguna. Esta era una creencia posible. Los abogados, por su liderazgo en la Revolución y durante la época cuando se escribió la Constitución, habían jugado el rol de autoridades culturales y de líderes. Dominaban los puestos federales y del estado más importantes, los electos y los designados, y (después de algunos experimentos con jueces laicos) habían llegado a monopolizar el cuerpo jurídico mayor. Casi todos los abogados exitosos estaban envueltos en la vida pública, los abogados se movían fácilmente de la práctica privada al servicio público y entonces de nuevo a la práctica y la mayoría de ellos eran activos política y cívicamente en la práctica.

La opinión de Toqueville era que los abogados formaban un tipo de clase separada en la vida americana, unidos por su conservadurismo instintivo, su amor por el precedente y por la ley común y por los procedimientos familiares y regulares. Así constituían un contrapeso para los políticos demócratas impetuosos. Los abogados elitistas americanos tenían una opinión más positiva del rol del abogado-estadista: no apoyaban la ley tradicional ni los derechos tradicionales, pero constituían una fuerza creativa, una clase intelectual que - dentro y fuera de la oficina, en puestos de la legislatura y la administración, como jueces y profesores y autores de leyes y asuntos públicos- modernizarían el marco de las leyes y de las instituciones políticas para lograr las necesidades de la república comercial. Los abogados también apoyarían las leyes al representar a los clientes - su trabajo era enseñarle la ley al cliente y asegurar que el cliente cumpliera con ella. Estas opiniones del rol público del abogado - limitación conservadora del exceso demócrata, político creativo, maestro de la ley para sus clientes y el público general- sugirieron que los abogados podían eficaz y legítimamente servir estas funciones porque eran desinteresados -es decir, no conectados con las clases o facciones o elementos orgánicos de la sociedad, sino capaces de tener y seguir una opinión independiente.

Este ideal del abogado-estadista republicano era ciertamente más que optimista, especialmente en que el organismo de abogados pudiera ser desinteresado e independiente de otras facciones en la sociedad civil. Nunca había riesgo de que la profesión legal de los Estados Unidos fuera dominada por el estado, como en Europa; el estado americano no era tan fuerte, y en todo caso era controlado por abogados que no practicaban en ese momento. Pero la profesión no estaba organizada para hacerse independiente de los clientes ni las presiones de la competencia del mercado. En contraste a los abogados ingleses, que se prohibían tomar anticipos o establecer relaciones regulares con cierto cliente o ciertos clientes, los abogados americanos desde muy temprano formaron alianzas con banqueros, compañías de seguro, los comerciantes y fabricantes, que pagaban tarifas legales y ayudaban a financiar sus campañas políticas. Desde 1840 a 1890, casi todos los abogados de la elite recibían anticipos de uno de los ferrocarriles más importantes, después de 1890, el logro del éxito financiero y el prestigio de un abogado llegó a definirse, como lo es hoy, por una sociedad en una firma legal metropolitana grande que servía a clientes de corporaciones. La lealtad a la profesión raramente triunfaba sobre la lealtad hacia clases o regiones, en el conflicto que llevó a la guerra Civil, por ejemplo, los abogados del sur, tomaron una opinión sureña de la Constitución, y los del norte, una opinión norteña.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

El ideal del abogado-estadista, sin embargo, no era una mera fantasía. Los abogados de la elite ocupaban los puestos más importantes del estado, y, a veces, los administraban en cierta forma que trascendía el estrecho e inmediato interés de los clientes. Esto se explica por el hecho de que los "negocios" en los Estados Unidos constituyen un grupo monolítico de interés por las corporaciones. Los distintos clientes de negocios a menudo tienen objetivos sociales divergentes y conflictivos. A menos que un abogado cruce líneas claras en el campo "enemigo" -por ejemplo, que sea un crítico agresivo del capitalismo- no será capaz de quemar sus puentes con el universo entero de posibles clientes de corporaciones, que a menudo desarrollan respeto positivo por las destrezas de impositores agresivos de leyes regulatorias y que tratan de readministrar esas destrezas por beneficio propio. Los puestos más altos de póliza extranjera por mucho de nuestra historia fueron ocupados por abogados que no practican, generalmente de las corporaciones de Nueva York. Los abogados que se hacían jueces a veces maldecían a sus antiguos clientes -al igual que los presidentes que los seleccionaron- por su sentido de independencia. Aunque los organismos de abogados han sido sólo portavoces de prejuicios populares o grupos de clientes poderosos, han jugado también el rol que Tocqueville estableció para ellos como guardianes de lo legal -del derecho a la representación y al proceso ley para criminales, y disidentes, el acceso a los servicios legales, y los derechos humanos internacionales- al igual que el rol más positivo de consejeros expertos en la reforma legal (por medio de instituciones como el Instituto Americano de Leyes y la Comisión Nacional de las Leyes Uniformes Estatales, organizaciones de abogados practicantes, jueces y profesores de derecho). Hay evidencia - aunque los hechos son poco claros- que los abogados cuyos clientes son negociantes, frecuentemente han jugado el rol público del ideal del abogado-estadista, el rol de aconsejar a los clientes a cumplir con la palabra y el espíritu de las leyes.

Los profesores de derecho. La independencia de otra rama de la profesión legal, la rama académica, se ha beneficiado de la debilidad temprana de la profesión. Después de la Revolución, los monopolios organizativos de todo tipo llegaron a ser ciudadelas del privilegio aristocrático. La profesión legal no tuvo éxito en ganar control del entrenamiento, el ingreso y el estándar de la práctica hasta fines del siglo XIX. En ese momento, las universidades -guiadas por Harvard- ya habían empezado a controlar la educación legal profesional al establecer escuelas de derecho como cursos graduados en la universidad. Por la mitad del siglo XX, graduarse de la escuela de derecho llegó a ser la única forma de practicar leyes. Las escuelas de derecho basadas en el modelo de Harvard (y todavía lo son) consistían en un programa de tres años que aceptaba sólo a alumnos que habían ya egresado de un programa universitario de cuatro años. Los profesores enseñan a tiempo completo. Aunque los organismos estatales de abogados y los jueces a veces dictan un requisito mínimo de cursos de graduados de las escuelas de derecho, hay bastante libertad por parte de las facultades de derecho para enseñar y examinar a sus propios alumnos. Los que soliciten a los organismos de los abogados, deben aprobar un examen estatal. La libertad extraordinaria de las facultades de derecho bajo estos arreglos institucionales -que no hubieran sido posibles bajo un organismo más fuerte- ha permitido que los profesores de derecho tengan la libertad de expresar sus ideas, y trabajar proyectos de reforma de interés público,

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

que son relativamente independientes de los elementos poderosos de la elite de los abogados y sus clientes.[6]

b) La continuación de la tradición republicana. El modelo "Progresivo" de la ley del interés público

Para fines del siglo XIX, los grandes abogados empezaban a ver el hecho de que el organismo de abogados dependiera de y se identificara con sus clientes de negocios como un riesgo al prestigio y a la independencia de la profesión. Su respuesta a esta percepción fue mixta. Muchos abogados estatales envueltos en campañas de "buen gobierno" para reducir el rol de soborno y corrupción en la influencia de los negocios sobre la política. Muchos encontraron proyectos públicos -como la reforma de la justicia juvenil o las leyes del alcohol o la corrupción de la policía- que no afectaban a sus clientes privados en forma directa. Algunos rompieron con sus clientes y huyeron a la práctica privada en forma de servicio público. Muchos abogados corporativos, debe mencionarse, aceptaron ser cautivos de sus clientes y cayeron en la ideología de abogacía adversaria hacia sus clientes para justificar su cautivo.

Una minoría pequeña pero influyente de abogados construyó instituciones que, según ellos, facilitaría la práctica del derecho y daría consejos de "interés público", sin la influencia directa de los clientes poderosos.

(i) Una de estas instituciones era la comisión de expertos. Después de un escándalo que reveló un horror social -explotación de niños en el trabajo, carne venenosa, soborno de los ferrocarriles, de los legisladores o comisiones a clientes preferidos, círculos de prostitución, fraude de seguro- los reformistas persuadieron a las legislaturas para establecer comisiones con el poder de investigar, procesar, y hacer recomendaciones. El personal consistía en voluntarios amateurs, generalmente abogados. A veces, se convertían en agencias permanentes de administración.

(ii) Otra -imitando a las sociedades de reforma de los derechos como la Sociedad Anti-Esclavitud- era el trabajo del consejo legal para el grupo de interés público que representaba un distrito electoral amorfo y difuso -Ciudadanos para el Buen Gobierno o la Liga del Franquicio Público, o el Comité de Cien para el Mejoramiento de la Educación. Al representar un cliente tan abstracto, el abogado de interés publico tenía mucha discreción en cuanto a cómo usar su influencia. El maestro en este tipo de institución era el abogado Louis Brandeis, de Boston, un abogado corporativo exitoso conocido como el Abogado del Pueblo por sus causas de interés público. Brandeis condujo muchos litigios para la Liga Nacional de Consumidores (que apoyó la legislatura de horas-máximas y sueldo-mínimo) y también testificó ante legislaturas y comisiones administrativas a favor de las reformas legislativas. (Después de

6. Digo "relativamente"porque los estudiantes de derecho dependen del empleo en el colegio de abogados, y las escuelas de Derecho públicas dependen de fondos de la legislatura etadual: entonces, si una escuela de Derecho, especialmente una escuela de derecho locas o una ecuela de Derecho pública se desvía mucho de lo convencional, va a perder el apoyo financiero de la profesión y sus alumnos no encontrarán trabajo. Pero estas limitaciones parecen ser bastante indeterminadas en cuanto que hasta las escuelas públicas y locales de derecho parecen ser capaces de enseñar muchas asignaturas que la mayoría de los abogados practicantes pueden encontrar demasiado "teóricas"o bien de poca utilidad práctica.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

haber sido seleccionado para la Corte Suprema en 1916, continuó dirigiendo sus cruzadas de interés público por medio de su agente y discípulo Felix Frankfurter. El modelo de Brandeis ha sido imitado mucho en años recientes. A fines de los años '60 y a principios de los años '70, el modelo se desarrolló en el rol de representante del "interés público" en procedimientos administrativos. Hasta entonces, los procedimientos administrativos de decisión de agencia -como casos de la construcción de proyectos de energía, como plantas nucleares, o la renovación de licencias de radio o televisión- habían sido dominados por representantes de la industria regulada. Los nuevos abogados de "interés público" atestaban que otros distritos electorales -telespectadores, amantes de la naturaleza y el ambiente, consumidores, futuras generaciones- también tenían un interés en la decisión. Los abogados decían que representaban esos intereses. Con el ánimo de las cortes, a los abogados de interés público se les permitió intervenir en los procedimientos, y desafiar las decisiones jurídicas, y, desde entonces, son un lugar común en cuanto al hacer decisiones.

Los representantes del "interés público" a veces han podido convertir sus distritos electorales abstractos e imaginarios en verdaderos. El "movimiento ambiental", por ejemplo, comenzó con algunos activistas de vanguardia; pero ha usado su activismo para crear un movimiento masivo de clase media, movilizado y bien auspiciado.

(iii) Otra institución, ya mencionada, fue la escuela de derecho universitaria, comenzando en los años '20 y '30, algunas escuelas de derecho llegaron a ser puntos de ventaja desde los cuales los profesores criticaban los establecimientos legales y recomendaban reformas en la doctrina jurídica y en la legislación. Cuando se efectuó el programa del Nuevo Pacto del presidente Franklin Roosevelt en 1933, muchos profesores de derecho fueron a Washington, como funcionarios o consejeros para la Administración, y escribieron mucha de la legislación del Nuevo Pacto. Los profesores de derecho también ayudaron a establecer una gran transformación de la doctrina de la ley privada -la expansión de *enterprise liability*- donde los fabricantes de productos defectuosos son responsables por sus consumidores heridos. Desde los años 60, las escuelas de derecho han servido como bases de organizaciones de reforma legal y abogados por el activismo de los derechos, que también son parte del profesorado de esas escuelas.

(iv) Los abogados privados también sirven el "interés público" en una manera que tiene una tradición histórica, como "procuradores generales privados", es decir, exigentes privados de la ley pública. Este rol es otra consecuencia de un estado débil, siendo carente de un personal burocrático amplio, el estado debe buscar partidos privados para cumplir con la ley. Los abogados libertarios, que piensan que el trabajo de un abogado privado es defender a los clientes del estado, olvidan que por siglos los abogados han tenido un rol en el cumplimiento público de las leyes bajo estatutos que llegan a demandantes ofendidos, o informantes, o ciudadanos ocupados para recobrar de los que actúan mal en acciones privadas. En el siglo XX muchos de los nuevos estatutos -por ejemplo, aquellos contra el fraude de seguridad, o el fraude en los contratos de gobierno de consecución, o violaciones de las leyes anti-confianza- incluyeron provisiones para el cumplimiento privado de las leyes, algunos ofreciendo tarifas de abogados para animar a los demandantes privados

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

y sus abogados. Algunas "firmas de leyes de interés público" sobreviven principalmente con estas tarifas.

c) La ley neo-liberal del interés público

La defensa del "interés público" empezó en la época de la reforma progresiva como contrapeso del poder de los negocios de mandar talento legal e influir el decreto y la imposición legal. Las pequeñas empresas de "interés público" han disfrutado de ciertos éxitos. Pero, como los activistas con los que eran asociados, su éxito ha atraído competidores. "La ley de interés público" ya no es un monopolio de abogados "progresistas" (de la izquierda o centro-izquierda, socio-demócratas). Muchas organizaciones nuevas de "interés público" y firmas legales fundadas desde 1980 son neo-liberales en su ideología y su misión. Según ellas, lo que requiere el "interés público" es una destrucción de la regulación ineficaz (especialmente la ley de antidiscriminación y la regulación de salud y seguridad) y un retorno a los principios del mercado libre. Estas firmas son bien auspiciadas por grupos de negocios. También desde el lado académico, las propuestas de reforma no son exclusivamente de los liberales izquierdistas: hay una industria grande de economía legal neo-liberal, con sede central en la Universidad de Chicago y muchos de sus estudiosos más famosos sirven como jueces federales. Las propuestas de esa escuela neo-liberal ha influido casi en cada rincón de la ley común, la ley constitucional, la interpretación jurídica de estatutos (especialmente las leyes de anti-confianza), y la póliza administrativa. El neoliberalismo ha producido la simbiosis más cercana entre la teoría académica y la doctrina legal desde las alianzas de la teoría progresiva del Nuevo Pacto.

d) Dilemas de la ley del "interés público"

El abogado del "interés público" siempre ha sido vulnerable frente a la siguiente pregunta: ¿A quién representa? Si se representa a sí mismo, si es genuinamente "desinteresado", para un abogado sin clientes sino sólo una causa, ¿cuál es la base de su legitimidad? Si no es verdaderamente "desinteresado", sino que tiene lazos con un distrito electoral o con sus clientes, ¿no debería representar sus intereses de forma justa según la ética de abogacía? Y si este fuera el caso, ¿cómo asegura que su trabajo es fiel a los intereses de sus clientes? En algunos contextos -como el del abogado que escribe un artículo, que testifica frente a una legislatura, o que se contrate como *amicus curiae*- la respuesta es que el abogado es simplemente un ciudadano bien informado. Otros contextos causan dificultades. Los abogados que escriben reportes por el organismo de abogados o por una comisión de reforma generalmente representan un organismo de la profesión legal, que como cuerpo corporativo tiene un interés particular en y una responsabilidad para mantener y mejorar el marco de las leyes. Esto funciona mejor cuando el grupo afirma un principio legal abstracto, como que cada individuo tiene el derecho de procedimiento y representación, o cuando el grupo esté envuelto en un proyecto no controversial de reforma "técnica" legal -por ejemplo, prescribiendo las formalidades necesarias para un deseo válido. Pero, a veces, las posiciones son muy controvertibles- posiciones en que hay

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

una división del organismo de abogados. (Los organismos de abogados en años recientes han ratificado resoluciones afirmando que los comunistas, como agentes de un poder extranjero, no tenían derecho a la representación; resoluciones que los comunistas, como causa no popular, siempre tienen el derecho a la representación; resoluciones condenando y apoyando la guerra de Vietnam; resoluciones afirmando el derecho al aborto).

Estos dilemas de representación son más difíciles y dolorosos cuando el abogado es, como tienen que serlo los abogados de interés público, un agente auto-seleccionado para un distrito electoral grande y desorganizado - "mujeres", "consumidores", "el ambiente", "los padres de niños negros que quieren una mejor educación". En estos casos, puede no haber mecanismos para añadir las opiniones y las preferencias de los constituyentes y para asegurar que éstas sean representadas fielmente, de hecho uno de los roles del abogado de interés público posiblemente debe ser de vanguardia, desarrollando y articulando posiciones que los miembros aislados e inexpertos del público nunca han tenido la oportunidad de concebir. Es claro que el activismo responsable de interés público finalmente requiere que los que hablen por un grupo tomen medidas para llevar al grupo en un tipo de existencia institucional que pueda instruir, dialogar y responsabilizar a sus representantes.

Con respecto a algunas formas de activismo de interés público, como el litigio por los grupos, estos mecanismos institucionales ya han sido creados en forma de casos civiles de "acción de clase", que tienen procedimientos elaborados que gobiernan la forma en que los litigantes opten dentro o fuera de la clase, y confirman o anulan las decisiones de sus abogados-representantes. Desafortunadamente, los casos de acción de clase parecen haber intensificado el problema de la representación sin haberlo solucionado. E1 problema surge cuando los abogados del "interés público" son atraídos por la posibilidad de tarifas o dádivas grandes. ¿Cómo puede evitarse que tal abogado maximice las ganancias por sí mismo- por ejemplo, arreglando el caso antes de trabajar mucho en él? El problema no se limita con situaciones donde los abogados tienen motivaciones materiales, el grupo representado puede ser dividido ideológicamente también. Los abogados de la NAACP, por ejemplo, que después de *Brown* siempre han definido su misión como la de la integración racial de las escuelas, pronto descubrieron que a muchos de los padres que representaban les importaba menos enviar a sus niños a escuelas con blancos (a veces hostiles) que mejorar la calidad de las escuelas negras.

Pero esos dilemas son de toda representación democrática - más dolorosos por cl hecho de que el rol tradicional del "abogado" requiere una lealtad fuerte a sus "clientes". Finalmente, estas diferencias pueden resolverse al formar nuevos grupos -que con el tiempo pueden diluir la capacidad de todos los grupos al actuar eficazmente- o, al construir formas organizativas que son duraderas y flexibles y salidas para procesar y resolver disputar internas y dar legitimidad a sus representantes. Los grupos con esas organizaciones, sin embargo, pueden llegar a ser grupos orgánicos de interés. Son los que son políticamente débiles, los que no articulan, los que aspiran a un futuro que todavía no ha encontrado un distrito electoral sólido ni una forma duradera de institución organizada, quienes necesitan más los abogados de "interés público", que, al "representar" un cuerpo que todavía no existe, puede ayudarlo a existir.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

Ensayos

"Si con el diablo hay que hablar, con el diablo se habla": La policía y la política de información en Chile durante Pinochet*

Pablo Policzer **

INTRODUCCIÓN

El aforismo de Marx según el cual los pueblos hacen su propia historia pero bajo circunstancias que no necesariamente eligen cobra particular relevancia en los países que acaban de salir de regímenes autoritarios. La ironía en estos casos es que el peso de la historia, muchas veces, es directamente proporcional a la intensidad de las celebraciones al final de las dictaduras. En este contexto, la historia cumple con su promesa de liberación pero por razones menos trascendentes de aquellas que consideraba Marx. La historia -o más bien la historiografía- es nada menos que el siguiente campo de batalla sobre la memoria del autoritarismo.

Un aspecto importante de la herencia del autoritarismo es el institucional. Estos regímenes con frecuencia transforman las instituciones de gobierno y, por lo tanto, sería imprudente tratar de entender su historia al margen de los cambios institucionales que han producido. Además, dadas las características de este tipo de regímenes, las instituciones coercitivas son un elemento central para su historia y su legado.

En este trabajo voy a analizar algunos experimentos que se dieron dentro de las instituciones coercitivas en Chile -en particular, la Policía- durante la dictadura de Pinochet, entre 1973 y 1990. En este período la policía chilena desarrolló, de manera creciente, funciones especializadas, reformando su modus operandi con miras a reprimir a un grupo menos numeroso pero más selecto de opositores, e intentando a la vez ejercer un control cada vez más centralizado. Detallaré posteriormente el grado de centralización y especialización pero, mientras tanto, esta breve reseña puede ser útil para sugerir un rompecabezas: la especialización institucional y la centralización del mando requieren de información

* Este trabajo contó con el apoyo del Aspen Institute, de la Fundación Interamericana, de la American Historical Association, y del Social Sciences and Humanities Research Council of Canada. Alicia Salomone, estudiante de post-grado en Historia en la Universidad de Santiago, hizo la traducción del original en inglés. Versiones anteriores fueron presentadas en seminarios en la Universidad de Palermo, Universidad Torcuato di Tella y la Universidad de Yale. Agradezco los comentarios y sugerencias de los participantes en estos seminarios. Las debilidades y los errores que quedan son de mi exclusiva responsabilidad.

** Candidato al Ph.D., Departamento de Ciencia Política, Massachusetts Institute of Technology.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

altamente detallada y sistemática acerca de las operaciones de los agentes y sus resultados. Los comandantes no pueden dirigir, y menos reformar una institución, sin saber qué están haciendo sus agentes. Aunque podría suponerse que los dictadores tienen un control absoluto o casi absoluto sobre las instituciones de poder, ello puede resultar una falacia.

Un problema clave es que, en una dictadura, la información sobre las operaciones de los agentes es relativamente más difícil de obtener que en una sociedad abierta pues hay menos fuentes de "feedback", de información independiente. La trasparencia no es exactamente una prioridad en este tipo de gobierno. Por otra parte, los agentes tienen menos incentivos para informar con exactitud sobre el conjunto de sus actividades, incluyendo sus transgresiones, ya que los superiores poseen un grado inusual de poder sobre sus carreras e incluso sobre sus propias vidas[1]. Entonces, cabría preguntarse cómo hace un régimen que tiene a sus agentes policiales bajo un mando muy centralizado para obtener información suficiente sobre las operaciones de éstos y llevar a cabo una reforma institucional, como sucedió en Chile.

Cuando esta información es difícil de conseguir por canales intra-estatales, las vías extra-estatales pueden servir como substitutos, aún cuando puedan provenir de grupos de la sociedad civil cuyos objetivos son antitéticos con los del gobierno. En Chile, las organizaciones de derechos humanos recopilaron y sistematizaron información sobre operaciones de la policía. En ocasiones, esta información fue tenida en cuenta por personas que estaban ubicadas en la cima de la pirámide de poder y fue utilizada para contrapesar los informes internos sobre las operaciones policiales. En algunos momentos sirvió para confirmar las sospechas de que la información interna era poco confiable y que esta falta de confiabilidad podía arriesgar las metas del régimen.

Muchos de los que apoyaron el régimen de Pinochet compartieron sus metas pero no siempre aprobaron los métodos empleados por la policía. La pugna entre los que querían librar al país del marxismo a través del exterminio literal de marxistas y los que querían hacerlo alterando las bases institucionales - un conflicto que puede sintetizarse como la lucha entre los "exterminadores" y los "arquitectos" - está en la base de la primera historia de la dictadura. A veces, los grupos que se oponían al régimen y los arquitectos que lo apoyaban tenían un interés común, aunque fuera inintencionado o inverosímil, en monitorear y limitar el poder de los exterminadores dentro de la policía.

En las secciones que siguen, discutiré primero ciertos enfoques que se han utilizado para analizar la dictadura chilena y otros regímenes similares. Recientemente

---

1. Cfr. James H. Rosberg, "The Development of the Rule of Law in Egypt in Comparative Perspective", Paper presentado en la American Political Science Association Conference, Nueva York, 1-4 de septiembre, 1994. Para perspectivas más generales sobre los problemas de los agentes principales dentro de las organizaciones burocráticas, cfr. también: Randall L. Calvert, Matthew D. McCubbins y Barry R. Weingast, "A Theory of Political Control and Agency Discretion", en *American Journal of Political Science*, 33:3, agosto de 1989, pp. 588-611; Jonathan R. Macey, "Organizational Design and the Political Control of Administrative Agencies", *Journal of Economics and Organization* 8:1, marzo de 1992, pp. 93-110; Matthew D. McCubbins y Barry R. Weingast, "Congressional Oversight Overlooked: Police Patrols versus Fire Alarms", *American Journal of Political Science* 28:1, febrero de 1984. Cfr., además: James S. Coleman, "Constructed Organization: First Principles", *The Journal of Law, Economics, and Organization* 8:1, 1991, pp. 7-23; y Michael Lipsky, *Street-Level Bureaucray; Dilemmas of the Individual in Public Services*, Russell Sage Foundation, Nueva York, 1980.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

en esta temática ha habido un cambio de mira desde los regímenes a las instituciones, en particular el estado y sus componentes. A pesar de que ello representa un avance significativo, los mecanismos que operan en el seno de las instituciones aún no han sido estudiados. Muy frecuentemente, los hechos institucionales son entendidos como una función de cierto tipo de lucha de poder. A pesar de que, por supuesto, el poder es central para las instituciones y la política en general, no es el único mecanismo que debe ser considerado. La información, sostengo, es independiente del poder y más esencial a la definición del comportamiento social, en tanto que "institucional".

La sección empírica del *paper* ilustra estas ideas a través de una discusión sobre la política de información que estuvo en la base de las reformas policiales llevadas a cabo durante la dictadura de Pinochet. Como sugerí más arriba, la política de información a veces creó aliados inintecionados e inverosímiles. Un líder de la oposición dio a entender que si era necesario "hablar con el Diablo" para presionar por la causa de los derechos humanos, así debía hacerse. Los contactos entre las organizaciones de derechos humanos y las autoridades gubernamentales dan cuenta de una serie compleja de simulaciones y tretas entre los partidarios y los opositores de la dictadura, dado que se vigilaban unos a otros en el curso de la definición y redefinición de cada uno así como de sus propias agendas. En este sentido, la información sobre "nosotros" y sobre "ellos" sirvió como una importante moneda de cambio para la política.

REGÍMENES, INSTITUCIONES E INFORMACIÓN.

La ola de dictaduras militares en América Latina y en otros lugares desde los años 60 vino acompañada de una ola correspondiente de estudios que intentaban explicar tanto los orígenes como la dinámica interna de esos regímenes. Aunque los enfoques analíticos difieren sobre las causas de los quiebres de la democracia[2], con pocas excepciones[3], la preocupación central se centró en los regímenes per se: por qué fallaron las democracias, porqué emergieron las dictaduras y cómo las dictaduras "autoritarias" de América Latina se diferenciaban de las "totalitarias" de Europa[4].

Las transiciones a la democracia en los 80 también trajeron consigo una ola de estudios[5]. Muchos analistas ofrecieron explicaciones para esta nueva

---

2. Cfr. Guillermo O'Donnell, *Modernization and Bureaucratic Authoritarianism; Sutdies in South American Politics*, Politics of Modernization Series 9, Berkeley: Institute of International Sutdies, University of California, 1973; Juan Linz and Alfred Stepan (eds.) *The Breakdown of Democratic Regimes: Latin America*, Johns Hopkins Univrsity Press, Baltimore, 1978; David Collier (ed.,), *The New Authoritarianism in Latin America*, Princeton University Press, Princeton, 1979.

3. Cfr. Alfred Stepan, The Military in Politics: *Changing Patterns in Brazil*, Princeton University Press, Princeton, 1971 y Stepan, *The State and Society: Peru in Comparative Perspective*, Princeton University Press, Princeton, 1978.

4. Cfr. Juan Linz, "An Authoritarian Regime: Spain", en Stein Rokkan (ed.), *Mass Politics*, Pree Press, New York, 1970; y Linz, "Totalitarian and Authoritarian Regimes" en Fred Greenstein y Nelson Polsby (eds.), *Handbook of Political Science* 3, Addson-Wesley, Reading, 1975.

5. El trabajo seminal es el de Guillermo O'Donnell, Philippe Schmitter y Lawrence Whitehead (eds.), *Transitions from Authoritarian Rule* 4 vols. , John Hopkins University Press, Baltimore, 1986; y, en especial: O'Donnell y Schmitter, *Tentative Conclusions About Uncertain Democracies* (Ibid.) Cfr. también: Larry Diamond, Seymour Lipset y Juan Linz (eds.), *Democracy in Developing Countries: Latin America*, Lynne Rienner, Boulder, 1989; Alfred Stepan (ed.), *Democratizing Brazil; Problems of Transition and Consolidation*, Oxford University Press, Nueva York, 1989; y, más recientemente: Stephan Haggard y Robert R. Kaufman, *The Political Economy of Democratic Transitions*, Princeton University Press, Princeton, 1995.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

transición radicalmente diferentes en estilo de aquellas de las rupturas de las democracias. Los que primero habían sugerido que los factores estructurales jugaron un rol central en los quiebres de las democracias, hacia mediados de los 80, sostenían que las transiciones desde los autoritarismos se explicaban mejor con relación a factores más contingentes "orientados hacia la agencia"[6]. Sin embargo, aunque el estilo de explicación puede haber cambiado, lo que no cambió en esta nueva ola de estudios fue el énfasis en la dinámica de los regímenes y en la transición de un régimen a otro.

Este enfoque empezó a presentar problemas cuando, en los últimos años, los analistas advirtieron que, sorprendentemente, tener un régimen democrático no garantizaba la democracia. Muchos de ellos comenzaron a descubrir "enclaves autoritarios" dentro las nuevas democracias, desde roles tutelares en política para los militares hasta la tendencia a la corrupción o el mafiosismo[7]. ¿Cómo entender estos "enclaves"? ¿Son elementos que quedan en el camino durante la transición? ¿Significa esto que a veces la transición de un régimen a otro ocurre sólo parcialmente?

El mismo hecho de hacerse estas preguntas alerta sobre los problemas de los enfoques centrados en el tipo de régimen y sus posibles "enclaves". Los enclaves autoritarios pueden explicar, por ejemplo, la persistencia de poderes tutelares de los militares en la política de determinado gobierno pero resulta difícil explicar **todos** los aspectos autoritarios de la vida política de un país en función de uno u otro tipo de régimen[8]. La policía es un excelente ejemplo. Si el patrón de coerción policial es una función de un tipo de régimen, ¿cómo se explica la persistencia de coerción "autoritaria" en las democracias, incluso en los Estados Unidos, donde nunca se vivió un régimen autoritario?[9]

---

6. La conversión de O'Donnell y Schmitter desde el enfoque estructural a otro más centrado en la agencia es, quizás, la transformación más notable.

7. Cfr. Frances Hagopian, "Democracy by Undemocratic Means? Elites, Political Pacts, and regime Transition in Brazil", *Comparative Political Studies* 23:2, julio de 1990, pp. 147-70; Scott Mainwaring, Guillermo O'Donnell y J. Samuel Valenzuela (eds.), *Issues in Democratic Consolidation; The New South American Democracies in Comparative Perspective*, University of Notre Dame Press, Notre Dame, 1992.

8. Cfr. Frances Hagopian, "Traditional Politics Against State Transformation in Brazil"; en Joel S. Migdal, Atul Kohli y Vivienne Shue (eds.), *State Power and Social Forces: Domination and Transformation in the Third World*, Cambridge University Press, 1994, pp. 37-64; Guillermo O'Donnell, "On the State, Democratization and some Conceptual Problems; A Latin American View with Glances at Some Postcomunist Countries", *World Development* 21:8, 1993, pp. 1355-1370. También cfr. Brian Loveman, *The Constitution of Tyranny; Regimes of Exception in Spanish America*, University of Pittsburgh Press, 1993.

9. El ejemplo de Rodney King es uno de muchos. Las patrullas fronterizas de EEUU permanentemente reciben bajas calificaciones de grupos de vigilancia como Human Rights Watch y Amnesty International. Los investigadores interesados en la historia y dinámica de la policía en América Latina podrían aprender mucho de los estudios sobre la policía en países como los Estados Unidos. Cfr., por ejemplo, David H. Bayley, *The New Blue Line: Police Innovation in Six American Cities*, The Free Press, Nueva York, 1986; Egon Bittner, "The Function of the Police in Modern Society: A Review of Background Factors, Current Practices, and Possible Role Models", National Institute of Mental Health, Center for Studies of Crime and Delinquency, Washington, DC, 1970; Otwin Marenin, "The Police and the Coercive Nature of the State", en Edward S. Greenberg y Thomas F. Mayer (eds.), *Changes in the State: Causes and Consequences*, Sage Publications, Nueva York, 1990, pp. 115-30. También cf. Mark Moore, "Policing: Deregulating or Redefining Accountability?, en John Dilulio Jr., de., *Deregulating the Public Service: Can Government be Improved?*, The Brookings Institution, Washington, 1994.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

Una ola más reciente de bibliografía sobre América Latina ha empezado a cambiar el énfasis desde los regímenes a los estados[10]. Si la idea de "régimen" remite a términos particulares del poder (la *manera* de obtener y ejercer el poder), "estado" hace referencia a las *instituciones* relativamente permanentes a través de las cuales un régimen ejerce el poder sobre un grupo dado, dentro de un territorio determinado, y que por lo general (aunque no siempre desde un comienzo) es reconocido internacionalmente como "estado". Estas instituciones incluyen la oficina del ejecutivo, el parlamento y el poder judicial, junto con todas las agencias subordinadas y las burocracias utilizadas para implementar las decisiones, recopilar y distribuir información y dinero, y para defender el territorio nacional. No todas estas instituciones necesitan estar siempre presentes en todo tiempo y lugar (hay estados monárquicos, democráticos, autoritarios, etc.), pero todos los estados están compuestos por instituciones que tienden a perdurar después de que las personas que ocupan los diferentes puestos han sido reemplazadas. Otro requerimiento adicional para el conjunto de instituciones a considerar como "estado" es el de Weber: que el estado reclama el monopolio del poder coercitivo legítimo en la sociedad[11].

En resumen, en ninguna parte se ejerce el poder en el vacío. Dominar implica hacerlo a través de instituciones estatales. Los regímenes pueden aparecer y desaparecer pero las instituciones de poder -el estado- tienden a perdurar.[12] Estas instituciones, por supuesto, son moldeadas y afectadas por la naturaleza del régimen pero no son reducibles a éste.

Aunque esta nueva ola de estudios representa un avance significativo con relación a los enfoques centrados en los regímenes, el siguiente paso lógico es preguntarse cómo funcionan realmente estas instituciones. Los institucionalistas están interesados en discutir la influencia de la política sobre las estructuras, las que a su vez influencian los hechos sociales, económicos y políticos. El poder es central para la política, por ejemplo, en la pugna por los recursos, y todavía más en

---

10. Mucha de esta bibliografía reciente gira en torno a debates relacionados en otros subcampos sobre la importancia de las instituciones y sobre "la vuelta del estado". Si bien esta literatura es enorme, entre los recientes trabajos clave se incluyen, Peter Evans, Dietrich Rueschmeyer y Theda Skocpol (eds.), *Bringing the State Back In*, Cambridge University Press, Nueva York, 1985; James G. March y Johan P. Olsen, *Rediscovering Institutions; The Organizational Basis of Politics*, The Free Press, Nueva York, 1989; y Sven Steinmo, Lathleen Thelen y Frank Longstreth (eds.), Structuring Politics: Historical Institutionalism in Comparative Perspective, Cambridge University Press, Cambridge, 1992; y Gianfranco Poggi, *The Development of the Modern State: A Sociological Introduction*, Stanford University Press, Stanford, 1978. Para una buena visión general, cfr. Ellen M. Immergut, "The Normative Roots of the New Institutionalism: Historial Institutionalism and Comparative Policy Studies", en Arthur Benz y Wolfgang Seibel (eds.), *Beiträge zur Theorieentwicklung in der Politik- und Verwaltungswissenschaft*, Nomos Verlag, Baden-Baden, 1996. Un clásico redescubierto en esta tradición es Frederick M. Watkins, *The State as a Concept of Political Science*, Harper & Brothers Publishing, Nueva York, 1934.

11. Max Weber, *Economy and Society; An Outline of Interpretive Sociology*, Guenther Roth y Claus Wittich (eds.), Berkeley, University of California Press, 1978; Poggi, *The Development of the State;* y Watkins, *The State.*

12. O'Donnel, en una transformación epistemológica posterior, señala que los estados, en todas partes, están extendidos desigualmente por regiones, incluso dentro de los países. Ciertas regiones, en consecuencia, están afectadas por un "nivel de ciudadanía". Cfr. O'Donnell, "On the State, Democratization and Some Conceptual Problems: A Latin American View with Glances at Some Postcommunist Countries", *World Development* 21:8, agosto de 1993, pgs. 1355-70. Cfr. Robert Fishman, "Rethinking State and Regime: Southern Europe's Transition to Democracy", *World Politics* (1990) pgs. 423-39, para una visión de que mucha de la bibliografía sobre "transiciones" que pasa por alto la distinción entre estado y régimen.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

el fondo de lo que da forma a las instituciones. Apropiadamente, muchos de estos estudios focalizan sobre las luchas de poder que modelan las instituciones[13].

Aunque el poder, sin duda, es clave en las instituciones y a la política en general, no es el único factor que debe ser considerado. Si las instituciones, en el nivel más abstracto, se definen como un comportamiento social que sigue ciertos patrones, el poder puede ser menos central para las instituciones que la información. Los patrones sociales pueden codificarse muy formalmente a través de un conjunto de reglas tales como constituciones o bien de manera algo más informal, mediante normas culturales compartidas por toda una población. Sean éstas formales o informales, un cierto conjunto de normas -vale decir, de información codificada- es un aspecto central en la definición de un comportamiento social cual "institucional".

Un elemento común en cualquier conjunto de normas, formales o informales, es que incluso en los casos más estrictos las normas nunca se cumplen al pie de la letra[14]. Hay dos problemas de información dentro de cualquier institución. Uno es asegurarse de que todo el mundo conozca las normas, y el otro es verificar que se cumplan las reglas y se informe respecto de las infracciones. El primero es mucho más fácil de solucionar que el segundo. Ello es así pues, mientras la información sobre las normas generalmente se puede centralizar, estandarizar y distribuir, la información sobre el cumplimiento -que necesariamente incluye datos de infracción- es por definición descentralizada y mucho más difícil de estandarizar. Una grave dificultad es que los actores tienen incentivos naturales para encubrir sus transgresiones, en especial cuando las penas son severas[15].

Todas las instituciones, desde los matrimonios a los mercados, deben enfrentar los problemas de la información, y la policía no es ninguna excepción. Es más, la policía es un tema especialmente apropiado para estudiantes de política también por otras razones. En la base de lo que hace que un conjunto de instituciones dados sea un "estado" está el monopolio sobre los medios legítimos de coerción. El estado ejercita la coerción a través de dos instituciones principales: los militares y la policía. En general los militares tienden a operar en el plano externo, contra otros militares y otros estados, mientras que la policía ejercita la coerción frente a la población local[16]. Aunque los militares recibieron

---

13. Cfr. Immergut, "The Normative Roots of the New Institutionalism".

14. Ver Pierre Bourdieu, *Outline of a Theory of Practice*, traducido por Richard Nice (Cambridge University Press, Cambridge, 1977). También Sabel sostiene que los trabajadores generalmente alteran las metas de sus rutinas laborales en sentidos que son impredecibles a partir del contenido del libro de pautas. Estas alteraciones más que transgresiones son adaptaciones a las particularidades locales del trabajo. Los libros de pauta exitosos desde esta perspectiva son aquellos que regularmente son adaptados según el conocimiento y la experiencia que los trabajadores acumulan en la práctica. En cierto modo, es el problema del agente-director puesto al revés: monitorear las órdenes del director según las prácticas de los agentes. (Ver Sabel, "Learning by Monitoring: The Institutions of Economic Development", MIT, 1993; y Sabel "Mobius-Strip Organizations and Open Labor Markets: Some consequences of the Reintegration of Conception adn Execution in a Volatile Economy", in Pierre Bourdieu y James S. Coleman (eds.), *Social Theory for a Changing Society*, Westview Press, Boulder, 1991).

15. Ver, por ejemplo, James Rosberg, "The Development of the Rule of Law in Egypt in Comparative Perspective", paper presentado en la American Political Science Association Conference, New York, 14 de septiembre, 1994.

16. Bittner, "Function of the Police"; Otwin Marenin, "Police Performance and State Rule", Comparative Politics 18:1, octubre, 1995; Marenin, "The Police and the Coercive Nature of the State"; y Laura Kalmanowiecki, "Military Power and Policing in Argentina", Tesis doctoral, New School for Social Research, 1995.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

mucha atención como instituciones centrales para la política y la construcción del estado[17], la policía es al menos tan crucial para el problema de la coerción estatal -para la definición de lo que hace que un estado sea un estado- como los militares. La policía, en otras palabras, es una institución política por excelencia.

La sección que sigue ilustra el significado de lo que puede llamarse la "política de la información", a través de algunos experimentos institucionales llevados a cabo con la policía durante la dictadura de Pinochet. Estos experimentos tuvieron lugar en el contexto de las disputas entre los exterminadores y los arquitectos acerca de los alcances del régimen. La información sobre las operaciones de los exterminadores sirvió como una importante moneda de cambio para la política, lo que a veces permitió concertar acciones entre los arquitectos y los opositores al régimen, que también estaban interesados en controlar las operaciones policiales.

La Policía en la lucha por una definición

Las Fuerzas Armadas chilenas no llevaron a cabo el golpe de estado de 1973 con una idea clara de lo que querían hacer con el poder una vez que lo obtuviesen. Aunque hay muchas razones para explicar el quiebre de la democracia en Chile[18], la propia motivación de los militares por dar el golpe se expresó como una reacción a lo que ellos percibían como el rápido descenso hacia el caos, e incluso la abierta guerra civil, durante el gobierno de Allende[19]. Fuera de restablecer el orden y -quizás- extirpar el "cáncer marxista", no existía ningún plan de gobierno[20]. El propio Pinochet se plegó al complot a último momento. El día del golpe la nueva Junta militar lo nombró líder pues era Comandante en Jefe del Ejército (la rama militar más grande) y Jefe de las Fuerzas Armadas, puestos a los cuales había llegado sólo unas semanas antes, a través de un nombramiento de Allende, quien pensó que a Pinochet se le podía tener confianza[21].

---

17. Ver, por ejemplo, Samuel P. Huntington, The soldier and the State, Vintage Books, New York, 1958; y Charles Tilly, "War Making and State Making as Organized Crime", en Peter Evans et al., *Bringing the State Back In.* Para América Latina, ver Alfred Stepan, "The New Professionalism of Internal Warfare and Military Role Expansion", en Stepan (ed.,), *Authoritarian Brazil: Origins, Policies, and Future*, Yale University Press, New Haven, 1973; Brian Loveman y Thomas M. Davies (eds.), *The Politics of antipolitics; The Military in Latin America*, Scholarly Resources, Wilmington, 1997, reedición de 1978.

18. Para un análisis de los hechos políticos que condujeron al golpe, la fuente clásica sigue siendo: Arturo Valenzuela, *The Breakdown of Democratic Regimes; Chile*, Johns Hokkins Press, Baltimore, 1978. También ver: Manuel Antonio Garretón, *The Chilean Political Process*, Unwin Human, Boston, 1989; Stefan de Vylder, Allende's Chile; *The Political Economy of the Rise and Fall of the Unidad Popular*, Cambridge University Press, Cambridge, 1976; y Paul Sigmund, *The Overthrow of Allende and the Politics of Chile*, University of Pittsburgh Press, Pittsburgh, 1977.

19. Ver Genaro Arriagada, *El pensamiento político de los militares*, Aconcagua, Santiago, 1986; también: Augusto Varas, *Los militares en el poder. Régimen y gobierno militar en Chile: 1973-1986*, Pehuén y FLACSO, Santiago, 1987; y Augusto Varas, Felipe Agüero y Fernando Bustamante, *Chile, democracia, Fuerzas Armadas*, FLACSO, Santiago, 1980.

20. La primera declaración oficial de la Justa estableció que ésta había tomado "el Supremo Comando de la Nación con el compromiso patriótico de restaurar la *chilenidad*, la justicia y las instituciones, que habían sido quebradas (...) como resultado de la entrada de una ideología dogmática y alienante, inspirada en los principios foráneos del marxismo-leninismo". *Decreto Ley* Nº1, 11 de septiembre de 1973, *Acta de Constitución de la Junta de Gobierno, Diario Oficial*, 18 de septiembre de 1973.

21. Dado que Pinochet continúa ocupando actualmente el cargo de Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas, irónicamente, él es la última persona designada por el gobierno de Allende que aún permanece en su puesto en Chile (cfr. fn 49).

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

El uso generalizado de la fuerza por parte de los militares durante el golpe y en las semanas y meses inmediatamente posteriores ocultaron una confusión de fondo acerca de los términos según los cuales el nuevo gobierno regiría. Por ejemplo, no estaba claro exactamente sobre qué poderes el gobierno militar había tomado posesión. Una comisión de expertos legales y constitucionales, designada por la Junta en las primeras semanas que siguieron al golpe, señaló las dificultades que había para definir el significado preciso de la declaración de la Junta en el día del golpe, según la cual había tomado control del "Mando Supremo de la Nación"[22]. Algunos comisionados sugirieron, sobre la base del Artículo 60 de la Constitución de 1925, acorde a la cual el Presidente era el "Jefe del Estado y Comandante Supremo de la Nación", que la Junta sólo había tomado control de la presidencia pero no de la legislatura. Incluso si garantizaban el poder legislativo, los comisionados tampoco concordaban sobre si la Junta también había asumido el poder constituyente, para dictar una nueva constitución. La Junta no había mostrado la intención de reescribir la Constitución de 1925 en el momento del golpe[23]. Como respuesta a esas dudas, la Junta emitió una clarificación bajo la forma de un Decreto Ley, el 16 de noviembre de 1973, en el que establecía que "el Comando Supremo de la Nación incluye los poderes Legislativo y Ejecutivo, y como consecuencia el poder Constituyente que corresponde a estos"[24].

Una segunda fuente de confusión se originó a raíz de la relación entre los militares y las anteriores autoridades políticas que apoyaron al golpe. Los demócrata cristianos, liderados por Patricio Aylwin (que más tarde sería elegido presidente en 1989), tuvieron una reunión con la Junta en las primeras semanas posteriores al golpe, para discutir lo que los civiles esperaban sería un pronto traspaso del poder. El sobreentendido de que esa transferencia tendría lugar fue la premisa central que llevó a estos políticos a apoyar el derrocamiento militar de Allende. Según Aylwin, en ese encuentro Pinochet les señaló que los militares estarían en el poder por un total de ocho meses. Quizás, una clara indicación de las intenciones militares fue el hecho de que el Comandante Naval José Toribio Medina dejó un gran revólver sobre la mesa durante los debates[25]. No se estableció ningún tipo de colaboración entre los militares y los demócrata cristianos y no se volvió a discutir el traspaso del poder.

Una tercera fuente de confusión circuló en torno al nombramiento de Pinochet como *primus inter pares* dentro de la Junta. Pinochet había jugado un papel relativamente menor en el golpe pero, siendo el jefe militar más importante del país, era la alternativa natural para ser Jefe de la Junta. La intención de este

---

22. *Decreto Ley Nº 1*, 11 de septiembre de 1973.

23. *Acta* Nº 14, *Actas de la Comisión Constituyente*, 8 de noviembre de 1973.

24. *Decreto Ley* Nº 128, *Diario Oficial*, 16 de noviembre de 1973.

25. Ver Eugenio Ahumada et al., Chile: La memoria prohibida, pg. 386. La naturaleza de esta reunión recientemente ha sido sujeto de debate. Los periodistas informaron que, según el ex miembro de la Junta y ex Director General de Carabineros César Mendoza, Aylwin entró a la reunión "con una sonrisa que me pareció sorprendente, dado que aún se oían disparon en las calles". Dijo que Aylwin simplemente se presentó y declaró que él y el Partido Demócrata Cristiano estaban agradecidos a la Junta por haber librado al país del yugo marxista. Aylwin, por su parte, recuerda que el propósito y naturaleza de esa reunión simplemente era "clarificar el receso político" en el país y expresar la preocupación del partido por los abusos a los derechos humanos que se estaban cometiendo. Según Aylwin, el revolver de Merino era la indicación más clara de las intenciones de la Junta. Ver "Polémica por visita de Aylwin a la Junta", *La Tercera*, 8 de abril de 1997, pg. 9.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

nombramiento, según la declaración original de la Junta, era compartir el liderazgo de forma igualitaria entre los cuatro miembros de la Junta, sobre la base de una rotación[26]. En los hechos, nunca hubo rotación. Pinochet asumió el título de "Comandante Supremo de la Nación"[27] a finales de 1973, y en diciembre de 1974 consolidó su posición nombrándose a sí mismo Presidente[28]. Como principal figura militar y política del país, la concentración de poderes de Pinochet no tenía precedentes en la historia chilena[29].

Fuera de la falta de claridad sobre los alcances del nuevo régimen, también había confusión sobre la aplicación misma de la fuerza. Cientos de personas fueron asesinadas durante las primeras semanas que siguieron al golpe, en lo que los militares calificaron como un "estado de guerra"[30], y miles fueron encarcelados en provisorios campos de concentración. Pero, además de establecer el orden y ganar la guerra, es dudoso que el uso de la fuerza representara una política coherente y bien articulada con claras proyecciones hacia el futuro. Todas las ramas de las Fuerzas Armadas y la Policía ejercieron la coerción durante esa época, realizando desde detenciones y encarcelamientos hasta ejecuciones sumarias. Había muchos choques de jurisdicción y la mayor parte del tiempo era muy difícil para los oficiales de una institución, recibir información precisa sobre prisioneros en otra. Además, en este primer período, los militares asesinaron personas de un amplio espectro de antecedentes políticos, desde la izquierda al centro, o a personas sin afiliación política e incluso a otras que habían sido opositoras al gobierno de Allende[31].

Un régimen que luchaba por definirse a sí mismo experimentó con nuevas instituciones. Tres reformas marcaron significativos momentos de decisión en este proceso en relación con la policía. La primera es la creación de la *Dirección de Inteligencia Nacional* (DINA), la policía secreta, en los meses inmediatamente posteriores al golpe de septiembre de 1973; la segunda es el reemplazo de la DINA por la *Central Nacional de Inteligencia* (CNI) en 1977; y la tercera, es la purga en Carabineros en 1985, después del asesinato de tres activistas de derechos humanos, hecho conocido como el caso *Degollados*.

LA DINA (1973-1977)

En el contexto de esencial incertidumbre que caracterizó a los meses inmediatamente posteriores al golpe, cuando muchos sectores quisieron poner

---

26. Ver *Informe Rettig*, pg. 47.

27. *Decreto Ley* Nº 527.

28. *Decreto Ley* Nº 806, 16 de diciembre de 1974.

29. Ver Genaro Arriagada, Pinochet; The Politics of Power, Unwin Hyman, Boston, 1988. También ver Carlos Huneeus, "El Ejército y la política en Chile de Pinochet. Su magnitud y alcances", Opciones 14, 1988, 89-136. El régimen militar argentino es un contrapunto interesante a esta concentración de poder. Los jefes de las Fuerzas Armadas en Argentina, a diferencia de sus contrapartes en Chile, rotaron el liderazgo y ninguna personalidad logró concentrar el cúmulo de poder que tuvo Pinochet en Chile. Ver Patricio García, *El Drama de la autonomía militar*, Alianza, Buenos Aires, 1995.

30. Por ejemplo, el General Alejandro Medina, jefe de la unidad militar de élite boinas negras durante este período, creía que "el país estaba en estado de guerra, al menos hasta noviembre de 1973". Su recuerdo de combate es una boina que recibió un tiro mientras él la estaba usando. "Estoy vivo", dijo con su característica insolencia, "gracias a aquellos fantoches de mala puntería". Entrevista, 26 de octubre de 1995.

31. Informe Rettig, Ch. II. Ver también Elías Padilla, *La memoria y el olvido. Detenidos-desaparecidos en Chile*, Ediciones Orígenes, Santiago, 1995, pgs. 45-46.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

orden en el nuevo gobierno[32], los esquemas de un grupo que puede denominarse como los "exterminadores" cobraron creciente predominio. El general Alejandro Medina, por ejemplo, que estaba a cargo de los boinas negras durante estos primeros meses y que tuvo la responsabilidad de llevar a cabo allanamientos "casa por casa" en varias poblaciones de Santiago, afirmaba:

> *A nadie le gustan los allanamientos. Pero si hay ratas adentro, uno acepta que venga alguien a sacarlas*[33].

Algunos sectores empezaron a asegurarse de que las fuerzas militares adoptaran una represión uniformemente dura en todo el país. Una misión en helicóptero liderada por el general Sergio Arellano, que había participado en la toma del Palacio de La Moneda, viajó al norte y al sur del país para garantizar que los comandantes "blandos" se pusieran firmes, al igual que en el resto del territorio nacional. Los miembros de lo que se llegó a conocerse como la "caravana de la muerte" llevaron a cabo ejecuciones de prisioneros, y de oficiales que rehusaban a reprimir en forma más dura[34].

El grupo más importante de exterminadores surgió de una asociación secreta entre mayores y coroneles del Ejército, liderada por el coronel Manuel Contreras. La base de su asociación fue el deseo de montar una gran campaña de contrainsurgencia, dirigida contra los enemigos comunistas, y para ello empezaron a desarrollar operaciones de inteligencia desde la *Escuela Militar* el mismo día del golpe. No obstante la resistencia que tuvo el grupo de Contreras dentro del ejército por parte de sectores que no compartían ni su anticomunismo ni su filosofía de contrainsurgencia[35], el grupo se mantuvo y logró aumentar su presencia e importancia.

El grupo de Contreras no fue comisionado por Pinochet sino que más bien se le permitió adquirir un estatus cada vez más formal. En noviembre de 1973 empezó a operar bajo el nombre de *Comisión DINA*, y más tarde el *Decreto Ley* Nº 521, publicado en el *Diario Oficial* el 14 de junio de 1974, le dio estatus oficial como *Dirección de Inteligencia Nacional*. Públicamente se suponía que esta nueva institución sería un "organismo militar de carácter técnico profesional bajo el mando de la Junta y cuya misión será la de recopilar toda la información a nivel nacional, desde diferentes campos de acción, con el propósito de producir la inteligencia requerida para la formulación de políticas, planificación y adopción de medidas para asegurar la protección de la seguridad nacional y el desarrollo del país"[36]. Este decreto ley, sin embargo, también incluyó tres artículos secretos, publicados en un anexo del *Diario Oficial* de circulación

---

32. El General Gustavo Leigh, Comandante en Jefe de la Fuerza Aérea y uno de los cuatro miembros de la Junta, en noviembre de 1973, pidió consejo sobre un plan para poner orden a un proceso admitídamente caótico de detenciones. Lee se acercó al abogado Miguel Schweitzer, quien diseñó un plan para reorganizar el proceso que no involucraba la creación de una organización del tipo de la DINA. El plan, por supuesto, nunca fue adoptado. Miguel Schweitzer, entrevista, 17 de diciembre de 1996.

33. Citedin Pamela Constable y Arturo Valenzuela, *A Nation of Enemies,* pg. 20.

34. Patricia Verdugo, *Los zarpazos del puma*, Santiago, 1989.

35. Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, *Informe Rettig. Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación,* La Nación y Ediciones Ornitorrinco, Santiago, 1991, pg. 42-48, 451-58. Contreras era un oficial condecorado pero no era un experto en inteligencia per se. El General Odlanier Mena desarrolló su carrera en el campo de la inteligencia militar y se convirtió en uno de los críticos más serios de Contreras.

36. Mi traducción.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

restringida[37]. Estos artículos permitían a la Junta asignar elementos de instituciones de inteligencia de otras ramas de las Fuerzas Armadas para participar en las operaciones de la DINA, y también facultaban a la DINA para llevar a cabo allanamientos y arrestos, y para mantener prisioneros[38].

Si bien todas las ramas de las Fuerzas Armadas y Carabineros ejercieron la represión durante los primeros meses después del golpe (desde búsquedas a arrestos y ejecuciones), una vez creada la DINA, ésta se adjudicó la mayor parte de esas labores (*Carabineros,* por supuesto, continuó operando como principal fuerza policial)[39]. A la vez, la conformación de la DINA introdujo un cambio radical en el modus operandi de la represión. En vez de atrapar grandes cantidades de supuestos enemigos, la DINA seleccionó a sus víctimas en forma mucho más cuidadosa y específica. Un resultado de esta nueva política fue el drástico descenso en el número de víctimas de asesinatos. De 1800 durante los primeros meses del golpe, bajo la DINA, este número se redujo a 400 en 1974 y a unos 150 en 1975 y 1976 (Ver tabla). Por otra parte, el perfil de víctima cambió. Mientras que antes de la DINA se reprimió a enemigos de un amplio espectro político, la DINA persiguió a la extrema izquierda y, en particular, al *Movimiento de Izquierda Revolucionario* (MIR).[40] También las desapariciones empezaron a ser utilizadas como el método habitual de represión[41], y la campaña contra los marxistas empezó a llevarse a cabo fuera de las fronteras de Chile.

En noviembre de 1975 Manuel Contreras organizó una reunión de los principales jefes de las instituciones de inteligencia de las dictaduras establecidas en la mayor parte del Cono Sur[42]. La nueva campaña, conocida como *Operación*

---

37. En Chile, las leyes no son oficiales hasta que no se publican en el *Diario Oficial.* Técnicamente, por lo tanto, los artículos secretos cumplían con los requerimientos de publicación.

38. Ver *Informe Rettig,* pgs. 62-69. José Zalaquett, un reconocido abogado de derechos humanos en aquel tiempo que participó en la creación de la COPACHI, advirtió que los observadores de derechos humanos, de las operaciones de la DINA, deducían el contenido de los artículos secretos con alto grado de exactitud. Entrevista, 16 de septiembre de 1996.

39. Lo mismo es cierto para Investigaciones de *Chile,* la fuerza policial civil del país.

40. Durante el período inicial un gran número de personas de todo el espectro político fueron asesinadas por las Fuerzas Armadas. Ello incluyó personas de la izquierda, del centro, de la derecha e incluso muchos que no tenían ningún tipo de afiliación política. Ver *Informe Rettig,* Ch II. Elías Padilla informa que de los desaparecidos, el mayor número antes de la DINA no tenía afiliación política reconocida, mientras que durante el período de la DINA y la CNI la mayor parte de las víctimas de desapariciones pertenecían al Partido Comunista y al MIR. Ver Elías Padilla, *La memoria y el olvido,* p. 59.

41. José Zalaquet sostiene que "a comienzos de febrero de 1974 los métodos cambiaron rápida y drásticamente. Los servicios de inteligencia ya no publicitaban las muertes y las personas que eran detenidas comenzaron a desaparecer". Exposición ante el Sub Comité sobre Organizaciones Internacionales, Estados Unidos, Casa de los Representantes, 1976. Citado en Eugenio Ahumada et al, *Chile. La memoria perdida* (1989), pg. 389.

42. En el "Archivo del Terror" de Asunción (los archivos del Departamento de Policía de Asunción, descubiertos en 1992), existe una copia de la invitación a esta reunión. Está datada en octubre de 1975 y dice que "El coronel CONTRERAS ruega al Sr. General BRITES [Jefe de Policía de Asunción] honrarle con su presencia y, si lo estima hacerse acompañar por algunos asesores, ya que espera que esta Reunión pueda ser la base de una excelente coordinación y un mejor accionar en beneficio de la Seguridad Nacional de nuestros respectivos Países". La reunión tuvo lugar en Santiago entre el 25 de noviembre y el 1 de diciembre de 1975. Un informe interno del Sr. Brites en respuesta a la invitación, también existente en el archivo, sugiere que la coordinación entre las agencias de inteligencia de Chile y Paraguay carecían de ciertas informaciones básicas. Brites escribe: "Sorprende de que no se haya hecho ninguna consulta previa al respecto. La Policía de la Capital no actúa a nivel nacional" (*Folio 47 DI,* Centro de Documentación y Archivo ara la Defensa de los Derechos Humanos, Asunción, Paraguay). Paraguay se integró oficialmente

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

Cóndor, tuvo como base a Santiago y pretendió coordinar la lucha contra los terroristas marxistas y contra determinadas figuras claves en la oposición a los regímenes militares[43] .

En Septiembre de 1974 el ex Comandante en Jefe del Ejército de Chile, general Carlos Prats, importante opositor al golpe y a la Junta, fue asesinado junto con su esposa, mediante una bomba colocada en su auto en Buenos Aires[44]. En octubre de 1975, Bernardo Leighton, ex vicepresidente durante la administración Frei (1964-1970), fue seriamente herido de bala junto con su esposa en un atentado en Roma. Y, en septiembre de 1976, el ex Canciller del gobierno de Allende, Orlando Letelier, junto con su asistente Ronnie Moffitt, fue asesinado por un auto-bomba en Washington, cuando se aproximaban a Sheridan Circle[45].

El asesinato de Letelier marca el punto más alto del poder de los exterminadores y también el comienzo de su caída[46]. La información que vinculó a la DINA con el asesinato fue esencial en la presión de los EEUU sobre Pinochet para que desarmara la DINA y volviera al estado de derecho. En agosto de 1977, durante la visita del Secretario de Estado subrogante Terence Todman a Santiago, Pinochet anunció el remplazo de la DINA por una nueva institución llamada *Central Nacional de Informaciones* (CNI). Aunque Manuel Contreras siguió a cargo de la CNI hasta finales de 1977, hubo un descenso marcado en el número de desapariciones. En febrero de 1978, investigadores norteamericanos se presentaron con Cartas Rogatorias ante el gobierno chileno, demandando oficialmente información sobre el caso Letelier. Este pedido iba acompañado de las fotos de dos agentes de la DINA que habían solicitado visas para EEUU en Paraguay, utilizando pasaportes falsos, y que estaban implicados en el crimen.

---

a la *Operación Condor* en julio de 1976. Para una visión general sobre las violaciones a los derechos humanos en Paraguay, ver: José Luis Santos, La dictadura de Stroessner y los derechos humanos, Comité de Iglesias, Asunción, Paraguay, 1992, Serie Nunca Más Vol. 1. Para un recuento testimonial del rol del Paraguay en la Operación Cóndor, ver Gladys Meilinger de Sannemann, *Paraguay en el Operativo Cóndor. Represión e intercambio clandestino de prisioneros políticos en el Cono Sur,* Asunción, Paraguay, 1993.

43. Puede ser ostensiblemente implementado en tres fases. La Fase 1 cubría el almacenamiento e intercambio de información acerca del enemigo. La Fase 2 incluía operaciones conjuntas entre los países miembros de Condor y la Fase 3 apuntaba a crear equipos operativos conjuntos entre los países miembros que pudieran golpear al enemigo en cualquier parte del mundo. Para ejemplos de intercambios de inteligencia y operaciones entre dos países ver *Informe Rettig*, pg. XXX; Melinger de Sannemann, p. XXXX; CONADEP, *Nunca Más*, *Informe de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas*; Servicio de Paz y Justicia Uruguay, *Uruguay Nunca Más*, etc. Es problable que el asesinato de Letelier fuera pensado como parte de la Fase 3.

44. Ver Edwin Harrington y Mónica González, *Bomba en una calle de Palermo.*

45. Probablemente no sea coincidencia que estos crímenes tuvieron lugar aproximadamente en la misma época del año. El 18 de septiembre es el día de la independencia de Chile; el 19 de septiembre es el "Día de las Fuerzas Armadas" y todo es mes de septiembre es conocido como *el mes de la patria.* Las elecciones nacionales tradicionalmente tienen lugar el 4 de septiembre. El golpe se produjo el 11 de septiembre (...) hoy, entre el 4 de septiembre (que conmemora el día en que Allende fue elegido en 1970, la última vez que un presidente fue electo en ese día) y el 19 de septiembre marcan un período simbólicamente cargado. Michael Townley sugirió que él recibió presiones para que asegurara que Letelier sería asesinado durante el mes de septiembre, por razones simbólicas. (Ver John Dinges y Saul Landau, *Assassination on Embassy Row,* Pantheon Books, New York, 1980.)

46. Dinges y Landau puntualizan que el Agente Especial del FBI Robert Scherrer, un experto en el Cono Sur y en asuntos de inteligencia, poco después del asesinato de Letelier informó que la fuente clave en la Operación Cóndor confirmó un vínculo. La fuente dice a Scherrer que "Estos lunáticos de Santiago van a arruinar todo. Estos nos dañará, tremendamente. Si usted habla sobre el MIR, los Tupamaros, cosas por el estilo, no tengo problema. No me importa. Pero la otra cosa es mal negocio - ir afuera, a Europa y otros países. Cóndor era una buena operación; esto lo arruinará". (Dinges y Landau, Assassiination, pgs. 237-38).

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

Las fotos fueron publicadas en periódicos norteamericanos y también en Santiago, nada menos que en *El Mercurio*, periódico conservador y notorio defensor del régimen militar. Esta era la primera vez que se discutió públicamente entre sectores pro-gubernamentales la conexión de la DINA con el asesinato Letelier[47].

Si bien el momento en que se produjo el reemplazo de la DINA y de Manuel Contreras coincidió con las presiones norteamericanas, es probable que estas hubieran tenido poco éxito si, por otra parte, no hubieran sido reforzadas y confirmadas por las críticas internas de sectores que se sentían cada vez más incómodos con el poder de Contreras y con el matonaje de la DINA. El asesinato de Letelier formaba parte de una larga lista de abusos. Aunque es difícil saberlo con certeza, es probable que la decisión de llevar a cabo las desapariciones representara -en un comienzo- un arreglo conveniente entre un dictador que quería consolidar y legitimar su poder y las ambiciones de un coronel anticomunista que quería organizar un ataque frontal contra el comunismo[48]. Las acciones de la DINA eran muy claras para los opositores al régimen pero muchos de sus partidarios pudieron sostener al principio que en ese tiempo "no sabían" y que "vivían en una burbuja"[49]. Las desapariciones probablemente fueron un arreglo conveniente pues permitieron lo que en inglés se conoce como *"plausible deniability"*: la posibilidad de sostener que lo que ocurría no estaba sucediendo, o bien que no era culpa del gobierno[50].

El problema es que, para negar las acusaciones, era imprescindible mantenerlas en secreto, pero las desapariciones de la DINA resultaron no ser muy secretas.

---

47. Para una buena visión general sobre las presiones norteamericanas en este caso, ver Paul sigmund, *The United States and Democracy in Chile*, Johns Hopkins University Press, Baltimore, 1993, esp. pgs. 108-118. También ver Dinges y Landau, *Assassination*... esp. cap. 11.

48. El odio de Contreras al comunismo era muy conocido antes de la DINA e incluso antes del golpe. (Ver Manuel Salazar, *Contreras. Historia de un intocable*, Grijalbo, Santiago, 1995, esp. cap. 1-3). Aquello que Pinochet "sabía" acerca de las operaciones de Contreras aún permanece en disputa. Aunque técnicamente estaba bajo el mando de la Junta, en la práctica contreras se reportaba sólo ante Pinochet en breves sesiones diarias. Aunque demandaría mucha imaginación creer que detalles significativos de las operaciones de la DINA no eran discutidos en esas reuniones, también es posible que Pinochet diera a Contreras mucha libertad para combatir a los enemigos en tanto que esa lucha no implicara grandes postos políticos. Aunque Pinochet y Contreras eran viejos amigos, Pinochet no demostró el mismo tipo de fervor ideológico de Contreras antes del golpe. Es más, Allende lo nombró en el puesto militar más alto pues lo consideraba un oficial confiable. Incluso sin tener el beneficio de la visión de futuro, este nombramiento fue un importante error de juicio. Una indicación, proveniente de las memorias de Pinochet, es que durante la Segunda guerra Mundial apoyó a los poderes del Eje y no a los Aliados. (Ver, Augusto Pinochet, *Camino recorrido. Memorias de un soldado*, Instituto Geográfico Militar, Santiago, 1990-1993). En años recientes, Pinochet también ha sido abiertamente crítico del *Bundeswehr*, sosteniendo que en la postguerra, con las reformas de "desprusianización" en Alemania, el ejército se llenó de "drogadictos, melenudos, homosexuales y sindicalistas". (Pinochet, charla en el Club de la Unión, 199?). Sólo puede interpretarse esto como un reproche por el término del modelo prusiano de organización militar, modelo al cual todavía se aferra el Ejército chileno.

49. Mónica Madariaga, una asesora legal clave de Pinochet y en determinado momento Minsitro de Justicia, admitió que ella "vivía en una burbuja" durante los primeros años, aún cuando trabajó frecuentemente en contacto cercano con Manuel Contreras. A diferencia de muchos otros que continuaron viviendo en una burguja incluso casi hasta el final del régimen, Madariaga se convirtió en una importante crítica de las violaciones a los derechos humanos desde dentro del gobierno militar y, en ciertos casos, vio su posición amenazada por ese motivo. Ver Mónica González, "Entrevista exclusiva: Mónica Madariaga pide perdón", *Análisis*, diciembre 10-16 de 1985, pgs. 16-21; Pamela Constable y Arturo Valenzuela, *A Nation of Enemies; Chile Under Pinochet*, W.W. Norton, New York, 1993, pgs. 64-66, 80-81, 124-125,

50. José Zalaquett, Entrevista, 16 de septiembre de 1996. La *Comisión Verdad y Reconciliación* (de la cual Zalaquett era miembro) sugirió que los agentes de la DINA muy probablemente creían que la suya era una tarea necesaria pero de un heroismo sin premio: exterminar a la oposición aún cuando otros simpatizantes de la dictadura no aceptaran tales métodos. En otras palabras, un caso extremo de fines que en sí mismos justifican medios injustificables. (*Informe Rettig*, pg. 476).

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

Para las víctimas de abusos a los derechos humanos y para sus familiares las operaciones de la DINA obviamente eran conocidas. De todas formas, esta información podría haber quedado dispersa y no sistematizada si ellos no se hubiesen organizado, pero esto no ocurrió. Durante los primeros años de la dictadura se prohibieron todas las organizaciones políticas y la mayoría fueran destructuradas por medio de la fuerza. Sin embargo, el *Comité por la Paz en Chile* (COPACHI) fue una excepción. La Iglesia Católica fundó esta organización en conjunto con otras religiones y denominaciones en los días que siguieron al golpe. COPACHI empezó sus actividades como una organización de asistencia y ayuda para las familias de las víctimas de violaciones a los derechos humanos pero rápidamente se expandió hasta transformarse en un santuario con un amplio alcance de programas y servicios para mitigar los peores aspectos del nuevo régimen[51].

En un comienzo la Junta toleró al COPACHI pero en determinadas ocasiones lo acusó de instigar ataques internacionales contra el gobierno militar y en noviembre de 1975 lo obligó a cerrar. Sin embargo, en enero del 76 el Arzobispado de Santiago fundó una nueva organización, la *Vicaría de la Solidaridad.* Mientras que COPACHI había sido una organización independiente apoyada por la Iglesia, la *Vicaría* en cambio formaba parte de la estructura de la Arquidiócesis, incluso al punto de que sus oficinas estaban ubicadas en el propio edificio de la Catedral de Santiago. La *Vicaría,* al principio, tuvo una orientación más religiosa que el COPACHI pero rápidamente se convirtió en una institución altamente profesional que proporcionaba una amplia gama de servicios legales y de otro tipo a las víctimas de abusos a los derechos humanos y a sus familiares.

Aparte de proveer asistencia, el principal propósito de la *Vicaría,* así como antes había sido para COPACHI, era servir como nodo de información sobre la dictadura y sus operaciones. La información más relevante tenía que ver con el paradero de las víctimas y con las operaciones internas de las organizaciones represivas. El equipo legal de la *Vicaría* prestaba ayuda a los familiares de los desaparecidos para presentar recursos de amparo (escritos de habeas corpus) por los desaparecidos y eventualmente planteaba juicios contra el estado por personas detenidas o desaparecidas. Recibía información de diversas fuentes, ya fuera de testigos que habían visto algún allanamiento o arresto en la calle, de ex prisioneros liberados, e incluso de ex agentes de seguridad. De hecho, esta información acumulada se transformó paulatinamente en la fuente más sistemática y completa de datos respecto de las operaciones represivas de los agentes de la Junta[52]. Los abogados de COPACHI y la *Vicaría* presentaron esta información a los tribunales de Chile mediante los recursos de amparo, y ella también sirvió de base para

51. Ver Frühling, "Resistance to Fear in Chile" y también: *Represión Política y Defensa de los Derechos Humanos,* Academia de Humanismo Cristiano - CESOC, Santiago, 1986; Patricio Orellana y Elizabeth Q. Hutchison, *El Movimiento de los Derechos Humanos en Chile, 1973-1990,*Santiago: CEPLA, Santiago, 1991.

52. Ver, Frühling, "Resistance to Fear in Chile". El equipo de la Vicaría desarrolló métodos altamente sofisticados para entrecruzar información y asegurarse de su exactitud. Uno de los más importantes era el hecho de que las propias víctimas o sus familiares debían firmar el recurso de amparo, asegurando así su compromiso personal con la información que contenía. José Zalaquett, encargado del equipo legal de COPACHI, afirmó que era imprescindible que cada detalle fuera exacto. En muchas ocasiones, para organizaciones como la CCDH, ello implicaba lograr información a través de personas que deliberadamente buscaban engañarlos e incluso de aquellas que honestamente creía ser víctimas sin serlo. (Zalaquett, Entrevista, 16 de septiembre de 1996; y Andrés Domínguez, Entrevista, 16 de agosto de 1996).

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

los informes de los observadores extranjeros de la OEA, Amnistía Internacional y las Naciones Unidas[53].

Aunque los partidarios del régimen habitualmente descalificaban esta información, planteando que formaba parte de una campaña internacional en contra del gobierno dirigida por Moscú, de todos modos tuvo un impacto importante dentro de la dictadura[54]. Un gobierno para el cual legitimar su postura y su imagen era cada vez más importante se vio avergonzado en varias oportunidades por el matonaje de la DINA. Estos problemas reverberaban dentro de los círculos de poder cuando Pinochet recibía críticas de sus asesores acerca de las operaciones de la DINA. Los críticos de Contreras, que a la vez apoyaban al gobierno, encontraron municiones contra una institución que socavaba la legitimidad del régimen que ellos estaban intentando construir.

Por ejemplo, en marzo de 1977 miembros del *Consejo del Estado* -un cuerpo de asesores militares y civiles- plantearon que era imperativo "moderar las acciones de la DINA" pues sus "medidas violentas" ponían en peligro la imagen del gobierno[55]. En mayo de ese mismo año, el diario *El Mercurio* admitía por primera vez que la DINA podría haber cometido "abusos criminales"[56]. Viniendo del periódico progubernamental más importante, esta afirmación representaba una crítica significativa. En agosto, cuando la DINA fue remplazada por la CNI, ese mismo diario aplaudió el cambio y afirmó que "Nadie puede negar la seria posibilidad de graves errores o abusos de poder [por parte de la DINA]"[57]. La revista *Ercilla*, el semanario más conservador y pro-Junta, en marzo de 1978, sostenía que "en este río turbio [que es la DINA] es imperativo llegar al fondo (...) para restablecer la tranquilidad y el prestigio del país"[58].

---

53. Frühling sostiene que los recursos "proporcionaron un armazón para sistematizar el creciente corpus de información sobre los métodos represivos usados por el régimen". (Hugo Frühling, "Resistance to Fear in Chile; The Experience of the Vicaría de la Solidaridad", en Corradi et al. (eds.) *Fear at the Edge*, pgs. 121-41). Mucha de esta información posteriormente conformó las bases del *Informe Rettig*. También vale la pena advertir que el primer informe de la OEA sobre la situación de los derechos humanos en Chile fue publicado en 1976 y se basó ampliamente en información proporcionada por la Vicaría y por abogados como Jaime Castillo y Eugenio Velasco. La publicación de este inform, que como no puede sorprender era muy crítico de los resultados de la dictadura militar y de la DINA en particular, tuvo como efecto la expulsión de Castillo y Velasco del país. A Jaime Castillo más tarde se le permitió regresar y se convirtió en uno de los dirigentes de la *Comisión Chilena de Derechos Humanos*.

54. Miguel Schweitzer, un alto asistente de Sergio Diez, Embajador chileno en las Naciones Unidas entre 1974 y 1978, afirmó que su equipo desconfiaba de la veracidad de la información sobre el régimen proporcionada a los observadores de la ONU por grupos chilenos locales como la *Vicaría.* Sin embargo, mientras sostenía que "la oposición magnificó el número de violaciones a los derechos humanos en Chile", también advirtió que "hubo excesos debidos a un insuficiente control interno". (Entrevista, 17 de diciembre de 1996).

55. Consejo del Estado, *Actas del Consejo del Estado*, Santiago, Sesión 14, 29 de marzo de 1977. Los debates sobre las violaciones a los derechos humanos se habían dado dentro del gobierno desde los primeros períodos. En la *Comisión Constituyente*, algunos miembros argumentaron que debía asegurarse la protección de los derechos de los ciudadanos (una referencia obvia a la situación imperante), mientras que otros sotenían que si bien defender los derechos del pueblo era bueno y estaba bien, las "exigencias prácticas" de reconstrucción del país demandaban que se aplicaran principios más pragmáticos. (República de Chile, *Actas Oficiales de la Comisión Constituyente*, Talleres Gráficos Gendarmería de Chile, Santiago, esp. sesión 9, 23 de octubre de 1973).

56. *El Mercurio*, 28 de mayo de 1977. Citado por Alejandro Quezada en: "La Lección de la DINA", *Mensaje* 270, julio de 1978, pg. 362.

57. *El Mercurio*, agosto ?? de 1977, citado por Quezada, *Ibid.*, pg 362.

58. *Ercilla*, 28 de marzo de 1977, citado por Quezada, *Ibid*, pg. 362.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

Los funcionarios gubernamentales en el exterior también debieron afrontar críticas embarazosas acerca de los resultados de la DINA en derechos humanos. El Embajador en las Naciones Unidas, Sergio Diez, en una exposición ante la Comisión de Derechos Humanos de la ONU en noviembre de 1977, admitió que "La situación más seria que debe enfrentar Chile es la de los desaparecidos". Agregó que mientras el gobierno estaba "seguro de la absoluta inocencia del gobierno chileno en cualquier situación vinculada a los desaparecidos (...) no queremos esconder nada, queremos clarificar todo y si las investigaciones indican que funcionarios del gobierno están involucrados, esas personas serán severamente castigadas (...) Este problema es de tal importancia y delicadeza que convoco al grupo de trabajo a colaborar con el gobierno chileno en nuestra investigación sobre el destino de los desaparecidos"[59].

Las críticas de los civiles también se hacían eco de las que hacían sectores de los propios militares, reforzadas en parte por el hecho de que la DINA, aunque estaba a cargo de un oficial militar, no formaba parte del organigrama militar propiamente dicho y su independencia causaba recelos. Por su parte, Contreras era coronel pero su poder real era mayor que el de cualquier general, salvo Pinochet. Finalmente, la DINA permanecía fuera de la jerarquía militar, como una institución independiente que sólo respondía al Presidente. Si bien muchos partidarios de Contreras, hasta el día de hoy, sostienen que el asesinato de Letelier fue un complot de la CIA[60], otros son menos exculpatorios. Ciertos sectores sostienen que la DINA "llevó a cabo exitosamente una difícil tarea contra la subversión" pero que sus operaciones con frecuencia fueron "improvisadas" y marcadas por los "excesos"[61]. El general Odlanier Mena, un experto en inteligencia y uno de los críticos más notorios de Contreras, sostenía que éste "confundió la inteligencia con la seguridad"[62], una forma un poco abstracta de decir que la DINA estaba a cargo de matones. En febrero de 1978 Mena fue traído de su retiro y virtual exilio como Embajador en Uruguay para hacerse cargo de la dirección de la CNI[63].

---

59. Citado por Quezada, *Ibid.*, pg. 362. El propio Quezada agrega que "Nadie hace declaraciones tan solemnes ante tales funcionarios sin asumir como premisa la existencia de serias irrugularidades". (Quezada, *Ibid.*, pg. 363). El artículo de Quezada se publicó en la publicación mensual de la *Vicaría*, Mensaje, y las reflecciones del autor pueden interpretarse como una señal de que la propia *Vicaría* sabía del creciente descontento en contra de la DINA en círculos del propio gobierno. El ex embajador en la ONU (y actual senador) Sergio Diez es recordado, quizás injustamente, como la persona que se presentó ante la ONU a decir que no había violaciones a los derechos humanos en Chile. La cita anterior sugiere que su declaración real era en cierto modo diferente pues, aunque cautelosa, indicaba que el tema no podía ser sacado de lado ligeramente.

60. El General (R) Fernando Arancibia, director interino de la CNI entre Contreras y Mena, declaró que "políticamente no tendría sentido para Chile" haber asesinado a Letelier, que "claramente la CIA estaba atrás de esto" y que "yo le hubiera cortado los huevos al que hubiera encontrado como responsable de esto". (Entrevista, 26 de octubre de 1995). Acerca del planteo de que el asesinato era un complot inspirado por la CIA para desestabilizar al gobierno de Pinochet, ver Alfonso Morente Alnar, *CIA ¿Mito o realidad?*, Ediciones Piedra buena, Madrid, 1987.

61. El General (R) Fernando Arancibia, Director de la CNI entre noviembre de 1977 y febrero de 1978. (Entrevista, 26 de ocbure de 1995). Aunque creía que el asesinato de Letelier no podía ser atribuido a la DINA, el general Arancibia se lamentaba de los "excesos" de la DINA. Sin embargo agregaba, en una típica intimidación, que "cuando hay que luchar contra los bandidos hay que ponerse en duro. A veces hay que colgarlos de los huevos".

62. Entrevista, 7 de ocbure de 1996. Jaime Castillo incluso ha llegado a creer que Contreras "no era un buen jefe de seguridad. No era riguroso. Esas personas actuaban con tanta impunidad que no se preocupaban por los detalles. Improvisaban. En otras palabras, realmente les creo cuando dicen que no tenían información sobre los desaparecidos". (Entrevista, 15 de noviembre de 1995).

63. Mena había ido a Uruguay en parte a causa de su descontento por el ascenso de Contreras. Ver Cavallo et al., *La historia oculta*, pg. 134-136 e *Informe Rettig*, pg. 617-623.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

La creación de la CNI y la caída de Contreras no fueron simples respuestas defensivas ante la presión estadounidense frente al caso Letelier[64]. Estas modificaciones de la política coincidieron con un cambio más global en la administración de Pinochet, caracterizado por el ascenso de los arquitectos y la caída de los exterminadores. En abril de 1978, el abogado Sergio Fernández se convirtió en el primer Ministro del Interior civil y se le otorgaron amplios poderes para implementar la agenda constitucional del régimen. Aunque Pinochet había esbozado los lineamientos de esta agenda en 1976 y la Junta, en ese entonces, ya había comenzado a dictar decretos constitucionales generales bajo la forma de enmiendas a la Constitución de 1925, ciertos asesores abogaban por la redacción de una constitución completamente nueva. Según las propias palabras de Fernández, su principal tarea consistió en supervisar la implementación de los fundamentos de una nueva Constitución para el país[65]. Su administración representó el primer esfuerzo coherente de los arquitectos, dentro del régimen, para ganar legitimidad para su proyecto[66].

Mientras que la DINA no representó un costo político para la Junta, el matrimonio de conveniencia entre Contreras y Pinochet no fue cuestionado. Pero la información sobre la DINA que servía para documentar sus abusos, comenzó a representar una vergüenza para aquellos partidarios de la dictadura que creían en un régimen autoritario, y en asegurar que el país no volviese al marxismo, pero que no aprobaban el matonaje de la DINA[67].

---

64. Los Estados Unidos continuaron presionando a Chile por las violaciones a los derechos humanos mucho después del cierre de la DINA, lo que sugiere que este hecho no fue pensado como una forma directa de apaciguar a los Estados Unidos. (Ver Darren Hawkins, "International Influence and Human Rights in Chile: Explaining the 'Disappearance' of the DINA in 1977". Paper presentado en la American Political Science Association Conference, Nueva York, 1-4 de septiembre de 1994.)

65. Entrevista, 13 de enero de 1997. También: Miguel Schweitzer, entrevista, 17 de diciembre de 1996. Ver también: Sergio Fernández, *Mi lucha por la democracia*, Los Andes, Santiago, 1994. Aunque el título es eufemístico y la narración sobreenfatiza la propia importancia de Fernández, este libro es una buena fuente sobre la perspectiva de uno de los actores claves de este período. Para un excelente y amplio análisis del proyecto constitucional, ver robert J. Barros, "By Reason and Force; Military Constitutionalism in chile, 1973-1989", Tesis doctoral, Universidad de Chicago, 1996.

66. Uno de los primeros actos de Fernández fue decretar una amnistía para todos aquellos que habían sido sentenciados por cortes militares a partir del golpe. Aunque la justificación pública del decreto fue "iniciar una nueva era de paz", en la práctica ha servido como un cerrojo para evitar acusaciones por violaciones a los derechos humanos durante el período 1973-1978.

67. Una fuente adicional de descontento con la DINA, cuyo magnitud total sólo puede especularse, probablemente tuvo lugar como resultado de un tipo diferente de presión internacional: la de las disputas territoriales de los países vecinos de Chile. En mayo de 1977 Argentina anunció que pensaba establecer su soberanía en partes del Canal de Beagle, en disputa con Chile en aquella época. Las tensiones entre Chile y Argentina se incrementaron, incluso hasta es punto de una posible guerra. Algo similar sucedió con bolivia. En marzo de 1978 Bolivia rompió relaciones con Chile. Era la víspera del centésimo aniversario de la Guerra del Pacífico, en la que Chile había anexado territorio boliviano y había cortado a ese país el acceso al mar, y Bolivia argumentó que Chile mostraba escaso interés en brindar una solución para el país mediterráneo.

La posibilidad de guerra, especialmente en frentes múltiples, representó una significativa amenaza para el régimen de Pinochet. Una hipótesis es que estas amenazas estableceron la incompetencia de la DINA. Una institución en la que una guerra subterránea contra los enemigos marxistas era -argumentadamente la única- prioridad, era poco proclive a proporcionar inteligencia precisa sobre las amenazas de lso vecinos. Aunque cada rama de las Fuerzas Armadas mantenían sus propios servicios de inteligencia, la DINA supuestamente actuaba como el cuerpo coordinador maestro, una tarea en la cual no tuvo éxito para el caso de la inteligencia per se, en tanto que opuesta a la simple caza de marxistas. Cuando se le preguntó sobre las diferencias en el tipo de trabajo de inteligencia realizado durante la DINA y durante la CNI, el general Mena replicó que "Nosotros hicimos trabajo de inteligencia. La DINA no". (Entrevista, 7 de octubre de 1996). La dimensión en que este factor influyó en el descontento general con la DINA no está claro pero, dada la seriedad de las amenazas, sería sorprendente que los enemigos de la DINA dentro de las Fuerzas Armadas no hayan utilizado la oportunidad de señalar sus limitaciones en tanto que institución militar.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

LA CNI (1977-1989)

La CNI no fue una mera continuación de la DINA con otro nombre. En el contexto de un cambio global en el carácter del gobierno, se creó la CNI, como una "organización militar de carácter técnico y profesional", encargada de recolectar y procesar información de inteligencia. Mientras que la DINA había sido un cuerpo autónomo, separado de la jerarquía militar, la CNI era puesta bajo un control central más rígido, dentro de la jurisdicción del Ministerio de Defensa, y respondía al Presidente a través del Ministerio del Interior. Ello representaba la victoria de los arquitectos (como Mena) sobre los exterminadores[68], aunque estos últimos nunca fueron completamente marginados. Contreras se llevó consigo parte importante de los archivos de la DINA, y aunque algunos de sus hombres continuaron trabajando para el nuevo jefe, su colaboración fue "magra"[69].

Un ejemplo de la diferencia entre las dos instituciones descansa en el hecho de que la jefatura de la CNI asumió una presencia pública más abierta. De hecho, casi no había habido imágenes públicas de Contreras: ni entrevistas ni fotos en los diarios. Se conocía su identidad, pero casi nada más. En clara ruptura con esta práctica, poco después de asumir el cargo, Mena citó a una reunión con autoridades de la Iglesia y con líderes del mundo de los Derechos Humanos para "presentarse". Aunque los resultados de este encuentro, como no puede sorprender, fueron poco fructíferos dado el contexto, este tipo de presencia pública marcó un cambio en el régimen[70].

En esta reunión Mena sostuvo que "no hay prisioneros políticos en Chile en este momento". Que "hay personas que no están", pero que él no sabe dónde están. La reacción de la Iglesia ante esta declaración no fue demasiado positiva pero, de todos modos, el hecho mismo de que se hiciera una reunión de este tipo marcaba un cambio en la dictadura. La *Vicaría* ha informado que durante el período de Mena el número de víctimas se redujo bruscamente. Por su parte, el Informe Rettig (que se basa en buena medida en la información de los archivos de la *Vicaría*), advierte que las desapariciones que ocurrieron durante este período (un par) probablemente no pueden atribuirse a la CNI[71]. En resumen, La CNI parecía haber aprendido de los errores de la DINA.

Hacia 1980, sin embargo, el modus operandi de la CNI comenzó a cambiar. Miembros del MIR retornaron del exilio y comenzaron a realizar operaciones

---

68. Mena sostuvo que situar a la CNI de forma más clara bajo el mando del gabinete estableció "una garantía para los ciudadanos porque uno sabe con toda seguridad los canales a través de los cuales se dirige la información, dada la existencia de un ministro accesible al público. (Citado en Naciones Unidas, "Informe del Consejo Económico y Social: Protección de los Derechos Humanos en Chile", A/33/11, 25 de octubre de 1978, pg. 32.)

69. Cavallo et al., *La historia oculta*, pg. 194.

70. La naturaleza de la conversación, según la versión de Mena, revela ingenuidad sorprendente o bien cinismo pasmoso. Durante la reunión, en respuesta a las naturales preguntas de los obispos sobre los desaparecidos, Mena les dijo que "los personas que no están aquí" pero que "no hay prisioneros políticos en este momento". Mena advierte que estaba molesto por el hecho de que los obispos no le creían. (Entrevista, 7 de octubre de 1996). Dado los resultados de la dictadura, no es sorprendente, si lo decimos de manera suave, que las autoridades de la Iglesia no reaccionaran de manera benévola ante este anuncio. Todavía, el hecho de que ese tipo de reunión tuviera lugar de todas maneras señalaba un cambio importante; también marcó el comienzo de un tipo de relación de trabajo entre ciertos líderes de derechos humanos y la CNI, que luego asumirían la forma de un contacto más directo y confiable entre Jaime Castillo y el general Humberto Gordon, sucesor de Mena.

71. Ver *Informe Rettig*, pg. 618.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

clandestinas, y el Partido Comunista renegó de su tradicional principio de pacifismo y declaró que "todas las formas" de resistencia contra la dictadura - incluso la violencia- eran legítimas. Su nuevo brazo armado pasó a llamarse *Frente Patriótico Manuel Rodríguez* (FPMR) e inició sus operaciones en Chile alrededor de 1980, junto con el MIR. Una de estas primeras actividades clandestinas fue el asesinato, por parte del MIR, del Teniente Coronel Roger Vergara en julio de 1980. Poco después de este suceso, Mena fue reemplazado por el más "duro" general Humberto Gordon[72] y la CNI incrementó sus acciones represivas contra el MIR y el FPMR.

El antiguo personal de la DINA comenzó a asumir un perfil más alto en ese tiempo de represión incrementada[73], pero la CNI nunca se retrotrajo a las viejas tácticas de la DINA. Después del Decreto de Amnistía de 1978 ningún abuso a los derechos humanos, técnicamente, podría ya tener protección legal. A diferencia de la DINA, la CNI reprimió de forma mucho más definida, organizada y disciplinada. Mientras que la DINA se había asentado en la tortura generalizada y en las desapariciones, la CNI utilizó la tortura de forma más selectiva y en lo que respecta a las desapariciones, aunque tuvieron lugar después de Mena (1981-1989), los agentes de la CNI virtualmente no dejaban rastros de los hechos que pudieran ser recogidos por los organismos de derechos humanos. La "negación plausible", en este caso, tomó la forma del argumento de que las víctimas habían asaltado a oficiales o simplemente se habían matado unas a otras en luchas doctrinarias. Los cuerpos ya no fueron escondidos sino que fueron devueltos a sus respectivas familias[74]. En síntesis, la CNI operaba dentro de un contexto legal y político radicalmente diferente y aprendió de los errores de la DINA, incluso mientras padecía sus propias pugnas internas por incrementar la represión como respuesta a circunstancias estratégicas cambiantes.

CARABINEROS Y EL "CASO DEGOLLADOS"

Tal como la DINA y la CNI, la policía uniformada de Chile también experimentó ciertas crisis que derivaron en cambios institucionales. Cuando la Junta tomó el poder en 1973 *Carabineros* fue declarado una institución militar al igual que las otras ramas de las FFAA. Este estatus le permitió extender sus operaciones más allá de lo que antes había sido posible, cuando dependía del Ministerio del Interior[75]. Una de esas expansiones fue la creación de la *Dirección de Comunicaciones de Carabineros* (DICOMCAR), en 1983, entendida como su propia agencia de inteligencia, responsable de los ataques clave contra los insurgentes izquierdistas durante una época de resistencia abierta incrementada contra la dictadura. Los límites entre el trabajo de la DICOMCAR y el de la CNI

72. Ver *Informe Rettig*, pg. 623.
73. Cavallo et al, *La historia oculta*, pgs. 302-303.
74. Ver *Informe Rettig*, pg. 627-628.
75. Ver Carlos Maldonado, "Los Carabineros de Chile. Historia de una policía militarizada", *Ibero-Americana, Nordic Journal of Latin American Studies* 20:3 (1990) pgs. 3-31. Hoy en día Carabineros permanece oficialmente bajo el Ministerio de Defensa, aunque para "objetivos operacionales" asume el comando el Ministerio del Interior. Esto significa que mientras Interior puede decidir cuando y dónde debe desplegarse la policía, la autoridad legal final y la responsabilidad descansan en Defensa. Por ejemplo, los carabineros son procesados en cortes militares y no civiles.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

nunca fueron muy claros y aunque ambas agencias cooperaron en muchos casos, también chocaron con relación al alcance de las actividades de cada una[76].

En marzo de 1985 los agentes de la DICOMCAR secuestraron y asesinaron a tres miembros del Partido Comunista, que también trabajaban en la *Vicaría*. Aunque había habido centenares de secuestros y asesinatos similares, este caso tuvo consecuencias inéditas: los oficiales que cometieron el crimen fueron procesados y la propia CNI produjo un informe sobre el caso donde responsabilizó a Carabineros. Lo más sorprendente de todo, sin embargo, fue la disolución de la DICOMCAR y la renuncia del Alto Mando de Carabineros, incluyendo a su Director el general Cesar Mendoza, miembro de la Junta, y a cuatro de los generales más antiguos.

Oficialmente las renuncias fueron presentadas como una protesta por el proceso contra Carabineros. Los generales sostuvieron que la institución no estaba implicada en los asesinatos y que la Justicia y la CNI se habían apresurado al señalarlos con el dedo sin considerar otras direcciones posibles[77]. El general Carlos Donoso, cuarto comandante después de Mendoza, actuó como portavoz de Carabineros en los meses comprendidos entre los asesinatos de marzo y los días de agosto en que renunció junto con los otros. En declaraciones públicas dirigidas a las víctimas sostuvo que ningún carabinero estaba implicado en el crimen y, si hubiese estado involucrado, *Carabineros* como institución sería la primera en procesarlo[78].

Donoso puso en juego su reputación con estas declaraciones pero, al igual que el resto del Alto Mando, resultó estar equivocado. En marzo de 1994, nueve años después del crimen, finalmente fueron encarcelados 15 ex-carabineros responsables del crimen. Hoy en día Donoso reconoce su error y sostiene que si hubiese sabido en ese momento lo que sabe ahora, no hubiera arriesgado su carrera con una declaración falsa[79].

La debacle política provocada por las renuncias y la disolución de la DICOMCAR sugiere que los asesinatos no estaban claramente vinculados a una esquema más global del gobierno. De alguna manera eran una reminiscencia desordenada de la DINA. Los abogados encargados del juicio sostienen que, al menos, dos objetivos parecen haber estado presentes en los asesinatos. Primero, el Alto Mando de Carabineros creía que habían muerto demasiados policías en los choques contra protestantes, muchos de los cuales eran comunistas. En este sentido, la decisión de matar a tres prominentes comunistas estaba destinada a enviar un mensaje a esa organización o, al menos, a tomar cierta revancha. El segundo objetivo parece haber estado ligado a la confesión de un ex oficial de la Fuerza Aérea, Andrés Valenzuela Morales, quien proporcionó a la *Vicaría* información detallada sobre la labor interna del Comando Conjunto, una organización secreta de contrainsurgencia compuesta por miembros de las diversas ramas de las Fuerzas Armadas, que incluía varios ex agentes de la DINA[80]. Al menos una de las víctimas,

---

76. Ver *Informe Rettig;* Maldonado, "Carabineros..."

77. Ver Nelson Caucoto y Héctor Salazar, *Un verde manto de impunidad* (Ediciones Academia y FASIC, Santiago, 1994), la versión del caso escrita por los abogados de la Vicaría que condujeron la causa.

78. Ver *La Segunda*, 13 de julio de 1985. También entrevista con el autor, 19 de noviembre de 1995.

79. Entrevista, 10 de noviembre de 1995.

80. Las confesiones fueron publicadas en diciembre de 1984 en Caracas, Venezuela, bajo la forma de una entrevista realiazada por la periodista Mónica González. También se reprodujo en Santiago. Ver Agrupación de Familiares de Detenidos-Desaparecidos, "Confesiones de un Agente de Seguridad" (AFDD, Santiago, 1984).

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

José Manuel Parada, aparentemente fue seleccionado por su conocimiento de estas declaraciones. (Como persona encargada de la información en la Vicaría, Parada supuestamente era el responsable de documentar la confesión)[81].

Una posibilidad es que los agentes de la DICOMCAR infirieran que, dado el rol que tenía la *Vicaría*, en tanto que era la organización que disponía de la información más extensa y sistemática sobre el aparato represivo de la dictadura, de allí secretamente se filtrara información a los comunistas (y al FPMR), quienes la usarían para planear ataques contra *Carabineros.* Es posible que los que perpetraron el crimen hubieran sindicado a Parada como el vínculo clave en la red de información. Él era comunista y, a la vez, manejaba la información de la Vicaría[82].

Incluso si este fue el motivo de los asesinatos[83], la cooperación entre la CNI y la justicia indica que Carabineros actuó sin coordinarse con las otras ramas del gobierno o de las Fuerzas Armadas. Y es duro explicar las renuncias y juicios como cualquier cosa salvo un triste fracaso políticamente costoso[84].

Los costos políticos más importantes giraron en torno a los términos puestos por los arquitectos del régimen en la Constitución de 1980. Estos estipulaban la convocatoria a un plebiscito en 1988 para determinar si Pinochet continuaría en el poder por otros nueve años. Aunque una parte de la oposición sostuvo la posición de boicotear el plebiscito sobre la base de que este legitimaría la constitución de Pinochet, otro sector proponía derrotar a la dictadura en el marco de los términos que ésta había establecido para su propia transición, yendo a las urnas y votando contra Pinochet. Los arquitectos del régimen estaban convencidos de que si se le daba la oportunidad el pueblo chileno legitimaría su programa premiándolo con una victoria en el plebiscito de 1988[85]. Un caso como el de los *Degollados* representó para los arquitectos la peor de las pesadillas.

Una vez más, seguir la información en torno al caso revela sorpresas. La evidencia del desorden de la institución sirvió como una suerte de moneda de cambio para desarrollar imprevisibles acciones concertadas que atravesaban las fronteras políticas. La Comisión Chilena de Derechos Humanos (CCDH), una organización creada en 1978, mensualmente publicaba informes sobre la situación de derechos humanos en Chile. Estos se distribuían ampliamente entre la comunidad nacional e internacional en resistencia a la dictadura pero también eran enviados al Ministerio del Interior y al jefe de la CNI. Jaime Castillo Velasco declaraba que *"Si con el Diablo hay que hablar ¡con el Diablo se habla!"* Para defender la causa de los derechos humanos. Castillo era especialmente indicado para llevar adelante esta tarea. Había sido Ministro del Gabinete de Eduardo Frei Montalva (1964-1970), y entonces había conocido a un oficial del ejército llamado Humberto Gordon. Gordon era el Edecán del Presidente y, durante el

81. Caucoto y Salazar, *Impunidad*...

82. La entrevista original con Valenzuela fue llevada a cabo, sin embargo, por la periodista Mónica González y no por Parada. No es improbable que los asesinos sobreestimaran la importancia de Parada en este caso particular. (Mónica González, entrevista, 26 de noviembre de 1996).

83. El *Informe Rettig* no brinda un relato detallado del caso.

84. Un ejemplo simpático desde una perspectiva opuesta es la broma que frecuentemente se cuenta entre los que apoyaban a Allende, quienes se refieren al golpe como una "retirada táctica" en la lucha por la revolución socialista.

85. Ver Augusto Varas, "The Crisis of Legitimacy of Military Rule in the 1980s" en Paul Drake e Ivan Jaksic (eds.), *The Struggle for Democracy in Chile, 1982-1990,* University of Nebraska Press, 1991, pgs. 73-97; y Constable y Valenzuela, *Nation of Enemies,* pgs. 300-306.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

gobierno de Pinochet, en 1980, reemplazó a Mena como jefe de la CNI. Castillo y Gordon mantuvieron contacto regular durante los años 80s, cuando supuestamente ambos trabajaban en campos políticamente opuestos. [86]

Este contacto se intensificó después del caso *Degollados.* La Comisión preparó un informe sobre los asesinatos inculpando a *Carabineros* y se lo entregó a la CNI, la que había llegado a las mismas conclusiones en su propio informe a la justicia. Lo más sorprendente, sin embargo, es la existencia de esta especie de *"hot-line"*, de contacto directo y regular que se estableció entre la Comisión y la CNI, entre Castillo y Gordon, que se mantuvo hasta la disolución de la CNI en 1989[87]. La Comisión, por supuesto, no estableció este contacto para entregarle información secreta a la CNI traicionando al movimiento de derechos humanos. Castillo simplemente declaró que "Teníamos que hablar con los que estaban a cargo. Soy libre y tengo el derecho de ser escuchado. Practicamos la democracia dentro de la dictadura"[88].

Conclusión: La Política de la Información

Mill sostenía que la libertad de opinión es fundamental para la democracia pues es necesaria una pluralidad de ideas para mantener a las malas ideas -y a los malos regímenes- en jaque. La frase aparentemente simple de Castillo -practicar la democracia dentro de la dictadura- implica otro argumento: cuando no hay democracia, la apertura de opiniones puede ayudar a conseguirla. O, al menos, puede actuar como un control, aunque mínimo, sobre un gobierno autoritario.

No sabemos si lo que está implícito en la declaración de Castillo es verdad y si la información sirvió para "democratizar" a la dictadura de Pinochet. Pero sí sabemos que las instituciones imponen ciertas restricciones a los gobernantes, sean dictadores o demócratas. Un elemento central de estas restricciones tiene que ver con la **información.** Comprender estas restricciones es fundamental para entender la historia de regímenes como el de Pinochet. Los problemas de la información estaban en el centro de las luchas sobre las definiciones del régimen y de los experimentos con las instituciones policiales para implementar la agenda de los diferentes sectores.

La DINA fue creada para imponer un cierto orden durante los primeros meses de la dictadura, y su creación representó el auge de un grupo que aspiraba a exterminar a los opositores marxistas al régimen en Chile y en el exterior. Pero la información sobre el matonaje de la DINA le granjeó enemigos tanto dentro como fuera del régimen y fue utilizada para conseguir su remplazo[89] . El fin de la DINA y la creación de la CNI coincidió con un cambio de carácter general dentro del régimen, marcado por el creciente auge de los arquitectos, quienes querían construir las bases de un nuevo tipo de orden institucional. Aunque las violaciones a los derechos humanos no terminaron, la CNI reprimió de forma más selectiva y secreta que la DINA. Por otra parte, los directivos de la CNI también establecieron, más o menos exitosamente, relaciones con figuras

86. Jaime Castillo, entrevista, 13 de noviembre de 1995; y Andrés Domínguez, entrevista, 16 de agosto de 1995.

87. Entrevistas a Castillo y Domínguez.

88. Entrevista a Castillo.

89. La periodista Mónica González, que se especializó en temas de derechos humanos durante la dictadura, comentó que recibió la mayor parte de su información (como la entrevista a Valenzuela) gracias a los conflictos internos del régimen. Entrevista, 26 de noviembre de 1996.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

de la oposición. Estos contactos hubieran sido impensables durante el período de la DINA. En el peor de los casos, estos contactos fueron meras fachadas de relaciones publicas, si bien su sola existencia revela un cambio con respecto al período 1973-1977 cuando ese tipo de prácticas no se consideraban necesarias. En el mejor de los casos, estos contactos sirvieron para abrir canales de comunicación y de información hacia todos los lados, bajo los términos de la política en general y como tales pertenecían a la política. En casos como el de *Degollados* el contacto sirvió incluso para coordinar actividades en áreas de interés común entre el gobierno y sectores de la oposición, contra los desbordes de la policía[90] . La oposición tenía un interés obvio en controlarlos pero también lo tenía el gobierno, que estaba cada vez más preocupado por su imagen, durante un período en el que se estaba preparando para el plebiscito de 1988 y que advirtió que su legitimidad podría quedar comprometida si continuaba el matonaje.

La política de la información sobre las operaciones de la policía y el alcance y los límites de la represión, evidencian una serie compleja de pugnas entre un gobierno militar que trata de definirse y legitimarse y una oposición que trata de detener las violaciones a los derechos humanos y también lograr la democracia. La oposición a veces sacó ventaja de los puntos débiles del gobierno entregando información sistemática y pública sobre las operaciones de la policía. Grupos como la COPACHI, la *Vicaría de la Solidaridad*, y la *Comisión Chilena de Derechos Humanos*, entre otros, se organizaron para recopilar, procesar y sistematizar este tipo de información. La capacidad organizativa para poder procesar esta información fue fundamental para la oposición a la dictadura[91] .

La política de la información, en este sentido, trata sobre los problemas organizativos que enfrenta cualquier gobierno, pero también se refiere a la capacidad organizativa de los grupos que vigilan y monitorean las operaciones del estado para organizarse a sí mismos y a la información de un modo sistemático. Al hacerlo pueden intersectar los propios objetivos del estado y, por ejemplo, tomar parte en la regulación continua de la extensión legítima de la coerción[92] .

---

90. Jonathan Fox sostiene que los grupos sociales independientes pueden capitalizar los propios objetivos del estado utilizándolos como "stándares de responsabilidad". Ver Jonathan Fox, "Promoting Independent Assessments of Multilateral Development Bank Anti-Poverty Investments: Bringing Civil Society In", *IDR Reports* 12:5, 1996.

91. Un contraste interesante es la política de información en la Argentina. La escala de represión fue mucho más elevada y también mucho más descentralizada que en Chile. Aunque ciertas organizaciones como la *Asamblea Permanente por los Derechos Humanos* recolectaron información sobre violaciones a los derechos humanos, la llegada de observadores extranjeros de la OEA en 1978, recién por primera vez les permitió a los grupos locales tener un panorama claro de la represión. La información fluyó, en otras palabras, trabajó en una dirección opuesta a la de Chile, donde los locales informaron a los de afuera acerca de los abusos. (Susana Pérez, APDH, entrevista, 24 de abril de 1996; Eduardo Rabossi, entrevista, 25 de abril de 1996).

92. Cohen y Rogers sostienen que "se necesita buena información para evaluar la efectividad de una miríada de políticas estatales, que generalmente operan a cierta distancia del monitoreo de los inspectores del estado, y para ajustar las políticas a circunstancias cambiantes y al comportamiento. (...) Cuando [los grupos proveer esta información], contribuyen a satisfacer la norma de soberanía popular pues una buena información mejora la deliberación ciudadana, facilita la implementación de las decisiones y clarifica los objetivos apropiados de la política del estado". Cfr. Joshun Cohen y Joel Rogers, *Associations and Democracy*, The Real Utopias Project Volume Y, Erik Otin Wright (de.), Verso, Nueva York, 1995, pgs. 42-43. También ver dietrich Rueschmeyer y Theda Skocpol (eds.), *States, Social Knowledge, and the Origins of Modern Social Policies*, Princeton University Press, Princeton, 1996.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

La violencia policial es un problema persistente y sumamente común. Entender la dinámica de las instituciones del estado, pienso, es el primer paso para proponer soluciones. Muy frecuentemente los análisis, así como los líderes sociales, han tendido a creer que las nuevas democracias traerían de por sí instituciones democráticas. Los enclaves autoritarios, desde esta perspectiva, simplemente son limitaciones molestas que los demócratas deben eliminar de alguna manera. El problema es que las instituciones de poder tienen su propia historia y dinámica, diferenciada de uno u otro régimen político. De allí que el desafío no sea tanto eliminar los enclaves autoritarios remanentes como articular una trama institucional más permanente que sea acorde con los principios democráticos. Si la información es política, podría sostenerse que la información abierta deriva en democracia. Antes de cantar victoria, sin embargo, la historia de los experimentos institucionales con la policía durante la dictadura de Pinochet nos indica que si bien la información puede servir como una herramienta importante para luchar contra una dictadura, la lucha es difícil y sus resultados no están garantizados. Sin embargo, con o sin democracia, la información puede ser un elemento clave para liberarnos de instituciones que no hemos elegido y sobre las cuales tenemos poco control.

TABLA: Número de víctimas por año

Año	Número
1973	1848
1974	401
1975	149
1976	155
1977	34
1978	13
1979	21
1980	27
1981	43
1982	13
1983	94
1984	91
1985	80
1986	70
1987	51
1988	48
1989	34
1990	6
TOTAL	3178

Fuentes:
Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, Informe Rettig (Santiago: La Nación y Ediciones Ornitorrinco, 1991), Anexo II; y Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, Estadísticas de la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación (Santiago, 1995), Anexo I.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

El juramento forzoso

Lucas Grosman *

I. Introducción

En ciertos supuestos, el Estado o ciertas entidades le exigen a los individuos que juren como requisito previo para ejercer o adquirir derechos, o como obligación cuyo incumplimiento acarrea alguna sanción. Al juramento prestado en tales condiciones lo llamaré forzoso o compulsivo.

El juramento forzoso no es infrecuente. Un típico supuesto es la graduación, donde el egresado de una carrera universitaria jura, básicamente, que ejercerá su profesión sin violar ciertas reglas éticas[1]. Similar es el caso del funcionario que debe jurar que desempeñará fielmente el cargo público que asume. Los conscriptos de las fuerzas armadas, por su parte, juran de modo compulsivo fidelidad a la bandera. Las declaraciones juradas constituyen otra variante de juramento forzoso. Este tipo de declaraciones son muy comunes, por ejemplo, en materia impositiva (declaración jurada de bienes, ingresos, etc.) Allí lo que se jura es que el contenido del documento en cuestión es verdadero.

En este trabajo analizaré la (hipotética) utilidad del juramento forzoso y su relación con los derechos individuales; repasaré un viejo fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que trata esta cuestión y objetaré algunas de sus conclusiones; finalmente, trataré la perspectiva que al respecto plantea la Constitución Nacional tras la reforma de 1994.

II. El interés general (un análisis utilitario)

En todos los casos de juramento forzoso, el presupuesto es que la exigencia de esta formalidad contribuye de algún modo al interés general. A la sociedad le interesa que los médicos ejerzan su profesión de determinada manera; por ejemplo, que no dejen de atender un caso urgente porque el paciente no tiene dinero para pagarle o no pertenece a una obra social. Del mismo modo, se considera un fin valioso para la sociedad que un abogado se abstenga de usar recursos "sucios" para beneficiar a su cliente. Sólo algunos de esos recursos indeseables constituyen ilícitos penales (por ejemplo, robarse un expediente de un juzgado y destruirlo); muchos otros, sin llegar a ser delitos, son igualmente conductas que la sociedad considera disvaliosas (por ejemplo, usar chicanas procesales excesivas para demorar un juicio).

---

* Abogado, UBA (1995), Candidato LL.M., Yale Law School (1999)

1. En realidad, quien egrese de la Universidad de Buenos Aires puede optar por prometer en lugar de jurar; la misma opción dan otras universidades, pero en algunas jurar es la única posibilidad. No cuestionaré en este trabajo la validez de la obligación de prometer. Cualquier forma de comprometerse a través de fórmulas solemnes, como la promesa, tiene alguna connotación mística o religiosa (ver, por ejemplo, Cass Sunstein, *Unity and Plurality: The Case of Compulsory Oaths*, en Yale Journal of Law & the Humanities; Symposium: Language, Law and Compulsion, Vol. 2: 101). Sin embargo, el juramento, a diferencia de la promesa, es *eminentemente* religioso. Es por esa característica del juramento que criticaré su imposición.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

El mito es que el juramento forzoso contribuiría a que estas conductas disvaliosas (tanto las que son delitos como las que no lo son) sean menos frecuentes, manteniendo inalteradas todas las otras variables. Si el mito fuera verdadero, el juramento forzoso se vincularía de modo relevante con los derechos de terceros, comprensiblemente interesados en desalentar tales conductas.

¿Pero tiene este mito algún asidero? ¿Es verdad que es más probable en un número significativo de casos que una persona cumpla un compromiso asumido si juró hacerlo? Dudo mucho que estas preguntas tengan una respuesta afirmativa[2]. En todo caso, y dejando esta cuestión empírica de lado, creo que aun si el mito detrás del juramento fuera verdadero su imposición no sería válida. Explicaré por qué a continuación.

III. Juramento obligatorio y derechos individuales

A. La Igualdad

Como dije, el presupuesto del juramento forzoso es que éste contribuye a lograr ciertos fines en una sociedad. Es una imposición del Estado —directamente o a través de entidades que gozan de ciertas facultades de poder público— con miras al interés general. Esta imposición, como cualquier otra carga pública, debe ser compatible con el principio de igualdad.

Sería contrario a ese principio que se impusiera el juramento *sólo* a algunos egresados, funcionarios, testigos, etc. Pero el principio de igualdad no consiste simplemente en tratar a todas las personas de igual modo. Dado que no todas las personas son iguales o están en igualdad de condiciones, el derecho debe tener en cuenta las diferencias moralmente relevantes entre ellas. Esas diferencias no pueden ser soslayadas al analizar si determinada carga pública respeta el principio de igualdad. De hecho, en ciertos casos aplicar cargas públicas a todos de un modo nominalmente igual puede ser contrario al principio de igualdad. Por ejemplo, si un gobierno cobrara un impuesto único e igual para toda la población, creo que hasta los conservadores considerarían que ese impuesto es contrario al principio de igualdad; parece bastante evidente que el patrimonio o el nivel de ingresos son datos moralmente relevantes a los fines de hacer distinciones impositivas. Esta relevancia no sólo justifica la distinción, sino que la exige.

Algo parecido pasa con el juramento. Al imponerse la carga de jurar a todos por igual, se soslayan diferencias moralmente relevantes entre los distintos destinatarios de la obligación. Como resultado de ello, la carga termina siendo mucho más pesada para algunos que para otros. Esto se debe a que el juramento es un compromiso esencialmente religioso. El diccionario de la Real Academia Española define jurar como "[a]firmar o negar una cosa, poniendo por testigo a Dios...." Creo que esta definición puede servir al menos como base para entender lo que la gente cree que hace cuando jura. De hecho, al interrogar a un número considerable de personas acerca del significado de jurar, obtuve respuestas que en general se acercaban razonablemente a la definición citada, especialmente en cuanto a su carácter religioso.

2. Respecto de la inutilidad del juramento para incrementar las posibilidades de que la palabra comprometida se cumpla, ver Lief Carter, *Oath Bran; Or, Law, Politics and Allegiance* en Yale Jorurnal of Law & the Humanities; Symposium: Language, Law and Compulsion, Vol. 2, p. 94.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

El compromiso ante Dios que se asume al jurar no tiene la misma intensidad para todos. De acuerdo con las enseñanzas cristianas, quien jura en falso y a sabiendas comete un pecado mortal[3]. Es comprensible que un cristiano no se tome el juramento a la ligera, y quizá en este caso sea más factible que se cumpla el presupuesto detrás del juramento obligatorio: que es más probable que una persona cumpla un compromiso cuando jura que así lo hará.

En cambio, para los no cristianos (o, en términos más generales, para quienes no vinculen al juramento con algo místico) el juramento pierde trascendencia a la hora de decidir si se cumple o no con la palabra empeñada. Para este sector la carga pública de jurar es sustancialmente más liviana que para los cristianos que siguen fielmente los dogmas de su iglesia. Nos encontramos aquí frente a un supuesto de carga pública repartida de manera desigual: un sector, en razón de sus convicciones religiosas, debe soportar una carga pública mucho más gravosa que el resto de los individuos. Como la religión no es un criterio moralmente relevante para distribuir cargas públicas, el juramento forzoso contradice el principio de igualdad. De hecho, el juramento forzoso representa un supuesto (no querido) de discriminación por razones religiosas[4].

B. La libertad religiosa

Pero los perjuicios que el juramento forzoso ocasiona a los derechos individuales no se agotan allí. El juramento es mucho más que un compromiso con implicancias religiosas. El juramento forma parte fundamental de ceremonias y ritos de iniciación a través de los cuales quien jura se incorpora a una profesión, una entidad profesional, una asociación, un cargo público, etc. No en vano la ceremonia de graduación se denomina "la jura". Aunque el hecho concreto de jurar pueda ser algo de poca importancia para quienes no le asignen connotaciones religiosas, difícilmente la ceremonia toda les resulte indiferente. De hecho, esas ceremonias que tienen al juramento como momento culminante son algunas de las más trascendentes, por lo que representan, en la vida de los individuos.

Y es allí donde aparece el segundo elemento negativo del juramento forzoso. Mientras que el juramento es un acto eminentemente religioso, las ceremonias de graduación, de incorporación a asociaciones profesionales, etc, son esencialmente seculares. Nada de religioso debería haber en ellas, y mucho menos su eje y punto culminante, que es el juramento en sí mismo. El derecho a la libertad religiosa incluye el derecho a no profesar religión alguna. El Estado no puede obligar a los individuos a someterse a prácticas religiosas que no comparten, en especial en momentos de tanta trascendencia y carga simbólica. Cualquier acción por parte del Estado que tienda a imponer determinada religión, o prácticas propias de determinada religión, o incluso prácticas comunes a varias

3. Leo J. Trese, en su libro La Fe Explicada dice: "Poner a Dios por testigo de una mentira es una deshonra grave que le hacemos. Es el pecado de perjurio, y el perjurio deliberado es siempre pecado mortal."

4. Aceptar que la religión puede ser un criterio válido para hacer distinciones implicaría ignorar el principio que prohíbe la discriminación religiosa. Sin embargo, existen normas que otorgan derechos especiales a los individuos que forman parte de minorías religiosas (como, por ejemplo, el art. 27 de la Convención Internacional de Derechos Civiles y Políticos). El objetivo de estas normas es brindar igualdad religiosa efectiva a quienes, por su condición minoritaria, se encuentran en una situación relativa de desventaja. En estos casos es el hecho de pertenecer a una *minoría* religiosa, y no a una determinada religión, lo que se considera relevante a los fines de otorgar una protección especial.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

religiones, es violatoria del derecho a la libertad religiosa. Así como el Estado no podría exigir que los ciudadanos oren, vayan a misa o ayunen en el día del perdón, tampoco puede exigirles que juren. ¿Por qué razón debo pretender que pongo a Dios como testigo de mis palabras en el acto en el cual recibo mi diploma? Es posible que el perjuicio no sea grande si lo hago, pero el beneficio de mantener la exigencia del juramento es nulo cuando quien jura no *cree* en el juramento. Aunque fuera razonable pensar que aquel que cree fervientemente que faltar al juramento es un pecado mortal se verá compelido en mayor medida a cumplir su palabra si juró hacerlo, esta motivación no existe en el laico. Esto de ningún modo quiere decir que el laico, o quien por la razón que sea no *cree* en el juramento, sea más proclive a faltar a su palabra. Las motivaciones para cumplir la palabra empeñada de todos modos están presentes, pero en nada se vinculan al hecho de haber jurado.

IV. ¿UNA PRÁCTICA SECULAR?

Hay prácticas que en sus orígenes son netamente religiosas, pero que con el correr del tiempo se tornan seculares. Un buen ejemplo de esto es la Navidad, que muchos no cristianos celebran sin dar mayor importancia al contenido religioso con el que surgió históricamente la festividad. Esta cuestión fue tratada por la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso *Lynch vs. Donnelly (104 S.Ct. 1355)* en 1984. En este caso la Corte analizó si era inconstitucional que la Municipalidad de Pawtucket, Rhode Island, instalara un pesebre navideño en un parque. El pesebre se hallaba en medio de un escenario navideño que incluía, entre otras cosas, un Papá Noel con su casita, un trineo tirado por renos, un árbol de navidad, bastones con rayas de colores, un payaso, elefantes, un osito de peluche, cientos de lucecitas y un cartel que decía "Felices Fiestas." La declaración de inconstitucionalidad fue promovida por grupos defensores de los derechos civiles y por residentes de la ciudad, que consideraban que el pesebre violaba la cláusula de neutralidad del Estado en materia religiosa incluida en la Primera Enmienda. La Corte de Distrito les dio la razón, pues entendió que la Municipalidad estaba actuando como *sponsor* del Cristianismo. En un fallo dividido de cinco miembros contra cuatro la Corte Suprema revocó esa decisión. La mayoría se fundó en que la Municipalidad perseguía fines exclusivamente seculares al instalar el pesebre. La disidencia, en cambio, diferenció al pesebre del resto de los motivos navideños, como Papá Noel o el arbolito, y consideró que la calidad religiosa del primero era innegable.

En un caso posterior, *County of Allegheny v. American Civil Liberites Union (109 S.Ct. 3086)*, de 1989, la Corte Suprema de Estados Unidos analizó una cuestión similar. En este caso, un grupo defensor de los derechos civiles impugnó dos elementos ubicados en espacios públicos: el primero, un pesebre instalado en el edificio de los tribunales; el segundo, un menorah, colocado en un parque público junto a un árbol de navidad y un cartel alusivo a la libertad. También en este caso, los peticionantes entendían que al instalar ambos elementos se había violado la primera enmienda.

A la Corte le pareció indudable que a través del pesebre el Estado estaba enviando un mensaje religioso: que apoyaba o promovía al cristianismo; y, por

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

esa razón, lo consideró inconstitucional[5]. Distinta fue su conclusión respecto del segundo objeto impugnado. La Corte entendió que el conjunto formado por el menorah, el árbol de navidad y el letrero alusivo a la libertad era un mensaje de pluralismo y libertad religiosa que intentaba reflejar la diversidad cultural de la nación.

Más allá del resultado de estos casos, es significativo que en ambos, tanto para la Corte como para la asociación defensora de derechos civiles, el arbolito de navidad y la parafernalia que lo rodeaba (salvo el pesebre) carecían de contenido religioso. Esto se debe, como ya dije, a que la Navidad es una festividad de origen religioso que en buena medida se ha vuelto secular, junto con gran parte de los símbolos que la rodean.

Aunque podría alegarse que algo parecido ha ocurrido con el juramento, no creo que ese sea el caso. Si bien es frecuente jurar a la ligera y sin consideraciones religiosas, simplemente para reafirmar o enfatizar lo que se dice, los supuestos de juramento compulsivo se caracterizan en general por la solemnidad del acto en que se desarrollan. En tales condiciones, el aspecto religioso o al menos místico del juramento difícilmente pase inadvertido.

Pero más allá de las diferencias entre la celebración de la Navidad y el juramento, una cosa es que el Estado auspicie o facilite de diversas maneras la profesión de determinado culto (por ejemplo poniendo pesebres u otorgando feriados pagos) y otra muy distinta es que imponga prácticas religiosas. Lo primero quizá no sea fácilmente cuestionable en Argentina, respecto del culto católico, a la luz del artículo 2 de la Constitución Nacional[6]. Lo segundo, en cambio, está categóricamente vedado por el art. 14 de la Constitución Nacional, el art. 18 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, el art. 12 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el art. 14 de la Convención sobre los Derechos del Niño, entre otras normas.

V. El caso "Agüero contra Universidad de Córdoba"

A. Una prohibición bíblica

Si hoy se planteara judicialmente la inconstitucionalidad del juramento forzoso, los tribunales encontrarían como precedente en la materia el caso "Agüero contra Universidad de Córdoba", que el 30 de junio de 1949 resolvió la Corte Suprema de Justicia de la Nación[7]. Agüero era un estudiante de Derecho de esa universidad que había aprobado todas las materias necesarias para obtener el título de procurador. La universidad le exigía, como requisito para entregarle el título, que prestara un juramento en la ceremonia de graduación. Agüero solicitó que se lo eximiera de esa formalidad porque su religión Evangelista le prohibía jurar. Los fundamentos de la prohibición son bíblicos: en el versículo 33 del Capítulo V del Evangelio según San Mateo, Jesucristo predica contra el

5. Para diferenciar a este caso de *Lynch v. Donnely*, la Corte resaltó que en este precedente el pesebre se encontraba en un parque privado de la zona comercial de Pawtucket, rodeado por Papá Noel, renos, elefantes, etc., y que su costo había sido insignificante.

6. Creo, no obstante, que ciertas prácticas de apoyo estatal al catolicismo son más fácilmente cuestionables ahora, tras la reforma constitucional de 1994. Volveré sobre este punto más adelante.

7. *Fallos* 214:139; *LL* 56-138; Constitución y Derechos Humanos, Miller, Gelli, Cayuso, p. 638.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

juramento; y en el versículo 12 del Capítulo V de la Epístola Universal, el Apóstol Santiago predice la condenación eterna a quien jura. Agüero, aparentemente, estaba dispuesto a demorar años su graduación, o acaso renunciar a ella, con tal de respetar estos preceptos dictados por su credo.

La Universidad rechazó la petición de Agüero; al hacerlo explicó, entre otras cosas, que San Agustín interpretaba de modo distinto los versículos aludidos. Agüero recurrió entonces a los tribunales. El juez de primera instancia hizo lugar a lo solicitado por el estudiante; la Cámara revocó ese fallo y la cuestión llegó a la Corte, que confirmó lo decidido por la Cámara sin dar, a mi juicio, fundamentos sólidos para su decisión. Comentaré a continuación aquellas cuestiones planteadas en el fallo que considero de mayor interés.

B. El art. 19 de la Constitución Nacional

Uno de los argumentos del recurrente había sido que la imposición del juramento era contraria al artículo 19 de la Constitución Nacional, porque el hecho de jurar o dejar de hacerlo es una acción privada. La Corte desecha este argumento con apenas un párrafo:

> [N]o es admisible la invocación del art. 19 de la Constitución Nacional, porque este precepto tiene por objeto sustraer al juzgamiento de los magistrados las acciones privadas que de ningún modo ofenden a la moral y el orden público, mientras en este caso se impone un acto determinado por razones de orden público y lo que el recurrente pretende es que se lo exima de él.

La idea parece ser que la obligación de jurar ha sido impuesta por razones de orden público. La Corte, no obstante, en ningún lugar del fallo analizó cuáles podrían llegar a ser tales razones. El párrafo citado fue todo lo que dijo al respecto.

Sin duda el planteo de Agüero en base al art. 19 merecía mayor consideración. El juramento es una acción que, a simple vista, parece ser privada. La única conexión posible entre juramento obligatorio y orden público la encuentro en relación con el análisis utilitario tratado anteriormente: ¿es más probable que una persona actúe del modo deseado por la sociedad cuando jura hacerlo? Si esta pregunta tuviera una respuesta afirmativa, el juramento forzoso se podría vincular con los derechos de terceros, naturalmente interesados en que ciertas profesiones se ejerzan de determinada manera que podría llamarse "ética". De ese modo, el juramento forzoso podría llegar a relacionarse de algún modo con el orden público[8].

Pero la Universidad de Córdoba en ningún momento acreditó —de hecho, ni siquiera alegó— que el juramento tuviera ese efecto persuasivo, útil para la

8. Estoy presuponiendo que las acciones contrarias al orden público o a la moral son aquellas que violan derechos de terceros. Esa es la interpretación del art. 19 de la Constitución sostenida por Carlos Nino (ver por ejemplo FUNDAMENTOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL, Astrea, 1992, p. 316 y ss.) y por la Corte Suprema previamente a su ampliación (por ejemplo, en los casos *Bazterrica*, del 29 de agosto de 1986, *Fallos* 308:1415 y *Capalbo*, del mismo día, *Fallos* 308:1468).

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

comunidad. La Corte no consideró que eso fuera necesario; se limitó a invocar la frase mágica "orden público" para borrar al art. 19 de la Constitución Nacional de un plumazo.

C. El juramento forzoso en la Constitución Nacional

Agüero también había afirmado que el juramento forzoso violaba su derecho a profesar libremente su culto, que le prohibía prestar juramento. Para rechazar este argumento, la Corte recordó que la propia Constitución exige el juramento "como solemnidad que condiciona el desempeño de las funciones públicas." Efectivamente, y aun tras la reforma de 1994, la Constitución Nacional exige el juramento al presidente y al vicepresidente (art. 93), a los diputados y senadores (art. 67) y a los jueces de la Corte Suprema (art. 112)[9].

El argumento de la Corte no carece de valor retórico: la propia Constitución, en la que el peticionante busca amparo, exige en ciertos casos el juramento. Pero la Constitución solamente exige esa solemnidad para la asunción de los funcionarios mencionados; no lo hace, en cambio, respecto de los gobernadores, ni de los jueces, ni de los ministros, ni de ningún otro funcionario[10]. Si de acuerdo con la Constitución ninguna de esas autoridades necesita jurar para ocupar su cargo, ¿qué clase de analogía propone la Corte para concluir que la exigencia es válida respecto de quien quiere recibir su título de procurador? Volveré sobre la perspectiva constitucional del juramento forzoso al tratar la reforma de 1994 a la Constitución Nacional.

D. Un caso de intolerancia religiosa

Es innegable que el solo hecho de que un culto prohíba un acto no basta para afirmar que el Estado no puede válidamente imponerlo[11]. Sin embargo, hacía falta una buena razón (vinculada indefectiblemente con la protección de derechos de terceros) para forzar a Agüero a jurar a pesar de que ello estaba expresamente prohibido por su culto. La Corte no encontró esa razón; de hecho, ni siquiera pareció estar bien orientada en su búsqueda. Todo indica que Agüero fue una víctima de la intolerancia religiosa.

---

9. Además, la disposición transitoria decimosexta exige a los miembros de la Convención Constituyente, los presidentes de las Cámaras Legislativas y el presidente de la Corte Suprema de Justicia que "juren" la nueva Constitución.

10. Si bien son muchos los funcionarios que de hecho juran al asumir su cargo, fuera de los casos señalados la obligación no surge de la Constitución, sino de normas inferiores a ella o de prácticas.

11. Un impuesto no sería inconstitucional solamente porque algún credo religioso prohíba pagar impuestos, así como una conducta no dejará de ser criminal por el simple hecho de que algún culto religioso la autorice. Este último aspecto fue analizado por la Corte Suprema de Estados Unidos en una serie de casos que involucraban a los Mormones. Para este grupo la bigamia y la poligamia eran conductas no solo permitidas sino alentadas por su religión. Ello causó numerosas persecuciones y condenas criminales. La Corte, en el caso *Davis v. Beacon* dijo en forma categórica: "El crimen no es menos odioso por ser una acción prevista por lo que alguna secta considera religión." Creo que se podría discutir, sin embargo, cuánto hay de legítima protección de derechos de terceros y cuánto hay de perfeccionismo en la condena penal de la poligamia. No pretendo tratar esa ardua cuestión en este trabajo.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

VI. La reforma de 1994

El enfoque general de la Constitución en materia religiosa cambió con la reforma de 1994. En ella se trató de promover la tolerancia y el pluralismo, tendiendo a eliminar las cláusulas de la Constitución que pudieran implicar una discriminación por razones religiosas.

Así, se reemplazó la norma según la cual correspondía al Congreso "...conservar el trato pacífico con los indios, y promover la conversión de ellos al catolicismo" por otra que reconoce derechos culturales y económicos a "los pueblos indígenas argentinos."[12] También se eliminó como condición para ser presidente "pertenecer a la comunión católica, apostólica, romana..."[13] Y en lo que se refiere específicamente al juramento forzoso, la reforma dio ciertamente un paso importante. El viejo art. 80 decía:

> (Art. 80) Al tomar posesión de su cargo el presidente y el vicepresidente prestarán juramento... en los términos siguientes: "*Yo, N.N., juro por Dios Nuestro Señor y estos Santos Evangelios, desempeñar con lealtad y patriotismo el cargo de presidente (o vicepresidente) de la Nación, y observar y hacer observar fielmente la Constitución de la Nación Argentina. Si así no lo hiciere, Dios y la Nación me lo demanden.*"

En su lugar, el art. 93 actualmente dice:

> Al tomar posesión de su cargo el presidente y el vicepresidente prestarán juramento... respetando sus creencias religiosas, de "*desempeñar con lealtad y patriotismo el cargo de presidente (o vicepresidente) de la Nación y observar y hacer observar fielmente la Constitución de la Nación Argentina*."

Ya no es forzoso jurar por "Dios Nuestro Señor y estos Santos Evangelios", sino que quien jure podrá usar una fórmula que respete sus creencias religiosas. Además, se eliminó la referencia a un eventual reclamo de Dios y la Nación contra quien incumpla el compromiso contraído al asumir el cargo público[14].

Aunque es indudable que la reforma ha intentado secularizar la ceremonia de asunción, la exigencia del juramento no ha sido eliminada. Sin embargo,

---

12. La norma derogada es el inciso 15 del viejo art. 67. La nueva norma, el inciso 17 del art. 75, dice: "[Corresponde al Congreso:] Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones."

13. Art. 76 antes de la reforma.

14. La salvedad de que el juramento debe prestarse respetando las creencias religiosas de quien jura sólo está presente en el caso de la asunción del presidente y el vicepresidente (art. 93 CN). Los artículos 67 y 112 CN, que imponen el juramento a senadores y diputados y a los miembros de la Corte Suprema, no fueron tocados por la reforma. No obstante, no habría razón alguna para que el criterio de mayor tolerancia religiosa incluido en el art. 93 no se aplique respecto de estos otros funcionarios.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

si tal exigencia se mantuviera a ultranza nos encontraríamos frente a una contradicción: jurar es en sí mismo un acto religioso, ya sea que se jure por Dios (lo cual parece ser una redundancia enfática) o por la Constitución; para aquellas personas cuyas creencias religiosas sean justamente no tener religión, o cuya religión les prohíba jurar (como a Agüero), prestar juramento según sus creencias religiosas (según dice el art. 93 actual) es sencillamente imposible. Esta contradicción debe evitarse. No creo que el nuevo enfoque religioso de la Constitución permita interpretar a ésta de un modo tal que exija una solemnidad que afecta la libertad religiosa y la igualdad de los ciudadanos, ni siquiera en los casos de juramento forzoso en ella previstos[15]. Fuera de esos casos, ni aún antes de la reforma había argumentos constitucionales para imponer el juramento. Creo, en definitiva, que no hay actualmente justificación alguna para exigirle que jure a quien prefiere no hacerlo.

15. En este sentido, es interesante el texto del Código Procesal Penal actual (Ley 23.984): "Cuando se requiera la prestación de juramento, éste será recibido... según las creencias de quien lo preste... mediante la fórmula 'lo juro' o 'lo prometo'". De acuerdo con ese texto, es posible "prestar juramento" mediante la fórmula "lo prometo". Creo que ese criterio debería seguirse para interpretar a la Constitución cuando ésta exige el juramento; es decir, debería entenderse que la Constitución permite implícitamente lo que el Código Procesal Penal permite expresamente: jurar prometiendo.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

Reflexiones sobre los casos y la casuística en bioética

Florencia Luna *

INTRODUCCIÓN

La bioética puede verse como un campo de testeo de ciertas propuestas o teorías éticas. Particularmente interesante, entonces, resulta la idea de revalorizar el planteo de la casuística medieval. Esta propuesta quedó en el olvido después de las críticas de Pascal en el siglo XVII; sin embargo, en 1988 fue resucitada por Jonsen y Toulmin en *The Abuse of Casuistry: A History of Moral Reasoning*[1], a raíz del trabajo de la Comisión Nacional para la Protección de Sujetos Humanos en Investigaciones Biomédicas y de Conductas, creada en Estados Unidos, la cual debía elaborar políticas adecuadas para la protección de las personas que participaran de una investigación. La estrategia que adoptan Jonsen y Toulmin para respaldar la importancia de la casuística utiliza y revaloriza los problemas concretos que se les plantean actualmente a filósofos en ética aplicada. El surgimiento de la bioética, en especial de la ética médica y de una serie de dilemas, vuelve a poner de manifiesto la necesidad de análisis sutiles y detallados como los que presentaban los casuistas. Jonsen y Toulmin se apoyan, también, en la historia de la argumentación moral desde Aristóteles hasta el siglo XX, contraponiendo los modelos geométrico y retórico de razonamiento moral y defendiendo la relevancia del modelo retórico.

En este trabajo intentaré explicitar el rol del caso en la argumentación moral, según como es presentado por los representantes de la casuística contemporánea en la bioética. Este análisis de la casuística creo que puede resultar interesante para quienes trabajan en el derecho, ya que en esta área también se debe analizar la interrelación entre el caso y los principios o reglas. Dejo, entonces, abiertas posibles conexiones, puntos de contacto o diferencias que este tipo de análisis puede evocar en aquellos que estudian el derecho.

En primer lugar, expondré brevemente el análisis que estos autores llevan a cabo del método casuístico, tal como aparece en el ya clásico *The Abuse of Casuistry.* En segundo lugar, señalaré algunos roles que pueden adjudicarse a los casos. Y, en tercer término, intentaré analizar las implicancias de dos conclusiones diferentes que estos autores puntualizan respecto de su propia posición. Finalizaré con algunas reflexiones respecto de esta propuesta y las nuevas discusiones de la bioética, principalmente las objeciones a la denominada "teoría de los principios" y respecto de la posibilidad de considerar a la casuística como una teoría alternativa en bioética.

---

* Doctora en Filosofía, UBA. Master of Arts, Universidad de Columbia.

1. Jonsen, A. y Toulmin, S., *The Abuse of Casuistry: A History of Moral Reasoning*, University of California Press, California, 1988.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

I

Jonsen y Toulmin buscan, a través de *The Abuse of Casuistry,* quitar el manto de sospecha que, desde Pascal, recayó sobre la casuística, para mostrar su relevancia en el discurso moral actual. Los autores bucean en la casuística medieval, en las discusiones morales que transcurrieron a lo largo de siglos y en las modificaciones, excepciones y distinciones relevantes que la casuística permitió elaborar en un intento de comprender y adaptar el discurso moral a la realidad que se estaba viviendo. Jonsen y Toulmin enuncian seis rasgos del método casuístico:

1. los paradigmas y analogías
2. las máximas
3. las circunstancias
4. los grados de probabilidad
5. los argumentos acumulativos
6. la resolución final

Respecto del primer rasgo, paradigmas y analogías, los autores señalan que los hombres del medioevo exponían los casos de manera tal que mostraran la conexión entre un caso específico y un principio dado; se proponían *definiciones* de los términos claves, y usualmente se citaban a autoridades tales como San Agustín, Santo Tomás, Cicerón. Se elaboraban, entonces, casos que ilustraban el quiebre más manifiesto del principio general: todos acordaban en señalar que no habría razones para *no* considerar tal acto como una ofensa. Un elemento a destacar es que los *casos paradigmáticos* gozaban de certeza intrínseca y extrínseca. Posteriormente, se proponían casos que se alejaban del paradigma introduciendo varias combinaciones diferentes de *motivos y circunstancias:* éstas hacían a la ofensa más o menos aparente; por ejemplo, si era o no moralmente permisible imponer la pena de muerte, o si era lícito matar a un tirano, matar en defensa propia, matar en defensa de la familia, matar en defensa de la propiedad o matar en defensa del honor. El procedimiento standard viraba de los casos claros y simples a los casos oscuros y complejos, y representa la esencia del modo de pensar en casuística. Así, el ordenamiento de casos se realizaba bajo un principio en función de un paradigma, y por analogía.[2]

Se buscaba establecer una taxonomía de "casos tipo" bien analizados, que sirviera como objeto de comparación o paradigma para casos nuevos y complejos.

El segundo rasgo consiste en el uso de *máximas.* Máximas que se extraían del derecho romano, de autoridades religiosas y del sentido común. Eran reglas o máximas generales, pero no universales o invariables.[3] Se trataba de máximas que, se decía, derivaban de la ley natural. Se utilizaban como garantía o razones del argumento.

El tercer rasgo considera las *circunstancias:* qué, dónde, por qué. Se construían casos con progresivas dificultades sumando circunstancias cada vez más complejas. Los casuistas insistían en que las circunstancias hacían al caso e inevitablemente modificaban el juicio moral sobre ellos.

---

2. Jonsen, A. y Toulmin, S., *op. cit.*, página 252.
3. Jonsen, A. y Toulmin, S., *op. cit.*, página 257.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

El cuarto rasgo consiste en la *probabilidad.* Los casos se calificaban por la probabilidad de sus conclusiones. Las elecciones morales eran más o menos argumentables: cuanto más lejos del caso paradigmático más argumentables eran. No se hacía referencia a conclusiones necesarias o apodícticas. Se señalaba una mayor o menor convicción en función de los argumentos intrínsecos y las autoridades extrínsecas. No había certeza.

El quinto rasgo reside en la presencia de *argumentos acumulativos.* En la alta casuística se citaban máximas, se daban argumentos cortos ofreciendo diferentes clases de razones para apoyar las conclusiones (un texto escritural, la ley canónica, la apelación a la caridad o a la justicia) y casi no se realizaba un esfuerzo para integrar estos elementos en un único argumento coherente. Hay semejanzas con el discurso de sentido común y el retórico. De hecho, la propuesta de la casuística defiende este tipo de argumentación en contraposición con lo que se denomina la visión geométrica de la argumentación moral, que consiste en la derivación lógica de conclusiones mediante el uso de principios generales básicos, y cuyo representante clásico seria Baruch Spinoza y su *Etica demostrada según el orden geométrico.*

Finalmente, nos resta el sexto rasgo que consiste en la *resolución.* Los casuistas siempre terminaban el análisis del caso con una resolución. El objetivo de la ciencia moral era la práctica. Todas las conclusiones que no eran prácticas sino meramente especulativas, no eran propiamente conclusiones morales[4] ; de allí que el intento de los casuistas fuera tratar de llegar a una decisión y a una acción.

La necesidad de interpretar máximas aplicadas a circunstancias diferentes les dió a los casuistas una sensibilidad especial para captar las diferencias entre los casos. En toda esta estrategia está implícita la consideración de la *sensibilidad* como una virtud.

Esta propuesta tiene lazos con la tradición aristotélica del razonamiento práctico. Resalta como importante la capacidad de reconocer con detalle y sutileza los rasgos relevantes de un caso particular - circunstancias de la acción y la condición del agente- y presentarlos como teniendo peso en la cuestión presente. La "frónesis" aristotélica permite evaluar cuán cerca el caso particular está del paradigma. Esto no exige la presencia de reglas generales o de deducciones válidas. Como se ha visto, para generalizar se formulan reglas o máximas, pero con un alcance limitado.

En *The Abuse of Casuistry,* Jonsen y Toulmin no presentan una versión "aggiornada" de la casuística en la reflexión moral actual. Parecen mantener la vigencia de todo este método, independientemente de los cambios temporales e ideológicos que permean esta propuesta en la época medieval.

En *Casuistry: an Alternative or Complement to Principles?,* Jonsen plantea la modalidad de trabajo de la casuística incluyendo en tres pasos los rasgos antes mencionados. A lo largo de este trabajo sostiene que la casuística es como una construcción imaginaria y utiliza como idea guía la imagen del palacio de la memoria, considerado como instrumento pedagógico durante siglos. El primer paso consiste en identificar los *tópicos,* una noción de la antigua retórica. Los tópicos eran formas de argumentos que servían para el discurso persuasivo en

4. Esta idea aparece citada en Jonsen y Toulmin como perteneciendo al Padre Daniel Entretiens, páginas 358,363.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

general o para una empresa particular. La retórica los concebía como lugares mentales o espacios.[5] Jonsen sugiere que los tópicos particulares de la medicina clínica son cuatro: las indicaciones médicas, las preferencias del paciente, la calidad de vida y los rasgos contextuales.[6] El segundo movimiento reside en la *descripción y evaluación de las circunstancias* y los considera como el mobiliario y la decoración de los cuartos del palacio de la memoria. No se trata de hechos aislados, sino de hechos en el tópico (como los adornos que están en una habitación). Se pregunta allí quién, qué, por qué, cuándo y dónde se produjo el caso. Y, finalmente, el tercer paso consistirá en la *comparación de casos*, buscará las semejanzas y diferencias con otros casos y utilizará el razonamiento por analogía.

II

Como hemos visto en las diferentes versiones de la casuística, el caso tiene una gran presencia. ¿Acaso siguen Jonsen y Toulmin manteniendo la misma posición respecto de la importancia del caso y la casuística en la reflexión moral actual?[7] ¿Cuál es la función que se otorga al uso de casos?

Antes de responder tales preguntas, consideremos algunos de los roles que los casos, en general, pueden llegar a cumplir:

1. Función motivadora:[8] objetivo del uso del caso es el de persuadirnos a realizar nuestro deber: excitan nuestra imaginación y nuestras pasiones de una manera tal que las reglas morales y la razón son incapaces de hacerlo. Téngase en cuenta que, según esta perspectiva, el caso es sólo un *medio para motivarnos a actuar según los deberes o principios que ya han sido determinados* de antemano. Kant, por ejemplo, utiliza esta función en la "Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres".[9]

2. Función de ejemplo aclaratorio: esta función el caso tiene un rol secundario: se utiliza para mostrar de qué manera se pueden aplicar ciertas reglas o principios morales. Charles Larmore cita a Kant como representante de este uso de los ejemplos en la "Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres". Aunque aclara que la concepción de Kant es compleja, explica que éste tenía razón al considerar el ejemplo como *externo a la estructura del deber moral* mismo y lo cita diciendo:

---

5. Albert Jonsen, *"Casuistry: an Alternative or Complement to Principles?"*, en Kennedy Institute of Ethics Journal, volumen 5, Nº3, septiembre 1995.

6. Jonsen, A. , Siegler, M. y Winslade, W., *Clinical Ethics*, Mac Graw-Hill, New York, 1992.

7. Dado que "caso" y "casuística" no son en absoluto sinónimos, sería muy interesante reflexionar acerca de qué es un caso y cómo se lo define e individualiza. Pero ello excede el presente trabajo. Aquí, cuando me pregunto por la importancia del caso considero al mismo cumpliendo una función activa tal como lo plantea la casuística, pero sin la necesidad de adherir a todos los otros rasgos que supone el método casuístico.

8. Charles Larmore en *Patterns of Moral Complexity*, Cambridge University Press, 1987, describe este uso de ejemplos y los denomina retóricos. Dado que Jonsen y Toulmin también utilizan el término retórico para caracterizar el razonamiento moral casuístico, preferí darle otro nombre a esta función. Por otro lado, no sigo estrictamente la propuesta de Larmore, ya que yo distingo del ejemplo que él llama retórico el uso aclaratorio del mismo.

9. Larmore, C., *op. cit.*, página 2.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

"Cada ejemplo de moralidad que se me presenta debe ser juzgado primero por principios morales para decidir si puede servir como un ejemplo original".[10]

Y continúa Larmore:

"Por lo tanto, no sólo los ejemplos así concebidos no tienen nada que hacer cuando se indaga cuáles son nuestros deberes, sino que nuestra elección de los ejemplos no consiste en más que en aplicar las reglas contenidas en el concepto de aquellos deberes".[11]

3. Función distintiva interna: Larmore distingue entre aplicar reglas y actuar en base a razones que implican reglas que no han sido dadas de antemano.[12] Para él, esta distinción es vital para entender el sentido en el cual el juicio moral responde a la particularidad de una situación, yendo más allá del contenido dado por la regla general -esquemática- a la que se aplica. El caso, dice Larmore, puede funcionar como una razón, puede *ejemplificar el ejercicio del juicio moral*, de la deliberación moral. Parece tener un rol activo e interno que permite dar contenido a reglas esquemáticas, ejemplifica la deliberación moral. No obstante, Larmore no es muy claro con relación a su propia posición respecto de los casos, parece conceder una situación de privilegio a la deliberación moral (a la "frónesis" aristotélica) para aplicar apropiadamente reglas generales o reglas esquemáticas, para decidir qué obligaciones debemos honrar o qué acciones las satisfacerán, y parece sostener que el caso puede ejemplificar esto y funcionar como las razones que brindamos para relacionar la deliberación moral con las reglas morales.

4. Función consensual: El caso como punto de acuerdo frente a disidencias teóricas, principios o reglas morales diferentes. Esta función del caso se utilizó efectivamente en la Comisión Nacional que trabajó en Estados Unidos elaborando lineamientos para la protección de las personas. Así explica Jonsen su labor en la citada Comisión:

"Muy pronto los miembros de la Comisión descubrieron un hecho singular: a menudo tenían serias discrepancias sobre la formulación de los principios, en tanto que llegaban rápidamente a un acuerdo sobre casos particulares. El *Report on Children as Research Subjects* es, en mi opinión, un excelente ejemplo de casuística moderna. El éxito de la Comisión, según creo, vino de su atención a los casos concretos, en los que los principios eran descubiertos tanto como eran aplicados. El *Belmont Report*, que establece los principios de la investigación, llegó sólo al final del proceso".[13]

Podría intentar continuar señalando otras funciones o roles de los casos, sin embargo, creo que esta muestra permite ver cómo el rol que se le adjudique

---

10. Larmore, C., *op. cit.*, página 2.

11. Larmore, C., *op. cit.*, página 2.

12. Larmore, C., *op. cit.*, pág. 8. El autor señala que esta distinción no es igual a la de aplicar una regla implícita o explícita, porque en la primera las reglas fueron dadas de antemano, pero por hábito no figuran en la conciencia del agente. Larmore critica la visión que considera que las razones son tales en virtud de alguna regla. Destaca la importancia de la deliberación y de la situación particular. Sin embargo, no niega que las reglas sean un rasgo necesario de la moralidad.

13. Albert, R., Jonsen, A., *Casuistry and Clinical Ethics*, en Theoretical Medicine, Nº 7, 1986, páginas 65-74.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

al caso implica una especial forma de plantear problemas teóricos de la ética, la epistemología y la metafísica. En lo anteriormente expuesto se puede observar desde el planteo en donde el caso parte de la regla general y lo ejemplifica (función de ejemplo aclaratorio) hasta el movimiento inverso en el que se parte del caso y se arriba a reglas o criterios distintivos (función consensual).

III

¿Cuál es el rol de casos y principios o reglas en la casuística tal como la delinean Jonsen y Toulmin?

Jonsen y Toulmin parecen oscilar entre diferentes posiciones. En esta sección intentaré mostrar cuáles debieran ser las interpretaciones plausibles.

En primer lugar, podemos descartar la función del ejemplo aclaratorio, ya que éste supone una función secundaria y externa. Como acabamos de ver, en la casuística, el caso no explicita una subordinación a la regla. En todo caso su función es interna.

Respecto de las otras funciones, hay que comenzar a poner de manifiesto qué es lo que Jonsen y Toulmin pretenden lograr. Estos autores oscilan entre dos posiciones: una débil y otra más fuerte. La *posición débil* sostiene que el recurso al caso o a la casuística *complementa* otros análisis éticos. Se acepta la presencia e importancia de otras formas de análisis que utilicen principios u otros tipos de generalizaciones y se destaca la importancia del caso. Para defender esto se explica que las teorías morales operan en diferentes niveles. En distintos contextos, diferentes argumentos tienen mayor poder de convicción, nuevas posibilidades de ganar nuestra aceptación y movilizar las fuentes de la acción moral. Así, por ejemplo, en uno de los últimos capítulos señalan que la primera ambición del libro ha sido combatir el descuido en el que ha quedado el argumento por casos, un método fecundo para el razonamiento moral práctico.[14]

En esta primera propuesta podemos encontrar al menos dos de los roles antes delineados para los casos. Por un lado, *la función motivadora*, aunque ella no se subscribiría a cierto carácter externo que todavía está presente en la descripción brindada en la sección anterior. Por otra parte, *la función distintiva interna*, en la que parecieran aceptarse principios y reglas generales, aunque se defiende un rol más activo y con mayor protagonismo para los casos. Coincide también con una presencia de la deliberación moral y de cierta recuperación del método aristotélico como la que también propone Larmore.

Sin embargo, más adelante, Jonsen y Toulmin, reconocen cierta ambigüedad en sus formulaciones y se preguntan claramente hasta dónde la "nueva casuística" *contradice* la visión tradicional de la práctica moral en tanto aplica principios universales de la teoría ética a los casos prácticos. Jonsen y Toulmin se refieren nuevamente a una *posición débil:* la casuística es inevitable, pero la consideran una conclusión demasiado endeble. Ellos pretenden decir algo más sustancial. La segunda conclusión, o *propuesta fuerte*, sostiene que *el conocimiento moral es esencialmente particular,* de manera tal que las resoluciones válidas de los problemas morales deben estar siempre enraizadas en una comprensión concreta

14. Jonsen, A. y Toulmin, S., *op. cit.*, página 303.
15. Jonsen, A. y Toulmin, S., *op. cit.*, página 330.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

de los casos específicos y las circunstancias.[15] Y citan una interpretación de John Arras[16]:

"En lugar de enfocar la necesidad de encuadrar principios a casos, esta [segunda] interpretación [de la casuística] acentúa la naturaleza particular, derivación y función de los principios manipulados por los nuevos casuistas. A través de esta teoría alternativa de los principios, comenzamos a discernir una moralidad que se desarrolla, no de arriba hacia abajo como en el Derecho Romano, sino más bien de caso en caso (o de abajo hacia arriba) como en el *common law.* Lo que diferencia a la casuística de la ética aplicada, entonces, no es el reconocimiento de principios que eventualmente puedan ser aplicados, sino más bien un informe particular de la lógica y la derivación de principios que desplegamos en el discurso moral".[17]

El *locus* primario de la comprensión moral yace en el reconocimiento de ejemplos paradigmáticos de lo bueno y lo malo, de lo correcto y lo incorrecto. En esta posición fuerte el centro del conocimiento moral no se encuentra aceptando proposiciones universales como "la crueldad es mala", toda vez la crueldad es básicamente "mala", sino en la capacidad de poner en funcionamiento nuestro discernimiento moral que puede resultar moralmente crucial en situaciones difíciles. Esa capacidad no es la "destreza cognitiva" de aprender a realizar deducciones éticas cada vez más poderosas. Se trata, en cambio, de nuestra sensibilidad afectiva: aprender qué nuevos factores y circunstancias debemos mirar y considerar, a medida que nuestro campo de experiencias morales se extiende.[18]

Nótese el abismo que supone adherir a una y otra concepción del caso y su función en la teoría moral. Mientras la propuesta débil de la casuística pretende revalorizar o tener en cuenta el caso en la argumentación moral, la propuesta fuerte parece erigir al caso como elemento rector de la vida moral dejando de lado la importancia de principios o reglas. Estas dos concepciones subyacentes resultan muy relevantes porque implican no sólo una diferencia en la teoría moral que se sustenta sino porque, tal como lo veremos, puede resultar o no una teoría moral alternativa a las teorías basadas en principios.

Pero, ¿se puede mantener esta versión extrema del caso? La posición fuerte de la casuística y del uso del caso parece involucrar una concepción demasiado dura. Sin embargo, pienso que podría interpretarse de dos maneras que tienen diferentes implicancias: (A) como la *no-existencia de ningún principio* y la *afirmación única de conocimientos particulares* y (B) como *crítica a la teoría moral geométrica* que deriva lógicamente conclusiones de principios.

La primer interpretación (A) excede los roles de los casos que estuvimos tratando de delinear. Puede llegar a tener ciertos elementos presentes en la función distintiva interna, pero parece ir más allá, al no aceptar principios o reglas generales como relevantes. De igual forma, ni siquiera la función consensual parece ser viable con esta interpretación, ya que pareciera negar la posibilidad de principios, quedándose sólo con la propuesta de casos.

---

16. En Arras también aparece la idea de dos posibles interpretaciones de las propuestas casuísticas y la ambigüedad de sus concepciones en relación a la derivación de máximas morales y principios. Véase Arras, John, *Getting Down to Cases: The Revival of Casuistry in Bioethics"*, The Journal of Medicine and Philosophy 16: 29-51, 1991.

17. Jonsen, A. y Toulmin, S., *op. cit.*, página 330.

18. Jonsen, A. y Toulmin, S., *op. cit.*, página 331.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

Pese a la ambigüedad y rapidez con la que está formulada esta propuesta fuerte, yo afirmaría que sólo la opción (B) es viable. En esta segunda interpretación no se niega la posibilidad de reglas y principios, sino la estrategia que sostiene que puede deducir lógicamente conclusiones morales de reglas generales o principios. La crítica apunta a la estrategia deductiva. Dentro de esta línea tiene sentido la apelación a la sensibilidad, a los argumentos acumulativos; se explica como una crítica fuerte a la interpretación de la ética como sistema geométrico o deductivo y se reconocen fuertes simpatías hacia la retórica. No se trata de un rechazo a la existencia de principios, sino a la forma en la que se concibe la relación del caso y el principio, esencialmente como una derivación lógica a partir de los principios generales básicos.

Creo, además, que la primer interpretación de la posición fuerte supone un salto frente a lo que significaba la casuística tradicional. La alta casuística intentaba evitar los cargos de relativismo, esgrimiendo todo un corpus de conocimientos: autoridades, máximas y verdades reveladas. Criterios firmes susceptibles de ser expresados en principios o reglas generales. Elementos de los que esta "neo-casuística" carece, quedando así, desprovista de una base sustancial y susceptible a diferentes tipos de críticas, como el peligro de caer en análisis prejuiciosos o en convencionalismos.[19] Uno de los grandes problemas que se le presenta a las reformulaciones de la casuística actual es que no pueden suponer tan rápidamente un corpus de valores y principios básicos consensuados. Considérese que en el medioevo se partía de una visión y dogma moral compartidos. En consecuencia, la nueva casuística no puede negar la existencia de máximas o de reglas más o menos generales.

Pese a la aceptación de máximas o reglas que esta posición supone, no estoy de acuerdo con el análisis que realiza Diego Gracia en su libro "Procedimientos de decisión en ética clínica".[20] Allí, Gracia subraya la importancia de las máximas en la casuística. Yo no coincido con este enfoque, me parece que el énfasis otorgado a las máximas descuida el rol de los casos, punto vital en esta línea de pensamiento. Pero reconozco que, indudablemente, esta discordancia muestra la ambigüedad que presenta esta teoría y la diversidad de criterios que surgen para interpretarla.

Por todo lo anterior pienso que debe considerarse la primer posición débil de la casuística -aquélla que revaloriza la importancia del caso en la argumentación moral- y la segunda posición sólo en su segunda interpretación - la que critica la estrategia deductivista-. Aceptar la interpretación más fuerte de la segunda posición implica ir más allá de lo que los mismos casuistas habían establecido, ya que en toda esta propuesta hay una aceptación de principios, reglas generales y máximas. No obstante, cabe señalar una discrepancia en el seno mismo de los autores de esta propuesta (Toulmin en un tono más extremo y Jonsen en una vena más conciliadora). Tales diferencias entre los mismos autores explicarían, quizá, la razón de la ambigüedad antes planteada y de la coexistencia en la casuística de dos versiones.

---

19. En esta línea, una objeción a una posición fuerte de la casuística señala la falta de distancia crítica o de teorías éticas que permitan analizar adecuadamente los casos. Véase Arras, John, *op. cit.*, página 45.

20. Diego Gracia, *Procedimientos de decisión en ética clínica,* Eudema, Madrid, 1991.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

IV

En los últimos años comenzó en la bioética una fuerte crítica a lo que se denominó "el principismo", y la casuística fue considerada como una posible teoría rival. Varias teorías orientadas a principios en bioética (Veatch)[21] o a reglas morales (Gert)[22] se habían propuesto. Una de las teorías que más difusión y peso tuvo en la primera etapa de la bioética fue la teoría de los principios de Childress y Beauchamp.[23] Esta teoría propone la consideración de cuatro principios *prima facie:* autonomía, beneficencia, no-maleficencia y justicia; sostiene la posibilidad de la existencia de dilemas genuinos no resolubles en función de un principio básico. Si bien esta teoría se presentó, en su comienzo, como una suerte de versión del deductivismo, forma parte, en realidad, de una estrategia de corte más coherentista. Childress y Beauchamp reconocen desde un principio su deuda con Ross en la propuesta de principios *prima facie.* A medida que esta teoría fue criticada por diferentes propuestas teóricas de la bioética, su defensa explicitó cada vez más los fundamentos coherentistas y apeló también a la noción de equilibrio reflexivo.[24]

Pese a los intentos de Toulmin de presentarse como la versión alternativa, pareciera que la casuística puede funcionar, a lo sumo, como una versión complementaria. De hecho, en uno de sus últimos artículos publicados, Jonsen argumenta de ese modo:

"Debe quedar claro que este casuista, por lo menos, considera a la casuística como complementaria a los principios. La tarea de explicitar de qué manera exacta se complementan corresponde a la filosofía moral (y los filósofos morales trabajaron esto durante siglos). El valor de la casuística yace en su esfuerzo por apreciar más completamente la forma en la que las circunstancias juegan un rol intrínseco en el juicio moral y en su intento de proveer al que está realizando un juicio una suerte de "guía turística" a través de la complejidad de las circunstancias. Mi opinión es que la filosofía moral, tal como se la ha practicado en tiempos recientes, provee muy poca guía a los casos".[25]

En ese mismo artículo, Jonsen propone una metáfora, que a mi juicio, sitúa en una posición complementaria a la casuística. Continuando con las metáforas habitacionales señala:

"El filósofo moral puede ser el arquitecto del "palacio de la memoria" moral, pero el casuista es el decorador de interiores. El palacio, construido de teoría y principios, está vacío sin el diseño de interior, la terminación y el amoblamiento de las circunstancias. Estos no están puestos meramente como ítems neutrales, son rasgos intrínsecos del edificio, sin los cuales la interpretación y la apreciación son imposibles."[26]

---

21. Robert Veatch, A *Theory of Medical Ethics,* Basic Books, New York, 1981.

22. Bernard Gert, *Morality: A New Justification of the Moral Rules,* Oxford University Press, New York, 1988.

23. La teoría más popular es la de Beauchamp y Childress, *Principles of Biomedical Ethics,* Oxford University Press, Oxford, 1984.

24. Vale la pena leer los primeros capítulos de la tercera y la cuarta edición de *Principles of Biomedical Ethics,* en los que quedan claramente expuestos los diferentes compromisos teóricos y sus modificaciones.

25. Jonsen, A., *op. cit.,* página 249.

26. Jonsen, A., *op. cit.,* página 248.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

En este sentido, entonces, el resurgimiento de la casuística no tiene la fuerza sugerida a primera vista, ya que debe pensarse como una propuesta que *complementa* a otra teoría. La pretensión de erigirse en teoría rival y única en moral no parece viable; mientras que sí parecen valer los intentos de rescatar del olvido y el desprecio la importancia del caso en la deliberación moral. La casuística en este sentido más modesto puede resultar un aporte interesante para el trabajo que se realiza en bioética. El análisis que se presentó de los casos, sus funciones y posibles interpretaciones, apoyarían esta respuesta.

No obstante, hay que reconocer que todavía quedan muchas preguntas pendientes, entre ellas la especificación de la relación entre caso y principio o regla, que sostener este tipo de teoría implica. ¿Cuáles son los principios básicos de la nueva casuística y cómo se justifican? ¿Hasta dónde se puede avanzar con el caso y su particularidad, y hasta dónde debe seguirse la regla? De qué manera se resuelve la imbricación y complemento entre caso y regla es una de las cuestiones más complejas de este tipo de propuesta, pero quedará para un próximo trabajo.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

Comentarios a libros

Javier Augusto De Luca, *Leyes penales más benignas, en blanco y Constitución Nacional* Ad Hoc, 1997.

Por Daniela Dupuy *

De Luca plantea el problema respecto de la aplicación retroactiva de la ley penal más benigna, prevista en la mayoría de las legislaciones penales, cuando la ley infringida resulta de aquellas consideradas temporarias[1], sosteniendo que al tratarse de una disposición de jerarquía legal y no constitucional, podría ser derogada o declarada su inaplicabilidad por otra ley. Esta situación excepcional se funda en consideraciones político-jurídicas, según las cuales, si se trata de leyes que rigen en circunstancias especiales, la lesión jurídica no pierde su carácter criminal aunque haya sido derogada la ley por haber desaparecido esas circunstancias[2], y porque si se aplicara la nueva ley mas benigna o derogatoria, la ley temporaria resultaría ineficaz para el fin perseguido.

Con relación a las leyes penales en blanco, el autor sostiene que son complementadas por disposiciones normativas, generalmente emanadas del Poder Ejecutivo, que pueden revestir o no el carácter de excepcionales o transitorias.

Sin embargo, la elevación a jerarquía constitucional del principio de la ley penal más benigna en 1994 -art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional; art.9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos-, impide que el problema de la aplicación del principio de la ley penal más benigna se siga tratando como una cuestión de nivel legal -arts. 2 y 4 del Código Penal y excepciones previstas en leyes especiales-. Estas disposiciones internacionales se refieren a *la pena más leve*, lo cual no excluye los supuestos de leyes desincriminantes puesto que constituyen un límite máximo de esa expresión[3].

De Luca estudia la aplicación del principio, en estas nuevas condiciones, a los casos de leyes penales en blanco en materia económica; excluyendo temas básicos como el concepto y alcance del principio de legalidad; las características, constitucionalidad y clases de leyes penales en blanco; la profundización de los conceptos de leyes transitorias, excepcionales y de emergencia; las distintas

---

* Abogada, UBA (1992).

1. V.gr. &2.4 Código Penal Alemán.
2. Baumann, Jurgen : *Derecho Penal*, Depalma, Bs As 1981, pp. 77 y ss.
3. Documento Final del Programa de Investigación Desarrollado por el InstitutoInteramericano de Derechos Humanos, coordinado por Eugenio Zaffaroni, en *Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina*, De Palma, Bs As., 1986, t. II, pp.12/5.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

teorías que fundamentan el principio de la ley penal más benigna y las soluciones amplias o restringidas de su aplicación, y la problemática de las normas del campo económico; remitiéndose en cuanto a ellos, a bibliografía especializada; centrando su análisis en determinar el alcance del principio constitucional de la ley penal más benigna, ya sea que en esa frase la palabra *ley* sea formal, material, o ambas al mismo tiempo.

La Corte Suprema, en el fallo *San Cristobal* [4] continúa con la línea tradicional de aplicación restrictiva del principio para casos en los que la política del sector reglamentado cambia y la conducta otrora incriminable, deje de estarlo.

Antes de la constitucionalización del principio de la ley penal más benigna, tenía jerarquía legal, de modo que otra ley, de igual nivel que aquel, podía excluir su operatividad. La Constitución permitía, bajo ciertos requisitos, la ley penal en blanco[5]; el Poder Ejecutivo reglamentaba la ley y llenaba el contenido de la infracción ; pero la Carta Magna también permitía las excepciones a la aplicación del principio de ley más benigna, simplemente porque aquel era legal.

Sostiene De Luca, que ese razonamiento seguía otra regla lógica por la cual quien tiene la atribución o el poder de establecer excepciones conserva el poder de mantener el principio general de todos los demás casos. El principio de la ley penal más benigna, no integra el de legalidad que solo prohibe la aplicación de leyes penales *ex post facto.*

La razón que explica la tolerancia doctrinal y jurisprudencial de la impropia delegación de facultades en gran medida indelegables, reside generalmente en la necesidad de poder regular la represión con relación a una materia excesivamente variable y cambiante que no puede ser captada en sus múltiples facetas con la urgencia que requiere determinada situación, mediante una modificación legislativa.

La explicación dogmática consistía en que el cambio ocurría en la ley extra penal, que era meramente circunstancial, y dejaba subsistente la norma penal; era menester que la modificación operada importara una verdadera alteración de la figura abstracta del Derecho Penal o de la estructura de la norma represiva en sí, que como tal, quedaba intacta en el caso; la modificación extra penal constituiría un supuesto de ley más benigna cuando dejara sin efecto ni validez legal a una institución penalmente protegida -por ejemplo, un sistema jurídico que abandonara el régimen matrimonial-, pero no sería aplicable como ley más benigna con relación al delito de adulterio -ex art. 118 del Código Penal, hoy derogado-, cualquier modificación en ese régimen matrimonial que dejara subsistente el bien jurídico objeto de la pretensión punitiva.

La hipótesis de investigación del autor es demostrar que la solución dada por la doctrina y jurisprudencia no puede seguir manteniéndose con la constitucionalización del principio en análisis, pues el legislador ya no conserva facultades constitucionales para establecer excepciones a su aplicación.

El principio no ha pasado a integrar el concepto de ley penal del art. 18 de la Constitución Nacional, que nos conduciría a la distinción entre leyes formales y materiales, de emergencia, transitorias, en blanco, etc., sino que se trata de

4. CSJN "San Cristobal, Sociedad Mutual de Seguros Generales s/ presuntas infracciones tarifarias" CN 283 XXV- 17/11/1994.

5. CSJN Fallos 237 :636 "Mouviel".

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

una nueva garantía constitucional de obligatoria y general aplicación a todas las normas de contenido punitivo.

Para demostrarlo, recurre a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que contiene la evolución de todos los fundamentos dogmáticos que se han dado y, especialmente, a la dictada durante la vigencia de la Constitución de 1949 pues, en su art. 29 prescribía : "*ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Siempre se aplicará, y aun con efecto retroactivo, la ley penal permanente más favorable al imputado. En caso de duda, deberá estarse siempre a lo más favorable al procesado... Los jueces no podrán ampliar por analogía las incriminaciones legales ni interpretar extensivamente la ley en contra del imputado. En caso de duda, deberá estarse siempre a lo más favorable al procesado*".

En el capítulo II, De Luca estudia la mayoría de los fallos de la Corte sobre el tema, separándolo por períodos: durante la vigencia de la Constitución de 1853/60; durante la vigencia de la Constitución de 1949, con posterioridad a su derogación, y después de la constitucionalización del principio mediante la incorporación de pactos internacionales a la Carta Fundamental (1994).

En consecuencia, pueden soslayarse algunas conclusiones de tal análisis: que la doctrina y jurisprudencia en materia de no aplicación automática del principio de la ley penal más benigna a las leyes penales en blanco, es criticable, pues se sustenta en la asimilación de fundamentos y soluciones que corresponden a situaciones distintas: principio de legalidad y ley formal, leyes penales en blanco, ley penal más benigna, normas de contenido económico, etc.; pretendiendo suplir mediante aquella asimilación, las deficiencias, omisiones y errores políticos de los órganos encargados de redactar esas normas: Poder legislativo y Ejecutivo; que tal procedimiento permite que, ante la alternativa de punir o desincriminar, opta por lo primero; que el criterio elegido para aplicar dicha toma de decisión es inconstitucional pues un poder del Estado invade la competencia de otro, so pretexto de interpretar el espíritu o voluntad del legislador; que la jerarquía constitucional del principio de la ley penal más benigna significa que no es dependiente o complementario del principio de legalidad, que una ley no puede disponer su inaplicabilidad, que su inteligencia da lugar al recurso extraordinario federal (art.14 de la ley 48); que la aplicación del principio de la ley penal más benigna en leyes penales en blanco, solo pueden evitarse cuando la nueva norma que llena de contenido al tipo penal en blanco, expresamente prevé que la antigua subsistirá para los hechos acaecidos durante su vigencia.

Todas estas consideraciones, más las que pueden derivarse de la interpretación del texto, pueden extraerse del problema en el que nos introduce el autor en su libro, y del estudio de la jurisprudencia que allí especifica.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

Enrique Tomás Bianchi - Hernán Victor Gullco, *El derecho a la libre expresión. Análisis de Fallos nacionales y extranjeros.* Editorial Platense, Buenos Aires, 1997

Por Alberto F. Garay *

El año pasado, la *Editorial Platense* publicó el libro *El Derecho a la Libre Expresión. Análisis de fallos nacionales y extranjeros*, escrito por Enrique Tomás Bianchi y Hernán Víctor Gullco.

Como su título anuncia, esta obra consiste en lo que los angloamericanos llaman un "casebook". Es decir, un libro en el cual se conjugan transcripciones parciales y selectas de los fallos más importantes sobre el tema, con una breve introducción teórica, seguida de un comentario del mismo tenor.

Si en el mundo anglosajón este tipo de obras está dirigido principalmente a los estudiantes de derecho, en nuestro país los destinatarios de este libro parecemos ser, más bien, los abogados y los jueces.

El libro está dividido en once capítulos. El primero de ellos es el único preponderantemente teoríco. En el se efectúa la reseña de las diferentes posiciones que los estudiosos del tema han elaborado a los fines de justificar la libertad de expresión. Decimos "preponderantemente" pues en ese capítulo no faltan menciones a algunos fallos de la Corte Suprema de nuestro país en los que se ha intentado elaborar una justificación teórica de la libertad de expresión. Dicha combinación de teoría y práctica es un ejemplo introductorio de la sistemática utilizada por los autores en los capítulos subsiguientes: la constante remisión mutua entre la teoría elaborada por los autores y la jurisprudencia de los tribunales.

Este procedimiento, no está demás destacarlo, se aparta del usualmente empleado por la mayoría de los autores argentinos. Así, lo normal es encontrar obras principalmente teóricas que efectuan menciones "como al pasar" de los casos jurisprudenciales; los casos se utilizan, generalmente, como una forma de ejemplificar el acierto de la teoría sostenida por el autor. Contrariamente, otro ha sido el criterio elegido por los autores de este libro. En la obra se ha intentado mostrar la insuficiencia de los planteos teóricos -aún de aquéllos defendidos por los autores- ante la complejidad de los problemas prácticos planteados por los casos que llegan a los tribunales.

Un ejemplo de lo que venimos diciendo lo encontramos en el Capítulo 9, dedicado a examinar la relación entre el derecho a la libertad de expresión y la publicidad comercial. El examen de esta parte de la obra muestra que los intentos teóricos (a los que ha adherido, en parte, la jurisprudencia) destinados a resolver esta cuestión han sido, por lo general, muy poco satisfactorios. Así, si se acepta que la publicidad comercial merece exactamente la misma protección constitucional que el discurso político, ello parece poco compatible con la idea

---

* Abogado 1981, Universidad de Buenos Aires; Master en Derecho, Universidad de Columbia (1990). Profesor de Postgrado, Universidad de Buenos Aires.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

de que la justificación de la libertad de expresión como fundamento mismo del sistema democrático de gobierno se encuentra en la posibilidad de discutir ampliamente cuestiones vinculados con el autogobierno. En cambio, si se resuelve que la publicidad comercial merece menos protección que el discurso político pues es menos "valiosa" que aquél, entonces caemos en la incómoda situación de otorgarle al Estado (a través de sus jueces) el poder de resolver qué ideas e informaciones son más o menos importantes, lo cual también resulta incompatible con la idea fundamental de la libertad de expresión.

El capítulo mencionado recién es uno de los pocos en los cuáles los autores han analizado exclusivamente jurisprudencia extranjera (de la Corte Suprema estadounidense, de la Corte Europea de Derechos Humanos y de España), no haciendo mención de jurisprudencia nacional. La explicación más sencilla sobre esa ausencia es que la cuestión allí desarrolada no parece haber sido planteada, por lo general, por los abogados argentinos y, en consecuencia, tampoco ha sido examinada y resuelta por nuestros tribunales.

Entonces, a la luz de ese vacío de nuestro medio, no sería aventurado pensar que el material contenido en este capítulo podrá ser de gran utilidad en nuestro país para plantear y resolver cuestiones hasta ahora casi desconocidas. Al mismo tiempo, este panorama internacional relativo a la publicidad comercial y sus problemas será útil, sin duda, para formular otros temas de discusión muy importantes para nuestra sociedad que los autores no han examinado en su libro: por ejemplo, si las empresas destinadas a proporcionar información acerca de la solvencia comercial de particulares podrían invocar el derecho a la libertad de expresión para liberarse de responsabilidad por los errores contenidos en dicha información.

Los restantes capítulos contienen, a diferencia del que acabamos de examinar, abundante material de jurisprudencia nacional.

Así, por ejemplo, en el capítulo 2º, que versa sobre el problema de la censura previa, se analizan los *casos Rosatti, Servini de Cubría* y *Arias.* El primero se refiere a la cuestión de si constituía "censura" prohibida por la Constitución una ordenanza municipal que obligaba a la colocación en sobres oscuros de las revistas que contenían escenas sexuales explícitas. Al analizar este caso, los autores tratan de resolver si es correcto o no lo afirmado por una magistrada de la Cámara de Apelaciones de la Justicia Municipal de Faltas. Aquélla resolvió que en el caso no existía censura pues el ensobramiento en cuestión no estaba destinado a restringir en forma alguna el contenido de las publicaciones. *Servini de Cubría* es un conocido caso resuelto por la Corte Suprema de la Nación en el cuál se discutió la validez constitucional de una medida cautelar que había impedido la difusión de un programa televisivo cómico que supuestamente contenía imágenes ofensivas para la dignidad de una juez federal, quien era la persona que había solicitado la mencionada medida. Lo que el fallo y su comentario muestran ante todo es la lamentable falta de unidad en el pensamiento de la mayoría de los jueces de la Corte, en un tema de tanta trascendencia para la subsistencia de las instituciones republicanas. En efecto, tal imposibilidad manifiesta de elaborar un discurso unificado en el caso (a pesar de no existir diferencias sustanciales entre las opiniones sustentadas por varios de los magistrados intervinientes) los llevó a redactar seis votos diferentes.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

Otro caso que tuvo gran trascendencia pública y que es abordado con originalidad e inteligencia es la causa *Arias*. Este caso se origina en la decisión de un juez de primera instancia que hizo lugar al pedido de medida cautelar formulado por un grupo de particulares con el objeto de impedir la difusión televisiva de la película *La última tentación de Cristo*, fundado en que aquélla "resultaba denigrante para los sentimientos religiosos de los actores". La transcripción que de dicha resolución se hace, muestra los paupérrimos argumentos del magistrado que para nada tuvo en cuenta las vitales cuestiones constitucionales que se hallaban involucradas en el caso. Los autores, empero, también efectuan algunas críticas dirigidas al fallo de la Cámara de Apelación que, si bien revocó la decisión de primera instancia, hizo algunas referencias en el sentido de que la censura previa sería admisible respecto de algún tipo de información. Para los autores, tal excepción es inaceptable pues consideran que, en esta materia, los jueces no pueden examinar el "mayor" o "menor" valor de ciertas publicaciones a los fines de aplicar o no la garantía constitucional contra la censura previa.

Como se anticipó más arriba, esta forma de analizar la jurisprudencia es bastante inusual en nuestro país. Más allá de la coincidencia que los autores tengan con las sentencias judiciales que analizan, muchas veces se muestran más interesados en examinar si, a juicio de ellos, sus fundamentos son o no convincentes. En ese derrotero imaginan argumentos e hipótesis inteligentes y reales que confrontan con lo dicho en la decisión bajo examen. Sin duda que serán los lectores de la obra los que deberán decidir si esta forma de analizar la jurisprudencia resulta ser un ejercicio intelectual ocioso o, por el contrario, puede contribuir de alguna forma a la toma de conciencia en la comunidad jurídica acerca del pobre nivel de fundamentación que, normalmente, se advierte en los fallos judiciales nacionales. Pero, a no dudarlo, esa forma inteligente y curiosa de presentar los problemas jurídicos proporciona herramientas concretas al teórico o a aquél que necesita, ante un caso concreto, actualizarse.

En el mismo capítulo también se escruta el importante informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos dictado en el caso *Martorell*, en el cual se discutió la validez de las medidas cautelares judiciales destinadas a impedir la difusión de información lesiva al honor y la intimidad a la luz las garantías otorgadas a la libertad de expresión por la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Sobre este respecto, los autores hacen hincapié acerca de la claridad y coherencia demostrada por la Comisión y la amplitud con que ella interpretó la protección contra la censura previa prevista en la Convención. Tal óptica, contrasta llamativamente con algunos de los votos desarrollados por los jueces argentinos en el citado fallo "Servini de Cubría".

Otros capítulos de interés son los 5º y 6º en los que se analiza la influencia y adaptación que ha tenido la jurisprudencia estadounidense de la *real malicia*, elaborada a partir del caso resuelto por la Corte norteamericana en el caso *New York Times v. Sullivan*, en los derechos civil y penal de nuestro país. Los autores han intentado demostrar, de qué forma dicha doctrina jurisprudencial estadounidense puede ser integrada sin mayores dificultades en el sistema general de la dogmática civil y penal argentinas. El planteo y la argumentación son convincentes y originales.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

De gran actualidad es el capítulo 10º que se refiere al derecho de réplica, rectificación o respuesta. En este punto, se realiza una reseña de la jurisprudencia estadounidense sobre el tema, en la cuál se intentó distinguir entre la validez del derecho a réplica en los medios de radiodifusión (fue aceptada en su momento) y en los medios gráficos (en que fue rechazada). También se efectúa una amplia reseña del derecho legislado y jurisprudencial europeo sobre el punto. De especial importancia es la doctrina judicial elaborada por el Tribunal Constitucional Español que ha sido resumida de la siguiente forma por los autores "...el derecho de réplica está, en España, circuncripto a los hechos y no comprende lo relativo a las opiniones. También deben estar presentes la inexactitud y la aptitud perjudicial: si bien no habrá prueba exhaustiva sobre estos dos requisitos- el tribunal podra rechazar la rectificación pedida cuando la considere abiertamente incierta o inverosimil y tambien cuando la información no pueda en modo alguno causar daño al aludido en ella. Es más, si un Organo judicial ordenara la difusión de un relato que en modo manifiesto es inexacto o falso, resultaría vulnerado el derecho a obtener información veraz, que garantiza la Constitución..." (pág. 326). Esta doctrina ha tenido parcial influencia en alguno de los votos emitidos por la Corte argentina en el caso *Petric*, que se menciona nuevamente "infra".

En este capítulo también se transcribe y analiza el caso *Ekmedkjian c/ Sofovich* que, al momento de publicarse el libro, constituía la jurisprudencia más reciente de la Corte Suprema de la Nación en materia de derecho a réplica. El comentario es crítico del amplísimo criterio elaborado por la mayoría en esa ocasión en punto a la legitimación activa pues allí se aceptó que una persona afectada en sus sentimiento religiosos por un programa televisivo estaba facultada para promover una acción judicial con el objeto de poder replicar el contenido del programa.

Con posterioridad a la publicación del libro, la Corte Surpema dictó un nuevo fallo en el tema de derecho a réplica en la citada causa *Petric*, resuelta el 16 de abril de 1998. Si bien es de lamentar que los autores no hayan tenido la oportunidad de transcribirlo y comentarlo, no es aventurado suponer -a la luz de lo que han dicho en temas análogos- que no se habrían mostrado satisfechos con la nueva proliferación de opiniones concurrentes en el caso (se emitieron 5 votos diferentes en favor de la constitucionalidad del derecho a réplica). Así, de la lectura de este fallo, no es posible extraer una doctrina constitucional coherente, más allá de la limitada conclusión (que ya aparecía en el caso "Ekmedkjian c/ Sofovich") de que el derecho a réplica (cuyos alcances siguen siendo altamente imprecisos) no es violatorio del derecho constitucional a la libertad de expresión. Una vez más la lectura de este libro muestra la incapacidad de la Corte Suprema de cumplir su rol de tribunal constitucional que le acuerda la Ley Fundamental al no poder formular una doctrina coherente sobre un tema tan importante como lo es el de los limites constitucionales precisos entre el derecho a réplica y el de libertad de expresión.

En resumen, se trata de una obra importante y útil que contiene un enfoque para estudiar el derecho que, todavía, resulta novedoso en nuestro país. Este libro no debe ser confundido con una mera recopilación de fallos; se trata, como dice su prologuista -dr. Jorge N. Bacqué- "...de un tratado de del derecho a la libre expresión...".

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

Más allá del acierto o error de las posiciones elegidas por los autores en los diversos puntos que tratan, considero que el método por ellos empleados es digno de imitar y que, confío, lo será en el futuro próximo por otros autores en otros ámbitos del derecho (por ejemplo, sería de enorme utilidad un "casebook" de derecho administrativo argentino).

Finalmente, esperemos que en la próxima edición los autores aborden de modo exhaustivo los problemas que plantea el conflicto entre la libertad de expresión y el derecho a la intimidad (los casos que analizan se refieren principalmente al conflicto entre la libertad de expresión y el derecho al honor). También sería de mucho interés un capítulo destinado a examinar el problema que surge cuando los jueces intentan asegurar el derecho de defensa y de intimidad del acusado al impedir la entrada de camarógrafos y fotográfos a los juicios orales públicos, y la fuerte restricción que ello supone para la libertad de información. Pero, bueno, sepamos valorar el esfuerzo, la dedicación y la reflexión inteligente que hoy nos entregan.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

Del complejo del "Patito Feo" hacia un tratamiento político de la diferencia

COMENTARIO SOBRE EL LIBRO DE IRIS MARION YOUNG, *JUSTICE AND THE POLITICS OF DIFFERENCE*. PRINCETON, NEW JERSEY, PRINCETON UNIVERSITY PRESS, 1990

Por Lelia Mooney Sirotinsky *

Las formas de coexistencia pacífica o tolerancia[1] nunca han sido tan abiertamente debatidas como los son en la actualidad, precisamente por la inmediación de la diferencia, el diario encuentro con lo distinto y porque no han sido experimentadas y enfrentadas de la manera en que hoy lo hacemos. De hecho, las diferencias existentes entre distintos grupos se han llegado a transformar en el origen de los conflictos más violentos y represivos que viven muchas de las sociedades actuales. Ante situaciones de esta naturaleza, una palabra permanece y persiste en medio de tales conflictos y es la existencia y reconocimiento de la diferencia como una entidad en sí misma que se constituye como causa — origen de las desavenencias entre distintas sociedades o grupos.

Cuando Hans Christian Andersen narra su historia de quien se transformaría en el mundialmente conocido "Patito Feo", nos muestra, sin notarlo tal vez o con algún ánimo de criticar por medio de la narración el *status quo* de la época social en que lo escribe, el hecho de que en realidad el problema era que nuestro héroe fue objeto de una detallada y concatenada ola de prejuicios y rechazos generados por el hecho de no coincidir con un modelo predeterminado lo que no le permitía "insertarse socialmente".

De esta manera, queda más que evidente que quienes le demostraban su rechazo no se lo hacían a propósito en virtud de su persona misma, sino que estaban evidenciando una particularidad especial de lo humano que está representada por el rechazo, casi automático para muchos, que genera el estar expuesto a lo que es diferente a uno mismo o al grupo al que se pertenece. Sin embargo, no todas son tribulaciones para nuestro héroe ya que, finalmente, se dará cuenta de que sus sufrimientos llegan a su fin cuando se encuentra con sus propios referentes, iguales, aquellos que no lo considerarán feo precisamente por ser iguales a él: los cisnes. Porque nuestro héroe, finalmente, no es un pato ni es feo, sino un cisne y así comienza una parte nueva en su historia personal influenciada por el hecho de unirse a un grupo de iguales donde estará protegido y será respetado por compartir las mismas características y donde, fundamentalmente, será feliz. Es aquí donde el cuento termina y espera dejar a todos los lectores contentos diciendo: "Y colorín colorado, este cuentito ha terminado".

Sin embargo, y efectuando una interpretación bastante amplia, pareciera ser que éste es precisamente el punto de partida que utilizará Iris Marion Young en *Justice and the politics of difference.* Lo que, a primera vista, llama la

* Abogada, Universidad Nacional del Nordeste, candidata al grado de Master en Derecho 1997 de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo, Buenos Aires, Argentina.

1. Conforme Michael Walzer en *On Toleration*, Yale University Press, New Haven and London, 1997.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

atención en su obra, es precisamente el título mismo: la política de la diferencia. En efecto, menciono la última parte del título ya que es ella misma quien se encarga de aclarar desde el principio que si bien discutirá y criticará las concepciones sobre la justicia, no intentará construir una teoría sobre ella debido a que "el intento por desarrollar una teoría de la justicia que se mantiene independiente de un contexto social y que también intenta comprobar su justicia fracasará inevitablemente".

Es en este proceso que limitará desde el principio el ámbito de desarrollo que dará a la concepción de la justicia al afirmar que la abordará efectuando un análisis guiado por la influencia provista por la teoría crítica donde podrá focalizarse en contextos situados histórica y socialmente, desechando la posibilidad de construir un sistema universal que albergue una teoría comprensiva de varias sociedades y realidades. Concomitante con esta idea, es bienvenida la aclaración sobre el punto de partida del cual surge esta producción bibliográfica.

Como no podía ser de otra manera, no deja de puntualizar que esta obra reconoce como antecedentes a los reclamos sobre dominación y opresión social que surgieron en Estados Unidos en el seno de los movimientos de izquierda que nacieron entre 1960 y 1970 y que, según nuestra autora, continúan apoyando el accionar de muchos individuos y organizaciones[2] que actúan dentro del escenario y la vida política de su país, quienes continúan afirmando que la sociedad a la que pertenecen contiene y perpetúa injusticias institucionales profundas sin poder relacionarse con las teorías de la justicia en danza.

Sin criticarla abiertamente, se aleja de una postura como la propuesta por Rawls en su "Teoría de la Justicia", ya que no parece concordar con el objetivo que se ha trazado alcanzar Young: para poder arribar a conclusiones y propuestas concretas que construyan una realidad efectivamente más justa se debe partir de premisas más sustantivas. La mayor parte de sus esfuerzos estarán orientados a lograr lo que denomina "un sentido positivo de la diferencia de grupo" y "una política que trata en vez de reprimir la noción de diferencia".

En este proceso, comenzará presentando su visión sobre lo que llama el "paradigma distributivo". Para nuestra autora, los temas de distribución son muy importantes pero el interés de la justicia se debe extender más allá de éstos para así llegar a incluir a lo político en sí mismo, entendido como comprensivo de los aspectos de la organización institucional que son objeto de ser sometidas al proceso de decisión colectiva. Así, los productos materiales, los procesos de toma de decisiones, la división social del trabajo y la cultura son todos aspectos importantes que conforman las cuestiones de justicia.

Para aquellos grupos y movimientos que con su accionar han guiado e inspirado, de alguna manera, el trabajo de nuestra autora sin duda existe un concepto que les es común: *opresión.* Reconociendo esta situación como así también el hecho de que no existe un análisis teórico sostenido del mismo, los define con una "familia de conceptos" enunciados como constitutivos de la misma. Así, la opresión consta de cinco aristas que son, a saber: la explotación, la marginación, la falta de poder, imperialismo cultural, y violencia. Las injusticias distributivas pueden contribuir a crear o resultar de alguna o varias formas de opresión. Para nuestra autora, ninguna

2. Social demócratas, ambientalistas, africanosamericanos, chicanos, portoriqueños, movimientos indígenas, grupos contrarios a la intervención de países del Tercer Mundo por parte de Estados Unidos, y otros más conforme lo menciona Young en pág. 7 de la obra comentada.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

es reducible sólo al paradigma de la distribución, sino que todas involucran estructuras sociales y relaciones que van más allá de la distribución.

¿Qué es un grupo social? ¿Qué pasa cuando un grupo social es víctima de alguna, varias o todas las aristas que conforman la opresión? Al formularse estas preguntas, intenta presentar respuestas propias ya que, según nuestra autora, tanto la filosofía como la teoría social carecen de un concepto de grupo social que sea viable.

Al partir de la afirmación que "dentro de la sociedad moderna la diferencia de grupo se mantiene endémica", Young llega a tocar uno de los temas centrales de su trabajo y, por qué no, de lo que podríamos intentar denominar como una de sus posibles propuestas: "la diferenciación de grupos es un aspecto inevitable y deseable de los procesos sociales modernos; la justicia social no exige que se dejen de lado las diferencias. Contrariamente, requiere instituciones que promuevan la reproducción y el respeto por las diferencias de grupos sin opresión". Es decir, que la negación de la diferencia contribuye a perpetuar la opresión de grupos sociales y luchar por una política que reconozca la diferencia en lugar de reprimirla.

Una afirmación de tal entidad, nos lleva a decir que para Young, el concepto de justicia coexiste con el concepto de la política[3]. En este tema, es crucial explorar las ideas que expone en el Capítulo IV donde se ocupa de lo que denomina "el ideal de la imparcialidad y el público cívico". Aquí la idea de la imparcialidad aparecerá como el recurso que facilita el tránsito hacia la reducción de las diferencias hasta llegar a una unidad definitiva y única; logrando que sean los grupos dominantes y opresores, quienes claman por el sentido de la universalidad en interés y beneficio propios, para poder justificar la permanencia de estructuras jerárquicas de toma de decisiones.

Todo esto para llegar a enfatizar una crítica hacia la concepción de la "ciudadanía universal" que lo único que ha logrado fue excluir a las personas asociadas con el cuerpo y los sentimientos como es el caso de las mujeres. Según Diana Coole, por ejemplo, ("Women, gender and contract" en *The Social Contract from Hobbes to Rawls*, Routledge, London and New York, 1994) la femineidad era explicada por Rousseau como una combinación de modestia, castidad, docilidad, sumisión, coquetería e irracionalidad que eran reforzadas por una educación apropiada y por la guía de una mano masculina firme.

En este ámbito social, Rousseau excluyó a las mujeres del ámbito público por ser guardianas de la afectividad, del deseo y del cuerpo. Si dejáramos que las apelaciones a los deseos y a las necesidades corporales aparecieran en los debates públicos, estaríamos socavando la deliberación pública al fragmentar su unidad. En términos más amplios, cabe agregar que esto debe ser tomado como otro dato que complementa el hecho de que la universalidad de la ciudadanía concebida como generalidad no sólo excluyó a las mujeres sino también a otros grupos[4].

Como, de acuerdo a nuestra autora, tales prácticas continúan perpetuándose debido a la concepción de ciudadanía universal, es necesario definir nuevamente

---

3. Para Young, la política comprende todos los aspectos de la organización institucional, la acción pública, hábitos y prácticas sociales, como situaciones culturales mientras son objeto de evaluación y decisión colectiva. Cuando las personas reclaman que determinada norma, práctica o hecho cultural es incorrecto y amerita una reforma están generalmente efectuando un reclamo de justicia social. Conforme a la obra comentada, página 9.

4. Ver Young en *Perspectivas feministas en teoría política*, Paidós Estado y Sociedad, 1996.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

lo que entendemos por "público" para que se pueda exhibir la posibilidad de diferencias de grupos. Según sus palabras: "una repolitización de la vida pública no debiera exigir la creación de un ámbito público unificado en el que los ciudadanos/as dejen de lado sus afiliaciones, historias y necesidades grupales particulares para discutir un interés general o bien común. Ese deseo de unidad suprime pero no elimina las diferencias y tiende a excluir algunas perspectivas del ámbito de lo público. Lo que necesitamos, en lugar de una ciudadanía universal entendida como mayoría, es una ciudadanía diferenciada en función del grupo y, por tanto, un ámbito y un sector público heterogéneo. Así, el compromiso con la necesidad y el deseo de decidir conjuntamente las políticas de la sociedad alienta la comunicación por encima de esas diferencias".

La idea de Young resulta muy clara: necesitamos asegurar que el proceso de deliberación se encuentre informado por la totalidad de fragmentaciones socio-grupales para así contribuir con una riqueza que proviene de la representación de la diversidad que sólo podría lograr de esta manera. Es precisamente en este aspecto donde su crítica a Rawls parece más clara ya que en este momento, los participantes de ese proceso deliberativo no estarían cubiertos por el "velo de ignorancia" y adoptando un punto de vista moral sino que totalmente desprovistos de ambos, contribuirían al proceso de toma de decisiones colectivo precisamente con total conciencia de la realidad que deviene de un contexto social determinado.

Si bien ese es el objetivo norte de su planteamiento teórico, el medio que propone se identifica con lo que podríamos denominar un sistema de gobierno republicano y democrático que proporcione mecanismos para la representación y reconocimiento efectivos de las distintas voces y perspectivas de aquellos grupos que se encuentran en desventaja u opresión. Sin embargo, esta propuesta debería ser tomada como un medio y no como un fin en sí misma como pareciera sugerírnoslo Young cuando da a entender que es posible que "en algún futuro utópico existirá una sociedad sin opresión y desventajas para algunos grupos".

Al igual que Andersen, Young parte de la premisa de dibujar una realidad que da por cierto el hecho de que nuestras sociedades se encuentran pobladas por grupos diferenciados y que, aparentemente, continuaremos estándolo. Al igual que Andersen, nuestra autora opta por buscar un final feliz que si bien no llega a lograr una integración utópica de la diversidad al menos intenta dar respuesta a una realidad en la que día tras día se encuentran quienes en situación de desventaja con respecto a otros grupos.

Finalmente, dos consideraciones se imponen. Una de ellas es un reconocimiento al especial esfuerzo que pone para no quedarse pendiente sólo de la problemática de una lucha grupal particular (cual es la proveniente del feminismo de la cual se define participante activa) sino que trata de socializar su búsqueda intentando transpolar ideas, construcciones filosófico-políticas y vivencias entre grupos que bien pueden estar sufriendo los mismos efectos perniciosos y destructivos de algunas, varias o todas las aristas de la opresión al igual que lo hace el feminismo.

Una última consideración tiene que ver con una mención efectuada especialmente por ella misma en su trabajo: "para aquellos que no comparten una o más de estas ideas espero que tanto los análisis y argumentos que esgrimí en este libro logren, sin embargo, estimular un diálogo político fructífero". Tal vez y sin darse cuenta, está comenzando a hacer realidad ese "futuro utópico" al que hacía referencia de una manera pesimista.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

Martín Diego Farrell, *El Derecho Liberal*

Por Mariela Puga *

La influencia que la teoría liberal puede reflejar sobre ciertos aspectos de algunas ramas del derecho, parece ser un asunto de predecibles connotaciones. Sin embargo, un liberal de la neutralidad como Farrell, puede tornar especialmente controvertibles ciertas intuiciones al respecto. El doctor Farrell asume la vieja discusión del rol del Estado, problematiza las raíces de la discriminación inversa, invoca la secesión como solución liberal admisible ante problemas de particularismos culturales, justifica el control judicial de constitucionalidad después de reconocer su carácter antidemocrático, y defiende un concepto restringido de la idea milliana del principio de daño a terceros.

A modo de introducción presenta lo que entiende como dos maneras de justificar el liberalismo. Una sustentada en la autonomía, y otra en la neutralidad. Expone y defiende la última. Según el autor, la neutralidad actúa en el esquema de un Estado liberal como un metavalor, como un principio regulador de los valores subjetivos que indica cómo se deben tratar estos valores. Lo que indica es la no interferencia en favor de ningún plan de vida que no perjudique a terceros.

Lo interesante de esta postura, la que en principio parece reproducir el clásico y conservador liberalismo, es que se complementa con un concepto particular de libertad positiva. Farrell afirma que este estado liberal neutral no sólo no interfiere inclinando la balanza en favor de nadie, asegurando así libertades negativas para la concreción de planes de vida, sino que además "asegura" la libertad positiva, la que en su teoría se satisface con una adecuada redistribución de recursos.

De la exposición, surgen las virtudes de este liberalismo que confía en la racionalidad de las personas para diseñar su plan de vida desde que ellas cuenten con los recursos necesarios, sin un estado paternalista-benefactor que intervenga. En contraste, opone aquel liberalismo de la autonomía que según sus términos exigiría un Estado que interfiera en beneficio de planes de vida autónomos y en consecuencia en detrimento de los no-autónomos. Creo que se puede objetar los términos de ésta oposición.

Es claro que en el texto se tergiversa la idea de liberalismo de autonomía interpretándolo como si éste fuera una especial forma de perfeccionismo moral que intentará privilegiar planes de vida autónomos. Creo que en Farrell hay cierta confusión, similar a la que Nino[1] imputa a Haksar, al suponer que la autonomía es una propiedad de algunos planes de vida, en lugar de una capacidad para elegir entre la más amplia variedad posible de planes de vida. Valorar la autonomía no necesariamente, ni en el mejor de los casos, significa valorar planes de vida de contenido autónomo. Así, para Nino lo valioso es "..la libre elección individual de planes de vida ...". En consecuencia, la interferencia a favor de uno u otro supondría quitar relevancia a la libre elección, es decir al

---

* Abogada, Candidata al grado de Master en Derecho de la Unversidad de Palermo (1998).

1. Nino, Carlos Santiago. *Etica y Derechos Humanos*, Editorial Astrea.1989, Buenos Aires, página 210.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

ejercicio libre de la autonomía, requisito connatural a un liberalismo de la autonomía que bien entendido prescribe aquellas interferencias usuales para el perfeccionismo.

Se advierte que la idea que el autor presenta como liberalismo de la autonomía no es sino la máscara de algún tipo de perfeccionismo. Por eso es que se muestra como atractiva su concepción de la neutralidad; no porque sea mejor que otra concepción liberal, sino porque la contrasta con un perfeccionismo de la autonomía.

Corresponde señalar que la no-interferencia estatal en los planes de vida, o si se quiere algún principio de neutralidad liberal, es común a ambas concepciones del liberalismo. En un caso porque se valora la autonomía, y en el otro por mera neutralidad.

Esta pauta común, puede ser más que simple tolerancia indiscriminada, ya que es probable que el liberal se preocupe por las posibilidades concretas de ejercer la libre elección de ideales y planes de vida. Algo de esto busca Farrell con su concepción de "libertad positiva" la que se satisface con la sola redistribución de recursos por parte del Estado. Sin embargo, es probable que un liberal de la autonomía encuentre este concepto insatisfactorio, y entienda necesario para asegurar la libre elección, el allanar obstáculos de distinta índole a los recursos económicos (por ejemplo, los prejuicios raciales, sexuales, etc.) Esto no exige una interferencia no neutral o perfeccionista, sólo tomarse seriamente la idea de libertad de elección de planes de vida, como un valor a asegurar.

Pero Farrell no reconoce valores objetivos porque es un relativista ético, y sin embargo pretende que la neutralidad justifique alguna concepción liberal. La objeción del caso es obvia: ¿qué consecuencia normativa se puede derivar de un presupuesto escéptico? Ninguna. Si no hay valores objetivos, la idea de que el Estado debe ser neutral es un juicio relativo más, ya que no es posible desarrollar una fundamentación racional de su verdad que excluya necesariamente a otros, por ejemplo, el que indica no ser neutral eligiendo valores subjetivos expresados en el plan de vida de quienes ejercen la autoridad.

A menos que se reconozca algún valor objetivo a la neutralidad (lo que el autor niega expresamente), no hay razones para justificar la no interferencia Estatal.

En última instancia, lo que pretende, es explicar la actitud liberal de no interferencia, haciendo referencia a una *"probabilidad de tipo sicológico: sabiendo que no existen valores objetivos es probable que el legislador tienda a ser neutral entre esos valores, al no tener ninguna razón objetiva para preferir a un valor por sobre otro"*. Sin embargo, Farrell mismo observa que esta probabilidad es tan cierta como la posibilidad de que el legislador se comporte conforme a sus propios valores subjetivos.

La neutralidad no puede justificar al liberalismo, aunque es plausible que un liberal adopte el principio de neutralidad para tratar los planes de vida individuales, pero por razones adicionales, entre las cuales el valor de la autonomía personal sigue siendo muy satisfactorio[2].

Desde el inicio el autor señala que de los principios que son comunes a ambas concepciones del liberalismo, se van a derivar las consecuencias jurídicas del liberalismo jurídico. Sin embargo la obra de Farrel no puede leerse al margen de

2. Sólo a modo de insistir en las dificultades de un relativista ético, pregunto: ¿qué tan neutral es el Estado que sólo lo es en relación a los planes de vida que no causan daño a terceros? ¿Cuál es la razón no-moral que justifica la interferencia estatal en los planes de vida que dañan a terceros?.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

éstas consideraciones preliminares, ya que su concepción particular del liberalismo signa algunas conclusiones a las que arriba, las que, por cierto, hoy no son compartidas por cualquier liberal.

Al tratar el capítulo del Derecho Internacional Liberal expone una idea de rasgos plausiblemente intransigentes. Afirma que ante el hecho del multiculturalismo, o el reclamo de las minorías, la respuesta del estado liberal debería ser algo así como *"que se rompa pero que no se doble"*. Señala el autor que es preferible la secesión de comunidades culturales o raciales, antes que la concesión de Derechos Comunitarios. Es consistente la idea de que la tolerancia liberal no se desprestigie imponiendo pautas liberales a quienes se resisten a ellas, y que a la vez no se desnaturalice con presupuestos comunitarios que personifican intereses colectivos. Si se puede proteger eficazmente a una cultura mediante el otorgamiento de derechos individuales, cuando estos no sean suficientes la secesión es el camino preferible, no los derechos comunitarios.

Considero que Farrell da buenas razones en contra del comunitarismo y de su concepción de identidad personal. Se sigue sin problemas el rechazo de derechos comunitaristas en cuanto poderes ejercidos por grupos que detentan y actúan como sus portadores, aún en contra del interés personal de sus miembros.

Según el autor, si el valor de la cultura depende de su contribución a la vida de los individuos que forman parte de ella, son los derechos individuales los adecuados para protegerla, considerando a la cultura como un asunto de preferencias personales que satisfacen a ciertos planes de vida.

En el texto, el plano del rechazo a los derechos comunitarios en principio es estrictamente deontológico. Quiero decir que Farrell descarta con acierto los derechos comunitarios en cuanto posiciones jurídicas colectivas. No acepta la adjudicación de derechos a entidades independientes de los individuos. Por eso no importa cómo se llamen, mientras sean ejercidos por individuos son, para él, derechos comunitarios.

Es claro que esto no significa *prima facie* rechazar la justificación colectiva de un derecho individual. Pero éste es otro plano, el de la fundamentación de los derechos. Por eso podemos decir que un derecho individual puede buscar satisfacer un bien individual, como así también un bien colectivo[3].

Los programas de acción estatal que conceden una ventaja competitiva a grupos minoritarios, pueden hacerlo, y de hecho lo hacen, usando derechos individuales especiales basados en clasificaciones raciales, culturales, sexuales, etc. La fundamentación de estos derechos tiene raíz colectiva, y así se tiende a proteger la cultura, la salud, la igualdad, etc., como bien colectivo, aunque el ejercicio se reserve a los individuos.

Farrell no cuestiona los "derechos especiales"[4] en cuanto sean ejercidos individualmente, y hasta aquí su perspectiva es inobjetable. Lo que no queda claro es por qué rechaza la discriminación inversa y los programas de acción afirmativa, ya que en cualquier caso éstos también pueden ejecutarse a través de derechos individuales especiales tendientes a la protección de ciertos bienes colectivos.

El autor estima que estos programas implican la creencia en derechos comunitarios. Es verdad que el argumento de la compensación intertemporal

3. Alexy, Robert. *"El concepto de validez y otros ensayos"*. Gedisa. Barcelona. 1987.
4. Kymlicka, Will. Citado por Farrell, D.M., obra comentada.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

como base de estos programas puede tener este carácter, pero hay muchos liberales que argumentan de manera diferente, como por ejemplo aludiendo a las desigualdades actuales. Dworkin o Fiss[5], han dado justificaciones liberales y de derechos individuales, en el sentido de Farrel, para sustentar estos programas de tratamiento preferencial.

Pareciera que aquí Farrell confunde los planos y lo que ahora rechaza es la justificación de estos derechos especiales, y al hacerlo los asume como comunitarios por sus fundamentos y no por su ejercicio, dando un salto que antes no daba.

Sospecho que es el prejuicio de la neutralidad liberal el que lo lleva a conclusiones que su propio esquema no admite. Por ejemplo, sentencia que "la protección de culturas minoritarias no debe constituir un objetivo del gobierno, y si aquellas requieren de una ayuda gubernamental preferente para sobrevivir, entonces es posible que no sobrevivan". En estos términos muestra que lo que más importa es que el Estado no intervenga, ni siquiera con derechos individuales especiales, suponemos.

El Estado neutral de Farrell no se hace cargo de la distribución "natural" preexistente, y la que sobreviene en el medio social, aunque esta fuera predeciblemente injusta y vacíe de sentido a la predicada libertad de elección de planes de vida que cualquier liberal defiende. Es de notar sin embargo, que ni los recursos económicos, ni la no interferencia estatal pueden hacer mucho frente a odios raciales, étnicos o sexuales, que se perpetúan. La omisión estatal frente a ello, es el antebrazo de la "mano invisible", que aprieta el gatillo contra minorías discriminadas.

Como ya advertimos, son liberales los que sostienen la justificación de estos programas advirtiendo por ejemplo, que el valor subyacente a la actual configuración de expectativas de servicios positivos en sociedades liberales es la preservación de la autonomía para desarrollar la forma de vida que cada uno elige. Al tomarse en serio la autonomía se asumen deberes estatales en relación a la posibilidad de su ejercicio por cada individuo. Se reconoce en consecuencia derechos individuales tendientes a hacer posible la igual oportunidad de elección de planes de vida. En consideración de desigualdades sociales actuales se reconocen derechos sociales, en atención a desigualdades consolidadas de minorías, derechos especiales de representación que invocan la igualdad de oportunidades en función de maximizar la autonomía.

Mas allá de lo expuesto hasta aquí, es oportuno tener en cuenta que la preocupación de Farrell por los derechos individuales que son violados al reconocerse derechos comunitarios, no es trivial. La alusión a derechos "comunitarios" en la reciente reforma constitucional argentina hace especialmente relevante las advertencias del autor. Una interpretación holista o colectivista de los derechos a la identidad cultural de las comunidades indígenas, a la propiedad comunitaria de la tierra, etc., pueden convertirse en despropósitos y permitir la violación de derechos individuales. Piénsese en un criterio colectivista que permita las restricciones internas del tipo del que las comunidades menonitas imponen a sus hijos en cuanto a la educación.

---

5. Dworkin, Ronald, Fiss, Owen M. et al., *Equality and Preferential Treatment*. Princeton University Press. Princeton, New Jersey.1977.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

Sin embargo, los nuevos derechos de la constitución admiten una lectura liberal preocupada por la diversidad cultural y la defensa de las minorías que no implica necesariamente los derechos comunitarios que Farrel rechazaría.

ALGUNOS ÚLTIMOS COMENTARIOS RESPECTO DE LA JUSTIFICACIÓN LIBERAL QUE EL AUTOR PRETENDE HACER DEL CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD

En el capítulo 3 del texto se postula un diseño de contrato social del cual, por cierto, no surge claramente la necesidad de un *"bill of rights"*. Afirma que si el grupo de individuos que delibera acerca del contenido del contrato esta dividido en base a algún rasgo, que puede ser racial o religioso, y este rasgo influye decisivamente a la hora de votar, entonces las mayorías y las minorías serían rígidas y predeterminadas. Concluye entonces, que los miembros del grupo minoritario no se conformarán sólo con la regla de la mayoría, la que les aseguraría la derrota en todas las votaciones futuras. Esto pretende ser una razón para incluir derechos que limiten la regla de la mayoría. Sin embargo, se puede observar que las minorías tendrán poco predicamento a la hora de decidir el contenido del contrato. Quiero decir que, si votan para decidir acerca de los derechos, *ab-initio* estarán proscriptos. Estos son los problemas de asumir una idea de contrato social sin presumir un estado de naturaleza con previsiones de imparcialidad al estilo Rawls.

En cambio, sí es consistente el argumento que da el autor en el caso en que los individuos no conocen *a priori* el resultado de votaciones futuras. Ahora sí, usando la idea de "riesgo inaceptable" es convincente respecto de las razones que tiene los contratantes para colocar ciertos derechos fuera de la regla de la mayoría: la posibilidad latente de ser parte de la minoría. Esto conforma una democracia liberal, en términos de Farrell.

Su intento de justificar el control judicial de constitucionalidad empieza descalificando las posiciones adversas con el argumento de que suena extraño que los derechos que están protegidos del accionar de la legislatura sean controlados por ella misma. En segundo lugar llega a la conclusión de que si los jueces son liberales se justifica el control judicial de constitucionalidad.

Respecto al primer punto el mismo reconoce que parte de una estructura consecuencialista y que un deontologista todavía podría oponerse sosteniendo el valor intrínseco de la participación para lograr el respeto de los derechos constitucionales. Estimo que un camino sugerible sería el reconocer el valor epistemológico del debate democrático que permite la mejor maximización de los derechos del *"bill of rights"*.

Pero si el objetivo del *"bill of rights"* consiste en limitar el alcance de la regla de la mayoría, esto es si la justificación prioritaria de los derechos es su carácter contramayoritario, es difícil predicar otra cosa que un control no legislativo de constitucionalidad. Tenemos entonces, que jugar a otra cosa diferente que a buscar la institución que maximice los derechos, porque los derechos se declaran *ab-initio* contramayoritarios. Este es el punto a debatir con Farrell.

En relación al segundo punto, se puede ver que lo que se promueve en realidad es una interpretación liberal de la constitución. Es decir, que si los

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

jueces hacen una interpretación liberal, maximizarán los derechos y esta es una buena razón para justificar su intervención. Pero entonces, si la legislatura fuera predominantemente liberal también es probable que justifiquemos que sea ella la que maximice derechos, y nos ahorramos el control de los jueces.

Lo que Farrell supone es que el mejor control de constitucionalidad es el de un liberal que maximice derechos. Pero no aclara por qué debemos pensar que el juez será más liberal que el legislador. La historia de la Corte Suprema de los Estados Unidos que analiza, es una dato estadístico que puede alentar la confianza en las aptitudes de la institución judicial para cumplir con esta labor, pero no es una razón suficiente que justifique un diseño institucional que le adjudique esta función de manera exclusiva y excluyente.

Es entonces su primer argumento el más convincente, pero presupone como ya lo advertimos anteriormente, una estructura ética consecuencialista o, por lo menos, una concepción del fundamento de los derechos que se abre al debate.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

Bruce Ackerman, *El futuro de la revolución liberal*[1]. Barcelona, editorial Ariel S.A., 1995

Por Diego Simonelli

El liberalismo político es un conjunto de teorías que conviven y, a la vez, pueden ser diferentes las unas con las otras. Pero, pese a la señalada distinción, se pueden establecer tres ideas centrales o postulados básicos que son defendidos por las distintas variantes que componen el ideario liberal.

En primer término, la primer idea consiste en sostener una limitación a los poderes del Estado para que no intervengan en la vida y en las decisiones que adoptan las personas, es decir, el objetivo es que los ciudadanos puedan elegir el plan de vida que consideren más conveniente sin que alguna institución o persona se los impida.

En segundo término, otra idea marcadamente liberal es que los derechos individuales son, de acuerdo con Ronald Dworkin, trincheras protectoras de los individuos que los protege del Estado y de otras personas. La finalidad es asegurar la existencia de un ámbito de libertad para el desarrollo de la persona. En consecuencia, el Estado va a poder interferir con dicha libertad en caso de que tales derechos sean violados por otras personas.

En tercer término, el liberalismo es partidario de que el Estado debe organizarse bajo una forma democrática de gobierno. La idea de buscar consensos para la toma de decisiones, de lograr establecer mecanismos que permitan a los ciudadanos debatir públicamente las políticas de estado, la solución de problemas, etc. constituyen elementos de la teoría democrática que los liberales han incorporado a su teoría.

El presente libro escrito por el profesor Bruce Ackerman, surge luego de los profundos cambios políticos, sociales, económicos y culturales que ocurrieron, principalmente, en la Europa oriental, que estaba dominada por la ideología comunista y cuyo mayor exponente había sido la Unión Soviética, a partir de finales de la década del ’80 y que fue conocido mundialmente como “la caída del muro”, con lo cual se quiso significar el final de todo un sistema ideológico que predominó durante más cincuenta años.

El autor analiza la situación de los países del este europeo y plantea las bases para que se lleven a cabo revoluciones de tipo liberal en los viejos sistemas políticos de tinte comunista que habían predominado en esa parte del mundo durante gran parte del siglo XX. En consecuencia, dada la nueva realidad, es posible que una revolución introduzca los principios liberales que garanticen el respeto de una serie de derechos individuales, establezcan un Estado de derecho y democrático, todo dentro del marco de un sistema constitucional, y que eviten, a su vez, el resurgimiento de movimientos nacionalistas y autoritarios.

“De Varsovia a Moscú, de La Habana a Pekín, un espectro recorre el mundo como si acabara de surgir del sepulcro: el retorno del liberalismo democrático revolucionario. Esta reaparición en el escenario mundial ha sorprendido a los

1. Título original: *The Future of Liberal Revolution*, Yale University Press, New Heaven, 1992.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

propios liberales. El pensamiento liberal moderno ha dado un giro antirevolucionario. Sus partidarios no están preparados para asimilar el significado del actual momento histórico" (*El futuro...*,página 7). El argumento del libro puede ser fácilmente resumido: el colapso del comunismo en el este de Europa y en la Unión Soviética entre 1989 y1991 ha creado tanto peligros como oportunidades.

Los principales peligros son que los europeos del este vuelvan a caer en la autocracia y que, libres de la hegemonía norteamericana, los europeos del oeste recuperarán sus peligrosas formas de nacionalismos con lo cual el escenario estará establecido para otra guerra mundial. Mientras que las oportunidades surgen para que los liberales lleven adelante la revolución que establezca los principios del liberalismo político y que aseguren y concreten una federación europea que se dedique a la difusión de la igualdad sin tipo de intento de establecer una tiranía.

Ackerman sugiere que los liberales de Europa occidental deben ser los encargados de plantear la vida política de las democracias nacientes en los países de la parte oriental del viejo continente, pero reconoce que por ahora los partidos nacionalistas han sido los que han tomado la iniciativa y son los que están delineando las pautas políticas, económicas, culturales y sociales. "En la medida en que los Estados Unidos se retiran al otro lado del Atlántico, los europeos quedan en libertad para repetir la locura nacionalista del siglo XX. Cuarenta y cinco años de paz no han acabado con el sistema europeo de Estados competitivos que provocó las dos grandes guerras" (*El futuro...*, página 8).

Pero para Ackerman hay dos tipos de liberalismo. A uno de ellos lo define como sinónimo del capitalismo de *laissez-faire*, el cual es conservador y antirrevolucionario, y que sólo permite la existencia de una libertad de mercado sin ningún tipo de restricciones, la concentración de la riqueza en un grupo pequeño de ciudadanos, y, en contrapartida, queda una vasta clase desposeída pobre y sin educación. Pero el profesor de Yale Law School considera que las limitaciones al mercado deben estar dadas porque ellos no son perfectos y pueden producir ciertos tipos de daños —al medio ambiente por ejemplo, que brinde igualdad de oportunidades tanto a ricos como a pobres, que permita una educación de excelencia para que los ciudadanos puedan tomar decisiones más correctas, "sin los esfuerzos constantes para aproximar la igualdad sin dominación, el discurso de un libre mercado degenera en una apología ideológica a favor de ricos y poderosos" (*El futuro...*, página 16), bases de un sistema liberal y democrático, en el que no es tarea del Estado responder a las preguntas fundamentales de la vida, sino equipar a todos los individuos con las herramientas que necesitan para ser responsables de sus propias respuestas (*El futuro...*, página 29).

En este sentido, las bases del liberalismo político que sustenta el profesor Ackerman consisten en no apoyar toda la teoría en filosofías de vida abarcativas y únicas; en que el liberalismo político explique a los distintos tipos de doctrinas las razones por las que sería más conveniente que adopten los principios liberales, en términos de John Rawls sería alcanzar un "consenso superpuesto"; la filosofía liberal debería intentar ser autónoma, esto significa que pueda ser explicada coherentemente por distintos tipos de filosofías integrales; otro principio se denomina "restricción conversacional", el cual implica que las razones que manifieste un ciudadano en el diálogo público debe realizarlas con la convicción

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

de que el resto de los ciudadanos la encontrarán razonable; otra base tiene que ver con la estructura básica de la sociedad, por la que debe existir un control democrático sobre temas importantes como la familia, la educación, la distribución de la riqueza, la organización del mercado, ya que son factores que condicionan enormemente la vida de cada ciudadano.

Lo que Ackerman propone es que la idea de revolución no debe ser sólo propiedad de las doctrinas marxistas, sino que los liberales deben también tener en cuenta el concepto de marras. Por revolución entiende "un intento exitoso de transformar los principios y las prácticas rectoras de un aspecto básico de la vida a través de un acto de movilización colectiva y autoconciente" (*El futuro...*, página 12). Pero tal situación revolutiva no tiene que provocar un cambio total de los principios, ya que ello sería imposible. Además, se debe prescindir de toda actitud violenta para concretar la revolución, porque "la violencia es simplemente un atajo y, además, un atajo que debería ser evitado en nombre de los propios valores liberales".

Debido a ello, el autor propone como tesis "que la posrevolución ofrece a los liberales una oportunidad política especial. Durante un corto lapso, las revoluciones con éxito suelen generar una constelación política que permite la movilización de un apoyo profundo y amplio a favor de una constitución liberal" (*El futuro...*, página 9).

El proceso revolucionario desarrollado por el autor descansa en las ideas que el mismo ha desarrollado en obras anteriores[2]. En ellas se argumenta que la situación que enfrenta un país al cambiar el sistema de gobierno de características autoritarias por una de corte democrático, las autoridades que asumen el poder poseen un capital moral muy fuerte para llevar a cabo los cambios revolucionarios e imponer un nuevo régimen. Como corolario de ello es necesario que se plasmen en el texto constitucional los cambios que se van a efectuar.

Ahora bien, para que efectivamente se comiencen a producir los efectos de la revolución liberal, ésta debe ser "constitucionalizada", es decir el resultado de ella debe quedar reflejado en un cuerpo normativo con rango de carta magna. Pero el momento para llevar a cabo dicho proceso es muy breve, y "si los liberales no aprovechan el momento constitucional, pueden perder la oportunidad completamente. Por el contrario, construir una economía de mercado liberal, para no hablar de una sociedad civil requiere décadas, quizá generaciones, y el proyecto puede ser fácilmente socavado sin la oportuna adopción de un marco constitucional adecuado" (*El futuro...*, página 54).

Todo ello se justifica y legitima sobre la base de una concepción dualista de la política, que consiste en que hay momentos de política constitucional y otros de política ordinaria. Los primeros son aquellos en que las decisiones son tomadas por el pueblo directamente y que se caracterizan por la intervención de un número importante de ciudadanos, quienes están seguros sobre la seriedad del tema que se debate y que pudieron expresar sus ideas en orden a solucionar la cuestión discutida, aunque estas situaciones ocurren muy rara vez. Las otras son las decisiones que lleva a cabo el gobierno de turno diariamente, es decir, aquí no existe ni debate ni movilización popular como en los anteriores, el gobierno

2. Ver: *Social Justice in the Liberal State*, Yale University Press, New Heaven, 1980 y *We the People: Foundations*, Harvard University Press, Cambridge, 1991.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

ejecuta el plan de gobierno que crea conveniente en virtud de la legitimación del pueblo que mediante el voto le otorgó para ejercer tales funciones.

A su vez, el papel del Poder Judicial, y en especial el de la Corte Suprema, cobra fundamental relevancia en el sentido de que debe ser la encargada de preservar las decisiones que se adopten en los momentos constitucionales contra cualquier decisión que tome el gobierno de turno que pretenda socavar lo resuelto por el pueblo.

En este orden de ideas, el autor considera que es de suma importancia el papel y la tarea que desarrollen los jueces que componen el Poder Judicial, ya que pueden ser ellos quienes comiencen a establecer o asegurar los principios del liberalismo por medio de las sentencias que efectúen un control de constitucionalidad sobre las decisiones que efectúen los otros dos poderes del Estado, y que aseguren lo acordado por el pueblo en el momento constitucional que se generó luego de la revolución. "Sin embargo, dadas las incertidumbres actuales, se deberían considerar caminos alternativos al constitucionalismo liberal. Si los políticos no tratan de construir una sólida base de apoyo en el pueblo para la Constitución ¿hay algún otro grupo que pueda emprender esa tarea? El candidato más probable es el poder judicial" (*El futuro...*, página 103). Pero el problema a dilucidar es si esas sentencias puedan llegar a terminar desequilibrando al nuevo sistema implantado en virtud de la revolución, y que den lugar al reconocimiento de posturas nacionalistas y autoritarias, ya que los vestigios totalitarios de los antiguos regímenes no son fáciles de borrar y olvidar.

Como respuesta a ese potencial peligro, Ackerman analiza las virtudes y defectos de implementar un control de decisiones de gobierno por parte de los jueces, similar al de la Constitución norteamericana o como el caso de algunos Estados europeos de occidente, es decir, por intermedio de Tribunales específicos sobre los temas que versa la Constitución, denominados Constitucionales, en especial el que funciona actualmente en Alemania.

Al respecto, Ackerman considera que el ejemplo alemán sería más conveniente que el estadounidense, porque Alemania tuvo que romper con un sistema totalitario, al igual que las naciones del este europeo; y también que las doctrinas alemanas en materia jurídica han tenido a lo largo de la historia una amplia cabida en la jurisprudencia de estos países. "El Tribunal no sólo ejerce su autoridad con prontitud y frecuencia, sino que también fue notablemente exitoso para ganar legitimidad tanto ante las elites políticas como ante la población en general. Sus decisiones cruciales muestran a veces un aprecio mayor de los valores liberales que aquél que los tribunales estadounidenses han logrado alcanzar después de doscientos años" (*El futuro...*, página 106).

En otra parte del libro, el profesor Ackerman analiza el caso de Argentina con respecto a la situación vivida en el país a partir de la restauración del Estado democrático y de derecho en 1983 (*El futuro...*, página 84). El autor sostiene que el presidente Alfonsín se encontraba en una situación óptima para producir una reforma constitucional, cuyo fin sería establecer, definitivamente, un sistema basado, fundamentado y apoyado en los principios del liberalismo político. Pero el autor sostiene que Alfonsín despilfarró su capital moral invirtiendo solamente en la sanción penal y no en una reforma constitucional, que en última instancia solamente condenó a "un puñado de malhechores, mientras que una serie de leyes atenuantes dejaron abierta la acusación a no

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

más de cuarenta militares", luego el autor se pregunta si "¿qué mejor manera de asegurar un nuevo comienzo podría haber que la de reemplazar la a menudo ignorada Constitución del siglo XIX por un texto moderno que renovara solemnemente el compromiso nacional con la democracia liberal y el Estado de derecho?" (*El futuro...*, páginas 84 y 85).

Al respecto, el profesor Carlos Nino, en su libro titulado "Juicio al mal absoluto" -publicado luego de su lamentable muerte ocurrida en 1993 y cuyo título original es *Radical Evil on Trial* [3], considera que la apreciación de Ackerman al respecto no es del todo precisa y correcta, ya que la Constitución argentina reconoce en su sección de derechos y garantías los principios básicos del liberalismo, pero la falla principal que ha padecido el sistema constitucional argentino es el hiperpresidencialismo que ha caracterizado toda la historia política del país[4], y que sí merece ser objeto de una reforma constitucional (que en cierta medida se ha podido realizar en la reforma de la constitución de 1994). Además, luego de restaurada la democracia, la situación política y económica del país no eran las más convenientes para llevar a cabo una reforma constitucional, porque tal actitud podría haber sido interpretada por los poderes económicos y políticos de aquel momento "como una maniobra para modificar las reglas políticas y económicas del gobierno a su favor"[5].

El notable autor argentino sostiene que "el aspecto más problemático no es la equivocada descripción que realiza Ackerman de lo que realmente sucedió, sino su supuesto contrafáctico: él no reconoce que toda la legitimidad del gobierno de Alfonsín, su capital moral, no era su carisma o su carácter revolucionario, sino su promesa de dar estricto cumplimiento a la Constitución de 1853.

Para finalizar, Ackerman asegura que la promesa de la revolución liberal es la siguiente: "Trabajando juntos para construir un Estado liberal dedicado a preservar nuestro igual derecho a ser diferentes, podemos llegar a ser algo más que meros extraños, aunque tal vez algo menos que amigos. Podemos llegar a ser ciudadanos liberales, que se hablan entre sí con voz singular. No obstante lo raras o perversas que nuestras creencias nos parezcan recíprocamente, quizá podamos encontrar una base común en reconocer esto: tanto usted como yo estamos luchando para encontrar un sentido en el mundo. Podemos —debemos- construir una vida política civilizada que permita a cada uno de nosotros respetar la búsqueda de los demás" (*El futuro...*, página 27).

En síntesis, para que se entienda bien la idea de Ackerman, cabe recordar un breve y significante pasaje de su artículo titulado "*Liberalismos Políticos*"[6]: "el liberalismo político es una doctrina revolucionaria basada en una idea radical: la de que los hombres y mujeres de diferentes creencias pueden establecer un régimen político justo, que dé a todos los participantes el derecho igual a vivir sus propias vidas a su propia manera. El desafío último de la filosofía liberal es mostrar exactamente cuán radical es esta idea, imaginando en los que ciudadanos

---

3. Nino, Carlos Santiago, *Juicio al Mal Absoluto*, Editorial Emecé, Buenos Aires, 1997; o *Radical Evil on Trial*, Yale University Press, New Heaven, 1996.

4. Ver: Nino, Carlos Santiago, *Fundamentos de Derecho Constitucional*, capítulo 3, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992, y *Un país al margen de la ley*, capítulo 2, Editorial Emecé, Buenos Aires, 1992.

5. Nino, *Juicio al...*, Página 203.

6. Ver: Ackerman, Bruce, *Liberalismos Políticos*, artículo publicado en la Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, año 2, números 1 y 2, páginas 5 a 26, Buenos Aires, Abril de 1997.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

liberales logran transformar esta promesa en realidad. Tales mundos imaginarios están, desde luego, a años luz de las realidades oscuras que confrontamos hoy. La distancia es tan grande que resultaría insensato utilizar las conclusiones de la teoría ideal como base inmediata de un programa de acción práctica".

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

Comentario a fallo

Censura Previa: NO!

Por Horacio Fernández Madrid

En septiembre de 1997 el Sr. Salvo Aragón se presentó ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal n° 2 a cargo del Dr. José Luis Javier Tresguerras, y solicitó un amparo a fin de que el Canal 13 y quienes resulten responsables de la edición del noticiero "Telenoche", le exhiban toda la filmación que posean relacionada con la causa *Cingolani, Jorge Horacio y otro s/ cohecho*, cuya difusión estaba prevista en el programa del día lunes 15 de septiembre de 1997. Recordemos que el caso es relativo a un pedido de U$S 1.000.000 a una compañía eléctrica para sacarle a su favor un fallo en la Sala V del fuero Contencioso administrativo.

Requirió que, como medida cautelar, se ordene a las personas mencionadas precedentemente, a proteger su identidad, impidiéndose la difusión de su figura "borroneando" su imagen y no difundiendo su nombre.

Tanto el fallo de Primera Instancia como el de la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal rechazaron esos pedidos. Ello así porque se sostuvo que el art. 13 inciso 1° de la Convención Americana de Derechos Humanos -de jerarquía constitucional[1]- establece que "Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística o por cualquier otro procedimiento de su elección"; todo esto, sin perjuicio de las responsabilidades ulteriores[2].

De este modo, queda expresamente a salvo la posibilidad de que el interesado haga valer posteriormente los derechos que hubieren sido vulnerados, y se impide la censura previa. Es que, tal como lo dijo la Corte en la causa *Servini de Cubría*, el honor y la intimidad de las personas no admiten, como regla, protección judicial preventiva sino remedios reparatorios. Si la eventual intromisión arbitraria en la vida ajena encuadra en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, debe desecharse de plano cualquier medida preventiva que interfiera en la exteriorización de las ideas, imágenes o informaciones, dejando para su juzgamiento posterior el eventual abuso que pudiera cometerse.

Debe tenerse presente, que el honor y la intimidad de las personas no admiten, como regla, protección judicial preventiva sino remedios reparatorios, ya que en el conflicto entre un mínimo estado de incertidumbre sobre la

1. Su jerarquía constitucional está dada por el art. 75 inciso 22 de la CN.
2. Artículo 13, inciso 2° de la Convención Americana de Derechos Humanos.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

potencialidad agraviante de la noticia, y las exigencias inmediatas de la libertad de expresión, debe prevalecer ésta (CSJN, causa *Servini de Cubría*).

Recuérdese que el art. 1071 bis del Código Civil establece como supuesto de aplicación el entrometerse arbitrariamente en la vida ajena, de modo que si el involucrado en la noticia, cree afectados sus derechos, puede acudir a la justicia, pero a posteriori.

SE PUBLICA UN FALLO RELATIVO A LA CENSURA PREVIA CAUSA 3866/97 *"SALVO ARAGÓN, LEOPOLDO VICENTE C/ ARTEAR S.A. CANAL 13 S./ AMPARO."*

Buenos Aires, 15 de septiembre de 1997.

Y VISTOS: estos autos para resolver el recurso de apelación deducido y fundado a fs. 16/23 contra la decisión de fs. 8/9,

CONSIDERANDO:

1. Por la vía de la acción de amparo que hoy dedujo, el actor solicitó se condene a Artear S.A. Canal 13 y a los responsables del noticiero "Telenoche" a que le exhiba y entregue una copia completa de una filmación que se realizó subrepticiamente, cuya difusión televisiva está prevista en el programa de esta noche, a las 20 horas. Sin perjuicio de ello, con carácter de medida previa, pidió que la proyecte "protegiendo su identidad, arbitrando los medios usuales de presentación borrosa u oculta de las fisonomías".

El tribunal de primera instancia rechazó in limine las pretensiones deducidas y contra esa decisión apeló el Sr. Salvo Aragón.

2. Resulta imperativo recordar que el artículo 14 de la Constitución Nacional garantiza a todos los habitantes de la Nación el derecho de "publicar sus ideas por la prensa sin censura previa". En el mismo sentido, el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos - cuya jerarquía constitucional está dada por el art. 75, inciso 22º de la Constitución Nacional- establece "Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística o por cualquier otro procedimiento de su elección" (inciso 1º).

La libertad de expresión que es garantizada por las normas citadas quedaría claramente vulnerada no sólo si se impide la difusión del programa, sino si este tribunal de justicia - tal como lo pide el actor- interviene para limitar, condicionar o imponer modalidades a la forma en que las imágenes o los nombres hayan de ser publicados.

Es apropiado recordar, en este sentido, que la Corte Suprema ha resuelto que "la dignidad institucional de la justicia independiente y de la prensa libre son valores preeminentes del orden democrático" y que se deben excluir "los procedimientos que conduzcan al sometimiento del ejercicio de ésta a la discreción judicial aunque ella sea bien intencionada o intrínsecamente sana. Así lo impone la plena vigencia de la libertad de prensa, que requiere primariamente la ausencia de control estatal sobre ella..., control que no pierde tal carácter por razón de ejercerse por órganos judiciales" (CSJN, *Fallos*: 248:664, considerando 4).

Los valores que el actor intenta preservar, tales como su reputación o el principio de la inocencia (que, según dice, podría ser conculcado por la difusión

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

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

de los hechos que determinaron la filmación), no son susceptibles de proteger mediante la censura previa. La misma convención Americana de Derechos Humanos recién citada deja a salvo las "responsabilidades ulteriores" (artículo 13, inciso 2) y a éstas deberá acudir el demandante si se cree con derecho.

Por las razones expuestas y las concordantes del dictamen que antecede, SE CONFIRMA la resolución de fs. 8/9, con costas.

Regístrese, notifíquese a las partes por Secretaría y oportunamente devuélvase. Fdo.: Eduardo Vocos Conesa - Jorge Pérez Delgado.- Eugenio Bulygin.

DR © 1998. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/