

En el intervalo: un estudio acerca de la eventual traslación de los daños punitivos al sistema normativo argentino

Fernando M. Racimo *

I. Introducción

Los daños punitivos constituyen un instrumento con plena vigencia en el sistema normativo anglosajón. Tanto en Gran Bretaña como en los Estados Unidos de América han sido utilizados –sobre todo a partir de fines del siglo XIX- como un eficaz método al que recurren los jueces y los jurados para alcanzar dos objetivos claros: el castigo y la disuasión (*punishment and deterrence*) de las personas que cometen cierto tipo de actos ilícitos.¹ Sin embargo, los montos desmesurados establecidos en algunos veredictos llevaron a que la Corte Suprema de los Estados Unidos interviniera para revocar decisiones de tribunales estatales con el objeto de establecer pautas para limitar el alcance de las indemnizaciones.²

En la República Argentina el derecho civil se sustenta en la tradición continental y fundamentalmente es heredero de la tradición civil francesa.³ Sin embargo, en los últimos tiempos se ha desarrollado una fuerte corriente que propicia la introducción de los daños punitivos en el marco del sistema de responsabilidad civil argentino para castigar cierto tipo de conductas particularmente aberrantes.

Este artículo examina la posibilidad del trasplante de esta institución a nuestro sistema normativo y se divide en tres partes.

En la primera parte, brindaré un panorama general del instituto de los daños punitivos en el derecho norteamericano. Me centraré, esencialmente, en dos aspectos. Por un lado, detallaré los rasgos generales del sistema y los problemas que se han originado en su aplicación en diversas situaciones. En segundo lugar, detallaré la tarea desplegada por la Corte Suprema norteamericana que elaboró en los últimos años un conjunto de instrumentos para limitar los exorbitantes montos consagrados por jueces y jurados en casos de daños punitivos. En tercer término, reseñaré las opiniones de algunos autores que proponen reformar el sistema de daños punitivos y las posiciones de otros estudiosos que sugieren mantener el régimen actual.

* Abogado UBA (1980) y Licenciado en Historia UBA (1997). Doctor en Derecho y Ciencias Sociales UMSA (2003) y Master en Derecho UP (2004). Secretario Letrado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Profesor Adjunto de Obligaciones (UCA).

1. David G. Owen, *Punitive damages in products liability litigation*, 74 Michigan Law Review 1257 (1976). La Corte Suprema de los Estados Unidos también ha hecho referencia a la historia y características de los daños punitivos en los fallos *Louis Pizitz Goods Co., Inc. v. Yeldell*, 274 US 112 (1927); *Gertz v. Robert Welch, Inc.* 418 US 323, 350 (1974), *Electric Workers v. Foust* 442 US 42, 48 (1979); *Browning –Ferris Industries of Vermont v. Kelco Disposal, Inc.*, 492 US. 257, 274 (1989); *Cooper Industries, Inc. v. Leatherman Tool Group, Inc.*, 523 U.S. 424 (2001).

2. La Justice O'Connor señalaba en su disidencia del fallo *Browning* que “las indemnizaciones por daños punitivos se están disparando (*skyrocketing*)... La amenaza de tales enormes indemnizaciones tiene un efecto perjudicial en la investigación y desarrollo de nuevos productos”, pág. 282 (1989).

3. Abelardo A. Levaggi, *MANUAL DE HISTORIA DEL DERECHO ARGENTINO*, 3ª. Ed. Buenos Aires, Lexis-Nexis, 2004 y Gustavo A. Bossert, *Influencia del Código Civil Francés en el Código Civil Argentino y otros códigos de Hispanoamérica*, LL 2005-A-1452.

En la segunda parte detallaré las propuestas de la doctrina que sugieren la incorporación de los daños punitivos al sistema de responsabilidad civil argentino. También indicaré la reforma propiciada en 1998 al Código Civil argentino⁴ en donde se sugiere incorporar una reforma para que los daños punitivos sean asumidos como una especie de multa civil cuyo destino será asignado por el juez de la causa.

La tercera parte del trabajo indicará los problemas de traslación que eventualmente podrían producirse por la incorporación de los daños punitivos al derecho argentino. En particular, señalaré las diferentes concepciones que surgen de ambos sistemas normativos y propondré el ámbito limitado en que podría ser de mayor utilidad la incorporación de esta figura.

II. Los daños punitivos en los Estados Unidos de América

Los daños punitivos han sido definidos como multas privadas impuestas por jueces o por jurados civiles con el objeto de castigar ciertas conductas reprochables y para evitar que dichos comportamientos se reiteren en el futuro.⁵ Los daños punitivos se originan en el sistema del *common law* británico. Existen algunos pronunciamientos que parecen contemplar esta figura desde el siglo XIII,⁶ pero las decisiones que delimitan este tipo de sanciones respecto de otras reparaciones sólo se asientan a fines del siglo XVIII.⁷ El derecho británico consideraba apropiado imponer una compensación adicional en los casos en que el ofensor actuaba con dolo o con una negligencia grosera en perjuicio de los derechos de terceros.

Los jueces de los Estados Unidos de América aceptaron este instituto y lo utilizaron para castigar algunas conductas reprochables.⁸ La imposición de los daños punitivos corresponde cuando el jurado o el magistrado advierten que la actitud del ofensor implica una conducta ultrajante y los mismos daños son una expresión de la condenación moral causada en la sociedad por la conducta reprehensible.⁹ Incluso ya desde fines del siglo XIX es posible advertir que la misma Corte Suprema de los Estados Unidos admitió sin reservas la posibilidad de imponer daños punitivos.¹⁰

La doctrina y la jurisprudencia han considerado que los daños punitivos proceden cuando existe una clara y convincente evidencia que el demandado ha sido culpable de opresión, fraude o dolo (*malice*). Pero también se han concedido por daños al consumidor

4. El texto puede encontrarse en <http://infoleg.mecon.gov.ar/txtnorma/proydocdci-1998-doc>

5. *Gertz v. Robert Welch, Inc.* 418 US 323,350.

6. Los que cometieran abusos contra los religiosos debían pagar daños duplicados. Estatuto de Westminster, I, 3 Ed., 1 (1275). Ver también *The Historical Continuity of Punitive Damages Awards: Reforming the Tort Reformers*, Michael Rustad y Thomas Koenig, 42 *American University Law Review* 1269 (1993).

7. *Huckle v. Money*, 2 Wils. 1805 (KB 1763) y *Wilkes v. Wood* (1763), según Rustad, pág. 1287.

8. He aludido a este instituto en mi artículo *Panorama actual de los daños punitivos en los Estados Unidos de América*, J.A. 2004-III-1031 y también consideran el tema Aída Kemelmajer de Carlucci, *¿Conviene la introducción de los llamados daños punitivos en el derecho argentino?*, *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, segunda época, año XXXVIII, n° 31, pag. 71, Félix. A Trigo Represas y Marlo J. López Mesa, *TRATADO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL*, Ed. La Ley, T., II, pág. 556 (2004) y Juan C. Díaz, José S. Elías y Augusto M. Guevara (h.), *¿Los 'daños punitivos' aterrizan en el derecho argentino? Aportes para un debate más amplio*, J.A. 2003-II-961.

9. *Lake Shore & M.S.R. Co. V. Prentice*, 147 US 101 (1893)

10. La Corte Suprema ha llamado a la fijación de daños punitivos como "un bien establecido principio del *common law*", 54 US (13 How), 363, 371 (1851).

cuando el fabricante ha actuado en forma desaprensiva y desconsiderada, como por ejemplo cuando pudo haber evitado fácilmente el daño y a pesar de eso no lo hizo.¹¹

a) Los objetivos de los daños punitivos

Los daños punitivos tienen dos objetivos principales:¹²

- a. **La punición del responsable.** El primer objetivo de los daños punitivos es castigar al responsable de un hecho ilícito (aunque esto se ha ido modificando en los últimos decenios para incluir cuestiones relativas a incumplimientos contractuales severos).¹³ La imposición de los daños punitivos no resulta equivalente a los daños compensatorios que se imponen habitualmente para restaurar los daños causados a la víctima de un hecho ilícito. En realidad, la concepción básica de los daños punitivos es que estos se dirigen a imponer al ofensor un excedente que se encuentra más allá de la mera reparación por los daños realmente causados.¹⁴ El instituto, analizado desde esta perspectiva, guarda alguna relación con el derecho penal y ha llevado a considerar, en algunas ocasiones, que se trata de una sanción cuasi penal.¹⁵
- b. **La disuasión.** El rasgo más característico de los daños punitivos es su imposición a fin de evitar la reiteración de conductas similares. El juez o el jurado que calculen los daños punitivos deben tener en cuenta que el monto que eventualmente establezcan se dirija eficazmente a evitar que se repitan comportamientos igualmente reprochables. Desde esta perspectiva –y en una observación puramente preliminar– el cálculo de los daños punitivos implica la consideración de la riqueza del causante del daño para provocar en éste una reacción de tal entidad que lo lleve a modificar su conducta en el futuro.¹⁶ Existe, en este sentido, un objetivo derivado: la magnitud de los daños punitivos impuestos al causante del daño disuadirá eventualmente a otros que se encuentren en una similar situación de proseguir con esos comportamientos reprochables.

Este instituto también se dirige a satisfacer otros objetivos subsidiarios. A partir de la multiplicación de veredictos por daños punitivos –originada en la década del 60 e intensificada en la década del 90– se ha llegado a considerar en los últimos tiempos que existe un tercer objetivo principal que es la reparación de los daños societales (*societal damages*).¹⁷ Estas ideas se basan también en la legislación de ocho estados que contemplan la formación de fondos para destinar la indemnización por daños punitivos a rentas generales o a fondos específicos para compensar a víctimas que no han participado de los procesos.

11. Shane Sorenson y Hugo D. Maciel, *La responsabilidad jurídica por el producto en los Estados Unidos de Norteamérica y en nuestro país*, LL 1996-E-350.

12. *Missouri Pacific R. Co. v. Humes* 115 US. 512, 521 (1885), *Smith v. Wade* 461 US 30,54 (1983) y *Memphis Community v. Stachura*, 477 US 299, 306, nota 9 (1986).

13. Ver Owen, *Punitive Damages*, pág. 1271.

14. La perspectiva tradicional considera a los daños punitivos como sirviendo a los mismos propósitos que las penas del derecho criminal. Conf. *State Farm* (2003).

15. Esa es la expresión que se usa en *Cooper Industries*, pág. 432.

16. Ver Keith N. Hylton, *Punitive Damages and the Economic Theory of Penalties*, 87 *Georgetown Law Journal* 421 (1998).

17. Catherine M. Sharkey, *Punitive Damages as Societal Damages*, 113 *Yale Law Journal* 347 (2003) y *Punitive Damages: Should Juries Decide?*, 82 *Texas Law Review* 381 (2003).

Por ejemplo, el estado de Alaska –a raíz de montos exorbitantes impuestos en diversos procesos- reformó la legislación correspondiente a daños punitivos para fijar una especie de recuperación dividida de la indemnización, por la cual el 50% de todos los daños punitivos concedidos a los demandantes civiles debe ser depositado en los fondos generales del estado.¹⁸ Desde otras perspectivas es posible señalar también objetivos secundarios más tradicionales como la protección de la probidad de las sentencias¹⁹, el control de las actividades internas de las empresas²⁰ o la protección del derecho al honor.²¹

b) El factor de atribución subjetivo

La doctrina y la jurisprudencia estadounidenses consideran que los daños punitivos no proceden en todos los casos en que corresponde la imposición de daños compensatorios. La actitud del causante del daño debe ser particularmente reprochable. El *common law* requiere este factor de atribución subjetivo agravado para conceder una indemnización por daños punitivos. Se encuentra incluido, desde luego, el dolo del autor del daño, pero también es posible considerar como factores agravantes la negligencia grave o la despreocupación temeraria (*gross negligence o reckless disregard*).²² También se encuentra dentro de esta categoría la despreocupada indiferencia hacia los derechos de los otros, lo que se configura especialmente cuando los daños causados tienen una fuerte repercusión social o ambiental.²³ Los daños punitivos son, asimismo, impuestos cuando el juez estima que se configura una situación de opresión respecto de la víctima.

Resulta claro que los jueces consideran –desde una perspectiva prudencial– que existen ciertos límites a la imposición de daños punitivos que impiden la expansión ilimitada de este instituto a todos los casos en los que sólo se advierte una actitud negligente del causante del daño.

c) El problema de la exorbitancia de los montos

Los jueces y jurados del *common law* han fijado los daños punitivos en situaciones excepcionales para castigar y disuadir a los causantes de daños relevantes en el marco social cuando actúan con una negligencia grave o con dolo. Ahora bien, desde mediados

18. Scott Dodson, *Assessing the Practicality and Constitutionality of Alaska's Split Recovery Punitive Damages Statute*, 49 Duke Law Journal, 1335 (2000).

19. *Bankers Life & Casualty Co. v. Crenshaw*, 486 US. 71, 82 (1988).

20. *Pacific Mutual Insurance Co. v. Haslip*, 499 US. 1, 14 (1991). Sobre las posibilidades de este tipo de control ver Steven Garber, *Punitive damages and deterrence of efficiency-promoting analysis: a problem without solution?* y Robert MacCoun, *The costs and benefits of letting juries punish corporations: comment on Viscusi*, 52 Stanford Law Review 1809 y 1821 respectivamente (2000).

21. La imposición de daños punitivos en este aspecto se encuentra limitada a ciertos supuestos señalados en Gertz.

22. En este orden de ideas, la Corte Suprema norteamericana ha dicho en Gore que las cortes deben considerar “el grado de reprochabilidad de la conducta del demandado”. *BMW of North America, Inc. v. Gore*, 517 US 575. Ver también *Willow Inn Inc. v. Public Service Mutual Insurance Co.*, No. 03-2837, 2005 WL 334200 (3d Cir. Feb. 14, 2005).

23. Al menos desde la década del 60 ha existido una proliferación de montos concedidos por daños punitivos basados incluso en la existencia de una conducta indiferente (*Sharkey... Punitive Damages as Societal Damages*, pág. 364).

de la década de 1980 se ha producido un doble fenómeno.²⁴ Por un lado se ha expandido la imposición de daños punitivos respecto de áreas que habitualmente estaban excluidas de la mirada de los jueces o que apenas eran consideradas a la hora de fijar este tipo de daños. Por otra parte, las sumas concedidas en concepto de daños punitivos empezaron a crecer exponencialmente hasta llegar a sumas difíciles de concebir. A ello se agregaba el hecho de que estos montos exorbitantes se multiplicaron de tal modo que originó una reacción en la doctrina que empezó a considerar la posibilidad de imponer límites a este tipo de indemnizaciones.²⁵ En este sentido existieron algunos trabajos que proponían diversos medios para que la Corte Suprema de los Estados Unidos resolviera la cuestión y un sector de la doctrina proponía reducir estos montos exorbitantes con sustento en la Enmienda Octava.²⁶

d) Las decisiones de la Corte Suprema de los Estados Unidos

La Corte Suprema consideró en diversas oportunidades el instituto de los daños punitivos, aunque se limitó a formular consideraciones que se vinculaban a aspectos relacionados con su procedencia o la forma en que debía limitarse su imposición en ciertos casos (por ejemplo en el marco de la libertad de prensa).²⁷

Mayor importancia revistió la decisión recaída en la causa *Browning Ferris Industries v. Kelco Disposal*²⁸ en la que desestimó el intento de aplicación de la Enmienda Octava para reducir la cuantía de los daños punitivos establecidos en un tribunal estadual.

En la década de 1990 la Corte Suprema entró de lleno en la cuestión de la fijación de los daños punitivos. La decisión en el caso *Haslip*²⁹ importó cerrar una etapa: allí la Corte dejó abierta la posibilidad de considerar la ponderación en casos futuros en algunos supuestos. En particular la Corte señaló que “la discreción ilimitada del jurado –o la discreción ilimitada del juez– para el cálculo de los daños punitivos puede llevar a resultados que

24. Un panorama general de este fenómeno en George L. Priest, *Modern Tort Law and Its Reform*, 22 *Valparaiso University Law Review* 1 (1987).

25. “Por consiguiente, la cuestión central no es más si debe haber una revisión del cociente entre los daños punitivos y compensatorios. Más bien, la cuestión es si los límites deben ser sistemáticamente definidos por las legislaturas, o aplicados sobre una base *ad hoc* por las cortes como una materia de derecho constitucional federal”. Theodore Eisenberg y Martin T. Wells, *Punitive Damages After BMW, a New Capping System, and the Reported Opinion Bias*, 1998 *Wisconsin Law Review* 387, 388 (1998).

26. Se ha sostenido que contrariamente a la noción de que la Octava Enmienda está confinada estrictamente a los casos penales, la cláusula por multas excesivas de la Octava Enmienda debería aplicarse a la imposición de daños punitivos y a todas las sanciones monetarias judicialmente impuestas en casos civiles. *The excessive fines clause and punitive damages: some lessons from history*, 40 *Vanderbilt Law Review*, 1233, 1234 (1987). También Andrew M. Kenefick, *The constitutionality of punitive damages under the excessive fines clause of the Eight Amendment*, 85 *Michigan Law Review* 1699 (1987).

27. Ver por ejemplo *Gertz v. Robert Welch*.

28. Ver especialmente 492 US. 257 (1989). La posibilidad de limitar los daños punitivos por la cláusula Octava había sido también planteada por Andrew M. Kenefick, *The constitutionality of punitive damages under the excessive fines clause of the Eight Amendment*, 85 *Michigan Law Review* 1699 (1987) y sus fundamentos históricos habían sido reseñados por Calvin R. Massey, *The excessive fines clause and punitive damages: some lessons from history*, 40 *Vanderbilt Law Review*, 1233 (1987). Debe señalarse que la Corte Suprema norteamericana había examinado la cuestión en *Bankers Life & Casualty Co. v. Crenshaw* 486 US 71 (1988) pero prefirió no entrar al fondo porque la cuestión no había sido planteada ante los tribunales inferiores.

29. *Pacific v. Haslip* 499 US 1(1991).

sacudan las sensibilidades constitucionales.”³⁰ El caso TXO se vincula con Haslip al precisar la Corte que la cláusula del debido proceso de la Decimocuarta Enmienda impone límites sustanciales respecto a la eventual imposición de daños punitivos³¹. Posteriormente en el caso Honda³² el mismo tribunal estableció que un monto excesivamente grande (*grossly excessive*) violaba la cláusula del debido proceso, de modo que correspondía examinar si el componente procesal adoptado en los estados afectaba o no esa cláusula de la Declaración de Derechos.

La segunda etapa intervencionista de la Corte Suprema de los Estados Unidos se afianzó con el fallo Gore.³³ Allí el tribunal estableció claramente tres indicadores (*guideposts*) para determinar los indicios de razonabilidad establecidos por los tribunales y por los jurados.

1. Reprochabilidad de la conducta.
2. Cociente entre los daños punitivos y el daño real o el daño potencial determinados en el caso.
3. Diferencia entre los daños punitivos y las penas civiles autorizadas para casos similares.

En una tercera etapa la Corte Suprema aplicó concretamente los indicadores de Gore en dos nuevos fallos: Cooper³⁴ y State Farm.³⁵ El tribunal persiguió en estos fallos que se adecuaran las decisiones de los tribunales inferiores a los preceptos de Gore, que debía considerarse la posibilidad de que los jurados estuvieran errados en el cálculo del daño potencial y en esta tarea tuvo en cuenta que no era posible imponer daños punitivos cuando ni siquiera estaba demostrado que la conducta del demandado fuera incorrecta, y que era útil considerar las multas civiles que pudieran haberse considerado para casos similares (Cooper). En State Farm estableció que la conducta de la demandada debía examinarse a nivel estadual sin que fuera posible ponderar su conducta en otros estados. Asimismo, indicó que la proporción entre daños compensatorios y punitivos no podía exceder, como regla, de un dígito y que las sentencias debían evitar el uso del proceso civil para imponer sanciones penales sin el empleo de las correlativas garantías que se aplican en los procesos criminales.³⁶

De esta forma la Corte estableció una armazón que buscaba limitar la discreción de los jurados y de los jueces en la determinación de montos exorbitantes por daños punitivos. En particular, ello provocó un efecto a nivel nacional sobre el modo en que debían ser calculados los daños punitivos acentuándose una tendencia en el sentido de que aquellos no podían ser, como principio, superiores a un múltiplo de un dígito en el cociente entre

30. Haslip 18.

31. 509 US 443, 473 (1993). Empero la corte prefirió no descalificar la sentencia apelada, a pesar de que la disidencia de los jueces O'Connor, White y Souter consideraban que los inaceptables procedimientos escogidos en las instancias inferiores habían transformado un disputa comercial en un veredicto de u\$s 10.000.000. por daños punitivos.

32. Honda Motor Co., Ltd. v. Oberg, 512 US. 415 (1994).

33. Gore, 517 US 559 (1996).

34. Cooper Industries, Inc. v. Leatherman Tool Group, Inc. 523 US 424 (2001).

35. State Farm Mutual Automobile Insurance Co. v. Campbell 538 US 408 (2003)

36. La Corte también ha afirmado que la cláusula del debido proceso de la Decimocuarta Enmienda prohíbe la imposición de castigos excesivamente grandes o arbitrarios a quien causó un hecho ilícito. State Farm v. Campbell.

aquellos y los daños compensatorios concedidos en la sentencia.³⁷ Sin embargo, también resulta claro que existieron tribunales que no consideraron que la Corte hubiera fijado un criterio inequívoco en este sentido, en particular cuando se presentaban conductas socialmente reprochables.³⁸

e) La perspectiva de la doctrina

Cuando se trata de analizar el modo en que eventualmente pudiera efectuarse una traslación del instituto de los daños punitivos al sistema normativo argentino es necesario tener en cuenta también el modo en que la doctrina norteamericana ha considerado los problemas originados por los montos excesivos concedidos por jueces y jurados.³⁹ Tal como se verá más adelante, estos problemas de traslación no suponen solamente la incorporación de la institución misma sino también la exclusión de algunos de los aspectos propios del sistema normativo importado por diversos motivos. Esta exclusión se refiere tanto al recorte de parte de la institución importada (por ejemplo el recorte de límites cuantitativos legales o jurisprudenciales establecidos en el país de origen) como a la desestimación implícita de todo el trasfondo del sistema normativo sobre el que aquélla se asienta (por ejemplo el sistema del *common law* o el procedimiento por jurados en causas civiles).

Por ser ello así, un análisis sólo centrado en las normas legislativas (*statutes*) o en la jurisprudencia de los tribunales ordinarios y de la Corte Suprema norteamericana sería insuficiente porque, precisamente, el debate principal en este aspecto ha girado en torno a la doctrina.

Este debate tiene dos centros neurálgicos. En primer término, las discusiones en torno a la existencia del problema mismo, esto es, si existe verdaderamente una amplia tendencia respecto a la imposición de daños punitivos exorbitantes o se trata, en realidad, de una ilusión creada por algunos sectores afectados en general y por las grandes corporaciones en particular. En segundo lugar, la discusión de los autores se centra –admitido o no el problema de la cuantía– en los modos de perfeccionar el sistema de imposición de los daños punitivos.

Este capítulo se focalizará, por consiguiente, en el examen de los aspectos descriptivo y normativo de la doctrina.

37. *State Farm Mutual Automobile Insurance Company v. Campbell*, (2003) Cal. Ct. App. 2003. Ese cociente ha sido usado, por ejemplo, en *Daka, Inc. v. McCrae*, 839 A.2d 682, 700-01 (D.C. 2003); *Liggett Group, Inc. v. Engle*, 853 So.2d 434, 469 (Fla. App. 2003); *Henley v. Philip Morris Inc.*, 9 Cal. Rptr. 3d 29, 73 (Cal. Ct. App. 2004) (donde se sostuvo un cociente de 6 a 1).

38. Para la aplicación por los tribunales inferiores de las pautas fijadas por la Corte Suprema, ver la nota *Developments in the law – The path of civil litigation*, 113 Harvard Law Review 1752, 1790 (2003).

39. Se pueden reseñar en este sentido diversos artículos que contemplan el modo en que deciden los jueces y los jurados en general, y la forma en que algunas de estos planteos repercuten sobre la imposición de daños punitivos. W. Kip Viscusi, *Jurors, judges and the mistreatment of risk by the Courts*, 30 Journal of Legal Studies 107 (2001); Theodore W. Eisenberg y otros, *Juries, judges and punitive damages: an empirical study*, 87 Cornell Law Review 743 (2002); Gregory C. Sisk, Michael Heise y Andrew P. Morris, *Charting the influences on the judicial mind: and empirical study of judicial reasoning*, 73 New York University Law Review 1377 (1998); Chris Guthrie, Jeffrey J. Rachlinski y Andrew J. Wistrich, *Inside the judicial mind*, 86 Cornell Law Review 777 (2001); David Schake, Cass R. Sunstein y Daniel Kahneman, *Deliberating about dollars: the severity shift*, 100 Columbia Law Review 1139 (2000); Jeffrey J. Rachlinski, *The uncertain psychological case for paternalism*, 97 Northwestern Law Review 1165, 1185 (2003). Para un estudio concreto sobre los jurados, ver el libro de Cass R. Sunstein y otros, *PUNITIVE DAMAGES: HOW JURIES DECIDE*, Chicago The University of Chicago Press, 2002.

f) ¿Existe realmente un problema en el cálculo de los daños punitivos?

La Corte Suprema de los Estados Unidos decidió intervenir desde comienzos de la década de 1990 al advertir serios quebrantos en el sistema de imposición de los daños punitivos a nivel estadual⁴⁰ y resulta claro también que posteriormente ha descalificado muchos fallos que fijaban montos supuestamente excesivos. Tales decisiones presuponen, en realidad, que existe un problema de tal magnitud que ha obligado al tribunal a fijar pautas que fueran aplicables para todos los tribunales del país. Ello ha importado también una unificación de la jurisprudencia como un método para salvar el hecho de que las legislaturas estatales no pudieron arbitrar medidas que evitaran estas decisiones exorbitantes.

Ahora bien, parte de la doctrina norteamericana ha puntualizado que el problema de la exorbitancia no existe. En este sentido se destacan los trabajos de Eisenberg⁴¹, Luban⁴² y Galanter.⁴³

Estos autores sostienen que los daños punitivos no son concedidos en todos los casos en que los actores reclaman daños compensatorios, que cuando aquéllos son impuestos por la presencia de alguna conducta reprochable ello sólo ocurre en un número mínimo de precedentes y que los montos exorbitantes resultan muy pocos en el contexto general de los pronunciamientos judiciales.⁴⁴ Eisenberg ha efectuado cálculos al respecto con el objetivo de demostrar que no existen tantos casos en los que se imponen daños punitivos y que, de todos modos, es posible predecir en qué casos y con qué alcances pueden imponerse daños ejemplares.⁴⁵ La reacción contra los daños punitivos se habría originado, en realidad, por tácticas de distracción realizadas por grandes empresas que han utilizado diversos instrumentos para promover en la opinión pública una reacción que promueva una restricción de los tribunales mediante el uso de diversos argumentos.⁴⁶

Asimismo, la postura tradicional reivindica la actividad de los individuos privados que pueden utilizar la promoción de acciones para que se impongan daños punitivos con el

40. La decisión de la Corte Suprema para involucrarse en este tipo de casos y el uso de la Decimocuarta Enmienda para limitar los daños punitivos (como en *State Farm*) se encuentran actualmente bien establecidos. Se puede comparar así esta posición con la perspectiva tradicional que había sido adoptada en *Minneapolis & ST. L. R. Co. v. Beckwith*, 129 U.S. 26 (1889): "La imposición de daños punitivos o ejemplares en tales casos no puede ser considerada como en conflicto con la prohibición con la privación de propiedad sin el debido proceso legal. Este es sólo un modo de imposición de una pena por la violación de un deber, y su propiedad y legalidad han sido reconocidas, como ha sido decidido en *Day v. Woodworth*, 13 How. 363, 371."

41. Theodore M. Eisenberg, *Juries, judges and punitive damages: an empirical study*, 87 *Cornell Law Review* 743 (2002) y *Measuring the Deterrent Effect of Punitive Damages*, 87 *The Georgetown Law Review* 347 (1998).

42. David Luban, *A Flawed Case Against Punitive Damages*, 87 *The Georgetown Law Review* 359 (1998).

43. Marc Galanter y David Luban, *Poetic Justice: Punitive Damages and Legal Pluralism*, 42 *American University Law Review* 1393 (1993).

44. Theodore W. Eisenberg y otros, *Juries, judges and punitive damages: an empirical study*, 87 *Cornell Law Review* 743, 745, notas 5 y 7.

45. Theodore Eisenberg y otros, *The predictability of punitive damages* 26 *Journal of Legal Studies* 623 (1997).

46. La idea de la politización de los daños punitivos es la clave para comprender cómo y por qué el debate sobre los daños punitivos ha cambiado en los años recientes. El debate se modificó en la década del 80 como parte de una intensa y bien financiada campaña política de grupos de interés que buscaban reformas fundamentales en el sistema de la justicia civil para su propio beneficio. Es necesario anticiparse a impedir los esfuerzos de los antirreformistas, como los grupos de consumidores y de actores, que combaten las reformas deseadas. (Daniels y Martin, *Mith and Reality in Punitive Damages*).

objetivo de remediar los defectos u omisiones de la administración en el control de actividades riesgosas de las grandes corporaciones.

g) Los planteos normativos

No existen, pues, respuestas concluyentes respecto al real alcance sobre la economía en general y sobre las finanzas de las empresas en particular por la imposición de daños punitivos excesivos. De todos modos, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha aceptado que la tendencia a un aumento se convirtió en incontrolable hasta un grado tal que creyó necesario intervenir fuertemente en esta cuestión.⁴⁷

Frente a ello, la doctrina se ha centrado en la búsqueda de instrumentos dirigidos a superar estas dificultades.⁴⁸ Esta reseña también resulta necesaria a la hora de considerar las eventuales ventajas e inconvenientes de su traslación a la Argentina, ya que –como se verá– la doctrina nacional soslaya estas otras facetas del mundo jurídico norteamericano.

Un examen estrictamente limitado de la cuestión permite advertir que las sugerencias giran en torno de tres propuestas básicas:

- a. La supresión de los daños punitivos.
- b. La búsqueda de reglas limitativas de la responsabilidad.
- c. La dirección de la conducta de los jueces y de los jurados.

a. La supresión de los daños punitivos

Sostiene Viscusi⁴⁹ que la mejor solución para paliar las dificultades referentes a los montos exorbitantes consiste en su supresión lisa y llana. El planteo se sostiene en que los daños punitivos no tienen efecto disuasivo real, que no se reflejan finalmente en las decisiones de las empresas y producen consecuencias perjudiciales tanto para el control de gestión de las empresas mismas como para el sistema económico en general. Viscusi muestra, por ejemplo, que no existen diferencias sustanciales respecto a la conducta de las personas entre aquellos estados que imponen daños punitivos y los que no contemplan este tipo de castigos en su legislación estadual. También se ha cuestionado que los daños punitivos tengan el efecto disuasivo que a menudo se considera como su objetivo fundamental para el castigo de los demandados en estos casos. George L. Priest⁵⁰ ha señalado

47. TXO 509 US. 456

48. Un panorama respecto a estos posibles instrumentos en Cass R. Sunstein, *What Should be Done en PUNITIVE DAMAGES. HOW JURIES DECIDE* 242-258.

49. W. Kip Viscusi, *The social costs of punitive damages against corporations in environmental and safety torts*, 87 *The Georgetown Law Journal* 2985 (1998). También son útiles sus trabajos *Why There is No Defense of Punitive Damages*, 87 *The Georgetown Law Journal* 381 (1998) y especialmente *Punitive damages: how juries and judges perform*, 33 *Journal of Legal Studies* 1 (2004) escrito con Jone Hersch donde critica la posición de Eisenberg y *The challenge of punitive damages mathematics* 30 *Journal of Legal Studies* 313 (2001) donde cuestiona las posibilidades de aplicación real de las teorías de Shavell y Polinsky. Tendré en cuenta el trabajo de Viscusi porque es uno de los pocos autores que realizan trabajos verdaderamente empíricos en el marco de trabajos jurídicos desarrollados en facultades de derecho (según lo sostiene William M. Landes, *The Empirical Side of Law & Economics*, 70 *The University of Chicago Law Review*, 167, 179, nota 18 (2003).

50. *Punitive Damages Reform: The Case of Alabama*, 56 *Louisiana Law Review* 825, 831 (1996),

que la concesión de daños compensatorios que satisfagan íntegramente la totalidad de los daños es un mejor procedimiento disuasivo que la imposición judicial de daños punitivos, por lo que resulta innecesario incluirlos en un moderno sistema de responsabilidad civil.⁵¹

Por otro lado, indican que las decisiones de las grandes empresas no se encuentran, en realidad, condicionadas por la imposición de daños ejemplares. En este sentido, se sostiene que en ocasiones las decisiones internas de las sociedades en las que se alude al control del riesgo son consideradas erróneamente por los jurados como cálculos cínicos por parte de tales directivos. Desde esta perspectiva, se puede presentar la paradoja de que se condene en exceso a los empresarios que habían intentado prever sincera –aunque infructuosamente– las contingencias relativas a la producción de un daño.⁵²

b. La limitación de los daños punitivos

Los autores que proponen la búsqueda de métodos limitativos de la responsabilidad aceptan el objetivo disuasivo del instituto de los daños punitivos⁵³ pero plantean, al mismo tiempo, la instrumentación de procedimientos que permitan mantener la eficiencia del instituto a la vez que no cause un costo social innecesario. La escuela del Análisis Económico del Derecho (*Law and Economics* o *Economic Analysis of Law*) se ha centrado particularmente en este aspecto y el trabajo central en este sentido es el artículo *Punitive Damages: An Economic Analysis* de A. Mitchell Polinsky y Steven Shavell.⁵⁴

El punto de partida en estos casos consiste en ponderar cómo responderán individuos racionales a la amenaza de los daños punitivos y si, además, esa respuesta promoverá el bienestar general o se frustrará al provocar un costo social inconveniente.⁵⁵

Los autores proponen la adopción de una fórmula que busca que los daños sean fijados, en caso de encontrarse responsable al demandado, según el cálculo del monto del daño compensatorio multiplicado por la recíproca de la posibilidad de ser encontrado responsable.⁵⁶

51. “Si los daños punitivos son simplemente inefectivos y no causan consecuencias adversas, deberían ser eliminados. Sin embargo, su rendimiento global puede ser incluso peor cuando simplemente fallan en fomentar incentivos de seguridad constructivos; los daños punitivos aleatorios e impredecibles pueden de hecho causar daños económicos concretos.” Kip Viscusi, *The social costs...* pág. 322. Este autor destaca también que los daños punitivos promueven un gasto improductivo y precauciones antieconómicas que pueden llevar a incrementar incorrectamente el riesgo y a desalentar la innovación.

52. Ver en este sentido, Kip Viscusi, *Corporate Risk Analysis. A Reckless Act?*, 52 *Stanford Law Review* 547(2000)

53. La posibilidad de alcanzar un grado de disuasión eficiente en estos casos ha sido cuestionada por Cass R. Sunstein, David Schkade y Daniel Kahneman, *Do people want optimal deterrence*, 29 *Journal of Legal Studies* 237 (2000).

54. 111 *Harvard Law Review* 869 (1998) y también *Corporate risk analysis: A reckless act?*, 52 *Stanford Law Review* 547 (2000). Desde una perspectiva distinta, ver Robert D. Cooter, *Economic Analysis of Punitive Damages*, 56 *University of Southern California Law Review* 79 (1982). El artículo ha sido patrocinado por la Corporación Exxon. La influencia que ejerce este patrocinio económico en los autores hostiles a los daños punitivos ha sido puntualizada por Gregory Mitchell, *Taking behavioralism too seriously? The unwarranted pessimism of the new behavioral analysis of law*, 43 *William and Mary Law Review* 1907, nota 42 (2002).

55. Ver RICHARD A. POSNER, *EL ANÁLISIS ECONOMICO DEL DERECHO*, México, FCE, 1998 pág. 201.

56. Shavell and Polinsky, pág. 887. Esta fórmula ha merecido posteriores análisis como el de Richard Craswell, *Deterrence and damages: the multiplier principle and its alternatives*, 97 *Michigan Law Review* 2185 (1999).

Los jurados y jueces en estos casos deberán acceder a la información necesaria para determinar la posibilidad de que el causante del daño escape a una condena judicial por su responsabilidad en el hecho ilícito. Implica, de este modo, un criterio ciertamente refinado en torno a la ponderación de las chances de escape y de eventual punición. Shavell y Polinsky excluyen de este modelo a aquellas conductas profundamente reprochables respecto de las cuales no es posible considerar que tengan alguna utilidad social. No existen en estos casos consideraciones válidas para limitar la magnitud de los daños, fuera de la discreción del juez o del jurado.⁵⁷

La riqueza del causante del daño pierde –en este cálculo económico– la relevancia que se le concede habitualmente porque el objetivo fundamental de los jueces y jurados consistirá en determinar las posibilidades de escape en el caso particular.⁵⁸ La riqueza sólo podría considerarse en casos excepcionales (la mayor proclividad de los ricos al riesgo o una conducta socialmente reprochable como ocurre en los casos de demandas por difamación). Tampoco tienen particular relevancia en estos casos el costo de los litigios, la gravedad producida por la ruptura de los contratos, la externalización de los riesgos o la protección del mercado mismo.

Corresponde tener en cuenta que la perspectiva del análisis económico del derecho se centra esencialmente en la actividad de las grandes corporaciones y no considera minuciosamente el tema relativo al objetivo sancionatorio de los daños punitivos.⁵⁹

c. La conducta de los jueces y de los jurados

Los montos exorbitantes fijados en causas vinculadas con daños de gran magnitud también han sido atribuidos a ciertas distorsiones cognitivas que afectan a los jurados.⁶⁰ La teoría que se propone en estos casos –que actúa como correctora del análisis económico del derecho– plantea que los montos exorbitantes son concedidos fundamentalmente por los jurados y que las causas de estas distorsiones se hallan en ciertas tendencias (*biases*) que se acentúan en estas circunstancias. El análisis conductista del derecho (*behavioral law and economics*) sostiene que existen algunas inclinaciones de los seres humanos que, especialmente en situaciones de riesgo o incertidumbre, llevan a que las decisiones no se sostengan en pautas racionales sino que se edifican sobre atajos mentales.⁶¹ A partir de esa comprobación, el análisis conductista insiste en que es posible encontrar sistematicidades en el apartamiento de estos patrones racionales.⁶² Existen múltiples

57. Shavell and Polinsky, pág. 909.

58. Shavell and Polinsky, pág. 910.

59. En este orden de ideas, la juez O'Connor cuestionó el Análisis Económico del Derecho en el campo de los daños punitivos ("La Octava Enmienda no incorpora las perspectivas de la Escuela del Análisis Económico del Derecho"; Browning Ferris pág. 300 (1989). Ver también O'Connor, Souter y White en TXO pág. 492 (disidencia) y O'Connor Breyer y Souter, en Gore (disidencia).

60. Para un panorama sobre estas distorsiones cognitivas, ver Cass R. Sunstein, Christine Jolls, y Richard Thaler, *A Behavioral Approach to Law and Economics*, 50 Stanford Law Review 1471 (1997).

61. Estas teorías fueron criticadas por Richard A. Posner, *Rational Choice, Behavioral Economics, and the Law*, 50 Stanford Law Review 1551 (1998) y Roselle Wissler, Allen J. Hart and Michael J. Saks, *Decisionmaking about General Damages: a comparison of jurors, judges and lawyers*, 98 Michigan Law Review 751 (1999).

62. Daniel Kahneman, David A. Schkade and Cass R. Sunstein, *Shared Outrage, Erratic Awards* en HOW JURIES DECIDE 31-42 (originalmente publicado como *Shared Outrage and Erratic Awards: The Psychology or Punitive Damages*, 16 Journal of Risk and Uncertainty 47 (1998).

explicaciones para estas distorsiones entre las cuales pueden citarse la racionalidad limitada, la tendencia retrospectiva, el anclaje, la atribución sustitutiva, la heurística afectiva y la disponibilidad, entre otros.⁶³ En particular, se advierte que el problema no se halla en la ponderación del ultraje moral causado por la conducta sino en el modo en que esta calificación se traslada a la determinación de montos dinerarios.⁶⁴

El análisis conductista propone en estos casos dos soluciones, por un lado, la búsqueda de procedimientos que permitan trasladar la relativamente uniforme calificación entre los jurados y jueces de los supuestos en los que se configura el ultraje moral a montos menos divergentes entre sí de los que se traducen en los veredictos.⁶⁵ En estos casos, surgen profundas diferencias entre jueces y jurados respecto a la transformación en montos dinerarios para castigar conductas reprochables. El segundo aspecto, se centraliza en promover mejores métodos para evitar que las decisiones de los jurados se vean afectadas por estas tendencias distorsivas.⁶⁶

De todos modos, las controversias que se han originado en la doctrina y en la jurisprudencia norteamericana desde principios de la década del 90 respecto a la utilidad de los daños punitivos no han podido todavía ser superadas. Sin embargo, resulta claro, por otra parte, que el estándar fijado por la Corte Suprema de los Estados Unidos en la secuencia Gore-Cooper-State Farm ha repercutido sobre los tribunales estatales. En particular se va asentando una regla que postula –como principio básico– que no debe haber entre los daños compensatorios y los daños punitivos un múltiplo que sea superior a un dígito.⁶⁷

63. He examinado este tema en mis artículos *Análisis conductista del derecho (Sobre algunas correcciones al análisis económico del derecho)*, ED 207-549 y 947. La bibliografía general es abundante y vale la pena citar, entre otros, a Christine Jolls, Cass R. Sunstein y Richard A. Thaler, *A Behavioral Approach to Law and Economics*, 50 *Stanford Law Review* 1471 (1998). BEHAVIORAL LAW & ECONOMICS (Cass R. Sunstein ed.), Cambridge, Cambridge University Press, 2000; HEURISTICS AND BIASES: THE PSYCHOLOGY OF INTUITIVE JUDGEMENT, edit. por Thomas Gilovich, Dale Griffin y Daniel Kahneman, Cambridge, Cambridge University Press, 2002 y un resumen sobre sus hallazgos en Russell B. Korobkin B. y Thomas S. Ulen, *Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics*, 88 *California Law Review* 1051 (2000) y Samuel Issacharoff, *Can there be a Behavioral Law and Economics?*, 51 *Vanderbilt Law Review* 1729, 1743 (1998). Ver también, MARIO BUNGE, EMERGENCIA Y CONVERGENCIA. NOVEDAD CUALITATIVA Y UNIDAD DEL CONOCIMIENTO, Barcelona, Ed. Gedisa, 2004; 210, 261, 284 y 289.

64. Cass R. Sunstein, Daniel Kahneman y David Schkade, *Assessing Punitive Damages (with Notes on Cognition and Valuation in Law)*, 107 *Yale Law Journal* 2071 (1998).

65. Edward J. McCaffery, Daniel J. Kahneman and Matthew L. Spitzer, *Framing the Jury: Cognitive Perspective on Pain and Suffering Awards*, en BEHAVIORAL LAW & ECONOMICS (Sunstein ed.) págs. 259-287.

66. Existen, por supuesto, otras perspectivas respecto a la adopción de mejores soluciones. Así Kip Viscusi afirmaba que “la más efectiva forma de disciplinar estas decisiones erróneas es a través de las fuerzas del mercado, la regulación gubernamental y los daños compensatorios y no por los daños punitivos”. *Why there is no Defense to Punitive Damages*, pág. 389.

67. *Henley v. Philip Morris Inc* (2004) 114 Cal. App. 4th 1429 (cociente de 6 a 1 de los daños punitivos respecto a los daños compensatorios); “A la luz de *Campbell* no creemos que el cociente 17 a 1 reflejado en el presente juicio pueda soportar el escrutinio judicial. Como nosotros leemos el caso, un cociente de dos dígitos sólo se hallará justificado raramente, y quizás nunca en un caso donde el actor haya obtenido un monto considerable por daños compensatorios”, 1480); *Diamond Woodworks, Inc. v. Argonaut Ins. Co.* (2003) 109 Cal. App 4th 1020 (cociente de 4 a 1; “con respecto al cociente entre daños punitivos y daños compensatorios... no tenemos duda que cualquier excedente sobre 4 a 1 no se adecuará al debido proceso bajo *Campbell*” 1455); *Zhang v. American Gem Seafoods Inc.* (9th Circ 2003) 339 F. 3 1020 (cociente de 7 a 1); *Bogle v. McClure* (11th Cir. 2003) 332 F.3d. 1347 (cociente de 4 a 1); *Rhone-Poulenc Agro S.A. v. DeKalb Genetics Copr.* (D.C. Cir 2003) F.3d 1366 (cociente de 3 a 1).

Desde luego que no pueden establecerse claros criterios a ese respecto pero el respeto del principio sentado por la corte federal por parte de los tribunales estatales supone una especie de regla federal de mayor eficacia que las dificultades que habría importado la conformación de múltiples sistemas de topes en los diferentes estados.⁶⁸

III. El sistema normativo argentino y los daños punitivos

Nuestro país adoptó un sistema de responsabilidad civil que se encuentra sustentado en el derecho continental. El Código Civil se funda sustancialmente en el Código Civil de los Franceses de 1804 y en la obra del jurista brasileño de mediados del siglo XIX Augusto Teixeira de Freitas. Su texto original ha pasado por diversas reformas, la más importante de las cuales es la sancionada con la ley 17.711 de 1968 que ha impuesto responsabilidades por el riesgo o vicio de las cosas apartándose del puro sistema de responsabilidad subjetiva del código original.⁶⁹

No existe en la legislación positiva argentina disposición alguna que contemple la imposición de daños punitivos al estilo del orden normativo norteamericano.⁷⁰ La responsabilidad civil se funda esencialmente en el deber de reparación, esto es, en la obligación de reintegrar las cosas al estado en que se encontraban antes del incumplimiento contractual (responsabilidad contractual) o del hecho ilícito (responsabilidad extracontractual).⁷¹ La indemnización se satisface habitualmente en dinero y sólo tiene una función compensatoria: se pagan sólo los daños comprobados y ciertos y en algunas ocasiones se repara la pérdida de la chance. El daño potencial no es resarcido y no existen multas civiles o daños punitivos que busquen un objetivo de castigo y disuasión.⁷²

Los autores argentinos –especialmente de derecho civil– consideraban a los daños punitivos como un instituto propio del derecho anglosajón que no debería ser recibido en el sistema normativo argentino.⁷³ Desde principios de la década

68. También se ha señalado otro efecto restrictivo de la jurisprudencia de la Corte Suprema ya que se sostiene que sus fallos prohíben implícitamente múltiples indemnizaciones y hacen exigible, en consecuencia, la agregación de demandas (*claim aggregation*). Semra Mesulam, *Collective Rewards and Limited Punishment: Solving the Punitive Damages Dilemma with Class*, 104 *Columbia Law Review* 1114, 1132 (2004).

69. El Código Civil -en su texto original- establecía el principio de responsabilidad extracontractual por culpa, pero desde la reforma de 1968 se han incorporado diversas normas que establecen supuestos de responsabilidad cuasi objetiva, sobre todo en lo que se refiere a los daños causados por el riesgo o vicio de la cosa (art. 1113).

70. Algún autor discute esta afirmación (ver Jorge Mario Galdós, *Daño moral colectivo, daños punitivos y legitimación procesal activa*, *Revista de Derecho de Daños* vol. 6, 1999, 113, 134), pero la doctrina considera en su mayoría que el instituto no se encuentra incorporado a nuestro sistema normativo.

71. La Corte Suprema de Justicia de la Nación considera que este deber de reparar surge del art. 19 de la Constitución Nacional en cuanto esa norma dispone que las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe (conf. Ponzetti de Balbín Fallos: 306:1892 de 1984).

72. Las reglas que rigen la responsabilidad civil en la Argentina son, desde luego, mucho más complejas (las obras clásicas en este sentido son Jorge J. Llambías, *OBLIGACIONES*, Buenos Aires, Ed. Perrot, 1973, Guillermo A. Borda, *OBLIGACIONES*, 5ª ed. Buenos Aires, Ed. Perrot, 1983 y Jorge Bustamante Alsina, *TEORÍA GENERAL DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL*, 5ª ed., Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1987).

73. Se destacan los trabajos de Jorge Bustamante Alsina, *Los llamados 'daños punitivos' son extraños a nuestro sistema de responsabilidad civil*, *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales*, XXIX, 32, 1994, págs. 125 y *Algo más sobre los llamados 'daños punitivos'*, LL 1994-D-863.

de 1990⁷⁴ esta tendencia se invirtió y existen autores que consideran que sería beneficiosa la incorporación de ese tipo de daños para hacer frente a actitudes altamente reprochables. La posición de los autores es, en la actualidad, ampliamente favorable a su incorporación en el marco de la responsabilidad por hechos ilícitos en general⁷⁵ y en particular se propicia su aceptación en tan diversos campos como el daño ambiental⁷⁶, el daño a la intimidad⁷⁷, la protección del derecho de autor⁷⁸, el daño al consumidor⁷⁹, el daño causado por la emisión de informaciones inexactas para incluso alcanzar otros aspectos como el daño moral⁸⁰ o la punición por el incumplimiento de las obligaciones alimentarias.⁸¹

Asimismo, el proyecto de Código Civil de 1998—elaborado por una Comisión de Juristas⁸²—propuso la incorporación de un texto expreso que recibía el concepto de daños punitivos. En efecto el art. 1587 del proyecto propone el siguiente texto. “Multa civil. El tribunal tiene atribuciones para aplicar una multa civil a quien actúa con grave indiferencia respecto de los derechos ajenos o de los intereses de incidencia colectiva. Su monto se fija tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial los beneficios que aquél obtuvo o pudo haber obtenido con su conducta y tiene el destino que le asigne el tribunal por resolución fundada.”⁸³

74. Puede decirse que la corriente comenzó con el trabajo de Alfredo J. Kraut, *Faceta preventiva y sancionatoria del derecho de daños. La culpa como agravación de la responsabilidad objetiva*, JA 1989-III, pág. 909, III-d) 1).

75. La exposición más amplia es la de Ramón D. Pizarro, *Daños punitivos* en Derecho de daños: homenaje al profesor doctor Jorge Mosset Iturraspe, Vol. 2, 1989/2000, Buenos Aires, La Rocca, 287. Ver también Virginia Simari, *Daños punitivos: una herramienta eficaz* en Revista de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional, Vol. XI, 1998, pág. 159 y Augusto R. Sobrino, *Los daños punitivos: una necesidad de la postmodernidad*, J.A. 1996-III-1976; Federico M. Álvarez Larrondo, *Los daños punitivos*, LL. 2000-A-1111 y Félix Trigo Represas, *Daños punitivos en La responsabilidad (homenaje al Profesor Doctor Isidoro H. Goldenberg)*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1995.

76. Carlos E. Camps, *De los daños punitivos al enriquecimiento sin causa en el derecho civil ambiental*, J.A., 2001-I-1105. En realidad, este autor repudia, por un lado, a los daños punitivos pero, al mismo tiempo, recomienda que el afectado reciba una indemnización que va más allá de lo compensatorio y que se dirige a trasladar el monto del enriquecimiento del demandado a favor del perjudicado.

77. Patricia E. Castro, *Libertad de prensa. Real malicia y daños punitivos*, Revista Jurídica de la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales, vol. 6, 2002, pág. 151.

78. Jorge Andrés Sierra, *La cuantificación de los ilícitos en el derecho de autor: los daños punitivos*, en Carlos A. Ghersi coordinador, *Los nuevos daños: soluciones modernas de reparación* Vol. 2, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2000, pág. 457.

79. Augusto Sobrino, *Los daños punitivos: su posible aplicación a la industria alimenticia*, en Carlos A. Ghersi compilador. *La responsabilidad de las empresas y la tutela del consumidor de alimentos*, Buenos Aires, Eudeba, 1998, pág. 219.

80. Jorge Mario Galdós, *Daño moral colectivo, daños punitivos y legitimación procesal activa*, Revista de Derecho de Daños vol. 6, 1999, pág., 113.

81. Augusto Roberto Sobrino, *Alimentos: algunas propuestas para su cumplimiento. La aplicación del daño moral, daños punitivos, astreintes y la teoría de las cargas probatorias* en Revista del Colegio de Magistrados y Funcionarios del Departamento Judicial de San Isidro, Vol. 5, 1999, pág. 17.

82. Esta comisión se encontraba integrada por Héctor Alegría, Atilio Aníbal Alterini, Jorge Horacio Alterini, María Josefa Méndez Costa, Julio César Rivera y Horacio Roitman.

83. No es el objetivo de este trabajo analizar esa norma, pero de su lectura se desprende que se han tomado términos propios del derecho estadounidense. Así, la referencia del proyecto es una traducción de expresiones similares del derecho norteamericano que califican a una conducta como gravemente negligente (*grossly negligent*) cuando es intencional o supone un temerario desinterés de los derechos de los otros (ver, por ejemplo, United States Court of Appeals 5° Circ. Bernard M. Barrett v. United States of América del 27 de noviembre de 1996 con la cita Marré v. United States, 38 F.3d 823, 826 (5° Circ. 1994) y Miller v. Pannell, 815 So. 2d. 1117 de la Corte Suprema de Mississippi, 2002)

El proyecto de Código Civil aun no ha sido aprobado por el Congreso Nacional y no existen perspectivas de que así lo sea en un futuro cercano. Sin embargo, resulta claro que existe una fuerte corriente de opinión que propone la incorporación al derecho argentino de los daños punitivos como un remedio para disuadir a los autores de ciertas conductas reprochables en el marco de la responsabilidad civil.⁸⁴ Cabe tener en cuenta, además, que no existen decisiones de la jurisprudencia argentina que hayan incorporado a los daños punitivos⁸⁵, razón por la cual me detendré en el examen de las propuestas en miras a una eventual incorporación de la mencionada norma del Proyecto de 1998.

Sorprendentemente, la mayoría de estos autores ha concebido a la institución casi sincrónicamente sin considerar las dificultades que han surgido en la última década en Estados Unidos y que han llevado, como quedó dicho, a cuestionar la existencia misma del instituto en el marco de la responsabilidad civil. Los comentarios se dirigen, en general, a examinar el tema sólo desde los problemas que originan los excesos cuantitativos y a plantear la cuestión en términos duales, casi al modo en que se considera una indemnización de daños compensatorios: exceso en la cuantía o monto ínfimo.⁸⁶

Ahora bien, tal como he relatado en el punto II la cuestión dista de ser sencilla. Las ventajas e inconvenientes de los daños punitivos han sido examinados en algunos trabajos.⁸⁷ El enfoque en estos casos ha consistido, por lo general, en reseñar el estado de la cuestión en el sistema norteamericano, compararlo con el sistema argentino y plantear las ventajas o inconvenientes de la incorporación del instituto a nuestro país. Debo destacar que la perspectiva con la que se examina el sistema estadounidense es fundamentalmente estática y sólo se señalan las dificultades en la determinación de la cuantía de los daños.⁸⁸ La comparación se efectúa así con un examen de ambos sistemas como estáticos.⁸⁹ Mi visión intenta ser más dinámica. No supone descartar la incorporación de los daños punitivos. Implica, en cambio, destacar las dificultades de su traslación no porque sean intrínsecamente inadmisibles en un sistema continental sino porque pueden ser usados para fines no previstos en el *common law* o porque su traslación se insertará en un entramado en el que existen rasgos procesales que deberán llevar a un estudio más cuidadoso por parte de los jueces.

84. Para un apoyo crítico al Proyecto, ver Jorge Mosset Iturraspe, *La 'multa civil' o daño punitivo. Comentario al proyecto de reforma al Código Civil de 1998*, LL 2000.-B-1277.

85. Por el contrario los tribunales han señalado expresamente que no se aplican los daños punitivos en la Argentina (CNCiv Sala D del 28 de febrero de 1996 en LL 1996-D-451 y CNFed Civ y Com, Sala III ED 180-378).

86. Menos aún se ha examinado la cuestión desde la perspectiva del análisis económico del derecho. Un esbozo en este sentido se encuentra en el trabajo de Alberto Biglieri y otros, *Las multas civiles: análisis económico de la cuestión y su constitucionalidad*, XIII, Conferencia Nacional de Abogados (Jujuy 2000).

87. Un excelente trabajo al respecto en el trabajo de Juan C. Díaz (ver nota 8).

88. Una excepción a este procedimiento se encuentra en el citado trabajo de Jorge Bustamante Alsina, *Los llamados 'daños punitivos' son extraños a nuestro sistema de responsabilidad civil*, citado en la nota 73.

89. En su trabajo *Los daños punitivos en el proyecto de Código Civil de 1998* (LL 2001-F-1316) Diego F. Martinotti destaca con precisión las dificultades que se advierten en el proyecto: la inconstitucionalidad de la sanción de los daños punitivos, el problema de la doble punición, la arbitrariedad en la determinación del monto, la violación al derecho de propiedad, la escasa efectividad disuasoria y el efecto social y económicamente negativo.

IV. Los problemas de la traslación

Existen recientes estudios que han permitido comprender más claramente el préstamo (*borrowing*) o trasplante de instituciones de un país a otros.⁹⁰ En este caso realizaré algo distinto. En efecto, enfocaré mi atención al período intertemporal entre el conocimiento de una institución foránea y su aceptación concreta en el derecho positivo del país importador. No me limitaré a examinar las desventajas del instituto en el país de origen, esto es, la ponderación del instituto tal como funciona en el país exportador. Ello es un presupuesto de este estudio intertemporal pero el examen tendrá en cuenta, además, los aspectos dinámicos de la cuestión. Un ejemplo en este sentido es cómo se concibe el concepto del reparto de la indemnización entre otras personas distintas del actor. Frente a la concepción individualista propia de los Estados Unidos es posible contraponer la concepción argentina más propensa a la intervención del Estado para superar las desigualdades económicas y sociales.

Asimismo, uno de los problemas que surgen de la introducción de elementos legales foráneos es que ellos son adoptados en un estadio primitivo, esto es, los legisladores y autores incorporan un sistema que ya no se corresponde en algunos aspectos con el sistema actualmente vigente en el país “exportador”. No es posible pasar por alto, en este sentido, el modo en que la jurisprudencia norteamericana ha ido restringiendo el ámbito de la aplicación de los daños punitivos. Esto se aprecia claramente en las decisiones de las cortes estatales que aplican los criterios de Gore, Cooper y State Farm.

Baste citar, como ejemplo, la sentencia de la Cámara de Apelaciones del Quinto Distrito del Estado de California en el caso *Romo v. Ford*.⁹¹ Al examinar un caso reenviado por la corte federal que había revocado una decisión anterior, la cámara se adecuó a las pautas señaladas por Gore y los fallos consecuentes con su criterio. En concreto, la cámara llegó a la conclusión de que en *State Farm* se había implícitamente rechazado la perspectiva amplia sobre los objetivos y la medida de los daños punitivos. De ello, resulta que en el análisis sobre los daños punitivos debe atenderse primariamente a lo que el demandado hizo al actor, más que a la riqueza del demandado y a su incorregibilidad en general. De un modo similar, la cámara interpretó que la corte federal había establecido un límite que restringía el monto de los daños punitivos. Este límite a los daños punitivos consistía en un multiplicador –dado entre el cociente entre daños compensatorios y punitivos– que no debía ser superior a un dígito para que las sentencias en estos casos no afectaran el debido proceso legal.⁹²

Existe otro aspecto que consideraré y que podría denominarse el aspecto negativo del préstamo, esto es, lo que el ordenamiento positivo importador *decide* no incorporar u *omite* incorporar. Existen presupuestos en el país exportador que apenas son considerados en el país importador y que es bueno poner de resalto a fin de evitar los problemas del país exportador (jurados) o la destrucción del objetivo del instituto por las deformaciones propias del sistema normativo de fondo o procesal del país importador.

90. Ver en este sentido los trabajos de Carlos F. Rosenkrantz, *En contra de los "Préstamos" y de otros usos "no autoritativos" del derecho extranjero*, publicado en este número y Daniel Berkowitz, Katharina Pistor y Jean-Francois Richard, *The Transplant Effect*, 51 *American Journal of Comparative Law* 163 (2003).

91. Dis. 2003 6 Cal Repr.

92. *Ibid.*

A la luz de estas consideraciones es posible realizar una contraposición entre la figura como funciona actualmente en los Estados Unidos y el instituto tal como pretende ser introducido en nuestro país para poner de resalto las divergencias o similitudes entre ambos sistemas normativos.

a) Objetivos

La pauta distintiva de los daños punitivos en los Estados Unidos que los distingue de otro tipo de indemnizaciones o multas civiles es que este instituto contempla dos objetivos básicos: punición y disuasión. No basta con compensar a la víctima o castigarla, sino que es importante tener en cuenta que el monto de la indemnización sea suficientemente relevante en el patrimonio del ofensor para que no repita sus conductas. Se presenta otro objetivo subsidiario cual es que otros eventuales ofensores se miren en el espejo de estos castigos para evitar que incurran en una conducta semejante. Como he señalado, las distorsiones respecto de estas funciones ha exigido de parte de la Corte Suprema de los Estados Unidos el establecimiento de algunos patrones determinados para evitar la exorbitancia de los daños.⁹³ En esta tarea gradual, la Corte Suprema norteamericana actuó de acuerdo a pautas propias del *common law* mediante un proceso de acomodamiento que ha tenido en cuenta las diversas situaciones fácticas de los casos para elaborar un estándar en Gore que pueda ser de utilidad para los tribunales inferiores.⁹⁴

En principio no se advertirían mayores dificultades en la Argentina para la traslación de esos objetivos. Es más, uno de los autores del Proyecto de Código Civil señala concretamente que este instituto se encuentra destinado a cumplir funciones de prevención especial y de prevención general.⁹⁵ Ahora bien, resulta necesario considerar en este caso un objetivo que no es ponderado habitualmente en los Estados Unidos. En efecto, la Constitución Argentina –especialmente desde su Reforma de 1994– impone fuertemente el cumplimiento de ciertos derechos positivos que ha llevado a una nutrida jurisprudencia a favor de los ciudadanos que reclaman al Estado la satisfacción de ciertas necesidades básicas.⁹⁶

93. Shavell y Polinsky han criticado el uso del concepto del “daño potencial” para el cálculo del valor de los daños punitivos en el trabajo citado, pág. 917.

94. La mera mención de los indicadores en Gore, pág. 575, fue enfatizada en *State Farm* (parte II) donde se instruyó a las cortes para que revisaran las indemnizaciones por daños punitivos de acuerdo con esos indicadores.

95. Atilio A. Alterini, *Informe sobre la responsabilidad civil en el Proyecto de Código Civil de 1998* (LL 1999-C-860) quien indica, además, que la regulación propuesta está emparentada con la idea de pena privada y en particular con la de daños punitivos –o mejor dicho, condenaciones punitivas– indicadas en el *Restatement of Torts 2nd* 908 apart. 1 y 2.

96. Una exhaustiva e incisiva investigación sobre estas posibilidades se encuentra en el artículo de Christian Courtis y Víctor Abramovich, *Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales* (pub. en LA APLICACIÓN DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS POR LOS TRIBUNALES LOCALES, Buenos Aires, Ed. Del Puerto/CELS, 1997, págs. 283-350). Se destacan últimamente en este sentido diversos fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que imponen, por ejemplo, el cumplimiento de prestaciones médicas básicas o suministros de medicamentos por el Estado (ver en este sentido caso *Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta c. Estado Nacional* del 18 de diciembre de 2003 y nota de Susana Cayuso, *El derecho a la salud: un derecho de protección y un derecho de prestación*, La Ley Suplemento de Derecho Constitucional del 2 de abril de 2004, pág. 37). Las dificultades de los ciudadanos argentinos para hacer frente a necesidades básicas ha llevado en los últimos años a utilizar procedimientos judiciales para que el Estado asuma el costo del ejercicio de estos derechos (la situación es similar a la reseñada por Cass R. Sunstein, especialmente respecto de la Corte Suprema de Sudáfrica en *WHAT CONSTITUTIONS DO*, Oxford University Press, 2001).

Esta jurisprudencia nacional responde estrictamente a los mandatos constitucionales – especialmente después de la Reforma de 1994- y nada cabe objetar al respecto. El problema puede llegar a configurarse si se entiende que la imposición de daños punitivos se enmarca en esta corriente protectora de los derechos económicos y sociales para cumplir fines no previstos por la institución. La traslación de los daños punitivos podría ser considerada como un remedio para transferir sumas de dinero de las grandes empresas a los actores con el fin de reparar las desigualdades existentes. Tal presunción puede verse afirmada por el hecho de que el citado art. 1587 del Proyecto de Código Civil permite la recepción de la indemnización por otra persona distinta del afectado. En resumen, la asignación de una especie de “impuesto por dañar” –sin las garantías provenientes del derecho tributario- no se encuentra dentro de los objetivos de los daños punitivos y es susceptible de originar graves trastornos en el patrimonio de los individuos y de las personas jurídicas.

b) Marco de control

La imposición de daños punitivos –sobre todo en los casos de daño ambiental- resulta, en algunas ocasiones, un remedio frente al déficit de las agencias administrativas norteamericanas en cumplir con su cometido.⁹⁷ Ahora bien, resulta claro que en el sistema jurídico norteamericano las agencias administrativas cumplen un rol amplísimo y se encuentran altamente especializadas para el cumplimiento de sus fines. Agencias como la *Environmental Protection Agency* (EPA) y la *Food & Drug Administration* (FDA) despliegan un amplio rol de prevención y de punición respecto de las actividades riesgosas.⁹⁸

Las secretarías en la Argentina –que son los departamentos gubernamentales similares a las agencias administrativas- carecen de los recursos económicos necesarios para tutelar el espacio ambiental.⁹⁹ Esta situación se ha visto mejorada por la incorporación del art. 41 de la Constitución Nacional¹⁰⁰ que amplía en grado notable la legitimación a favor de ciudadanos y de asociaciones para proteger al medio ambiente.

De todos modos, el peligro que se advierte en este sentido es que la imposición de daños punitivos –que resulta extremadamente útil para castigar a los responsables por

97. “Para un amplio rango de actividades regulatorias, el nivel de salud y de seguridad –según lo disponen las regulaciones del gobierno- es demasiado seguro, comparado con el nivel económicamente eficiente.” Kip Viscusi. *Why there is no Defense to Punitive Damages*, at. 389. Un panorama respecto a las diferencias entre Viscusi y el análisis conductista en Robert J. MacCoun, *The Costs and Benefits of Letting Juries Punish Corporations: Comment on Viscusi*, 52 *Stanford Law Review* 1821, 1822 (2000).

98. Ver Kip Viscusi *The social costs of punitive damages*, pág. 317 (1998).

99. Existe aquí un problema: la distancia entre los mandatos legislativos y la practicabilidad de ellos en los países no desarrollados (Ver acerca de las implicaciones constitucionales y legislativas a este respecto en Guido S. Tawil, *La cláusula ambiental en la Constitución Nacional*, LL 1995-B-1291).

100. El texto dispone que todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales.

desastres ambientales- pueda convertirse en un sucedáneo de la ineficacia gubernamental general. Surge aquí un nuevo problema de traslación: lo que se da por supuesto y existente en los Estados Unidos es un departamento que funciona con dificultades en la Argentina y que expandirá posiblemente el rango de aplicación de los daños punitivos.

c) Factor de atribución subjetivo

La jurisprudencia norteamericana se ha enfrentado con algunas dificultades para determinar cuán grave debe ser la conducta del ofensor para hacer admisible la imposición de daños punitivos.¹⁰¹ Resulta claro que está comprendido el dolo y también un comportamiento culposo con desprecio para terceros. Pero aquí las cortes ingresan en un territorio gris cuya delimitación depende esencialmente de la tradición anglosajona mediante la elaboración de estándares judiciales que puedan ser seguidos en el futuro por otros jueces.¹⁰²

En el derecho continental argentino, la culpa es definida por el art. 512 del Código Civil¹⁰³ y son contadas las situaciones en las que se admite una gradación intermedia entre la culpa y el dolo.¹⁰⁴ Es más, la aceptación de la doctrina de la real malicia por la Corte Suprema de Justicia de la Nación¹⁰⁵ ha originado diversas discusiones en torno al modo en que ésta debe ser entendida.¹⁰⁶

La mención del proyecto respecto a la “grave indiferencia” respecto de los derechos ajenos es, en realidad, una traducción de precedentes norteamericanos.¹⁰⁷ Supone la introducción de una graduación de culpas no contemplada en el mencionado art. 512 y que hará necesario que el juez remodele sus patrones de examen del comportamiento desde una perspectiva distinta, con la circunstancia agravante de que carecerá de las flexibilidades propias del derecho anglosajón.

101. La Corte Suprema norteamericana ha señalado expresamente que “el indicio más importante de la razonabilidad de una indemnización por daños punitivos es el grado de reprochabilidad de la conducta del demandado”, Gore pág. 575.

102. Benjamín Cardozo, *LA NATURALEZA DE LA FUNCIÓN JUDICIAL*, Buenos Aires, Arayú, 1954, p. 11 y 81, Roscoe Pound, *The theory of judicial decision*, 36 *Harvard Law Review* 641, 649 (1923) y Julio César Cueto Rúa, *EL COMMON LAW*, Buenos Aires, La Ley 1957, pág. 89.

103. La culpa del deudor en el cumplimiento de la obligación consiste en la omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación, y que correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.

104. Un ejemplo es el art. 70 de la ley de seguros 17.418 que dispone que el asegurador queda liberado si el tomador o el beneficiario provoca el siniestro dolosamente o por culpa grave.

105. Esta doctrina ha sido citada en diversas sentencias. Entre otras puede citarse a Costa (Fallos: 310:508); “Triacca”, (Fallos: 316:2417); “Morales Solá”, (Fallos: 319:2741); “Ramos”, (Fallos: 319:3428); “Amado C. Menem”, (Fallos: 326: 2491); “Guerineau” (Fallos: 327:943).

106. Los constitucionalistas defienden la incorporación directa de la doctrina mientras que algunos civilistas cuestionan fuertemente la ruptura que ha supuesto la traslación de este concepto al sistema de responsabilidad civil tradicional. Un ejemplo de estas dificultades se encuentra incluso en la traducción de la expresión *reckless disregard* que la Corte Suprema misma ha vertido mediante diversos conceptos (para estas versiones ver mi trabajo, *Los contenidos mínimos de la doctrina en el marco de la real malicia en la responsabilidad civil*, ED 209-972). Para el impacto de la real malicia en las decisiones de las cortes argentinas, Enrique T. Bianchi y Hernán V. Gullco, *EL DERECHO A LA LIBRE EXPRESIÓN. ANÁLISIS DE LOS FALLOS NACIONALES Y EXTRANJEROS*, Librería Editora Platense, La Plata, 1997.

107. Ver nota 83.

d) Daño

i. Naturaleza

El derecho positivo argentino no tiene indemnizaciones similares a los daños punitivos. Los casos más cercanos son los de las cláusulas penales,¹⁰⁸ las astreintes¹⁰⁹ y el daño moral.¹¹⁰ La cláusula penal es sólo una indemnización anticipada prevista por las partes, las astreintes son multas civiles fijadas por los jueces para el cumplimiento de una orden judicial –y no tienen una finalidad directamente indemnizatoria y disuasoria– y el daño moral contempla sólo la reparación del menoscabo sufrido en el valor íntimo de las personas. Las astreintes son fijadas arbitrariamente por los jueces y pueden ser reducidas o aumentadas para forzar el cumplimiento y aun ser dejadas sin efecto.¹¹¹ La reparación del daño moral no se vincula necesariamente con el daño compensatorio y habitualmente los tribunales se refieren a circunstancias particulares de cada causa (edad de la víctima, sufrimiento padecido por sus parientes, etc.) para determinar el monto indemnizatorio a favor de la víctima.

La determinación de los daños punitivos en los Estados Unidos guarda vinculación con los daños compensatorios (más acentuada desde *Gore* y *State Farm*)¹¹² y se relaciona mediatamente con el daño potencial (aspecto que no se considera habitualmente en la Argentina en donde sólo el daño cierto o la pérdida de chance dan lugar a un daño compensatorio).¹¹³

ii. Daño potencial

El cálculo de los daños punitivos se relaciona en algunas ocasiones no sólo con el daño real causado, sino también con el daño potencial que podría haberse originado de haber continuado el demandado en su curso de acción reprochable.¹¹⁴ Este tipo de cálculos no se realiza en la Argentina –y tampoco se propone en el Proyecto de Código Civil– razón por la cual habría un dato objetivo que favorece la importación del instituto en este caso.

108. La cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena o multa en caso de retardar o de no ejecutar la obligación (art. 652 del Código Civil).

109. Los jueces podrán imponer en beneficio del titular del derecho, condenaciones conminatorias de carácter pecuniario a quienes no cumplieron deberes jurídicos impuestos en una resolución judicial (art. 666 bis del Código Civil).

110. La obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende, además de la indemnización de pérdidas o intereses, la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima (art. 1078 del Código Civil). Una parte de la doctrina sostenía que la imposición de estas indemnizaciones revestía un carácter punitivo (ver LLAMBÍAS, OBLIGACIONES, T. I, n° 269), pero la posición predominante en la doctrina y en la jurisprudencia actuales considera que el daño moral tiene un objetivo meramente resarcitorio.

111. OSCAR J. AMEAL en AUGUSTO C. BELLUSCIO, CODIGO CIVIL, COMENTADO ANOTADO Y CONCORDADO, Buenos Aires, Astrea, 1981, T. III-247.

112. La Corte Suprema afirmó que “reconocimos en *Cooper Industries, Inc. v. Leatherman Tool Group, Inc.*, 532 U.S. 424, que en nuestro sistema judicial los daños compensatorios y punitivos, aunque usualmente concedidos al mismo tiempo por quien toma la decisión, sirven a diferentes objetivos” (pág. 432). Los daños compensatorios “están dirigidos a reparar el daño concreto que el actor ha sufrido con motivo de la conducta ilícita del demandado” *Ibid.* (citando el Restatement (Second) of Torts §903, pp. 453-454 (1979)). Por el contrario, los daños punitivos sirven a una función más amplia; están dirigidos a la disuasión y al justo castigo (*retribution*)” (*State Farm. v. Campbell*, parte II).

113. Este es el panorama general de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil.

114. Ver en este sentido las consideraciones de la Corte Suprema de los Estados Unidos en los casos *Gore* 517 U.S. pág. 580 y *Cooper Industries*.

Los daños potenciales deberían excluirse, pues, de la consideración de las circunstancias de la causa. De admitirse la ponderación del daño potencial, lo que creo difícil que se produzca, los costos de los litigios se incrementarían porque la determinación de los daños potenciales requeriría de cálculos de peritos para determinar, por ejemplo, el costo que podría originar el daño potencial respecto de una fábrica que ha empezado a contaminar un río pero que no siguió en ese curso de acción por la promoción de la demanda o por la intervención de una agencia como la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable. Cabe señalar que el Proyecto de 1998 no contempla este aspecto del daño potencial sino esencialmente el enriquecimiento concreto o eventual que podría obtener el demandado en este tipo de casos.

Debe tenerse en cuenta, además, que el eventual uso de los daños punitivos como control subsidiario en defecto del control administrativo de las agencias puede llevar a convertir a estos peritos precisamente en un sucedáneo de los expertos administrativos que debieron haber controlado el riesgo de la actividad desarrollada.¹¹⁵ En otros términos, existe el peligro de que una labor específicamente administrativa (el control de los riesgos en general y el de los problemas ambientales en particular) sea asignada a los jueces que carecen, naturalmente, de los medios para desplegar eficazmente ese tipo de tareas.

iii. Cuantía

El art. 1587 del Proyecto de Código Civil permite a los jueces establecer la cuantía de los daños punitivos teniendo en cuenta las circunstancias de la causa aunque, al mismo tiempo, establece una directa vinculación entre aquellos y el enriquecimiento real o eventual del demandado.

Dentro de la categoría de las “circunstancias” probablemente puedan llegar a insertarse las pautas que ha elaborado la jurisprudencia estadual y federal en Estados Unidos. De acuerdo con esta consideración, existe la posibilidad de que a mediano plazo y de incorporarse esta figura, los jueces argentinos construyan un estándar similar al expresado en Gore y su proge.

iv. Límites

El cálculo de los daños punitivos se encuentra sujeto a controles severos en el caso de los jurados. Un ejemplo de ello se encuentra en las instrucciones que reciben los jurados del Estado de California.¹¹⁶ Las razones por las cuales se imponen montos tan altos se vinculan, sobre todo en el caso de los jurados, con cuestiones tales como las distorsiones cognitivas ya citadas. Debe tenerse en cuenta además, que la Corte Suprema ha impuesto una especie de sistema de topes (*capping system*).¹¹⁷ En otros términos, el sistema normativo actual de los Estados Unidos ha impuesto en realidad una limitación a este instituto que la jurisprudencia tiende a representar por un cociente no superior a un dígito entre los daños compensatorios y los daños punitivos.

115. Jorge E. Barberá, *La teoría de la captura de los entes reguladores. El caso del sistema postal o de correos*, LL 1996-E- 875.

116. El capítulo correspondiente a la imposición de daños punitivos tiene más de 130 páginas del manual respectivo creado por el Consejo Judicial de ese Estado que puede ser consultado en www.courtinfo.ca.gov/reference/documents/civiljuryinst.pdf

117. Theodore Eisenberg y Martin T. Wells, *Punitive Damages After BMW, a New Capping System, and the Reported Opinion Bias*, 1998 Wisconsin Law Review 387.

Casi nada se menciona en los trabajos doctrinarios en la Argentina sobre estas limitaciones¹¹⁸ y la ponderación del art. 1587 se relaciona con las “circunstancias” del caso y la libre ponderación del juez al respecto. Para el cálculo de los límites de los daños punitivos también debe tenerse en cuenta que la Corte Suprema de Justicia de la Nación no examina habitualmente los montos de las indemnizaciones. Sólo lo hace en supuestos excepcionales y generalmente para aumentar los montos ínfimos y en muy contadas excepciones para limitar montos considerados exorbitantes.¹¹⁹ Es de suponer que los tribunales podrían establecer pautas –como la corte norteamericana en Gore o como hizo nuestra Corte Suprema en Campillay–¹²⁰ en lo que supondría la incorporación de una pauta más del *common law* para traducir la indemnización por los daños punitivos.

e) El costo de los litigios

En los Estados Unidos rige un sistema en el cual cada parte paga sus costas, los peritos son presentados por las partes y existe amplia autonomía contractual para fijar los honorarios mediante el pacto de cuota litis.

La situación en la Argentina es distinta. Rige el denominado principio objetivo de derrota (artículo 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación) por el cual el vencido paga los honorarios del letrado de la contraria y los suyos.¹²¹ En algunas ocasiones, los tribunales distribuyen las costas en el orden causado, esto es, cada parte paga los honorarios de sus respectivos letrados y los honorarios de los abogados se fijan de acuerdo a un arancel legal, sin perjuicio de que se establezcan pactos entre las partes superiores a estos límites normativos.

Existe, sin embargo, un instituto procesal que se ha difundido, quizás en demasía, por el cual se permite –incluso al vencido– no pagar los honorarios de los letrados de la contraria. Este mecanismo –titulado beneficio de litigar sin gastos– introduce una variable peligrosa en estos casos y puede permitir la promoción de las denominadas demandas frívolas.¹²² Demostrada la ausencia de bienes para hacer frente a los costos del proceso es posible pedir la concesión del beneficio de litigar sin gastos y reclamar, sin peligros a la vista, la imposición de daños punitivos exorbitantes. Existen mecanismos de control como el art. 52 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación,¹²³ pero es necesario tener en

118. Algunas pautas acerca del modo en que se limitan los daños punitivos en Estados Unidos se encuentra en Elena Highton, Gladys Álvarez y Carlos G. Gregorio, *Limitación de la responsabilidad por daños. Un enfoque socioeconómico*, LL 1997-C-1045.

119. “Evangelista” (Fallos:318:2072); “Caamaño”, (Fallos:319:1086); “Tkachuk” (Fallos: 320: 2230).

120. En Campillay, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha utilizado un estándar que dispone que cuando un medio de difusión reproduce una noticia falsa y difamatoria, queda liberada de responsabilidad si inequívocamente señala que está citando a otra fuente, utiliza el modo potencial o no individualiza a las personas que pudieran sentirse eventualmente afectadas.

121. Lino E. Palacio, DERECHO PROCESAL CIVIL, Buenos Aires, Abeledo- Perrot, 1979, III-379

122. Ver en este sentido Facundo Viel Temperley, *El equilibrio en la concesión del beneficio de litigar sin gastos*, LL 2005-A-1333.

123. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha intervenido en algún caso para considerar que para regular honorarios a los abogados y los peritos que debe abonar el demandado vencedor cuando se rechaza la demanda interpuesta por quien obtuvo beneficio de litigar sin gastos corresponde apartarse del desmesurado monto reclamado en la demanda para evitar consecuencias absurdas y tener en cuenta, en cambio, el máximo que puede estimarse habría representado la indemnización en caso de haber prosperado la acción (Fallos: 318:558).

cuenta este aspecto porque también es una rugosidad en el proceso de traslación del sistema estadounidense al sistema jurídico argentino.

f) El papel de los jurados

Los jurados establecen habitualmente los daños punitivos en los Estados Unidos (aunque también resulta claro que los jueces tienen facultades para restringir los montos respectivos). Tal como señalé anteriormente, el problema de los montos exorbitantes ha sido atribuido generalmente a la actitud de los jurados influidos por aspectos que son descartados o refinados por la especialización técnica de los jueces.

Estas dificultades no se reproducirán en la Argentina donde no existe el juicio por jurados para causas civiles. Los montos son fijados siempre por los magistrados de primera instancia y de cámara y pueden ser excepcionalmente revisados por los tribunales superiores de provincia y por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

g) El alcance de los daños punitivos

La responsabilidad civil se encuentra dividida en la Argentina en dos grandes campos: la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual.¹²⁴ El proyecto de Código Civil en su art. 1587 contempla especialmente la posibilidad de imponer daños punitivos para proteger “intereses de incidencia colectiva”. Se trata de una expresión copiada del art. 43 de la Constitución Nacional según la Reforma de 1994 con la cual se permite la protección de intereses difusos que no tengan una legitimación subjetiva específica.¹²⁵ Esta norma impone profundas diferencias con el restrictivo régimen de la legitimación en los Estados Unidos de América para la protección del medio ambiente.¹²⁶ Los jueces tendrán especialmente en cuenta la protección de este tipo de intereses. Este es un aspecto probablemente beneficioso de la propuesta efectuada en el Proyecto de Código Civil ya que permitirá a los individuos participar en el control del medio ambiente.

Sin embargo, la lectura de los artículos mencionados en el punto III pone de manifiesto un aspecto que no se reproduce en Estados Unidos. En efecto, la idea que campea en algunos de estos artículos es que los daños punitivos pueden ser usados para castigar no sólo incumplimientos ilícitos en los que surja una conducta profundamente ultrajante sino también aspectos tales como el incumplimiento de una obligación alimentaria o la

124. Jorge Bustamante Alsina, *TEORÍA GENERAL DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL*, 5ª. ed., Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1987.

125. El texto dispone que toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo.. Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización.

126. La legitimación (*standing*) para la protección del medio ambiente es mucho más amplia en la Argentina a partir de la sanción del nuevo art. 43 de la Constitución Nacional que en los Estados Unidos (ver Jorge Barraguirre, *La opinión del juez Scalia y la interpretación del artículo 43 de la Constitución Nacional (El concepto de 'afectado')* LL 1997-F-1273.

violación del derecho del consumidor.¹²⁷ La tendencia que se observa en este aspecto es que los daños punitivos se miran como una categoría residual a la cual podría recurrir el intérprete para sancionar conductas que considera reprochables. No es éste el objetivo en los Estados Unidos donde los daños punitivos se conceden en un limitado rango de asuntos y donde sólo son concedidos en un estricto número de casos.¹²⁸ Una de las tareas de la traslación será pues limitar estos alcances para evitar que los daños punitivos se conviertan en un comodín que los jueces utilicen para cumplir objetivos políticos o sociales en vez de decidir concretamente el caso en cuestión.¹²⁹

h) La predictibilidad del derecho y los daños punitivos

El análisis de los daños punitivos en Estados Unidos gira también en torno a las posibilidades de predictibilidad por las partes respecto de la cuantía de los montos,¹³⁰ esto es, las dificultades no se limitan solamente a la cuantía misma sino a determinar patrones básicos de conducta de las cortes para que los litigantes –reales o eventuales– puedan desarrollar sus conductas. Este problema es serio en lo que se refiere a las empresas que actúan en algunos ramos que originan riesgos a la población en general.¹³¹

La doctrina argentina no examina habitualmente estos aspectos con lo que también quita un componente relativamente negativo que tienen los daños punitivos. Debe tenerse en cuenta, además, que en la República Argentina el examen acerca de la predictibilidad de las conductas en general y de los tribunales en particular no se encuentra desarrollada. En realidad, los cambios de gobierno y las alteraciones en la composición de la Corte Suprema de Justicia de la Nación convertirían en irracional cualquier tipo de previsión basada en comportamientos periódicos y que dependen de cambios políticos sorpresivos que tienen directa repercusión sobre el modo en que son decididos los casos por los tribunales de justicia.¹³² Pese a ello, en

127. Con una perspectiva similar la jurisprudencia ha aplicado las astreintes para castigar a personas que no pagan alimentos (Carlos A. Carranza Casares y Patricia E. Castro, *Las astreintes y el cumplimiento puntual e íntegro de la prestación alimentaria* LL 1987-C-594).

128. “En la mayor parte de las áreas de la responsabilidad por daños ilícitos (*tort law*), deberíamos esperar que la imposición de daños punitivos sea no frecuente. En las áreas relacionadas con una conducta intencional, los daños de este tipo deberían ser más frecuentes. En todas las áreas, los jurados, en caso de duda, probablemente se equivoquen del lado de no conceder daños punitivos”. Theodore Eisenberg y otros, *The predictability of punitive damages* 26 *Journal of Legal Studies* 623, 628 (1997).

129. Una crítica a la conducta de los jueces argentinos respecto a la excesiva extensión del concepto pérdida de la chance (*loss of chance*) puede leerse en Fernando de Trazegnies, *Indemnizando sueños: entre el azar y la probabilidad*, *Revista de Responsabilidad y Seguros*, La Ley, año VI, n° 8, septiembre de 2004, pág. 10. La tendencia a ver a los daños punitivos como una especie de instrumento social no es ajena a la doctrina norteamericana. Ver también Starkey en su artículo *Societal Damages*.

130. “La regla que prohíbe los daños punitivos por la ruptura del vínculo contractual quizás pueda ser explicada por la búsqueda perpetua por la certeza y por la predictibilidad en las transacciones comerciales”. Owen, *Punitive Damages*, pág. 1274. Priest también ha afirmado que “los grupos que están más interesados en la impredecibilidad de los juicios sobre daños... han presionado exitosamente por límites en los daños morales y punitivos y por cambios en los procedimientos para la concesión de tales daños” (*Modern Tort Law*, pág. 4).

131. Theodore Eisenberg y otros, *The predictability of punitive damages*, 26 *Journal of Legal Studies* 623 (1997).

132. Ver Jonathan Miller, *Judicial Review and Constitutional Stability: A Sociology of the U.S. Model and its Collapse in Argentina*, 21 *Hastings International and Comparative Law Journal* 77 (1997) y *The Constitutional Authority of a Foreign Talisman: A Study of U.S. Practice as Authority in 19th Century Argentina and the Argentine Elite's Leap of Faith*, 46 *The American University Law Review* 1483 (1997).

la norma propuesta el margen de previsibilidad de la cuantía estará dada por el nexo con el enriquecimiento del causante del daño.¹³³ El problema es que la norma no fija un límite en ese sentido, de modo que la arbitrariedad eventual de los magistrados no resulta constreñida por la relación con el concepto de enriquecimiento. De todos modos, más que el texto de la norma en particular, el problema es la posibilidad de que los jueces adopten pautas distribucionistas sin considerar las cuestiones concretas del caso. Por otro lado, el respeto al principio del *stare decisis* a nivel de tribunales ordinarios es mucho menor que en el sistema angloamericano.¹³⁴

i) La cuestión de la expansividad de los daños punitivos

Cuando se examinan institutos propios del *common law* se pasa por alto que allí la creación gradual por las cortes de estándares básicos se adecua a pautas relativamente estrictas (al menos en su tipo ideal) y que los tribunales que se apartan de estos principios son severamente cuestionados por la doctrina.¹³⁵ De algún modo, podría decirse que el cuestionamiento al incremento de los daños punitivos es un reflejo condicionado de la doctrina (y también de la misma Corte Suprema) al advertir que se produjo una ruptura con el criterio relativamente restrictivo con que se aplicaban estos daños ejemplares.

Ahora bien, la cuestión es muy distinta en un sistema de derecho continental en el cual se incorpora una norma de alcance general.¹³⁶ No es que la diferencia se produzca por la existencia

133. Julio César Rivera. *Ideas directrices del sistema de responsabilidad civil en el Proyecto de Código Civil de 1998*, Academia Nacional de Derecho 2000, pág. 70. Este autor afirma que la norma limita los daños por la relación con el enriquecimiento, ya que el texto del art. 1587 propone considerar ese dato entre las circunstancias que debe considerar el juez. Los jueces futuros deberían tener en cuenta, pues, este límite no explícito respecto a la imposición de los daños punitivos. Sin embargo, tengo algunas dudas respecto de que la norma proyectada establezca inequívocamente un tope con lo que el causante del daño ha lucrado. Algunos límites a la cuantificación de los daños punitivos pueden encontrarse en *Reglas, funciones y objetivos de la responsabilidad civil. Especial referencia al límite cuantitativo de la responsabilidad civil en el Proyecto de Código Civil para el año 2000* por Leandro Vergara, L.L. 1999-E-1135.

134. El mejor examen sobre el uso del sistema de precedentes por la Corte Suprema en la doctrina argentina corresponde a Alberto F. Garay, *El precedente judicial en la Corte Suprema*, Revista Jurídica de la Universidad de Palermo año 2, abril 1997, n° 1 y 2, pág. 51. Para una discusión sobre los alcances de los precedentes de las cortes supremas y las potestades del poder legislativo, ver Víctor Ferreres Comella, *Una defensa de la rigidez constitucional en LA RELEVANCIA DEL DERECHO* (Pablo E. Navarro y María C. Redondo comp.), Barcelona, Ed. Gedisa, 2002, págs. 236 a 238; Richard H. Fallon, *Stare decisis and the Constitution: an essay of constitutional methodology*, 76 *New York University Law Review*, 570 (2001) y Michael Stokes Paulsen, *Abrogating Stare Decisis by Statute: May Congress Remove The Precedential Effect of Roe and Casey*, 109 *Yale Law Journal* 1535 (2000).

135. Ronald Dworkin sostiene esta posición en cuanto propone el derecho como integridad, esto es, que ciertas proposiciones jurídicas son verdaderas si derivan de principios de justicia, equidad y debido proceso de acuerdo con la práctica de una comunidad legal en una sociedad democrática. *EL IMPERIO DE LA JUSTICIA*, Barcelona, Ed. Gedisa, 1988.

136. Existe otro problema: la educación legal. Se ha señalado que "mientras que el estudiante de derecho americano típicamente pasa sus primeros días en las facultades de derecho leyendo casos y dirigiendo su atención una y otra vez sobre los hechos de aquéllos, un estudiante del derecho continental es proveído al comienzo de sus estudios con un panorama sistemático del armazón de todo el sistema legal". Mary Ann Glendon, Michael Wallace Gordon y Christopher Osakwe, *COMPARATIVE LEGAL TRADITIONS*, West Publishing. Co., Minn., 1994, 131. Una interesante pintura de las diferencias entre la educación en el derecho continental y el *common law* se puede hallar en Henry Adams, *THE EDUCATION OF HENRY ADAMS*, Oxford, Oxford University Press, 1999, Berlín (1858-1859), 67. A pesar de este paradigma tradicional, la educación legal se encuentra en un profundo proceso de cambio en nuestro país (ver Martín F. Böhmer, *Algunas sugerencias para escapar del silencio del aula*, Academia, Revista sobre enseñanza del Derecho en Buenos Aires, 2003, Buenos Aires Facultad de Derecho, Departamento de publicaciones, pág. 13).

de la norma en sí –el proceso de codificación también existe en los Estados Unidos-¹³⁷ sino que el punto esencial se sitúa en el modo en que la ley es considerada por el juez. Particularmente en la Argentina la sanción de una norma como la sugerida en el Proyecto de 1998 daría vía libre a los tribunales para imponer daños punitivos en múltiples contextos.¹³⁸ En resumen, lo que en los Estados Unidos se considera una excepción podría convertirse en regla en la Argentina.

El problema, repito, no se halla en la norma misma sino en el modo en que ella tiende a ser aplicada por los jueces del sistema continental mediante un proceso deductivo y por el cual se tratará eventualmente de hacer incluir la conducta examinada en el campo general de aplicación de estas normas.¹³⁹ Este proceso puede convertirse –por intereses políticos- en un programa deductivo para sancionar conductas sin buscar el cumplimiento de los objetivos de punición y disuasión sino para reprochar con un castigo excesivo algunos comportamientos por ocultos motivos económicos o localistas.¹⁴⁰ Sumado a la consideración de los citados principios redistribucionistas¹⁴¹ o a las discusiones en torno al alcance de las decisiones de la misma Corte Suprema de Justicia de la Nación,¹⁴² la imposición de daños punitivos en múltiples contextos puede dar lugar a serios problemas económicos en un contexto sociológica y políticamente impredecible como es el sistema jurídico argentino.

137. Existe un conjunto de leyes –a nivel federal y estadual- que utilizan a los daños punitivos para castigar y disuadir a quienes cometen ofensas. Por ejemplo, el Código de los Estados Unidos dispone que en los casos de discriminación intencional en el marco laboral “una parte quejosa puede obtener daños punitivos..., contra un demandado (que no sea el gobierno, una agencia gubernamental o una subdivisión política) si esa parte demuestra que el demandado se comprometió en una práctica discriminatoria o en prácticas discriminatorias con dolo o indiferencia temeraria respecto a los derechos federalmente protegidos de la persona agraviada” 42 USC 1981 (b) (1).

138. Un ejemplo: el art. 522 del Código Civil dispone que el juez podrá imponerlo facultativamente en los casos de responsabilidad contractual. Pese a ello, una de las más afamadas estudiosas del sistema de responsabilidad propone convertir a la norma en obligatoria para el juez (ver Matilde Zavala de González, *Amplitud resarcitoria del daño moral contractual*, Responsabilidad Civil y Seguros La Ley, septiembre 2004). De este modo lo que se encontraba limitado textualmente se expande en una interpretación *contra legem*.

139. La perspectiva clásica sobre este problema se puede encontrar en John Merryman, *LA TRADICIÓN JURÍDICA ROMANO-CANÓNICA*, México, F.C.E., 1980. En realidad, la conducta real de los jueces argentinos no se adecua estrictamente al modelo jurídico lógico-formal. No obstante, esta apertura a consideraciones extrajurídicas no necesariamente conduce a sentencias más predecibles (sobre estas modificaciones en el fundamento de las sentencias, ver Felipe Fucito, *Algunos aportes al perfil del juez y al diseño de la escuela judicial* LL 1999-D-1117).

140. Corresponde destacar que en los Estados Unidos ha sido sostenido que los daños punitivos estaban influenciados por la ubicación geográfica del actor y del demandado. Con idénticas evidencias y circunstancias financieras, los daños concedidos para los actores locales eran superiores en catorce millones de dólares al promedio, a pesar de que desde la perspectiva de un sistema legal, los montos por indemnizaciones por daños punitivos no deberían ser afectados por la geografía. Reid Hastie, David A. Schkade, y John W. Payne, *Do Plaintiffs' Request and Plaintiffs' Identities Matter?* en PUNITIVE DAMAGES. HOW JURIES DECIDE, 64, 74.

141. Mosset Iturraspe en el texto citado *La 'multa civil' o daño punitivo...* destaca la posibilidad de que los jueces destinen los fondos a su arbitrio para estos fines distribucionistas y sugiere, para evitarlo, que se destinen las indemnizaciones por daños punitivos a la creación de fondos de garantía y que no se entreguen al perjudicado por la acción reprochable.

142. El 26 de octubre de 2004 la Corte Suprema declaró la constitucionalidad de la normativa de emergencia que había pesificado los depósitos en el caso “Bustos, Alberto y otros c/ Estado Nacional s/ amparo.” Esta decisión contradijo los anteriores pronunciamientos “Smith”, Fallos: 325:28 y “Provincia de San Luis”, Fallos: 326:417 decididos el 1º de febrero de 2002 y el 5 de marzo de 2003, respectivamente. En el caso Bustos la Corte se refirió al fallo Smith como un “funesto precedente”. Existen autores que favorecen esta postura (por ejemplo, Juan José Casiello, *Un nuevo y acertado enfoque sobre el derecho del ahorrista convalida la pesificación (A propósito del fallo “Bustos”)* LL 2004-F-1401) y otros lo cuestionan severamente (José S. Elías, *El caso “Bustos”: algunos problemas de teoría constitucional*, LL 28 de enero de 2005).

j) Las acciones de clase

Los daños punitivos y las acciones de clase (*class actions*) se encuentran profundamente unidas en algunos casos, como en los litigios contra las compañías tabacaleras.¹⁴³ Sin embargo, las acciones de clase no han sido suficientemente estudiadas en la doctrina nacional. La perspectiva intertemporal resulta necesaria si se toma en cuenta que en Estados Unidos se generaliza la tendencia a considerar que resulta inconveniente un múltiplo superior a un dígito entre los daños compensatorios y punitivos. En ese contexto, la acumulación de las demandas es necesaria en las acciones masivas (*mass tort actions*) donde las múltiples indemnizaciones por daños punitivos amenazan con sobredisuar a los demandados y a subproteger sus derechos fundados en el debido proceso.¹⁴⁴

Cabe señalar, además, que los daños punitivos en Estados Unidos están vinculados con las acciones de clase mientras que en nuestro país no existe aún ese tipo de ligazón. Esto puede ser fácilmente explicado: no se ha desarrollado en la Argentina una cultura de las acciones de clase. El poder judicial (o sus entes administrativos) no ha preparado manuales o para la conducción de litigios en casos complejos o que requieren conocimientos técnicos¹⁴⁵ como en Estados Unidos de América y los artículos sobre acciones de clase son relativamente pocos.¹⁴⁶ Por otro lado, los procedimientos para la certificación de las acciones de clase no existen en los códigos de procedimientos federal y provinciales.

La falta de relación entre las acciones de clase y los daños punitivos en nuestro país es probablemente un aspecto beneficioso para el país importador ya que corta un nexo que podría llevar a la fijación de condenas exorbitantes en perjuicio de los demandados.

V. La diferencia de los sistemas

El trasplante de un instituto de un sistema normativo a otro ofrece más dificultades de las que se advierten a primera vista. Existen, desde luego, problemas de traducción, interpretación, integración y aceptación que entorpecen el juego aceitado de la institución al introducirla en el sistema receptor. Ello se ve agravado, en el caso de los daños punitivos, por la circunstancia de que la aplicación de estos daños en el país de origen se encuentra en un proceso de reducción a raíz de los montos exorbitantes dispuestos por algunos jurados y jueces en los Estados Unidos. No se transmite un instituto jurídico estático sino un concepto sometido a continuas reelaboraciones en el país de origen.

Es posible, entonces, realizar una lista basada en una perspectiva dual para evidenciar las disyunciones que se advierten entre ambos sistemas normativos en este caso. Señalaré,

143. Ver Brian H. Barr, *Engle v. R.J. Reynolds: The Improper Assessment of Punitive Damages for an Entire Class of Injured Smokers*, 28 Florida State University Law Review 787 (2001).

144. Semra Mesulam, *Collective Rewards and Limited Punishment* citada en nota 68.

145. Ver por ejemplo REPORT OF THE ADVISORY COMMITTEE ON CIVIL RULES AND THE WORKING GROUP ON MASS TORTS. REPORT ON MASS TORT LITIGATION, United States Court of Appeals for the Fourth Circuit, 1999, el *CIVIL LITIGATION MANAGEMENT MANUAL 2001*, The Judicial Conference of the United States o el REFERENCE MANUAL ON SCIENTIFIC EVIDENCE, 2a. ed., Federal Judicial Center, 2000.

146. Un artículo exhaustivo es *Las Acciones de Clase como medio de solución de los problemas de la legitimación colectiva a gran escala (En busca de un mecanismo que asegure economía judicial, eficacia y certeza en las decisiones)*, Revista de la Administración Pública n° 235, pág. 13 (1998) por Alberto B. Bianchi.

en primer lugar, la nota distintiva norteamericana y luego contrapondré la situación actual o eventual del derecho argentino respecto al punto en concreto.

1. En los Estados Unidos rige un sistema gradual de aceptación e integración del instituto mediante el examen caso por caso propio del *common law*.¹⁴⁷ Frente a ello, el problema que puede surgir en nuestro país es el despliegue con fuerza expansiva del instituto a partir de una interpretación deductiva respecto de una norma de alcance general.
2. La existencia de decisiones judiciales que imponen una especie de sistema de topes (*capping system*) o el estándar de la Corte Suprema federal que limita prácticamente a un múltiplo de un dígito la relación entre daños compensatorios y daños punitivos se ha ido consolidando en Estados Unidos.¹⁴⁸ La propuesta del art. 1587 del Proyecto contiene algunas restricciones cuantitativas que deberían consolidarse para evitar que los daños punitivos se conviertan en un castigo difícilmente controlable.
3. La presencia de un doble sistema de control: el de los jurados por el juez y el de los jueces de las cortes estatales mediante la Corte Suprema. En el caso argentino, no existe el problema del jurado pero no es de esperar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación examine, en el marco del recurso extraordinario, una condena por montos exorbitantes (la práctica es que resuelva –y sólo pocos casos- cuando los jueces imponen montos ínfimos).
4. La estructura de un conjunto de agencias administrativas que operan como mecanismos de control frente a la actividad de empresas que afectan la salud pública o el medio ambiente. En la Argentina, los recursos de control son mucho más limitados por lo que puede ocurrir que ese contralor sea asumido por las cortes que no tienen por objetivo la realización de tareas administrativas.
5. En los Estados Unidos existe una correlación tradicional del factor de atribución subjetivo agravado con el sistema general de responsabilidad civil. En la Argentina ello es una anomalía frente al sistema general de culpa sin grados donde sólo se considera la existencia de culpa o dolo (o eventualmente los supuestos del art. 1113 del Código Civil). Por consiguiente, la ponderación de conductas reprochables intermedias –tales como el temerario desinterés o la culpa grave- entre esos dos polos dependerá de factores que resultan de más difícil consideración ante la falta de definiciones tan claras como la que surge de los arts. 512¹⁴⁹ y 1072 del Código Civil.
6. El cálculo de los daños punitivos en los Estados Unidos se realiza a veces con sustento en el daño potencial. En nuestro país la única pauta comparativa concreta –más allá de las circunstancias del caso- es el enriquecimiento real o potencial del

147. El *common law* no favorece en verdad la expansión de la disponibilidad de los daños punitivos. *Romo v. Ford. Motor Co.* (2002) Cal. App., 5 th. June 28 2002 revocada por la corte federal el 19 de mayo de 2003.

148. La Corte Suprema del Estado de Utah estableció el cociente entre los daños punitivos y los daños compensatorios en la razón de 9 a 1 (*Campbell v. State Farm Mut. Auto. Ins. Co (Campbell III)* (2004) 2004 Ut. 34:498). Ver también los fallos indicados en la nota 67.

149. Este artículo ha sido importado por el Código Civil Español en su artículo 1104 (“La culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar”) y recibe, en general, la aprobación de nuestra doctrina. Sobre este proceso de importación o traslación a otro sistema normativo, ver Alberto J. Bueres, *DERECHO DE DAÑOS*, Buenos Aires, Hammurabi, 2001, págs. 344 y 345 (quien critica al art. 512 por su defectuosa redacción).

- demandado por su conducta (conf. art. 1587 del Proyecto). Mientras que en Estados Unidos se contempla el daño potencial que se podría haber causado a los actores o a otras personas, en el proyecto argentino la atención se dirige al beneficio obtenido por el causante del daño, con lo que se excluye un factor –como el daño potencial– que podría conducir a resultados exorbitantes y a encarecer el costo de los litigios.
7. El sistema de imposición de costas en los Estados Unidos limita, en algún grado, la promoción de demandas frívolas.¹⁵⁰ No obstante, la existencia de un castigo para el litigante derrotado en la Argentina mediante la imposición del principio objetivo de derrota no es aplicable en todos los casos al operar un mecanismo indiscriminadamente –el beneficio de litigar sin gastos– que puede llegar a castigar al litigante demandado que resulta vencedor en una causa en la que el actor insolvente reclama la imposición de daños punitivos.
 8. Los tribunales argentinos no contemplan habitualmente los costos de implementación de un sistema normativo (o de su eventual modificación). La idea de eficiencia permanece inexplorada en la mentalidad judicial y raramente es considerada por la doctrina.¹⁵¹ En Estados Unidos el sistema del *common law* ha enseñado a los jueces a balancear los pros y los contra de la sentencia a dictar, esto es, la ponderación de las consecuencias es no es escindible del acto mismo de dictar sentencia en la mayoría de los casos.¹⁵²

Con esta lista intento poner de resalto la necesidad de un examen intertemporal del proceso de trasplante para entender que el elemento importado nunca está solo. No es una suerte de mónada legal. El instituto legal se halla siempre vinculado a varios subsistemas normativos que modifican sus alcances en formas insospechadas. Por ejemplo, el costo eventual del actor que reclama por daños punitivos no está sólo ligado con el sistema de pago de las costas por el vencido. Asimismo se deben considerar también las decisiones de las cortes que alteran el principio. El ejemplo antes citado del beneficio de litigar sin gastos lleva a que el actor no pague los honorarios de sus propios abogados salvo que resulte vencedor (y en cuanto alcance el monto de la indemnización que eventualmente obtenga). Supóngase un caso hipotético en el cual el actor reclama el pago de daños punitivos sin el riesgo de pagar los honorarios de los abogados. El demandante tenderá en

150. Sobre el problema de las demandas frívolas, ver Chris Guthrie, *Framing Frivolous Litigation: A Psychological Theory*, 67 *The University of Chicago Law Review* 163, 1166 (2000).

151. Existen, desde luego, algunas excepciones como los artículos *Análisis económico de la responsabilidad civil* por Jorge E. Bustamante, en RESPONSABILIDAD POR DAÑOS. HOMENAJE A JORGE BUSTAMANTE ALSINA, 1999, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 159, Julio César Rivera, *Ideas Directrices del sistema de responsabilidad civil en el Proyecto de Código de 1998*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Anales, año XLV, n° 38 y *El riesgo y la responsabilidad extracontractual: Algunas consideraciones filosóficas, jurídicas y económicas acerca de una difícil relación* por Carlos F. Rosenkrantz en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 3, n° 2 (1998).

152. Así ha sido señalado que “el propósito de una regla que prohíbe los daños punitivos es para proteger a los demandados de una responsabilidad financiera excesiva y para fomentar la actividad empresarial a través de la reducción del costo de hacer negocios en el estado”. 213 F. Supp. 2d. 1077 (D. Neb 2002) citado por Symeon C. Symeonides, *Choice of Law in the American Courts in 2002. Sixteenth Annual Survey*, 51 *American Journal of Comparative Law* 1 (2003).

estos casos a reclamar daños punitivos ya que no se enfrenta a un menoscabo futuro en su patrimonio en el caso de que se rechace la demanda.¹⁵³ Se advierte así la conveniencia de ponderar otros subsistemas normativos (por ejemplo un uso extensivo e irrestricto del beneficio de litigar sin gastos) que altere ese tipo de presunciones previas que sirven indirectamente para limitar el monto de los reclamos en los Estados Unidos.

Probablemente la nueva corriente que procura introducir los daños punitivos pueda ser clasificada como un trasplante que ahorra los costos (*Cost-Saving Transplant*).¹⁵⁴ Estos costos consisten, esencialmente, en la elaboración de una figura propia que puede llevar a resultados costosos (en un proceso de prueba y error), cuando ya se conocen los resultados de la figura importada. Sin embargo, el ahorro de estos costos es el comienzo del problema, porque el jurista que proyecte la legislación debe evitar un proceso de *bricolage*, por el cual simplemente ensamble en conjunto lo que se encuentre a mano.¹⁵⁵ Tal como se advierte, el sistema normativo argentino difiere en algunas formas del sistema donante como en la calidad de las agencias administrativas, el principio del pago de las costas por el vencido, la falta de respeto por el precedente judicial y una progresiva inclinación hacia fines redistribucionistas bajo la apariencia de sentencias judiciales.

Esta contraposición de situaciones no tiene por objeto plantear la existencia de obstáculos insuperables a la incorporación de los daños punitivos en la Argentina. Sólo se trata de considerar tanto las diferencias entre ambos sistemas como hacer una suerte de prospectiva jurídica de prevención para evitar que las anomalías puestas en evidencia en los Estados Unidos se repitan en la Argentina con agravantes tales como la falta de límites claros a la actividad de los jueces o el incremento de la tasa de impredecibilidad en un país que vive en un estado constante de emergencia.

153. Chris Guthrie, *Framing Frivolous Litigation: A Psychological Theory*, 67 *University of Chicago Law Review* 163, 211 (2000) y Robert A. Prentice y Jonathan J. Koehler, *A Normality Bias in Legal Decision Making*, 88 *Cornell Law Review* 583, 601 (2003). Sin embargo, recientemente se ha señalado que sólo se conceden daños punitivos en el 4 % de los casos en que el actor vence en el pleito y, lo que es más relevante, el cálculo decisivo para la determinación para el actor (y para ver si se configura una demanda frívola) consiste en el cálculo de los daños compensatorios puesto que son estos los que se han incrementado en un grado exorbitante arrastrando a los otros rubros de las condenas. Deborah L. Rhodes, *Frivolous Litigation and Civil Justice Reform: Miscasting the Problem, Recasting the Solution*, 54 *Duke Law Journal* 447, 458 (2004).

154. Jonathan M. Miller, *A Typology of Legal Transplants: Using Sociology, Legal History and Argentine Examples to Explain the Transplant Process*, 51 *American Journal of Comparative Law* 839, 845 (2003). Ver también Mark Tushnet, *The Possibilities of Comparative Constitutional Law*, 108 *Yale Law Journal* 1225, 1229, 1285 (1999).

155. Sin embargo, no estoy tan seguro que el concepto de *bricolage* pueda ser fácilmente trasladado desde la antropología al derecho comparado (ver la discusión acerca del *bricolage* y su inaplicabilidad en las sociedades judeo-cristianas en PAUL RICOEUR, *Hermenéutica y estructuralismo*, publicado en *EL CONFLICTO DE LAS INTERPRETACIONES*, Buenos Aires, F.C.E. 2003, 46-55). Este *bricolage* antropológico es, por otro lado, distinto al tradicional recurso retórico aplicado al derecho que mezcla textos existentes para volver a usar sus materiales (ver respecto a este procedimiento Allen D. Boyer, *Sid Edward Coke, Ciceronianus: Classical Rhetoric and the Common Law Tradition*, en *LAW, LIBERTY, AND PARLIAMENT. SELECTED ESSAYS ON THE WRITINGS OF SIR EDWARD COKE* (ed. Allen D. Boyer), Liberty Fund, Indianapolis, 2004, 224, 237 (publicado originalmente en *10 International Journal for the Semiotic of Law*, n° 28, 3 (1997).

VI. Conclusiones

He procurado en este artículo realizar tres tareas a la vez. En primer lugar, he descripto el actual estado de la doctrina y la jurisprudencia acerca de los daños punitivos en los Estados Unidos de América poniendo énfasis en las dificultades que encuentran los tribunales para enfrentar los daños exorbitantes. La segunda tarea consistió en efectuar una consideración prospectiva en cuanto al proceso de incorporación de esta figura en la República Argentina. Finalmente, he intentado poner de resalto las diferencias entre ambos sistemas normativos a la vez que he sugerido los posibles remedios que podrían adoptarse para superar los problemas de divergencias hipotéticas de los resultados cuando no se contemplan las diferencias en los trasfondos normativos de los dos países.

Si algo no quiero en este trabajo es descalificar totalmente a los daños punitivos. La imposición de daños superiores a los daños compensatorios por la conducta reprochable de los demandados es un instrumento utilizado habitualmente por los tribunales estadounidenses y que ha tenido un fuerte impacto para mejorar la conducta de las grandes firmas, sobre todo en aspectos tales como la protección de los consumidores o la custodia del medio ambiente. Ese instrumento puede ser bien utilizado por los tribunales argentinos y no existen dificultades de fondo para aceptarlo en esos ámbitos.

Esta es, sin embargo, la parte más obvia del trabajo y que la mayoría de la doctrina nacional moderna acepta sin dificultades. Lo que se soslaya en estos casos es, por así decirlo, un conjunto de subsistemas normativos que controlan ese instituto para impedir que cumpla otros fines.

Los lazos de contención de los daños punitivos se encuentran en el país de origen para evitar el cálculo de montos exorbitantes. Corresponde, entonces, considerar este aspecto pues el instituto está unido a aquellos lazos y aparece instrumentalmente peligroso trasladar una institución para cumplir otros fines no previstos en el país exportador. Muchas veces se olvida que los subsistemas normativos del país de origen ejercen una especie de inercia que impide que la figura sea extrapolada por los jueces para cumplir fines socialmente loables pero que exceden el marco del debate jurídico individual. Aspectos tales como la labor al mismo tiempo creativa y limitativa del juez en el *common law* o la existencia de agencias administrativas relativamente eficientes son aspectos que no deben soslayarse en estos casos.¹⁵⁶

De acuerdo con estas pautas, el legislador argentino, en el caso de incorporar a los daños punitivos, debe ponderar el fuerte impacto que tiene el sistema deductivo en el pensamiento jurídico del derecho continental. En particular, debe tenerse en cuenta que el instituto en Estados Unidos es de carácter excepcional, mientras que en nuestro país puede convertirse en regla por la aplicación de una regla general a los casos particulares por los jueces ordinarios. El juez argentino, por otra parte, tendrá que ponderar que su labor no consiste en una función de asignación distributiva de los recursos y que deberá

156. Ruti Teitel dice que "históricamente, el funcionalismo asume que los problemas legales podrían simplemente ser cercenados de su contexto político, una noción fácilmente sustentable en el derecho privado. Por el contrario, el enigma del neofuncionalismo es la plausibilidad de la aplicación de este método al derecho constitucional –un área más allá de su ámbito tradicional" *Comparative Constitutional Law in Global Age*, 117 *Harvard Law Review* 2570, 2576 (2004). En realidad, como he afirmado anteriormente, ni siquiera esta noción es tan fácil de sostener *incluso* en el marco del derecho privado.

limitar su aplicación de daños punitivos, siempre que no lo estipule la ley, a ciertos estándares parecidos a los de Gore o Campillay.

En particular, los objetivos de los operadores del derecho deberán centrarse en la construcción de armazones de contención para que los daños punitivos se dirijan hacia el castigo y la disuasión del autor del hecho ilícito y no hacia el reemplazo de las actividades propiamente administrativas o para el cumplimiento de fines cuya solución corresponde esencialmente a los poderes legislativo y ejecutivo. Existen controles en la misma norma como la vinculación entre el monto que puede imponer el juez con la ganancia obtenida sin que se adviertan los peligros de la existencia de jurados con desviaciones a favor de intereses localistas o demagógicos.

La incorporación eventual de los daños punitivos se revela, pues, como conveniente siempre que se consideren los mencionados lazos de contención para evitar que esta figura se transforme en un procedimiento de distribución de recursos alejándose de sus fines esenciales, esto es, el castigo y la disuasión (o prevención especial y general) en contra de quienes -tal como señala el art. 1587- actúan con grave indiferencia respecto de los derechos ajenos.

Una libertad tanto personal como política

Owen M. Fiss**

La pluralidad de la condición humana y la capacidad de cada individuo de crear para sí mismo una vida distintiva, son parte central de la visión del mundo de John Stuart Mill. El escribió *Sobre la Libertad* para promover nuestra individualidad, incluso al punto de la excentricidad, y para atacar las fuerzas que nos conducen al conformismo. Advirtió: “el mayor peligro de nuestro tiempo se muestra bien en el escaso número de personas que se deciden a ser excéntricas.” (pág. 108).*

Mill buscó tal diversidad no por su propio bien sino para satisfacer una visión más amplia del desarrollo humano. Defendió la individualidad, y aun la excentricidad, en la teoría de que reflejan el desarrollo más pleno de nuestras personalidades. Sostuvo que tal desarrollo promueve tanto la felicidad de cada individuo como el bienestar de la sociedad. Conforme a su propia visión: “en proporción al desenvolvimiento de su individualidad, cada persona adquiere un mayor valor para sí mismo y es capaz, por consiguiente, de adquirir un mayor valor para los demás.” (pág. 103).

Con estos propósitos en mente, Mill formuló su principio de libertad individual. En tiempos modernos este principio se conoce como el “principio del daño”, pero mejor aún podría ser llamado el “principio del daño a terceros.”¹ Éste dispone que cualquier interferencia en la libertad de un individuo sólo puede justificarse con el fin de evitar que dañe a terceros, y nunca meramente por su propio bien.

La idea de que toda coerción social debe estar justificada y que tal interferencia se justifica sólo si se evita que un individuo dañe a otros, se halla implícita en el principio del daño a terceros. En efecto, éste otorga a cada individuo la libertad de decidir qué es mejor para sí mismo. Mill supuso que esta libertad llevaría al desarrollo más pleno de cada individuo, a punto tal de que “se hace de ellos un noble y hermoso objeto de contemplación” (pág. 102).

El principio del daño a terceros es el tema más importante de *Sobre la Libertad* y posiblemente su contribución más significativa. El ensayo de Mill, sin embargo, es también una afirmación conmovedora de la importancia de la libertad de expresión y por lo tanto

• Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Yale. En su versión en inglés, este artículo fue publicado en una nueva edición del libro de John Stuart Mill *Sobre la Libertad*, junto a otros artículos sobre Mill y su obra [John Stuart Mill, *On Liberty*, edited by David Bromwich and George Kateb, Yale University Press, New Haven, 2003]. La traducción del artículo estuvo a cargo de María Piqué y Victoria Ricciardi, con la colaboración de Mariano Fernández Valle y Alejandra Etchegorry.

* El autor desea reconocer la generosa asistencia de William Fick, Malthew Lindsay y Tali Farimah Farhadian y los comentarios de Robert Post, Samuel Sheffler, y los miembros de su seminario en la Universidad de California, Berkeley.

** *N. de la T.*: en el texto original, el autor identifica entre paréntesis el número de página correspondiente a la citas del libro de Mill. Los números de página incluidos en la presente traducción corresponden a la versión en castellano de dicha obra, John Stuart Mill, *Sobre la Libertad*, Ed. Sarpe, traducción cedida por Alianza.

1. El uso puede ser rastreado hasta Joel Feinberg, *Harm to Others* (New York, 1984).

suele ser leído, especialmente en círculos jurídicos, como el fundamento teórico de su protección –cuestión en la que centraré mi análisis–.

Aunque los abogados modernos tienden a separar la discusión de Mill sobre la libertad de expresión de su defensa más general de la libertad individual, previamente debemos determinar si Mill efectivamente adoptó dos principios distintos, como sostengo que hizo, o si, por el contrario, el principio de la libertad de expresión es simplemente una aplicación específica del principio del “daño a terceros”. En el caso de tratarse de una aplicación específica, la libertad de expresión puede ser protegida sobre la base de la teoría, en ocasiones invocada, de que no causa daño a terceros. Por otro lado, concebir a la libertad de expresión de manera más amplia, como un principio independiente, permitiría proteger la expresión aun si ella causara daño a otras personas.

En el primer capítulo de *Sobre la Libertad*, Mill introdujo el principio del daño a terceros. Sin embargo, en el segundo capítulo, en lugar de desarrollar en profundidad ese principio, se lanzó a la defensa de la libertad de expresión –y no con el débil argumento de que no causa daño a terceros, sino porque ella es un medio necesario para examinar las propias creencias–. Sólo a través de una discusión libre y abierta podemos comprobar si nuestros puntos de vista son verdaderos o falsos. Nadie es infalible, y aún cuando luego de una discusión libre y abierta un individuo adhiriera a las mismas creencias, ese individuo lo hará con una nueva apreciación y una convicción más firme sobre su veracidad.

En el tercer capítulo de *Sobre la Libertad*, Mill reanudó la discusión sobre el principio del daño a terceros e invocó la diferencia entre expresión y acción para definir el alcance del mismo. El principio del daño a terceros se aplica sólo a la acción, sostuvo, y no a la expresión. Los hombres deberían ser libres de formar sus opiniones y de expresarlas “sin reserva.” (pág. 93). Una cuestión diferente surge, según Mill, cuando la gente actúa conforme a esas opiniones. En el campo de la acción, el principio del daño a terceros opera y asegura una libertad más limitada que la concedida a la expresión.

Para Mill la expresión no era una actividad solitaria. Ella tiene lugar en presencia de otros y Mill abogó por una libertad tanto para recibir opiniones como para expresarlas. La libertad con la que insistía era, en una frase que usó repetidamente, una “libertad de discusión”. Al enfatizar la dimensión social de la expresión, él necesariamente reconoció que la expresión podía contribuir con una secuencia de eventos que dañase a terceros. Aún así, exigió una medida de libertad para la expresión de la opinión que trascendía la libertad de acción amparada por el principio del daño a terceros. Como lo dijo Mill, “Nadie pretende que las acciones sean tan libres como las opiniones”. (pág. 93).

Al principio del Capítulo III, Mill reconoció que la expresión podía ser una “instigación positiva” (pág. 93) a alguna acción que dañara a terceros. En un pasaje que se ha convertido en un clásico del repertorio de los abogados, Mill escribió: “La opinión de que los negociantes en trigo son los que matan de hambre a los pobres, o que la propiedad privada es un robo, no debe ser estorbada cuando circula simplemente a través de la prensa, pero puede justamente incurrir en un castigo cuando se expresa oralmente ante una multitud excitada reunida delante de la casa de un comerciante en trigos, o cuando se presenta ante esa misma multitud en forma de cartel”. (pág. 93).

El propósito de este pasaje es establecer la autoridad de la sociedad para restringir a aquellos que incitan a una turba exaltada. En virtud de ese enfoque, Mill no se detuvo a

explicar por qué aquellos que expresan el mismo punto de vista que el instigador de la multitud, pero que lo hacen a través de la prensa, no deben ser molestados. ¿Es porque no causan daño a terceros?, ¿o es porque gozan de la libertad para expresar esa opinión -“los negociantes en trigo matan de hambre a los pobres”, “la propiedad privada es un robo”- a pesar del daño a terceros? Sólo si ignoramos la importancia de la cultura -o, más específicamente, los efectos acumulativos del discurso público sobre la acción, que en ocasiones puede llegar a transgredir la ley- podríamos decir que los ataques sistemáticos desde la prensa a la propiedad privada o a las clases propietarias, no debilitarán el acatamiento o el respeto concedido a la propiedad privada y por lo tanto no afectarán o dañarán a terceros. No hay ninguna razón para creer que éste era el criterio de Mill.

Por lo tanto, es justo decir que al afirmar el derecho de la prensa a llevar a cabo o aún promover ataques contra la propiedad privada, o bien Mill estaba dispuesto a proteger la expresión aun cuando afectara o dañara a terceros o, en su defecto, requería tipos de daños muy especiales para justificar la restricción a la expresión. En este sentido, no sólo la acción dañosa debe ser ilegal, sino que también la relación entre esa acción y la expresión debe ser directa e inmediata y el daño infligido debe ser casi calamitoso, como cuando la multitud exaltada irrumpe en la casa del comerciante de trigo. Bajo cualquiera de estas alternativas, puede interpretarse que Mill trató a la libertad de expresión como un principio independiente que impone límites a la autoridad de la sociedad para interferir con nuestra libertad, límites mayores que aquellos impuestos por el principio general del daño a terceros.²

Aunque Mill no identificó plenamente a la libertad de expresión como un principio independiente del de daño a terceros, en un contexto totalmente diferente -el mercado de bienes y servicios- reconoció explícitamente que el daño a terceros no siempre es una base suficiente para restringir la libertad. En el quinto y último capítulo de *Sobre la Libertad*, “Aplicaciones”, él reconoció que en actividades comúnmente competitivas, la persona que triunfa “...se beneficia con la pérdida de otros” (pág. 144) y que “el comercio es un acto social” (pág. 144). Por lo tanto, conforme al principio del daño a terceros, las restricciones al comercio parecerían justificadas. Sin embargo él negó o evitó esa conclusión, y de ese modo dio vida a lo que refirió como “la llamada doctrina del Libre Comercio”. Sostuvo que las restricciones al comercio “...son malas sólo porque realmente no producen los resultados que con ellas se deseaba producir...” (pág. 145).

En algún sentido, Mill justifica el libre comercio de una manera un tanto diferente que la libertad de expresión. Mientras que el razonamiento que subyace en su defensa a la libertad de expresión -el desarrollo más pleno de cada individuo- es primordialmente moral o humanista, su defensa del libre comercio es, en buena parte, pragmática: las restricciones en el comercio probablemente sean contraproducentes. Sin embargo, a pesar de esta diferencia el principio de libertad de comercio opera de una manera bastante similar que el que garantiza la libertad de expresión. Ambos invalidan restricciones que, de otra manera, bien podrían ser justificadas bajo el principio del daño a terceros.

A lo largo del siglo XX, la libertad de expresión se ha convertido en patrimonio de los abogados más que de los filósofos. Los límites de esta libertad han sido delineados en

2. Para una revisión reciente de la literatura y un análisis que llega a la misma conclusión, véase Daniel Jacobson, “Mill on Liberty, Speech, and the Free Society”, *Philosophy and Public Affairs* 29 (2000): 276-309.

buena medida por los tribunales, y de manera más notable por la Corte Suprema de los Estados Unidos. Comenzando en el New Deal, la Corte Suprema empezó a ser cada vez más generosa en la protección de la libertad de expresión, y lo hizo incluso al mismo tiempo que sostuvo la autoridad regulativa del gobierno frente a reclamos generalizados de libertad individual del tipo que se podría pensar como protegido por el principio del daño a terceros de Mill. En términos jurídicos, la libertad de expresión triunfó mientras el debido proceso sustantivo colapsó. La libertad de expresión fue protegida aún cuando la Corte Suprema reconoció que, en ausencia de una cuestión relacionada con la libertad de expresión, existían bases suficientes para la regulación por parte de las autoridades públicas.

El debido proceso sustantivo recibió su más dramática y contundente afirmación a fines del siglo XIX y principios del XX, cuando la Cláusula del Debido Proceso de la Decimocuarta Enmienda (“ni se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal”) fue utilizada para revocar legislación sobre la base de que interfería con la libertad individual. En ocasiones, el principio del daño a terceros de Mill fue invocado en apoyo a este ataque a la legislación.³ El fallo más memorable sobre el debido proceso en este período fue la decisión de la Corte Suprema de 1905 en *Lochner v. New York*, que dejó de lado una ley de Nueva York que establecía un tope de seis horas en el trabajo semanal en panaderías.⁴ La Corte entendió que la ley constituía una violación inconstitucional a la libertad individual, específicamente a la libertad de los empleados y empleadores de negociar contratos donde se establecieran condiciones laborales.

Sin embargo, durante el New Deal, a medida que la Corte empezó a darle verdadera vida a la libertad de expresión, también repudió *Lochner*, y sus sucesores, sobre la base de que legislación como la de los panaderos de Nueva York favorecía el bienestar general.⁵ Así, la libertad de expresión triunfó, mientras que el debido proceso sustantivo comenzó a debilitarse. Este giro se hizo evidente por primera vez en la decisión de 1931 de *Near v. Minnesota*, en la cual la Corte Suprema invocó principios de libertad de expresión para dejar de lado una orden judicial extensa que presumiblemente servía a propósitos públicos y por lo tanto podía ser entendida como preventiva del daño a terceros.⁶

La orden judicial en cuestión estaba dirigida contra un diario local (el *Saturday Press*) que había publicado una serie de artículos sobre la delincuencia en Minneapolis. En ellos

3. Por ejemplo, véase *Mugler v. Kansas*, 123 U.S. 623, 632 (1887) (Alegato del defensor del condenado). Al solicitarle a la Corte que dejara sin efecto la condena a su cliente por violar leyes estatales que prohibían la producción y venta de ciertas bebidas alcohólicas, el abogado sostuvo: “[n]unca ha habido, y nunca habrá, una cuestión más importante o más vital para la existencia de la libertad civil que la que está en juego en este caso. Es una cuestión discutida durante siglos, sobre la cual los individuos han peleado, han sufrido y han muerto, hasta que de la oscuridad y la lucha sombría han establecido la gran verdad: “[l]a única libertad que merece este nombre es la de buscar nuestro propio bien, por nuestro camino propio, en tanto no privemos a los demás del suyo o les impidamos esforzarse por conseguirlo. Cada uno es el guardián natural de su propia salud, sea física, mental o espiritual. La humanidad sale más gananciosa consintiendo a cada cual vivir a su manera que obligándole a vivir a la manera de los demás”. John Stuart Mill, ‘On Liberty’”. (pág. 41).

4. 198 U.S. 45 (1905).

5. *West COAST Hotel Co. v. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937); *NLRB v. Jones and Laughlin Steel Corp.*, 301 U.S. 1 (1937). Véase en general Owen Fiss, *Troubled Beginnings of the Modern State, 1888-1910* (New York, 2002), págs. 101-40.

6. 283 U.S. 697 (1931).

se alegaba que un gángster judío controlaba el juego y el contrabando de alcohol en la ciudad y se acusaba a policías, particularmente al jefe de policía, de abandono del deber y de mantener una relación personal con el gángster. Actuando sobre la base de una ley de Minnesota que permitía la restricción o supresión de la tirada de diarios “maliciosos, escandalosos y difamatorios”, la corte estatal libró una orden judicial en contra de nuevas publicaciones del *Saturday Press* o de cualquier otro diario malicioso, escandaloso y difamatorio. La Corte Suprema no cuestionó el carácter difamatorio de los artículos que dieron origen a la orden judicial y tampoco negó el daño que los artículos pudieron haberle ocasionado a los funcionarios públicos. Sin embargo, invalidó la ley de Minnesota y la orden a que ésta había dado lugar, sobre la base de que constituía una forma inaceptable de censura previa sobre las publicaciones. “Esto”, dijo el presidente de la Corte Hughes sobre el modo de regulación estatal, “hace a la esencia de la censura”.⁷

En el período iniciado a partir de *Near v. Minnesota*, durante el cual la tradición jurídica de protección de la libertad de expresión creció en alcance e intensidad, la apasionada defensa de Mill de la libertad de expresión en *Sobre la Libertad* ha sido frecuentemente invocada en apoyo a la postura de la Corte. Desde una perspectiva, tales referencias resultan completamente apropiadas porque parten de la premisa de que Mill presentó dos principios distintos –libertad de expresión y daño a terceros– y asimismo que garantizó una mayor libertad a la expresión que a la acción. Puede decirse que la distinción jurídica entre el debido proceso sustantivo y la libertad de expresión ha hecho explícito lo que en Mill sólo era implícito.

Por otro lado, utilizar a Mill de esa manera, en apoyo de la creciente tradición de protección de la libertad de expresión en los tribunales, resulta engañoso y opaca el carácter fundamentalmente personal, por oposición al carácter político, de la libertad que Mill persiguió. Aunque los principios de Mill de libertad de expresión y daño a terceros son distintos, en el sentido de que el primero puede prohibir restricciones sociales que el último tolera, invocar uno de ellos sin consideración por el otro oculta la base teórica que ambos comparten: el deseo de promover el desarrollo más pleno de cada individuo.

Como he dicho, el desarrollo personal hace a la esencia de *Sobre la Libertad*. Mill deseaba el progreso social, pero lo consideraba una consecuencia natural, casi inevitable, del desarrollo pleno del talento y de la personalidad de cada individuo. Él defendía tanto el principio del daño a terceros como el de la libertad de expresión sobre esta base. Mill valoraba la libertad de expresión pues ella crea el ambiente necesario para que las visiones convencionales sobre cómo vivir la propia vida puedan ser abiertamente criticadas y evaluadas. La discusión libre no garantiza que el individuo sepa qué curso ha de seguir al diseñar su vida, y menos aún que vaya a elegirlo. Pero si el individuo no escucha diversas opiniones ni examina las propias inclinaciones a través de la discusión abierta, tiene pocas esperanzas de adquirir, alguna vez, tal comprensión. La libertad de expresión fomenta la individualidad a través del proceso de auto-evaluación.

En el ámbito constitucional norteamericano, por el contrario, la libertad de expresión no es como en Mill un principio filosófico, sino más bien una regla de derecho articulada en el proceso de creación de una estructura de gobierno. Por lo tanto, tiene un carácter

7. 283 U.S. 713.

más político que personal. Aunque la Constitución de los Estados Unidos contiene algunas presunciones acerca de la naturaleza humana y puede decirse que procura, en última instancia, asegurar el desarrollo más pleno de los ciudadanos y de la sociedad en general, su propósito inmediato era más limitado. Sus diseñadores no pretendieron crear las condiciones necesarias para que los individuos florezcan ni tampoco declararon tal derecho; antes bien, procuraron dar vida a un gobierno y dotarlo de legitimidad democrática. La redacción de la Constitución fue, esencialmente, una empresa fundacional del Estado propia del siglo XVIII, erigiéndose la Primera Enmienda como una parte de esa particular empresa. No pretende promover la clase de individualidad que Mill defendía, sino más bien asegurar el funcionamiento apropiado del sistema de gobierno que la Constitución establece.

Así, mientras que para Mill la libertad de expresión era esencial para el desarrollo pleno de la personalidad individual, desde la perspectiva de la Constitución ella es valorada por su contribución al funcionamiento del sistema democrático. La libertad de expresión fomenta la democracia a través del proceso de deliberación pública. Un debate libre y abierto puede, como Mill sostuvo, ayudar a los individuos a determinar cómo vivir sus vidas, pero desde el punto de vista de la Primera Enmienda ese beneficio es secundario respecto de la prosecución de un fin más político: proveer a los ciudadanos de la información y el conocimiento que necesitan para ejercitar su prerrogativa democrática efectiva y sabiamente.⁸ Desde esta mirada, la libertad de expresión es necesaria para permitir a los ciudadanos decidir cuáles de sus creencias son falsas y cuáles verdaderas –o, dicho de otro modo, quién es el mejor candidato o qué política pública es la más sólida como para que sea perseguida por la ciudadanía–.

La censura que Mill temía era fundamentalmente social. Alzó su voz contra las sanciones informales que un individuo que hablara con franqueza podía experimentar. El rechazo deliberado era más preocupante que una condena a prisión. Por supuesto, Mill condenaba la supresión estatal, pero la consideraba secundaria como amenaza a la expresión. El Estado no era más que el representante de la sociedad y, en este mundo, una menor amenaza a la libertad personal que la sociedad en sí misma. Las herramientas a disposición del Estado bien pueden ser más severas y brutales que aquéllas con que cuentan los miembros de grupos sociales, o que los instrumentos de la opinión popular como los diarios, las escuelas y las iglesias. Pero desde la perspectiva de la libertad, las sanciones sociales podrían restringirla tanto como aquéllas impuestas por el derecho. En efecto, existían razones para temer especialmente a las sanciones sociales, ya que era probable que ellas fueran más intensas que las ejercidas por el Estado. Así, Mill presentó *Sobre la Libertad* como una protesta contra “el despotismo de la costumbre”. (pág. 112).

Él trató la idea de la sanción social principalmente en el contexto del principio del daño a terceros, más que en el de la libertad de expresión. Estaba preocupado por las fuerzas que compelen a las personas a llevar vidas convencionales. Este aspecto de su discusión de ninguna manera es sorprendente –que las personas deberían ser libres de hacer cualquier cosa que desearan siempre y cuando no dañen a terceros es, al fin y al cabo, el tema principal de *Sobre la Libertad*–. Aún así, ello no distorsiona los propósitos de Mill

8. Véase Owen Fiss, “The Ideal of Political Freedom” en *Looking Back at Law’s Century*, ed. Austin Sarat, Bryant Garth y Robert A. Kagan (New York 2002), págs. 35-59.

consistentes en extender el concepto de censura social también al ámbito de la expresión. Una sanción social puede ser tan restrictiva con respecto a la libertad de hablar como a la de actuar.

Mill era cuidadoso en distinguir la sanción social de las reacciones legítimas por parte de terceros respecto de lo que uno hace o profesa. No pretendía una supresión del criterio. Lejos de ello, Mill insistía: “nosotros mismos tenemos también derecho a obrar de distintas maneras según nuestra desfavorable opinión respecto de otro, sin menoscabo de su individualidad, sino sencillamente en el ejercicio de la nuestra” (pág. 122). Tenemos derecho a rechazar a cualquier persona de quien tengamos una opinión desfavorable y aun de advertir a otros respecto de ella. Él estaba entonces a favor de la opinión, pero en contra de la sanción. Mill reconocía las consecuencias dañosas de estos juicios sobre el individuo inconformista, pero utilizaba la idea de intencionalidad (con todas sus debilidades) para trazar el límite entre aquellos y la sanción o entre la respuesta legítima e ilegítima. Escribió: “de estas varias maneras puede sufrir una persona muy severas penalidades de manos de los demás por faltas que, directamente, sólo a él le conciernen; pero sufre estas penalidades solamente en cuanto son las consecuencias naturales y, por decirlo así, espontáneas de las faltas mismas, no porque le sean deliberadamente infligidas por afán de castigo” (pág. 123).

En su identificación de las sanciones sociales como principal preocupación, por oposición a las sanciones jurídicas formales, la visión de Mill bien podría reflejar el contexto histórico en el que se encontraba –la correcta sociedad de mediados de la época victoriana-. Sus ideas pueden haber sido influenciadas por las particulares circunstancias de su propia vida –específicamente, su relación con Harriet Taylor, una relación, descrita de manera más completa por David Bromwich,* que desafió todas las convenciones establecidas-.⁹ Ambos se conocieron en 1830, cuando Harriet Taylor, esposa de John Taylor, agotada de su matrimonio buscó la compañía de Mill. Durante los siguientes veinte años, Mill y la Sra. Taylor se vieron casi diariamente y a veces hasta viajaron juntos. Todo ello ocurrió con la aquiescencia de Mr. Taylor, quien facilitó la relación y se mantuvo en buenos términos con Mill, pero escandalizó a la sociedad londinense y la relación debió ser mantenida en privado. Mr. Taylor murió en 1849. Mill y la Sra. Taylor respetaron el luto tradicional de dos años y se casaron en 1851. Ella falleció un año antes de la publicación de *Sobre la Libertad*, y con una emotiva dedicatoria, Mill le ofrendó esta profunda protesta en contra de la tiranía de la costumbre.

Al margen de tales contingencias históricas, el énfasis de Mill en la censura social, por oposición a la estatal, podría también derivarse del valor que adscribía a la libertad en el proceso del desarrollo individual. Él consideraba a la libertad de expresión como un medio para examinar la validez de las convenciones establecidas, y por lo tanto necesitaba protegerse de la clase de sanciones que podían establecerse para hacer efectivas tales convenciones. Una teoría de la libertad de expresión que condenara la censura estatal permitiendo al mismo tiempo la censura social, haría poco por dotar al individuo de la

* *N. de la T.*: el autor hace aquí referencia al ensayo de David Bromwich [“A Note on the Life and Thought of John Stuart Mill”] publicado en John Stuart Mill, *On Liberty*, citado *supra*.

9. Véase Phyllis Rose, *Parallel Lives: Five Victorian Marriages* (New York, 1983) págs. 101-40.

libertad necesaria para examinar las doctrinas éticas y los credos religiosos prevalecientes o, de manera más general, determinar la mejor manera de vivir su vida.

La concepción política de la libertad de expresión tiene una orientación diferente. Aunque también valora el debate libre y abierto –lo que Mill describía como “la colisión de opiniones adversas”-, (pág. 118) no pretende promover el entendimiento del individuo sino el del ciudadano democrático. La cuestión que enfrenta el ciudadano no es cómo vivir su vida –la preocupación de Mill– sino cómo lograr que los funcionarios públicos sean sensibles a sus deseos y necesidades. En consecuencia, la preocupación principal consiste en que los funcionarios públicos manipulen o controlen a los ciudadanos y por lo tanto comprometan la soberanía del pueblo, suprimiendo la crítica de las políticas estatales o interfiriendo en la elección de candidatos para la función pública. No es extraño, entonces, que la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos esté formulada como una restricción a un poder del gobierno: “El Congreso no hará ley alguna por la que adopte una religión como oficial del Estado o se prohíba practicarla libremente, **o que coarte la libertad de palabra o de imprenta...**”*

Esta línea divisora entre la libertad política y personal no siempre se distingue nítidamente. De hecho, se ha desdibujado a medida en que la jurisprudencia ha expandido el reconocimiento de los posibles agentes de censura. En un caso estadounidense muy conocido, resuelto a fines de la década del '40, el juez Hugo Black sostuvo que el Estado tiene un deber constitucional de proteger al “orador de la esquina” de la amenaza de violencia por parte de una persona que pretenda interrumpirlo o silenciarlo.¹⁰ Esta opinión expresada en disidencia luego se convirtió en posición mayoritaria¹¹ y sirvió como fundamento de una amplia variedad de argumentos que se utilizaron para expandir el espectro de las fuerzas, incluso algunas más sociales por naturaleza, susceptibles de amenazar la libertad de expresión.

La opinión de Black denegando a un eventual objetor el derecho a silenciar a otra persona fue utilizada, por ejemplo, para impedir que los dueños de un centro comercial excluyeran a activistas políticos de su propiedad, y para requerir a los medios de comunicación la emisión de puntos de vista que, de otro modo, podrían haber sido omitidos.¹² Aquellos que suscribieron esta posición fueron capaces de satisfacer el requisito técnico-legal de “acción estatal” –ya que la Primera Enmienda consiste en una prohibición dirigida a las agencias estatales– al tratar la inacción estatal como una forma de acción. El Estado restringe la libertad de expresión, sostuvieron, cuando no logra proteger a un orador de quien desea silenciarlo, o del dueño de un centro comercial o de un medio de comunicación.

A medida que los abogados y los tribunales fueron expresando su preocupación constitucional hacia la actividad censora de tales actores privados, una importante

* *N. de la T.*: en el original sólo está transcrita la frase de la Primera Enmienda aquí resaltada.

10. *Feiner v. New York*, 340 U.S. 315 (1951) (disidencia de Black). Véase también en general Harry Kalven, Jr. *The Negro and the First Amendment* (Chicago, 1966).

11. Véase, por ejemplo, *Reno v. ACLU* 521 U.S. 844 (1997).

12. *Amalgamated Food Employers v. Logan Valley Plaza*, 391 U.S. 308. (1968); *Red Lion Broadcasting Co. v. FCC*, 395 U.S. 367 (1969). Véase en general Owen Fiss “The Censorship of Television” en *Eternally Vigilant: Free Speech in the Modern Era*, ed. Lee C. Bollinger and Geoffrey Stone (Chicago 2002), págs. 257-83.

distinción práctica entre libertad política y personal empezó a desaparecer. El derecho comenzó a acercarse a la postura de Mill en el sentido de que las restricciones ejercidas por el Estado son cualitativamente equivalentes a aquellas ejercidas por actores privados. En efecto, en su desarrollo sobre el principio del daño a terceros, Mill reconoció explícitamente que en casos excepcionales la inacción es una forma de acción (p. 82). No obstante, una importante diferencia subsiste entre Mill y la dirección del derecho constitucional que he descrito. El reconocimiento de que la censura social equivale a la censura estatal cuando el Estado no logra detener a los actores privados que amenazan a la libertad de expresión, no es lo mismo que la rotunda condena a la censura social. El foco constitucional permanece sobre el Estado. Así, casi todas las formas de censura social continúan fuera del alcance de la Constitución y de los tribunales.

El carácter distintivo de la libertad política, como opuesta a la personal, también se refleja en el espectro de actividades de expresión protegidas. Aunque la Corte Suprema ha sido generosa en el uso de la Primera Enmienda para proteger la expresión, en buena medida ha limitado dicha protección a la expresión pública o política por naturaleza, mientras que Mill no impuso tal restricción a las categorías de expresión protegidas por su principio. La diferencia entre las dos teorías se evidencia en la jurisprudencia sobre calumnias e injurias y en uno de los respaldos más enfáticos que la Corte Suprema ha dado a la idea de libertad política: *New York Times v. Sullivan*.¹³

El caso *Sullivan* surgió durante la era de los derechos civiles de principios de la década del '60, cuando funcionarios de Alabama ganaron una demanda ante una corte estatal en contra del *New York Times* por haber publicado una solicitada que apoyaba a Martin Luther King Jr. y sus seguidores. Titulada “Oíd las Voces Crecientes,” la solicitada, que contenía algunos datos falsos, acusaba a los funcionarios locales de Alabama de haber hostigado a activistas de los derechos civiles. En una opinión arraigada en la idea de que “el debate respecto de los asuntos públicos debe ser desinhibido, robusto y abierto”,¹⁴ la Corte Suprema revirtió el fallo de la corte estatal e interpretó que la Primera Enmienda exigía, para hacer lugar a esta pretensión de los funcionarios públicos, que las supuestas falsas afirmaciones sobre los hechos de la solicitada hubieran sido realizadas con “real malicia” -es decir, a sabiendas o con temerario desinterés acerca de su falsedad-.¹⁵ Un error por negligencia no era suficiente.

Los jueces eran totalmente conscientes de la enorme implicancia política que tenía el caso *Sullivan* y basaron su decisión en la premisa de que “el significado central”¹⁶ de la Primera Enmienda era prohibir leyes penales sobre sedición que sancionaran la crítica al gobierno. De acuerdo con ello, la Corte ha sido renuente a extender la contundente protección a la expresión manifestada en *Sullivan* a cuestiones no relacionadas con la política. En casos subsiguientes, por ejemplo, la Corte falló que un individuo, por oposición

13. 376 U.S. 254 (1964).

14. 376 U.S., pág. 270.

15. El juez Brennan, autor del voto de la Corte, citó *Sobre la Libertad* en una nota al pie para apoyar su decisión. La nota dice lo siguiente: “aun una falsa afirmación puede considerarse como idónea para hacer una contribución valiosa al debate público, ya que provoca ‘la más clara percepción y la impresión más viva de la verdad, producida por su colisión con el error,’” 376 U.S. en 279 n. 19.

16. 376 U.S. en 273

a un funcionario público, podía obtener reparación judicial por una calumnia aun si el emisor había sido simplemente descuidado respecto de la falsedad de sus afirmaciones.¹⁷ No se exigió real malicia en esos casos.

Varios jueces de la Corte también rechazaron expresamente la aplicación del requerimiento de real malicia ante afirmaciones supuestamente difamatorias que no se relacionaban con la política sino que, en cambio, involucraban un falso informe de un crédito en una empresa de negocios. El juez Powell, hablando por sí y por los jueces Rehnquist y O'Connor, explicó que “no toda expresión tiene la misma importancia a la luz de la Primera Enmienda”. Seguidamente eximió del requerimiento de real malicia por “el reducido valor constitucional de la expresión en casos que no involucran asuntos de interés público”.¹⁸

En ocasiones, categorías completas de expresión –por ejemplo, la publicidad comercial– han sido ubicadas fuera de la protección constitucional por no estar lo suficientemente relacionadas con la política. Una publicidad comercial busca persuadir a su audiencia para que compre algún bien o servicio, y por lo tanto, podría decirse que no se trata de un asunto de interés para el público o la comunidad política organizada. Como resultado, la Corte Suprema, tradicionalmente, ha dejado fuera de la protección de la Primera Enmienda a la publicidad comercial.¹⁹

La Corte rompió con esta tradición a mediados de la década del '70, pero lo hizo en un caso que tenía ramificaciones claramente políticas y públicas. La publicidad en cuestión se relacionaba con la posibilidad de practicar abortos y, por lo tanto, implicaba un reclamo de igualdad de derechos para las mujeres y del principio afirmado en 1973 que permitía a las mujeres decidir sobre su salud reproductiva. La publicidad apareció en 1971 en un diario de Virginia. Instaba a aquellas mujeres que quisieran realizarse un aborto a contactarse con el “Pabellón de Mujeres” en Nueva York “para su ubicación inmediata en hospitales y clínicas acreditadas a bajo costo”. La corte estatal sostuvo que la publicidad era comercial y por lo tanto no estaba protegida por la Primera Enmienda. Sin embargo, la Corte Suprema revocó el fallo.²⁰ La publicidad hacía más que simplemente proponer una transacción comercial; informaba, por ejemplo, que los abortos en ese momento eran legales en New York, lo que, a los ojos de la Corte, constituía un material fáctico de claro interés público. La Corte también declaró, no obstante, que la expresión no está automáticamente despojada de la protección de la Primera Enmienda por el sólo hecho de proponer una transacción comercial o involucrar promociones u ofertas.

Poco después, la Corte amplió su doctrina y utilizó la Primera Enmienda para proteger a los farmacéuticos que publicitaban los precios de medicamentos.²¹ Posteriormente, la protección de la Primera Enmienda se extendió a otra clase de publicidades, incluyendo aquéllas cuya intención era promover ofertas en el gasto de electricidad.²² Para 1996 la doctrina había evolucionado al punto que la Corte Suprema utilizó la Primera Enmienda

17. *Gertz v. Robert Welch Inc.*, 418 U.S. 323 (1974).

18. *Dun & Bradstreet, Inc. v. Greenbross Builders, Inc.*, 472 U.S. 749, 758, 761 (1985).

19. *Valentine v. Chrestensen*, 316 U.S. 52 (1942).

20. *Bigelow v. Virginia*, 421 U.S. 809 (1975).

21. *Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council*, 425 U.S. 478 (1976).

22. *Central Hudson Gas v. Public Service Commission*, 447 U.S. 557 (1980).

para invalidar una ley de Rhode Island que prohibía publicidad fuera de locales comerciales sobre el precio de bebidas alcohólicas.²³ Dos importantes comerciantes minoristas de bebidas alcohólicas habían desafiado constitucionalmente la ley.

En todos estos casos, los jueces estuvieron categóricamente divididos. Aquellos en contra de utilizar la garantía de la libertad de expresión de la Primera Enmienda para proteger la publicidad recordaron a sus colegas el carácter esencialmente político de la libertad garantizada. Ese grupo fue minoría, pero incluso la mayoría prevaleciente realizó un escrutinio de las regulaciones de ese tipo con un considerable menor esfuerzo o entusiasmo que el aplicado a las regulaciones de expresiones de índole política. Esta diferencia en el grado de escrutinio en sí también refleja la distinción entre las concepciones de carácter político y personal de la libertad de expresión.

Muy probablemente, la voluntad de la mayoría de intervenir no derive tanto de la apreciación del valor del discurso comercial sino más bien del deseo de establecer los límites de la autoridad del Estado, o bien de un escepticismo acerca de los intereses públicos a los que se sirve a través de la prohibición de la publicidad, especialmente si el Estado no tenía, como en el caso del licor, voluntad de prohibir o limitar el producto o la actividad publicitados. Al respecto, la mayoría parece estar menos preocupada por la libertad de expresión que por el tradicional debido proceso sustantivo, el cual, como el principio del daño a terceros de Mill, limita la interferencia del gobierno en la libertad individual, cualquiera sea la expresión involucrada.

En esta disputa respecto de la protección concedida por la Primera Enmienda a la publicidad comercial, Mill no apoya a ninguno de los grupos. Dado que adoptó una concepción personal de la libertad de expresión, el argumento del grupo disidente acerca del carácter apolítico de la publicidad comercial no tendría relevancia para él. Pero también era renuente a defender la protección de la publicidad comercial bajo cualquiera de sus principios, libertad de expresión o daño a terceros. En este tema Mill fue bastante explícito.

Hacia el final de *Sobre la Libertad*, Mill consideró el caso de una persona que aconseja, asesora o instiga a otra a ejecutar un acto que no daña a nadie más que a la persona que ejecuta la acción. Reconoció que estas acciones comunicativas son sociales en la medida en que pueden generar que alguien se dañe a sí mismo, y por lo tanto no están estrictamente comprendidas dentro del ámbito de protección de su principio que garantiza la libertad de cada individuo para realizar lo que desee siempre y cuando no dañe a terceros. No obstante, Mill concluyó que las razones que subyacen a ese principio requieren que estas acciones estén protegidas. Notablemente, él no invocó el principio de la libertad de expresión para arribar a esa conclusión sino que escribió: “si se debe permitir que las gentes obren como mejor les parezca y a su propio riesgo, en aquello que sólo a ellas concierne, deben igualmente ser libres para consultar unas con otras respecto a lo que sea más conveniente hacer, para cambiar opiniones y dar y recibir sugerencias. Todo aquello cuya realización esté permitida debe poder ser aconsejado.” (pág. 149).

Así y todo, Mill consideraba la posibilidad de hacer una excepción a esta regla general en los casos en que “...el instigador deriva de su consejo un beneficio personal...” (pág. 149) y la sociedad cree, justificadamente, que la acción puede dañar a la persona que la

23. 44 *Liquormart v. Rhode Island*, 517 U.S. 484 (1996).

ejecuta. Mill tenía en claro que el mero riesgo de que el licor fuera utilizado en forma desmedida no es una justificación suficiente para que una ley prohibiera su venta, ya que todo artículo que es comprado o vendido puede ser usado en exceso. Empero, él insistía con que bien podríamos reconocer que “...el interés de estos comerciantes en promover la intemperancia es un mal positivo y justifica que el Estado imponga restricciones...” (pág. 151). Con un desdén considerable hacia la industria de la publicidad, aun la que existía en su época, Mill contemplaba un mundo en el cual las personas deciden realizar acciones referidas a sí mismas “... por su propia determinación, lo más libres que sea posible de las argucias de personas que estimulan sus inclinaciones en interés de sus propósitos personales”. (pág. 150).

Por estas razones, parece difícil leer la defensa general de la libertad individual de Mill como un escudo de protección para la publicidad comercial. Lo mismo cabe decir respecto de su principio de libertad de expresión, por su naturaleza tan personal y por estar ligado al proceso de auto-evaluación. Así, *Sobre la Libertad* no brinda ningún apoyo a la mayoría prevaleciente de la Corte Suprema de los Estados Unidos en relación con este tema.

Por otra parte, la idea de Mill sobre la libertad personal puede conceder protección a otra categoría de expresión –el arte– que ha demostrado ser problemática dentro de un régimen constitucional dedicado, fundamentalmente, a proteger la expresión relacionada con la política. Para encontrar apoyo a la protección del arte en Mill, tendríamos que imaginar una fusión de lo político y lo personal –o, expresado de forma diferente, reconocer que la libertad política también depende de una saludable medida de libertad personal–.

La sociedad norteamericana no ha intentado restringir la producción artística en general; como mucho se ha limitado a regular la venta o distribución de libros, revistas y películas sexualmente provocativos. Tal censura ha sido defendida sobre la base de que una difusión generalizada de material sexualmente explícito aumenta el riesgo de violencia sexual contra las mujeres y puede afectar el patrón normal de desarrollo de los niños al exponerlos a temas sexuales a una edad demasiado temprana. Más recientemente, algunos han defendido la regulación de la pornografía sobre la base de que ella transforma a las mujeres en objetos sexuales y, por lo tanto, contribuye a su subordinación.

En las décadas del '30 y del '40, a medida que la expresión comenzó a ganar una mayor protección en los tribunales, la censura estatal de obras de arte sexualmente explícitas era irrestricta, y aun en casos tales como *Near v. Minnesota* se la consideró incuestionablemente válida. Sin embargo, en la segunda mitad del siglo XX, claramente a partir de los años 60, la Corte Suprema rompió con su tradición y empezó a ser cada vez más hostil hacia la censura de obras consideradas obscenas o pornográficas. La Corte no ha negado totalmente el poder estatal de censurar la literatura y el arte sexualmente explícitos, pero en nombre de la libertad de expresión ha establecido límites estrictos a esta competencia particular del censor.

El resultado ha sido un cuerpo de decisiones que parece ser muy firme y admirado como parte de la tradición constitucional de protección de la libertad de expresión²⁴. Es difícil imaginar nuestro derecho sin él. Partiendo, sin embargo, de la premisa de que la Constitución está dedicada a proteger la expresión política, la cuestión acerca de cómo

24. Harry Kalven, Jr. *A Worthy Tradition: Freedom of Speech in America*, ed. Jaime Kalven (New York 1988) págs. 33-53.

justificar estas decisiones surge naturalmente. La democracia bien puede requerir elecciones periódicas, competencia entre candidatos rivales y un debate libre y abierto sobre los méritos de cada uno de ellos y de su desempeño en el cargo. Pero, ¿exige también que seamos libres de leer *El amante de lady Chatterley*?

Mill defendía la libertad de expresión porque ella permite a las personas evaluar críticamente las convenciones sociales que gobiernan sus vidas. Nos permite cuestionar los dogmas religiosos y los principios éticos prevalecientes. Mill consideraba la libertad de expresión como parte de un proceso de auto-evaluación y concebía ese proceso en términos esencialmente racionalistas. Como tal, estaba menos preocupado por la libertad de expresión que por la “libertad de discusión”, la “libertad de opiniones” y la “libertad de pensamiento.” El arte que no expresa una opinión sino que más bien apela a la imaginación podría encontrar dificultades a la hora de asegurarse un lugar en ese esquema racionalista. Pero una vez que reconocemos la importancia del arte en el desarrollo de la personalidad humana –que tiene un rol crucial, por ejemplo, en el desafío de las convenciones al retratarnos las vidas de otras personas y ayudarnos a experimentarlas– podemos comprender que también el arte puede reclamar protección a la luz del principio de libertad de expresión de Mill. Lo que estaría protegido según ese principio no es el acto de creación artística –la expresión del artista– sino más bien la libertad de observar y experimentar el arte, el cual, al igual que el debate libre y abierto sobre religión y ética, es esencial para la evaluación crítica de las convenciones y por lo tanto para el pleno desarrollo de la personalidad humana.

Esta adaptación de la teoría de Mill es más bien menor y por lo tanto es posible entender fácilmente por qué una concepción personal de la libertad protegería el arte. Sin embargo, para incluir el arte dentro del ámbito de protección del principio de la libertad de expresión concebido en términos políticos, es necesario avanzar un paso más y además reconocer que el funcionamiento saludable del sistema democrático depende de una ciudadanía independiente, crítica e imaginativa. En otras palabras, una democracia viva requiere la clase de individualidad que Mill buscó proteger. Los ciudadanos no sólo necesitan escuchar argumentos relacionados con los asuntos públicos, sino que también deben ser capaces de evaluarlos. La democracia es una forma de auto-gobierno y por lo tanto requiere de ciudadanos capaces de gobernarse a sí mismos.

En 1948 Alexander Meiklejohn, también filósofo, publicó una serie de discursos que había dictado anteriormente en la Universidad de Chicago. El libro fue titulado *Free Speech and Its Relation to Self –Government*.²⁵ [N. de la T.: *La Libertad de Expresión y su Relación con el Autogobierno*] En él, Meiklejohn presentó una teoría de la libertad política tan osada y demandante como la teoría de Mill sobre la libertad personal. En las décadas siguientes, a medida que la Corte restringía la cruzada anticomunista encabezada por el Senador Joseph McCarthy, protegía a los activistas de los derechos civiles y limitaba la censura del arte, el trabajo de Meiklejohn se tornó cada vez más importante como clave para entender la doctrina constitucional, incluyendo casos tales como *New York Times v. Sullivan*.²⁶

25. Alexander Meiklejohn, *Free Speech and Its Relation to Self –Government* (New York, 1948), reimpresso como Alexander Meiklejohn *Political Freedom: The Constitutional Power of People* (Wetsport, Conn., 1965).

26. Véase, por ejemplo, William J. Brennan, Jr. “The Supreme Court and the Meiklejohn Interpretation of the First Amendment” *Harvard Law Review* 79 (1965); 1-20. Como ya se advirtió, el Juez Brennan escribió el voto mayoritario en *New York Times v. Sullivan*.

Meiklejohn comprendió que la libertad de expresión es funcional a la democracia al mantener la vitalidad del debate público, pero acertadamente percibió que el bienestar de la democracia también depende de la capacidad de los individuos de evaluar aquello que se les dice. Captó la conexión entre la libertad personal y la política. En consecuencia, aunque Meiklejohn creía que la función de la libertad de expresión es mejorar la percepción por parte del sistema político de las necesidades e intereses de los ciudadanos, defendió el esfuerzo de la Corte por detener la censura del arte sobre la base de que la libertad política requiere independencia de criterio, y por lo tanto la libertad que Mill valoraba. Como dijo Meiklejohn en 1961, justo cuando la doctrina de la Corte Suprema sobre la obscenidad iba tomando forma, “como profesor creo que la gente necesita novelas, dramas, pinturas y poesía, ‘porque van a ser llamados a votar’”.²⁷

Algunos de los que, como Meiklejohn, consideraron a la Primera Enmienda como una protección a la libertad política rechazaron esta línea de razonamiento. El ejemplo más notable es Robert Bork. En su famoso artículo publicado en 1971 en el *Indiana Law Journal*, Bork sostuvo que si la Primera Enmienda requiriera la protección del arte con el fundamento de que la libertad política depende de la personal, ello conduciría a una “estampida analógica” que virtualmente tornaría ilimitado el alcance de esa Enmienda. En consecuencia, Bork insistió en la fuerte conexión entre el contenido político y la expresión adecuadamente protegida por la Primera Enmienda: sólo la expresión que estuviera explícitamente referida al gobierno, tal como la crítica a un candidato o el apoyo de una política de gobierno por sobre otra, estaría protegida. Tal principio, por supuesto, dejaría fuera del ámbito de protección de la Primera Enmienda a prácticamente la totalidad del arte y por lo tanto jaquearía el cuerpo normativo a través del cual la doctrina de la Corte Suprema ha establecido límites a la capacidad del Estado para censurar la literatura y las películas sexualmente explícitas.

Todas las consecuencias de la posición sostenida por Bork se hicieron evidentes en 1987, cuando fue propuesto como juez de la Corte Suprema. Luego de un prolongado y áspero debate, el Senado rechazó su nominación. Esta decisión se debió a muchos factores, incluyendo la política partidaria, como también los puntos de vista de Bork respecto de varias cuestiones no relacionadas con su postura frente al arte. (En el mismo artículo de 1971, por ejemplo, Bork criticó la doctrina de la privacidad que más tarde llevó a la Corte Suprema a invalidar leyes que criminalizaban el aborto. Incluso antes de ello, argumentó en contra de la promulgación de la ley de derechos civiles de 1964). Pero las críticas de Bork a las decisiones de la Corte Suprema que limitaban la censura de la obscenidad también jugaron un rol importante en la oposición hacia él, y podemos por lo tanto detectar en el rechazo de su nominación, como así también en la evolución y en la deliberada perseverancia de la propia doctrina judicial, un reconocimiento público del punto de vista según el cual la libertad política se apoya en la clase de libertad personal que hace a la esencia de *Sobre la Libertad*. Esto no equivale a reclamar una prioridad de un tipo de libertad por sobre la otra en alguna escala metafísica, sino sólo a recalcar su

27. Alexander Meiklejohn, “The First Amendment is an Absolute”, *Supreme Court Review* (1961): 263 (con cita a Harry Kalven, Jr. “Metaphysics of the Law of Obscenity”, *1960 Supreme Court Review*, p. 16).

interdependencia. Si Mill no hubiera escrito su ensayo bajo las condiciones políticas que dio por sentadas, seguramente habría reconocido que la libertad personal, tan esencial para la individualidad, depende de la libertad contra la opresión del Estado.

La apreciación de las conexiones entre la libertad política y la libertad personal hace inteligible y consolida una importante rama de la doctrina sobre la Primera Enmienda. Sin embargo, deja dos desafíos para el abogado constitucionalista. El primero es aquél planteado por Bork –frenar la “estampida analógica” que bien podría ocurrir de utilizar la Primera Enmienda para proteger al arte-. En las próximas décadas debemos formular principios que distingan el arte de las múltiples actividades, algunas de carácter comunicativo, que pueden ser esenciales para el desarrollo personal pero que, en principio, parecen ubicarse fuera del ámbito de protección de la Primera Enmienda ¿El empleo? ¿La educación? ¿La danza?

El segundo desafío nace del énfasis puesto por Mill en la censura social, distinta de la estatal y, como ya he dicho, derivada de su concepción personal de la libertad. Reconocer la dependencia de la libertad política de la personal bien puede haber permitido a la Corte Suprema ser firme en su protección al arte, pero debe tenerse en cuenta que la Corte ha restringido el alcance de esa protección, aplicándola sólo frente a supuestos en los que la amenaza de censura proviene del Estado. Para Mill, tal protección contra la “tiranía del magistrado” no habría sido suficiente; “se necesita también protección”, sostuvo, “contra la tiranía de la opinión y sentimiento prevaecientes...” (págs. 31 y 32).

Aunque, en gran medida, la tiranía de la costumbre que Mill temía ciertamente ha disminuido desde la época en que él escribió, persiste la necesidad de desarrollar ciudadanos audaces e independientes, y por lo tanto de defender y proteger la individualidad. Empero, para satisfacer esta necesidad tendremos que confrontar nuevamente el dilema planteado por el hecho de que la garantía constitucional de la libertad de expresión constituye una protección contra la censura estatal. Es cierto que la doctrina que deniega al objetor un derecho a silenciar “al orador de la esquina” enseña de qué manera esta limitación puede ser eludida considerándola como un asunto puramente técnico, en la medida en que la inacción del Estado pueda ser calificada como una forma de acción. Pero el tema es más sustantivo que técnico. La Primera Enmienda puede ser extendida de esta manera sólo en raras y excepcionales ocasiones, todavía a ser definidas, pues de lo contrario subvertiríamos la propia estructura del derecho, la cual deriva del carácter político de la libertad allí garantizada.

La ley de la polarización de grupos*

Cass Sunstein*

Las diferencias de opinión y los choques de los partidos en ese departamento del gobierno, aunque a veces pongan obstrucciones a proyectos saludables, sin embargo, favorecen con frecuencia la deliberación y la circunspección y sirven para reprimir los excesos por parte de la mayoría.

-Alexander Hamilton¹

En la vida diaria, el intercambio de opiniones con los demás modera nuestra parcialidad y amplía nuestra perspectiva; estamos hechos para ver las cosas desde otros puntos de vista, y los límites de nuestra visión nos vienen dados... Los beneficios del debate residen en el hecho de que incluso los legisladores representativos sufren limitaciones de conocimiento y de su capacidad de razonar. Ninguno de ellos sabe todo lo que saben los demás, ni puede hacer las mismas deducciones a las que llegan conjuntamente. El debate es un medio de combinar información y de ampliar el alcance de los argumentos.

-John Rawls²

Cada persona puede compartir lo que sabe con los otros, haciendo que el todo sea al menos igual a la suma de las partes. Desafortunadamente, esto no es lo que a veces sucede... En la medida que la polarización se desarrolla, los miembros del grupo se vuelven más reticentes a aportar puntos de información sobre el tema que puedan contradecir el consenso emergente del grupo. El resultado es una discusión sesgada en la cual el grupo no tiene oportunidad de considerar todos los hechos, dado que los miembros no los traen a colación... Cada punto que ellos aporten logra de este modo reforzar la marcha hacia el consenso grupal en vez de agregar complicaciones y alimentar el debate.

-Patricia Wallace³

Considérense los siguientes eventos:

- Un grupo de individuos tiene una posición crítica respecto de un líder nacional. Ellos creen que éste ha adoptado una serie de decisiones erróneas, provocando un daño a la ciudadanía. ¿Qué es lo que estos individuos probablemente piensen luego de haber dialogado entre ellos?

* Traducido por Juan F. González Bertomeu.

• Karl N. Llewellyn Distinguished Service Professor of Jurisprudence, Facultad de Derecho y Departamento de Ciencia Política, Universidad de Chicago. Una versión anterior de este ensayo, diseñada para una audiencia legal, se publicó como *Deliberative Trouble? Why Groups Go To Extremes*, 110 Yale LJ71 (2000). Este artículo toma en buena medida materiales de aquél, pero también representa una revisión y reorientación significativa de los argumentos. Agradezco especialmente a James Fishkin por sus valiosos comentarios sobre un borrador anterior. [*N. de la T.*: el autor publicará próximamente un libro, tentativamente titulado *Mob, Markets, and Blogs*, estructurado sobre el tema de la polarización de grupos].

1. El Federalista n° 70, pág. 300 (Alexander Hamilton), Fondo de Cultura Económica, México, 1994.

2. John Rawls, *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1978, pág. 399.

3. Patricia Wallace, *The Psychology of the Internet*, págs. 81-82 (1999).

- Una organización compuesta por ambientalistas especialmente preocupados por el problema del calentamiento global se reúne para discutir sobre este tema y sobre el modo en que el mundo debería responder ante el mismo. ¿De qué manera podría modificarse la posición de los miembros de la organización luego de estas discusiones?
- Un grupo de mujeres está preocupado por la existencia, según ellas sostienen, de una “tiranía feminista” en ascenso. Ellas creen que las mujeres deberían ser capaces de efectuar sus propias decisiones, pero también piensan que los hombres y las mujeres son fundamentalmente diferentes, y que sus diferencias legítimamente pueden conducir a roles sociales diferenciados. El grupo decide reunirse cada dos semanas para concentrarse en problemas comunes. ¿Es posible predecir lo que sus miembros pensarán al cabo de un año?

Cada sociedad contiene una innumerable cantidad de grupos deliberativos. Entre otros, grupos eclesiásticos, partidos políticos, organizaciones de mujeres, jurados, organizaciones disidentes, cuerpos legislativos, comisiones reguladoras, tribunales colegiados, cuerpos de profesores, organizaciones estudiantiles, participantes de programas de radio y grupos de discusión por Internet se involucran en el ejercicio de la deliberación. De acuerdo a un simple hecho social, los individuos con frecuencia ingresan a una discusión con un punto de vista y salen con otro, aún en lo relativo a cuestiones políticas o morales. Enfatizando este hecho, muchos observadores recientes han apoyado la aspiración tradicional en favor de la “democracia deliberativa”, un ideal diseñado con el fin de combinar la rendición de cuentas frente a la ciudadanía con un alto grado de reflexión e intercambio entre individuos con puntos de vista divergentes.⁴ Pero en su mayor parte, la literatura resultante no ha estado orientada empíricamente. Así, en ella no se han analizado demasiado las consecuencias de la deliberación en la vida real, ni el punto relativo a si las generalizaciones mantienen su validez en contextos deliberativos reales, con grupos con diferentes predisposiciones y composiciones.

Mi principal propósito es investigar una llamativa, aunque largamente ignorada, constante estadística –la de la **polarización de grupos**–, y vincular este fenómeno con cuestiones subyacentes relacionadas con el rol de la deliberación en la “esfera pública” de una democracia heterogénea. En resumen, la polarización de grupos significa que **los miembros de un grupo deliberativo se mueven previsiblemente hacia un punto más extremo en la dirección indicada por sus tendencias pre-deliberativas.**⁵

4. Véase Amy Gutman y Dennis Thompson, *Democracy and Disagreement* 128-64 (1997); *Deliberative Democracy* (Jon Elster ed. 1998); Jürgen Habermas, *Between Facts and Norms* 274-328 (1997) [En castellano: *Facticidad y Validez*, editorial Trotta, Madrid, 1998]; Cass R. Sunstein, *The Partial Constitution*, 133-45 (1993).

5. Nótese que este punto tiene dos implicancias diferentes. Primero, un grupo deliberativo al que se le pide que adopte una decisión grupal va a moverse hacia un punto más extremo en la dirección indicada por los juicios pre-deliberativos medios. Segundo, si la tendencia de los individuos que componen un grupo deliberativo es medida anónimamente luego de la discusión, el resultado va a reflejar un movimiento hacia un punto más extremo en la dirección indicada por el juicio pre-deliberativo medio. Frecuentemente estos dos fenómenos están mezclados en la literatura empírica, y no siempre los distinguiré aquí. Pero para ciertos fines es importante distinguirlos, y de aquí que algunos trabajos se refieran al movimiento de grupos como “movimientos de las opciones” y al movimiento de individuos como “polarización de grupos”. Véase Johannes Auber et al., *Choice Shift and Group Polarization: An Analysis of the Status of Arguments and Social Decision Schemes*, 62 *J. Person. and Soc. Psych.* 50, 50, 59 (1992).

De esta manera, por ejemplo, los miembros del primer grupo deliberativo probablemente se vuelvan todavía más críticos del líder nacional; los del segundo probablemente terminen aún más preocupados por el calentamiento global; y el grupo de mujeres preocupadas por el feminismo probablemente se vuelva muy escéptico respecto del feminismo. Notablemente, aquellos grupos de individuos con tendencias extremas son más proclives a moverse,* y probablemente a moverse con mayor intensidad (una cuestión relacionada con los orígenes de la violencia y el terrorismo). Lo mismo se aplica a los grupos con alguna clase de identidad compartida (como los miembros de partidos políticos identificables). La participación de individuos que piensan de modo similar en “juegos de polarización iterados” –es decir, cuando se reúnen regularmente sin exponerse de manera sostenida a puntos de vista opuestos– potencia el surgimiento de movimientos extremos.

Dos mecanismos principales subyacen a la polarización de grupo. El primero apunta a las influencias sociales en el comportamiento, y en particular, en el deseo de los individuos de mantener su reputación y su concepción sobre sí mismos. El segundo enfatiza los limitados “conjuntos de argumentos” que existen dentro de cualquier grupo, y las direcciones en las cuales éstos conducen a los miembros del grupo. La comprensión de estos dos mecanismos arroja mucha luz sobre los cuerpos deliberativos. Ella resulta muy iluminadora en lo que respecta, por ejemplo, a los procesos previsibles dentro de grupos religiosos, tribunales colegiados, partidos políticos y legislaturas, por no mencionar a los grupos étnicos, organizaciones extremistas, terroristas, conspiraciones criminales, asociaciones estudiantiles, cuerpos de profesores, instituciones involucradas en enfrentamientos entre clanes o “batallas territoriales”, ámbitos laborales y familiares.

Al mismo tiempo, estos mecanismos producen serios interrogantes respecto de la deliberación desde un punto de vista normativo. Si la deliberación previsiblemente empuja a los grupos hacia un punto de vista más extremo en la dirección de su tendencia original, cualquiera que ella sea, ¿contamos con alguna razón para pensar que la deliberación va a representar un avance? Una respuesta sensata pondría énfasis en la importancia de prestar mucha mayor atención a las circunstancias y la naturaleza de la deliberación, y no meramente al hecho de que ella ocurra.

Uno de los propósitos más importantes que me planteo es echar luz sobre los **enclaves deliberativos**, un proceso que según entiendo incluye a la deliberación entre individuos que piensan de manera similar y que hablan o incluso viven la mayor parte del tiempo en enclaves aislados. Voy a enfatizar que los enclaves deliberativos son, simultáneamente, un peligro potencial para la estabilidad social, una fuente de fragmentación social o incluso violencia, y una garantía contra la injusticia social y la irracionalidad. Como vamos a ver, la polarización de grupos contribuye a echar nueva luz sobre la vieja idea de que la homogeneidad social puede ser muy dañina para la buena deliberación.

Cuando los individuos escuchan ecos de sus propias voces, la consecuencia puede ir mucho más lejos del apoyo y la ratificación. Sin embargo, los enclaves deliberativos tienen un punto a favor: los participantes de grupos heterogéneos tienden a conferir muy

* *N. de la T.*: el autor emplea aquí y en otras partes del artículo el verbo *to shift* y el sustantivo *shift*, que no tienen equivalentes exactos en castellano. Se ha optado por traducir el primero como *mover* y el segundo como *movimiento*.

poco peso a los puntos de vista de los miembros de menor estatus⁶ (en algunas épocas y lugares, las mujeres, las minorías religiosas y raciales o los individuos menos educados.)

Por ende, la deliberación de enclave podría ser la única alternativa para asegurar que estos puntos de vista puedan desarrollarse y eventualmente hacerse oír. Sin un lugar para el enclave deliberativo, los ciudadanos en la esfera pública más general podrían moverse en ciertas direcciones, incluso direcciones extremas, precisamente porque los puntos de vista opuestos no son escuchados en absoluto. Una lección ambivalente es que los enclaves deliberativos pueden ser caldo de cultivo *tanto* para el desarrollo de puntos de vista injustamente suprimidos *como para* el extremismo injustificado, incluso el fanatismo. Una lección menos ambivalente no sugiere la necesidad de celebrar o desafiar la deliberación como tal sino de diseñar instituciones para asegurar que cuando los individuos y grupos se mueven, ello es por la fuerza de sus argumentos y no por las dinámicas sociales que aquí enfatizaré.

I. ¿Cómo y por qué se polarizan los grupos?

A. El fenómeno básico

La polarización de grupo es uno de los patrones más firmes que se encuentran en los cuerpos deliberativos, y ha quedado evidenciada alrededor de todo el mundo y en muchos ámbitos distintos. El resultado es que los grupos con frecuencia adoptan decisiones más extremas de las que adoptaría el individuo típico o promedio del grupo. Nótese que, en el trabajo experimental, tanto el extremismo como las tendencias no se miden con referencia a algo externo o a un estándar normativo sino con referencia a la escala particular planteada a los individuos que componen el grupo. De este modo, por ejemplo, puede preguntársele a los individuos, en una escala de -5 a 5, en qué medida coinciden o no coinciden con un punto en particular (el líder nacional es corrupto, el gobierno debería incrementar la regulación del poderío nuclear, los Estados Unidos deberían aumentar la ayuda externa.) Según veremos, la literatura experimental está estrechamente conectada con los fenómenos de la vida real.

Aunque resulte estándar, el término “polarización de grupos” es en algún sentido desorientador. El término no sugiere que los individuos van a dirigirse hacia los polos, ni tampoco se relaciona con un aumento en la discrepancia entre los grupos, aunque éste puede ser el resultado final. El término se refiere a un cambio previsible *dentro* del grupo en el que se discute un caso o problema. Cuando este cambio se produce, los grupos y sus miembros se mueven y convergen no hacia el centro de las disposiciones previas sino hacia una posición más extrema en la dirección indicada por esas disposiciones. El efecto de la deliberación es, a la vez, disminuir la discrepancia entre los miembros del grupo, en tanto las diferencias individuales disminuyen, y producir convergencia en un punto relativamente más extremo entre los juicios pre-deliberativos.

6. Caryn Christenson y Ann Abbott, “Team Medical Decision Making”, in *Decision Making in Health Care* (Gretchen Chapman and Frank Sonnenberg eds. 2000), págs. 267, 273-76.

Considérense algunos ejemplos de este fenómeno básico, provenientes de más de una docena de países.⁷ (a) Un grupo de mujeres moderadamente feministas va a volverse más fuertemente feminista luego de la discusión.⁸ (b) Luego del debate, los ciudadanos franceses se vuelven más críticos de los Estados Unidos y sus intenciones respecto a la ayuda económica.⁹ (c) Como resultado de la discusión, ciertos individuos blancos ya predispuestos a exhibir prejuicios raciales ofrecen respuestas más negativas a la cuestión de si el racismo blanco es responsable de las condiciones que enfrentan los afro-americanos en las ciudades norteamericanas.¹⁰ (d) Luego de una discusión, algunos individuos blancos predispuestos a no evidenciar prejuicios raciales ofrecen respuestas más positivas a la misma cuestión.¹¹

Como una cuestión de regularidad estadística, debería seguirse, por ejemplo, que aquellos individuos moderadamente críticos de un intento bélico en marcha van, luego de la discusión, a oponerse agudamente a la guerra; que los que creen que el calentamiento global es un problema serio van presumiblemente, luego del debate, a sostener tal creencia con una confianza considerable; que los individuos que creen en la inferioridad de cierto grupo racial van a convencerse todavía más de esta creencia; que aquellos que tienden a condenar a los Estados Unidos van a terminar condenando a este país con alguna intensidad luego de la discusión.

Se han ofrecido tres explicaciones principales de polarización de grupos, las que han sido investigadas de forma exhaustiva.

1. Comparación Social. La primera trata sobre la comparación social y parte de la afirmación de que los individuos desean ser percibidos de un modo favorable por los otros miembros del grupo, y también percibirse a sí mismos de esa forma. Una vez que conocen lo que otros piensan, los individuos ajustan sus posiciones en la dirección de la posición dominante. Esto logra desplazar la posición del grupo hacia uno u otro extremo, y también inducir movimientos en miembros individuales. Los individuos pueden desear, por ejemplo, no parecer demasiado entusiastas o demasiado cautos en su entusiasmo con relación a medidas agresivas para controlar el delito o a un aumento en la defensa nacional. De aquí que sus puntos de vista puedan cambiar cuando perciban lo que otros miembros del grupo piensan. El resultado es la polarización del grupo.

La dinámica detrás de esta explicación es que la mayoría de la gente podría desear adoptar una posición que sea en cierto sentido socialmente preferida. Nadie puede saber cuál va a ser esa posición hasta que las posiciones de los otros se conocen. Así, los individuos mueven sus juicios de modo de preservar su imagen frente a otros y a sí mismos.

7. Véase Roger Brown, *Social Psychology: The Second Edition*, pág. 222. Entre estos países se incluye a los Estados Unidos, Canadá, Nueva Zelanda, Alemania y Francia. Véase, por ejemplo, Johannes Zuber et al., "Choice Shift and Group Polarization", 62 *J Personality and Social Psych.* 50 (1992) (Alemania); Dominic Abrams et al., "Knowing What To Think By Knowing Who You Are", 29 *British J Soc. Psych.* 97, 112 (1990) (Nueva Zelanda). Por supuesto, es posible que algunas culturas muestren una tendencia mayor o menor respecto a la polarización; ésta sería un área extremadamente interesante para el estudio empírico.

8. Véase D.G. Myers, "Discussion-Induced Attitude Polarization", 28 *Human Relations* 699 (1975).

9. Brown, obra citada en nota 7, pág. 224.

10. D.G. Myers y G.D. Bishop, "The Enhancement of Dominant Attitudes in Group Discussion", 20 *J Personality and Soc. Psych.* 286 (1976).

11. *Ibid.*

2. Argumentos Persuasivos. La segunda explicación, que enfatiza el rol de los argumentos persuasivos, se basa en el sentido común: la posición de cualquier individuo sobre una cuestión depende en parte de cuáles de los argumentos que se presentan dentro del grupo parecen convincentes. La elección, en consecuencia, se mueve en la dirección de la posición más persuasiva defendida por el grupo, tomado como un todo.

Por definición, cualquier grupo cuyos miembros estén ya inclinados en cierta dirección tendrá un número desproporcionado de argumentos en apoyo de esa misma dirección. Se sigue de esto que el resultado de la discusión será mover a los individuos más lejos en la dirección de sus inclinaciones iniciales. La clave es la existencia de una batería limitada de argumentos, sesgada (hablando en términos puramente descriptivos) en una dirección en particular. Por ello es que existirá un movimiento en la dirección de la inclinación original.

3. La confianza favorece el extremismo. La tercera explicación comienza advirtiendo que los individuos con puntos de vista extremos tienden a tener mayor confianza sobre la corrección de éstos, y que en la medida en que los individuos ganan en confianza, se vuelven más extremos en sus creencias.¹² La idea básica aquí es simple: aquellos que carecen de confianza, que están inseguros de lo que deberían pensar, tienden a moderar sus opiniones. Es por ello que es probable que la gente cautelosa, que no sabe qué hacer, escoja el punto medio entre los extremos relevantes. Pero si otros individuos parecen compartir su opinión, es probable que usted se vuelva más seguro sobre la corrección de su posición. Como resultado, probablemente usted se mueva en una dirección más extrema. En una amplia variedad de contextos experimentales ha quedado evidenciado que las opiniones de los individuos se vuelven más extremas simplemente porque ellas han sido corroboradas, y porque han ganado confianza luego de advertir que los otros comparten sus puntos de vista.

Lo que es especialmente destacable aquí es que este proceso—de confianza y extremismo creciente—bien podría ocurrir de modo simultáneo para todos los participantes. Suponga que un grupo de cuatro personas está inclinado a desconfiar de las intenciones de los Estados Unidos, Rusia o Irán. Al ver que su opinión tentativa se ve confirmada por la de otros tres, es probable que cada uno de los miembros se sienta reivindicado, mantenga su opinión con mayor confianza, y se mueva en una dirección más extrema. Al mismo tiempo, estos mismos movimientos internos ocurren también en *otros* individuos (de la corroboración a la mayor confianza; y de ésta a un mayor extremismo). Pero estos movimientos serán invisibles para cada participante. Simplemente parecerá como si otros “realmente” sostuvieran sus opiniones sin dudar. Como resultado, nuestro pequeño grupo podría concluir, luego de una discusión de un día, que no se puede confiar en absoluto en las intenciones de ninguna nación en particular.

12. Véase Robert Baron et al., “Social Corroboration and Opinion Extremity”, 32 J Experimental Soc. Psych. 537 (1996).

B. Refinamientos –y despolarización–

Paso ahora a ciertos refinamientos, complicando la descripción básica de la polarización de grupos. Para comprender la relación entre este fenómeno y la democracia, existen dos puntos centrales. *Primero*, resulta muy importante determinar si los individuos se consideran a sí mismos parte del mismo grupo social que el resto; un sentimiento de identidad compartida va a elevar los movimientos, y una creencia de que la identidad no es compartida va a reducirlos y posiblemente eliminarlos. *Segundo*, los grupos deliberativos tenderán a despolarizarse si ellos tienen en su seno subgrupos que están opuestos entre sí y si los miembros tienen cierto nivel de flexibilidad en sus posiciones. Ambos descubrimientos tienen gran relevancia para cualquier enfoque sobre la relación entre la polarización de grupos y las instituciones democráticas, como veremos.

1. Factores emocionales, identidad y solidaridad. Si los miembros del grupo están unidos por vínculos emocionales, el disenso es significativamente menos frecuente. La existencia de lazos emocionales reduce de esta manera el número de argumentos divergentes y también intensifica las influencias sociales sobre las elecciones. De aquí que sea menos probable que los individuos se muevan si la dirección promovida está siendo respaldada por miembros del grupo que son poco amistosos; la posibilidad de que exista un movimiento y su tamaño probable aumentan cuando los individuos perciben que sus compañeros en el grupo son amistosos, gente con quien pueden simpatizar, y similares a ellos.

En un análisis más específico sobre la trascendencia particular de la deliberación social y la teoría de la democracia, se ha descubierto la importancia de que los individuos se vean a sí mismos como parte de un grupo que tiene cierto nivel de solidaridad. Si ellos piensan de esta forma, la polarización de grupo será mucho más probable, y es probable también que sea más extrema.¹³ De este modo, cuando el contexto enfatiza la pertenencia de esa persona al grupo social involucrado en la deliberación, la polarización aumenta. Este hallazgo está en línea con la evidencia más general respecto a que los lazos sociales entre los miembros de los grupos que deliberan tienden a suprimir el disenso y a conducir de este modo a decisiones de calidad inferior. Esto no debería ser sorprendente. Si los hallazgos comunes sobre la polarización de grupos son producto de las influencias sociales y de la existencia de conjuntos limitados de argumentos, es razonable que cuando los miembros de los grupos se vean similares entre ellos de acuerdo a cierta dimensión saliente, o cuando algún factor externo (la política, la geografía, la raza, el sexo) los una, la polarización de grupo se refuerce.

2. Despolarización y deliberación sin movimientos. ¿Es posible construir grupos que se despolaricen –que tiendan hacia una posición media– o cuyos miembros no se muevan en absoluto? Ambos fenómenos parecen producirse en cuerpos deliberativos reales. De hecho, la teoría de los argumentos persuasivos sugiere que existirá

13. Véase Russell Spears, Martin Lee y Stephen Lee, "De-Individuation and Group Polarization in Computer-Mediated Communication", 29 British J Soc Psych 121 (1990); Dominic Abrams et al., "Knowing What To Think By Knowing Who You Are", 29 British J Soc. Psych. 97, 112 (1990); Patricia Wallace, obra citada en nota 3, págs. 73-76.

despolarización cuando se ofrezcan nuevos argumentos persuasivos que estén opuestos a la dirección favorecida inicialmente por los miembros de los grupos. Existe evidencia de este fenómeno.¹⁴ La despolarización -en vez de la polarización- va a encontrarse también en casos en que el grupo relevante esté formado por igual cantidad de representantes de cada uno de los dos extremos.¹⁵ Por su parte, las “cuestiones familiares y debatidas durante largo tiempo no se despolarizan fácilmente.”¹⁶ De hecho, con respecto a estas cuestiones, las personas son simplemente menos proclives a moverse. Y cuando una o más personas en un grupo conocen la respuesta correcta a una pregunta fáctica, el grupo es proclive a moverse en la dirección correcta.

C. La Verdadera Deliberación entre Grupos del Mundo Real: “Juegos de Polarización” Iterados

Los estudios de la polarización de grupos se basan en experimentos no repetidos en más de una ocasión –no iterados-. Pasaremos en breve a la polarización de grupos en el mundo real. Pero antes me permito señalar una implicancia sorprendente de los experimentos, que tiene especial importancia para la deliberación democrática entre individuos que se encuentran no sólo una vez sino de manera regular.

Si los participantes se involucran en discusiones repetidas –si, por ejemplo, se encuentran cada mes, expresan sus puntos de vista y votan- deberían existir movimientos repetidos hacia (y más allá de) el polo definido. De este modo, por ejemplo, si un grupo de ciudadanos está pensando acerca de las manipulaciones genéticas de los alimentos, el salario mínimo o la Organización Mundial del Comercio, la consecuencia de sus discusiones, a lo largo del tiempo, debería conducir a direcciones bastante extremas. En estos “juegos de polarización” iterados, la deliberación a lo largo del tiempo debería producir una situación en la cual los individuos mantienen posiciones más extremas que aquella que sostenía cualquier miembro individual del grupo antes de que la serie de deliberaciones comenzara.

De hecho, la idea de los juegos de polarización iterados parece ser mucho más realista que los procesos estudiados en experimentos de un sólo evento. Según entiendo, sin embargo, no hay ningún estudio de tales juegos. Pero no es difícil pensar en grupos de la vida real –partidos políticos, organizaciones religiosas, o incluso grupos terroristas- en los cuales la consecuencia de la deliberación, a lo largo del tiempo, parece ser un movimiento tanto de los grupos como de los individuos hacia posiciones que antes no podrían haber aceptado.

14. Una tercera posibilidad es que el oír otras opiniones similares produce mayor confianza en las posiciones individuales, conduciendo a los miembros a juicios más extremos en la misma dirección. Este punto fue señalado recientemente por Heath y Gonzales. Véase Chip Heath y Richard Gonzales, “Interaction With Others Increases Decision Confidence But Not Decision Quality: Evidence Against Information Collection Views Of Interactive Decision Making”, 61 *Organizational Behavior and Human Decision Processes* 305-326 (1997).

15. Véase H. Burnstein, “Persuasion As Argument Processing”, en *Group Decision Making* (H. Brandstetter, J.H. Davis, and G. Stocker-Kreichgauer eds., 1982).

16. Brown, obra citada en nota 7, pág. 226.

II. Polarización y democracia

En esta sección discuto la evidencia de la polarización de grupos en las instituciones legales y políticas, y rastreo algunas implicancias de esa evidencia para los participantes en una democracia deliberativa. Me ocuparé de las cuestiones normativas más adelante. Mi propósito aquí es echar nueva luz sobre las prácticas sociales.

A. Eventos Polarizantes y Empresarios de la Polarización

La polarización de grupos tiene un importante efecto en numerosas instituciones y grupos deliberativos. Sus efectos no están limitados al laboratorio. Considérese, por ejemplo, el rol social y político de las organizaciones religiosas. Estas organizaciones tienden a reforzar las convicciones religiosas de los miembros del grupo, simplemente en virtud del hecho que los individuos que piensan de manera similar dialogan entre sí. Estos grupos amplifican los impulsos religiosos, especialmente si sus miembros están aislados de otros grupos, y en ocasiones esto puede conducir a los individuos en direcciones más bien extrañas. Sea esto como fuere, la actividad política de los miembros de las organizaciones religiosas se ve indudablemente afectada por efectos de tipo cascada y por la polarización de grupos. De manera similar, la evidencia de las encuestas sugiere que los eventos sociales dramáticos tienden a polarizar actitudes, con el resultado de que tanto las actitudes positivas como las negativas aumentan dentro de los grupos demográficos.¹⁷ En los Estados Unidos, este punto se aplica de modo enfático a los ataques terroristas en Nueva York y Washington D.C. del 11 de septiembre de 2001.

De hecho, es posible imaginar “polarizadores profesionales” o “empresarios de la polarización”, esto es, activistas políticos que tienen como una de sus metas la creación de esferas en las cuales los individuos que piensan de manera similar puedan oír un punto de vista particular de uno o más individuos con un mínimo de sofisticación, y también participar, personalmente o por intermedio de otros, en una discusión en la que cierto punto de vista se vea asegurado y reforzado. Para aquellos que buscan promover una reforma social, una estrategia extremadamente promisorio es comenzar por promover discusiones entre individuos que tiendan a favorecer la reforma relevante. Es esperable que tales discusiones intensifiquen las convicciones y preocupaciones subyacentes. Cualquier actor o líder social puede calificar como empresario de la polarización. La categoría incluye tanto a aquellos que lucharon contra el comunismo en Europa del Este y contra el apartheid en Sudáfrica, como a los líderes terroristas y a quienes están involucrados en conspiraciones criminales de diversos tipos.

B. “Grupos Excluidos”

La polarización de grupos tiene implicancias particulares en el caso de los “grupos excluidos” y (en un supuesto extremo) para la investigación de las conspiraciones.

17. Véase R.T Riley and T.F. Pettigrew, “Dramatic Events and Attitude Change”, 34 J Personality and Social Psych 1004 (1976).

Recuérdese que la polarización aumenta cuando los miembros de un grupo se identifican de acuerdo a alguna dimensión relevante y especialmente cuando un grupo es capaz de definirse en contraste con otro grupo. Los “grupos excluidos” están en esta posición –de contraste con otros- por definición. Excluidos por elección o por coerción de la discusión con otros, estos grupos pueden polarizarse en direcciones bastante extremas, en parte y con frecuencia debido a la polarización de grupos. Es por esta razón que sus miembros pueden a veces ser conducidos, o conducirse a sí mismos, hacia actos violentos. La tendencia hacia la polarización entre los grupos excluidos ayuda a explicar el interés especial por el “discurso de odio”, por medio del cual los antagonismos grupales pueden ser potenciados.

C. Enfrentamiento entre Clanes, Conflictos Étnicos e Internacionales y Guerra

La polarización de grupos se pone en juego inevitablemente en los enfrentamientos entre clanes, en los conflictos étnicos o internacionales, y en la guerra. Uno de los rasgos característicos de los enfrentamientos antes señalados es que los miembros de los grupos en tensión tienden a dialogar sólo entre sí mismos, alimentando y amplificando su indignación, y cristalizando su impresión sobre los eventos relevantes. No constituye un desatino sugerir que estos efectos están a veces presentes dentro de grupos étnicos e incluso naciones, a pesar del usualmente alto nivel de heterogeneidad existente a nivel nacional. En Estados Unidos, las profundas divergencias que existen entre blancos y afro americanos sobre eventos relevantes específicos o incluso a un nivel más general pueden ser explicadas haciendo referencia a la polarización de grupos.

Lo mismo se aplica a las profundas divergencias de perspectivas en el seno de las naciones y entre éstas. La polarización de grupos se da dentro de Israel y la Autoridad Palestina; ocurre dentro de los Estados Unidos y entre aquellos inclinados a apoyar, o al menos a no condenar, actos terroristas. Una buena parte de la respuesta a la pregunta persistente “¿por qué nos odian?” no radica en viejas heridas, en conciencias o responsabilidades individuales sino en las influencias de los procesos sociales aquí enfatizados. Por supuesto que el periodismo juega un papel muy relevante, como veremos ahora.

D. Internet, Políticas de Comunicación y Deliberación de Masas

Mucha gente ha expresado preocupación sobre los procesos de influencia social en el ámbito de los medios de comunicación masiva e Internet. Se sostiene que el problema general radica en la fragmentación que se produce por el hecho de que ciertos individuos oyen más -y más fuertes- versiones de sus propios compromisos preexistentes. Esto reduce los beneficios que se derivan de la exposición a visiones divergentes y a problemas no descubiertos antes. Con una mayor especialización, los individuos están cada vez en mejores condiciones de evitar los periódicos y las revistas de interés general, y de escoger opciones que reflejen sus propias predisposiciones. Internet está haciendo posible que la gente diseñe sus propios -y altamente personalizados- paquetes de comunicación, filtrando cuestiones urticantes y aquellas voces no favorecidas.

La comprensión de la polarización de grupo explica por qué un mercado de comunicaciones fragmentadas puede crear problemas.¹⁸ Una “hipótesis plausible es que es del todo probable que configuraciones como Internet creen una fuerte tendencia hacia la polarización de grupo cuando los miembros de éste tengan algún sentimiento de identidad grupal.”¹⁹ Si ciertos individuos deliberan con otros que piensan similar, los puntos de vista no se verán meramente ratificados sino en cambio movidos hacia puntos más extremos. No puede decirse que esto sea malo por sí mismo –quizá el aumento resultante del extremismo sea bueno-, pero es ciertamente problemático si grupos sociales diversos son conducidos, a través de mecanismos predecibles, hacia puntos de vista cada vez más opuestos y extremos.

III. Problemas Deliberativos

¿Cuál es la relación entre la polarización de grupo, la teoría democrática y las instituciones legales? Pongo el foco en particular en las implicancias de la polarización de grupo en el diseño institucional, con especial referencia a los usos de la heterogeneidad y a las complejas cuestiones que presenta la deliberación dentro de “enclaves” particulares. ¿Deberían contar los enclaves deliberativos como deliberación? Si la deliberación requiere una medida de desacuerdo, ésta es una pregunta seria. Sin embargo, aún individuos que piensan de forma similar van a tener perspectivas y puntos de vista diferentes, de manera que un grupo de gente que tienda a apoyar la acción afirmativa, o a temer el calentamiento global, va a incluir algún grado de intercambio de opinión. Sostendré que, a pesar de esto, los enclaves deliberativos presentan serios problemas para los participantes y posiblemente para la sociedad en general. Pero existen varias complicaciones aquí. En algunos casos, los enclaves deliberativos serán un escenario deficiente para los participantes, pero servirán para promover una diversidad de perspectivas para el público en general, y en consecuencia serán deseables desde el punto de vista social.

El problema central es que es probable que se produzca fragmentación social y se difundan errores cuando los individuos que piensan de manera similar y están aislados de otros se mueven en direcciones extremas. Ello se debe simplemente a la escasez de argumentos y al peso de las influencias de tipo local. Como un ejemplo extremo, piénsese en un sistema de dominación por parte de un partido único, que suprime el disenso en parte porque se rehúsa a establecer un espacio para el surgimiento de posiciones divergentes. De este modo, la polarización se intensifica dentro del partido, al mismo tiempo que ella desactiva las críticas externas. En términos del diseño institucional, la respuesta más natural es asegurar que los miembros de los grupos deliberativos, sean éstos pequeños o grandes, no se aíslen de las perspectivas opuestas –un punto con implicancias para los tribunales colegiados, las internas abiertas, la libertad de asociación y la arquitectura o configuración de Internet-. Existe aquí, entonces, un intento por asegurar que la deliberación se lleve a cabo dentro de una amplia y heterogénea esfera pública, y para estar alertas respecto a la posibilidad de una situación en la que individuos con opiniones similares den la espalda a perspectivas alternativas.

18. Véase Cass R. Sunstein, *Republic.com*, Princeton University Press (2002).

19. Véase Patricia Wallace, obra citada en nota 3, pg. 73-84.

Pero existe una dificultad en esta respuesta. Una cierta dosis de aislamiento será, en algunos casos, crucial para el desarrollo de nuevas ideas y enfoques que de otro modo no podrían emerger y que merecen atención social. Los miembros de grupos de bajo estatus usualmente guardan silencio dentro de cuerpos heterogéneos, y por eso la deliberación, en estos cuerpos, tiende a estar dominada por miembros que gozan de un estatus más alto. Cualquier movimiento -en tecnología, normas o la práctica legal- que aumente el número de enclaves deliberativos aumentará la diversidad del “conjunto de argumentos” agregado de la sociedad, y con ello enriquecerá el mercado de ideas, pero al mismo tiempo aumentará el extremismo, la fragmentación, la hostilidad, y aún la violencia. El terrorismo es en sí mismo producto, en parte, de la polarización de grupos. Los movimientos hacia una “esfera pública” general, sin demasiados enclaves deliberativos en el camino, van a disminuir la probabilidad de extremismo e inestabilidad, pero al mismo tiempo van a producir lo que podría ser una uniformidad sofocante.

No existe una regla simple para resolver los problemas resultantes. Pero sí podemos derivar de esto algunas lecciones generales. Es importante asegurar espacios sociales para la deliberación de individuos con mentalidades similares, pero tan importante como esto es asegurar que los miembros de los grupos relevantes no estén aislados de la conversación con otras personas que tengan puntos muy diferentes. El objetivo de esa conversación es promover los intereses de los que están dentro y fuera de los enclaves relevantes, al someter a los miembros del grupo a opiniones opuestas, al permitirles intercambiar perspectivas y contemplar las cosas desde el punto de vista de los otros, y al asegurar que la sociedad en general no margine -y por ello no se aisle de- aquellas perspectivas que puedan ser correctas o al menos informativas.

A. Dudas y Preguntas

1. ¿Por qué deliberar? Si el efecto de la deliberación es conducir a la gente a una posición más extrema en la dirección de su tendencia original, ¿hay algo aquí para celebrar? Los mecanismos subyacentes no proveen muchas razones para manifestar confianza. Si la gente se mueve en sus posiciones para mantener su reputación y su auto-concepción ante grupos que pueden o no ser representativos del público general, ¿existe alguna razón para pensar que la deliberación mejora las cosas en vez de empeorarlas? En la medida en que los movimientos ocurren como producto de la existencia de conjuntos de argumentos parciales y frecuentemente sesgados, los resultados de los juicios deliberativos pueden ser considerablemente peores que los resultados de tomar simplemente los juicios pre-deliberativos promedio.

El punto más importante aquí es que aquellos que destacan los ideales asociados con la democracia deliberativa tienden a enfatizar sus precondiciones, que incluyen la igualdad política, una ausencia de comportamiento estratégico, información completa, y el objetivo de “alcanzar consenso”.²⁰ En deliberaciones del mundo real, el comportamiento es a

20. Véase Jurgen Habermas, *A Theory of Communicative Action*, pg. 99 (1984) [En castellano: *Teoría de la acción comunicativa*, Madrid, 1984]. De aquí que Habermas distinga entre la acción estratégica y la acción comunicativa y enfatice el “fin cooperativamente perseguido de lograr consenso”; compárese el tratamiento de este tema en Gutmann y Thompson, obra citada en nota 1, pág. 52-94, en donde los autores enfatizan la idea de reciprocidad, la que resalta el deseo de justificar la posición de uno en referencia a razones.

menudo estratégico, y la igualdad está con frecuencia ausente en una u otra forma. Pero la existencia de un conjunto limitado de argumentos, al reforzar la tendencia existente dentro del grupo, va a operar en favor de la polarización aún si ningún individuo se comporta estratégicamente. Esto producirá por sí mismo una polarización del grupo, con independencia de que opere la influencia social. Por otro lado, el contexto social de la deliberación puede hacer una gran diferencia, y bajo ciertas condiciones la polarización de grupo no necesariamente tiene que producirse. La naturaleza del proceso deliberativo y las características de los participantes de la deliberación pueden importar mucho.

2. Movimientos correctos e incorrectos. Por supuesto que de la mera existencia de la polarización no podemos concluir que se ha producido un movimiento en la dirección equivocada. Quizá la tendencia más extrema sea mejor; recuérdese que la polarización de grupo probablemente haya alimentado el movimiento anti-esclavitud y muchos otros que merecen amplia aprobación. El extremismo no siempre es malo; todo depende de *para qué* estén discutiendo los extremistas. Pero cuando la discusión grupal tiende a conducir a la gente a versiones más fuertemente sostenidas del mismo punto de vista con el que comenzaron, y cuando las influencias sociales y las series limitadas de argumentos son responsables de ello, existen pocas razones para depositar mucha confianza en los efectos de la deliberación.

B. Las Virtudes de la Heterogeneidad

Para mucha gente, la mera toma de conciencia sobre el rol de los conjuntos de argumentos limitados y las influencias sociales podría proveer algún mecanismo de defensa contra movimientos de opinión dentro de los grupos no justificados adecuadamente. Lo que es más importante, las instituciones bien podrían estar diseñadas con el fin de asegurar que cuando un movimiento ocurra, éste no sea por causa de restricciones arbitrarias o ilegítimas en la cantidad disponible de argumentos. Esta es una tarea central en el diseño constitucional, y en línea con esto un sistema de frenos y contrapesos podría ser defendido no como un límite antidemocrático sobre la voluntad de la ciudadanía sino como un esfuerzo de protección contra las consecuencias potencialmente dañinas de la discusión grupal.

Para explorar algunas de las ventajas de la heterogeneidad, imagínese un cuerpo deliberativo cuyos miembros sean todos los ciudadanos del grupo relevante. Esto podría significar todos los ciudadanos de una comunidad, un estado, una nación, o el mundo. A manera de hipótesis, el conjunto de argumentos sería muy grande. Las influencias sociales indudablemente se conservarían. De ahí que los individuos podrían mover sus posiciones por un deseo de mantener su reputación y auto-concepción, situándose en una relación determinada respecto al resto del grupo. Pero en la medida en que la deliberación revelara a los individuos que su posición privada en relación con el grupo era diferente de lo que ellos suponían, cualquier movimiento sería en respuesta a una comprensión más precisa de todos los ciudadanos relevantes, y no el producto de una muestra grupal accidentalmente sesgada.

Este experimento mental no sugiere que este cuerpo deliberativo amplio sería ideal. Tal vez se esgriman argumentos débiles y ellos se repitan una y otra vez, mientras que los buenos argumentos se ofrecerían de un modo poco frecuente. Pero al menos un cuerpo

deliberativo compuesto por todos los ciudadanos eliminaría algunas de las distorsiones existentes en los experimentos de polarización de grupos, en donde por lo general los individuos que piensan de manera similar, no expuestos a otros individuos, *se mueven* en buena medida como resultado de esa exposición limitada. De ahí que los resultados de esas deliberaciones no sean producto de la arbitrariedad que puede ser introducida por la existencia de conjuntos de argumentos limitados.

C. Enclaves Deliberativos y Voces Suprimidas

La discusión no se ha enfocado todavía en los efectos potencialmente deseables de los “enclaves” deliberativos compuestos por grupos de individuos que piensan de manera similar. Parece obvio que tales grupos pueden ser extremadamente importantes en una sociedad heterogénea, en buena parte porque los miembros de algunos grupos demográficos tienden a ser especialmente silenciosos cuando participan en cuerpos deliberativos más amplios.

En este sentido, una ventaja especial de lo que podríamos llamar “deliberación de enclaves” es que ésta promueve el desarrollo de posiciones que de otra manera serían invisibles, silenciadas, o reprimidas en el debate general. Mientras que esto es literalmente peligroso en numerosos contextos, puede también ser una gran ventaja; muchos movimientos sociales deseables se han visto posibilitados a través de esta vía. Los esfuerzos de los grupos marginados por excluir a individuos que no pertenecen a ellos, e incluso de los partidos políticos por limitar sus elecciones internas a los miembros del partido, pueden ser justificados en similares términos. Aún cuando la polarización de grupo se esté configurando –de hecho, *dado que* la polarización de grupo se está configurando–, los enclaves proveerán un amplio rango de beneficios sociales, en parte porque ellos enriquecen enormemente el “conjunto de argumentos” social.

El punto empírico central aquí es que en los cuerpos deliberativos, los miembros que gozan de un estatus alto tienden a iniciar comunicaciones más que otros, y sus ideas son más influyentes, tanto porque los miembros de bajo estatus carecen de confianza en sus propias habilidades, cuanto por temor a ser castigados.²¹ Por ejemplo, las ideas de las mujeres son con frecuencia menos influyentes y a veces “suprimidas completamente en grupos mixtos”²², y en circunstancias normales, las minorías culturales tienen una influencia desproporcionadamente pequeña sobre las decisiones adoptadas por grupos culturalmente mixtos.²³ En estas circunstancias, tiene sentido promover enclaves deliberativos en los que los miembros de varios grupos puedan hablar entre sí y desarrollar sus puntos de vista.

Pero existe un serio peligro en dichos enclaves. El peligro es que los miembros se muevan hacia posiciones que carecen de mérito pero que sean una consecuencia previsible de las circunstancias particulares de la deliberación de enclaves. Y es imposible decir, en abstracto, que aquellos que se involucran en enclaves van a moverse generalmente en una

21. Véase Christenson y Abbott, obra citada en nota 6, pág. 273.

22. *Ibid.*, pág. 274.

23. C. Kirchmeyer y A. Cohen, “Multicultural Groups: Their Performance and Reactions With Constructive Conflict”, 17 *Group and Organization management* 153 (1992).

dirección que es deseable para la sociedad en general o aún para sus propios miembros. Desde el punto de vista del diseño institucional, el problema es que cualquier esfuerzo para promover la deliberación de enclave va a producir una polarización de grupo entre un amplio rango de grupos, algunos necesarios para la consecución de la justicia, otros que probablemente promoverán la injusticia, y otros potencialmente peligrosos. En sociedades democráticas, la mejor respuesta es asegurar que cualquiera de estos enclaves no esté cerrado a puntos de vista competitivos, y que en ciertas instancias exista un intercambio de perspectivas entre los miembros del enclave y aquellos que están en desacuerdo con ellos. Es el auto-aislamiento total o casi total, más que la deliberación de grupo en sí misma, lo que conlleva los peligros más serios, con frecuencia como producto de la altamente desafortunada (y a veces fatal) combinación de extremismo y marginalidad.

D. La Esfera Pública y la Heterogeneidad Apropriada

1. La esfera pública. Una conclusión razonable volvería sobre la necesidad de contar con información completa, no sólo sobre los hechos sino también sobre los valores y opciones relevantes, y sugeriría al líder de una institución o al responsable de su diseño que es importante promover un amplio espacio social tanto para la deliberación de enclave como para las discusiones que involucren un grupo más amplio de perspectivas, incluyendo aquellas que han sido sostenidas dentro de diversos enclaves. La idea de una “esfera pública”, desarrollada de modo prominente por Jürgen Habermas, puede ser entendida como un esfuerzo por asegurar un ámbito en el cual puntos de vista diversos puedan ser escuchados por individuos con perspectivas diversas.²⁴ Por supuesto que todo conjunto de argumentos va a ser limitado. Nadie tiene tiempo para escuchar cada punto de vista. Pero la comprensión de la polarización de grupo ayuda a ver que los grupos heterogéneos son con frecuencia una fuente claramente superior de buenas reflexiones, simplemente porque una mayor cantidad de argumentos estará disponible.

2. Heterogeneidad apropiada. La principal observación aquí es que la verdadera pregunta es cómo asegurar una heterogeneidad que sea *apropiada*. Por ejemplo, no tendría sentido sostener que en un grupo deliberativo que intenta reflexionar sobre el problema del calentamiento global es importante otorgar un espacio a la gente que piensa que es bueno que muera gente en países pobres. Las restricciones de tiempo y atención reclaman límites a la heterogeneidad. Por otro lado, una cuestión independiente de la anterior es que para que una buena deliberación tenga lugar, resulta apropiado que algunos puntos de vista estén fuera de la mesa, simplemente porque el tiempo es limitado y ellos son fuertemente ofensivos, incorrectos, o ambas cosas. Este punto pareciera crear un dilema final: para conocer qué puntos de vista deberían estar representados en cualquier deliberación grupal es importante tener un conocimiento adecuado de las cuestiones sustantivas involucradas, de hecho un conocimiento lo suficientemente bueno como para formular juicios sobre qué puntos de vista deberían ser incluidos y excluidos. Pero si ya sabemos eso, ¿por qué

24. Véase Jürgen Habermas, *The Structural Transformation of the Public Sphere*, 231-50 (1991).

no pasar directamente a analizar los méritos? Si ya sabemos eso de antemano, antes de que la deliberación tenga lugar, ¿tiene la deliberación algún sentido?

La respuesta es que a veces sabemos lo suficiente como para conocer qué puntos de vista cuentan como razonables, sin saber cuál de ellos cuenta como correcto, y este punto es suficiente como para permitir que los individuos construyan procesos deliberativos que puedan corregir los problemas más serios potencialmente creados por la deliberación de grupo. No es necesario permitir que cada punto de vista sea oído, sino asegurar que ninguna posición particular sea tan ampliamente oída y reforzada que la gente se vea incapacitada de involucrarse en una evaluación crítica de los puntos que pueden contar como competidores razonables.

Hay aquí una buena lección sobre el diseño institucional apropiado para los cuerpos deliberativos. La polarización de grupo puede ser reforzada, disminuida, y posiblemente aún eliminada por medio de alteraciones ciertamente pequeñas en los arreglos institucionales. En la medida en que resulte probable que los conjuntos limitados de argumentos y las influencias sociales produzcan efectos desafortunados pueden introducirse correctivos, quizá exponiendo a los miembros de los grupos, en un momento u otro, a argumentos respecto a los cuales ellos no mostraban cierta inclinación. En la medida en que las propuestas institucionales se inspiren en el fin de aumentar la participación pública promoviendo la deliberación de los individuos comunes, ellas se verían enriquecidas si incorporaran esas -frecuentemente ignoradas- circunstancias. El valor de la deliberación depende fuertemente del contexto social –de la naturaleza del proceso y la naturaleza de los participantes-. Aquí las instituciones son cruciales. Una de las lecciones más importantes es una de las más generales: es deseable crear espacios para la deliberación de enclaves sin aislar a los miembros de éstos de los individuos que tienen puntos de vista divergentes, y sin aislar a los que estén fuera de los enclaves de los puntos de vista de los que estén dentro de ellos.

En contra de los “Préstamos” y de otros usos “no autoritativos” del derecho extranjero

Por Carlos F. Rosenkrantz *

1. En este artículo quiero reflexionar sobre la adopción o, como se lo conoce en el debate académico de los Estados Unidos, el “préstamo” de leyes y materiales jurídicos foráneos por parte de tribunales domésticos, así como sobre otros usos del derecho extranjero. La sección 2 de este trabajo describe la relevancia que el derecho extranjero, en especial el derecho de los Estados Unidos de América, ha tenido en el desarrollo constitucional de la Argentina. El Profesor Jonathan Miller tiene razón cuando afirma que el derecho constitucional estadounidense fue un “talisman” en la historia Argentina.¹ La sección 3 muestra las que, estimo, son las mejores razones en favor de la práctica del “préstamo”. En la tradición legal argentina los “préstamos”, a pesar de ser muy usuales, no han recibido demasiada atención y nadie ha reflexionado mucho sobre ellos; por ello, la discusión en la sección 3 será más bien teórica sin que me pueda referir a autores locales. La sección 4 introduce los problemas que los “préstamos” pueden enfrentar y las razones por las cuales deben ser resistidos. El argumento básico que he de desarrollar es que la heterogeneidad del derecho constitucional y las dificultades en la validación democrática de la decisión de un tribunal de adoptar o tomar prestado derecho extranjero hacen a la actividad de tomar “prestado”, cuando menos, problemática. La sección 5 se centra en otros usos del derecho extranjero, distintos al “préstamo”, a los que llamaré aquí “usos no autoritativos”. En la sección 5, discutiré los méritos de usar el derecho extranjero como evidencia y como fuente de innovación y conocimiento legal. Esta sección 5 también trata el “diálogo actual entre los tribunales de la comunidad mundial”², y adopto un punto de vista distinto –opuesto– al de aquellos jueces que se refieren en sus decisiones al derecho extranjero con el objetivo de tomar parte en una conversación internacional. Mi idea es que la referencia a material extranjero en las sentencias es inconveniente, principalmente porque agrega complejidad innecesaria a las decisiones judiciales –las cuales, idealmente, deberían ser tan simples como fuera posible– y porque dificulta el desarrollo de una cultura constitucional autóctona. La sección 6 finaliza destacando algunas ideas generales.

Dos comentarios introductorios resultan apropiados. Primero, que la perspectiva de este artículo es la de alguien que vive en un país que ha usado y abusado del derecho extranjero pero que, a pesar de este uso y abuso y probablemente a causa de él, ha fracasado en su intento de construir una cultura legal y constitucional sustentable. En

* Este artículo es una versión con algunos cambios del ensayo “Against borrowings and other nonauthoritative uses of foreign law”, publicado en inglés en el *International Journal of Constitutional Law*, 2003; 1: 269-295. La traducción del texto, incluyendo las citas originalmente en inglés, estuvo a cargo de Sebastian Elias, a quien el autor desea agradecer. Colaboraron en la revisión de la traducción Ariel Romano y el autor.

1. Ver Jonathan M. Miller, *The Authority of a Foreign Talisman: A Study of U.S. Constitutional Practice as Authority in Nineteenth Century Argentina and the Argentine Elite’s Leap of Faith*, 46 AM. U. L. REV. 1483 (1997).

2. *Euromepa S.A. v. R. Esmerian, Inc.*, 51 F. 3d 1095 (2d Cir. 1995).

consecuencia, mi aspiración es modesta. Simplemente quiero ofrecer una razón para hacer una pausa y reflexionar sobre el prevaleciente entusiasmo con el cual el derecho extranjero en general –y el derecho constitucional extranjero, en particular- es imitado prácticamente en todas partes.

Segundo, dado que “préstamo” es una expresión que usamos en nuestras conversaciones legales con muchos sentidos diferentes, resulta necesario empezar con una definición. En este artículo entenderé por “préstamo” a la decisión de un tribunal local de usar en una de sus sentencias derecho extranjero cuando dicho uso se hace basado, al menos parcialmente, en el hecho de que el tribunal local considera que el derecho extranjero debe tener alguna autoridad local en virtud de que ostenta autoridad en su jurisdicción de origen. Esta definición difiere de otras más familiares en tanto excluye como instancias de “préstamo” todos aquellos usos del derecho extranjero que no derivan de la convicción de que el derecho extranjero, por una razón u otra, debería ser vinculante en el ámbito local. Prefiero esta definición porque ayuda a destacar los casos en los que el uso del derecho extranjero se torna más problemático.

2. Argentina ha practicado incansablemente el “préstamo constitucional”, y lo ha hecho con particular extensión en dos áreas fundamentales del derecho constitucional: el diseño institucional y los derechos fundamentales. Argentina tuvo dos constituciones de corta vida, la de 1819 y la de 1826³, ninguna de las cuales fue inspirada por la Constitución de los Estados Unidos. Incluso hubo algunas figuras políticas muy influyentes –Bolívar entre ellas⁴- que sostuvieron que la América hispana no estaba lista para replicar el sistema de los Estados Unidos. Aún así, en 1853 Argentina organizó la estructura de sus poderes siguiendo las líneas de las competencias políticas establecidas por los Padres Fundadores de la Constitución de los Estados Unidos. Como José Benjamín Gorostiaga, el más prominente miembro de la Convención Constituyente de 1853, expresara, la nueva Constitución “fue forjada en el molde de la Constitución de los Estados Unidos.”⁵

La Constitución de 1853 preveía un Presidente con una duración fija en el cargo; una soberanía territorial dual –el Estado Federal y las Provincias-; un Congreso

3. Ambas constituciones eran unitarias. Ver Valentín Gómez, Discurso pronunciado en la Sesión del Congreso Constituyente del 15 de abril de 1826, en 4 ASAMBLEAS CONSTITUYENTES ARGENTINAS (Emilio Ravignani ed., 1937).

4. Atilio Borón cree que América Latina, debido al autoritarismo hispánico, la distribución de la tierra, y la escasa familiaridad con el autogobierno, era –en general- inapropiada para la democracia representativa. Por ello, Borón sostiene: “Muchos países latinoamericanos imitaron exitosamente la Constitución de los Estados Unidos; lo que resultó imposible de reproducir en sociedades basadas en latifundios fueron las estructuras sociales y económicas creadas en los Estados Unidos por un capitalismo basado en granjeros libres... e industrialistas urbanos”. Ver Atilio A. Borón, *Latin America: Constitutionalism and the Political Traditions of Liberalism and Socialism*, in *CONSTITUTIONALISM AND DEMOCRACY: TRANSITIONS IN THE CONTEMPORARY WORLD*, 339 (Douglas Greenberg et al., eds., Oxford Univ. Press 1993). El Profesor Nicholas Shumway ha descrito a Bolívar como desconfiando de la factibilidad de replicar la organización política de los Estados Unidos en América Latina. Ver Symposium, *Challenges to Fragile Democracies in the Americas: Legitimacy and Accountability*, 36 *Tex. INT'L L. J.* 319, 322 (2001).

5. Ver Declaración de José Benjamín Gorostiaga, Convención Constituyente de 1853, Sesión del 20 de Abril de 1853, en 4 ASAMBLEAS CONSTITUYENTES ARGENTINAS (Emilio Ravignani ed., 1937).

En contra de los "Préstamos" y de otros usos "no autoritativos" del derecho extranjero

bicameral con cámaras simétricas, donde la Cámara de Diputados y el Senado tenían el mismo rol en el proceso legislativo; y, finalmente, un Poder Judicial investido tanto del deber de resolver disputas de derechos, como la facultad de invalidar la legislación que contradijera la Constitución. Al igual que la Constitución de los Estados Unidos, la Constitución Argentina de 1853 es rígida, en el sentido de que no puede ser reformada con facilidad, y es suprema, en el sentido de que sus disposiciones normativas prevalecen por sobre toda otra norma legal.⁶

La fascinación de los constituyentes argentinos por la Constitución de los Estados Unidos, no se debía a la falta de otros modelos constitucionales. Es cierto que, en 1853, la historia de la humanidad no había visto aún otra gran república que hubiera sido capaz de mantenerse como tal. El único ejemplo viviente de una federación, además de los Estados Unidos, era Suiza. Pero la decisión de replicar la Constitución de los Estados Unidos no fue consecuencia de la escasez de modelos constitucionales. Los constituyentes del '53 podrían haber dado rienda libre a su imaginación, como lo habían hecho antes en las convenciones que produjeron las constituciones de 1819 y 1826, cuando no buscaron inspiración en la constitución de los Estados Unidos.⁷

En cambio, hubo en la historia temprana de la Argentina una profunda convicción de que la Constitución de los Estados Unidos había sembrado el germen del progreso político y económico en ese país, y se asumió que el mismo germen penetraría en la Argentina por el sólo hecho de adoptar exactamente la misma constitución.⁸ Esta creencia respecto del modelo constitucional de los Estados Unidos resurgió en el momento de la redacción de la Constitución en 1853. Así, tanto Juan Bautista Alberdi, autor de las Bases y Puntos de Partida para la Organización Política de la República Argentina, libro que sirvió de proyecto para la Constitución de 1853, como Domingo F. Sarmiento, quien sería luego Presidente de la República y una de las figuras políticas e intelectuales de la época, apoyaban la idea de romper con la tradición española y de adoptar las

6. La diferencia más notoria entre la Constitución estadounidense y la argentina, en lo que respecta a la organización del poder, es que la Constitución Argentina establece un presidente mucho más poderoso. En el modelo argentino, el presidente está facultado para designar los miembros del gabinete sin necesidad del acuerdo del Senado; el presidente puede utilizar el veto parcial; y, en ciertas circunstancias, puede declarar el estado de sitio sin la aprobación del Congreso. Ver Carlos Nino, *Transition to Democracy, Corporatism and Constitutional Reform in Latin America*, 44 U. MIAMI L. REV. 129 (1989); William C. Banks & Alejandro Carrió, *Presidential Systems in Stress: Emergency Powers in Argentina and the United States*, 15 MICH. J. INT'L L. 1 (1993).

7. Nuestros constituyentes del '53 pudieron haber seguido, también, los modelos de Chile y Perú. Ambos países habían adoptado sus constituciones antes de 1853, y ambos podrían haber servido como modelos para la Constitución Argentina.

8. La admiración por el modelo constitucional norteamericano ya se encontraba presente en los primeros productos intelectuales del ambiente revolucionario argentino. Así, en el Plan de Operaciones para las Provincias Unidas del Río de la Plata, diseñado por Mariano Moreno, se lee: "Patria mía, ¡cuántas mutaciones tienes sufrir! ¿Dónde están noble y grande Washington, dónde están las lecciones de tu política? ¿Dónde las reglas laboriosas de la arquitectura de tu grande obra? Tus principios y tu régimen serán capaces de conducirnos, proporcionándonos tus luces, a conseguir los fines que nos hemos propuesto." Mariano Moreno, *Plan de las Operaciones que el Gobierno Provisional de las Provincias Unidas del Río de la Plata debe poner en Práctica para consolidar la Grande Obra de Nuestra Libertad e Independencia*, en *ESCRITOS POLÍTICOS Y ECONÓMICOS* 306 (Norberto Piñero ed., 1915).

instituciones de los Estados Unidos.⁹ Ambos pensaban que adoptar el modelo constitucional norteamericano sería lo mejor para el desarrollo político y económico del país. Alberdi sostenía que, de otra manera, la cultura hispanoamericana impediría la formación de una república representativa, la cual –hasta ese momento– sólo se había alcanzado en los Estados Unidos y Suiza.¹⁰ Sarmiento era aún más sanguíneo en su defensa de la importación del derecho constitucional norteamericano.¹¹ En un libro introductorio sobre la nueva Constitución, Sarmiento sostuvo que para lograr éxito la Argentina debía seguir estrictamente el derecho constitucional de los Estados Unidos.¹² Él creía que la intención original de los constituyentes del '53 había sido asegurar para la Argentina “el éxito de los Estados Unidos”, lo cual podía garantizarse con la adopción del derecho constitucional norteamericano.¹³

La idea de incorporar a la Constitución de los Estados Unidos como una fuente final de autoridad normativa fue ratificada durante el siguiente paso evolutivo en el desarrollo constitucional del país. La Provincia de Buenos Aires no había participado en la Convención Constituyente de 1853. La razón de dicha ausencia había sido la oposición al gobierno nacional de Justo José de Urquiza, como así también el interés de Buenos Aires en mantener el control sobre su puerto y los correspondientes ingresos provenientes de la aduana. Sin embargo, en 1860, luego de la derrota militar en Cepeda, Buenos Aires decidió incorporarse a la federación. A fin de proteger sus intereses, Buenos Aires exigió el derecho de revisar la Constitución de 1853 y convocó una convención provincial con la expresa tarea de recomendar modificaciones al texto de aquella.

El objetivo de la convención provincial era “purgar” la Constitución de 1853 de todas las cláusulas que difirieran de la constitución de los Estados Unidos.¹⁴ Con este objetivo en mente, la convención provincial creó el Comité Examinador para revisar la Constitución de 1853. Los registros revelan que una de las aspiraciones principales de Buenos Aires, era restaurar el derecho constitucional de los Estados Unidos en la parte que hubiera sido

9. JUAN BAUTISTA ALBERDI, BASES Y PUNTOS DE PARTIDA PARA LA ORGANIZACIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA ARGENTINA, Buenos Aires (1852). DOMINGO FAUSTINO SARMIENTO, ARGIRÓPOLIS (1896), reproducido en OBRAS COMPLETAS DE SARMIENTO 18-18 (Editorial Luz del Día, 1950) citado en Miller, supra nota 1, pág. 1505/1508.

10. ALBERDI, supra nota 9, pág. 233. Es interesante destacar que Alberdi no sólo prestó atención a la constitución de los Estados Unidos, sino también a las de California y Massachussets. Alberdi pensaba que todas ellas eran una guía útil para alcanzar unidad, libertad y progreso.

11. Alberdi era mucho más cauteloso que Sarmiento respecto a la adopción del derecho constitucional estadounidense. Así, luego de que la Constitución de 1853 fue aprobada, Alberdi escribió Estudios sobre la Constitución Argentina de 1853, donde argumentó en contra de la fascinación de Sarmiento con la idea de importar el derecho constitucional norteamericano íntegramente. Alberdi estaba convencido de que la historia local jugaba un rol en el desarrollo de las prácticas constitucionales de la Argentina. Ver JUAN BAUTISTA ALBERDI, ESTUDIOS SOBRE LA CONSTITUCIÓN ARGENTINA DE 1853, 5 OBRAS COMPLETAS DE JUAN BAUTISTA ALBERDI (La Tribunal Nacional 1886); Miller supra nota 1, pág. 1519.

12. DOMINGO FAUSTINO SARMIENTO, COMENTARIOS DE LA CONSTITUCIÓN DE LA CONFEDERACIÓN ARGENTINA DE 1853 29-30 (Editorial Talleres Gráficos Argentinos de L.J. Rosso 1929).

13. Ver Miller, supra nota 1, pág. 1516.

14. En su discurso en la convención provincial, Vélez Sársfield dijo que el comité no había hecho más que restaurar el derecho constitucional de los Estados Unidos. Informe de la Comisión Examinadora de la Constitución Federal, en 4 ASAMBLEAS CONSTITUYENTES ARGENTINAS 769 (Emilio Ravignani ed., 1937); Miller supra nota 1, pág. 1524.

En contra de los “Préstamos” y de otros usos “no autoritativos” del derecho extranjero

modificada por los constituyentes de 1853. Vélez Sársfield, redactor del Código Civil, jurista eminente, futuro Ministro del Tesoro y del Interior, y uno de los miembros del Comité Examinador, fue el principal expositor de este punto de vista dentro de la convención provincial de 1860.

La importancia de la Constitución de los Estados Unidos como fuente de autoridad, emerge una y otra vez a lo largo de todo el siglo diecinueve. En casi todas las instancias en las que se decidía alguna cuestión importante, aparecía este punto de vista. Así por ejemplo, tanto la cuestión del federalismo, como la de los poderes de los gobiernos locales, y la cuestión de si el gobierno federal podía ejercer autoridad sobre la Ciudad de Buenos Aires –este último, fue probablemente el debate político más importante en la década de 1880– fueron discutidas con referencias a la autoridad de la Constitución de los Estados Unidos.

La expectativa general de quienes forjaron nuestra historia constitucional era que las interpretaciones sustantivas de la constitución norteamericana deberían ser vinculantes también en la Argentina. La idea era que se necesitaba una fuente de autoridad normativa obligatoria para prevenir la multiplicidad de discursos normativos que usualmente surgen cuando ninguna institución tiene la capacidad de brindar interpretaciones autoritativas de un texto constitucional. La multiplicidad normativa y divergencia interpretativa eran, de algún modo, asimiladas a la anarquía, y se creía –en consecuencia– que la organización institucional del país requería evitar a ambas. Sarmiento, como se expresó antes, insistía en que el derecho constitucional formado por los precedentes norteamericanos debía ser vinculante para las cortes argentinas. Creía que las autoridades argentinas debían seguir la Constitución de los Estados Unidos tan estrictamente como fuera posible, no tanto porque fuera más o menos aplicable a nuestro país, sino porque si las autoridades lo hicieran nos encontraríamos con un precedente respecto al cual nadie podría decir, simplemente, “esta es mi opinión.”¹⁵ Sarmiento estaba tan convencido de la necesidad de obtener un discurso normativo unívoco y dominante que sostenía que, para construir una nueva Argentina, el intérprete constitucional no debería centrarse en la realidad doméstica sino confiar en el derecho norteamericano. Así, Sarmiento sostuvo que el derecho constitucional norteamericano, la doctrina de sus estadistas, las declaraciones de sus tribunales, la práctica constante en los puntos idénticos o análogos constituían autoridad en la República Argentina y podían ser alegados en los litigios y adoptados como una genuina interpretación de nuestra propia Constitución.¹⁶ Bartolomé Mitre participaba de la misma idea. Durante los debates sobre la construcción del puerto, Mitre –por entonces ex presidente– sostuvo que la Argentina debía descubrir la “doctrina verdadera”, constituida por los precedentes norteamericanos de la Constitución que habíamos tomado como modelo.

La Corte Suprema apoyó esta tendencia imitativa. En 1877, en el famoso caso “De la Torre”¹⁷, la Corte se refirió al poder del Congreso para arrestar a un periodista por haber informado sobre una sesión secreta. En “De la Torre”, la Corte dijo –en un estilo que prevaleció durante todo el siglo diecinueve–: “El sistema de Gobierno que nos rige no es nuestra creación. Lo hemos encontrado en acción, probado por largos años de experiencia

15. Ver SARMIENTO, supra nota 12, pág. 872; Miller, supra nota 1, pág. 1526.

16. Ver SARMIENTO, supra nota 12, pág. 59; Miller, supra nota 1, pág. 1517.

17. Fallos 19:231 (1877).

y nos lo hemos apropiado. Y se ha dicho con razón que una de las grandes ventajas de esta adopción ha sido encontrar un vasto cuerpo de doctrina, una práctica y una jurisprudencia que ilustran y completan las reglas fundamentales y que podemos y debemos utilizar, en todo aquello que no hayamos querido alterar por disposiciones peculiares.”

No es posible explicar muchos fallos de la Corte Suprema sino como intentos por seguir de cerca los precedentes norteamericanos. En 1887, en “Sojo”,¹⁸ la Corte sostuvo que el artículo 20 de la Ley 48 no podía interpretarse como confiriendo jurisdicción originaria a la Corte Suprema en los casos de hábeas corpus, como se había alegado. La Corte afirmó que la Constitución impedía tal expansión de su jurisdicción original, citando precedentes norteamericanos, y envió el caso a un tribunal inferior para su tramitación. Resulta difícil entender esta decisión. El texto constitucional, como dijo el por entonces Ministro de la Corte Iburguren, de ninguna manera prohíbe que el Congreso extienda la jurisdicción originaria de la Corte Suprema. El Artículo 101 (numeración anterior a la reforma) –que es muy similar al artículo III, sección 2 de la Constitución de los Estados Unidos– permitía una interpretación textual en virtud de la cual el Congreso se encontraba autorizado a extender el número de casos a ser juzgados originariamente por la Corte Suprema. Además, y como también sostuvo Iburguren, un gran número de miembros del Congreso que votaron la Ley 48 habían sido previamente miembros de la Convención Constituyente que sancionó el texto constitucional, y el hecho de que ellos hubieran votado la ley ampliando las competencias originarias de la Corte Suprema revelaba que no habían encontrado ningún problema de constitucionalidad en la creación de nuevos casos que pudieran ser decididos por ella en forma originaria. Finalmente, “Sojo” no se ajustaba a los precedentes de la propia Corte Suprema.¹⁹ La única explicación para la decisión del caso “Sojo” era, como sugiere el Profesor Miller, que la Corte siguió lo resuelto en “Marbury v. Madison”,²⁰ en el cual la Corte Suprema de los Estados Unidos decidió que la jurisdicción originaria no podía ser ejercida sin una autorización explícita de la constitución.²¹

Argentina se apoyó en la Constitución Norteamericana no solamente para el diseño de sus instituciones políticas sino también para dar forma a su propio sistema de derechos fundamentales. La Declaración de Derechos argentina refleja muchas de las enmiendas de la Constitución de los Estados Unidos,²² y ha sido interpretada por los tribunales argentinos siguiendo los lineamientos del derecho constitucional norteamericano. Este apoyo en el derecho norteamericano no debería causar sorpresa, dada la existencia en muchas jurisdicciones, incluida la de los Estados Unidos, del canon interpretativo llamado “doctrina de la ley prestada” (“Borrowed Statute Doctrine”). Este canon interpretativo sugiere que cuando un legislador copia una ley de un poder legislativo extranjero, puede presumirse que conocía la forma en que dicha ley era interpretada por los tribunales extranjeros; es razonable, en consecuencia, concluir que el legislador desearía que los tribunales nacionales

18. Fallos 32:120 (1887)

19. La Corte Suprema había decidido, previamente, casos que involucraban a periodistas que habían interpuesto acciones contra órdenes de detención emitidas por el Senado. Ver, por ej., “De la Torre”, Fallos 19:231 (1877); “Acevedo”, Fallos 28:406 (1885).

20. 5 U.S. 137 (1803).

21. Ver Miller, supra nota 1, pág. 1547.

22. Particularmente, la Primera, Cuarta, Quinta, Novena y Decimocuarta Enmienda.

En contra de los “Préstamos” y de otros usos “no autoritativos” del derecho extranjero

interpretaran la ley de una manera consistente con la interpretación de los tribunales extranjeros.²³ En pocas palabras, no es difícil concluir que cuando un legislador “toma prestado”, el respeto por el legislador extranjero exige ajustarse a las decisiones de los tribunales extranjeros. Pero cualquiera sea el poder explicativo y justificatorio de la “doctrina de la ley prestada”, la realidad es que la Corte Suprema argentina incorporó, consciente y voluntariamente, la interpretación que la Corte de los Estados Unidos hacía respecto de la Constitución Norteamericana.

El caso más importante en el campo de las libertades económicas de las primeras décadas del siglo pasado, “Ercolano c. Lanteri de Renshaw”²⁴, fue decidido en 1922 recurriendo a casos norteamericanos. En “Ercolano”, la Corte debía decidir si un plan de congelamiento de alquileres era constitucionalmente admisible. A pesar de que los constituyentes del '53 favorecían con bastante más énfasis que sus pares norteamericanos la economía del *laissez-faire*, y que la Constitución Argentina era más explícita que la de los Estados Unidos en la protección de los derechos y libertades económicas²⁵, la Corte Suprema encontró que el congelamiento de los alquileres era constitucional. La Corte no tenía precedentes nacionales para decidir como lo hizo. Al contrario, poco tiempo antes la misma Corte había decidido “Horta c. Harguindeguy”²⁶, donde había declarado inconstitucional el congelamiento de los alquileres cuando se aplicaba a contratos en vigencia. A pesar de “Horta c. Harguindeguy” y de otros precedentes, la Corte Suprema siguió el precedente norteamericano “Block v. Hirsch”²⁷, donde la Corte Suprema de los Estados Unidos había sostenido la constitucionalidad de una ley de control de alquileres, y se colocó del lado de los inquilinos.

De forma similar, en “Avico c. De la Pesa”²⁸, donde se discutía la cuestión de si la disminución de las tasas de interés hipotecarias y la moratoria en las ejecuciones de hipotecas existentes era constitucional, la Corte Suprema fue fuertemente influenciada por el derecho norteamericano. Los precedentes de la Corte no eran claros. “Ercolano” apuntaba hacia la constitucionalidad, pero “Horta” lo hacía en la dirección opuesta. En una larga decisión, de la cual dos terceras partes fueron destinadas a discutir precedentes norteamericanos como “Nebbia v. New York”²⁹ y “Home Building & Loan Ass’n v. Blaisdell”³⁰, la Corte Suprema concluyó que era constitucionalmente admisible que la legislatura interviniera y alterara las condiciones contractuales de hipotecas privadas. Con una disidencia que insistió en la necesidad de respetar los derechos de propiedad consagrados en la Constitución, la

23. Ver, por ej., William S. Blatt, *Interpretative Communities: The Missing Element in Statutory Interpretation*, 95 NW. U.L.REV. 629, 679 n. 335 (2001); Jens C. Dammann, *The Role of Comparative Law in Statutory and Constitutional Interpretation*, 14 ST. THOMAS L. REV. 513, 527 (2001).

24. Fallos 136:161 (1922).

25. Arts. 14 y 17, Constitución Nacional.

26. Fallos 137:47 (1928).

27. 256 U.S. 135 (1921).

28. Fallos 172:21 (1934).

29. 291 U.S. 502 (1934).

30. 290 U.S. 398 (1934), declarando la validez constitucional de una moratoria hipotecaria del Estado de Minnesota que daba a los tomadores de préstamos un plazo de gracia de dos años para evitar la ejecución de sus propiedades.

Corte Suprema dijo que los precedentes estadounidenses eran auténtica y erudita interpretación de los principios incorporados en nuestra Constitución³¹.

La tendencia imitativa también era notoria en materia de interpretación de la cláusula del debido proceso.³² Así, en 1981, en “Montenegro”³³, la Corte tuvo que decidir un aberrante caso en que el acusado había sido torturado hasta confesar su culpabilidad. El Tribunal, en vez de centrarse en la legislación local, se apoyó en “Spano v. New York”³⁴. La Corte, al igual de lo que había hecho su par norteamericana, caracterizó el caso como uno que introducía el conflicto entre el interés de la sociedad en la pronta y eficiente ejecución de las leyes y el interés de la sociedad en evitar que los derechos de sus miembros individuales sean cercenados por métodos inconstitucionales.³⁵ Al seguir a la Corte de los Estados Unidos, la Corte Argentina despojó a la confesión de toda fuerza como evidencia.

Existen muchos otros casos similares,³⁶ pero los mencionados hasta aquí son suficientes para mostrar la influencia que el derecho constitucional de los Estados Unidos ha tenido entre nosotros. Como dice Miller, “Argentina ofrece un ejemplo no sólo de la adopción de un modelo constitucional extranjero, sino también del modelo extranjero convirtiéndose rápidamente en un artículo de fe...”³⁷ Por cierto, cada vez que las autoridades argentinas tuvieron que afrontar un problema nuevo y dificultoso, en lugar de mirar en sus propias experiencias, tradiciones y valores legales, la atención se centró en el derecho extranjero. Yo estoy convencido que eso no ha sido, en general, para bien. Creo que al referirse al derecho extranjero con tanta asiduidad las autoridades constitucionales y los jueces han obstaculizado la habilidad del país para desarrollar los recursos culturales internos necesarios para resolver casos constitucionales “autoritativamente”. Especular sobre lo que otros países han hecho en circunstancias similares es, por cierto, un desafío importante y una ayuda para pensar mejor nuestros propios problemas, pero parece improbable que algún país pueda construir una identidad y una cultura constitucional a través de la importación masiva de doctrinas y experiencias constitucionales ajenas. Como George Fletcher ha señalado, “la forma aceptable de resolver disputas y explicar los resultados es mirar hacia

31. Fallos 172:21 (1934). Para un excelente análisis de la influencia en Argentina de los precedentes norteamericanos, ver Jonathan Miller, *Judicial Review and Constitutional Stability: A Sociology of the U.S. Model and its collapse in Argentina*, 21 HASTINGS INT’L & COMP. L. REV. 77 (1997).

32. Artículo 18 Constitución Argentina.

33. Fallos 303:1938 (1981).

34. 360 U.S. 315 (1959).

35. Fallos 210:2284 (1981).

36. Ver, por ej., “Fiscal c. Fernández”, Fallos 313:1305 (1990), donde la Corte Suprema enfrentó la cuestión de determinar si la actividad de un agente encubierto es constitucional. La Corte aplicó “Sherman v. United States”, 356 U.S. 369 (1958) y “Hampton v. United States”, 425 U.S. 484 (1976), concluyendo que la recolección de evidencia está protegida constitucionalmente si el oficial solamente aprovecha las oportunidades que le da el acusado y no comete él mismo un delito. Comparar “Fiscal v. Fernández” con “Hoffa v. United States”, 385 U.S. 293 (1966). En el tema de la libertad de expresión, la Corte Suprema también utilizó extensamente precedentes norteamericanos. En “Costa c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, Fallos 310:508 (1987), la Corte señaló que los precedentes norteamericanos tienen un innegable valor para nosotros, dada la similitud entre la forma que nuestra Constitución protege la libertad de expresión y la forma en que lo hace la constitución de los Estados Unidos Id. pág. 527. En “Gesualdi c. Cooperativa Periodistas Independientes y ot.”, Fallos 319:3085 (1996) la Corte utilizó el test formulado en “New York Times v. Sullivan”, 376 U.S. 254 (1964).

37. Ver Miller, supra nota 1, pág. 1485.

En contra de los “Préstamos” y de otros usos “no autoritativos” del derecho extranjero

adentro y reflexionar sobre la cultura legal en que se inserta la disputa”³⁸ y no mirar hacia fuera importando aquello que es consistente con las aspiraciones de quien tiene la responsabilidad de decidir un caso o de diseñar una cláusula constitucional.

3. La práctica del préstamo o “borrowing”, sin embargo, no es totalmente insensata. Hay varias razones de envergadura que se pueden ofrecer en su defensa. Si bien en la tradición argentina no ha habido suficiente reflexión crítica sobre los “préstamos”, no es demasiado difícil hallar razones generales en apoyo de la práctica de importar soluciones foráneas –y su autoridad- para resolver problemas legales domésticos. Estas razones generales pueden sintetizarse, a mi criterio, en cuatro argumentos. Esta sección describe esos argumentos, mientras que en la sección 4 introduciré las dificultades que los mismos plantean.

3.1.

Podríamos justificar los “préstamos” cuando el derecho interno y el derecho extranjero se encuentran unidos por una relación de descendencia e historia común. Tal relación parece ser suficiente para justificar la importación de diferentes áreas de la doctrina constitucional y el derecho positivo. Siguiendo a Sujit Choudhy, llamaré a este argumento “genealógico”³⁹

Choudhy ha sostenido que las “relaciones genealógicas” difieren de las relaciones “genéticas.”⁴⁰ “Las constituciones están genéticamente relacionadas”, dice Choudhy, “si una constitución influencia la sanción de la otra, o si ambas son sancionadas bajo la influencia de una tercera.”⁴¹ La “relación genealógica”, por otra parte, es el vínculo entre un orden constitucional y otro del cuál el primero desciende.⁴² El argumento genealógico sostiene que la constitución madre y las interpretaciones de la misma deberían tener autoridad vinculante en el país que adopta tal constitución. En otras palabras, de acuerdo con el argumento genealógico uno puede explicar la fuerza en el ámbito doméstico del derecho extranjero apelando a las relaciones entre las constituciones de los países en cuestión.⁴³

3.2.

Un segundo argumento en defensa de los “préstamos” se refiere al contexto en el cual el “préstamo” tiene lugar. Este argumento no requiere la íntima relación presupuesta por el “argumento genealógico”, desde que describe una manera más general de conectar normativamente los sistemas legales de diferentes países. Supongamos que hay un caso

38. Ver George Fletcher, *Constitutional Identity*, en *CONSTITUTIONALISM, IDENTITY, DIFFERENCE, AND LEGITIMACY: THEORETICAL PERSPECTIVES* 223 (Michel Rosenfeld ed., Duke Univ. Press 1994).

39. Ver Sujit Choudhy, *Globalization in search of Justification: Toward a Theory of Comparative Constitutional Interpretation*, 74 *IND. L. J.* 819 (1999).

40. *Id.* pág. 838.

41. *Id.*

42. *Id.*

43. El argumento genealógico explica el uso de jurisprudencia americana por parte de la Corte Suprema de Canadá –especialmente las decisiones del Chief Justice Marshall en los comienzos del siglo diecinueve-, pasando revista a los acuerdos de los británicos con los pueblos nativos en América. Ver Choudhy, *supra* nota 39, pág. 871.

entre A y B. Luego de considerar cuidadosamente los argumentos esgrimidos por A y por B, y de revisar todos los hechos relevantes del caso y todas las normas aplicables, el Juez J dice que B tiene razón y que debe, en consecuencia, prevalecer en la disputa. Si luego tenemos que decidir una controversia entre C y D, donde la cuestión y las normas aplicables son similares a aquellas comprendidas en el conflicto entre A y B, ¿hay alguna razón general para considerar la decisión de J como autoritativa?

Podemos pensar que una razón en apoyo de concederle alguna autoridad a la decisión de J es la necesidad de evitar multiplicidad normativa y divergencia interpretativa (justamente el objetivo que Sarmiento invocaba cuando pregonaba la adopción de los precedentes constitucionales norteamericanos por parte de los tribunales argentinos). Comoquiera que uno piense respecto de los méritos de la decisión de J, uno puede pensar que es necesario resolver el caso como él lo hizo, a los fines de adherir a aquella solución y reforzar las expectativas que aquel caso debe haber generado. Si cada juez hace lo que cree correcto en casos como éste, el resultado será una suerte de Babel legal donde nadie comprendería verdaderamente cuáles son sus derechos y obligaciones. En otras palabras, tenemos razones para imitar la decisión de J –cualquiera sea su mérito intrínseco– porque al hacer eso podemos evitar los problemas de la multiplicidad normativa y la divergencia interpretativa. Éste es el tipo de argumento que justifica la práctica del precedente y del *stare decisis*,⁴⁴ pero, lamentablemente, no puede justificar los “préstamos” porque no hay nada incorrecto o confuso en que dos o más sistemas legales nacionales tengan diferentes normas, o diferentes interpretaciones de sus normas. La multiplicidad y la divergencia no son necesariamente un mal cuando ocurren en jurisdicciones diferentes.

Sin embargo, podría decirse también que las decisiones de J, aún cuando J fuera un juez de una jurisdicción extraña, deberían tener algún grado de autoridad sobre nosotros simplemente porque es muy posible que estas decisiones hayan sido cuidadosamente razonadas. Esta manera de ver la cuestión puede concebirse como un segundo argumento en favor de los préstamos porque puede explicar la práctica de usar precedentes extranjeros en virtud de su “autoridad” intrínseca.

Llamaré a este segundo argumento “contextual” en virtud de que se aplica solamente si: (1) el contexto en las dos situaciones es idéntico, y (2) el caso en la jurisdicción extranjera fue decidido con conciencia de su gran importancia. Este argumento contextual ha sido defendido por académicos del derecho y filósofos por igual. Así, por ejemplo, Vicki Jackson ha sugerido que “las decisiones constitucionales extranjeras pueden merecer consideración porque reflejan los juicios razonados de otros jueces enfrentados con problemas similares.”⁴⁵ Bernard Williams ha sostenido que es razonable considerar que las decisiones legales tienen autoridad más allá del caso concreto, y que –en consecuencia–

44 En Argentina, al igual que en Brasil, los precedentes no obligan a los tribunales. Sin embargo, recientemente importantes académicos han sostenido que el estado de derecho requiere una fuerte deferencia hacia las decisiones pasadas y que, en consecuencia, deberíamos incorporar a nuestros sistemas la naturaleza vinculante del precedente. Ver Alberto Garay, *El Precedente Judicial en la Corte Suprema*, REVISTA JURÍDICA DE LA UNIVERSIDAD DE PALERMO, número 2, pág. 51 (1997); CAMARGO MANCUSO, *DIVERGENCIA JURISPRUDENCIAL E SÚMULA VINCULANTE* (Revista dos Tribunais 1999).

45. Ver Vicki C. Jackson, *Ambivalent Resistance and Comparative Constitutionalism: Opening up the Conversation on Proportionality, Rights and Federalism*, 1 U. PA. J. CONST. L. 583, 636 (1999).

En contra de los “Préstamos” y de otros usos “no autoritativos” del derecho extranjero

casos pasados pueden ser usados para decidir casos futuros, cuando los tribunales que han decidido los casos pasados eran conscientes de la importancia de los mismos. Como este argumento se aplica perfectamente cuando los tribunales que han decidido los casos pasados son extranjeros, me arriesgaría a citar a Williams como un potencial defensor de la perspectiva según la cual los “préstamos” pueden ser defendidos por razones contextuales.⁴⁶

3.3

La tercera justificación para la práctica de otorgar autoridad a las decisiones de los tribunales y a las leyes, más allá de las fronteras del propio país, es el “argumento procedimental”. En la forma general del argumento procedimental se sostiene que tenemos razones para seguir lo que otros han decidido en el pasado respecto a cuestiones con las que nos enfrentamos hoy si las decisiones adoptadas por otros fueron alcanzadas mediante el uso de procedimientos diseñados para aumentar la confiabilidad de sus decisiones. El mismo tipo de argumento podría utilizarse en el campo constitucional. En ocasiones, las legislaturas, las asambleas constituyentes y los tribunales operan con requisitos procesales especialmente diseñados para reproducir las condiciones ideales de elección. Así, por ejemplo, en muchas legislaturas hay normas que regulan las discusiones a fin de permitir la manifestación de todos los puntos de vista. Algunos tribunales aceptan reglas que canalizan las discusiones o proveen standards para evaluar la evidencia producida, y otras similares. En virtud de estos y otro tipo de requisitos procedimentales, es probable que los tribunales y las legislaturas puedan identificar las normas y los principios correctos –o, al menos, razonables–, y que tengan un mayor grado de probabilidad de éxito en esta empresa que aquellos tribunales y legislaturas que no se encuentran reguladas por tales requisitos procedimentales. Consecuentemente, en el caso de que las autoridades o los tribunales extranjeros hubieran operado en el contexto de procedimientos confiables, no resulta en absoluto irrazonable conceder algún grado de obligatoriedad a las decisiones así adoptadas.

Este tipo de argumento no es nuevo: algunos autores se han apoyado en él para explicar la tendencia universal al “préstamo”. Así, por ejemplo, Jens C. Dammann ha sostenido que los “préstamos” se tornan plausibles tan pronto como uno “asume que los procedimientos legales y democráticos que cumplen un cierto estándar de justicia son aptos para llevarnos a adoptar leyes deseables”.⁴⁷

3.4

Existen más municiones a favor de los “préstamos” que las que los argumentos genealógico, contextual, y procedimental sugerirían. Como algunos autores han enfatizado, en ocasiones razones expresivas pueden explicar y justificar determinados “préstamos”.

46. Ver Bernard Williams, *What Has Philosophy to Learn from Tort Law?*, en *PHILOSOPHICAL FOUNDATIONS OF TORT LAW* 487 (David G. Owen ed., Clarendon Press 1995). La Corte de Sudáfrica ha adherido explícitamente a la idea de que las decisiones extranjeras tienen credibilidad porque fueron tomadas en contextos donde temas de importancia dependen del resultado. Así la Corte Suprema sudafricana ha dicho: “las autoridades internacionales y foráneas son de valor porque... muestran cómo Cortes de otras jurisdicciones han manejado el controvertido tema (de la pena de muerte). Por esa razón solamente, ellas requieren de nuestra atención”. “*S. v. Makwanyane*”, 1995 SALR 391 (CC), pág. 413.

47. Ver Dammann, *supra* nota 23, pág. 527.

Piénsese en la historia argentina. Después de las traumáticas experiencias de las masivas violaciones de derechos humanos realizadas por las juntas militares en los '70 y el comienzo de los '80, Argentina decidió reformar su Constitución en 1994. En la convención convocada al efecto, una gran mayoría de sus miembros votaron la incorporación al texto constitucional de los derechos y libertades reconocidos por los tratados internacionales sobre derechos humanos que Argentina había firmado en el pasado o firmara en el futuro.⁴⁸ La razón para la incorporación de estos tratados fue explicada por Alicia Oliveira, miembro de la convención constituyente de 1994. Ella destacó que “la decisión [de incorporar tratados de derechos humanos en la Constitución] tiene su fuente inmediata en los aberrantes crímenes cometidos por las dictaduras militares en Argentina, especialmente la última...”⁴⁹ “Nuestra historia”, dijo Oliveira, “está condensada en la expresión ‘Nunca Más’...”⁵⁰ “y para garantizar que será así debemos otorgar basamento constitucional a los principios de ius humanitarios”⁵¹

Los comentarios de Oliveira enfatizan que Argentina incorporó derecho extranjero por un propósito completamente expresivo. Argentina utilizó los “préstamos” a fin de manifestar su adhesión a las mismas restricciones al poder gubernamental que caracterizaban al derecho extranjero o internacional “transplantado” o “prestado”. Argentina no es el único país que ha hecho esto. Hungría, Eslovenia y Checoslovaquia hicieron lo mismo.⁵² En 1989, después de su pasado comunista, Hungría adoptó una constitución que exigía la armonización de la legislación interna con el derecho internacional.⁵³ Sudáfrica es otro claro ejemplo de “préstamo” o “transplante” constitucional expreso (el “transplante” es la aprobación por un cuerpo legislativo, distinto a un tribunal, de leyes o constituciones de idéntico o similar contenido a leyes o constituciones extranjeras cuando ella es hecha bajo la presuposición de que estas leyes o constituciones son aptas para resolver los problemas locales, en razón de que han sido considerados aptas por los legisladores o constituyentes extranjeros para resolver los problemas extranjeros).⁵⁴ La Profesora Scheppele sugiere que las democracias europeas han adoptado derecho extranjero para expresar sus aspiraciones constitucionales. Estos países “pueden haber adoptado el modelo del Tribunal Constitucional Federal de

48. Un artículo interesante sobre los problemas y promesas de la constitucionalización de los tratados sobre derechos humanos en Argentina es el de Janet K. Levit, *The Constitutionalization of Human Rights in Argentina: Problem or Promise?* 37 COLUM. J. TRANSNAT'L L. 281 (1999).

49. Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente, 22 Reunión, 3 Sesión Ordinaria, Agosto 2, 1994, pág. 2861, disponible en www.1hcdn.gov.ar/dependencias/dip/debate-constituyente.htm

50. NUNCA MÁS, Eudeba, 1986.

51. Id.

52. Ver Victor Osiatynski, *Paradoxes of Constitutional Borrowing*, 1 INT'L J. CONST. L. 244 (2003). Ver A MAGYAR KÖZTÁRÁG ALKOTAMNYA, art. 7 (1); CONST. ESLOVENIA, art. 153; CONST. ESLOVAQUIA, art. 11, CONST. CHECOSLOVAQUIA, art. 10.

53. El Capítulo I, artículo 7 (1) de la Constitución húngara de 1989 establece “El sistema legal de la República de Hungría acepta las normas y regulaciones de derecho internacional universalmente reconocidas, y armoniza las normas y leyes internas del país con las obligaciones asumidas bajo el derecho internacional”. A MAGYAR KÖZTÁRÁG ALKOTAMNYA, art. 7 (1).

54. La Sección 35 (1) de la Constitución interina de Sudáfrica establece “Interpretación: (1) Al interpretar las provisiones de este Capítulo, los tribunales de justicia deberán promover los valores subyacentes a una sociedad abierta abierta y democrática, basada en la libertad y la igualdad y deberán, donde corresponda, tener en consideración el derecho internacional público aplicable a la protección de los derechos establecidos en este Capítulo, y pueden considerar precedentes comparables del derecho extranjero.” S. AFRICAN INTERIM CONSTITUTION. S35 (1).

En contra de los “Préstamos” y de otros usos “no autoritativos” del derecho extranjero

Alemania para demostrar, precisamente, que ellos también aspiraban a realizar los principios constitucionales que la Corte Constitucional había ayudado a establecer en Alemania.”⁵⁵

4. No hay dudas de que los argumentos genealógico, contextual, procedimental y expresivo son persuasivos. Individual o colectivamente, pueden convencernos de que, en general, la práctica de los “préstamos” es plausible. Sin embargo, los “préstamos” constitucionales constituyen una actividad problemática. Aún cuando los textos e interpretaciones constitucionales sean adoptados en circunstancias en las que los factores principales dependan de decisiones de gente por quien tengamos la mayor consideración, a través de procedimientos diseñados para maximizar la deliberación pública autónoma, la incorporación de derecho extranjero crea problemas no siempre fáciles de resolver.

Una constitución es una carta que distribuye poder político, organiza el proceso legislativo y determina la extensión y los límites de los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos. La mayoría de las constituciones intentan resolver estas cuestiones usando, en general, los mismos mecanismos. Aún así, a pesar de la similitud de fines y medios, no existe un canon constitucional que provea uniformidad a través de las fronteras. Es posible concebir muchas maneras diferentes, e igualmente razonables, de tratar cada tema que amerite preocupación constitucional. Tomemos el problema de la distribución del poder. Uno podría pensar que es mejor tener divisiones territoriales, como hace la Constitución de los Estados Unidos, o que el poder debería ser dividido entre distintas ramas, como hace la actual Constitución de Chile.⁵⁶ Existe también espacio para la diversidad en materia de regulación de derechos fundamentales. La frontera entre los derechos individuales y el poder estatal podría trazarse concediendo el mayor espacio posible al individuo, como era ciertamente el caso de la *Establishment Clause* de la Constitución de los Estados Unidos,⁵⁷ o podría decidirse que el espacio se dividiera entre el individuo y el estado –por ejemplo, atribuyendo al estado la facultad de adoptar una religión, en tanto y en cuanto no intente imponerla a los individuos– como es el caso de la regulación de las prácticas religiosas en la Constitución Argentina.⁵⁸ Como ha señalado Michael Rosenfeld, “el constitucionalismo implica una compleja interrelación entre identidad y diversidad en tantos niveles diferentes que parece completamente inútil buscar cualquier semejanza o diferencia que fuera indispensable para una organización constitucional legítima.”⁵⁹

¿Por qué el derecho constitucional es tan heterogéneo? Desde mi punto de vista, la combinación de la multiplicidad de nuestras relaciones como ciudadanos, y nuestra continua facultad de redefinirlas, reformarlas y amoldarlas, es lo que hace al derecho constitucional heterogéneo. Esta combinación –que admite muchas formas diferentes- hace posible la

55. Kim Lane Scheppele, *Aspirational and Aversive Constitutionalism: The Case for Studying Cross-Constitutional Influence Through Negative Models*, 1 INT'L. J. CONST. L. 296, 299 (2003).

56. Ver Constitución de Chile, art. 100.

57. U.S. Const., Amend. 1.

58. C.N. art. 2.

59. Ver Michael Rosenfeld, *Modern Constitutionalism as Interplay Between Identity and Diversity*, en CONSTITUTIONALISM, IDENTITY, DIFFERENCE, AND LEGITIMACY: THEORETICAL PERSPECTIVES, supra nota 38, pág. 3/13.

aparición de varias formas diferentes de tratar los problemas a los que el derecho constitucional se enfrenta. Siempre habrá innovación y creación en el derecho constitucional, porque siempre habrá diferentes formas de intentar solucionar problemas constitucionales.⁶⁰

No hay ninguna duda que la heterogeneidad de las normas constitucionales debilita tanto el argumento procedimental como el contextual. Estos dos argumentos dependen de la identidad o, al menos, similitud del objeto del derecho constitucional. Si la ley del país extranjero provee un conjunto de respuestas a los problemas del constitucionalismo diferente a aquellos del país que toma prestada la norma, tiene poco sentido efectuar el “préstamo” o “transplante”. Esto es así, aún cuando las respuestas adoptadas por los tribunales extranjeros hayan sido dadas en circunstancias donde los resultados eran muy importantes y hayan sido alcanzadas a través de procedimientos diseñados para maximizar la probabilidad de lograr resultados correctos –o, al menos, razonables–.

Sin embargo, la heterogeneidad del derecho constitucional no debilita el argumento genealógico ni el expresivo. Los argentinos que apoyan la práctica de los “préstamos” o de los “transplantes” pueden insistir en que la Constitución argentina fue elaborada sobre el molde de la Constitución norteamericana, y que este hecho –por sí mismo– justifica otorgar algún grado de autoridad a las decisiones constitucionales adoptadas por los Estados Unidos. Similarmente, si un país toma prestada una regulación extranjera para expresar fidelidad a los valores que aquella regulación encarna, el planteo respecto a que, constitucionalmente hablando, el país del cual se toma prestada la norma es diferente al propio, no implica una crítica a la decisión de efectuar el “préstamo” dado que, precisamente, es esta diferencia la que justifica el “préstamo” en primer término: se adopta el derecho extranjero porque se quiere ser diferente de lo que uno es, y en consecuencia la heterogeneidad del derecho constitucional es una precondition –y no un impedimento– de la decisión de adopción.

No obstante lo anterior, hay un problema que afecta a todos los argumentos en defensa de los “préstamos” o “transplantes”, al que voy a llamar el “problema de la validación”. Las normas constitucionales regulan la estructura subyacente de la sociedad. Los problemas que pretenden resolver estas normas son los asuntos interpersonales más importantes que

60. Los “Préstamos” o “transplantes” en derecho privado son menos problemáticos que en derecho constitucional porque el derecho privado es más homogéneo. Esta mayor homogeneidad no es consecuencia del hecho de que el derecho privado “sirva a un sólo amo”, o de que el derecho privado sea el sujeto de uno, o como máximo dos, fines superpuestos, como por ejemplo sostiene Rosenfeld. Ver Michael Rosenfeld, *Constitutional Migration and the Bounds of Comparative Analysis*, 58 N.Y.U. ANN. SURV. AM. L. 67, 72 (2001). Es imposible pensar el derecho privado como un campo monista en términos de valores, fines u objetivos. Los artículos del Código Civil Argentino, o para el caso los de cualquier otra regulación de derecho privado de cierta complejidad, no pueden ser vistos como emanaciones normativas del ideal de eficiencia o de maximización de la riqueza. Por el contrario, lo que explica la homogeneidad del derecho privado es el hecho de que hemos llegado a desarrollar una forma de argumentar, un determinado set de respuestas o formas que, por razones de repetición y adhesión general transnacional e intertemporal, han alcanzado el status de soluciones a los diferentes problemas que pueden surgir en el contexto de nuestras interacciones con otros, en nuestro carácter de individuos privados. ¿Por qué hicimos eso en el ámbito del derecho privado y no en el del derecho constitucional? Probablemente porque, como ha enfatizado Weinrib, el derecho privado requiere sólo un modo de interacción, caracterizado por la vinculación inmediata entre las partes, mientras que el derecho constitucional regula muchas interacciones de diferente tipo. Ver ERNEST WEINRIB, *THE IDEA OF PRIVATE LAW* 8 (Harvard Univ. Press 1995). Sobre la mayor facilidad de “transplantar” cuestiones instrumentales, como el derecho privado, Ver Oscar G. Chase, *Legal Process and Natural Culture*, 5 CARDOZO J. INT’L & COMP. L. 1 (1997).

En contra de los “Préstamos” y de otros usos “no autoritativos” del derecho extranjero

pueden surgir en una comunidad democrática. Éstos definen el modo en que una comunidad democrática puede intentar conducirse a sí misma, y las formas permitidas en las que los ciudadanos –y, más generalmente, los miembros de la sociedad- pueden cooperar entre ellos a lo largo de todas sus vidas.⁶¹ La consecuencia más notable de la relevancia de los problemas que pretenden regular las normas constitucionales es que ellas afectan nuestras vidas mucho más profundamente y más coercitivamente que las normas de otras ramas del derecho. El derecho contractual y el derecho de daños, por ejemplo, sólo determinan el modo en que debemos comportarnos en cierto tipo de interacciones reguladas. Pero el derecho constitucional tiene un impacto más profundo. Podemos expresar esta verdad diciendo que los ciudadanos de un estado democrático siempre sentirán la presión coercitiva de las normas constitucionales en sus vidas cotidianas de un modo que no sucede con otras normas jurídicas.

Ahora bien, en un estado democrático la justificación de la coerción tiende a ser una tarea ardua. Dado el pluralismo irreductible sobre lo que nos debemos a cada uno –estamos en desacuerdo respecto del contenido y alcance de la mayoría de los derechos que conocemos- no podemos tratar de justificar la coerción mediante una referencia al contenido o la sustancia de la norma.⁶² No puede decirse, por ejemplo, que siendo la ley moralmente plausible, uno tenga razones para obedecerla, dado que uno puede no estar de acuerdo con las razones morales invocadas.

El modo en que podemos validar el derecho en una democracia constitucional y, por lo tanto, la manera en que podemos validar *pro tanto* el uso de la coerción no está relacionado con el contenido o la sustancia de las normas jurídicas. Antes bien, lo que explica el por qué de la obligatoriedad del derecho es la participación justa en el proceso legislativo tanto como “hacedores” de las normas como “beneficiarios” de las mismas (o la oportunidad justa de participar en tal proceso o, aún menos ambiciosamente, la existencia de condiciones normativas y fácticas diseñadas para prevenir la alienación individual respecto al proceso legislativo).⁶³ Es nuestra participación en el proceso legisferante la que desmorona todas nuestras defensas contra los reclamos y expectativas de aquellos que quieren que nos conformemos con lo que ha sido decidido colectivamente.⁶⁴

61. Esta afirmación refleja de cierta manera el punto de vista de Rawls. Ver JOHN RAWLS, *POLITICAL LIBERALISM* 339 (Harvard Univ. Press 1993). Rawls ha insistido en la importancia de la regulación de la estructura básica. Por ello dice “...todos reconocen que la forma institucional de la sociedad afecta a sus miembros y determina en gran medida el tipo de persona que quieren ser tanto como el tipo de personas que son. La estructura social también limita las ambiciones y deseos de la gente de diferentes modos; desde que ellos con razón se verán a sí mismos en parte según su posición en ella y tomando en cuenta los medios y oportunidades a los que pueden, en forma realista, aspirar.” *Id.* pág. 269.

62. Es usual referirse al pluralismo sobre las concepciones del bien desde que una característica de las sociedades modernas es que la gente esté en desacuerdo entre sí respecto a lo que le da verdadero sentido a la vida. Pero el desacuerdo persistente sobre los que nos debemos a cada uno y el modo en que este desacuerdo afecta nuestras relaciones ha recibido menos atención.

63. Sobre la obligatoriedad de la norma, he desarrollado mis ideas en *La Pobreza, la Ley y la Constitución*, en SELA 2002 (Editor del Puerto S.R.L., 2003).

64. La idea de que la obligatoriedad de la ley sólo puede ser explicada y justificada procedimentalmente es defendida por Jürgen Habermas. Habermas ha sostenido que “en sociedades complejas la ciudadanía como un todo no puede seguir siendo aglutinada por un consenso sustantivo respecto a valores, sino solamente por un consenso respecto a los procedimientos para la legítima sanción de las normas y el legítimo ejercicio del poder.” Ver Jürgen Habermas, *Struggle for recognition in the democratic constitutional state*, en *MULTICULTURALISM, EXAMINING THE POLITICS OF RECOGNITION* 107, 135 (Amy Gutman ed., Princeton Univ. Press 1994).

Si aceptamos la idea de que se supone que cumplamos las normas solamente cuando ellas son el resultado de decisiones colectivas de la entidad política a la que pertenecemos,⁶⁵ entonces podríamos objetar los “préstamos” o “transplantes” constitucionales simplemente porque ellos consisten, esencialmente, en la deferencia a decisiones colectivas tomadas por otros. La adopción consciente de una norma constitucional extranjera como derecho vinculante por una autoridad constitucional o por un juez son dos casos en que los temas más básicos de nuestra vida interpersonal son decididos por personas con quienes no tenemos relación política alguna, y quienes no son miembros de la misma entidad política. Esta deferencia de la última palabra en asuntos constitucionales a otros es lo que torna la práctica de los “préstamos” o “transplantes” incompatible con el principio según el cual la coerción sólo puede ser justificada cuando es la consecuencia directa de una decisión colectiva⁶⁶ y, por lo tanto, los “préstamos” resultan de imposible validación en el contexto de una democracia constitucional.

El problema de la validación no puede ser evitado mediante el argumento de que la elección de efectuar un “Préstamo” o “Transplante” es una elección de la propia comunidad y, por lo tanto, el “préstamo” debe ser visto como un ejercicio –y no como una violación– del derecho y la obligación de una comunidad de gobernarse a sí misma de acuerdo a sus propias decisiones. Es cierto que cuando una comunidad adopta derecho foráneo, es la comunidad la que lo hace, pero la decisión que la comunidad toma, en un sentido importante, es la decisión de otra persona. Como la esclavitud voluntaria, que sigue siendo esclavitud, la deferencia voluntaria a las decisiones de otros, sigue siendo deferencia a las decisiones de otros.⁶⁷

En este punto es importante enfatizar que el problema de la validación es más difícil en el ámbito de la adjudicación constitucional por parte de los tribunales que en el de la elaboración de constituciones por parte de convenciones constituyentes. Scalia, hoy juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos, acierta al distinguir entre la decisión de una autoridad de adoptar derecho constitucional comparado para el diseño constitucional y la decisión de un tribunal de adoptarlo para la interpretación constitucional.⁶⁸ Tushnet también acierta cuando dice “que la Constitución debe permitir expresamente el uso de material comparativo para que las Cortes estén autorizadas para aprender de la experiencia constitucional extranjera”⁶⁹ (El aserto de Tushnet sugiere que, contrariamente, las

65. Los asertos que hago en el texto son, obviamente, debatibles. La cuestión de la obligatoriedad de la ley ha sido un problema no resuelto desde el *crita* en adelante, y no pretendo dar una respuesta final aquí. Sin embargo, quiero insistir que, a menos que asociemos la validación y la justificación de la ley con la justa oportunidad de participar en el proceso de toma de decisiones colectivas (o por lo menos con el hecho de no ser alienados del mismo), es imposible entender y explicar por qué pensamos que la ley es obligatoria en sociedades democráticas modernas.

66. Creo que Frank Michelman estará de acuerdo con que la validación es un problema para los “préstamos” constitucionales. Por cierto, él cuestiona el proceso de privatización y globalización recurriendo a argumentos que suenan al “problema de la validación”. Ver Frank I. Michelman, *Constitutionalism, privatization and globalization: whither the Constitution?* 21 CARDOZO L.REV. 1063, 1071 (2000).

67. Choudhry sugiere que la jurisprudencia americana, en general, está de acuerdo con la idea de que recurrir a fuentes extranjeras es, prima facie, ilegítimo, porque estas fuentes son extraídas de sistemas legales creados por otros. Ver Choudhry, *supra* nota 39, pág. 825.

68. Ver *Printz v. United States*, 521 U.S. 898 (1997).

69. Ver Mark Tushnet, *The Possibilities of Comparative Constitutional Law*, 108 YALE L. J. 1225, 1231 (1999).

En contra de los “Préstamos” y de otros usos “no autoritativos” del derecho extranjero

convenciones constituyentes no requieren de tal permiso). Los miembros de las legislaturas y de las convenciones constituyentes son representativos de los diversos sectores de la sociedad, responden a las necesidades sociales y son sensibles a las demandas públicas. A mayor abundamiento, la membresía o participación en una legislatura o una convención constituyente es una cuestión abierta al pueblo en general, al punto de que no existen limitaciones normativas que descalifiquen a persona alguna para tales posiciones, y los miembros de tales cuerpos a menudo deben someterse al proceso electoral. En consecuencia, cuando se expresa una convención constituyente o una legislatura, es el pueblo quien habla, y cuando ellas “transplantan” o “toman prestado” institutos jurídicos o jurisprudencia, es razonable afirmar que somos nosotros –el pueblo- quien ha efectuado el “transplante” o “préstamo”. La cuestión es diferente cuando nos referimos a los tribunales. El poder judicial está integrado, selectivamente, con miembros exitosos de una profesión determinada, los cuales han recibido una larga educación, y no rinden cuentas a nadie de sus actos, ni siquiera a aquellos que pueden resultar profundamente afectados por sus razonamientos y conclusiones. Por ello, cuando un tribunal “toma prestada” una norma constitucional o una interpretación constitucional determinada, no somos nosotros –el pueblo- quienes “tomamos prestado”. Es el tribunal quien lo hace. En otras palabras, dado que nos resulta difícil identificarnos con un tribunal, es igualmente difícil justificar la coerción implícita en la implementación de una norma legal “transplantada” por un tribunal.⁷⁰

5. Los “préstamos” y “transplantes” no agotan los usos posibles de materiales constitucionales foráneos. Existe, por cierto, una amplia diversidad de posibles influencias del derecho extranjero que excede el fenómeno más bien restringido que a lo largo de este artículo he designado “préstamo”-es decir, la decisión de un tribunal local de usar en una de sus sentencias derecho extranjero cuando dicho uso se hace basado en la autoridad de este último en su jurisdicción de origen- o “transplante” –es decir, la aprobación por un cuerpo legislativo, distinto a un tribunal, de leyes o constituciones de idéntico o similar contenido a leyes o constituciones extranjeras cuando ella es hecha bajo la presuposición de que estas leyes o constituciones son aptas para resolver los problemas locales, en razón de que han sido consideradas aptas por los legisladores o constituyentes extranjeros para resolver los problemas extranjeros-. Recuérdese que el “préstamo” o “transplante”, como lo he definido, consiste en un uso *autoritativo* de normas creadas fuera de nuestras fronteras. En secciones anteriores, he argumentado que los “transplantes”, en particular los “transplantes constitucionales”, son una cuestión complicada. Aún así, en numerosos contextos constitucionales, solemos usar normas constitucionales foráneas y referirnos a ellas sin la deferencia normativa característica de los “préstamos” o “transplantes”. La diferencia crucial entre los “préstamos” y los “transplantes y los restantes usos del derecho constitucional extranjero es que estos otros usos son no-autoritativos. Aquí, la referencia

70. Vicki Jackson ha analizado otros problemas de la importación de derecho extranjero. Entre otros, analiza la forma en que el uso del derecho extranjero afecta la percepción de legitimidad de las instituciones legales. Ver Vicki Jackson, *Narratives of Federalism: Of controversies and Comparative Constitutional Experience*, 51 DUKE L.J. 223, 266 (2001).

al derecho constitucional extranjero no va acompañada de la aspiración de que sea adoptado y observado –aún coercitivamente– en razón de su autoridad intrínseca. Los usos no-autoritativos asignan relevancia descriptiva al derecho extranjero, meramente como un “hecho constitucional”,⁷¹ esto es, como datos que nos informan acerca de la experiencia constitucional de otros. Pero, ¿resultan justificables los usos no-autoritativos del derecho extranjero? ¿Se encuentran tales usos entre aquellas formas permitidas en las que la “influencia constitucional cruzada”⁷² puede ejercerse de un país a otro?

Los usos no-autoritativos del derecho extranjero son muy populares en Argentina. En las convenciones constituyentes argentinas, la mayoría de los temas en debate han sido cargados con referencias al derecho extranjero. Tampoco es la popularidad de los usos no-autoritativos del derecho extranjero una tendencia idiosincrásica argentina. El Juez de la Corte Constitucional húngara Imre Voros señala que “las soluciones en la Constitución húngara fueron tomadas de las constituciones nacionales de las democracias occidentales”.⁷³ Jon Elster apunta el mismo fenómeno cuando señala que en la mayoría de las discusiones constitucionales alrededor del mundo, encontramos “un gran número de referencias a otras constituciones” no solamente como “modelos a imitar”, sino también “como desastres a evitar, o simplemente como evidencia de ciertas visiones sobre la naturaleza humana”.⁷⁴

El hecho de que, constitucionalmente hablando, no podamos inventarnos “desde cero”, parece proveer una base para el estudio del derecho extranjero. Además, estudiar derecho foráneo nos facilita la detección de falsas imposibilidades que son más bien producto de nuestras limitaciones intelectuales pero que no se basan realmente en hechos.⁷⁵ Sin embargo, en mi opinión *estudiar* derecho extranjero es algo completamente diferente que *usarlo*. Los usos del derecho extranjero, aún aquellos no-autoritativos, son siempre problemáticos. En las secciones siguientes intentaré explicar mis ideas y, espero, clarificar esta afirmación más bien osada.

5.1

A veces las autoridades constitucionales y los tribunales utilizan el derecho extranjero como evidencia de hechos. El derecho constitucional regula las estructuras subyacentes de la sociedad, y hacerlo con efectividad requiere conocer de antemano cómo la sociedad puede responder a los intentos de regularla. Como no existen laboratorios sociales en los cuales experimentar, los únicos datos que una autoridad constitucional o un tribunal puede reunir son aquellos provistos por el desempeño de regulaciones similares en otros países (o, en casos de países federales, con similar regulación en jurisdicción federal o provincial). Las autoridades constitucionales y los tribunales reproducen la experiencia de otros países para generar hipótesis respecto del futuro de diferentes decisiones legales domésticas. En esta línea de pensamiento,

71. Tomo esta expresión de Fontana, quien habla de “hechos legislativos”. Ver David Fontana, *Refined Comparativism in Constitutional Law*, 49 UCLA L.REV. 539, 553 (2001).

72. Ver Kim Lane Scheppele, *Aspirational and Aversive Constitutionalism: The Case For Studying Cross-Constitutional Influence Through Negative Models*, 1 INT'L J. CONST. L. 296, 297 (2003).

73. Ver Imre Voros, *Contextuality and Universality: Constitutional Borrowings on the Global Stage –The Hungarian view*, 1 U. PA. J. CONST. L. 651 (1999)

74. Ver Jon Elster, *Constitutionalism in Eastern Europe: An Introduction*, U. CHI. L. REV. 447, 476 (1991).

75. Ver Tushnet, *supra* nota 71, pág. 1227.

En contra de los “Préstamos” y de otros usos “no autoritativos” del derecho extranjero

el Justice Stephen Breyer de la Corte Suprema de los Estados Unidos, ha señalado que el análisis constitucional comparativo puede arrojar “luz empírica sobre las consecuencias de las diferentes soluciones [legales] a problemas legales comunes”.⁷⁶ Este uso del derecho extranjero como evidencia se asienta en la idea de que, a pesar de la heterogeneidad del derecho constitucional, existen similitudes sociales, culturales y económicas a través de los países, que justifican una mirada al extranjero para conjeturar sobre lo que podría suceder cuando ciertas clases de regulaciones legales son adoptadas domésticamente.

5.2

Las autoridades constitucionales suelen usar el derecho extranjero no como evidencia de hechos sino como fuente de innovación y conocimiento legal. El material constitucional extranjero puede liberarnos, ayudándonos a deshacernos de la convicción de falsa necesidad,⁷⁷ que usualmente acompaña a aquellos que han sido criados intelectualmente en el contexto de instituciones arraigadas. Un campo completamente nuevo de ideas y posibilidades puede abrirse cuando miramos al exterior. Nuevas maneras de manejar problemas antiguos y comunes pueden aparecer razonables. Adicionalmente, el mirar hacia fuera puede ayudarnos a ver nuestro propio esquema constitucional bajo una nueva luz, y esto, a su vez, puede llevarnos a resultados a los que no hubiéramos podido llegar sin recurrir al material foráneo.

Estos dos usos no-autoritativos del derecho extranjero –como evidencia y como fuente de innovación y conocimiento legal- no se ven afectados por el “problema de la validación”. Dado que estos usos del derecho constitucional no aspiran a introducir de “contrabando” la autoridad del derecho extranjero en nuestra decisión constitucional, no están sujetos a la principal objeción contra los “préstamos” o “transplantes” que mencioné en la sección 4. Por lo tanto, y en contraposición a los reclamos de Montesquieu y Hegel,⁷⁸ puede ser posible que el estudio, y algunos usos, del derecho constitucional extranjero puedan ser vistos como beneficiosos. Sin embargo, a la luz de la heterogeneidad del derecho constitucional a la que me referí antes en la sección 4, se impone una advertencia. Cuando usamos derecho constitucional extranjero como evidencia y como fuente de innovación y conocimiento legal, tenemos que estar lo suficientemente alertas para identificar las características particulares del carácter nacional que nos distingue de otras naciones. Tales características representan el límite de lo que puede lograrse a través de la legislación. Ergo, como ha sostenido Roberto Mangabeira Unger respecto del Brasil,⁷⁹ uno puede

76. Printz, 521 U.S. 976.

77. Ver Mark Tushnet, *Returning with Interest: Observations on Some Putative Benefits of Studying Comparative Constitutional Law*, 1 U. PA. J. CONST. L. 325, 327 (1998).

78. Tanto Montesquieu como Hegel pensaban que era mala idea importar constituciones extranjeras. Montesquieu decía que sería pura coincidencia si las leyes de una nación pudieran satisfacer las necesidades de otra. Ver *Del Espíritu de las Leyes*, Libro 1, Capítulo 3, Editorial Tecnos, Madrid, 1995 (3ra. edición). Hegel argüía que la constitución es “el trabajo de siglos... la conciencia de la racionalidad, tanto como haya sido desarrollada en una nación determinada”. Ver FRIEDRICH HEGEL, *THE PHILOSOPHY OF RIGHT*, 287-287 (T.M. Knox trans., Oxford Univ. Press, 1967).

79. Ver ROBERTO MANGABEIRA UNGER, *A ALTERNATIVA TRANSFORMADORA: COMO DEMOCRATIZAR O BRASIL*, 345-74 (Editora Guanabara Koogan S.A., 1990).

pensar que el presidencialismo es una buena estrategia para circunscribir la inestabilidad endémica de los sistemas parlamentarios, dado que el presidencialismo es el único mecanismo político disponible para trascender los acuerdos políticos entre élites que usualmente impiden las transformaciones requeridas popularmente.⁸⁰ Puede pensarse también que el presidencialismo es eficaz para la salida de regímenes comunistas. Con estas convicciones en mente, uno puede mirar a los Estados Unidos e, inspirado por el aceptado funcionamiento de su esquema político, decidir enmendar la propia constitución a fin de que refleje la distribución del poder característica de la Constitución de los Estados Unidos. Sin embargo, si uno falla en advertir, por ejemplo, que el propio país tiene una manera establecida de interacción política radicalmente diferente a la de los Estados Unidos –donde no existe ninguna disciplina partidaria–, puede cometer un terrible error.⁸¹ Por cierto, si como consecuencia de la cultura o de la historia reciente, el sistema partidario del propio país resulta altamente confrontativo y prolijamente ordenado con una fuerte disciplina partidaria, el presidencialismo redundará probablemente –como lo testifica Argentina⁸² en insuperables bloqueos entre el presidente y la mayoría legislativa.⁸³ En pocas palabras, debemos ser cuidadosos con los “transplantes” legales porque siempre, como Mirjan Damaska ha señalado, “la música del derecho cambia... cuando los instrumentos musicales y los intérpretes ya no son los mismos”.⁸⁴

5.3

Las autoridades constitucionales a veces utilizan el derecho extranjero en forma negativa. Como Epstein y King han sostenido, el “no-transplante” o “no-préstamo” –el rechazo consciente a la adopción de una norma, un principio o un texto legal como derecho obligatorio– es también parte de un “fenómeno más amplio de construcción constitucional”.⁸⁵ El fenómeno de los “préstamos negativos” es consecuencia de la focalización en “las fallas de otros regímenes constitucionales”.⁸⁶ Las razones del rechazo varían. A veces, se produce con clara conciencia de las diferencias categóricas entre los países. Así, por ejemplo, Osiatynski señala que en 1989 en algunos países del Este Europeo hubo una fuerte discusión sobre si era conveniente diseñar las nuevas constituciones sobre la base del modelo americano, y menciona al respecto que la idea fue rechazada, eventualmente, debido a las drásticas diferencias entre los países de la región y los Estados

80. De acuerdo a la mayoría de los relatos, Mangabeira Unger parece estar equivocado en el punto de que el presidencialismo es algo deseable. Ver *THE FAILURE OF PRESIDENTIAL DEMOCRACY: THE CASE OF LATIN AMERICA*. Vol. II. (Juan J. Linz & Arturo Valenzuela eds., John Hopkins Univ. Press, 1994).

81. Ver Fred Riggs, *Presidentialism: A Problematic Regime Type*, in *PARLAMENTARY VERSUS PRESIDENTIAL DEMOCRACY* (Arend Lijphalt ed., Oxford Univ. Press, 1992).

82. Ver Carlos Rosenkrantz, Symposium Transcript, *Challenges to Fragile Democracies in the Americas: Legitimacy and Accountability*, 36 *Tex. Int'l. L. J.* 328 (2001)

83. Osiatynski sugiere que el presidencialismo ha sido tenido en consideración durante los debates constitucionales de 1992 en Polonia, pero fue eventualmente desechado. Ver Osiatynski, *supra* nota 52, págs. 250-251.

84. Ver Mirjan Damaska, *The Uncertain Fate of Evidentiary Transplants: Anglo-American and Continental Experiments*, 45 *AM. J. COMP. L.* 839, 840 (1997).

85. Ver Leo Epstein & Jack King, *Constitutional Borrowing and Nonborrowing*, 1 *Int'l. J. Const. L.* 196, 197 (2003).

86. Ver Fontana, *supra* nota 71, pág. 551.

En contra de los “Préstamos” y de otros usos “no autoritativos” del derecho extranjero

Unidos. La idea fue también rechazada en los debates de la “Pequeña Constitución” en Polonia “primariamente debido a las diferencias en los sistemas de partidos y en el contexto político”.⁸⁷ En otras ocasiones, las diferencias culturales o el orgullo nacional subyacen a la decisión de rechazar modelos extranjeros. Finalmente, una decisión de no transplantar o no tomar prestado puede deberse a una convicción profunda sobre la implausibilidad de una organización constitucional determinada. Este motivo es el que Scheppele llama “constitucionalismo aversivo”⁸⁸, en el que la construcción de un texto y una cultura constitucional se basa en el rechazo de una particular concepción de lo que una constitución es.⁸⁹

Los usos negativos del derecho extranjero no enfrentan problemas de heterogeneidad constitucional ni de validación constitucional, simplemente porque el rechazo del derecho extranjero es una decisión autónoma que implica una afirmación de una identidad constitucional definida y diferente. Por cierto, los usos negativos son instrumentos muy eficientes en la fijación del carácter constitucional esencial de una entidad política nacional. En consecuencia, no tengo ningún problema con que las autoridades constitucionales y los tribunales usen el derecho constitucional extranjero como modelos a ser evitados.

5.4

En ocasiones, los tribunales utilizan materiales comparativos simplemente para enfatizar que los aspectos fácticos distintivos del caso pueden ameritar una decisión propia y particular. Así, en *Amarilla*,⁹⁰ la Corte Suprema argentina contrastó los hechos del caso con aquellos de *New York Times v. Sullivan*⁹¹ para mostrar que en *Amarilla* el demandado era perseguido judicialmente por opiniones, juicios de valor y conjeturas, mientras que en *New York Times v. Sullivan* el cargo era por afirmaciones de hecho falsas o imprecisas. Basada en estas diferencias, la Corte concluyó que aún si el demandado hubiera publicado juicios sabiendo de su falsedad, o con absoluta despreocupación acerca de si eran falsos o no, no podía ser condenado.⁹²

En otras oportunidades, los tribunales han usado derecho foráneo para mostrar la originalidad de sus decisiones. En *S.V. v. M.D.A.*⁹³ el Juez Petracchi encontró que la orden de una corte destinada a evitar que diarios publicaran noticias sobre un caso en que un menor demandaba a una figura del deporte por filiación violaba la cláusula de la libertad de expresión de la Constitución Argentina, aún cuando tenía como objetivo la protección del menor. El Juez Petracchi declaró que la prohibición de censura es un punto fijo en la tradición constitucional argentina –también reconocida en el art. 13 de la Convención

87. Ver Osyatynski, supra note 52, págs. 250-251.

88. Ver Scheppele, supra nota 72, pág. 300.

89. Ackerman ha enfatizado la importancia del ideal de un “nuevo comienzo” para la estabilidad de un orden constitucional. Ver Bruce Ackerman, *The Rise of World Constitutionalism*, 83 U. Va. L. Rev. 771 (1997).

90. 321 Fallos 2558 (1998).

91. 376 U.S. 254 (1964).

92. La Corte presupuso que aquellos que publican informaciones falsas pueden ser condenados únicamente cuando intencionalmente quieren causar daño o si tienen “real malicia”, en los términos en que fuera definida en *New York Times v. Sullivan*, esto es, conocimiento de la falsedad de la información publicada o absoluta despreocupación acerca de tal circunstancia.

93. 324 Fallos 1015 (2001).

América de Derechos Humanos⁹⁴ y el texto constitucional lo prohíbe expresamente. Luego se refirió a casos de los Estados Unidos, tales como *Organization for a Better Austin v. Keefe*⁹⁵ y *New York Times Co. v. United States*⁹⁶, sugiriendo que en los Estados Unidos la decisión en un caso similar, *S.V. v. M.D.A.*, podría haber sido diferente porque aún cuando en la tradición constitucional norteamericana existe una fuerte presunción en contra de la censura, ésta *per se* no está explícitamente prohibida por la Constitución.⁹⁷ Finalmente, a veces los tribunales utilizan el derecho foráneo para demostrar que otros sistemas resuelven casos en forma similar, lo cual –a su vez– demuestra que sus propias decisiones se ajustan a un consenso general sobre el tema. Así, por ejemplo, los Jueces Petracchi y Belluscio en *Bahamondez*⁹⁸ decidieron que un testigo de Jehová goza del derecho constitucional a rechazar una transfusión de sangre recomendada por sus médicos para tratar una enfermedad grave. En su opinión conjunta, señalaron que el Tribunal Constitucional Federal de Alemania⁹⁹ y algunos tribunales norteamericanos (mencionaron la Corte de Apelaciones del Distrito de Columbia) habían adoptado el mismo criterio, basados en los mismos principios contenidos en la Constitución Argentina.¹⁰⁰

94. C.A.D.H., Nov. 22, 1969, art. 13.

95. 402 U.S. 415 (1971).

96. 403 U.S. 713 (1971).

97. Existen muchos ejemplos de la Corte Suprema argentina citando casos extranjeros para establecer diferencias en otros tópicos. Ver, por ej., *Transporte Interprovincial Rosarino S.A. v. Provincia de Buenos Aires* s.sumario, 324 Fallos 3056 (2001), donde el Juez Fayt dijo que aún cuando en la interpretación de la cláusula comercial de la Constitución argentina la Corte otorgaba valor a las interpretaciones que la Corte norteamericana hacía de la cláusula análoga de la constitución americana –principalmente la sentada en *Gibbons v. Odgen* 22 U.S. (9 Wheat)- existe una diferencia crucial entre los Estados Unidos y la Argentina porque la Constitución argentina establece que el gobierno federal dicta el derecho común.

98. 316 Fallos 479 (1993).

99. 11 BVerfGE 11 (1957).

100. Los tribunales argentinos a veces utilizan el derecho extranjero de manera estratégica. Por ejemplo, en *Peralta*, 313 Fallos 1513 (1990), la Corte Suprema sostuvo la constitucionalidad de un decreto de necesidad y urgencia emitido por el presidente que convertía todos los depósitos bancarios por sobre determinado monto en bonos del gobierno argentino a largo plazo, citando *Home Building & Loan Ass'n v. Blaisdell*, 290 U.S. 398 (1934) (encontrando que la prórroga del tiempo de pago de deudas hipotecarias no violaba la cláusula contractual de la constitución norteamericana). La misma cuestión había sido decidida, negativamente, en *Avico v. De la Pesa* 172 Fallos 21 (1934) y *Home Building* era un caso más bien diferente. Compárese *Fernández Prieto*, LL 1999-B-282 con *Carroll v. United States*, 267 U.S. 132 (1925); *Chambers v. Maroney*, 399 U.S. 42 (1975); *Ferry v. Ohio*, 392 U.S. 1 (1968); y *Daray*, LL 1995-B-349. Para un lúcido análisis de *Fernández Prieto*, ver ALEJANDRO CARRIÓ, *GARANTÍAS CONSTITUCIONALES EN EL PROCESO PENAL*, 225 (Hammurabi 2002). Los usos estratégicos de decisiones extranjeras por las cortes no son un vicio exclusivamente argentino. Por ejemplo, *Epstein & Knight* sugieren que el uso de material extranjero en los Estados Unidos (por parte de los jueces de Corte Breyer y Brennan) y la resistencia a tal uso (juez Scalia) podría haber sido diferente si las cortes extranjeras hubieran tomado decisiones diferentes. Ver *Printz v. United States*, 521 U.S. 898 (1997) (referente a la amplitud de los derechos de los estados); *Stanford v. Kentucky*, 492 U.S. 361 (1989) (concerniente a la constitucionalidad de la pena de muerte para menores). “¿Sería Scalia un opositor tan ferviente del uso de jurisprudencia extranjera si, digamos, las practicas extranjeras favorecieran la ejecución de la pena de muerte en menores? Habría invocado materiales extranjeros Brennan si éstos fueran contrarios a la posición de su preferencia?” *Epstein & Knight*, supra nota 90, pág. 208. Michael Rosenfeld afirmaba que “los intérpretes de la Constitución pueden buscar aumentar la legitimidad de sus decisiones envolviéndolas en términos de normas constitucionales extranjeras muy respetadas, aún en ausencia de un ajuste genuino”. Michael Rosenfeld, *Constitutional Migration and the Bounds of Comparative Analysis*, 58 N.Y.U. Ann. Surv. Am. L. 72 (2001).

En contra de los “Préstamos” y de otros usos “no autoritativos” del derecho extranjero

Obviamente, los usos no-autoritativos del derecho extranjero por parte de los tribunales no son una rareza argentina.¹⁰¹ En muchos países, se ha vuelto una moda que los tribunales refieran precedentes extranjeros en sus decisiones, tomando parte así en lo que el Juez Calabresi ha llamado “un diálogo en desarrollo entre los cuerpos adjudicativos de la comunidad mundial”.¹⁰²

¿Es aceptable que los tribunales efectúen los usos no-autoritativos de materiales constitucionales foráneos que acabo de describir y que, siguiendo a Calabresi, podríamos llamar “dialógicos”? ¿Deberíamos aprobarlos, de la misma forma en que aprobamos el uso de derecho extranjero como evidencia y como fuente de innovación y conocimiento legal por parte de las autoridades constitucionales?

Para comenzar, los usos dialógicos de derecho extranjero por los tribunales, aún aquellos casos de usos frecuentes, no son alcanzados ni por el problema de la validación ni por el de la heterogeneidad. Cuando un tribunal utiliza derecho extranjero meramente para destacar los aspectos fácticos distintivos de los casos que decide, o la originalidad o acierto de sus decisiones, no se enfrenta con el problema de validar lo que ha hecho como sí sucede cuando decide “usar” derecho extranjero, ni aumenta los riesgos de ignorar los aspectos característicos de su propio país. Los usos dialógicos son no-autoritativos y, en consecuencia, carecen del carácter imitativo que contamina los “préstamos” o “transplantes”. A pesar de todo, deberíamos oponernos *prima facie* al uso dialógico de decisiones extranjeras. Esto es así por dos importantes razones: primero, porque el derecho extranjero agrega complejidad innecesaria a las decisiones de los tribunales y, segundo, porque dicho uso dificulta la implantación y desarrollo de una cultura constitucional propia. Permítaseme explicar estas dos razones con algo más de detalle.

Como puntualizaba El Federalista, los tribunales no tienen la fuerza ni la voluntad, sino meramente el juicio.¹⁰³ El hecho de que los tribunales carezcan de poder, les impone ciertas restricciones especiales. Así, a fin de hacer posible que tanto los litigantes como los terceros comprendan lo que los tribunales dicen, razonen con ellos e, idealmente, adhieran a sus decisiones y las hagan cumplir, los tribunales deben hablar en la manera más clara posible. La claridad es siempre exigida, pero es aún más necesaria en el contexto del derecho constitucional, dado que en estos casos esperamos que todas las decisiones constitucionales disparen un amplio y robusto debate en la ciudadanía. La supervivencia de la fibra democrática en las sociedades modernas, donde los tribunales suelen tomar en sus manos algunas de las decisiones sociales más complejas, se encuentra íntimamente asociada con la posibilidad de que todos los ciudadanos interactúen con los tribunales, lo que sólo puede ocurrir de la manera requerida cuando éstos hablan un lenguaje que puede ser fácilmente comprendido por todos los ciudadanos.

101. Ver Tushnet, *supra* notas 69 y 77; Jackson, *supra* notas 45 y 70. Ver Nota, *The International Judicial Dialogue: When Domestic Constitutional Courts Join the Conversation*, 114 Harv. L. Rev. 2049 (2001).

102. Euromepa S.A., 51 F. 3d at 1095. La descripción de la práctica actual de citar, analizar, o distinguir de o apoyarse en decisiones extranjeras y en tribunales supranacionales como un “diálogo” es tomada de Justice Claire L’Hereux-Dubé de la Corte Suprema de Canadá. Ver su artículo *The importance of Dialogue: Globalization and the International Impact of the Renhquist Court*, 34 Tulsa L.J. 15, 24 (1998).

103. Ver THE FEDERALIST N°78 (Alexander Hamilton).

Ahora bien, como el derecho extranjero es un tópico difícil y la mayoría de los ciudadanos de un estado democrático no estarán familiarizados con él, la invocación de decisiones constitucionales foráneas por los tribunales –aún a pesar del efecto positivo que puedan tener, al aumentar la persuasividad de los tribunales– induce necesariamente una mayor complejidad en sus decisiones. Piénsese, por ejemplo, en las dificultades que una persona común tendrá para seguir la argumentación en el ya mencionado caso *S.V. v. M.D.A.*, donde la Corte Suprema argentina no solamente citó casos norteamericanos sino también decisiones españolas y opiniones consultivas no vinculantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, junto a referencias a pactos internacionales y al derecho constitucional alemán, italiano, español, brasileño y paraguayo. Puede ser verdad que el derecho extranjero no sea una cuestión compleja para sofisticados abogados, profesores de derecho comparado y otras personas vinculadas a él, y que estas personas puedan seguir fácilmente el hilo de una decisión en la que se entrecruzan decisiones extranjeras. Sin embargo, ni el abogado sofisticado ni el profesor de derecho son el hombre medio de nuestras comunidades, y es precisamente ese hombre medio quien debería ser la audiencia privilegiada de los tribunales democráticos.

La claridad no se logra mediante la referencia constante al derecho extranjero en un contexto en el cual el derecho extranjero es un tema no habitual. Los tribunales promoverán mejor su interacción con litigantes y ciudadanos si mantienen sus decisiones tan simples como sea posible y, en lugar de envolver sus argumentos con referencias extranjeras, mostraran claramente las razones por las cuales deciden como lo hacen. En síntesis, deberíamos oponernos a los usos dialógicos del derecho extranjero simplemente porque las referencias extranjeras agregan una dañina complejidad a las decisiones de los tribunales.

La segunda razón para oponernos al uso dialógico del derecho extranjero por los tribunales –lo que, de hecho, se aplica a todos los usos no-autoritativos del derecho extranjero– está relacionada con la idea de que la implantación y el desarrollo de una cultura constitucional solamente tiene lugar cuando se satisfacen ciertas condiciones. En efecto, una cultura constitucional depende completamente de que el derecho constitucional sea concebido y vivido como el árbitro único y final de todos los conflictos que puedan surgir entre los ciudadanos de un estado democrático. Para una cultura constitucional, resulta esencial que los ciudadanos, para usar una expresión de Fiss,¹⁰⁴ toleren “la compulsión de... reglas trascendentes” y que obedezcan el texto constitucional, aún en aquellas circunstancias donde la solución constitucional no coincide con lo que ellos piensan es mejor.

Desafortunadamente, el uso dialógico del derecho extranjero por los tribunales dificulta el desarrollo de una cultura constitucional. En efecto, como consecuencia de su tremenda heterogeneidad –el derecho extranjero tiene tantas fuentes diferentes como países existen, e inclinaciones tan variadas como ideologías legales hay–, el derecho extranjero priva a los tribunales que lo utilizan del sentido de unicidad y finalidad que sus decisiones deben provocar, a los fines de ser vistas como la última palabra en las disputas sociales.

104. Ver Owen M. Fiss, *The Death of the Law*, 72 CORNELL L. REV. 1, 13 (1986).

En contra de los “Préstamos” y de otros usos “no autoritativos” del derecho extranjero

Piénsese por ejemplo, en el sentido de contingencia que los argentinos experimentan cuando, por ejemplo, leen *Amarilla, V.C. v. M.D.A.*, o *Bahamondez*, donde se mencionan decisiones de la Corte Suprema de los Estados Unidos, el Tribunal Constitucional Español y la Corte Europea de Derechos Humanos. Después de leer opiniones de este tipo, me parece imposible que un hombre común no piense que su Constitución se encuentra a merced de las elecciones arbitrarias de la autoridad extranjera preferida y, consecuentemente, que su Constitución no es única y final, como requeriría el desarrollo de una cultura constitucional sino que, al contrario, es contingente y pasajera.

Obviamente, podría sostenerse que un lector capaz estará en condiciones de distinguir el *holding* del caso del texto que lo acompaña y que, en consecuencia, podrá –dejando de lado las influencias extranjeras– identificar las proposiciones normativas sostenidas por la Corte en el caso, localizarlas en el contexto de decisiones anteriores y luego recuperar el sentido de necesidad y finalidad que las decisiones de las cortes constitucionales requieren. Esto puede ser cierto, pero debemos recordar que la Corte debería hablar para todos, y no todos tendrán la posibilidad de hacer la –más bien sofisticada– distinción, particularmente en los estadios tempranos del desarrollo constitucional, cuando no está aún claro qué es lo que la Constitución exige.

6. He argumentado en este artículo que tanto los “préstamos” como los “transplantes” y los usos dialógicos de las normas constitucionales extranjeras por parte de los tribunales locales resultan problemáticos. En consecuencia, mi respuesta a la cuestión de si deberíamos imitar a otros en el terreno legal es negativa. Creo profundamente que siempre será mejor que nuestras autoridades constitucionales y nuestros tribunales miren hacia adentro, antes que hacia fuera, en su búsqueda de argumentos constitucionales.

Obviamente, lo que aquí sostengo no debe entenderse como una militancia para desalentar el estudio serio del derecho constitucional comparado. Al contrario, el estudio del derecho comparado es probablemente la mejor forma de entender el carácter legal de lo que somos y lo que podemos ser como creadores de derecho y sus destinatarios. Desde que aprendemos mucho por confrontación, el derecho comparado debería ser parte obligatoria de nuestra educación legal y nuestra cultura legal.

Para finalizar, permítaseme ofrecer una imagen que, desde mi punto de vista, muestra correctamente la relación adecuada entre los materiales extranjeros y el proceso de construcción y adjudicación constitucional. A fin de evitar los problemas de heterogeneidad del derecho constitucional, y para fortalecer la comunicación con las audiencias domésticas y la implantación y el desarrollo de una cultura constitucional, las autoridades constitucionales –incluyendo los tribunales– deberían vincularse con el derecho extranjero como los trabajadores de la construcción lo hacen con un andamio, esto es, como artefactos sobre los cuales pararse para expandir sus propias habilidades constructivas, pero que nunca son componentes del trabajo final ni tampoco determinan la forma de lo que se construye.

Los adolescentes y el sistema penal. Elementos para una discusión necesaria en la Argentina actual*

Mary Beloff •

1. Algunas precisiones sobre la perspectiva

“Así pues, desde este punto de vista, sería bueno que perdiéramos el monopolio de ser lo que Kant una vez irónicamente denominó ‘pensadores profesionales’. Podemos empezar preguntándonos qué significa el pensar para la actividad de actuar. Admitiré algo: básicamente, estoy interesada en comprender. Esto es totalmente cierto. Admito también que hay otra gente que está principalmente interesada en hacer algo. Yo no, yo puedo vivir perfectamente sin hacer nada. Pero no puedo vivir sin tratar como mínimo de comprender cuanto ocurre. (...)”

He actuado pocas veces en mi vida, y cuando no pude evitarlo. Pero no constituye mi impulso principal. Y todas las lagunas que se puedan derivar de este hecho las aceptaré casi sin discutir, porque pienso que es muy probable que existan.” ARENDT, Hannah, *De la historia a la acción*.

El Prof. Dr. Daniel Pastor comenzaba su excelente presentación en el seminario en el cual este trabajo fue discutido afirmando: “El derecho es arte y cultura. Arte rudimentario y cultura menor, pero arte y cultura al fin (...)”¹

Me permito, con el permiso del autor —a la sazón colega y amigo—, recordar la optimista concepción del derecho que se refleja en el comienzo de su disertación —la que, paradójicamente, nos relató la historia de un fracaso escandaloso—, a fin de advertir a los lectores, de entrada, respecto de la perspectiva que se adoptará en este trabajo para discutir qué arreglos institucionales deberían organizar la respuesta social (no quiero en este punto decir estatal, por razones que luego se comprenderán mejor) cuando una persona que tiene menos de dieciocho años de edad² es imputada o encontrada responsable de haber cometido un delito.

Retomo la afirmación de Pastor y agrego, aún a riesgo de ser obvia: el derecho es también —probablemente antes que arte y que cultura— poder. En la perspectiva que para la discusión aquí se propone, el derecho es acción política.

Hannah Arendt puede ayudarme a aclarar la perspectiva que inspira este ensayo, también a pesar suyo:

“Esta necesidad de comprender es mucho más fuerte en mí de lo que, por supuesto, es habitual entre los teóricos de la política, con su necesidad de unir acción y

* Presentación leída en el Seminario para Auxiliares Docentes de Derecho Penal y Procesal Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en el primer semestre del año 2002.

• Profesora de Derecho Penal y Procesal Penal, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

1. Ponencia leída el 15 de mayo de 2002 en el mismo Seminario, publicada en PASTOR, Daniel, *Tensiones ¿Derechos fundamentales o persecución penal sin límites?*, Buenos Aires, del Puerto, 2004, págs. 223/248.

2. Se trata de la definición de niño del art. 1 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

pensamiento. Porque ellos quieren actuar. Pero precisamente creo que entendí algo acerca de la acción porque la contemplé, mas o menos, desde fuera.

(...)

C.B. Macpherson: Miss Arendt, ¿está afirmando realmente que es incompatible ser teórico de la política y estar comprometido? ¡Seguro que no!

Arendt: No, pero se está en lo cierto cuando se afirma que pensar y actuar son cosas distintas, hasta el punto de que, si se desea pensar, hay que retirarse del mundo.

C.B. Macpherson: Pero para un teórico de la política, para un maestro y para un escritor de teoría política, enseñar o teorizar es actuar.

Arendt: Enseñar y escribir son algo más que pensar. El pensar en sentido estricto es distinto; en esto Aristóteles tenía razón [...] Todos los filósofos modernos tienen, en alguna parte de su obra, una frase algo apologética que reza como sigue: ‘Pensar es también actuar’. ¡Oh, no, no lo es! Y afirmar tal cosa tiene algo de deshonesto. Quiero decir, enfrentémonos a los hechos: ¡no es lo mismo! Al contrario, para pensar debo mantenerme alejada de la participación y del compromiso.”³

En lo que sigue se presentan algunos elementos para **comprender** qué se discute cuando se plantea mediáticamente la rebaja de la edad de imputabilidad y qué se debería discutir desde una perspectiva enmarcada en lo que en nuestro contexto jurídico-cultural se comprende por “garantismo”, orientada a la reducción de la violencia y construida a partir de los más elementales estándares de protección de derechos humanos, sobre la base de la experiencia latinoamericana.

2. Breve relato sobre el origen de los nuevos sistemas de justicia juvenil latinoamericanos

Un proceso singular ha tenido lugar en América Latina en la última década en el campo de la defensa de los derechos de niños, niñas y adolescentes. Se trata del proceso de adecuación del orden jurídico de cada país a las prescripciones de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Este proceso ha sido ampliamente descrito,⁴ razón por la cual, a los fines del presente trabajo, sólo me limitaré a afirmar que estas leyes se propusieron de formas diferentes construir una legalidad que hiciera posible, para los niños de cada país involucrado, el ejercicio pleno de los derechos reconocidos por la Convención Internacional. Ese fue el objetivo y al mismo tiempo el límite de la reforma.

El proceso es singular por varias razones. En primer lugar porque se inspiró en la reforma legal ocurrida en Brasil, que había modificado la forma de producción de las leyes para niños. En ese país, el Estatuto del Niño y del Adolescente no fue pensado y elaborado por “expertos” del llamado entonces “derecho de menores” —lo que sea que

3. ARENDT, Hannah, *De la historia a la acción*, Paidós, Barcelona, 1995, págs. 140-141.

4. Cfr. GARCÍA M., E. y BELOFF, Mary (comps.), *Infancia, ley y democracia. Análisis crítico del panorama legislativo en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1990-1998)*, Temis/Depalma, Bogotá, 1998. Hay una segunda edición aumentada y actualizada, Temis, Bogotá, 1999; y una 3ra. ed. aumentada y actualizada, Temis, Bogotá, 2004.

ello haya querido significar en su momento, tema ajeno a este trabajo—, sino que fue producido por los actores comprometidos con la infancia a nivel nacional, fueran éstos miembros de organizaciones de base, de organizaciones de profesionales o de trabajadores, funcionarios públicos, juristas, médicos, trabajadores sociales o cualquier otro interesado. En un ejercicio concreto de aplicación directa del art. 12 de la Convención Internacional, tanto en Brasil como en otros países, también los niños participaron de este proceso en el plano legislativo⁵. En este sentido, si bien aún no ha sido suficientemente estudiado y sistematizado, puede decirse que el proceso fue original porque intentó —por lo menos en su origen— producir las leyes de un modo diferente, más democrático⁶.

En segundo lugar, la originalidad del proceso radica en el contenido de las nuevas leyes, que se elaboraron con el objetivo de construir una legalidad que hiciera posible, para los niños de cada país involucrado en la reforma legal, el ejercicio pleno de los derechos reconocidos por la Convención Internacional. Ese fue el objetivo y al mismo tiempo el límite de la reforma.

No se partió de esquemas teóricos prefabricados, ni se copiaron sistemas legales de otras latitudes⁷. La academia jurídico-penal —si algo así existe en nuestra región— permaneció al margen de este proceso de reformas legales⁸ del mismo modo que tradicionalmente había dejado fuera de su objeto de estudio a los “menores”, más allá de alguna esporádica y perdida denuncia sobre las injusticias del sistema tutelar. Así,

5. El caso paradigmático fue el de la movilización de miles de niños y niñas de la calle en Brasil, organizados en el *Movimento Nacional de Meninos e Meninas de Rua*, a favor de la inclusión de dos enmiendas constitucionales referidas a la infancia primero, y a favor de la aprobación del Estatuto del Niño y del Adolescente después. Sobre el proceso de reforma legal en Brasil ver, entre otros, SEDA, Edson, *Comentario al proceso de reforma legislativa en Brasil, en Infancia ..., op. cit.*, págs. 239 y siguientes del Tomo 1 de la 2da. ed.

6. No constituye tampoco un dato casual que estos procesos de reformas legales hayan tenido lugar, en la mayor parte de los países, al mismo tiempo que se daban los procesos de reforma de la justicia penal, todo ello en el marco de los procesos de transición y/o consolidación democráticas. Sobre este punto y sobre las similitudes entre los procesos dirigidos a superar el modelo tutelar con los dirigidos a superar el modelo inquisitivo en la justicia penal, ver BELOFF, Mary, *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, Buenos Aires, del Puerto, 2004, Capítulo 1. Allí se afirma, en relación con este tema: “Esta función del juez de menores y, en general, la lógica tutelar o ‘de la situación irregular’ tuvieron gran acogida en América Latina y se articularon perfectamente con los sistemas procesales inquisitivos de la región. Más aún, sistemas inquisitivos y sistemas de menores basados en la doctrina tutelar o ‘de la situación irregular’ se han alimentado recíprocamente en América Latina en los últimos ochenta años. La concepción de un otro como objeto o como súbdito pero no como sujeto con derechos (menor o imputado), la oficiosidad en la actuación judicial, el secreto y el expediente escrito, la concentración de todas las funciones en una sola persona: el juez (padre/acusador/ defensor/decisor), cuestiones morales y religiosas fundamentando las decisiones penales, la privación de libertad como regla y como pena en sentido material (bajo el nombre de medida de internamiento o de prisión preventiva), en suma, el desconocimiento de todas las garantías individuales son características compartidas tanto por el procedimiento inquisitivo cuanto por el procedimiento previsto por las leyes de la situación irregular. Por esas razones ambos sistemas son de difícil -si no imposible- compatibilización, desde el punto de vista jurídico, con el Estado de Derecho, y por ello, además de por su absoluta ineficiencia, se encuentran en crisis y en proceso de transformación en las democracias latinoamericanas, del mismo modo que la justicia penal en su conjunto”.

7. Esto explica que algunas leyes, sobre todo las elaboradas al comienzo de la década del ‘90, revelen algunos problemas serios de técnica legislativa.

8. Una excepción es Costa Rica, país en el que destacados juristas y, en particular, los penalistas, participaron del proceso de reforma legal en materia de infancia y juventud.

Latinoamérica fue construyendo sistemas de respuesta a las infracciones a la ley penal cometidas por personas menores de dieciocho años con modelos propios que se fueron corrigiendo a medida que otros países aprobaban nuevas leyes y recogían los aciertos y errores de los que ya habían recorrido ese camino⁹. Todavía hoy los principales actores de estas reformas, en los diferentes países, no tienen cabal conciencia ni de la originalidad ni de la dimensión continental de este proceso, a punto tal que les genera perplejidad la situación comparativa en la que, estrictamente en el plano teórico y legal, se encuentran algunos países de Europa continental¹⁰.

Probablemente ni los redactores de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CDN) ni los funcionarios nacionales encargados de su ratificación previeron el intenso uso que de ella hicieron y continúan haciendo todos aquellos preocupados por la efectiva vigencia de los derechos de niños, niñas y adolescentes en la región latinoamericana. La convicción de que, en este terreno, la reforma legal era condición necesaria —aunque no suficiente— para provocar el cambio social no es un dato irrelevante en un continente que operó al margen de la legalidad por décadas. Más previsible era que la apropiación y la decodificación que se hiciera de este tratado continuaran con las prácticas asistencialistas y tutelares tradicionales.¹¹ Se debe estar advertido, no obstante, de que esta concepción se resiste a retirarse a la vitrina de algún museo,¹² como se explicará más adelante.

En diez años la mayoría de los países de América Latina —con excepción de Argentina, México y Chile— han abandonado, con mayor o menor claridad conceptual, los modelos asistencialistas tutelares característicos de las legislaciones de menores previas a la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y han creado, también con mayor o menor acierto —ya sea en la letra de la ley, ya sea en su implementación—, nuevos sistemas para regular la condición jurídica de la infancia y la adolescencia.

9. Advértase en este sentido una diferencia sustancial con el proceso de reforma de la justicia penal, en particular de los códigos procesales penales —proceso dirigido a superar el sistema inquisitivo—, que fue lanzado a partir de la elaboración del Código Procesal Penal modelo para Iberoamérica, redactado entre otros especialistas por Julio Maier a fines de la década del '80.

10. Conviene insistir en que esta afirmación no se refiere a la existencia de programas concretos eficaces para jóvenes infractores de la ley penal, que existen en abundancia en los países de Europa Occidental.

11. Esto me recuerda un taller que se realizó en el Instituto Internacional de Sociología Jurídica, en Oñati, País Vasco, en julio de 1999. Se discutía la implementación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño; sin embargo, algunos participantes no interpretaban la reforma legal como condición necesaria —aunque no suficiente— para la efectiva vigencia de los derechos reconocidos en la Convención. De hecho, subestimaban la importancia de la reforma legal, a la que consideraban algo “teórico”, ajeno a la discusión sobre la implementación de la Convención, en manifiesto desconocimiento de la propia Convención que prescribe que los Estados deberán adoptar “todas las medidas”, incluidas **expresamente** las legales, para hacer efectivos los derechos reconocidos por el tratado.

12. No es exagerada ni injusta con el sistema tutelar esta frase. Como se ha señalado hasta el cansancio en relación con la ley tutelar argentina —la 10.903 o ley Agote, en honor a su redactor e impulsor—, esta ley nunca fue “buena”. Hoy vemos los museos de la inquisición como museos del horror; sin embargo, tal como Julio MAIER explica claramente, la inquisición en su momento fue una reacción que pretendía introducir racionalidad, humanidad y, si se quiere, algún criterio de justicia aceptable para la época, al modo en el que se resolvían los conflictos que hoy entendemos como conflictos penales. De otro modo difícilmente se hubiera constituido en la forma por excelencia de entender y organizar la reacción estatal frente a esos conflictos a lo largo de casi quinientos años. Cfr. MAIER, Julio, *Derecho Procesal Penal. Tomo I. Fundamentos*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996, págs. 288 y siguientes.

Dentro del proceso más amplio de adecuación de todo el derecho interno a la CDN, la creación de sistemas de respuesta a los delitos cometidos por personas menores de dieciocho años de edad—que aquí se llaman sistemas de justicia juvenil—ocupa un lugar central, a tal punto que algunos países optaron por dictar, exclusivamente, leyes que se refieren a este tema¹³.

Anclados en los principios del derecho penal mínimo¹⁴, estos sistemas asumen que toda intervención de los mecanismos formales de control social es violenta pero que también es a veces violento el delito —aquél que justificará la puesta en marcha del dispositivo estatal—, por lo que una respuesta estatal penal a la imputación de un delito a un menor de edad sólo será admisible en aquellos casos en los que la puesta en marcha del sistema de justicia especial evite violencias mayores que las que ocurrirían en caso de no tener lugar la solución penal¹⁵—expresada bajo la forma de un proceso y una consecuencia jurídica llamada pena, medida a secas o medida socioeducativa, como se prefiera—. Se trata por ejemplo de los casos de bagatela.

Desde un punto de vista criminológico, la concepción de la desviación que parece inspirar a los nuevos sistema de justicia juvenil refleja aquélla de los instrumentos internacionales. Entre ellos, en particular, de las Directrices para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riadh)¹⁶. Al comparar estas directrices con las Reglas de Beijing, resulta interesante verificar el cambio que se produce entre uno y otro instrumento (las Reglas de Beijing son anteriores en cinco años a las Directrices). En efecto, en las primeras se abandona la idea de que el comportamiento desviado¹⁷ tiene estatus ontológico. Para estas Directrices, como para la criminología moderna en general, la desviación es una categoría socialmente construida; por lo que sólo se puede hablar de niños o adolescentes infractores de la ley penal cuando se habla de aquellos a quienes se ha encontrado responsables de la comisión de un ilícito penal luego de un juicio en el que se respeten todas las garantías individuales reconocidas por las constituciones nacionales y los instrumentos internacionales.

13. Se trata de El Salvador, Costa Rica y Panamá; y los proyectos y anteproyectos de Argentina, Colombia y Chile. Sobre los riesgos de adecuar el derecho interno del país sólo a los artículos de la Convención Internacional referidos a los jóvenes que cometen delitos, ver BELOFF, Mary, *Los sistemas de responsabilidad penal juvenil en América Latina (1989-2004)* en *Infancia ...*, op. cit.

14. Véase por ejemplo el comentario a las Orientaciones fundamentales de las Reglas de Beijing —las que, por cierto, no son ni las más modernas ni las más garantistas—: “Estas orientaciones básicas de carácter general se refieren a la política social en su conjunto y tienen por objeto promover el bienestar del menor en la mayor medida de lo posible, lo que permitiría **reducir al mínimo** el número de casos en que haya de intervenir el sistema de justicia de menores y, a su vez, **reduciría al mínimo los perjuicios que normalmente ocasiona cualquier tipo de intervención** (...)”—el resaltado me pertenece—.

15. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995.

16. Aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas, [sobre la base del informe de la Tercera Comisión (A/45/756)] en la sexagésima octava sesión plenaria, celebrada el 14 de diciembre de 1990.

17. En especial en la Directriz 5, incisos b), e) y f), que establecen que la política y las medidas de prevención de la delincuencia juvenil deberán incluir la formulación de doctrinas y criterios especializados para la prevención de la delincuencia, basados en leyes, procesos, instituciones, instalaciones y una red de servicios, cuya finalidad sea reducir los motivos, la necesidad y las oportunidades de comisión de las infracciones o las condiciones que las propicien; también reconocer el hecho de que el comportamiento o la conducta de los jóvenes que no se ajustan a los valores y normas generales de la sociedad son con frecuencia parte del proceso de maduración y crecimiento y tienden a desaparecer espontáneamente en la mayoría de las personas cuando llegan a la edad adulta; y la conciencia de que, según la opinión predominante de los expertos, calificar a un joven de “extraviado”, “delincuente” o “predelincente” a menudo contribuye a que los jóvenes desarrollen pautas permanentes de comportamiento indeseable.

3. Breve descripción del régimen que se aplica en la Argentina

El sistema que se aplica en la Argentina combina lo peor de la tradición tutelar con lo peor de la tradición penal. En otras palabras: no protege sino castiga; y castiga sin garantías ni derechos, porque la intervención estatal sobre menores imputados de delitos se justifica sobre la base de argumentos tutelares en lugar de argumentos represivo-sancionatorios, propios del derecho penal liberal.

Tanto la práctica como la mera letra de las leyes sobre las que se monta este dispositivo penal-tutelar están reñidas con la Constitución Nacional (que incluye desde 1994 la Convención Internacional sobre Derechos del Niño —art. 75 inc. 22—).

Así, la ley n° 22.278/22.803 establece que las personas que no hayan cumplido dieciséis años de edad al momento de cometer un ilícito **no son punibles**. Tampoco lo son quienes no hayan cumplido dieciocho años de edad, respecto de delitos de acción privada o reprimidos con pena privativa de la libertad que no exceda de dos años, con multa o con inhabilitación (art. 1).

Nótese que la ley no establece que los menores de edad sean “inimputables” sino “no punibles”, lo que sin forzar el texto legal puede ser interpretado en el sentido de que al menor que se encuentre en esa situación no se le aplicará una pena; pero no necesariamente que sea penalmente irresponsable —aunque éste sea el presupuesto teórico para la exclusión de pena—. En la práctica generalizada, los menores de dieciséis años son declarados inimputables y sobreseídos.

Ahora bien, si esos menores no punibles —menores de dieciséis años— se encuentran en alguno de los supuestos contemplados por la ley como abandono, falta de asistencia, peligro moral o material, o problemas de conducta, el juez puede “disponer” definitivamente de ellos, disposición que en muchos casos de niños o jóvenes sin familia o pertenecientes a los sectores sociales más desaventajados puede implicar una privación de libertad.

Por otro lado, entre los dieciséis y los dieciocho años existe un sistema especial según el cual si un joven comprendido en esas edades comete un delito es punible —o sea, se le aplicará una pena— siempre que:

- 1) haya sido declarada su responsabilidad penal conforme las normas procesales;
- 2) haya cumplido dieciocho años de edad; y
- 3) haya sido sometido a un período de tratamiento tutelar no inferior a un año, prorrogable en caso necesario hasta la mayoría de edad.

Sin embargo, el tribunal tiene la facultad de aplicar la pena, de reducirla según las reglas previstas para la tentativa de los delitos o bien, no aplicarla del todo, según los resultados del tratamiento tutelar y de su propia impresión.¹⁸

Si bien es posible dentro de ciertos límites realizar una interpretación garantista de estas leyes que respetara derechos fundamentales de los menores de edad sometidos a estos procesos penales tutelares, la necesidad de reformar estas leyes es evidente y urgente¹⁹.

18. Arts. 1, 2 y 4 del Régimen Penal de la Minoridad (Ley Nro. 22.278 modificada por Ley 22.803).

19. Para un análisis de estas leyes ver entre otros BELOFF, Mary, *Niños y jóvenes: los olvidados de siempre*, en *El Nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Análisis Crítico*, Maier, Julio B. J. (comp.), Editores del Puerto, Buenos Aires, 1993, págs. 243/264; y BELOFF, Mary y MESTRES, José Luis, *Los recursos en la justicia de menores*, en MAIER, Julio B. J. (comp.), *Los recursos en el procedimiento penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2da. ed. actualizada 2003.

4. Presupuestos para la construcción del nuevo sistema

La construcción de la respuesta legal latinoamericana a los delitos cometidos por adolescentes que aquí se analiza ha partido de algunas constataciones empíricas y de otras normativas.

Desde el punto de vista empírico es un dato que hay personas menores de dieciocho años de edad que cometen delitos. No son la regla, no son la mayoría, pero los casos existen y la sociedad no es indiferente a ellos. Algunas veces, esporádicas, excepcionales, ocurre también que personas menores de dieciocho años cometen delitos graves²⁰; la indiferencia, si en algún otro caso leve puede estar presente, desaparece por completo y generalmente ocupan su lugar los reclamos por mayores penas hacia los autores jóvenes, que se traducen, casi sin excepción, en solicitar su juzgamiento y castigo según las pautas del derecho penal de adultos. En el lenguaje de los medios masivos de comunicación social, este reclamo se expresa en la necesidad de “bajar la edad de imputabilidad” para combatir el delito juvenil. Este discurso es también asumido por funcionarios, por políticos y por “expertos”, quienes por no conocer o, en algún caso, por no querer, ignoran o soslayan las complejidades que el tema presenta tanto en términos prácticos como en términos conceptuales.

Frente a esa circunstancia fáctica, las normas internacionales proporcionan el piso mínimo sobre el que se debe montar la respuesta estatal en relación con este tema. Así, la respuesta surge del mandato obligatorio emanado de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y, en general, de todas las normas internacionales relacionadas con la justicia juvenil²¹. Como se explicó al comienzo, la mayor parte de los países latinoamericanos se fijó como objetivo la adecuación de su derecho a las prescripciones de la Convención, a la que se debe complementar con todas las normas internacionales convencionales y no convencionales, regionales y universales, que provean elementos para configurar estos nuevos sistemas, sobre todo porque la Convención se caracteriza por un alto grado de ambigüedad en muchos temas.

5. Sujetos diferentes, responsabilidades diferentes, sistemas diferentes

Las personas menores de dieciocho años de edad —los niños según el tratado que se comenta— son titulares de todos los derechos de los que son titulares todas las personas —la CDN incluye tanto los derechos civiles y políticos, cuanto los derechos económicos, sociales y culturales—. Como sujetos de derecho, los niños son también sujetos de ciertas obligaciones.

De aquí se ha construido —a veces con alguna confusión— la idea de que estos sistemas de respuesta estatal a los delitos cometidos por adolescentes son “sistemas de **responsabilidad** penal juvenil.” En mi opinión, la cuestión se reduce a señalar que, a partir de la CDN —y éste sí es un punto de inflexión, no como en otros temas tales como el respeto de todos los derechos aún en sistemas de protección—, la condición de sujeto de

20. La ausencia de estadísticas rigurosas que corroboren la histeria social vinculada con la delincuencia juvenil ha sido reiteradamente puesta en evidencia.

21. Sobre estas normas ver BELOFF, Mary, *Los derechos del niño ...*, op. cit...

derecho de los niños determina algún nivel de responsabilidad específica. Si hay una palabra en la que es posible resumir a la CDN en una perspectiva diferente que la tutelar, ésta es responsabilidad²²; en primer lugar, de los adultos, representados por el Estado, por la comunidad y por la familia; y en segundo lugar de los niños. Se trata de responsabilidades propias y claramente diferenciadas; no más de irresponsabilidades, como en el sistema tutelar pre-Convención: un sistema en el que nadie se hacía cargo de nada y que funcionaba, también en este aspecto, como una profecía que se autocumplía, ya que era incapacitante para todos los involucrados. Consideraba a ciertas familias socioeconómicamente desaventajadas —aquéllas que encuadraban en la categoría de riesgo o, más modernamente, de disfunción familiar— como incapaces de proveer a las necesidades no sólo materiales sino afectivas y educativas de sus hijos. Estas familias asumían esta caracterización y reclamaban al Estado, a través del juzgado de menores²³, que éste se ocupara de los hijos que ella había traído al mundo²⁴. El sistema tutelar toleraba también la incapacidad del Estado para desarrollar políticas sociales adecuadas para garantizar los derechos de los niños y sus familias y justificaba de ese modo hasta la eventual institucionalización de niños pobres marginalizados y con familias problemáticas. Finalmente, en la misma lógica, consideraba a los adolescentes incapaces de toda responsabilidad penal, inimputables penalmente en este sentido —o no punibles, según algunas leyes tutelares, como la ley argentina²⁵—; pero al mismo tiempo no renunciaba a reaccionar frente a los que consideraba “peligrosos” o “potenciales delincuentes” y ejercía sobre ellos, sin ninguna de las garantías que cualquier adulto tiene frente a una pretensión punitiva del Estado, coacción material directa por tiempo indeterminado a través de las llamadas medidas tratamentales o medidas tutelares.

En cambio, la nueva respuesta legal desarrollada a partir de la CDN en América Latina presupone la responsabilidad de todos los actores sociales: adultos y niños. Así, el Estado debe tener políticas eficaces para la garantía de los derechos y si no las tiene, es responsable por ello. La familia debe hacerse cargo de los niños que trae al mundo, con la asistencia del Estado cuando la requiera. Finalmente, los adolescentes son responsables por los delitos que cometen, de manera específica.

22. Llama la atención la resistencia de algunos países en su momento a ratificar la CDN y, posteriormente, a dictar Códigos del Niño y el Adolescente, con el argumento de que se trataría sólo de reconocer derechos, lo que debilitaría a las familias y, fundamentalmente, a la autoridad de los padres sobre los hijos. De hecho, en el debate parlamentario estadounidense, éste fue el argumento que se utilizó, aunque el real fuera la prohibición de la pena de muerte para personas menores de dieciocho años de edad en el tratado, práctica permitida en muchos estados norteamericanos. La mayoría se opuso a la ratificación argumentando que la firma del tratado debilitaría los valores de la familia americana.

23. Todavía hoy en muchos países —recuerdo casos de Honduras y de El Salvador— que han modificado las leyes a partir de los nuevos estándares internacionales, las madres de familia o las madres y los padres recurren al juez de menores para que “se interne” a los hijos que les causan problemas. Frente a la negativa de intervenir en la familia por parte de los nuevos jueces penales juveniles, se ha llegado a atribuir falsamente al hijo que se quiere expulsar de la familia la comisión de un delito.

24. Sobre la administración de la vida privada a través de decisiones públicas estatales ver FARGE, Arlette y FOUCAULT, Michel, *Le désordre des familles. Lettres de cachet des Archives de la Bastille*, Gallimard, Saint Amand (Cher), 1982, en particular el capítulo 2.

25. Me refiero al Régimen Penal de la Minoridad, Ley N° 22.278 modificada en cuanto a la edad por la Ley N° 22.803.

El tema de la responsabilidad es un tema central en las discusiones sobre reforma legal y seguridad ciudadana; sin embargo es una asignatura pendiente su comunicación clara en los medios. Es también un tema central en la redefinición del rol de todos los actores que participan del proceso penal juvenil. La responsabilidad es el punto de partida de un abordaje que considera al joven como sujeto de derecho. Es también el punto de encuentro de diferentes saberes²⁶ —jurídicos y no jurídicos— que deben trabajar coordinadamente para que la intervención del sistema penal juvenil contribuya a disminuir los niveles de violencia en la sociedad. Por último, pero no por ello menos importante, la responsabilidad penal constituye, en el plano legal y paradójicamente, la garantía de una ciudadanía plena y de un sistema democrático que funciona sin exclusiones.

Estos nuevos sistemas de respuesta estatal creados en América Latina para los delitos imputados a personas menores de dieciocho años, consecuencia del mandato normativo internacional al que se hiciera referencia, son diferentes de los sistemas de justicia penal de adultos en los sentidos que aquí se examinarán²⁷. Es importante insistir en este punto: a diferencia del proceso de reforma de las leyes tutelares ocurrido en Estados Unidos a fines de la década del '60 y comienzos de la del '70, en los nuevos sistemas de justicia juvenil latinoamericanos la condición de ser niño no puede justificar un simulacro —por utilizar la frase final del Juez Fortas, quien redactó el voto para la mayoría en el célebre caso Gault²⁸— como en el sistema tutelar, pero

26. Sobre el particular ver GOMES DA COSTA, Antonio Carlos, *Pedagogia e Justiça. A responsabilização penal do adolescente*, Modus Faciendi, mimeo, 1999.

27. Se podría interpretar que dados estos argumentos no existirían mayores diferencias entre la justicia juvenil y la de adultos. Pero no es así. La discusión no acaba con sólo incorporar las garantías del derecho penal de adultos y eliminar las instituciones tradicionales del llamado "derecho de menores". Esto lo aprendió la comunidad internacional de la lección que deja el caso norteamericano. La lucha por los derechos del niño y la crítica al sistema tutelar en Estados Unidos se dio en el marco del movimiento por los derechos civiles en la década de 1960. En el proceso de ampliación de la ciudadanía a los norteamericanos excluidos a través de sentencias de la Corte Suprema, los últimos en llegar a la condición de ciudadanos fueron los niños. El precio que pagaron los niños en los Estados Unidos por ser reconocidos como sujetos de derecho fue, precisamente, ser tratados igual que los adultos. Así, por ejemplo, en algunos estados norteamericanos es posible condenar a pena de muerte a personas menores de dieciocho años. Este es como señalé un motivo real por el que Estados Unidos no ratifica la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, que expresamente prohíbe esa pena para las personas menores de dieciocho años. Evidentemente, no es ésta la idea de la CDN ni de los sistemas de justicia juvenil creados sobre la base de ésta. No se pretende que los Estados nacionales reconozcan al niño como sujeto de derecho y entonces lo traten como adulto. Si se tratara de algo semejante sería la peor pesadilla realizada, tanto de quienes a fines del siglo pasado pretendían poner a los niños fuera de la crueldad del sistema penal general, los "Salvadores del Niño" (ver PLATT, Anthony, *The Child Savers. The Invention of Delinquency*, University of Chicago Press, 1969. Hay traducción al español, *Los Salvadores del Niño o la Invención de la Delincuencia*, Siglo XXI, México, 1982), como de quienes en los años '60 criticaron y lograron la reforma del sistema creado un siglo antes por violar los derechos de los niños. Como se sostuvo más arriba, la comunidad internacional parece haber aprendido esta lección, por lo que estos sistemas de justicia juvenil tienen otros fundamentos y otras características. La pregunta es, entonces, qué significa ser sujeto de derecho en el marco de la Convención. Significa, como se explicó en el capítulo 2, ser titular de los mismos derechos de los que gozan todas las personas más derechos específicos que surgen de la condición de persona que está creciendo. Ni media persona ni persona incompleta ni incapaz; simplemente se trata de una persona que está creciendo. Las personas son personas completas en cada momento de su crecimiento.

28. *In re Gault*, 387U.S. 1; 87 S.Ct. 1428.

tampoco justifica el ser tratado como un adulto, que es lo que desde la reforma ha ocurrido en la justicia juvenil estadounidense²⁹.

Tres artículos de la Convención brindan las bases para la construcción de la nueva justicia juvenil. Se trata de los artículos 12, 37 y 40.

El artículo 12, en cuanto se refiere al derecho a expresar las propias opiniones y a que esas opiniones sean tenidas en cuenta a la hora de resolverse una situación que pueda afectar a un niño. Se trata del derecho a ser oído –luego retomado por el art. 40–, que no sólo integra la garantía de defensa en juicio (*o due process*, en el sistema anglosajón) como defensa material, sino que hace a la esencia de la nueva condición de la infancia en nuestras sociedades, como sujeto activo de la democracia³⁰.

El artículo 37³¹, articulado con la Regla 11b de las Reglas para la Protección de los Menores privados de Libertad³², en cuanto regula la privación de la libertad, en sentido material, y que se constituye en una norma fundamental para la aplicación directa de la CDN en los países donde sigue rigiendo el sistema tutelar³³.

29. De manera simplificada, es posible afirmar que el ingreso de personas menores de dieciocho años al sistema penal de adultos, en Estados Unidos, ocurre por tres vías diferentes: por un lado, por la negociación con el fiscal (*plea bargaining*). En algunos estados se permite al fiscal que negocie con el joven si lleva los cargos al sistema juvenil, por ejemplo, con una imputación grave; o al sistema de adultos, previa admisión de cierto grado de responsabilidad en el hecho, con una imputación menor. Por otro lado, en algunos estados se permite al fiscal decidir, por la naturaleza del delito de que se trate, si lleva el caso a la justicia juvenil o a la justicia de adultos. Finalmente, en algunos estados, por mandato legal, algunos delitos, aún cometidos por personas menores de dieciocho años, pueden ser juzgados en cortes de adultos.

30. BARATTA, Alessandro, *Infancia y democracia*, en *Infancia, ley ...*, op. cit., págs. 31 y siguientes.

31. "Artículo 37

Los Estados Partes velarán porque:

- a) Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.
No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad.
- b) Ningún niño será privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda.
- c) Todo niño privado de libertad será tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de su libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales.
- d) Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y a otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, imparcial e independiente, y a una pronta decisión sobre dicha acción."

32. "11. A los efectos de las presentes Reglas, deben aplicarse las definiciones siguientes: (...)

- b) Por privación de libertad se entiende toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir al menor por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública."

33. Sobre la aplicación directa de la Convención Internacional ver BELOFF, Mary, *La aplicación directa de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en el ámbito interno*, en *Los derechos del niño ...*, op. cit..

Los adolescentes y el sistema penal. Elementos para una discusión necesaria en la Argentina actual

Finalmente, el artículo 40³⁴, en cuanto establece los límites que el Estado deberá imponerse cuando una persona menor de dieciocho años es imputada o encontrada responsable de haber cometido un delito.

Sobre la base de las prescripciones de esos tres artículos —y del *corpus juris* constituido por todas las normas internacionales de protección de derechos humanos de aplicación en la materia³⁵— se diseñaron las nuevas leyes y se están implementando nuevos sistemas de justicia juvenil en América Latina.

Me interesa antes de seguir adelante hacer una precisión terminológica. Estos nuevos sistemas —legales e institucionales— de respuesta a los delitos cometidos por personas menores de dieciocho años, creados en América Latina a partir de la aprobación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en la década del '90, pueden ser denominados sistemas de justicia juvenil; pero no con la extensión que de esa expresión se hace en el mundo anglosajón, y que fue tomada por las

34. "Artículo 40

1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de maner acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tenga en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad.

2. Con ese fin, y habida cuenta de las disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales, los Estados Partes garantizarán, en particular:

- a) que no se alegue que ningún niño ha infringido las leyes penales, ni se acuse o declare culpable a ningún niño de haber infringido esas leyes, por actos u omisiones que no estaban prohibidos por las leyes nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron;
- b) que todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos, lo siguiente:
 - I) que se lo presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley;
 - II) que será informado sin demora y directamente de los cargos que pesan contra él, y en casos apropiados, por intermedio de sus padres o su tutor, y dispondrá de asistencia adecuada en la preparación y presentación de su defensa;
 - III) que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparial en una audiencia equitativa conforme la ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado (...);
 - IV) que no será obligado a prestar testimonio o a declararse culpable, que podrá interrogar o hacer que se interroge a testigos de cargo y obtener la participación e interrogatorio de testigos de descargo en condiciones de igualdad;
 - V) si se considera que ha infringido las leyes penales, que esta decisión y toda medida impuesta a consecuencia de la misma será sometida a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, conforme a la ley;
 - VI) que el niño contará con la libre asistencia gratuita de un intérprete si no comprende o no habla el idioma utilizado;
 - VII) que se respetará plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento. (...)" . El resto del artículo se analiza más adelante.

35. Cfr. BELOFF, Mary, *Los derechos del niño ...*, op. cit..

Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (conocidas como Reglas de Beijing)³⁶.

En la Regla 3, titulada “Ampliación del ámbito de aplicación de las Reglas”, se determina que la justicia de menores “incluye no sólo los procedimientos referidos a los menores infractores sino también los que se siguen a menores de edad por **realizar cualquier conducta que no es punible tratándose de adultos**, los que se siguen en los casos de niños víctimas de delitos y los relacionados con el bienestar del niño –protección-” (el resaltado me pertenece). Como se advierte fácilmente, la confusión entre cuestiones relacionadas con la justicia penal y con la protección, así como el desconocimiento de garantías fundamentales como el principio de legalidad, son en América Latina características propias del modelo tutelar que se pretende superar con las nuevas legislaciones. De ahí que se deba aclarar en qué sentido se habla de justicia juvenil en la región; y ese sentido es el siguiente: justicia juvenil es el conjunto de normas e instituciones creadas para dar respuesta a la situación de una persona menor de dieciocho años de edad imputada o encontrada responsable de haber cometido un delito.

Querría agregar dos argumentos adicionales relacionados con la posibilidad de denominar como “sistemas de justicia juvenil” —con los alcances establecidos más arriba— a las respuestas legal e institucional a las infracciones penales cometidas por jóvenes sobre las que se viene haciendo referencia. En primer término, cabe señalar que por primera vez en América Latina se diseña, de modo original, un dispositivo institucional cuyo objetivo es, **estrictamente**, tratar con los casos de personas menores de dieciocho años de edad imputadas o encontradas responsables de haber cometido un delito. En ese sentido, se trata de un sistema de justicia, como no se trataba de un sistema de justicia la llamada —bajo el imperio de la pura ideología tutelar— “justicia de menores”. La “justicia de menores” —esto es, el conjunto de dispositivos legales e institucionales dedicados a una forma *sui generis* de filantropía ejecutada a través del órgano judicial— no constituía un sistema de justicia, ni desde el punto de vista institucional, porque no resolvía conflictos de naturaleza jurisdiccional; ni desde un punto de vista filosófico, porque operaba muchas veces en contra de cualquiera de las nociones de justicia que el pensamiento occidental ha elaborado hasta el presente.

36. Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil, conocidas como Reglas de Beijing, fueron aprobadas el 29 de noviembre de 1985, por Resolución 40/33 de la Asamblea General. Estas reglas fueron sancionadas en la mitad del proceso que demandó la aprobación de la CDN, ya que la idea de elaborar un documento como ése comenzó a circular en 1979, declarado Año Internacional del Niño, y recién se concretó en 1989. De ahí que, en muchos aspectos, las Reglas de Beijing parezcan estar a mitad de camino entre dos concepciones de protección a la infancia. Esto se advierte, por ejemplo, en el énfasis que las Reglas ponen en que el objetivo de la justicia de menores sea “el bienestar del menor” o bien en la propia definición de la desviación juvenil que reflejan. Así, por ejemplo, en las Orientaciones fundamentales, la Regla 1.2. establece: “Los Estados Miembros se esforzarán por crear condiciones que garanticen al menor una vida significativa en la comunidad fomentando, **durante el período de edad en que el menor es más propenso a un comportamiento desviado**, un proceso de desarrollo personal y educación lo más exento del delito y delincuencia posible” -el resaltado me pertenece-. También, en la Regla 2.2.c): “(...) menor delincuente es todo niño o joven **al que se ha imputado** la comisión de un delito o se le ha considerado culpable de la comisión de un delito” -el resaltado me pertenece-.

De ahí la importancia de llamar a estos nuevos sistemas, sistemas de **justicia** juvenil. El segundo argumento se relaciona con el problema de cómo denominar al destinatario de estos sistemas —esto es la persona involucrada en un conflicto jurídico penal como autor o partícipe cuya edad se encuentra comprendida entre los dieciocho años de edad no cumplidos y los doce, trece o catorce años según el país de que se trate—. ¿Son adolescentes? ¿Son jóvenes? En este tema también es necesario quitar a la discusión todo aspecto naturalista. Se trata de definiciones normativas —no médicas, ni psicológicas, ni antropológicas, ni sociales—. Las nuevas leyes latinoamericanas no utilizan un lenguaje uniforme al abordar este tema. Algunas se refieren a jóvenes, otras a adolescentes, otras a menores. La categoría “jóvenes” tiene el problema de extenderse más allá de los dieciocho años, límite impuesto por el orden jurídico internacional para distinguir entre un niño y un adulto. Tiene no obstante la ventaja de estar pensada desde lo que el sujeto tiene y no desde aquello de lo que carece. En contraste, la categoría “adolescente”, aunque más acotada cronológicamente, parece más vinculada al sistema tutelar, ya que se relaciona directamente con la carencia, con lo que la persona todavía no es. En este sentido, me inclino por la utilización de la categoría “juvenil”, aunque creo que esta discusión debe ser resuelta desde el punto de vista normativo, de modo de superar esta omisión de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

6. Características de los nuevos sistemas

En líneas generales, es posible afirmar que los sistemas creados en la región para dar respuesta a las infracciones de carácter penal cometidas por adolescentes, que aquí se denominan sistemas de justicia juvenil o de responsabilidad penal juvenil, responden a las características que se describen a continuación.

6.1. Comprenden exclusivamente aquellos supuestos en los que una persona que tiene menos de dieciocho años comete un delito, una falta o una contravención³⁷

El fundamento normativo es el principio de legalidad —*nullum crimen nulla poena sine lege*— presente en todas las Constituciones nacionales y, en particular, el art. 40 inc. 2. a) de la Convención Internacional cuando prescribe:

“(…) que no se alegue que ningún niño ha infringido las leyes penales, ni se acuse o declare culpable a ningún niño de haber infringido esas leyes, por actos u omisiones que no estaban prohibidos por las leyes nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron; (…)”.

37. En el marco de un derecho penal mínimo el único supuesto que autorizaría poner en funcionamiento esos sistemas de reacciones estatales coactivas con adolescentes sería la comisión de un **delito**. Esto también por aplicación del principio de legalidad recogido en todas las constituciones nacionales y en todos los tratados internacionales de protección de derechos humanos. Sin embargo, una crítica que puede formularse a la CDN y a las Directrices de Riadh, es que sobre la base de ellas todavía podría admitirse una intervención estatal coactiva —hasta privación de libertad— en el ámbito de la protección. No obstante, el principio de legalidad es categórico y preciso. Por lo tanto, lo único que puede habilitar el ingreso de adolescentes a estos sistemas es la formal imputación de un delito.

En consecuencia, las faltas y contravenciones no deberían ser incluidas en estos sistemas³⁸.

6.2. Se prevén soluciones alternativas a la reacción estatal punitiva frente al conflicto jurídico-penal originario³⁹

El fundamento normativo se encuentra en el art. 40 inc. 3 b) de la Convención Internacional cuando prescribe:

“(…) Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, respetando plenamente los derechos humanos y las garantías legales”.

Surge también de las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riadh), en particular en la Directriz 5⁴⁰; en la 6: “6. (...) Sólo en último extremo ha de recurrirse a organismos formales de control social”; y en la 58:

38. Para una crítica de la inclusión de las faltas y las contravenciones en estos nuevos sistemas ver BELOFF, Mary, *Los sistemas de responsabilidad penal juvenil en América Latina*, en GARCIA M., E. y BELOFF, Mary (comps.), *Infancia ..., op. cit.*, págs. 87 y siguientes. En resumen puede señalarse que un sistema penal de mínima intervención, basado en los principios del garantismo penal, no puede ponerse en funcionamiento cuando existen mínimas infracciones que en general se relacionan con conflictos de convivencia o vecinales y no con serias afectaciones a bienes jurídicos protegidos. Estos conflictos deben ser resueltos a nivel comunitario o en otro ámbito, fuera de la lógica del castigo, de la lógica penal. En ese sentido acertó la Ciudad Autónoma de Buenos Aires al excluir a los niños como sujetos de imputación de contravenciones con excepción de las contravenciones de tránsito (cfr. art. 2 del Código Contravencional).

39. Desde el punto de vista procesal, se debe discriminar lo que es una solución alternativa al conflicto jurídico penal y lo que son alternativas dentro del proceso penal. De la primera podría decirse que es la solución abolicionista. En estos casos el conflicto directamente es administrado, y eventualmente resuelto, en otro ámbito. Si esto no es posible, se puede recurrir a las opciones diferentes con las que cuenta el ámbito judicial penal juvenil. Estas formas pueden ser modos anticipados de terminación del proceso, tales como la aplicación del principio de oportunidad, la suspensión del juicio a prueba, el juicio abreviado o la conciliación durante el proceso.

Merece un párrafo aparte –aún en esta breve nota– el juicio abreviado. Este instituto es problemático en general, para adultos y para adolescentes, en su aplicación, porque riñe con la preservación cabal de las garantías. Sobre todo porque está siendo utilizado en todos los nuevos sistemas de justicia penal de América Latina al sólo efecto de descomprimirlos. Así, las garantías desaparecen. Creo que no es posible utilizar el juicio abreviado para adolescentes, por la misma razón que lo torna conflictivo para los adultos, esto es, la vulneración de garantías, pero, además, por otra razón específica. Para los adolescentes, la dimensión pedagógica del rito penal es precisamente el reto que se propone la nueva justicia juvenil. El reto está en el proceso. La dimensión pedagógica es central. Sin rito del proceso, sin instancia simbólica para administrar el conflicto, para que el adolescente pueda visualizar a quién le causó dolor y cuánto, pero para que también entienda cuáles son las reglas de la comunidad a la que pertenece, el sistema de justicia penal juvenil pierde sentido. No ignoro las objeciones liberales a estas afirmaciones pero no puedo en esta oportunidad extenderme sobre el particular.

Otro punto conflictivo que sólo puedo dejar señalado con relación a todos estos nuevos institutos es la adopción de medidas como consecuencia de la solución adoptada. Las nuevas leyes no prevén el control de legalidad de esos acuerdos, que pueden incluir la adopción de medidas en muchos casos restrictivas de derechos. Por eso es fundamental la presencia del abogado defensor aún en estas instancias.

40. La Directriz 5 ordena que deberá reconocerse la necesidad y la importancia de aplicar una política progresista de prevención de la delincuencia, así como de estudiar sistemáticamente y elaborar medidas pertinentes que eviten criminalizar y penalizar al niño por una conducta que no causa graves perjuicios a su desarrollo ni perjudica a los demás. También “(…) e) El reconocimiento del hecho de que el comportamiento o la conducta de los jóvenes que no se ajustan a los valores y normas generales de la sociedad son con frecuencia parte del proceso de maduración y crecimiento y tienden a desaparecer espontáneamente en la mayoría de las personas cuando llegan a la edad adulta; (...) f) La conciencia de que, según la opinión predominante de los expertos, calificar a un joven de ‘extraviado’, ‘delincuente’ o ‘predelincuente’ a menudo contribuye a que los jóvenes desarrollen pautas permanentes de comportamiento indeseable.”

“Deberá capacitarse personal de ambos sexos encargado de hacer cumplir la ley y de otras funciones pertinentes para que pueda atender a las necesidades especiales de los jóvenes; ese personal deberá estar al corriente de los programas y posibilidades de remisión a otros servicios, y recurrir a ellos en la medida de lo posible **con el fin de sustraer a los jóvenes al sistema de justicia penal**” —el resaltado me pertenece—.

Las nuevas leyes adscriben a esta solución político-criminal, fundamentalmente a través de tres instituciones: el principio de oportunidad reglado, la conciliación y la remisión —que en realidad es una forma de ejercicio de oportunidad—, muchas veces de modo bastante confuso.

6.3. La atribución de responsabilidad se expresa en la exclusión de este sistema de los niños (según las nuevas leyes latinoamericanas, las personas menores de doce, trece o catorce años).

El art. 40 manda, en el inc. 3. a):

“El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños **no tienen capacidad** para infringir las leyes penales” —el resaltado me pertenece—.

Unos años antes las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores habían prescrito:

“En todos los sistemas jurídicos que reconozcan el concepto de mayoría de edad penal con respecto a los menores, su comienzo no deberá fijarse a una edad demasiado temprana habida cuenta de las circunstancias que acompañan a la madurez emocional, mental e intelectual” (Regla 4.1).

Un problema a señalar respecto de la aplicación —y en algunos casos de la redacción— de las nuevas leyes es que no se respeta el piso dispuesto por los instrumentos internacionales, por debajo del cual los Estados están obligados a renunciar a toda intervención estatal coactiva. El problema se hace más grave cuanto más alto se coloca el piso de edad. Este problema ha sido caracterizado en otra oportunidad como “derivación automática” al sistema de protección⁴¹. Si el Estado renuncia a toda intervención coactiva, excepto en los casos en que se ha cometido un delito, lo único que podría habilitarlo a intervenir —y no coactivamente— es en un supuesto de amenaza o violación de derechos del niño, adolescente o joven de que se trate. Presumir que detrás de la imputación de un delito dirigida a un niño hay siempre un derecho amenazado responde a la lógica tutelar. Por ello, como mínimo, habría que invertir la regla. En lugar de funcionar con derivación automática, se debería verificar la supuesta situación de amenaza y, recién entonces, efectuarse la derivación, y no reaccionar como consecuencia de la demanda social que genera el hecho excepcional de que un niño pequeño cometa un delito.

En relación con el conflictivo tema de la edad —que define, en los nuevos sistemas, quién puede ser objeto de intervenciones estatales coactivas como consecuencia de una imputación penal en su contra (cautelares) o bien de que se lo haya declarado responsable de haber cometido un delito (sanciones o penas)— es útil recordar un

41. BELOFF, Mary, *Los sistemas ...*, op. cit..

comentario relativamente reciente formulado por Claus Roxin en relación con la ley alemana. Afirma Roxin:

“En la mayoría de los casos, tampoco una disposición como el § 19 StGB –parágrafo diecinueve del Código Penal Alemán–: ‘No es punible quien al momento de la comisión del hecho no tiene aún catorce años’, se puede explicar desde el punto de vista de la falta de capacidad de reaccionar ante la norma o según otras concepciones de la culpabilidad. Un menor de 13 –trece– años que le rompe el vidrio de la ventana a un vecino, sabe generalmente que esto no está permitido y, si no sufre de graves alteraciones de conducta, se puede conducir según ese conocimiento. Su padre lo reprenderá con razón y reirá cuando su atrevido hijo se remita a su falta de culpabilidad según el § 19 StGB (...).

“Incluso, sería absurdo suponer que en una persona al cumplir 14 –catorce– años ingresa, de repente, una capacidad de culpabilidad, de la que antes carecía completamente. El texto de la ley debe ser entonces interpretado de otro modo que literalmente.

“En los casos mencionados (...) no se trata de una causa de exclusión de la culpabilidad, sino de una causa de atenuación de ella. Está claro que la capacidad para dirigirse y a menudo también para la orientación mental está generalmente disminuida cuando (...) todavía se encuentra en edad infantil. De lo contrario (...) muchos países violarían el principio de culpabilidad cuando imponen el límite de la punibilidad en los 12 –doce– años.

“Y, finalmente, también en el caso de los menores está claro que una sanción criminal no sólo es innecesaria preventivamente, sino, incluso, extremadamente contraindicada. Un encierro –la multa queda descartada– no produciría nada positivo, sino que traería consigo graves daños para los menores. Tampoco existe una razón de prevención general para ello, pues hoy hay un consenso social de que se puede educar a niños con otros medios. Además, las faltas de conducta de los menores no incentivan a los adultos a su imitación.”⁴²

Estos párrafos —si bien referidos a la ley alemana— podrían bien explicar la opción de política criminal de los nuevos sistemas de justicia juvenil latinoamericanos de excluir a los niños del sistema. Sin embargo, tal como se advierte en el último párrafo, Roxin resuelve el problema argumentando del mismo modo que los teóricos del “derecho de menores”: esto es, poniendo al margen del derecho penal el análisis de las conductas delictivas cometidas por personas menores de edad —en este caso los niños— por su incapacidad relativa y por razones preventivas, especiales y generales. En cuanto a la prevención especial, reduce el análisis al equiparar castigo o pena a cárcel o multa y derivar de allí la innecesidad de una “sanción criminal”. Roxin asume sin problematizarlo —y sin mínimamente poner atención en ciertos indicadores de opinión pública sobre delincuencia juvenil— que existe consenso social sobre la posibilidad de educar a los niños por otros medios. Tampoco analiza en qué consistiría esa “educación por otros medios” a la que se alude, si implicaría restricciones de derechos, coacción, etc. y no advierte que esa reacción educativa —por ponerle un nombre— continuaría justificándose por razones de prevención especial positiva, como toda reacción estatal en el sistema tutelar. Además, descarta el argumento de prevención general en relación con los adultos, pero no advierte el problema en relación con los “menores” —interpreto que se sigue refiriendo a los menores de catorce años—. La pregunta que debería formularse entonces, partiendo de

42. Cfr. ROXIN, Claus, *Culpabilidad ...*, op. cit., pág. 491.

que las faltas de conducta de los menores no incentivan a los adultos a su imitación, sería si es posible concluir que estas mismas faltas no incentivan a otros menores a su imitación. ¿Se admitiría entonces un argumento de prevención general respecto de este particular grupo de edad? Roxin no analiza estos problemas. Son problemas menores.

Günter Jakobs aborda el mismo problema del siguiente modo:

“En el § 19 StGB la ley presume que los niños (personas menores de catorce años) son inimputables. Fundamento de la presunción es la experiencia de que los niños no se pueden definir como iguales, **careciendo por ello de competencia para cuestionar la validez de la norma**. La presunción no tiene efectos en las instituciones dogmáticas que atienden a la imputabilidad real. Ejemplo: El que influir sobre un niño para cometer una infracción penal constituya participación en el hecho o bien autoría mediata se rige por la madurez del niño, pero no esquemáticamente por su edad (...).

“En relación con los adolescentes (personas de edad comprendida entre los catorce y los dieciocho años; § 1.2 JGG), con arreglo al § 3 JGG, ha de verificarse la imputabilidad caso por caso. La capacidad puede ser relativa al hecho cometido. Así, p. ej., la capacidad para evitar un delito de fuga del lugar del accidente, tras un accidente de bicicleta, puede faltarle a un adolescente, mientras que p. ej. ya ha internalizado suficientemente la prohibición de matar”⁴³ —el resaltado me pertenece—.

Si bien en principio parecería que la explicación de la ley alemana de este último autor es más útil para dar cuenta de los nuevos sistemas de justicia juvenil locales, que distinguen entre niños y adolescentes o jóvenes, lo cierto es que requiere definir qué se va a entender, en relación con los niños, por “carecer de competencia para cuestionar la validez de la norma”. Si ello se relaciona con la incompetencia como incapacidad general de los niños, como de quienes padecen problemas de salud mental, la explicación tampoco es útil. Los nuevos sistemas presuponen la calidad de sujetos plenos de todas las personas menores de dieciocho años con independencia de que, en un segundo nivel de análisis, se adopte la decisión político-criminal de renunciar a cualquier tipo de intervención estatal coactiva como consecuencia de que estas personas —los niños— cometan delitos en razón de que se encuentran en una etapa temprana de la vida.

Esta exclusión de los niños puede también justificarse desde un punto de vista que tenga en consideración la cantidad de delitos cometidos por ellos. Habida cuenta de que la incidencia estadística de delitos graves cometidos por niños es prácticamente nula, una ley que, además, de acuerdo con las normas internacionales, prohíba toda posibilidad de reacción estatal coactiva cuando un niño comete un delito, no parece desacertada desde el punto de vista político-criminal.

6.4. Se trata de un sistema que coloca a quienes tienen menos de dieciocho años fuera del sistema de justicia penal de adultos

Es en ese sentido, exclusivamente, que se habla de inimputabilidad en estos sistemas: como barrera político/criminal. En estos sistemas las personas menores de dieciocho

43. Cfr. JAKOBS, Gunter, *Derecho Penal Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, Marcial Pons, Madrid, 1997, págs. 629/630 .

años de edad son **inimputables** en el sentido de que se encuentra prohibida toda posibilidad de someterlos a la justicia penal general o a las consecuencias que la ley penal general prevé para los adultos⁴⁴.

Por otro lado, son **imputables** como sujetos de derecho, tal como lo prevé la CDN⁴⁵ y como se explicó en el capítulo 2. Esto significa que son titulares de todos los derechos y garantías de los que disfruta toda persona —sin importar su edad— frente a una persecución penal. Significa también que, como regla, los destinatarios de este sistema son considerados sujetos responsables. Como ha sido señalado, el Estado de Derecho no puede entrar en la polémica libre albedrío/determinismo. Cuando lo hizo, perdió su carácter de Estado de Derecho. Por esa razón, en principio, el Estado de Derecho debe asumir que todas las personas, por ser tales, están dotadas de la capacidad para comprender y querer y, frente a ellas, imponerse límites precisos expresados por los derechos y garantías fundamentales⁴⁶.

Finalmente, los sujetos de este sistema **pueden o no ser inimputables** en función de la existencia de alguna causal que excluya su capacidad para comprender la criminalidad del acto ilícito cometido o bien que impida que se motiven conforme esa comprensión. En caso de que se verifique la presencia de alguna de estas causales, la persona en cuestión será considerada **inimputable** y, por lo tanto, **incapaz** de ser objeto de un reproche jurídico-penal. Este es uno de los supuestos de ausencia de culpabilidad y, por lo tanto, de irresponsabilidad; no los anteriores.

6.5. Los jóvenes, en tanto sujetos de derechos y de responsabilidades en el sentido descrito más arriba, gozan de todas las garantías procesales y sustantivas de las que goza un adulto en un Estado de Derecho frente al aparato coactivo del Estado⁴⁷, más derechos particulares.

La existencia de este sistema especial de responsabilidad penal da cuenta de esa situación particular (inimputabilidad en el primer sentido explicado).

Así, las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil establecen: “52. Los gobiernos deberán promulgar y aplicar leyes y procedimientos especiales para fomentar y proteger los derechos y el bienestar de todos los jóvenes.”

En las Reglas de Beijing, los derechos de quienes están sometidos a la “justicia de menores” aparecen en la siguiente Regla:

44. Esta prohibición tiene en algunos países rango constitucional.

45. M. Cillero ha sumado la perspectiva más general de Hans Kelsen al análisis de este tema. Cfr. CILLERO, Miguel, *Adolescentes y sistema penal. Proposiciones desde la Convención sobre los Derechos del Niño*, en la revista “Justicia y Derechos del Niño”, Unicef, Buenos Aires, Nro. 2, 2000, págs. 101 y siguientes.

46. Ver en este sentido, entre muchos otros, BUSTOS RAMIREZ, Juan, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Ariel, Barcelona, 3 ed. 1989, págs. 49/50, 67 y, en particular, 310/328; MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Derecho penal y control social*, Fundación Universitaria de Jerez, Jerez, 1985, en particular págs. 51 y siguientes; FERRAJOLI, Luigi *Derecho ...*, op. cit.; FERRAJOLI, Luigi y otros, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2001, págs. 22 y siguientes.

47. Desde el punto de vista procesal, se establece un sistema acusatorio (oral y contradictorio) que sea flexible y permita instancias conciliatorias no sólo al inicio sino todo a lo largo del proceso; esto es, flexible para intentar una real solución al conflicto de naturaleza jurídico penal que dio origen al proceso, pero no para desconocer garantías, como en el sistema anterior.

“7. Derechos de los menores.

7.1. En todas las etapas del proceso se respetarán garantías procesales básicas tales como la presunción de inocencia, el derecho a ser notificado de las acusaciones, el derecho a no responder, el derecho al asesoramiento, el derecho a la presencia de padres o tutores, el derecho a la confrontación con los testigos y a interrogar a éstos y el derecho de apelación ante una autoridad superior.”

Todos los países desarrollan, con mayor o menor detalle, derechos y garantías fundamentales contenidos en la Convención Internacional y en otros tratados de aplicación en el tema.

6.6. La atribución de responsabilidad en función de la particular condición de sujeto que está creciendo se expresa en consecuencias jurídicas diferentes, llamadas en las diferentes legislaciones medidas, medidas socio-educativas o, más recientemente y sin eufemismos, sanciones o sanciones penales juveniles.

Este mandato aparece ya en las Reglas de Beijing:

“18. Pluralidad de medidas resolutorias

18.1. Para mayor flexibilidad y para evitar en la medida de lo posible el confinamiento en establecimientos penitenciarios, la autoridad competente podrá adoptar una amplia diversidad de decisiones. Entre tales decisiones, algunas de las cuales pueden aplicarse simultáneamente, figuran las siguientes:

- a) órdenes en materia de atención, orientación y supervisión;
- b) libertad vigilada;
- c) órdenes de prestación de servicios a la comunidad;
- d) sanciones económicas, indemnizaciones y devoluciones;
- e) órdenes de tratamiento intermedio y otras formas de tratamiento;
- f) órdenes de participar en sesiones de asesoramiento colectivo y en actividades análogas;
- g) órdenes relativas a hogares de guarda, comunidades de vida u otros establecimientos educativos;
- h) otras órdenes pertinentes.

18.2. Ningún menor podrá ser sustraído, total o parcialmente, a la supervisión de sus padres, a no ser que las circunstancias de su caso lo hagan necesario.”

En el art. 40. 4 de la Convención Internacional se establece:

“Se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción.”

En consecuencia, en estos sistemas de justicia juvenil, se establecen como consecuencias jurídicas de la comisión de un delito por parte de un joven o adolescente

sanciones diferentes, que se extienden desde la advertencia y la amonestación⁴⁸ hasta los regímenes de semilibertad o privación de libertad en institución especializada⁴⁹.

En caso de que sea necesario recurrir a una reacción estatal coactiva, la centralidad la ocupan estas sanciones y lo alternativo es la privación de la libertad. Por tal motivo no me parece acertado sostener que los nuevos sistemas de justicia juvenil establecen penas o medidas alternativas a la pena privativa de la libertad, ya que lo alternativo y excepcional, conviene insistir, en este sistema especializado, es la privación de la libertad. Es propio de la justicia penal de adultos hablar de penas alternativas.

La privación de libertad, por otro lado, por lo menos debe organizarse en tres variantes diferentes: privación de libertad de fin de semana, domiciliaria y en institución especializada.

Las consecuencias jurídicas deben ser dictadas por el juez teniendo en consideración el hecho cometido y, como correctivo al reproche por el acto, teniendo en consideración los informes realizados⁵⁰ por los miembros de los equipos multidisciplinarios que deberán

48. Se podría discutir la inclusión de este tipo de sanciones en un sistema como éste, en el que se intenta resolver el conflicto por otras vías y en el que sólo se recurre a la sanción en casos de cierta relevancia en los que fracasó todo intento conciliatorio, que merecen un reproche proporcional al hecho cometido. Se puede suponer que, si se frustraron otras soluciones anticipadas, es porque el hecho reviste cierta gravedad, por lo que en ningún caso la sanción podría ser una advertencia o una amonestación. Debo a José Cafferatta Nores el haberme señalado este problema.

49. Las sanciones en un sistema de responsabilidad penal juvenil son diversificadas. Por eso se afirma que es incorrecto hablar de alternativas a la pena privativa de libertad en los sistemas de justicia juvenil latinoamericanos. Hablar en estos términos sería comprensible en el sistema penal de adultos porque en él la reacción central es la cárcel. En cambio en los sistemas de justicia juvenil de los que se viene hablando, la centralidad la tienen todas las otras sanciones. Al hablar de alternativas a la prisión, se sigue considerando que la privación de libertad es el eje del sistema, la pena por excelencia. Esto es lo que en realidad todavía constituye la práctica en América Latina y para que la realidad cambie, es importante comenzar por cambiar el lenguaje. El cambio del lenguaje –como el cambio de la ley– no opera milagros pero tiene impacto sobre la realidad. Véase si no la diferencia entre “menor” y niño o niña y adolescente.

50. “5. Objetivos de la justicia de menores

5.1. El sistema de justicia de menores hará hincapié en el bienestar de éstos y garantizará que cualquier respuesta a los menores delincuentes será en todo momento **proporcionada a las circunstancias del delincuente y del delito**” –el resaltado me pertenece–. Nótese que la Regla parece enfatizar las condiciones personales más que el delito, pero luego, en el Comentario, se advierte este problema y se brinda una pauta importante de interpretación. Allí se afirma: “(...) El segundo objetivo es el ‘principio de la proporcionalidad’. Este principio es conocido como un instrumento para restringir las sanciones punitivas, y se expresa principalmente mediante la fórmula de que el autor ha de llevarse su merecido según la gravedad del delito. La respuesta a los jóvenes delincuentes no sólo deberá basarse en el examen de la gravedad del delito, sino también en circunstancias personales. Las circunstancias individuales del delincuente (por ejemplo, su condición social, su situación familiar, el daño causado por el delito u otros factores en que intervengan circunstancias personales) han de influir en la proporcionalidad de la reacción (por ejemplo, teniendo en consideración los esfuerzos del delincuente para indemnizar a la víctima o su buena disposición para realizar una vida sana y útil).

Por el mismo motivo, las respuestas destinadas a asegurar el bienestar del joven delincuente **pueden** sobrepasar lo necesario y, por consiguiente, infringir los derechos fundamentales del joven, como ha ocurrido en algunos sistemas de justicia de menores. En este aspecto también corresponde salvaguardar la proporcionalidad de la respuesta en relación con las circunstancias del delincuente y del delito, incluida la víctima.” El resaltado me pertenece.

Es evidente que el “pueden” del Comentario es descriptivo y no prescriptivo, caso contrario no se comprendería todo el resto de la explicación.

“17. Principios rectores de la sentencia y la resolución

17.1. La decisión de la autoridad competente se ajustará a los siguientes principios:

a) La respuesta que se de al delito será siempre proporcionada, no sólo a las circunstancias y la gravedad del delito, sino también a las circunstancias y necesidades del menor, así como a las necesidades de la sociedad; (...).”

integrar los juzgados penales juveniles⁵¹. Ellos deben ser diferentes de los profesionales encargados de la ejecución de la sanción penal juvenil. En los nuevos sistemas de justicia juvenil la ejecución de la sanción debe quedar a cargo del órgano ejecutivo junto con organizaciones de la comunidad a la que pertenezca el adolescente condenado —la permanencia del adolescente en su núcleo familiar⁵² y en su comunidad⁵³, las que deben intervenir activamente en el proceso de ejecución de la sanción penal juvenil, es otra característica fundamental—.

En algunos casos las nuevas leyes siguen confundiendo ambos roles y se exige a los miembros de los equipos multidisciplinarios que elaboren informes durante el proceso y que sean quienes supervisen la ejecución de la sanción que adopta el juez, de donde se genera la consecuencia negativa de que el adolescente interpreta que es el psicólogo o el trabajador social quien lo está “castigando”⁵⁴.

En cuanto a las Directrices de Ryadh, éstas contienen un completo programa para la prevención de la delincuencia juvenil. Si bien están mayormente orientadas a la prevención y no a cómo reaccionar cuando el adolescente ya ha cometido un delito, toda política de reacción —una vez fracasada la prevención— necesariamente contiene un aspecto preventivo, ya que el objetivo de reaccionar será, con el límite máximo de la intervención impuesto por la gravedad del delito cometido, lograr que el adolescente en el futuro no vuelva a cometer delitos. De ahí que también en estas Directrices sea posible encontrar algunas pautas en relación con las sanciones con un notorio cambio de perspectiva, ya señalado, en relación con las Reglas de Beijing.

Para cerrar con este apartado cabe preguntarse si las consecuencias jurídicas de la comisión de un delito en estos sistemas son medidas, medidas socio-educativas, penas o sanciones. Los instrumentos internacionales, como ha quedado demostrado, no son precisos en este punto. En la mayor parte de las nuevas leyes —en particular en las dictadas a comienzos de la década del '90, que siguieron el modelo de Brasil—, no se habla de sanciones penales juveniles sino de medidas o medidas socio-educativas, para

51. Reglas de Beijing: “16. Informe sobre investigaciones sociales

16.1 Para facilitar la adopción de una decisión justa por parte de la autoridad competente, y a menos que se trate de delitos leves, antes de que esa autoridad dicte una resolución definitiva se efectuará una investigación completa sobre el medio social y las condiciones en que se desarrolla la vida del menor y sobre las circunstancias en que se hubiere cometido el delito.”

52. La importancia de la familia y de la comunidad aparecen en varias Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil. Tanto a la una como a la otra le está dedicado un capítulo. Así, la participación de la comunidad está prevista en las Directrices 6, 9 f), g) y h), 10, 29, así como en todo el título c) del capítulo iv: procesos de socialización, que comprende las Directrices 32 a 39. Es muy importante la Directriz 33 cuando establece que a fin de hacer frente a los problemas especiales de los menores expuestos a riesgo social **la ayuda debe prestarse respetando los derechos individuales** —el resaltado me pertenece—.

A la familia por su parte le está dedicado el título A del mismo capítulo iv, que comprende las Directrices 11 a 19.

53. “25. Movilización de voluntarios y otros servicios de carácter comunitario.

25.1. Se recurrirá a los voluntarios, a las organizaciones de voluntarios, a las instituciones locales y a otros recursos de la comunidad para que contribuyan eficazmente a la rehabilitación del menor en un ambiente comunitario y, en la forma en que ésta sea posible, en el seno de la unidad familiar.” En el mismo sentido las Orientaciones fundamentales.

54. Sobre el rol de los equipos multidisciplinarios en la nueva justicia juvenil ver BELOFF, Mary, *El rol de los equipos multidisciplinarios en la nueva justicia juvenil*, en Revista Nueva Doctrina Penal.

distinguir las de las medidas de protección. De ese modo, se visualiza la medida como algo beneficioso para el adolescente y se pierde la dimensión de reproche que toda sanción necesariamente debe traer aparejada. Es evidente que los problemas que esta confusión genera a la hora de la ejecución de la medida/sanción o bien a la hora de hablar de estos sistemas en los medios de comunicación social, son graves.

Como se ha intentado demostrar, el fundamento de la sanción penal juvenil continúa siendo, tanto en los instrumentos internacionales como en las nuevas leyes latinoamericanas, la prevención especial positiva, que en términos criminológicos tiene que ver con la reintegración social del condenado⁵⁵. Este es un punto en común entre el modelo tutelar y el modelo de la protección integral de derechos. Podría decirse que es el único. Por esta razón se debe poner atención en distinguir las consecuencias jurídicas de la comisión de un delito por parte de un adolescente —sanciones— y las medidas de protección porque aún en leyes nuevas, que distinguen entre el sistema de protección y el sistema penal juvenil, se admite cierta superposición entre ambas. Tal el caso, por ejemplo, en el que una sanción penal juvenil o medida socio-educativa tiene como único objetivo reestablecer al adolescente en el ejercicio de un derecho: órdenes de supervisión consistentes en que el adolescente vaya a la escuela o a un programa de rehabilitación para adictos a una sustancia prohibida.

Lo que es fundamental que quede claro en la puesta en práctica de los nuevos sistemas y, en muchos casos, a pesar del texto legal por la supervivencia del modelo tutelar en este sentido, es que si como consecuencia de una reacción estatal coactiva, provocada por la comisión de un delito, surge algún beneficio para los derechos del adolescente, esto es un valor agregado de la sanción, pero no su fundamento ni su justificación.

6.7. La privación de la libertad constituye una sanción alternativa, excepcional, a ser aplicada eventualmente en casos de delitos muy graves, limitada en el tiempo y breve

Esta característica ya está ordenada en las Reglas de Beijing. Así, en relación con la privación de la libertad como medida cautelar se establece:

“13. Prisión preventiva

13.1. Sólo se aplicará la prisión preventiva como último recurso y durante el plazo más breve posible.

13.2. Siempre que sea posible, se adoptarán medidas sustitutorias de la prisión preventiva, como la supervisión estricta, la asignación a una familia o el traslado a un hogar o a una institución educativa.

55. Sobre el concepto de “reintegración social del condenado” ver BARATTA, Alessandro, *Resocialización o control social: por un concepto crítico de “reintegración social” del condenado*, en Revista NO HAY DERECHO, Nro. 3, abril/mayo de 1991, págs. 30/34, artículo que si bien está centrado en la pena de cárcel puede volver a leerse, en general, como referido a la situación de condena, del siguiente modo. Afirma Baratta: “La reintegración social no puede perseguirse a través de la pena carcelaria, sino que debe perseguirse a pesar de ella, o sea, buscando hacer menos negativas las condiciones que la vida en la cárcel comporta en relación con esta finalidad.” Sustitúyase “pena carcelaria” por pena y “vida en la cárcel” como situación de ejecución de condena y el argumento se mantiene vigente.

13.3. Los menores que se encuentren en prisión preventiva gozarán de todos los derechos y garantías previstos en las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos aprobadas por las Naciones Unidas.

13.4. Los menores que se encuentren en prisión preventiva estarán separados de los adultos y reclusos en establecimientos distintos o en recintos separados en los establecimientos en que haya detenidos adultos.

13.5. Mientras se encuentren bajo custodia, los menores recibirán cuidados, protección y toda la asistencia –social, educacional, profesional, psicológica, médica y física- que requieran, habida cuenta de su edad, sexo y características individuales.”

Y en relación con la privación de la libertad como sanción las mismas Reglas determinan:
“17. Principios rectores de la sentencia y la resolución

17.1. La decisión de la autoridad competente se ajustará a los siguientes principios:

(...)

b) Las restricciones a la libertad personal del menor se impondrán sólo tras cuidadoso estudio y se reducirán al mínimo posible;

c) Sólo se impondrá la privación de libertad personal en el caso de que el menor sea condenado por un acto grave en el que concurra violencia contra otra persona o por la reincidencia en cometer otros delitos graves, y siempre que no haya otra respuesta adecuada; (...).”

En cuanto a las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores privados de Libertad, la excepcionalidad de la privación de la libertad aparece en la Regla 1 *in fine*:

“1. (...) El encarcelamiento deberá usarse como último recurso”; en la Regla 2 se establece asimismo: “2. (...) La privación de libertad de un menor deberá decidirse como último recurso y por el período mínimo necesario y limitarse a casos excepcionales. La duración de la sanción debe ser determinada por la autoridad judicial sin excluir la posibilidad de que el menor sea puesto en libertad antes de ese tiempo”; finalmente, en la Regla 17, se prescribe: “(...) En la medida de lo posible, deberá evitarse y limitarse a circunstancias excepcionales la detención antes del juicio. En consecuencia, deberá hacerse todo lo posible para aplicar medidas sustitutorias; cuando, a pesar de ello, se recurra a la detención preventiva, los tribunales de menores y los órganos de investigación deberán atribuir máxima prioridad a la más rápida tramitación posible de esos casos a fin de que la detención sea lo más breve posible (...)”.

Como se advierte, las Reglas para la Protección de los Menores Privados de Libertad también distinguen la excepcionalidad de la privación de la libertad como sanción de la privación de libertad como medida de coerción personal durante el proceso.

7. Preguntas finales

El modelo tutelar en materia de legislaciones de infancia, del mismo modo que el modelo inquisitivo en materia de justicia penal, son algo más que modelos procesales o de administración de protección o justicia. Se trata de modelos que han determinado por casi

un siglo la manera de percibir y aprehender la realidad de la infancia pobre por un lado, y de la cuestión criminal por el otro. De ahí que la reforma legal, por sí sola, no pueda automáticamente remover patrones de conducta que se han venido repitiendo durante tanto tiempo y de los que puede decirse hoy que constituyen una cultura.

Cuando se habla de sistemas de justicia juvenil en América Latina es fundamental tener en cuenta que se habla de sistemas de justicia, que nada tienen que ver con el “bien” ni con “hacer el bien”. Si la intervención de la justicia penal juvenil genera un bien al adolescente, éste es un valor agregado, pero no es su fundamento. Ochenta años de vigencia del sistema tutelar en América Latina han enseñado, con el dramático ejemplo de miles de niños privados de libertad por años sin que se les hubiera imputado delito alguno, que para ayudar a los niños y adolescentes que tienen sus derechos amenazados o violados no es útil recurrir por regla al sistema de justicia, el que deberá excepcionalmente intervenir para exigir a los responsables la garantía de los derechos de niños y niñas.

No se sabe bien todavía cómo proteger en una clave diferente. Esto es particularmente evidente en aquellos países donde a pesar de haberse reformado las leyes sobre la base de presupuestos en principio diferentes de los tutelares, los sistemas de protección de derechos continúan operando todavía en clave tutelar, en particular en aquellos que sólo adecuaron su derecho interno a los artículos 12, 37 y 40 de la Convención Internacional y que no realizaron una reforma institucional y de los servicios.

Para superar la cultura tutelar es necesario asumir que la nueva justicia juvenil es parte del sistema penal del Estado, y como parte de éste, las consecuencias jurídicas de la atribución de responsabilidad al adolescente implican un mal que el Estado dirige con la intención de provocar un sufrimiento en la persona que infringió la ley penal. Se trata de un sufrimiento mínimo, proporcionado a las circunstancias de que el destinatario es un adolescente y al delito que haya cometido; pero eso no le hace perder ni el carácter de restricción coactiva de bienes y derechos, ni de reproche. Es de suma importancia reconocer que estos sistemas se encuentran dentro del orden de ideas en el que opera el sistema penal; de otro modo, se lo descontextualizaría como se hacía en el modelo tutelar en el que el fundamento de toda intervención era “proteger” al menor. Muchos integrantes de la nueva justicia juvenil no enmarcan su práctica en esta lógica y, en muchos casos, interpretan su función como dirigida a ayudar a los adolescentes con derechos amenazados o violados, bajo la excusa de que el sistema de protección no da respuestas adecuadas.

Si esto no está claro durante la tramitación del proceso ni al momento de dictar la sentencia en todos los operadores que intervienen en el proceso penal juvenil, si el adolescente no visualiza que causó dolor y violencia, las que activaron el dispositivo coactivo estatal, y, por ende, puede oponer todas las defensas que toda persona imputada de delito tiene a su disposición, se forma en él una idea errónea acerca del significado real del proceso y de su conducta. Se forma la idea —que está presente en todos los procesos tutelares— de que cometer un delito no le genera ninguna consecuencia disvaliosa. Esto también es percibido de modo errado por la sociedad, que interpreta que al adolescente que comete delitos “no le hacen nada”, “entra por una puerta y sale por la otra”, “lo mandan a la escuela”, es “protegido”, etc. En el caso de los sistemas tutelares, esta concepción lleva a considerar, erróneamente, que estos sistemas de justicia son sistemas “blandos”, poco severos, ocultándose así su real carácter lesivo tanto de los derechos fundamentales del adolescente cuanto de la víctima.

No se debe confundir lo que se acaba de sostener con una consciente e insensible renuncia a “ayudar” a estos jóvenes. Lo que se trata de decir es que “ayudar” no puede ni debe ser la justificación del sistema de justicia penal juvenil. Por lo demás, todo adolescente imputado de la comisión de un delito o encontrado responsable y condenado a una sanción penal juvenil —o medida socioeducativa, según algunas leyes— es titular de todos los derechos sociales, económicos y culturales de los que toda persona menor de dieciocho años es titular —el propio Protocolo de San Salvador se refiere a la responsabilidad en el artículo referido a los derechos del niño—. El adolescente declarado penalmente responsable sólo puede ser restringido en algunos derechos específicos consignados en la sentencia judicial en la medida del daño que causó y de su responsabilidad por haberlo causado. De ahí que se le deban garantizar todos los derechos de los que no ha sido privado por la condena. De ahí también que estos sistemas se estructuren sobre penas que, a diferencia de la de privación de libertad, no anulen la condición de sujeto libre y, por lo tanto, responsable.

Periódicamente en el Congreso de la Nación se presentan proyectos que proponen volver a la ley 22.278 en su redacción original, esto es, la posibilidad de aplicar una pena común a las personas a partir de los catorce años; otros que en la misma línea agregan algunas penas alternativas y mínimas garantías procesales; otros que intentan separar el ámbito penal del asistencial, sin definir cómo serán uno y otro; y más recientemente otros que responden al modelo de justicia juvenil latinoamericana aquí descripto.

La reforma integral de las leyes que regulan la condición jurídica de la infancia en la Argentina —federales y locales— se impone por un triple orden de razones: por un lado, por razones vinculadas con los compromisos internacionales asumidos por el país ya que gran parte de las leyes vigentes los desconocen; por otro lado, por razones vinculadas con el humanismo más elemental, ya que no se puede seguir admitiendo la aplicación automática de leyes que desconocen derechos fundamentales de niños y adolescentes; finalmente, por razones pragmáticas, ya que el sistema tutelar es una fábrica de delincuencia juvenil por aquello de la profecía auto-cumplida de la que habló Platt en su conocido libro⁵⁶.

¿Es éste el momento para hacer la reforma? ¿Debe ser una reforma integral o parcial? ¿Cómo van a reaccionar los operadores? ¿Es posible combinar protección con garantías? ¿Es posible un sistema mixto?

Las resistencias al cambio se expresan en preguntas que recuerdan la resistencia del sistema inquisitivo, y que determinaron en la justicia penal federal un cambio para que nada —si coincidimos con Pastor en el trabajo mencionado al comienzo de éste— cambie.

“Existe una antigua historia, atribuida a Pitágoras, acerca de la gente que va a los Juegos Olímpicos. Pitágoras dice: ‘Así como algunos acuden a ellos para competir, otros lo hacen para comerciar, y los mejores vienen a Olympia a sentarse en el anfiteatro en calidad de espectadores.’ Esto es, los que miran finalmente llegarán a conocer lo esencial.”⁵⁷

Espero que estas notas hayan servido para mirar.

56. Cfr. PLATT, Anthony, *Los Salvadores del Niño. La invención de la delincuencia*, op. cit..

57. Arendt, Hannah, op. cit.

Constitucionalismo popular mediado*

Barry Friedman *

I. Introducción

En la academia existen posturas divergentes acerca del control judicial de constitucionalidad, pero en esencia ellas comparten una premisa común (y posiblemente errónea). La premisa es que el ejercicio del control de constitucionalidad es por naturaleza contramayoritario. Existe una lamentable falta de claridad en la literatura académica relevante acerca de qué significa concretamente el término “contramayoritario”.¹ A menudo ésta parece ser una afirmación, y tal vez deba ser una afirmación,² en cuanto a que cuando los jueces invalidan las decisiones gubernamentales basándose en requerimientos constitucionales, ellos actúan en forma contraria a las preferencias de la ciudadanía.³ Una variante de esta premisa parece arrastrar a la mayor parte de la literatura jurídica sobre el control judicial de constitucionalidad.⁴

Algunos estudiosos elogian el control judicial de constitucionalidad precisamente por su carácter contramayoritario. Quienes comparten esta postura creen que los textos

* En su versión original, este artículo fue publicado en el número 101 de la *Michigan Law Review*. El artículo se publica en castellano con permiso del autor y de la editorial. Traducido por Margarita Maxit, con la colaboración de Ariel Romano.

• Profesor de Derecho, New York University School of Law. A.B. 1978 University of Chicago; J.D. 1982 Georgetown. Muchas gracias a Rachel Barkow, Evan Caminker, Michael Collins, Víctor Ferreres, Laura Fitzgerald, Michael Gerhardt, Doni Gewirtzman, Larry Kramer, Daryl Levinson, Terri Peretti, Eric Posner, Kenneth Pringle, Fred Schauer, y Reva Siegel por sus comentarios a una versión anterior de este artículo, y a los participantes de un almuerzo en la Facultad de Derecho de New York University en el que se discutía el avance del trabajo. Este artículo es parte de un proyecto más amplio para el que he recibido una gran ayuda. Corresponde una mención especial para Greg Caldeira, Lee Eptstein, Lewis Kornhauser y Larry Sager por sus esfuerzos a lo largo del trabajo. Mis asistentes de investigación hicieron su acostumbrado excelente trabajo; agradezco a Melissa Aoyagi, Harlan Cohen y Julio Rios-Figueroa. Como siempre, agradezco a Lisa Mihajlovic por su ayuda. Finalmente, mi gratitud a los editores de la *Michigan Law Review*, por haberme invitado a este programa, y por su paciencia para conmigo mientras cumplía mis obligaciones.

1. Véase *infra* notas 16-26 y texto adjunto.

2. Véase *infra* notas 16-26 y texto adjunto.

3. ALEXANDER M. BICKEL, THE LEAST DANGEROUS BRANCH: THE SUPREME COURT AT THE BAR OF POLITICS 16 (1962) (“La dificultad básica es que el control judicial es una fuerza contramayoritaria en nuestro sistema”). Varias citas se incluyen en Barry Friedman, *The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Four: Law’s Politics*, 148 *University of Pennsylvania Law Review*, 971, 972-83 (2000) [de aquí en adelante Friedman, *The Countermajoritarian Difficulty, Part Four*]. La falta de claridad incluye la cuestión acerca de si los críticos objetan la sustancia de las decisiones judiciales (por ejemplo, que éstas no se condicen con los resultados que preferiría la mayoría) o el proceso de adjudicación judicial (por ejemplo, que los jueces no son responsables en un sentido electoral). Esta cuestión es abordada expresamente en *infra* notas 16-26 y texto que las acompaña.

4. Puede encontrarse ayuda con relación a este punto en Barry Friedman, *The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part One: The Road to Judicial Supremacy*, 73 *N.Y.U. L. REV.*, 333, 334-39 & nn. 1 & 4 (1998) [de aquí en adelante Friedman, *The Countermajoritarian Difficulty, Part One*].

constitucionales existen para limitar a la mayoría;⁵ que los derechos constitucionales no están sujetos a la voluntad mayoritaria. Para quienes sostienen esto, el control judicial contramayoritario es normativamente deseable, aunque algunos teóricos pueden discrepar respecto a la manera precisa en que esta facultad judicial debe ser ejercida.

Otros académicos critican al control judicial justamente porque interfiere con la voluntad mayoritaria.⁶ Bajo esta visión, el gobierno representativo –como el que disfrutamos en los Estados Unidos de Norteamérica– está destinado a reflejar las preferencias mayoritarias. Cuando los jueces invalidan los actos gubernamentales, están interfiriendo incorrectamente con la democracia.

Obviamente, los académicos que pertenecen a estas dos clases con frecuencia no son absolutistas y no necesitan serlo. Unos pueden aplaudir el rol del poder judicial al limitar a la mayoría en algunas ocasiones, y a la vez creer que esta limitación es incorrecta en otras. De la misma manera, algunos pueden pensar que el poder judicial debería ser usualmente más deferente respecto a las preferencias populares, pero no siempre. La divergencia en el enfoque expresa una disposición anímica,⁷ un sentimiento acerca de cómo el control judicial debería operar generalmente. Y como puede esperarse, la disposición de cada uno acerca del control judicial a menudo refleja lo que el poder judicial está haciendo actualmente.⁸

5. Véase, por ejemplo, JOHN HART ELY, *DEMOCRACY AND DISTRUST: A THEORY OF JUDICIAL REVIEW* (1980); Larry Alexander & Frederick Schauer, *On Extrajudicial Constitutional Interpretation*, 110 HARV. L. REV. 1359, 1380 (1997) (en donde se argumenta que una de las razones que justifican la existencia de una Constitución y la supremacía del poder judicial es “remover una serie de cuestiones transcendentales de corto plazo del control mayoritario”); Rebecca L. Brown, *Accountability, Liberty and the Constitution*, 98 COLUM. L. REV. 531, 556 (1998): “Si uno está preocupado por la idea de que el control judicial implica un tipo de adjudicación contramayoritario o antidemocrático; si uno ve esto como desviado, problemático o aún “difícil” de reconciliar con su visión acerca del gobierno norteamericano, entonces uno se ha acercado a esta cuestión con la presunción de que la regla de la mayoría es el punto de partida de este examen-. Esta presunción no está justificada por el texto de la Constitución ni tampoco ha sido justificada con argumentos teóricos extrínsecos. La regla de mayoría tiene un lugar bajo la Constitución, pero el documento no pretende elevar la voluntad popular a una posición de presunta primacía. De hecho, la voluntad política popular es una fuerza a ser moderada cada vez”. Erwin Chemerinsky, *The Supreme Court, 1988 Term — Foreword: The Vanishing Constitution*, 103 HARV. L. REV. 43, 47 (1989): “Además, el proceso de toma de decisiones por parte de instituciones responsables políticamente ya no debe ser entendido como superior al del poder judicial; se necesita un análisis institucional mucho más sofisticado. Entonces, como mínimo, la justificación ofrecida por la Corte en cuanto a que está evitando la imposición judicial de valores o que está prestando deferencia a la decisión de los funcionarios elegidos no puede ser suficiente para rechazar reclamos constitucionales”.

6. La clásica afirmación es de Bickel. Véase BICKEL, *supra* nota 3, pág. 16 (“La dificultad básica es que el control judicial es una fuerza contramayoritaria en nuestro sistema”); véase también Suzanna Sherry, *Issue Manipulation by the Burger Court: Saving the Community from Itself*, 70 MINN. L. REV. 611, 613 (1986) (“Cuando la Corte invalida una ley, está invalidando la decisión del cuerpo popularmente elegido; en esencia, está aplicando su voluntad por sobre la del electorado.”)

7. Cf. *Universal Camera Corp. v. NLRB*, 340 U.S. 474, 487 (1951) (Frankfurter, J.) (en donde se explica que el Congreso, en la Ley de Procedimientos Administrativos [*Administrative Procedures Act*], expresó una “disposición” acerca del control judicial).

8. Véase Barry Friedman, *The Cycles of Constitutional Scholarship*, 67 LAW & CONTEMP. PROBS. (disponible en 2004) [de aquí en adelante Friedman, *The Cycles of Constitutional Scholarship*] (en donde se analiza el modo en que la actividad judicial influencia las perspectivas académicas).

En la academia jurídica la postura crítica sobre el control judicial de constitucionalidad está en ascenso, a menudo bajo el nombre de “constitucionalismo popular”.⁹ Dado que la idea de constitucionalismo popular es (al menos en su reciente aparición)¹⁰ relativamente nueva, los detalles no han sido muy trabajados. Hayan o no utilizado explícitamente el término, diferentes teóricos tienen seguramente diferentes posturas acerca de lo que éste significa o debería significar. La mayoría de quienes proponen esta idea no cuestiona la legitimidad del control judicial de constitucionalidad. Pero lo que parecen compartir es la noción de que –al menos en circunstancias específicas- el control judicial debería reflejar los puntos de vista populares sobre el significado de la Constitución.¹¹

Este artículo analiza la relación entre la opinión popular y el derecho constitucional. El mismo se basa fuertemente en las investigaciones de las ciencias sociales que sugieren la existencia de una congruencia sustancial entre la opinión popular y las decisiones de los jueces constitucionales, así como en otras investigaciones que indican que existe un apoyo popular de la práctica del control judicial. A la luz de estas investigaciones, este escrito sugiere que los constitucionalistas populares están obteniendo lo que quieren, aunque no precisamente de la forma en que lo piden. De manera similar, el artículo explica que la premisa esencial de gran parte de la academia jurídica –que el control judicial de constitucionalidad es contramayoritario- podría perfectamente ser errónea.

La idea que anima este ensayo es que nuestro sistema está basado en el constitucionalismo popular, en el sentido que las interpretaciones judiciales de la Constitución reflejan la voluntad popular a lo largo del tiempo. Pero la relación no es directa, y no implica que los jueces simplemente presten deferencia, en algunas circunstancias, a la voluntad popular, como algunos constitucionalistas populares parecen creer que debería

9. Larry D. Kramer, *The Supreme Court, 2000 Term — Foreword: We the Court*, 115 HARV. L. REV. 4, 163 (2001) (“El constitucionalismo popular no es una rara curiosidad del mundo de los Fundadores. Es un principio vital que ha sido desde siempre parte de nuestra tradición constitucional.”); véase también Jack M. Balkin & Sanford Levinson, *Understanding the Constitutional Revolution*, 87 VA. L. REV. 1045, 1102 (2001): “de acuerdo a nuestra teoría del afianzamiento partidario, cada partido tiene el ‘derecho’ político de asegurar su visión de la Constitución en el poder judicial si gana un número suficiente de elecciones. Si a los otros no les agrada la perspectiva constitucional que resulta afianzada, ellos tienen el mismo derecho de competir y ganar sus propias elecciones.”

10. Larry Kramer describe las raíces históricas de la idea en un artículo de la *Harvard Law Review*. Véase Kramer, *supra* nota 9, y el libro LARRY D. KRAMER, *THE PEOPLE THEMSELVES: POPULAR CONSTITUTIONALISM AND JUDICIAL REVIEW*.

11. Véase, por ejemplo, MARK TUSHNET, *TAKING THE CONSTITUTION AWAY FROM THE COURTS* 194 (1999) (“En general, el pueblo debería participar más directamente en el diseño del derecho constitucional [y] sacar [la Constitución] de los tribunales.”); Stephen M. Griffin, *Judicial Supremacy and Equal Protection in a Democracy of Rights*, 4 University of Pennsylvania Law Review, 281, 295 (2002) (“Cuando las tres ramas del gobierno se ocupan de proteger los derechos constitucionales, la terminología de la ‘dificultad contramayorita,’ con su contraste entre las legislaturas mayoritarias y la Corte minoritaria, ya no tiene sentido.”); Kramer, *supra* nota 9, pág. 12 (“[Era] el pueblo por sí mismo –trabajando para o respondiendo a los agentes del gobierno- el responsable de ver que la Constitución fuera correctamente interpretada e implementada. La idea de darle esta responsabilidad a los jueces era impensable.”); Robert C. Post & Reva B. Siegel, *Equal Protection by Law: Federal Antidiscrimination Legislation After Morrison and Kimel*, 110 YALE L.J. 441, 444 (2000) (“Nosotros cuestionamos el modelo de interpretación constitucional centrado en los tribunales que estas decisiones asumen, examinando la relación entre la Corte y el Congreso que de hecho ha modelado el significado de la Cláusula de Igual Protección en décadas recientes. Sostenemos que esta historia justifica un continuo rol para la vindicación democrática de los valores igualitarios.”)

ocurrir. Antes bien, el proceso es mediado por la manera en que el público recibe la información acerca de lo que los tribunales hacen, la manera en que el público puede y efectivamente responde a las decisiones judiciales, y la medida en que los tribunales están al corriente de la opinión popular y toman cuenta de ella.

A pesar de que el artículo adopta la firme postura de que, en términos descriptivos, existe una relación entre la opinión popular y el control judicial -de que tenemos un sistema de constitucionalismo popular mediado-, el punto más general es que hay mucho que no conocemos acerca de este sistema y de cómo éste opera. La ciencia social, en un conjunto de trabajos que ha recibido escasa atención por parte de la academia jurídica, tiene mucho para enseñarnos sobre este punto. Pero esa bibliografía motiva tantas preguntas como las que responde. De modo que, en un sentido, este artículo traza un plano de la agenda de investigación, dirigiendo la atención a aquello que debemos aprender para comprender mejor la relación entre la opinión popular y el derecho constitucional.

La sección II de este artículo ofrece una interpretación del constitucionalismo y el control judicial que descansa en la aprobación popular, y está más fuertemente relacionado con los procesos democráticos electorales de lo que la mayoría de los teóricos del derecho reconocen o creen. Sólo a manera de esbozo, la sección II comienza por brindar una justificación normativa de la práctica del control judicial de constitucionalidad. Esta teoría es una representante del “constitucionalismo popular” porque, de funcionar como se sostiene, los resultados judiciales no deberían alejarse mucho de las preferencias populares, y los ciudadanos deberían generalmente apoyar el proceso de adjudicación constitucional. Por otro lado, este constitucionalismo popular está necesariamente “mediado” por aspectos notables de nuestro sistema: jueces no elegidos, ciudadanos no siempre bien informados, y representantes que pueden o no hacer lo que la ciudadanía reclama. La naturaleza mediada del control judicial es algo bueno, porque normativamente el rol del control judicial requiere que la adjudicación constitucional no sea inmediatamente receptiva de la voluntad mayoritaria, como sí lo son otros aspectos de nuestro sistema.

La sección III explora una parte central del concepto de constitucionalismo popular mediado, el alcance con que la ciudadanía puede actuar y efectivamente actúa como custodio de la actividad judicial. El monitoreo público del poder judicial, y la receptividad de éste frente a la opinión pública a lo largo del tiempo, son esenciales para el constitucionalismo popular mediado. Pero bajo cualquier teoría normativa del control judicial, la clave es encontrar un equilibrio entre muy poca y demasiada receptividad judicial respecto de la opinión pública. La mayor parte de este artículo explora aquello que conocemos sobre el alcance con que la ciudadanía puede actuar -y efectivamente actúa- como custodio de los agentes judiciales. El foco de la sección III está en el concepto del apoyo “difuso”, elaborado por la ciencia social: que el público apoyará al poder judicial aún cuando discrepe con decisiones específicas. Evaluar cómo opera esta teoría en la práctica requiere examinar el modo en que la ciudadanía recibe información sobre el control judicial, y sobre la forma en que esa información influencia a la opinión pública. Entre los teóricos sociales, evaluar la relación entre el apoyo popular y el control judicial de constitucionalidad genera un conjunto de preguntas difíciles de responder. Pero lo que sabemos sugiere que tal vez ciertamente tengamos un sistema de constitucionalismo popular mediado, aunque sea uno imperfecto.

La Sección IV compara la información provista por los teóricos sociales sobre las actitudes populares acerca del control judicial con los reclamos normativos sobre esta práctica. La información que poseemos sugiere que la práctica real del control judicial difiere bastante del modo en que los académicos del derecho la describen. Esta sección analiza de una manera muy general cómo se comportan las teorías de control judicial a la luz de lo que sabemos. Luego aborda lo que en definitiva puede ser la cuestión más interesante: el alcance con que la opinión popular puede ser manipulada por diferentes actores, influenciando de este modo las actitudes sobre el control judicial y tal vez también las decisiones (*outputs*) de los tribunales.

II. El Poder Judicial de la Aprobación Popular

El presente es un esbozo de una teoría constitucional que no se apoya en la premisa de que el control judicial es contrario a la voluntad mayoritaria. La teoría es tanto reactiva como afirmativa, lo que significa que está diseñada con el fin de cuestionar las teorías normativas del control judicial de constitucionalidad que descansan fuertemente en la premisa contramayoritaria. Por ejemplo, si el control judicial no es regularmente contramayoritario, entonces aquellos que esperan que los tribunales constitucionales jueguen el rol de defensores de los derechos contra los sentimientos mayoritarios pueden llegar a tener que ajustar sus teorías. Ellos deberán analizar qué expectativas de los jueces constitucionales son razonables o bajo qué condiciones los derechos son protegidos dadas las preferencias mayoritarias. Tal vez incluso tendrían que promover una profunda reforma institucional. De la misma manera, quienes se quejan de la inconsistencia entre la actuación judicial y la voluntad popular podrían llegar a tener que revisar los fundamentos de sus planteos. Podrían tener que considerar la posibilidad de que sus propias concepciones (y no las de los jueces constitucionales) son las que se sitúan por fuera de las preferencias populares, o determinar por qué la ciudadanía no está recibiendo el mensaje correcto sobre lo que la Corte Suprema hace.

Dentro de esta teoría principalmente reactiva se encuentran los cimientos de una teoría más normativa o afirmativa sobre el control judicial y constitucional. Si el poder judicial no está regular o comúnmente situado por fuera de la tendencia de la opinión popular, luego todas las teorías que existen son en algún sentido problemáticas. La cuestión es, entonces, si existe alguna teoría del control judicial que descansa más firmemente sobre la evidencia disponible acerca de cómo éste opera en la práctica, y si es ella una teoría normativamente atractiva.

De acuerdo a la literatura académica reciente, esa teoría podría ser llamada “constitucionalismo popular mediado”. Algunos académicos son de la opinión que la interpretación constitucional debería estar más profundamente basada en los consensos populares.¹² Pero necesariamente existen límites a tal reclamo; éste no puede evitar chocar

12. Véase Neal Kumar Katyal, *Legislative Constitutional Interpretation*, 50 DUKE L.J. 1335, 1336 (2001) (“Mi conclusión es que debido a sus características institucionales únicas, el Congreso debería interpretar el texto en formas que los tribunales no deberían. Por ejemplo, sugiero que el Congreso debería tomar en cuenta los valores y creencias populares cuando formula los principios constitucionales.”); Reva B. Siegel, *Text in Contest: Gender and the Constitution from a Social Movement Perspective*, 150 U. PA. L. REV. 297, 302 (en donde la autora analiza “el rol de los movimientos sociales en el diseño de la interpretación constitucional en un contexto diferente”); *supra* nota 11.

contra las nociones del constitucionalismo y la práctica del control judicial. Indudablemente, la Constitución no puede significar cualquier cosa que la actual mayoría piense que deba significar, porque entonces el constitucionalismo se convertiría absolutamente en “política común”.¹³ El pueblo típicamente no expresa sus deseos en términos de lo que la Constitución debería significar, sino de lo que quiere hoy, en el presente. Esto no implica decir que la ciudadanía es incapaz de diferenciar entre sus preferencias inmediatas y los límites constitucionales, sino solamente que los mecanismos de la política común no le exigen hacer esta distinción con frecuencia. Además, cuando las preferencias actuales chocan con los límites constitucionales, la tensión entre ambos tiende a distorsionar los últimos. De este modo, incluso el constitucionalismo popular debe ser una búsqueda de un conjunto más profundo de principios limitativos de acuerdo a los cuales la ciudadanía esté dispuesta a gobernarse a lo largo del tiempo;¹⁴ unos límites que, con una reflexión serena y un nivel apropiado de generalidad, alcancen amplia aceptación.¹⁵ Como los constitucionalistas populares raramente recomiendan abolir totalmente el control judicial, éste debe entonces cumplir otra función que la de adherir a las preferencias populares inmediatas.

Bajo un régimen de constitucionalismo popular mediado, el poder judicial juega un rol importante al identificar los valores constitucionales que alcanzan un apoyo popular general a

13. Este argumento se desarrolla en profundidad en Barry Friedman & Scott B. Smith, *The Sedimentary Constitution*, 147 *University of Pennsylvania Law Review* 1 (1998). Pero véase también KRAMER, *supra* nota 10, pág. 73-84 (en donde el autor argumenta que el constitucionalismo popular ha operado de esta manera a lo largo de la historia). La frase “política común” o “legislación común” es la que Bruce Ackerman emplea para distinguir la actividad política cotidiana de los momentos especiales en los que existe una interpretación y definición constitucional “superior”. BRUCE ACKERMAN, *WE THE PEOPLE: FOUNDATIONS* 6, 266 (1991).

14. Véase Rebecca L. Brown, *Tradition and Insight*, 103 *YALE L.J.* 177, 180 (1993): “sostengo que la Constitución debería ser entendida como parte de un cuerpo de tradiciones que puede enseñar a las generaciones presentes y futuras principios que permitirán a la sociedad no solamente cambiar sino también madurar—desarrollar un cierto grado de autonomía y capacidad para el juicio independiente y a la vez continuar apreciando el valor aprovechable de la sabiduría y las experiencias de las generaciones anteriores.” Friedman & Smith, *supra* 13, pág. 7 (“El rol del intérprete constitucional es reconciliar nuestros compromisos constitucionales más profundos, revelados por toda nuestra historia constitucional, con las preferencias actuales”). Véase en general Larry Kramer, *Fidelity to History — and Through It*, 65 *FORDHAM L. REV.* 1627 (1997).

15. Respondiendo a la dificultad contramayoritaria, algunos autores han argumentado que el control judicial debería ser entendido como una técnica para remitir una cuestión para que sea reconsiderada por la ciudadanía: un pedido del Juan ebrio al Juan sobrio. Véase Mark V. Tushnet, *Justice Brennan, Equality, and Majority Rule*, 139 *University of Pennsylvania Law Review* 1357, 1369-70 (1991); Véase también Barry Friedman, *Dialogue and Judicial Review*, 91 *MICH. L. REV.* 577, 678 (1991) [de aquí en adelante Friedman, *Dialogue and Judicial Review*] (en donde el autor se refiere al “pedido del Juan ebrio al Juan sobrio”). De esta forma, la defensa del control judicial es incompleta. Supóngase que, después del reenvío, la ciudadanía decidiera que lo que realmente quiere es la ley que la Corte declaró inconstitucional. La Corte podría decir, “bueno, si es lo que realmente quieren, nosotros dejaremos que lo hagan. La ley ya no es inconstitucional, aún cuando lo era cuando el caso fue considerado en primer término”. Sin embargo, la respuesta también podría ser frustrar una sostenida voluntad mayoritaria. En cuanto a niveles de generalidad, véase *Michael H. v. Gerald D.*, 491 U.S. 110, 127-128 n.6 (1989) (Scalia and Rehnquist, JJ.) (“Nos referimos al nivel más específico [de generalidad] en el cual una tradición relevante que protege o niega protección a un derecho reconocido puede ser identificada.”); Lawrence H. Tribe, *Saenz Sans Prophecy: Does the Privileges or Immunities Revival Portend the Future — or Reveal the Structure of the Present?*, 113 *HARV. L. REV.* 110, 180 (en donde se analiza el argumento del Juez Scalia de que los derechos descubiertos por medio de un examen de nuestras tradiciones pueden ser definidos como los de mayor nivel de especificidad posible”).

lo largo del tiempo.¹⁶ Este no es un rol exclusivo del poder judicial, pero dadas las funciones cumplidas por los diferentes poderes, esa tarea recae mayoritariamente sobre aquél. Después de todo, los poderes más políticos están encargados de adoptar y satisfacer los deseos populares. Los jueces, por otro lado, dicen “no” (y “sí”) a los actos de los poderes políticos, basados en la interpretación judicial de los requerimientos constitucionales. Al ejercer el poder del control judicial, los jueces descansan (o deberían descansar) en los valores duraderos de la sociedad, cuando ellos precluyen los actos inmediatos de otros actores gubernamentales.

Pero lo que aquellos que se quejan del control judicial frecuentemente ignoran es que, de manera consistente con el concepto de constitucionalismo popular, el veto judicial debe necesariamente encuadrar dentro de un margen aceptable para la opinión popular a lo largo del tiempo. Las decisiones judiciales no necesitan ser instantáneamente populares o aceptadas; esto es sólo una de las maneras en que el constitucionalismo popular es “mediado.” Distinguir las preferencias inmediatas de las interpretaciones constitucionales duraderas y profundamente sostenidas puede requerir algún tiempo. La cuestión es si a partir de la reflexión una decisión judicial puede ganar aceptación popular.

Lo que sigue es un esbozo de tal sistema de control judicial, que no está basado en la teoría filosófica del derecho sino en la teoría y en la investigación de las ciencias sociales. Este esbozo tiene un propósito: crear el escenario para responder uno de los aspectos más problemáticos del constitucionalismo popular mediado, la cuestión referida a si la atención pública sobre la actuación judicial podrá alcanzar las premisas subyacentes del sistema. En otras palabras, ¿puede el constitucionalismo popular mediado lograr un balance apropiado entre el control del poder judicial a lo largo del tiempo y el triunfo inmediato de la opinión popular? El resto del artículo explora este problema en profundidad.

A. La Objeción Contramayoritaria Criticada

Dado que esta es una teoría reactiva, resulta útil explicar contra qué se desarrolla. Ella se formula contra una larga tradición que sostiene que “para bien o para mal”, el control judicial es contramayoritario.¹⁷ La cuestión de “para bien o para mal”, es en sí misma problemática: progresistas y conservadores tienden a cambiar de lado dependiendo de lo que los tribunales estén haciendo,¹⁸ pero ambas posiciones implican la afirmación sobre el carácter contramayoritario.

Es sumamente importante entender qué significa concretamente la objeción contramayoritaria. Ello es así porque los teóricos constitucionales pueden decir que la evidencia empírica respecto de la relación entre la opinión popular y el control judicial es irrelevante para su propósito. Ellos pueden argüir que, como una cuestión de filosofía política, están tratando de responder al problema de la legitimidad del control judicial.

16. Para un análisis de esta cuestión, véase Barry Friedman, *The Importance of Being Positive: The Nature and Function of Judicial Review*, 72 U. CIN. L. REV.

17. Véase *supra* notas 1-6.

18. Véase en general Barry Friedman, *The Birth of an Academic Obsession: The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Five*, 112 YALE L.J. 153 (2002) [de aquí en adelante Friedman, *The Countermajoritarian Difficulty, Part Five*]; Friedman, *The Cycles of Constitutional Scholarship*, *supra* nota 8.

Pueden insistir con que el hecho de que la ciudadanía esté de acuerdo con las decisiones judiciales o que esté a favor del control judicial no tiene nada que ver con la legitimidad de tal práctica.

En algún punto, sin embargo, los argumentos filosóficos deben encontrar evidencia empírica directa. Las evasivas acerca de lo que la objeción contramayoritaria significa precisamente torna esto complicado. Pero bajo cualquier descripción plausible, la relación entre la opinión popular y el control judicial debe tener alguna influencia sobre la objeción contramayoritaria.

El control judicial puede ser problemático, porque los jueces no son responsables políticamente, como sí lo son los otros poderes.¹⁹ Pareciera que ésta es a veces la base de la objeción, pero si es así es una base extremadamente rara. Después de todo, los jueces federales nunca fueron responsables políticamente.²⁰ Por ello, si uno sigue la lógica de esta objeción, debe arribar a la conclusión de que, o bien el sistema para seleccionar jueces federales debe ser cambiado, o bien que la práctica del control judicial debe ser eliminada. Sin embargo, generalmente uno no escucha ninguno de estos reclamos de una manera tan clara. Además, muchos jueces estatales o locales que también poseen el poder de control judicial -poder absoluto, de hecho, para interpretar las constituciones estatales- son votados. Más infrecuente es la objeción de que tales sistemas electorales son preferibles al sistema federal. Tal vez exista un sistema de selección mejor que el federal, y tal vez él involucre componentes electorales, pero los actuales sistemas de selección estatales son considerados muy desafortunados.²¹ La evidencia empírica sobre la opinión popular puede ser irrelevante para la objeción de que el control judicial es

19. Véase ELY, *supra* nota 5, pg. 4-5 (en donde el autor señala lo que él considera el “problema central del control judicial: un órgano que no es elegido o que no es políticamente responsable de otra manera significativa le dice a los representantes elegidos de la ciudadanía que no pueden gobernar como quisieran”). Un problema relacionado con esta clase de teorías es que asumen muy rápidamente que el trabajo de adjudicación de los jueces constitucionales implica principalmente invalidar leyes dictadas por legislaturas competentes, cuando de hecho la mayoría de los casos constitucionales versa sobre la actividad de unos funcionarios administrativos relativamente poco responsables, como los policías de bajo rango. Véase, por ejemplo, Matthew D. Adler, *Judicial Restraint in the Administrative State: Beyond the Countermajoritarian Difficulty*, 145 U. PA. L. REV. 759, 762 (1997) (“El control judicial no es la práctica de invalidar leyes. Tampoco es una práctica ejemplificada por la invalidación de leyes. Antes bien, el control judicial es, como mínimo, la práctica de invalidar leyes (federales y estatales), normas, órdenes y acciones de oficiales sobre bases directamente constitucionales.”); Seth F. Kreimer, *Exploring the Dark Matter of Judicial Review: A Constitutional Census of the 1990s*, 5 WM. & MARY BILL RTS. J. 427, 427 (1997) (“De hecho, los tribunales federales aplican en la mayor parte de los casos las normas constitucionales contra agencias administrativas y burócratas de baja jerarquía, y las normas son hechas cumplir no por la Corte Suprema sino por los tribunales federales de primera instancia.”) Por supuesto, estos oficiales pueden llegar a ser responsables ante (o receptivos a) la opinión pública de otras maneras que por medio de las elecciones. Pero si esto satisface a la teoría democrática, entonces el tema de la elección no debería ser la cuestión central respecto de los jueces”.

20. Constitución de los Estados Unidos, art III, § 1 (“Los jueces, tanto del Tribunal Supremo como de los inferiores, continuarán en sus funciones mientras observen buena conducta y recibirán en períodos fijos una remuneración por sus servicios que no será disminuida durante el tiempo de su mandato”).

21. Véase, por ejemplo, Mark A Behrens & Cary Silverman, *The Case for Adopting Appointive Judicial Selection Systems for State Court Judges*, 11 CORNELL J. LAW & PUB. POL’Y 273 (2002); Charles Gardner Geyh, *Why Judicial Elections Stink*, 64 OHIO ST. L.J. 43 (2003); Véase también Steven P. Croley, *The Majoritarian Difficulty: Elective Judiciaries and the Rule of Law*, 62 U. CHI. L. REV. 689 (1995).

problemático en tanto los jueces no son elegidos popularmente, pero si ésta es la objeción, uno debe estar preparado para atacar el problema de raíz. Y en la medida en que la objeción sea que los representantes elegidos son relativamente más responsables en términos políticos respecto a las preferencias populares, ésta pareciera, nuevamente, tratarse de una cuestión empírica.²²

Por otro lado, el reclamo podría ser que el control judicial es problemático porque invalida leyes dictadas en nombre del pueblo por medio de sus representantes electos.²³ Esta clase de reclamo cuadra más confortablemente con la clase de remedios propuestos para responder al problema del presuntamente estricto control judicial contramayoritario, que típicamente incluye a las teorías sobre la interpretación constitucional, y no sobre la selección judicial. Algunos teóricos sugieren que los jueces deberían prestar mayor deferencia a los criterios de los representantes electos.²⁴ Otros ofrecen teorías de interpretación que ostensiblemente equipararían la práctica de control judicial con el gobierno democrático.²⁵

Pero aún esta afirmación –que es problemático que los jueces derroten las decisiones de los representantes electos- conlleva una confusión que ha de ser identificada y probablemente resuelta. La confusión consiste en no distinguir si el reclamo es que los jueces están invalidando leyes debidamente sancionadas o si están interfiriendo con las preferencias mayoritarias. Estos dos puntos no son necesariamente idénticos. Si bien la

22. El argumento podría ser que los funcionarios públicos son relativamente más responsables políticamente que los jueces constitucionales, o que es más sencillo corregir los errores de otros funcionarios que las decisiones constitucionales de los jueces. Si éstas son las objeciones, vale la pena destacar que ellas son fuertemente empíricas, y que la mayor parte de la literatura académica sobre esta cuestión no efectúa ningún intento de resolverlas sobre esta base. Este es un área provechosa para una posterior investigación, pero podrían decirse tres cosas a esta altura. Primero, no todos los funcionarios públicos son responsables ante el electorado, y si la cuestión es si existen otras formas de responsabilidad, entonces sería necesario que mediante un inteligente estudio se estableciera si los jueces son más o menos responsables políticamente que estos otros funcionarios. Véase *supra* nota 19 (en donde se discute sobre los funcionarios públicos no electos). Segundo, las decisiones judiciales impopulares sí son modificadas; el punto específico aquí es que típicamente se logra congruencia entre la opinión popular y las decisiones judiciales. Véase *infra* notas 28-36. Ante la ausencia de un estudio comparado, es difícil de determinar si modificar decisiones judiciales es más difícil que derrotar la inercia legislativa o la presión de los grupos de interés –ambas con la capacidad de derrotar la opinión popular-. Finalmente, las investigaciones que miden la receptividad del gobierno a la opinión pública tienden a demostrar que el poder judicial es como mínimo tan receptivo como las otras entidades gubernamentales. Véase Terri Peretti, *An Empirical Analysis of Alexander Bickel's The Least Dangerous Branch*, en ALEXANDER BICKEL AND CONTEMPORARY CONSTITUTIONAL THEORY (Kenneth Ward ed., disponible en 2004) (en donde se reseña la bibliografía sobre la receptividad de la política a la opinión pública).

23. BICKEL, *supra* nota 3, pág. 16-17 (en donde el autor argumenta que “cuando la Corte Suprema declara inconstitucional un acto legislativo o la acción del ejecutivo, está torciendo la voluntad de los representantes de la gente que existe aquí y ahora, ejerciendo un control no a favor de la mayoría prevaleciente sino en contra de ella.”)

24. Esta opinión es comúnmente atribuida a Thayer, lo que causa inmediatamente un problema, porque Thayer sólo aplicaría esta regla de la deferencia a los juicios legislativos. Sin embargo, los miembros de las legislaturas estatales también son funcionarios elegidos. Véase Edward A. Purcell, Jr., *Learned Hand: The Jurisprudential Trajectory of an Old Progressive*, 43 BUFF. L. REV. 873, 886 (1995) (reseña de libro). Hoy en día los argumentos en favor de la deferencia se escuchan frecuentemente. Véase *supra* notas 12-15.

25. Para ejemplos de estas teorías, véase de modo general ACKERMAN, *supra* nota 13; RONALD DWORIN, *LAW'S EMPIRE* (1986); CHRISTOPHER L. EISGRUBER, *CONSTITUTIONAL SELF-GOVERNMENT* (2001); ELY, *supra* nota 5.

teoría normativa a menudo esquivo este hecho complejo, las leyes sancionadas debidamente no siempre están acompañadas del apoyo popular.²⁶ Incumbe entonces a quienes objetan el control judicial especificar cuál de las afirmaciones es problemática.²⁷ Si los jueces están invalidando leyes antipopulares, la objeción contramayoritaria es, cuanto menos, difícil de entender. Apoyándose en una teoría de la democracia deliberativa, uno podría argumentar que debe preferirse a los representantes aislados que no reflejan las preferencias de sus representados antes que a los jueces que sí representan las preferencias populares, pero éste no es un argumento que se escuche a menudo (si es que se escucha alguna vez). Tampoco es fácil ver el atractivo normativo de favorecer a representantes electos que se desvían de la voluntad popular por sobre jueces que actúan de modo consistente con ella.

En última instancia, el planteo (y el temor) debe ser que los jueces invaliden leyes populares. Pero como veremos, éste es un planteo altamente dudoso. Los jueces que invalidan leyes populares finalmente terminan en problemas. Por otro lado, es improbable que el control judicial se vea amenazado cuando los jueces actúan en forma contraria a la voluntad de los representantes elegidos, pero de modo consistente con la opinión popular.

Aún cuando el público no apruebe todas las decisiones judiciales, el propio sistema de control judicial puede de todos modos encontrar un amplio apoyo popular. Dicho de manera diferente, el propio público podría preferir un sistema en el que los jueces frenen a veces sus preferencias inmediatas. Es altamente improbable que el público esté dispuesto a sostener un sistema en el que los jueces sólo, o incluso de modo usual, invaliden leyes populares. Pero el público bien podría apoyar un sistema que le dé lo que quiere la mayor cantidad de veces, aún cuando ello no suceda siempre. Y el público podría aplaudir un sistema que a veces lo prive de sus preferencias inmediatas, en nombre de otros valores profundamente sostenidos.

B. Un Esbozo del Constitucionalismo Popular

La idea del constitucionalismo popular mediado descansa en tres suposiciones. La primera es que las decisiones judiciales cuentan con un margen de aceptación para la mayoría de las personas. La segunda suposición es que, aún cuando esté en desacuerdo con algunas decisiones, la gente sin embargo apoya la práctica del control judicial. La tercera es que si la gente estuviera descontenta con el control judicial y sus resultados, podría tomar medidas al respecto.

Existe evidencia significativa de que la primera suposición es cierta. Aunque nuestro modelo no es perfecto, y los estudios empíricos tienen sus fallas, la abundante evidencia

26. Parte de la vasta bibliografía sobre esta punto es reseñada en Friedman, *Dialogue and Judicial Review*, *supra* nota 15, pág. 638-41.

27. Además, aquellos que cuestionan el control judicial se concentran muy especialmente en el trabajo de la Corte Suprema, y fallan al analizar la importancia del control judicial en numerosos casos comunes resueltos por instancias judiciales inferiores. Véase Erwin Chemerinsky, *Losing Faith: America Without Judicial Review?*, 98 MICH. L. REV. 1416, 1424 (2000) [de aquí en adelante, Chemerinsky, *Losing Faith*] ("Hacer foco exclusivamente en la Corte Suprema ignora la enorme cantidad de decisiones de instancias inferiores que aplican la Constitución.") (criticando a TUSHNET, *supra* nota 11).

actual sugiere que la mayor parte del tiempo las decisiones judiciales se encuentran dentro del margen de aceptación que uno podría esperar de los agentes del gobierno popular.²⁸ Los teóricos sociales realizan básicamente dos tipos de investigaciones sobre la consistencia entre la opinión popular y las decisiones judiciales. Una clase de investigación compara los resultados de las encuestas sobre políticas públicas con las decisiones de la Corte Suprema.²⁹ Así, una encuesta que interroga sobre las opiniones populares sobre el aborto puede ser comparada con las decisiones de la Corte Suprema en ese tema.³⁰ Estos estudios fallan al no desarrollar un proyecto sostenido en el que las encuestas estén regularmente diseñadas para reflejar la agenda de la Corte Suprema.³¹ Sin embargo, existen varios puntos de información para arribar a la conclusión de que, en lo principal, los resultados de la adjudicación de la Corte Suprema están en línea con las preferencias de una mayoría o al menos de una fuerte primera minoría, algo que muchos politólogos toman hoy como dado.³²

28. Véase *infra* nota 36.

29. Véase JONATHAN D. CASPER, *THE POLITICS OF CIVIL LIBERTIES* (1972) (en donde se comparan las decisiones de la Corte Suprema sobre derechos civiles, seguridad nacional y garantías en el proceso penal con las encuestas de opinión); THOMAS R. MARSHALL, *PUBLIC OPINION AND THE SUPREME COURT 2* (1989) (en donde se examinan aproximadamente 150 encuestas nacionales y las correlativas decisiones de la Corte desde mediados de 1930); ROBERT WEISSBERG, *PUBLIC OPINION AND POPULAR GOVERNMENT* (1976) (en donde se comparan las decisiones de la Corte y las encuestas de opinión sobre la integración escolar, la pena de muerte y los rezos en las escuelas); David G. Barnum, *The Supreme Court and Public Opinion: Judicial Decision Making in the Post-New Deal Period*, 47 J. POL., 652, 654-64 (1985) (en el que el autor hace foco en la relación entre las preferencias de la Corte Suprema y las del público norteamericano en cuestiones especiales de política pública, como el control de natalidad, los matrimonios interraciales, el rol de la mujer y el aborto, en el período que siguió al New Deal).

30. Véase Judith Blake, *The Abortion Decisions: Judicial Review and Public Opinion*, en *ABORTION: NEW DIRECTIONS FOR POLICY STUDIES* 51-82 (Edward Manier et al. eds., 1977); John E. Jackson & Maris Vinovskis, *Public Opinion, Elections, and the 'Single Issue' Issue*, en *THE ABORTION DISPUTE AND THE AMERICAN SYSTEM* 64-81 (Gilbert Steiner ed., 1984).

31. Además, muchas investigaciones sólo examinan la consistencia entre la opinión pública y una cuestión o decisión individual. Véase MARSHALL, *supra* nota 29, pág. 71 ("Los trabajos disponibles son limitados porque ellos principalmente reportan investigaciones sobre casos individuales.")

32. CASPER, *supra* nota 29 (encontrando que las decisiones de la Corte sobre derechos civiles y seguridad nacional reflejan más fielmente la opinión pública que las decisiones sobre garantías en el proceso penal); MARSHALL, *supra* nota 29, pág. 97 ("Los resultados sugieren que desde mediados de 1930, la Suprema Corte ha sido esencialmente una institución mayoritaria en la política norteamericana. Cuando existe una clara votación mayoritaria o existe una fuerte primera minoría, más de las tres quintas partes de las decisiones reflejan esas votaciones."); TERRY J. PERETTI, *IN DEFENSE OF A POLITICAL COURT* 177 (1999) ("[La] Corte no siempre dicta decisiones impopulares o juega un rol impopular... [Como] muchas investigaciones han probado, la Corte no actúa exclusiva o persistentemente en oposición a la opinión pública o a la voluntad de los órganos representativos."); WEISSBERG, *supra* nota 29 (en donde el autor encuentra que la Corte estuvo más frecuentemente de acuerdo con la opinión pública en los casos de integración escolar y de pena de muerte que en los casos de las plegarias en las escuelas); Barnum, *supra* nota 29, pág. 662 ("Visto en el contexto de las tendencias nacionales de la opinión pública... el activismo judicial del período post New-Deal de la Corte Suprema fue de hecho sorprendentemente consistente con los principios mayoritarios."); véase también James Bryce, *Flexible and Rigid Constitutions*, en 1 *STUDIES IN HISTORY AND JURISPRUDENCE* 197 (1901): "[La] experiencia ha demostrado que cuando la opinión pública se sitúa fuertemente a favor de una línea de conducta que la legislatura ha seguido al afianzar la Constitución, los tribunales se ven también afectados por esa opinión, y van tan lejos como sus conciencias jurídicas y el sentido general de la profesión jurídica lo permiten -posiblemente a veces un poco más lejos- al convalidar lo que la legislatura ha hecho".

Las encuestas al menos testean varios casos de gran trascendencia,³³ que son los que presumiblemente más le importan a la gente, aunque esto puede ser un defecto si a uno le interesa la opinión pública respecto de la totalidad de las decisiones judiciales. Además, como otras investigaciones sugieren, si existe una divergencia, el tiempo –y no un lapso demasiado largo de tiempo– usualmente sirve para asegurar que la Corte se rinda ante la opinión pública, o confirma que ésta se estaba moviendo en la misma dirección que la indicada por las decisiones del Tribunal.³⁴

Otro conjunto de estudios compara el liberalismo o el conservadurismo de las decisiones de la Corte Suprema con un barómetro del liberalismo o conservadurismo del público.³⁵ Estos estudios son metodológicamente muy complicados, y puede ser una mala idea apoyarse exclusivamente en cualquiera de ellos. Pero con independencia de la manera en que el problema es abordado, el resultado es principalmente el mismo: los cambios de opinión en el público general se ven reflejados en las decisiones de la Corte Suprema.³⁶

33. MARSHALL, *supra* nota 29, pág. 72-74 (“Las encuestadoras más importantes están usualmente relacionadas con diarios o estaciones de televisión, y las encuestas focalizan fuertemente en controversias actuales. Como resultado, ciertos temas de interés público –como los casos de libertades civiles, seguridad nacional, trabajo y religión– están sobre-representados.”)

34. Barnum, *supra* nota 29, pág. 664 (describiendo la interdependencia de la relación entre las decisiones de la Corte Suprema y la opinión pública a lo largo del tiempo, y resaltando el impacto de esas decisiones en la reducción de la brecha cuando existe divergencia entre la opinión pública nacional y la estadual; William Mishler & Reginald Sheehan, *Public Opinion, the Attitudinal Model, and Supreme Court Decision Making: A Micro-Analytic Perspective*, 58 J. POL., 169, 196-98 (1996) (encontrando una demora de cinco años en la respuesta de algunos jueces de la Corte Suprema a la opinión pública); William Mishler & Reginald Sheehan, *The Supreme Court as a Countermajoritarian Institution? The Impact of Public Opinion on Supreme Court Decisions*, 87 AM. POL. SCI. REV., 87 (1993) [de aquí en adelante Mishler & Sheehan, *The Supreme Court as a Countermajoritarian Institution?*] (en donde los autores encuentran una demora de cinco a siete años en la receptividad de la Corte Suprema a la opinión pública); Véase también Robert Dahl, *Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker*, 6 J. PUB. L., 279, 285 (1957) (“El hecho es, entonces, que las opiniones dominantes sobre política pública en la Corte nunca están por mucho tiempo fuera de línea con las opiniones dominantes sobre política pública de las mayorías legisferantes de los Estados Unidos”).

35. Véase Roy B. Fleming & Dan B. Wood, *The Public and the Supreme Court: Individual Justice Responsiveness to American Policy Moods*, 41 AM. J. POL. SCI., 492-95 (1997); Mishler & Sheehan, *The Supreme Court as a Countermajoritarian Institution?*, *supra* nota 34; James A. Stimson et al., *Dynamic Representation*, 89 AM. POL. SCI. REV. 543, 555-56 (1995); Kevin T. McGuire & James A. Stimson, *The Least Dangerous Branch Revisited: New Evidence on Supreme Court Responsiveness to Public Preferences*, (2000) (trabajo no publicado, pág. 13-14, en archivo del autor), disponible en <http://www.unc.edu/~jstimson/papers.htm>. Véase de modo general JAMES A. STIMSON, PUBLIC OPINION IN AMERICA: MOODS, CYCLES, AND SWINGS (2d ed. 1999) (explicando la creación de un índice de Disposición Anímica del público norteamericano, que es la base para muchas investigaciones que exploran la relación entre el liberalismo en la opinión pública y las decisiones liberales de la Corte Suprema).

36. Véase Fleming & Wood, *supra* nota 35, pág. 468 (encontrando fuerte apoyo para el impacto directo del liberalismo sobre el ánimo del público en la proporción de decisiones liberales efectuadas por cada uno de los jueces de la Corte Suprema); McGuire & Stimson, *supra* nota 35 (encontrando fuerte apoyo para el impacto directo del liberalismo sobre el ánimo del público en la proporción de decisiones liberales efectuadas por la Corte Suprema); Mishler & Sheehan, *Public Opinion, the Attitudinal Model, and Supreme Court Decision Making*, *supra* nota 34, pág. 169 (encontrando fuerte apoyo para el impacto directo del liberalismo sobre el ánimo del público en la proporción de decisiones liberales efectuadas por algunos de los jueces de la Corte Suprema pero luego de cinco años); Stimson et al., *Dynamic Representation*, *supra* nota 35, pág. 543 (encontrando que las decisiones de la Corte Suprema reflejan el nivel de liberalismo presente en el ánimo del público pero en menor grado que las otras ramas del gobierno); Véase también William Mishler & Reginald Sheehan, *Response*, 88 AM. POL. SCI. REV. 711, 716-22 (1994); William Mishler & Reginald

Por supuesto, no existe una congruencia perfecta entre la opinión pública y las decisiones judiciales, por lo que cobra importancia la segunda suposición. Claramente existen áreas –vienen a la mente la quema de la bandera y las plegarias en las escuelas- en las que el público parece desaprobar las decisiones constitucionales. Pero aún teniendo en cuenta estas áreas, no existe ningún clamor popular para eliminar el control judicial.

Esto necesariamente nos acerca a la última suposición –la más difícil de probar-, que es la existencia de cierto mecanismo de control popular que verifique que haya congruencia entre las preferencias populares y los resultados judiciales. Esta suposición es importante, porque la idea del constitucionalismo popular mediado asume que si las decisiones judiciales estuvieran en desacuerdo con las preferencias populares de manera significativa, o si el público deseara eliminar o modificar la práctica del control judicial, existe un medio para corregir el proceso. Cabe sin embargo destacar que el hecho de que haya convergencia entre la opinión popular y los resultados judiciales en los asuntos de gran trascendencia es en sí mismo evidencia de que tal mecanismo existe. Sería una enorme y oportuna coincidencia encontrar esa convergencia en ausencia de un mecanismo de coordinación.

Aunque puede ser difícil especificar con precisión ese mecanismo, existen varias posibilidades. Un posible mecanismo es el procedimiento de selección de jueces. Como la literatura de las ciencias políticas y el derecho ha observado, los procesos periódicos de designaciones judiciales, y particularmente los de la Corte Suprema, aseguran una congruencia entre la opinión popular y los resultados judiciales.³⁷ Los presidentes, sujetos ellos mismos a la influencia popular, designan a personas cuyas opiniones sean afines a ésta, y que puedan sobrevivir al proceso de confirmación.

Sheehan, *The Supreme Court as a Counter-majoritarian Institution?*, *supra* nota 34, pág. 87 (encontrando apoyo para el impacto indirecto de la opinión pública en la Corte Suprema, por medio del proceso de nominación-confirmación, y para el impacto directo de la opinión pública liberal sobre las decisiones de la Corte Suprema pero con una demora de cinco años); Jeffrey Segal & Helmut Norpoth, *Popular Influence on Supreme Court Decisions*, 88 AM. POL. SCI. REV., 711, 716 (1994) (encontrando apoyo para el impacto indirecto de la opinión pública sobre la Corte Suprema, por medio del proceso de nominación-confirmación, y no para el impacto directo de la opinión pública liberal sobre las decisiones de la Corte Suprema).

37. MARSHALL, *supra* nota 29, pág. 20 (evaluando el proceso de designación como un puente entre la opinión pública y la Corte Suprema); PERETTI, *supra* nota 32, pág. 100: “Los jueces de la Corte Suprema son elegidos por el Presidente y el Senado en primer lugar debido a sus lealtades partidarias. Así, es altamente probable que los valores que tienen los Jueces y están representados en la Corte reflejen los valores actualmente dominantes en la sociedad y en el gobierno, o como mínimo que han sido recientemente dominantes. Balkin and Levinson, *supra* nota 9; Mark Tushnet, *The Supreme Court, 1998 Term — Fore-word: The New Constitutional Order and the Chastening of Constitutional Aspiration*, 113 HARV. L. REV. 29, 65-67 (1999); Charles Cameron, Albert D. Cover, and Jeffrey Segal, *Supreme Court Nominations and the Rational Presidency* (trabajo presentado en la Reunión Anual de la Asociación Norteamericana de Ciencia Política, 1990, en archivo de los autores) (en donde se demuestra que uno de los fines tenidos en cuenta por el Presidente para la elección de un Juez de la Corte Suprema es la maximización de la popularidad). Los autores identificados en la nota 36, *supra*, también evaluaron el impacto indirecto de la opinión pública en las decisiones de la Corte Suprema por medio del proceso de nominación-confirmación frente al impacto directo de la opinión pública en las decisiones de la Corte Suprema. Sus hallazgos reflejan una combinación de impacto directo e indirecto de la opinión pública sobre el proceso de toma de decisiones de la Corte.

Algunos estudios sugieren que éste es el medio más importante por medio del cual la influencia popular se hace sentir en la Corte Suprema.³⁸

A pesar de la obiedad de este mecanismo, el mismo no está exento de dificultades. Dos puntos hacen que esto sea visible. Primero, el mecanismo descansa en su propia suposición respecto a que los presidentes nombran jueces de la Corte Suprema (y otros jueces) cuyas ideas se encuentran en línea con la opinión popular predominante. Sin embargo, la evidencia sobre este punto no es exactamente abrumadora. Los estudios históricos sugieren que las prácticas presidenciales han variado.³⁹ Aún cuando la política motiva a los presidentes, las designaciones judiciales pueden ser -y son- usadas para satisfacer a distintos grupos de ciudadanos, incluyendo aquéllos que pueden situarse por fuera de la opinión predominante. Recientemente, por ejemplo, los presidentes republicanos han buscado jueces de una ideología fuertemente conservadora, tanto que bien podrían situarse por fuera de la opinión pública.⁴⁰ En segundo lugar, los jueces –incluyendo a los de la Corte Suprema- se desempeñan durante largo tiempo. Los asuntos y la política cambian a su alrededor. No es para nada claro por qué esta suma de opiniones de jueces designados a lo largo de un extenso período de tiempo debe necesariamente reflejar la opinión pública. Este mecanismo podría lograr ese objetivo, pero ningún estudio profundo ha probado de modo irrefutable que así sea.

Otra manera de pensar acerca del mecanismo que asegure una congruencia entre las decisiones judiciales y la opinión popular es prestar atención a los incentivos. ¿Tienen los jueces el incentivo para velar por que sus decisiones mantengan algún tipo de consistencia con la opinión popular? Si lo tienen, entonces podríamos esperar esa clase de resultados, siempre y cuando exista alguna manera de que los jueces puedan producirlos. Tal como veremos, tanto la cuestión del incentivo como la del modo en que los jueces logran producir esos resultados juegan un papel muy relevante en la capacidad del público para monitorear el comportamiento judicial.

38. Véase, por ejemplo, Mishler & Sheehan, *The Supreme Court as a Countermajoritarian Institution?*, *supra* nota 34 (en donde los autores encuentran que las decisiones de la Corte siguieron el ánimo del público, con un breve retraso, desde 1956 a 1981; y sugiriendo que la clave de la explicación era el empleo políticamente motivado del proceso de designación); Segal & Norpoth, *supra* nota 36, pág. 716 (“Mientras que los Jueces no son responsables ante el electorado, los presidentes y los senadores, quienes comparten el poder de elegirlos, sí lo son. Cualquiera sea la configuración de la opinión pública que elija a un presidente, ella puede verse en particular reflejada en las designaciones que éste haga para la Corte... No es tanto que los jueces presten especial atención a la opinión pública como que ellos han sido elegidos por un presidente (con el acuerdo del Senado) que presumiblemente comparta las opiniones del público.”)

39. PERETTI, *supra* nota 32, pág. 86-87: “Los presidente han por supuesto fluctuado en el énfasis otorgado a un criterio en particular. Por ejemplo, Truman era especialmente afecto a las designaciones de sus amigos, enfatizando la amistad personal y la lealtad política por sobre la ideología *per se*. El Presidente Ford, del mismo modo que Eisenhower, privilegiaba las consideraciones profesionales... El objetivo de Carter... [fue descrito] como ‘de selección por mérito entre los demócratas.’ Las opiniones políticas de los nominados fueron críticas en las decisiones sobre nombramientos judiciales de Franklin Delano Roosevelt, Johnson, Nixon y Reagan. DAVID A. YALOF, PURSUIT OF JUSTICES: PRESIDENTIAL POLITICS AND THE SELECTION OF SUPREME COURT NOMINEES (1999) (investigando los documentos de siete presidentes, de Truman a Reagan, para demostrar que algunos de ellos -Truman, Kennedy y Johnson- eligieron candidatos teniendo poca o ninguna idea de cómo podrían llegar a votar un día como jueces, mientras que otros presidentes, incluyendo a Nixon y Reagan, a menudo se decidieron por candidatos incluso en presencia de considerable evidencia de que podrían votar en contra de sus deseos); Véase también HENRY J. ABRAHAM, JUSTICES AND PRESIDENTS: A POLITICAL HISTORY OF APPOINTMENTS TO THE SUPREME COURT (1985).

40. PERETTI, *supra* nota 32, pág. 87 (“De manera similar a Reagan, los nominados por el Presidente Bush eran fervientes Republicanos que poseían una filosofía judicial conservadora, la mayoría de los cuales con una historia de activismo político.”)

La cuestión de los incentivos parece sencilla. Pese a todo lo que se ha dicho respecto a un poder judicial contramayoritario, los jueces necesitan a la gente. Primero, la opinión popular es la clave para sobrevivir a cualquier posible ataque emprendido por los poderes políticos.⁴¹ Los actores de estos poderes han desafiado, y continuarán desafiando, a la autoridad judicial o a su independencia cuando ello sirva a sus intereses.⁴² Que esos ataques triunfen depende de cómo el público los vea. Existe evidencia histórica en cuanto a que la opinión popular puede proteger a un poder judicial sitiado. El ejemplo más familiar de esto es el fracaso del plan de Franklin Roosevelt de nombrar a un juez extra para la Corte Suprema por cada miembro del Tribunal que tuviera más de 70 años (*Court-packing*), que se propuso en respuesta a las persistentes invalidaciones de la Corte Suprema a las medidas del New Deal que habían sido adoptadas para ayudar a los Estados Unidos a salir de la gran depresión.⁴³ Pero éste no es el único ejemplo. Es altamente probable que la

41. Gregory A. Caldeira, *Neither the Purse Nor the Sword: Dynamics of Public Confidence in the Supreme Court*, 80 AM. POL. SCI. REV. 1209 (1986) (sugiriendo que la fuerza que respalda al poder judicial es el apoyo de la gente); Lee Epstein et al., *The Supreme Court as a Strategic National Policymaker*, 50 EMORY L.J. 583, 584-85 (2001); Georg Vanberg, *Legislative-Judicial Relations: A Game-Theoretic Approach to Constitutional Review*, 45 AM. J. POL. SCI. 346, 351-52 (2001) ("La idea es que un público que apoye las decisiones puede ayudar a que éstas sean ejecutadas, mediante la amenaza implícita de una reacción política violenta como respuesta a instancias de desafío de la autoridad pública o de retraso en su implementación."); Jeffrey K. Staton & Mark Strahan, *The Emergence of an Effective Constitutional Court* 3 (Sept. 20, 2002) (manuscrito no publicado, en archivo del autor) (argumentando que el apoyo del público es un elemento clave que explica la emergencia de un tribunal constitucional efectivo); Andrew D. Martin, *Public Policy, the Supreme Court, and the Separation of Powers*, pág. 21 (Agosto 4, 1998) (manuscrito no publicado, en archivo del autor): ("[La] rama que Alexander Hamilton describió como la 'más débil' tiene el poder de diseñar políticas públicas solamente por el respeto y el apoyo del público. Así como los jueces son inteligentes cazadores de políticas públicas, es razonable afirmar que a ellos les preocupa la legitimidad de la Corte cuando toman decisiones"); Andrew D. Martin, *Statutory Battles and Constitutional Wars: Congress and the Corte Suprema*, pág. 12 (Oct. 26, 2001) (manuscrito no publicado, en archivo del autor) ("[La] habilidad del juez para alcanzar objetivos de política pública depende de su legitimidad.")

42. Barry Friedman, *"Things Forgotten" in the Debate over Judicial Independence*, 14 GA. ST. U. L. REV. 737 (1998). Estamos familiarizados con ejemplos de tribunales federales, pero esto es cierto respecto de los estados también. Véase Kramer, *supra* nota 9, pág. 57-58 (en donde el autor destaca que en el caso de Rhode Island *Trevett v. Weeden*, "a pesar de que los jueces no declararon inconstitucional la ley ni tampoco declararon que tenían el poder de hacerlo, el gobernador convocó a una sesión especial en la legislatura, en la que llamó al tribunal de Rhode Island a explicar su conducta", y que cuando el tribunal no produjo una respuesta satisfactoria, la "legislatura... trató una moción para remover a todo el tribunal"); Theodore W. Ruger, *"A Question Which Convulses a Nation": The Early Republic's Greatest Debate About the Judicial Review Power*, 117 HARV. L. REV. 826 (2004); Véase también Kramer, *supra* nota 9, pág. 56 (describiendo otros "esfuerzos tempranos para ejercer el control judicial [que] tendieron a atraer agudos reproches," como por ejemplo *Rutgers v. Waddington* (New York), y un caso de New Hampshire donde la Corte estadual se rehusó a implementar una ley que eliminaba el juicio por jurados en casos de valor menor a diez libras").

43. Este argumento es desarrollado en Friedman, *The History of the Counter-majoritarian Difficulty*, Part Four, *supra* nota 3, pág. 1057 (en donde el autor sostiene que parecen existir "fundamentos para concluir que podría haberse empleado algún tipo de castigo si la Corte no hubiera cambiado a los ojos del público. El sentimiento público en contra de la Corte era fuerte, y la causa de Roosevelt hubiera sido reforzada por una mala economía y por otras decisiones judiciales impopulares.") Véase de modo general JOSEPH ALSOP & TURNER CATLEDGE, *THE 168 DAYS* (1938); WILLIAM E. LEUCHTENBURG, *THE SUPREME COURT REBORN: THE CONSTITUTIONAL REVOLUTION IN THE AGE OF ROOSEVELT* (1995). Véase, no obstante, BARRY CUSHMAN, *RETHINKING THE NEW DEAL COURT* 12-13, 25 (1998) (destacando que el plan de *Court-packing* encontró una temprana y organizada oposición y que la existencia de ciertas razones para dudar del éxito del plan proveyeron a los jueces de una "buen motivo para estar confiados de que la capitulación constitucional no era necesaria para prevenir la amenaza de *Court-packing*.")

opinión popular haya servido como reaseguro de la independencia judicial en momentos críticos durante la Reconstrucción,⁴⁴ y existen teorías similares de otros países con tribunales constitucionales.⁴⁵

Los jueces también necesitan de la opinión popular para asegurarse de que sus decisiones sean ejecutadas. Parece plausible suponer que a los jueces les importan los fallos que dictan y prefieren que ellos no caigan en oídos sordos.⁴⁶ La ejecución de las decisiones judiciales típicamente no depende tanto de la gente como de los funcionarios públicos. Pero a veces el propio sentimiento popular importa, como resulta evidente a partir del desafío general producido por la decisión en *Brown v. Board of Education*.⁴⁷ Y aún cuando la ejecución esté a cargo de los funcionarios públicos, la acción que ellos decidan adoptar puede también ser resultado de la presión popular.

Dado el incentivo que los jueces enfrentan para permanecer dentro de las fronteras de la opinión popular, no requiere demasiado esfuerzo ver que ellos pueden asegurarse de que sus decisiones no se sitúen muy por fuera de las perspectivas predominantes. Existe ciertamente evidencia de que en los casos de mayor trascendencia los jueces tienen ese

44. Este punto es desarrollado en gran profundidad en Barry Friedman, *The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part II: Reconstruction's Political Court*, 91 GEO. L.J. 1, 47 (2002) [de aquí en adelante Friedman, *The Countermajoritarian Difficulty, Part II*] ("Los eventos [durante la Reconstrucción] sugieren que existía un apoyo difuso a la Corte, y que al menos hasta cierto punto, el público era reticente a ver que se tomaran medidas contra ella. Aunque esa reticencia obviamente no precluyó alguna clase de acción contra la Corte, podría haber moderado la acción que fue adoptada."); Véase también *id.* pág. 63 (en donde se destaca, respecto al *Court-packing* y las medidas tendientes a reducir la jurisdicción, que existió "una aceptación pública inicial de la idea del control político sobre el poder judicial, seguida del aparente ejercicio de ese control en un momento crítico. Ello produjo eventualmente un sentimiento de vergüenza pública sobre la acción y un aparente conflicto con las nociones del estado de derecho.")

45. Para un ejemplo interesante respecto de Konrad Adenauer y el Tribunal Constitucional alemán, véase Georg Vanberg, *Establishing Judicial Independence in Germany: The Impact of Opinion Leadership and the Separation of Powers*, 32 COMP. POL. 333-53 (2000). Véase también JENNIFER A. WIDNER, BUILDING THE RULE OF LAW 23-24 (2001) (en donde se describe cómo los ciudadanos de Zimbabwe "tomaron las calles" en protesta contra una acción militar que desafiaba la orden de un tribunal).

46. LAWRENCE BAUM, THE PUZZLE OF JUDICIAL BEHAVIOR 55 (2000) ("Los estudios de la Corte generalmente asumen que los jueces de la Corte actúan a favor de sus concepciones de lo que es el derecho o una buena política pública, y en apoyo de esa suposición existen fuertes argumentos teóricos y considerable evidencia empírica."); RICHARD A. POSNER, OVERCOMING LAW (1995) (en donde el autor analiza diferentes fuentes de motivación para los jueces, entre ellas la importancia de las consecuencias prácticas de sus decisiones); JEFFREY SEGAL & HAROLD J. SPAETH, THE SUPREME COURT AND THE ATTITUDINAL MODEL REVISITED (2002) (en donde los autores explican que el modelo actitudinal asume que cada uno de los miembros de la Corte Suprema tiene preferencias respecto de las cuestiones de política pública que enfrenta la Corte: cuando los jueces toman decisiones, ellos quieren que sus resultados se aproximen tanto como sea posible a esas preferencias de política pública); Véase también Jeffrey A. Segal & Albert D. Cover, *Ideological Values and the Votes of U.S. Supreme Court Justices*, 83 AM. POL. SCI. REV. 557, 558 (1989) (encontrando apoyo empírico para su modelo actitudinal).

47. Véase Michael J. Klarman, *Brown, Racial Change, and the Civil Rights Movement*, 80 VA. L. REV. 7 (1994) (en donde se detalla la resistencia sureña a la decisión en *Brown*); Véase también MORTON J. HORWITZ, THE WARREN COURT AND THE PURSUIT OF JUSTICE 25 (1998) ("La reacción a la decisión en *Brown* fue rápida. Como Richard Kluger señala en su relato sobre *Brown*, mientras buena parte de la prensa fuera del Sur recibió la decisión con entusiasmo, muchos sureños estaban escandalizados y enojados.")

cuidado.⁴⁸ Los jueces no viven dentro de un capullo sino que son parte de este mundo. No resulta creíble pensar que ellos carecen de información sobre la manera en que sus decisiones puedan ser recibidas.⁴⁹ Por supuesto, cuanto más dividida esté la política, más difícil será para un juez estar seguro, y en algunos casos los jueces podrán equivocarse.⁵⁰

Esto no implica sostener que los jueces simplemente siguen o deberían seguir la opinión popular cuando dictan sus fallos. Ya hemos visto que existe una discrepancia en la teoría normativa acerca de lo que los jueces deberían hacer. Como se dijo antes, si el constitucionalismo y el control judicial tienen un lugar en nuestro sistema de gobierno, entonces necesariamente existen ocasiones en las que los jueces deben apartarse de la opinión popular.

Esto es sólo para sugerir que lo que nosotros tenemos podría ser un sistema de constitucionalismo popular. Es decir, la mayoría de las decisiones más importantes de la Corte Suprema está en línea con la opinión popular predominante, y cuando ello no es así el público no obstante apoya la práctica del control judicial. Los mecanismos no son perfectos ni tampoco se comprenden perfectamente, pero la teoría es plausible.

Por supuesto, la relación entre la opinión pública y el control judicial necesariamente está mediada. Existen al menos tres maneras en que lo está. Primero, los jueces no son elegidos, de manera que el control popular sobre ellos es indirecto. En segundo lugar, el público necesariamente expresa sus opiniones sobre la conservación del sistema de control judicial por medio de sus representantes electos. Las medidas para ejecutar las decisiones judiciales, o para desafiar la autoridad judicial, provienen de aquellos que cuentan con el poder de hacerlo, y son esos actores los que, en mayor o menor medida, son responsables políticamente hacia la ciudadanía. Tercero, la comprensión de los ciudadanos acerca de lo que los jueces hacen está filtrada no sólo por medio de estos representantes sino también a través de los medios periodísticos y otras fuentes.

48. Véase Dennis J. Hutchinson, *Hail to the Chief: Earl Warren and the Supreme Court*, 81 MICH. L. REV. 922, 924 (1983) (en donde se discute la idea de que el logro del ex-Presidente de la Corte Earl Warren, ampliamente elogiado en ese momento, fue no sólo ser el autor de la decisión que declaró inconstitucional la auto-impuesta segregación estadual en las escuelas públicas sino también -y lo que es casi más importante- conseguir que la Corte votara de modo unánime respecto al resultado y los fundamentos.); Richard H. Pildes, *Democracy, Anti-Democracy, and the Canon*, 17 CONST. COMMENT. 295, 307 (2000): "Giles [v. Harris] tal vez confirma la teoría de que 'la conformidad de la ley a los deseos del poder dominante en la comunidad constituyó el principio básico de la teoría legal de [Holmes]' ... que un juez no debe nunca 'olvidar [] que los principios que para él son básicos para la mitad de sus pares son erróneos.'" Véase también Dennis J. Hutchinson, *Unanimity and Desegregation: Decisionmaking in the Supreme Court, 1948-1958*, 68 GEO. L.J. 1 (1979).

49. PERETTI, *supra* nota 32, pág. 182: "El apoyo del público y de la elite está en gran medida condicionado al acuerdo político con las decisiones de política pública de la Corte. De esta manera, la Corte debe practicar la prudencia política y ser lo suficientemente receptiva o sensible a las opiniones del público y de la elite de manera de no despertar al león dormido... Cuando los jueces de la Corte provienen de la elite política, es más probable que posean el conocimiento para anticipar, y los contactos para descubrir, las reacciones políticas a sus decisiones". Véase también RICHARD DAVIS, *DECISIONS AND IMAGES: THE SUPREME COURT AND THE PRESS* (1995) (proveyendo evidencia de que los Jueces de la Corte Suprema están atentos a la cobertura periodística de la Corte y de sus decisiones).

50. De hecho, Mark Graber argumenta, respecto a la mayoría de las cuestiones más controversiales de la época, que los órganos políticos simplemente 'se las encajan' al poder judicial. Véase Mark Graber, *The Nonmajoritarian Difficulty: Legislative Deference to the Judiciary*, 7 STUD. AM. POL. DEV. 35 (1993); Véase también TUSHNET, *supra* nota 11, pág. 149-50.

Entender cómo funciona este sistema de constitucionalismo popular es importante, ya que ello tiene consecuencias respecto de los argumentos normativos sobre el control judicial. Si la evidencia empírica ofrecida aquí es correcta, entonces es posible que las afirmaciones frecuentemente efectuadas por los académicos del derecho con relación a la divergencia entre el control judicial y la opinión popular sean simplemente inapropiadas. De modo semejante, la afirmación normativa de que los jueces invalidan leyes en consonancia con los valores profundamente arraigados en la sociedad, y que la gente apoya este sistema, descansa en argumentos empíricos que requieren, en sí mismos, ser probados.

III. El margen de acción de la Corte

Como hemos visto, la teoría del constitucionalismo popular mediado se apoya fuertemente en, al menos, una pregunta empírica central: ¿cuán estrechamente constriñe la opinión pública a la autonomía judicial? Esta pregunta puede ser formulada de varias maneras, pero básicamente consiste en determinar si el sentimiento público exigirá decisiones judiciales que reflejen las preferencias populares, o si el público tolerará (o preferirá) una mayor autonomía judicial. Los jueces, o el poder judicial, que se aparten de la opinión pública, ¿serán necesariamente obligados a rendir cuentas?

Esta pregunta es central para la mayoría de las concepciones normativas sobre el control judicial, porque aunque los resultados judiciales a menudo reflejan la opinión pública, esto no significa que siempre lo hagan. La importancia para la teoría normativa consiste en entender qué consecuencias se producen cuando la divergencia tiene lugar. Aquellos que aplauden el rol contramayoritario del poder judicial esperarán que los jueces estén en condiciones de actuar en forma independiente con impunidad. Por otro lado, si la independencia del poder judicial es vista como una amenaza para los valores democráticos, los constitucionalistas populares podrán estar tranquilos en cuanto a que si un tribunal se desvía de la opinión popular, probablemente sea traído “al rebaño” con bastante rapidez.

A pesar de su importancia, esta pregunta acerca de la interacción entre la opinión pública y el control judicial es, tal vez, la más difícil de responder. Ello requiere una cuidadosa precisión teórica, presenta groseros problemas de medición y en última instancia entraña una cuestión relacionada, e igualmente problemática, acerca de cómo puede el público monitorear al poder judicial. Pero con todas sus dificultades, los teóricos sociales han elaborado un marco de análisis y al menos dado varios pasos hacia las respuestas.⁵¹

51. Resulta de interés remarcar que aunque el trabajo aquí discutido ofrece un análisis interesante respecto de la cuestión del apoyo público al control judicial, las conclusiones no deben ser aceptadas sin que se comprendan las fortalezas y debilidades del trabajo. Existe un vasto repertorio de trabajos en las ciencias sociales relacionado con la teoría constitucional -véase Barry Friedman, *The Politics of Judicial Review* (trabajo no publicado, en archivo del autor)- que está comenzando a recibir una bien merecida atención. Pero como cualquier conjunto doctrinario, este trabajo tiene dificultades, de las cuales los académicos que se apoyan en ellas deberían ser conscientes. Algunos de los aspectos problemáticos son reseñados en Barry Friedman, *Modeling Judicial Review* (trabajo no publicado, en archivo del autor). El proyecto de las ciencias sociales de conectar la opinión pública y el control judicial enfrenta obstáculos especialmente áridos, muchos de los cuales son aludidos en la discusión que sigue. Además, el proyecto está todavía en una fase muy preliminar. Con todas estas advertencias en mente, esa bibliografía todavía tiene potencial para fortalecer la manera en que los teóricos normativos piensan respecto del control judicial.

A. La Teoría del Apoyo Difuso

Durante al menos los últimos cuarenta años, los teóricos sociales han reflexionado sobre la relación entre el trabajo producido por las instituciones y el apoyo popular a dichas instituciones. La pregunta es de una importancia obvia para el gobierno democrático. En una democracia, la ciudadanía (tanto individual como colectivamente) no necesariamente estará todo el tiempo satisfecha con el trabajo de sus instituciones. ¿Pero persistirá el apoyo a esas instituciones aún durante momentos en los que el producto institucional sea insatisfactorio? Como David Easton, cuyo trabajo en esta área es trascendental, explica, “típicamente, los miembros de un sistema político pueden estar en contra de las autoridades, inquietos por sus políticas, insatisfechos con sus condiciones de vida y, de tener la oportunidad, preparados para echar a los titulares de sus puestos. A veces esas condiciones pueden conducir a cambios políticos o sociales fundamentales. Sin embargo, en otras oportunidades, a pesar de un descontento extendido, parece haber poca pérdida de confianza en el régimen –el orden subyacente de la vida política- o en la identificación con la comunidad política. El descontento político no es siempre, o incluso usualmente, una señal de cambio político básico.”⁵²

Para arribar a la cuestión respecto a si la gente permanecerá leal a las instituciones frente a desacuerdos políticos, Easton desarrolló los conceptos de apoyo ‘específico’ y ‘difuso’.⁵³ El apoyo específico está dado por el acuerdo con políticas particulares, y es una medida acerca de si una persona piensa que una institución está haciendo un buen trabajo en términos de los resultados de las políticas (*policy outputs*). El apoyo difuso, por otro lado, “consiste en una ‘reserva de actitudes favorables de buena voluntad que ayuda a los miembros a aceptar o tolerar resultados a los cuales se oponen o cuyos efectos ven como perjudiciales para sus necesidades.”⁵⁴

A pesar de la utilidad de la distinción, el análisis está colmado de dificultades metodológicas y de definición enfrentadas entre sí. Para poder medir estos tipos de apoyo uno debe ser capaz de definirlos con claridad, y, una vez definidos, de identificar maneras de investigarlos. Esta no es una tarea fácil, porque como uno podría esperar, en un punto ambos se funden. En otras palabras, un desacuerdo lo suficientemente intenso respecto a una institución en última instancia tendrá un impacto en el apoyo difuso.⁵⁵

Aplicar estos conceptos al trabajo de los tribunales constitucionales es aún más difícil. Existen al menos dos razones que explican esto. Primero, la coherencia del concepto descansa en la visibilidad de las instituciones. “Esto asume que la gente conoce o puede llegar a conocer a las autoridades políticas –aquellos responsables de las acciones cotidianas adoptadas en nombre del sistema político.”⁵⁶ Segundo, esto asume que la gente puede hacer responsables a las instituciones. “La relación entre las necesidades percibidas y las

52. David Easton, *A Re-Assessment of the Concept of Popular Support*, 5 BRIT. J. POL. SCI. 435, 436 (1975).

53. *Id.* pág. 436-37.

54. *Id.* pág. 444 (citando a DAVID EASTON, A SYSTEM OF ANALYSIS 273 (1965)).

55. Easton reconoció esta posibilidad, aunque sintió que podía ser resuelta: “[e]mpíricamente ellos podrían oscurecerse entre sí en algún punto, pero excepto en los márgenes, sus diferencias deberían ser realmente claras.” Easton, *supra* nota 52, pág. 448.

56. *Id.* pág. 437.

demandas articuladas debe ser tal que los miembros puedan atribuir la culpa o el elogio directamente a sus autoridades, como los legisladores o la legislatura.”⁵⁷ Ambas suposiciones son problemáticas respecto del control judicial. Como veremos, el trabajo de los tribunales no es particularmente visible. Y como hemos discutido, de manera diferente de lo que ocurre con los representantes electos, ninguna noción sobre la adjudicación constitucional tiene en su centro la idea según la cual, en caso de estar insatisfecha con las decisiones, la gente puede simplemente echar a patadas de sus puestos a los responsables.

Las dificultades para aplicar estos conceptos a los tribunales constitucionales pueden explicar por qué, sólo una década atrás, Greg Caldeira pudo decir: “[I]a verdad es que nosotros no sabemos virtualmente nada en términos sistemáticos acerca del efecto de la opinión pública sobre la Corte Suprema.”⁵⁸ Sin embargo, esta falta de conocimiento genera serios problemas para los análisis teóricos sobre el control judicial.⁵⁹ Jonathan Casper planteó esta cuestión duramente: “[m]uchas de las suposiciones normativas y de las proposiciones prescriptivas sobre el rol de la Corte Suprema en la sociedad norteamericana descansan en parte en aseeraciones implícitas y no probadas sobre las actitudes del público hacia la Corte”.⁶⁰

B. El Apoyo Difuso y la Corte Suprema

Sin embargo, Caldeira –hablando en 1990- era demasiado modesto, porque muy poco después él y su habitual co-autor James Gibson llevaron a cabo lo que todavía puede representar el mayor avance para entender la relación entre la opinión pública y la Corte Suprema, *The Etiology of Public Support for the Supreme Court (La etiología del apoyo público a la Corte Suprema)*.⁶¹ Acosados por problemas de metodología y de información disponible, Caldeira y Gibson sin embargo se las arreglaron para arribar a una distinción entre apoyo específico y difuso a la Corte Suprema. Y lo hicieron de manera tal que ella pudiera brindar alguna esperanza de obtener una respuesta a la pregunta acerca de si la gente apoyaría a la Corte a pesar de su desacuerdo respecto a decisiones individuales. En particular, a ellos se les ocurrió hacerle preguntas a la gente que identificaran, precisamente, lo que nos debe importar para medir el apoyo difuso: si el control judicial debe ser conservado pese a decisiones insatisfactorias, y si deberían emplearse medidas de castigo como la limitación a la

57. *Id.* pág. 438.

58. Gregory A. Caldeira, *Courts and Public Opinion*, en THE AMERICAN COURTS 303, 313 (John B. Gates & Charles A. Johnson eds., 1990) [de aquí en adelante, Caldeira, *Courts and Public Opinion*].

59. Es importante recordar que estas cuestiones se aplican no sólo a los tribunales federales sino también a los tribunales estatales, y que, a diferencia del poder judicial federal, los sistemas de selección y de conservación de cargos para los jueces estatales son una cuestión todavía no zanjada definitivamente. Véase JUDICIAL INDEPENDENCE AT THE CROSSROADS: AN INTERDISCIPLINARY APPROACH 191-226 (Stephen B. Burbank & Barry Friedman eds., 2002).

60. Jonathan D. Casper, *Public Opinion and the Supreme Court: Introductory Remarks*, 84 NW. U. L. REV., 983 (1983).

61. Gregory A. Caldeira & James L. Gibson, *The Etiology of Public Support for the Supreme Court*, 36 AM. J. POL. SCI., 639-64 (1992).

jurisdicción.⁶² Contra esta evidencia, ellos midieron el apoyo específico como una función acerca de si los interrogados sentían que las decisiones de la Corte eran muy conservadoras o muy liberales.⁶³

Caldeira y Gibson encontraron –según la apropiada frase de Easton- una “reserva de apoyo” a la Corte que trascendía el sentimiento hacia el trabajo específico que la Corte estaba haciendo.⁶⁴ De hecho, el apoyo difuso se mantuvo como una variable independiente del sentimiento público, aún cuando ellos controlaron muchas otras variables –incluyendo cuestiones como las características demográficas o las preferencias políticas en temas como el aborto o la segregación racial- que es admisible pensar que puedan ejercer influencia sobre ese sentimiento.⁶⁵

El hallazgo más revelador fue tal vez la medida que sí se correspondía en forma moderada con el apoyo difuso. Caldeira y Gibson formularon a sus encuestados una serie de preguntas que combinaban el tema de la seguridad y el orden con el de las libertades de los ciudadanos, y que interrogaban sobre el respeto a lo que los autores llaman valores democráticos, pero que puede ser catalogado en forma más apropiada como ‘respeto a los derechos de las minorías’. Como uno podría esperar, aquellos que privilegiaban las libertades por sobre el orden, y que eran más tolerantes con los derechos políticos de las minorías, fueron más propensos a mostrar apoyo difuso a la Corte Suprema que aquellos que no lo hicieron.⁶⁶

C. Apoyo Específico Tornando a Apoyo Difuso

A pesar del progreso de Caldeira y Gibson, el problema acuciante de su análisis fue la permeable frontera entre el apoyo difuso y el específico. Dado que, como Caldeira reconoce, el producto de los tribunales es poco visible,⁶⁷ es posible que no saber lo que éstos hacen implique amarlos. De hecho, varios académicos –incluyendo a Caldeira- han

62. *Id.* pág. 639-41 (en donde los autores analizan la manera en que midieron el apoyo difuso de acuerdo a una serie de puntos relacionados con la voluntad para aceptar cambios estructurales fundamentales en la institución).

63. *Id.* pág. 642 (“Medimos el apoyo específico preguntando a los encuestados si en sus decisiones la Corte Suprema es ‘demasiado liberal, demasiado conservadora o si está en una posición adecuada.’”)

64. *Id.* pág. 658: “[E]l público masivo no parece condicionar su lealtad básica a la Corte como institución a la satisfacción de demandas de políticas públicas particulares o de posiciones ideológicas... El apoyo difuso a la Corte Suprema entre el público masivo está, más bien, asociado con aspectos básicos de los individuos como sus valores políticos... El apoyo difuso consiste en realidad en una reserva de buena voluntad y compromiso entre el público masivo”.

65. *Id.* pág. 651.

66. *Id.* pág. 653.

67. Caldeira, *Courts and Public Opinion*, *supra* nota 58, pág. 303 (“Esta falta de conocimiento popular [que más gente pudiera identificar al Juez Wapner que al Presidente de la Corte] ilustra sobre una de las facetas del lugar ambivalente que tanto la Corte Suprema como otros tribunales tienen a los ojos del público norteamericano: la falta de visibilidad salvo en unas pocas situaciones.”); véase también PERETTI, *supra* nota 32, pág. 167 (“Claramente, la Corte Suprema carece de visibilidad para la mayoría de los norteamericanos. Sus miembros resultan poco familiares para el público y, lo que es especialmente relevante, ‘muchas... decisiones de la Corte Suprema pasan virtualmente desapercibidas para la mayoría de los norteamericanos.’”).

afirmado precisamente esto: que el apoyo difuso a los tribunales es más alto cuanto menos gente conozca lo que éstos hacen.⁶⁸

Tanto en el trabajo de Caldeira y Gibson como en las numerosas investigaciones que siguieron sus pasos existe considerable evidencia en cuanto a que la frontera entre el apoyo específico y el difuso es traspasada en situaciones importantes.⁶⁹ Llegar a entender cuándo es esto así, y con relación a qué grupos, es de gran importancia para las perspectivas normativas sobre el control judicial. Si el apoyo difuso es nada más que una falsa representación, entonces la luz podría juntar a los dos. Pero si el apoyo difuso permanece aún cuando el público toma conocimiento del trabajo de los tribunales, entonces nos encontramos en un terreno normativo completamente distinto.

Una cuestión reveladora consiste en las visiones divergentes entre los que podrían denominarse “líderes de opinión” o elites y el resto del público. Caldeira y Gibson descubrieron en su primer análisis que para muchos de los que ellos llamaron “líderes de opinión”, “el apoyo *difuso* operaba como si fuera apoyo *específico*.”⁷⁰ En otras palabras, “para muchos de los líderes de opinión el apoyo al Máximo Tribunal depende de la existencia de políticas judiciales satisfactorias.”⁷¹ La definición que Caldeira y Gibson emplearon de “líder de opinión” es débil –básicamente es auto-definida–,⁷² pero otras investigaciones han demostrado lo mismo. Numerosas investigaciones sugieren que entre las elites, los individuos políticamente activos o como quiera que uno los llame, “el apoyo a la Corte... (está) además muy estrechamente correlacionado con su aprobación a las decisiones específicas de la Corte.”⁷³

Tal vez la evidencia más significativa de que conocer a la Corte es evaluarla de modo realista se encuentre en el proyecto de Charles Franklin y Liane Kosaki sobre el conocimiento

68. PERETTI, *supra* nota 32, pág. 181-82 (“La lección es simplemente que si la Corte dictara en forma persistente decisiones que estuvieran de modo patente y sustancial fuera de línea con la opinión pública y los líderes políticos dominantes, la Corte puede ser -y será- disciplinada.” Sin embargo, “dada la falta de atención del público, las divisiones y ambigüedades en la opinión de la gente y de la elite, y la fragmentación estructural, la Corte disfruta de un espacio considerable para maniobrar en sus aventuras de diseño de políticas.”); Caldeira, *Courts and Public Opinion*, *supra* nota 58, pág. 325-326: “Mientras los jueces mantengan un perfil bajo y las políticas públicas satisfagan las expectativas, los valores políticos básicos darán forma a las actitudes hacia la Corte Suprema. Pero en algún momento la Corte Suprema defrauda esas expectativas, genera controversia y se convierte en un blanco visible. Algunos miembros del público llegarán a ver una disparidad entre las expectativas y el desempeño. El apoyo difuso en consecuencia se debilitará, y las opiniones sobre la Corte reflejarán en forma más directa las opiniones sobre las cuestiones de política pública. De ese modo, las actitudes básicas hacia la Corte jugarán un papel menor en la conformación de las opiniones actuales.”

69. Véase *infra* notas 70-81 y texto adjunto. Como el Presidente de la Corte Taft una vez confió a su hermano: “según yo veo la historia de la Corte, casi todos los años se decide algo que atrae a un grupo, facción o parte del país en contra de la Corte, pero esto se ve generalmente neutralizado por otra decisión en el futuro cercano en favor de esa facción o en contra de alguna otra”. Carta de William Howard Taft a Horace Taft (Mayo 7, 1922), (disponible en THE PAPERS OF WILLIAM HOWARD TAFT, Biblioteca del Congreso), citado en Walter F. Murphy & Joseph Tannenhau, *Publicity Public Opinion, and the Court*, 84 NW. U. L. REV. 985, 993 (1990).

70. Caldeira & Gibson, *supra* nota 61, pág. 656.

71. *Id.* pág. 656.

72. *Id.* pág. 655.

73. David Adamany & Joel B. Grossman, *Support for the Supreme Court as a National Policy Maker*, 5 L. & POL’Y Q. 405, 408 (1983).

que los ciudadanos tienen sobre la Corte Suprema.⁷⁴ En la conclusión de su trabajo, Franklin y Kosaki correlacionaron la actitud de la gente hacia la Corte Suprema con dos factores: su nivel de conservadurismo y su información sobre lo que la Corte realmente estaba haciendo. La información era de 1989, una época en la cual los individuos que conocían el trabajo de la Corte de Rehnquist la catalogaban como crecientemente conservadora. Lo que Franklin y Kosaki descubrieron fue sorprendente. Los liberales no informados evaluaron a la Corte más favorablemente que los conservadores no informados, mientras que a medida que la información sobre la Corte aumentaba, las respuestas se acercaban más ajustadamente a la verdadera posición política de la Corte. Así, los conservadores no informados evaluaron a la Corte por debajo de 50 en un “termómetro de sentimientos”, mientras que los liberales no informados la evaluaron apenas por encima de ese número. Sin embargo, entre los individuos más completamente informados, los conservadores evaluaron a la Corte muy por encima de 75, mientras que los liberales lo hicieron por debajo de 50.⁷⁵ Dependiendo de lo que ella esté haciendo, conocer a la Corte podría bien significar amarla u odiarla. El apoyo difuso podría evaporarse.

Del mismo modo, existe evidencia de que es más probable que el apoyo específico se fusione con el apoyo difuso cuando a los miembros del público les interesa lo que la Corte hace. Caldeira y Gibson advirtieron que las posiciones sobre el derecho al aborto tendían a corresponderse con el apoyo difuso, sugiriendo que ésta es una cuestión muy sensible que eventualmente podría afectar el apoyo difuso a la Corte.⁷⁶ Adamany y Grossman también encontraron esto: que los activistas políticos liberales que se suponía eran menos propensos a defender a la Corte la respaldaban, probablemente debido al apoyo que en esa época el tribunal prestaba al derecho al aborto.⁷⁷ Valerie Hoekstra llevó a cabo una investigación cuya hipótesis era que los individuos que más probablemente podían ser conscientes de -o verse influenciados por- las decisiones de la Corte tendrían opiniones más fuertes sobre ella.⁷⁸ Hoekstra testeó su hipótesis midiendo la reacción popular hacia la Corte en áreas geográficas que dieron lugar a controversias que llegaron al tribunal, y luego evaluó el nivel de conciencia hacia la Corte y la respuesta a sus decisiones a medida que uno se iba alejando de esas áreas. Aunque ella no intentaba calcular el apoyo difuso, sus resultados mostraron que la proximidad geográfica aumentaba la conciencia, y que aquellos que conocían lo que la Corte estaba haciendo tendían a cambiar sus opiniones respecto del tribunal sobre esta base.⁷⁹

74. Charles H. Franklin & Liane C. Kosaki, *Media, Knowledge, and Public Evaluations of the Supreme Court*, en CONTEMPLATING COURTS 352-75 (Lee Epstein ed., 1995).

75. *Id.* pág. 371 (“Entre el cuarto de la población que es menos probable que conozca las decisiones de la Corte, los liberales son más favorables a ella, mientras que los conservadores tienden a desaprobador su trabajo... A medida que subimos en los niveles de conocimiento sobre la Corte, este patrón se revierte.”)

76. Caldeira & Gibson, *supra* nota 61, pág. 644 (“[A]quellos que permitirían que las mujeres se practiquen un aborto bajo cualquier circunstancia... muestran un apoyo significativamente mayor a la Corte Suprema.”)

77. Adamany y Grossman, *supra* nota 73, pág. 423-24: “La opinión sobre el aborto se ha transformado gradualmente en apoyo a la Corte. En 1969, antes de la decisión de la Corte Suprema, el aborto durante el primer trimestre de embarazo era resistido por un margen del 50% al 40%... Investigaciones posteriores evidenciaron la conformación de una mayoría en aumento a favor del derecho de la mujer a practicarse un aborto, por lo menos bajo ciertas circunstancias”.

78. Valerie J. Hoekstra, *The Supreme Court and Local Public Opinion*, 94 AM. POL. SCI. REV. 89, 97-100 (2000).

79. *Id.* pág. 97 (“Además de la proximidad geográfica, la conciencia se ve afectada por la educación, el género, la atención a los medios y la frecuencia de las discusiones políticas... Asimismo, existe evidencia de que la satisfacción con esas decisiones influencia las siguientes evaluaciones de la Corte.”)

Una de las más continuas muestras de evidencia que sugiere que las opiniones que uno tiene sobre las sentencias influyen el apoyo real a la institución, es la prolongada y significativa divergencia entre los grupos raciales respecto a su reacción hacia la Corte. Desde su primer análisis, Caldeira y Gibson han documentado una significativa disparidad, manifestada en el hecho de que los afroamericanos apoyaban menos a la Corte que los no afroamericanos.⁸⁰ En algún sentido, ésta parecía ser una discrepancia en el apoyo difuso, pero al ser analizada la cuestión era más compleja. En el estudio se probó que existe una división generacional en la opinión de los afroamericanos. El contacto con el trabajo de la Corte Warren tuvo un efecto profundo y duradero en el apoyo a la Corte de cualquier afroamericano. Los individuos que tuvieron este contacto tendían a apoyar más a la Corte que aquellos cuya conciencia o conocimiento sobre este tribunal se había adquirido antes o después de esa era.⁸¹ En otras palabras, parece que las opiniones sobre el control judicial fueron moldeadas en respuesta a eventos específicos, pero que esas opiniones persistieron por un largo período de tiempo.

Tomada en conjunto, esta evidencia sugiere que necesitamos conocer algo acerca de cómo el público es informado sobre el trabajo de la Corte Suprema y cuán inflexibles son las actitudes sobre la Corte una vez que éstas se han formado. Si las actitudes están arraigadas y la visibilidad es baja, entonces el apoyo difuso podría no ser otra cosa que un concepto que oculta estos elementos, aunque un concepto persistente. Que esto sea relevante desde el punto de vista normativo dependerá, entonces, de si la visibilidad puede ser aumentada.

D. Información y la Corte

Los académicos están de acuerdo en su evaluación de que la visibilidad del trabajo de los tribunales es baja. Como Caldeira señala: “[L]a Corte Suprema y otros tribunales [...] carecen de visibilidad, salvo en unas pocas situaciones.”⁸² Obviamente, esto es menos cierto respecto de la Corte Suprema, pero aún aquí la mayoría de las decisiones judiciales atrae muy poca atención pública.

El público no está tan ajeno a la Corte Suprema como a veces estamos inclinados a creer.⁸³ Durante un tiempo estuvo de moda señalar que una cantidad mayor de norteamericanos podía identificar al Juez Wapner, de la “Corte del Pueblo”, que al Presidente

80. Caldeira & Gibson, *supra* nota 61, pág. 640 (“[Los] afroamericanos muestran un nivel de apoyo a la Corte sustantivamente menor al que muestran los blancos.”); James L. Gibson et al., *The Supreme Court and the U.S. Presidential Election of 2000: Wounds, Self-Inflicted or Otherwise?*, 33 BRIT. J. POL. SCI. 535, 543 (2003) [en adelante Gibson et al., *The Supreme Court and the U.S. Presidential Election of 2000: Wounds, Self-Inflicted or Otherwise?*] (“Los afroamericanos están considerablemente menos dispuestos que los blancos a mostrar lealtad a la Corte.”); James L. Gibson & Gregory A. Caldeira, *Blacks and the United States Supreme Court: Models of Diffuse Support*, 54 J. POL., 1120, 1140 (1992) (“[Los] afroamericanos tienen en general actitudes bastante positivas hacia la Corte, pero decididamente menos que los blancos.”).

81. Caldeira & Gibson, *supra* nota 61, pág. 640 n.7 (“Una porción significativa del persistente apoyo a la Corte entre los afroamericanos la explicamos como un residuo del efecto positivo creado durante la Corte Warren.”)

82. Caldeira, *Courts and Public Opinion*, *supra* nota 58, pág. 303.

83. James L. Gibson et al., *Public Knowledge of the United States Supreme Court* (trabajo no publicado, en archivo del autor) [de aquí en adelante, Gibson et al., *Public Knowledge of the United States Supreme Court*.]

de la Corte Suprema, William Rehnquist.⁸⁴ Sin embargo, Caldeira, Gibson y Spence midieron el conocimiento popular sobre la Corte y descubrieron que los norteamericanos saben más de lo que generalmente se cree. La mayoría sabía que la Corte contaba entre sus miembros con una mujer y un afroamericano, y la mayoría podía identificarlos de una lista. Ellos también conocían algunos datos básicos, como el modo en que los jueces de la Corte son elegidos. Tal vez lo más curioso (y revelador) para estos fines sea que los autores marcaron como respuesta correcta –y la mayoría de la gente acertó– que la Corte Suprema tiene la última palabra en cuanto al significado de la Constitución.⁸⁵

Lo que la gente sabe se basa obviamente en el modo en que obtienen la información. La gente llega a conocer las decisiones de la Corte Suprema de la misma manera en que conoce la mayoría de las cosas: tanto a partir de los medios como de las declaraciones de los líderes de opinión.⁸⁶ Este punto simple pero evidente explica esta cuestión. El Juez Wapner pasa mucho más tiempo en televisión y en los medios que el Presidente de la Corte Suprema Rehnquist. Si la Corte Suprema abriera sus puertas a las cámaras, el reconocimiento de Rehnquist en los hogares probablemente subiría varios puntos.

¿Cuán visibles son las decisiones de la Corte Suprema? ¿En qué medida conoce la gente las decisiones de la Corte, y qué hace falta para educarla?⁸⁷ Franklin y Kosaki procuraron determinar cuánta atención mediática es necesaria para capturar la atención pública sobre las decisiones de la Corte Suprema. Los autores eligieron un área limitada – St. Louis– y midieron el nivel de cobertura que la Corte recibió y el conocimiento del público en distintos momentos. El período de tiempo estudiado fue 1989, un año en el que la Corte dictó 144 decisiones, de las cuales sólo un cuarto recibió algún tipo de cobertura, y sólo un poco más del diez por ciento (dieciséis casos) tuvo cobertura en las tres estaciones de televisión principales.⁸⁸

84. Véase *supra* nota 67; véase también LEE EPSTEIN & JACK KNIGHT, *THE CHOICES JUSTICES MAKE* 39 (1998); *The Washington 100*, NAT'L J., Junio 14, 1997, pág. 1169 (en donde se analizan los resultados de una encuesta que demuestra que varios funcionarios de baja jerarquía fueron incluidos dentro de las 100 personas más importantes de Washington, mientras que el Presidente de la Corte Suprema no fue incluido); WASH. POST (Edición Semanal), Junio 26-Julio 2, 1989.

85. Gibson et al., *Public Knowledge of the United States Supreme Court*, *supra* nota 83, pág. 1: ("Aproximadamente el 80% de los encuestados respondió correctamente que al menos uno de los jueces de la Corte era afroamericano y que al menos uno era mujer; más del 60% dijo que la Corte Suprema tenía la 'última palabra' sobre la Constitución.")

86. Benjamin I. Page et al., *What Moves Public Opinion?*, 81 AM. POL. SCI. REV. 23 (1987) (en donde los autores encontraron que la opinión pública se ve muy influenciada por los comentarios de la televisión, seguidos por las opiniones del Presidente, las que son vistas positiva o negativamente según como sea que el público vea al Presidente); véase también JERRY W. SANDERS, *PEDDLERS OF CRISIS: THE COMMITTEE ON THE PRESENT DANGER AND THE POLITICS OF CONTAINMENT* (1983) (analizando el impacto de los "expertos" en la opinión pública como algo diferente a los comentarios de los medios).

87. Estas son cuestiones que Charles Franklin y Liane Kosaki se proponen responder en su excelente investigación, *Media, Knowledge, and Public Evaluations of the Supreme Court*. Franklin & Kosaki, *supra* nota 74. Puede encontrarse más evidencia, generalmente favorable, en Hoekstra, *supra* nota 78.

88. Una circunstancia poco afortunada de la investigación de Franklin & Kosaki es que ellos no midieron la cobertura periodística local, en especial porque uno de sus casos –*Webster*– contenía una historia local. Franklin & Kosaki, *supra* nota 74, pág. 355-56 ("Para la cobertura periodística, recopilamos todas las notas de los periódicos locales... y las cadenas de noticias nacionales de televisión. No recopilamos información de notas de la televisión local.") La investigación de Hoekstra demuestra que los noticieros locales cubren más los casos locales, aumentando la conciencia sobre –y la reacción popular hacia– la Corte. Véase Hoekstra, *supra* nota 78, pág. 99-100.

Lo que en seguida aparece como revelador del estudio de Franklin y Kosaki es la baja cantidad de decisiones de la Corte Suprema que es probable que llegue de alguna manera a la atención pública.⁸⁹ Los autores evaluaron la atención pública de cinco casos dictados al final del período de la Corte. Esos cinco casos eran *Webster v. Reproductive Health Services*,⁹⁰ un caso de aborto en el que la Corte podría haber dejado sin efecto o restringido significativamente *Roe v. Wade*;⁹¹ la decisión sobre la quema de la bandera, *Texas v. Johnson*;⁹² un caso trascendente en materia de acciones afirmativas, *Martin v. Wilks*;⁹³ la decisión sobre el sistema de llamadas pornográficas (dial-porn), *Sable Communications v. FCC*,⁹⁴ y el caso sobre la pena de muerte a menores de edad, *Stanford v. Kentucky*.⁹⁵ Los autores midieron la cobertura de los medios respecto de estos casos, y entrevistaron a los encuestados sobre el conocimiento de las decisiones. A partir de esta información los autores estimaron entonces un modelo sobre el conocimiento probable del público de las decisiones de la Corte Suprema.⁹⁶

El modelo que Franklin y Kosaki derivaron de sus entrevistas sugiere que es probable que sólo una pequeña fracción de las decisiones de la Corte Suprema llegue al conocimiento del público. De acuerdo con su modelo de conciencia pública, sólo era probable que *Webster* y *Texas v. Johnson* fueran recordadas por los encuestados.⁹⁷ Por otro lado, estas dos decisiones tenían muy altas probabilidades de ser conocidas.⁹⁸

Dos características diferentes explican el nivel de conciencia respecto a los casos: la atención pública hacia ellos y las características de los individuos que podrían estar siguiendo la información pública o el debate.⁹⁹ No es sólo la cobertura mediática lo que importa. Existen ciertos grupos de personas –por ejemplo, aquellos interesados en la política o los lectores de diarios- que es más probable que tengan más información. Y

89. Franklin & Kosaki, *supra* nota 74, pág. 357-58: “[C]onsideren la probabilidad de que un ciudadano promedio viva una semana sin mirar ninguna nota sobre cada una de las ramas del gobierno. En lo que respecta a las noticias sobre el Presidente y el Congreso, la probabilidad de no ver una nota en una semana es del 1%. En lo que respecta a las noticias sobre la Corte, la probabilidad de no ver una nota es del 39%. Dicho simplemente, los ciudadanos tienen virtualmente garantizada la posibilidad de ver notas sobre el Presidente y el Congreso. Pero es mucho más probable que un ciudadano pierda las pocas notas que aparecen sobre la Corte”.

90. 492 U.S. 490 (1999).

91. 410 U.S. 113 (1973).

92. 491 U.S. 397 (1989).

93. 490 U.S. 755 (1989).

94. 492 U.S. 115 (1989).

95. 492 U.S. 361 (1999).

96. Franklin & Kosaki, *supra* nota 74, pág. 355.

97. *Id.* pág. 358 (“Los casos sobre el aborto y la quema de banderas recibieron la más alta cobertura periodística, de tres a siete veces más que los otros tres casos. Los otros tres casos menos visibles recibieron poca cobertura, haciendo mucho más probable que los ciudadanos ni se enteraran de estas decisiones.”)

98. *Id.* pág. 366 (“Los casos sobre el aborto y la quema de banderas demuestran que es posible que enormes proporciones del público estén al tanto de las decisiones de la Corte... La probabilidad media para el caso de la quema de banderas es de 0.75, mientras que para el caso del aborto es de 0.88... Esto demuestra que cuando un caso se vuelve altamente visible, como los casos sobre el aborto y la quema de banderas, la atención pública puede llegar a ser muy alta.”) “Probablemente” se refiere al hecho de que los autores midieron la cobertura y el conocimiento real de los encuestados, y luego estimaron la atención del público con relación a su ubicación geográfica.

99. *Id.* pág. 361.

algunos casos son de mayor interés para ciertas personas, como las decisiones sobre el aborto para las mujeres.¹⁰⁰

Incluso respecto a la cobertura pública existen diferentes patrones, como lo evidenciaron las controversias sobre el aborto y la quema de la bandera. El caso del aborto fue cubierto inmediatamente en una fuerte explosión del nivel de cobertura que potenció fuertemente la probabilidad de conocimiento público. La decisión sobre la quema de la bandera, por otro lado, permaneció relativamente en un letargo hasta que el presidente Bush [George H., padre de George W. Bush. *N. de T.*] comenzó a convertirla en una cuestión importante una semana después, momento en el cual la cobertura y la probabilidad de conocimiento se dispararon.¹⁰¹

El estudio de Franklin y Kosaki nos lleva a concluir que puede esperarse que sólo una pequeña fracción del trabajo de la Corte Suprema sea visible para el público, si es que otras influencias que mantienen las decisiones bajo la luz pública están ausentes. Sólo un pequeño número de casos atrae la clase de atención de los medios que es necesaria para que se inserten en la atención pública. Es importante entender, sin embargo, que los funcionarios públicos pueden atraer la atención de los medios sobre las sentencias, aumentando con ello su visibilidad.

E. La Naturaleza y la Persistencia de la Reacción Pública

No sólo importa lo que el público conoce sobre la Corte, sino también el modo en que la información afecta la opinión pública sobre el control judicial en general. Se ha probado que la respuesta a esta cuestión es extremadamente difícil. Existen básicamente dos ejes que requieren análisis. Primero, ¿cómo afecta la información a la opinión pública? Segundo, ¿cuán duraderas son las opiniones que se forman de esa manera?

Uno podría razonablemente asumir que las decisiones de la Corte Suprema generan seguidores y oponentes, y esto es lo que parece ocurrir generalmente. El efecto de la “Corte Warren” entre los afroamericanos es un buen ejemplo de que la reacción positiva puede generar un apoyo prolongado a la Corte Suprema.¹⁰² Las investigaciones documentan que, del mismo modo, la reacción negativa a las decisiones disminuye la confianza en la Corte Suprema.¹⁰³

En cierta manera, sin embargo, la reacción a las decisiones de la Corte Suprema es asimétrica. Pero no es del todo claro el modo exacto en que esto se produce. Mientras que

100. *Id.* pág. 366 (“La conclusión más importante es que existe una diferencia sustancial en el conocimiento de las decisiones de la Corte Suprema, tanto entre caso y caso como entre los individuos.”); Véase Adamany & Grossman, *supra* nota 73, pág. 423 (“En la década de 1970, tanto los afroamericanos como los blancos respondían a las encuestas diciendo que estaban de acuerdo con la desegregación, pero el remedio judicial altamente visible del transporte escolar era resistido por el 82% de los blancos y también por el 33% de los afroamericanos.”); conf. Caldeira & Gibson, *supra* nota 61, pág. 645 (en donde los autores demuestran que la misma diferencia existe en los casos de segregación racial residencial y de legalización de la marihuana).

101. Franklin & Kosaki, *supra* nota 74, pág. 360.

102. Caldeira & Gibson, *supra* nota 61, pág. 640; Gibson & Caldeira, *supra* nota 80, pág. 1134-35.

103. Anke Grosskopf & Jeffery J. Mondak, *Do Attitudes Toward Specific Supreme Court Decisions Matter? The Impact of Webster and Texas v. Johnson on Public Confidence in the Supreme Court*, 51 POL. RES. Q., 633 (1998) (en donde los autores demuestran que el desacuerdo con una o ambas de las sentencias en los casos Webster y Texas v. Johnson redujo sustancialmente la confianza en la Corte); Hoekstra, *supra* nota 78, pág. 97 (demostrando que la satisfacción o insatisfacción con las decisiones tomadas por la Corte influencia las siguientes evaluaciones de este tribunal.)

algunos estudios revelan que la reacción negativa es más intensa o más duradera que la positiva,¹⁰⁴ otros sugieren lo contrario.¹⁰⁵ La cuestión es si estos resultados aparentemente en conflicto pueden ser reconciliados.

Parece bastante claro que las decisiones de la Corte Suprema pueden polarizar a la opinión pública, y que la reacción más importante podría en realidad ser el refuerzo de las posiciones o incluso una reacción violenta. Franklin y Kosaki realizaron otro estudio para intentar determinar si las decisiones de la Corte Suprema pueden inclinar a la opinión pública en la dirección sustantiva de las decisiones del tribunal.¹⁰⁶ Los autores evaluaron lo que para muchos analistas legales es la función “educativa” de la Corte Suprema, esto es, la capacidad de la Corte para influenciar a la opinión pública de una manera positiva sobre los fundamentos de las decisiones. Lo que descubrieron fue más bien lo contrario. Estudiando el impacto de una decisión sobre el aborto, Franklin y Kosaki encontraron que la decisión tendía a fortalecer los sentimientos en contra del aborto, especialmente entre los individuos que más probablemente formarían parte de grupos que compartían una posición contraria.¹⁰⁷ De hecho, ellos encontraron evidencia para apoyar su especulación de que lo que ocurre es que los miembros de esos grupos refuerzan mutuamente sus opiniones, haciéndolas más firmes que las de aquellos sin influencia de grupo.^{108*} Esta evidencia de polarización concuerda con la bien elaborada tesis de Michael Klarman sobre la “reacción violenta” a las decisiones de la Corte Suprema, esto es, que el impacto más significativo de las sentencias es alentar a las fuerzas que se oponen al tribunal debido a los fundamentos de las decisiones.¹⁰⁹

104. Véase *infra* notas 110-119.

105. Véase *infra* notas 110-119.

106. Charles H. Franklin & Liane C. Kosaki, *Republican Schoolmaster: The U.S. Supreme Court, Public Opinion, and Abortion*, 83 AM. POL. SCI. REV., 751, 763-69 (1989).

107. *Id.* pág. 759 (“Los individuos que no son blancos y los católicos se volvieron más sustancialmente en contra del aborto sin restricciones como consecuencia de *Roe*.”); see *id.* pág. 767: “si el público favorece en forma homogénea la posición de la Corte antes de la decisión, el apoyo surgirá de todos los grupos. Del mismo modo, si la gente estaba antes uniformemente en desacuerdo con la posición de la Corte, el apoyo disminuirá posteriormente. En ambos casos, el mecanismo es el mismo: los individuos se mueven en la dirección de su (homogeneo) contexto social.”

108. *Id.* pág. 765 (demostrando que la interacción entre individuos religiosos practicantes refuerza mutuamente las posiciones de cada uno, y que por ello “los católicos más practicantes estaban más fuertemente opuestos a los abortos por razones de salud que los católicos menos practicantes”).

* *N. de la T.*: el tema de la polarización de grupos y los posibles defectos de la deliberación en ciertos supuestos es analizado en el artículo de Cass Sunstein –“El Derecho de la Polarización de Grupos”- que se publica en este número.

109. Véase Michael J. Klarman, *Brown, Racial Change, and the Civil Rights Movement*, 80 VA. L. REV. 7, 85-129 (1994) (describiendo la tesis de la reacción violenta causada por *Brown*); véase también Michael J. Klarman, *How Great Were the “Great” Marshall Court Decisions?*, 87 VA. L. REV. 1111, 1182 (2001): “Las decisiones de la Corte Suprema a menudo producen reacciones violentas de efectos impredecibles. De la misma manera que *Brown* movilizó a los blancos sureños a resistir más cambios en el status quo racial, y *Roe v. Wade* inspiró a los pro-vida a organizarse políticamente en contra del aborto, *McCulloch v. Maryland* bien podría haber movilizó la corriente de oposición a los principios nacionalistas de la Corte de Marshall basada en los derechos de los estados. Michael J. Klarman, *The Racial Origins of Modern Criminal Procedure*, 99 MICH. L. REV. 48, 96 (2000): [D]ecisiones como *Powell v. Alabama* produjeron notables reacciones violentas en la opinión blanca sureña. Cuanto más intervenía la Corte Suprema a favor de los Scottsboro Boys, los blancos de Alabama parecían más determinados a ejecutarlos. Del mismo modo, la Corte Suprema de Mississippi claramente retrocedió en *Brown v. Mississippi*, rehusándose a revertir una condena basada en una confesión forzada que casi seguramente hubiera sido excluida una década antes”.

Por supuesto, las opiniones sobre los fundamentos de las decisiones no son equivalentes a las opiniones respecto de la Corte Suprema. Es perfectamente posible estar en desacuerdo con la Corte Suprema en uno o más casos y sin embargo mantener el respaldo a la institución del control judicial. Esto es, después de todo, de lo que trata la tesis del apoyo difuso.

Sin embargo, existe también cierta evidencia que sugiere que la reacción negativa a una decisión influencia de mayor modo las opiniones sobre la Corte Suprema que una reacción positiva. Estudios muy diferentes realizados por Durr, Martin y Wolbrecht,¹¹⁰ y por Grosskopf y Mondak,¹¹¹ ofrecen alguna evidencia en cuanto a que los individuos cuyas opiniones ideológicas se apartan de las de la Corte –tanto respecto de una variedad de decisiones en el caso del primer estudio, o en reacción a decisiones específicas en el segundo– convierten esos sentimientos de un modo más intenso en una reacción contra la Corte en general que aquellos cuyas respuestas son positivas.¹¹²

Por otro lado, Caldeira y Gibson se refieren reiteradamente a un sesgo “positivo” en las reacciones sobre la Corte Suprema.¹¹³ Con esto los autores expresan todo lo contrario, esto es, que la reacción positiva hacia la Corte Suprema importa más que la reacción negativa. Un ejemplo de esto, nuevamente, es el prolongado sentimiento positivo que los afroamericanos, influenciados por la “Corte Warren”, mantienen hacia la Corte, una actitud que persistió a pesar de fuerte evidencia posterior que demuestra que la Corte no fue particularmente amigable hacia los afroamericanos.¹¹⁴

Si existe una solución a estas posiciones divergentes, probablemente ella tenga que ver con el lapso de tiempo durante el cual la reacción pública hacia la Corte Suprema es medida. La investigación de Durr, Martin y Wolbrecht sugiere que los sentimientos negativos

110. Robert H. Durr et al., *Ideological Divergence and Public Support for the Supreme Court*, 44 AM. J. POL. SCI. 768 (2000).

111. Grosskopf & Mondak, *supra* nota 103.

112. Durr et al., *supra* nota 110, pág. 774 (explicando que la “extrema divergencia entre las posiciones ideológicas de la Corte Suprema y del público, mantenida a lo largo del tiempo, provoca una erosión en el apoyo a la Corte casi equivalente al menor nivel de apoyo jamás observado, con las posibles consecuencias para la legitimidad de la institución”). Grosskopf y Mondak, *supra* nota 103, pág. 652, argumentan que “los encuestados que estaban de acuerdo con las decisiones sobre el aborto y la quema de banderas le dieron a la Corte un crédito mínimo, pero la gente que estaba en desacuerdo con una o con las dos decisiones reaccionaron más fuertemente en contra de la Corte como respuesta”. La respuesta favorable a las decisiones de la Corte probablemente sea en sí misma insuficiente para contrarrestar el daño inflingido por una cantidad demasiado alta de decisiones impopulares de alta repercusión.

113. Véase James L. Gibson et al., *On the Legitimacy of National High Courts*, 92 AM. POL. SCI. REV. 343, 352 (1998) [de aquí en adelante Gibson et al., *On the Legitimacy of National High Courts*] (“Podemos concluir que el nivel de conciencia está correlacionado con el apoyo difuso, pero está generalmente mediado por el efecto de la aprobación... Al tomar conocimiento de las políticas públicas diseñadas por la Corte, la gente tiende a verse satisfecha con esos resultados. Esto le da apoyo a la hipótesis del sesgo positivo, que es bien conocida en la literatura de psicología política.”); Gibson et al., *The Supreme Court and the U.S. Presidential Election of 2000: Wounds, Self-Inflicted or Otherwise?*, *supra* nota 80: “La decisión de la Corte Suprema en *Bush v. Gore* no tuvo un impacto debilitante de la legitimidad de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Tal vez porque la Corte gozaba de una reserva muy importante de buena voluntad, la mayoría de los norteamericanos estaban predispuestos a considerar como apropiada la intervención de la Corte, y en consecuencia la insatisfacción con el resultado no contaminó las actitudes hacia la institución”.

114. Caldeira & Gibson, *supra* nota 61, pág. 645 (explicando la actitud positiva entre los afroamericanos que experimentaron la era de la Corte Warren); véase también Gibson & Caldeira, *supra* nota 80, págs. 1134-35.

tienen una vida bastante corta.¹¹⁵ El trabajo, que intenta determinar el modo en que las divergencias ideológicas afectarán el apoyo público a la Corte en el largo plazo, concluye que la reacción negativa probablemente no tenga un efecto significativo en ausencia de una serie de decisiones de la Corte que durante un período de tiempo sostenido se aparte del sentimiento popular.¹¹⁶ El período del New Deal viene inmediatamente a la mente. De modo semejante, es importante distinguir qué clase de reacción pública está siendo examinada. Grosskopf y Mondak intentaban evaluar la “confianza” en la Corte,¹¹⁷ lo que en realidad es más una medida de apoyo específico que de apoyo difuso.¹¹⁸ Por otro lado, Caldeira, Gibson y sus colegas en la investigación han examinado, de modo consistente, si el público apoyaría un cambio fundamental respecto de la Corte, lo que representa la mejor manera de medir el apoyo difuso.¹¹⁹

En conclusión, lo que parece ocurrir es que, a lo largo del tiempo, la Corte construye de alguna manera una reserva de apoyo difuso, que no es fácilmente eliminada por una reacción negativa respecto a decisiones individuales.¹²⁰ No es enteramente claro, sin embargo, cómo funciona esto. Existe otro estudio de Caldeira y Gibson (esta vez junto con Baird) que intenta responder esta pregunta estudiando la reacción pública respecto a las cortes supremas de varios países.¹²¹ Esta es la manera inteligente que ellos encontraron para suplir la ausencia de información longitudinal (información empírica a lo largo del tiempo) sobre la Corte Suprema. La información recopilada en la investigación sobre las cortes supremas de distintos países es difícil de interpretar, como también lo son las especulaciones que formulan los autores sobre la información y que corren en varios sentidos.¹²² Sin embargo, intentando ver a través de la bruma, la información sugiere la posibilidad de que las cortes supremas de distintos países hagan amigos y enemigos con sus decisiones; que a lo largo del tiempo ellas construyan una reserva de amigos cuyos

115. Durr et al. demuestran que el apoyo “agregado a la Corte obedece a evaluaciones públicas de la conducta de la Corte, pero que por varias razones el impacto de los shocks transitorios tiene una relativamente corta duración.” Durr et al., *supra* nota 110, pág. 774. “En dos años el sistema recobra su equilibrio.” *Id.*

116. *Id.* pág. 774.

117. See Grosskopf & Mondak, *supra* nota 103, pág. 641 (los autores utilizaron para ello la siguiente pregunta: “¿usted diría que siente una gran confianza, alguna confianza o prácticamente ninguna confianza en la gente encargada del funcionamiento de la Corte Suprema?”).

118. James L. Gibson, Gregory A. Caldeira, & Lester Kenyatta Spence, *Measuring Attitudes Toward the United States Supreme Court*, 47 AM. J. POL. SCI. 354, 355 (2003) (descubriendo que la “confianza” es más una medida de “satisfacción o insatisfacción temporaria con el desempeño de la Corte que una lealtad duradera hacia la institución en sí misma.”)

119. *Id.* pág. 361-63 (en donde los autores analizan alternativas superiores para medir la “legitimidad” de la Corte Suprema, incluyendo la lealtad -expresada por el nivel de disposición favorable a apoyar un cambio fundamental a la institución-).

120. Gibson et al., *On the Legitimacy of National High Courts*, *supra* nota 113, pág. 356 (“La obtención de apoyo es un proceso dinámico... Pareciera que la satisfacción evoluciona lentamente hacia la legitimidad institucional, y el grado de conexión entre el apoyo específico y el difuso depende de la antigüedad de la institución”).

121. Gibson et al., *On the Legitimacy of National High Courts*, *supra* nota 113.

122. *Id.* pág. 348. La investigación también enfrenta problemas conceptuales. En algunos países no es claro cuál es la máxima autoridad judicial. Por ejemplo, la Corte Suprema de Francia no puede realizar un control judicial de constitucionalidad, mientras que el Consejo Constitucional -que no es un tribunal judicial ordinario- practica un control judicial previo de constitucionalidad. Además, los tribunales de distintos países también difieren en la “antigüedad política” y en los poderes formales que poseen.

sentimientos positivos sean persistentes; que esto se convierta en apoyo difuso; y que una gran cantidad de reacciones negativas sea necesaria para desplazar este apoyo fundamental, una vez que estos tribunales han logrado establecerse a sí mismos.¹²³

F. ¿Existe realmente el apoyo difuso? ¡*Bush v. Gore* sugiere que sí!

Todo esto comienza a ofrecer un cuadro no solo coherente sino completo sobre el apoyo público, excepto en lo que parece ser un gran problema respecto de la tesis del apoyo difuso. El problema es que aunque en muchas de sus investigaciones Gibson y Caldeira hayan efectuado las preguntas correctas sobre el apoyo difuso, como por ejemplo si uno apoyaría la restricción a la jurisdicción o la eliminación del control judicial, no sabemos cuán confiables son esas respuestas. Después de todo, éstas no son preguntas respecto de las cuales la gente haya probablemente pensado, y uno podría conjeturar que si tal cambio fundamental estuviera realmente en la agenda, el tema recibiría un nivel enorme de reflexión madura. De hecho, el problema de estudiar el apoyo difuso constituye una metáfora de la propia idea: ¿mantendría la gente sus respuestas después de haber estado sujeta a un intenso debate público sobre la materia? Este problema está determinado por la información sobre la visibilidad de los tribunales. Por lo pronto, si el trabajo de los tribunales no es palmariamente visible será aún menos probable que la gente haya pensado sobre este tema.

Sin embargo, la historia ofreció algo así como un experimento o quizá una mejora en la capacidad de Gibson y Caldeira para realizar encuestas midiendo la tesis del apoyo difuso. Como resulta ya célebre, la elección presidencial de 2000 salió mal en Florida; el conflicto continuó por un largo tiempo; entró y salió de los tribunales; obtuvo muchísima atención; los ciudadanos tuvieron actitudes muy fuertes respecto a la controversia, y ésta fue finalmente resuelta por la Corte Suprema.¹²⁴ Aquí hubo un nivel muy alto de visibilidad, así como una gran cantidad de análisis acerca del rol apropiado del control judicial.

El estudio de Gibson, Caldeira y Spence sobre la opinión pública después de *Bush v. Gore*¹²⁵ provee fuerte evidencia en favor de la hipótesis del apoyo difuso.¹²⁶ Como uno podría haber anticipado, la política partidaria influyó a la hora de opinar sobre la sentencia, no sólo sobre su imparcialidad sino también respecto de si los encuestados creían que

123. *Id.* pág. 355: "En general, los tribunales más antiguos tienden a ser más legítimos y a tener un mayor apoyo específico acumulado, el que más rápidamente se convierte en legitimidad institucional. Gran parte de... esta relación no es lineal;... Específicamente, existe una diferencia significativa en la fuerza de la correlación entre el apoyo específico y la legitimidad que depende de la antigüedad de la institución. Los tribunales pueden fácilmente ser divididos en dos grandes grupos: nueve menores a treinta años y once mayores a treinta. Entre los primeros, la correlación entre el apoyo específico y el difuso es .29; entre los segundos es .72.

124. Las controversiales elecciones de 2000 dispararon una incontable cantidad de respuestas académicas. Véase, por ejemplo, ALAN M. DERSHOWITZ, *SUPREME INJUSTICE: HOW THE HIGH COURT HIJACKED ELECTION 2000* (2001); HOWARD GILLMAN, *THE VOTES THAT COUNTED* (2001); RICHARD POSNER, *BREAKING THE DEADLOCK* (2001); *THE UNFINISHED ELECTION OF 2000* (Jack N. Rakove ed., 2001); Michael J. Klarman, *Bush v. Gore Through the Lens of Constitutional History*, 89 CAL. L. REV. 1721 (2001).

125. 513 U.S. 98 (2000)

126. Gibson et al., *The Supreme Court and the U.S. Presidential Election of 2000: Wounds Self-Inflicted or Otherwise*, *supra* nota 80. Para una reseña de las respuestas más inmediatas a la decisión *Bush v. Gore*, véase Herbert M. Kritzer, *The Impact of Bush v. Gore on Public Perceptions and Knowledge of the Supreme Court*, 85 JUDICATURE 32 (2001).

ésta fue decidida sobre la base de la ley o de las preferencias políticas de los jueces;¹²⁷ el efecto racial siguió apareciendo,¹²⁸ y aquellos que discreparon con la decisión experimentaron sentimientos más fuertes que aquellos que estuvieron de acuerdo.¹²⁹

Sin embargo, a pesar de la tremenda oposición a esta decisión, Gibson *et al* concluyen que el apoyo difuso a la Corte Suprema continúa siendo muy alto.¹³⁰ En términos globales, la decisión *Bush v. Gore* no tuvo absolutamente ningún impacto en los niveles de apoyo difuso. De hecho, en comparación con estudios similares de 1987 y 1995, esos niveles aumentaron. Esto fue así a pesar de que, probablemente debido a la visibilidad de *Bush v. Gore*, el número de los “no sabe” haya descendido (esto se dio aún entre los demócratas).¹³¹

IV. Las Implicancias del Apoyo Público

Este aprendizaje sobre el apoyo público del poder judicial, ¿dónde deja paradas a las teorías normativas sobre el control judicial? Esta es la pregunta importante. La Sección IV.A ofrece algunas reflexiones sobre ella. Pero la Sección IV.B apunta a enfatizar que la opinión pública es, y puede ser, influenciada. En última instancia, la cuestión del modo en que el control judicial puede ser influenciado podría incidir fuertemente en la plausibilidad de las teorías normativas.

A. Normatividad y Apoyo Público

La pregunta sobre el nivel en el cual el apoyo público incide sobre las teorías normativas del control judicial necesita realmente ser respondida en dos etapas. Primero está la cuestión acerca de cómo deberíamos pensar sobre el apoyo público, asumiendo que el trabajo de la Corte Suprema tiene una visibilidad suficiente como para justificar que pensemos sobre algo. Después deberíamos pensar sobre las implicancias que tiene una baja visibilidad.

En la medida en que el público esté suficientemente informado, las implicancias de la hipótesis del apoyo difuso juegan fuertemente a favor de las teorías normativas que se apoyan en la independencia judicial, y en contra de aquellos que critican a la Corte por haberse desviado de los consensos o puntos de vista populares (incluyendo los referidos a la interpretación constitucional). Esto significa que la gente permanece aparentemente satisfecha con la práctica del control judicial, aún si esto implica dejar que los jueces se salgan con la suya, en tanto existan límites a la discreción judicial. Como el modelo de

127. *Id.* pág. 15 (“La identificación partidaria es un fuerte pronosticador de la percepción sobre la justicia de la decisión en *Bush v. Gore*.”)

128. *Id.* pág. 10 (“Las diferencias raciales sustanciales en las opiniones sobre la Corte existían en 1987 y persistían en 2001. Los afroamericanos eran considerablemente menos proclives que los blancos a expresar lealtad hacia la Corte.”)

129. *Id.* pág. 12 (“Aquellos que estaban en desacuerdo con la decisión estaban más predispuestos a tener una posición fuerte sobre ella que aquellos que apoyaron el resultado.”)

130. *Id.* pág. 21 (“La evidencia muestra que entre 1987 y 2001 el apoyo a la Corte no declinó, y hemos demostrado que la decisión de la Corte Suprema en *Bush v. Gore* no tuvo un impacto debilitante de la legitimidad de la Corte Suprema de los Estados Unidos.”)

131. *Id.* (“En 2001, el 46.6 por ciento de los demócratas dieron dos respuestas positivas a nuestras preguntas; en 1987, esta cifra era apenas menor al 43.0 por ciento.”)

Durr, Martin y Wolbrecht sugiere, la reserva de “capital” que la Corte posee no es infinita.¹³² Pero tampoco es que el gasto sea siempre directo.¹³³ La reserva de capital no se consume con cada opinión impopular. El público parece entender el trabajo independiente de la Corte, y le da cierto margen de libertad.

Esto es un buen presagio para aquellos que conciben un rol contramayoritario para la Corte. Esto indica que el público tolerará que la Corte desempeñe este rol, dentro de ciertos límites. La Corte puede actuar de manera contraria a las preferencias mayoritarias -*Bush. v. Gore* sugiere fuertemente esto- y aún conservar una reserva de apoyo público. Sin embargo, estos márgenes probablemente no sean ilimitados, y tal como veremos, la opinión pública está sujeta a algún tipo de manipulación de parte de quienes tienen interés en hacerlo.

Por supuesto, reconocer un cierto caudal de independencia judicial no nos dice absolutamente nada acerca de la plausibilidad normativa de la agenda de la Corte. La actuación de la Corte Suprema fue vista como contramayoritaria durante la era *Lochner* y durante la Corte Warren.¹³⁴ Si esto es correcto, una Corte puede ser contramayoritaria desde perspectivas políticas salvajemente distintas. Esto es lo que uno recibe cuando elige tener una Corte independiente.

Dado que sus críticas son menos claras, es difícil saber a qué defecto de la Corte en materia de discrecionalidad hacen referencia los constitucionalistas populares. Varios críticos desde la derecha (piénsese en Bork y la cuestión del aborto)¹³⁵ y de la izquierda (piénsese en la abundante doctrina sobre las recientes decisiones relativas al tema del federalismo) han atacado a la Corte por haber actuado de manera contraria a la voluntad popular. No es del todo claro que estas críticas sean empíricamente correctas, lo que tal vez signifique que han sondeado incorrectamente a la opinión pública.¹³⁶ Si esto es así, entonces no existe una brecha entre el sentimiento público y las decisiones judiciales.

132. Véase Durr et al., *supra* nota 110, pág. 774 (“Una extrema divergencia entre las posiciones ideológicas de la Corte Suprema y del público, mantenida a lo largo del tiempo, provoca una erosión en el apoyo a la Corte casi equivalente al menor nivel de apoyo jamás observado, con las posibles consecuencias para la legitimidad de la institución.”)

133. Véase *id.* (“Nuestros resultados proveen apoyo empírico a la premisa de que el apoyo agregado a la Corte obedece a evaluaciones públicas de la conducta de la Corte, pero que por varias razones el impacto de los shocks transitorios tiene una relativamente corta duración.”); véase también BICKEL, *supra* nota 3, capítulo 6 (en donde el autor analiza el modo en que la decisión de la Corte Suprema en los casos de segregación fue simultáneamente costosa para algunos grupos de ciudadanos y provechosa para otros).

134. Estos eventos son sintetizados en Barry Friedman, *The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Three: The Lesson of Lochner*, 76 N.Y.U. L. REV. 1383, 1438-47 (2001); Friedman, *The Countermajoritarian Difficulty, Part Five*, *supra* nota 18 pág. 215 (en donde se describe cómo la crítica contramayoritaria fue hecha en tiempos en que esta característica era acertada).

135. Véase *en general* ROBERT H. BORK, *SLOUCHING TOWARDS GOMORRAH: MODERN LIBERALISM AND AMERICAN DECLINE* (1996); ROBERT H. BORK, *THE TEMPTING OF AMERICA: THE POLITICAL SEDUCTION OF THE LAW* (1990).

136. Véase Charles H. Cameron, *Judicial Independence: How Can You Tell It When You See It? And, Who Cares*, en JUDICIAL INDEPENDENCE P. THE CROSSROADS: AN INTERDISCIPLINARY APPROACH, capítulo 6 (Stephen B. Burbank & Barry Friedman eds., 2002) (en donde los autores investigan la bibliografía existente para analizar si el control judicial contribuye a lo largo del tiempo a la democracia liberal y concluyendo que simplemente no se sabe la respuesta); Mark Graber, *Constitutional Politics and Constitutional Theory*, 27 L. & SOC. INQUIRY 209, 320-22 (en donde el autor reprende a los grandes teóricos constitucionales por la falta de suficiente atención en sus análisis a la realidad empírica); véase también Chemerinsky, *Losing Faith*, *supra* nota 27, pág. 1423-25 (describiendo cómo Tushnet ignora cuestiones como las decisiones de los tribunales inferiores que caen bajo la atención de la Corte Suprema); Friedman, *The Cycles of Constitutional Scholarship*, *supra* nota 8.

Aún si la Corte se ha apartado de la opinión pública con relación a los fundamentos o a la interpretación constitucional, la teoría del apoyo difuso sugiere fuertemente que el público todavía podría preferir acordarle autoridad interpretativa a la Corte Suprema respecto de la interpretación constitucional. Piénsese nuevamente en la enorme mayoría que, en la investigación de Gibson, Caldeira y Spence sobre el conocimiento público, sostuvo que la Corte Suprema tiene la última palabra acerca de lo que significa la Constitución.¹³⁷ Si la gente piensa esto, y si se opone a un cambio fundamental del sistema aún cuando desaprobe algunas decisiones individuales o la inclinación ideológica de la Corte, entonces existe un punto de vista popular –y ciertamente bastante duradero- en cuanto a que la Corte tiene autoridad interpretativa sobre el significado constitucional.

B. Influenciando el Apoyo del Público

Sin embargo, existe aquí un gran “pero”: la opinión pública no es externa al sistema de control judicial y al debate sobre éste. La opinión pública puede ser influenciada. De hecho, la Corte Suprema probablemente la inflencie bastante, sea o no que lo haga en forma intencional. La verdadera pregunta es entonces adónde iría a parar la opinión pública si los actores involucrados en el proceso de su creación hicieran ello más abiertamente.¹³⁸ Dado lo que sabemos sobre la visibilidad y la manera en que el público recibe la información, a la hora de pensar sobre este tema es útil considerar distintas maneras en que las prácticas de la Corte Suprema realmente inflencian (o fracasan en influenciar) a la opinión pública.

En primer lugar, y tal vez lo más importante, la práctica de la Corte de programar las fechas de resolución de los casos mantiene el radar público al margen excepto en raras ocasiones. La Corte decide la mayoría de sus sentencias en un período de tiempo bastante estrecho, y típicamente muchas de las más controversiales son dictadas en las últimas semanas del período. La investigación sobre la cobertura de medios de Franklin y Kosaki revela que, comparada con otras ramas del gobierno, la Corte recibe básicamente muy poca atención, con excepción de un gran parpadeo en el radar de la cobertura mediática al final del mes de junio (cuando generalmente se deciden los casos más importantes), y uno más pequeño, cuando la Corte comienza su nuevo período en el mes de octubre.¹³⁹ Hay que recordar también que la opinión negativa tiene una sobrevida relativamente corta.¹⁴⁰ De este modo, las prácticas sobre publicación de sentencias mantienen a la Corte fuera –más que adentro- de la cobertura noticiosa.

Segundo, al público no le es posible seguir los contenidos concretos de las decisiones, y en general las conoce simplemente por lo que los medios o los líderes de opinión le dicen

137. Gibson et al., *Public Knowledge of the United States Supreme Court*, *supra* nota 83, pág. 5.

138. Véase José María Maravall, *Accountability and Manipulation*, en DEMOCRACY, ACCOUNTABILITY AND REPRESENTATION 154-96 (Adam Przeworski, Bernard Manin & Susan C. Stokes eds., 1999) (en donde el autor analiza los modos en que los políticos encuentran para influenciar a la opinión pública pero también para esconder sus acciones del escrutinio público).

139. Franklin & Kosaki, *supra* nota 74, pág. 356-57 (“El pico de cobertura de la Corte es en junio, cuando la mayoría de las decisiones tienden a ser dictadas. Existe un modesto aumento de cobertura cuando la Corte comienza su término en octubre”).

140. Durr et al., *supra* nota 110, pág. 774.

sobre ellas. Esto significa que a veces el público lee sólo los titulares y se pierde las historias. Piénsese, al respecto, en la decisión en el caso *Planned Parenthood v. Casey*.¹⁴¹ El titular que el público recibió fue que la Corte Suprema no había dejado sin efecto *Roe v. Wade*.¹⁴² Pero la realidad es que, a partir de *Casey*, los tribunales comenzaron a convalidar leyes que limitaban fuertemente la posibilidad de que las mujeres se practiquen un aborto.¹⁴³ Puede ser que el público esté contento con ambas mitades de esta historia. Aunque también es posible que el público sólo haya recibido la primera mitad.

Tercero, el público no puede seguir ni siquiera los titulares cuando el tema de las sentencias es complicado. Buena parte de lo que recientemente provocó el enojo de la academia y de los progresistas giró en torno a las decisiones de la Corte sobre federalismo, particularmente aquellas que versaban sobre los poderes del Congreso para someter a los estados a juicios de reparación.¹⁴⁴ Estos temas son difíciles de enseñar aún a los propios estudiantes de derecho. Mientras las historias sobre la Corte sean contadas en un nivel técnico, el público va a cambiar de canal o a dar vuelta la hoja.¹⁴⁵

141. *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992).

142. *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113; Linda Greenhouse, *High Court, 5-4, Affirms Right to Abortion but Allows Most of Pennsylvania's Limits*, N.Y. TIMES, June 30, 1992, pág. A1; Ruth Marcus, *5-4 Court Declines to Overrule Roe; But Limits Permitted On Abortion*, WASH. POST, June 30, 1992, pág. A1; Laurence H. Tribe, *Write Roe Into Law*, N.Y. TIMES, July 27, 1992, pág. A17.

143. Véase, por ejemplo, *Mazurek v. Armstrong*, 520 U.S. 968 (1997) (en donde se convalidó el requisito del médico); *Planned Parenthood of S. Ariz. v. Lawall*, 307 F.3d 783 (9th Cir. 2002) (en el que se convalidaron unas amplias excepciones al requisito de confidencialidad previstas en una norma de Arizona sobre la autorización judicial para saltar el consentimiento de los padres); *Planned Parenthood of Mid-Missouri & E. Kan., Inc. v. Dempsey*, 167 F.3d 458 (8th Cir. 1999) (caso en el que se convalidó la norma de Missouri que impedía que los servicios prestadores de abortos recibieran fondos estatales de planificación familiar).

144. Véase en general Balkin & Levinson, *supra* nota 9, pág. 1054 ("En 1996, sin embargo, en el caso *Seminole Tribe v. Florida*, la cada vez más firme nueva mayoría conservadora creó una nueva causal de inmunidad estatal, supuestamente basada en la Onceava Enmienda pero en realidad totalmente inventada); Laura S. Fitzgerald, *Beyond Marbury: Jurisdictional Self-Dealing In Seminole Tribe*, 52 VAND. L. REV. 407, 487 (1999) ("Al afirmar una prerrogativa autónoma para controlar su propia competencia sobre demandas contra los intereses estatales, esta Corte Suprema se ha atribuido a sí misma una importante facultad constitucional, corriéndose incluso más allá de *Marbury*."); Post & Siegel, *supra* nota 11, pág. 455 ("El nuevo interés de la Corte en restringir la facultad de la Sección 5, cuando se considera a la luz de los desarrollos en la jurisprudencia sobre la Cláusula de Comercio y la Onceava Enmienda que recién hemos discutido, despierta interrogantes desconcertantes acerca del futuro de la legislación federal antidiscriminatoria.") La magnitud de la respuesta académica a estas decisiones queda demostrada por la proliferación de simposios y conferencias sobre este tema. Véase, por ejemplo, Symposium, *Federalism after Alden*, 31 RUTGERS L.J. 631 (2000); Symposium, *Symposium on New Directions in Federalism*, 33 LOY. L.A. L. REV. 1275 (2000); Symposium, *Shifting The Balance Of Power? The Supreme Court, Federalism, And State Sovereign Immunity*, 53 STAN. L. REV. 1201 (2001).

145. Cubriendo la Corte Suprema para el *New York Times*, Linda Greenhouse ha realizado un noble esfuerzo para explicar las decisiones de la Corte sobre la Onceava Enmienda de una manera accesible y atractiva. Véase, por ejemplo, Linda Greenhouse, *5-to-4, Now and Forever; P. the Court, Dissent Over States' Rights Is Now War*, N.Y. TIMES, June 9, 2002, § 4, pág. 3 ("Hay votos en disidencia en la Corte Suprema, y también hay declaraciones de guerra. En estos días, federalismo significa guerra."); Linda Greenhouse, *Legacy of a Term — A Special Report; In Supreme Court's Decisions, A Clear Voice, and a Murrmur*, N.Y. TIMES, July 3, 1996, pág. A1 ("Continuando con la disgregadora reevaluación de la distribución de facultades estatales y federales que comenzó el año anterior, la Corte Suprema bruscamente puso freno a la facultad del Congreso para someter a juicio a los estados ante los tribunales federales"); Linda Greenhouse, *States are Given New Legal Shield by Supreme Court*, N.Y. TIMES, June 24, 1999, pág. A1 ("Al extender la doctrina de la soberanía estatal mucho más allá de los límites existentes, la Corte Suprema puso hoy nuevos —y fuertes— frenos a la facultad del Congreso de hacer que la legislación federal sea obligatoria para los estados.")

Una cuestión estrechamente relacionada, y que tal vez sea de la mayor importancia, es la referida a la visibilidad de las decisiones. Como hemos visto, sólo una pequeña parte de lo que la Corte hace es factible que sea registrado por la atención pública.¹⁴⁶ De esta forma, una Corte que se mueva estratégicamente podría fácilmente lograr hacer mucho, escondiéndose detrás de decisiones que sean visibles. La capacidad que la Corte tiene para hacer esto no debe ser exagerada. Así, no es que este tribunal pueda siempre determinar por adelantado qué historias serán noticia. Sin embargo, no se requiere mucha ciencia para darse cuenta que algunos casos serán los más trascendentes, y que una enorme cantidad de casos podrá quedar detrás de la escena, al apoyarse en doctrinas más oscuras.

Tomemos un último ejemplo, esta vez de algo que la Corte no ha hecho. Desde hace tiempo ha existido un reclamo para que cuando haya audiencias públicas la Corte Suprema abra sus puertas a las cámaras.¹⁴⁷ La Corte se ha opuesto a esto.¹⁴⁸ Es posible que la oposición de la Corte esté fuera de lugar. Existen indicios en la literatura en cuanto a que lo que crea el apoyo difuso es el conocimiento de los “símbolos” del poder.¹⁴⁹ Si esto es así, el hecho de que el público vea las audiencias públicas puede aumentar el apoyo difuso. Por otro lado, la Corte puede ser sabia al

146. Franklin & Kosaki, *supra* nota 74.

147. Véase, por ejemplo, *Cameras Belong in U.S. Courts*, SUN-SENTINEL (Fort Lauderdale, FL), Mar. 8, 2003, pág. 18A; *Court's Vigor on Display*, L.A. TIMES, Dec. 3, 2000, pág. M4 (“La audiencia del viernes, sin embargo, debería establecer la cuestión de si las cámaras y los grabadores tienen un lugar en el Alto Tribunal”); *Let TV be a Window to Courts*, L.A. TIMES, Feb. 28, 1999, pág. M4 (“El presidente de la Asociación Norteamericana de Abogados, Philip S. Anderson, declaró la semana pasada: ‘me es difícil pensar que exista una mejor lección cívica para el pueblo de los Estados Unidos que poder ver y escuchar cada argumento sostenido ante la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos.’ Él tiene razón.”); *Televising the Highest Court*, N.Y. TIMES, Dec. 5, 2000, pág. A28 (“El Presidente de la Corte debería apoyar la presencia de la televisión en la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos como una importante herramienta de toma de poder democrático.”); *Television and the Court*, HARTFORD COURANT, Dec. 27, 2000, pág. A16 (“[La Corte Suprema] debería seguir el camino de la mayoría de los estados y televisar de modo regular sus sesiones.”).

148. *Court's Vigor on Display*, L.A. TIMES, Dec. 3, 2000, pág. M4 (“Con la mayoría de los Jueces de la Corte expresando una fuerte antipatía a la idea de tener cámaras o grabadores en la sala de audiencias, el Presidente de la Corte William H. Rehnquist rechazó en forma sumaria el lunes pasado una petición de la CNN para transmitir esta sesión.”); *Open up the Courts to Cameras, the Public*, SEATTLE TIMES, Mar. 16, 1998, pág. B6 (“El día que usted vea ingresar una cámara dentro de nuestra sala de audiencias, será por sobre mi cadáver,” gruñó Souter.”); *Television and the Court*, HARTFORD COURANT, Dec. 27, 2000, pág. A16 (“C-SPAN y otros medios han buscado hace tiempo el permiso de la Corte para poder ingresar sus cámaras. Ellos han sido rechazados en forma reiterada”).

149. Gibson et al., *The Supreme Court and the U.S. Presidential Election of 2000*, *supra* nota 113, pág. 20: “Cuando los tribunales se tornan visibles, la gente toma contacto con la parafernalia simbólica del poder judicial... Sin importar cómo uno evalúe la decisión en *Bush v. Gore*, el contacto con los símbolos legitimantes del derecho y de los tribunales tal vez sea el proceso más importante en juego. De esta manera, el efecto de disconformidad con una decisión particular puede ser silenciado por el contacto con estos símbolos legitimantes”. Véase también Gregory Casey, *The Supreme Court and Myth: An Empirical Investigation*, 8 L. & SOC'Y. REV., 385, 409 (1974) (en donde se analiza la mitología de la neutralidad y objetividad en el proceso de adjudicación). Pero véase Caldeira, *Courts and Public Opinion*, *supra* nota 58, pág. 325 (“Mientras los jueces mantengan un perfil bajo y las políticas públicas satisfagan las expectativas, los valores políticos básicos darán forma a las actitudes hacia la Corte Suprema.”)

ser reacia. Si de hecho es mejor para la Corte que haya menos información, entonces televisar las audiencias públicas representa un riesgo. No es sorprendente que la Corte decline aceptar ese riesgo y elija no permitir la televisación de las audiencias.

Hasta aquí hemos analizado el papel que le compete a la Corte, pero también les toca a los líderes de opinión y a los medios jugar el mismo juego. Recuérdese que toda la discusión sobre el público toma en cuenta el hecho de que éste está alejado de la Corte. La influencia del público en la Corte está mediada -y viceversa-. En el medio se sitúan los actores políticos que tienen poder directo sobre la Corte, y que influyen a la opinión pública.

En algún sentido, la naturaleza mediada de la influencia del público sobre la Corte podría proteger al tribunal. Aún asumiendo que existe un público enojado, es posible que quienes estén en el poder busquen proteger a la Corte en la adversidad. Estos sentimientos no necesitan ser generalizados. Es mucho más difícil tomar medidas contra la Corte que protegerla; existen numerosos mecanismos de “veto” en virtud de los cuales la legislación que podría afectar a la Corte podría ser bloqueada.¹⁵⁰

Pero si la Corte llegara a descarriarse, es más probable que la posibilidad de colocar a líderes de opinión y políticos entre el público y la Corte presente una oportunidad para convocar a la opinión pública. Primero, recuérdese que para los líderes de opinión el apoyo difuso opera como apoyo específico. En otras palabras, aquellos que están en el poder tienden a reaccionar mucho más directamente ante decisiones específicas.¹⁵¹ Esto tiene mucho sentido; quienes están en el poder permanecen allí al lograr que sus agendas sean adoptadas. Para los individuos que están en el poder, el control judicial puede significar un verdadero problema. Segundo, los políticos pueden hacerse un nombre actuando como “empresarios” de políticas públicas, alertando al público de los asuntos que requieren su atención.¹⁵² Es difícil imaginar que si existiera un problema con la Corte (si la Corte se descarriara), alguien no avanzaría para llenar el vacío y denunciar la línea actual de la Corte.

Dicho esto, dos advertencias son necesarias. La primera es la lección dolorosamente aprendida por Franklin Roosevelt. El apoyo difuso sí existe; uno ataca a la Corte a su propio riesgo. La segunda -y esto es algo que los académicos progresistas disconformes con la Corte actual deberían aprender de sus primos conservadores- es que es muy importante el modo en que uno dice las cosas. Los conservadores han sido astutos; los progresistas, con toda su frustración, no lo han sido. Los conservadores se dieron cuenta de que era más fácil atacar individualmente a los jueces que a la institución del

150. Véase Friedman, *The Countermajoritarian Difficulty, Part II*, *supra* nota 44, pág. 45 (2002), para un análisis más elaborado de este punto. Véase de modo general McNollgast, *Positive Canons: The Role of Legislative Bargains in Statutory Interpretation*, 80 GEO. L.J. 705, 720-21 (1992) (ofreciendo un análisis de los mecanismos de veto).

151. Adamany & Grossman, *supra* nota 73, pág. 408 (“El apoyo a la Corte entre estas elites [elites políticas] está... muy estrechamente correlacionado con su nivel de aprobación respecto a las decisiones específicas de la Corte.”); Caldeira & Gibson, *supra* nota 61, pág. 656.

152. Véase *en general* Timur Kuran & Cass R. Sunstein, *Availability Cascades and Risk Regulation*, 51 STAN. L. REV. 683 (1999).

control judicial,¹⁵³ y que el éxito de los ataques dependía del modo en que las historias fueran contadas. Los progresistas perdieron su tiempo protestando contra la Corte, de una manera tan técnica que difícilmente podía captar la atención del público.¹⁵⁴

V. Conclusión

La opinión pública y el control judicial están conectados. Desde una posición normativa ellos deberían estarlo. Pero la conexión es distante, está mediada. Existe una cierta distancia entre el apoyo público a la Corte Suprema y la opinión de la gente acerca de lo que la Corte hace. Esto es, probablemente, algo bueno e importante. Incluso el constitucionalismo popular es, y debe ser, otra cosa que la satisfacción de las preferencias políticas inmediatas. Pero este margen no es infinito ni está fijo. Antes bien, el mismo depende de cuán informado esté el público, y de cómo es informado. Para bien o para mal, esto asegura que el apoyo difuso no sea estático.

153. Por ejemplo, John Ashcroft organizó una serie de audiencias sobre activismo judicial, *Judicial Activism, Defining the Problem and Its Impact: Hearings on S.J. Res. 26 Before the Subcomm. on the Constitution, Federalism, and Property Rights of the Senate Comm. on the Judiciary*, 105th Cong. 10 (1997): “[Nosotros]... hemos escuchado testimonios de individuos que experimentaron de primera mano el impacto del activismo. Pienso que ninguno de los que estuvimos aquí podremos olvidar la declaración del detective Pat Boyle, quien nos contó que su hijo fue asesinado por un peligroso criminal que fue dejado en las calles por una orden de un tribunal federal dictada por un juez que, según creo, fue judicialmente activo de un modo indebido. El testimonio del detective Boyle demuestra que el problema del activismo judicial no es solamente una preocupación teórica sobre la separación de poderes sino un problema que a veces tiene consecuencias trágicas y reales. Las audiencias de hoy ayudarán a mostrar otras formas en que los jueces activistas y sus decisiones nos han afectado a todos. Stephan O. Kline, *Judicial Independence: Rebuffing Congressional Attacks on the Third Branch*, 87 KY. L.J. 679, 726 (1999) (en donde se cita al entonces senador Ashcroft); véase también *id.* pág. 706-08 (en donde se ofrecen los comentarios del senador Dole en un discurso dado en la Sociedad Norteamericana de Editores de Prensa, preguntándose “¿[r]ealmente queremos que la mayoría de jueces en los tribunales federales piensen como los jueces Barkett, Baer, Brinkema, y Sarokin -todos estrellas del equipo permisivo liberal-, jueces que parecen intentar dismantelar desde el estrado el Estado de Derecho?”); *id.* pág. 709 (ofreciendo la declaración del senador Hatch, “[E]l juez Sarokin ha repetidamente fallado del lado de los criminales y prisioneros y recientemente ha votado a favor de invalidar las condenas a muerte de dos hombres de Delaware que, en casos separados, asesinaron a varios ancianos.”); *id.* pág. 714 (reflejando opiniones de Tom DeLay en las que éste favorece el enjuiciamiento político de jueces “activistas” como William Justice, Fred Biery, Harold Baer, Thelton Henderson y John T. Nixon).

154. Véase *supra* nota 5 y texto adjunto.

Acerca de Barry Friedman y el “constitucionalismo popular mediado”

Roberto Gargarella

Lo que dice Friedman

En “Mediated Popular Constitutionalism,” Barry Friedman mantiene una tesis descriptiva que no oculta fuertes pretensiones normativas. La tesis descriptiva sostiene que en países como los Estados Unidos rige, de hecho, un régimen de “constitucionalismo popular mediado” dentro del cual el poder judicial cumple la fundamental tarea de “identificar aquellos valores constitucionales que alcanzan amplio apoyo popular a lo largo del tiempo.” Dada la centralidad de esta idea en el trabajo de Friedman, conviene precisar el significado de términos como “popular” y “mediado.”

La idea de constitucionalismo *popular mediado* viene a decirnos que la actividad que desarrollan los jueces (Friedman se refiere, de modo muy especial, a los jueces de la Corte Suprema norteamericana) reconoce, en la práctica, una fuerte conexión con el sentir de la mayoría. Ello es así, en primer lugar, porque las decisiones que toman los jueces tienden a resultar aceptables para una mayoría de la población, en una mayoría de los casos –dato que aparecería confirmado por una diversidad de estudios empíricos citados en el texto bajo examen–. En segundo lugar, Friedman nos asegura que, aún cuando algunas decisiones particulares de los jueces generan desacuerdo en la población, ello no se traduce en un rechazo popular en relación con la práctica del control judicial. Por el contrario, nos dice Friedman, las encuestas parecen afirmar consistentemente que la ciudadanía valora la práctica de la revisión judicial de las leyes. Finalmente, el autor deja en claro que, aún si se diera el caso eventual de un descontento mayoritario con la revisión judicial, el carácter popular del constitucionalismo norteamericano no se vería afectado de modo serio, debido a que la población podría contar con medios institucionales suficientes, capaces de reconectar a dicho poder con el sentir mayoritario (por ejemplo, a través del nombramiento de jueces de orientación política diferente).

Por otra parte, la idea de constitucionalismo popular *mediado* viene a decirnos que –afortunadamente– los jueces no tienden a, ni se muestran interesados en, reproducir simplemente las opiniones mayoritarias dominantes, en el contenido de sus decisiones. Es decir, no nos encontramos frente a lo que podríamos llamar un sistema judicial populista, sino frente a otro en el que los jueces, a pesar de la receptividad que suelen mostrar hacia el pensamiento mayoritario, saben poner distancia con el mismo –entre otras razones, porque se encuentran institucionalmente distanciados del fervor popular. Así, las sentencias judiciales suelen estar (debidamente) conectadas con –pero no (impropiamente) sometidas a– la voluntad mayoritaria. Nos dice el autor que existe tanto una “conexión” como una “distancia” entre la revisión judicial y la opinión pública. El carácter mediado de la revisión judicial se derivaría de tres fuentes diversas. En primer lugar, los jueces no son elegidos de modo directo, sino indirecto, por la población. En segundo lugar, los ciudadanos se relacionan con los magistrados, y sobre todo ejercen control sobre ellos, a través de sus

representantes, y no de modo directo. Finalmente, la comprensión pública de lo que hacen los jueces se encuentra intermediada no sólo por la existencia de una red de representantes, sino también por la presencia de otros filtros, como los medios de comunicación.

Tal como anticipara, Friedman considera que este panorama resulta relevante tanto desde un punto de vista descriptivo como desde un punto de vista normativo. Se trataría de una presentación descriptivamente interesante porque ella nos permitiría desafiar entendimientos compartidos acerca de la revisión judicial, según los cuales existe una permanente y cuestionable divergencia entre la revisión judicial y las opiniones populares. Pero además, y esto es lo que más parece entusiasmar a Friedman, dicha descripción tendría un enorme valor para la discusión teórica acerca de la justificación del control judicial. En efecto, el autor considera que, con el respaldo de aquel arsenal empírico, es posible salir al cruce de la principal línea de ataques –hoy todavía vigente- ante la revisión judicial, que se vincula con el famoso argumento acerca de la “dificultad contramayoritaria.” La idea de esta famosa crítica es la de que -a pesar de lo que señalaran los defensores del control judicial en su momento- la revisión judicial de las leyes no es fácil de sostener en un sistema democrático porque ella conlleva, al decir de Alexander Bickel, la posibilidad de que los jueces se opongan y derroten sistemáticamente a la voluntad de las mayorías del “aquí y ahora.” Y esto representa un problema porque se supone que en un sistema democrático son las mayorías, y no los jueces, quienes deben estar a cargo del gobierno. Contra esta crítica tan habitual, Friedman sostiene (apoyado por una larga lista de autores dedicados a las investigaciones empíricas en torno al poder judicial) que, en la práctica, dicha contradicción entre voluntad popular y decisión judicial no es tal. Por el contrario, existe una fuerte sintonía entre la una y la otra, que socava y finalmente quita validez o peso a la crítica contramayoritaria.

De modo más específico, a Friedman le interesa desafiar a una corriente de creciente importancia dentro del constitucionalismo moderno, el llamado “constitucionalismo popular,” que de modo muy sintético vendría a sostener –conforme al autor- que la revisión judicial de las leyes “debe reflejar las visiones populares acerca del significado de la Constitución.” La presentación de Friedman desafiaría al constitucionalismo popular, en particular, debido a que el mismo tiene una pretensión decididamente crítica frente a la revisión judicial. En efecto, los autores inscriptos dentro de dicha corriente llegarían a aquella prescripción normativa (“los fallos de los jueces deben reflejar la opinión de las mayorías”) fundamentalmente a resultados de una premisa descriptiva anterior, conforme a la cual los jueces, en los hechos, tienden a decidir conforme a criterios habitualmente opuestos a los sostenidos por la ciudadanía. De este modo, la re-descripción propuesta por Friedman acerca de la práctica “real” del control judicial serviría para quitar apoyo a las afirmaciones de un grupo importante de teóricos del constitucionalismo.

Problemas prescriptivos y descriptivos

Para evaluar el texto de Friedman uno puede optar principalmente por uno de dos caminos alternativos: atacar su base empírica o atacar la que aparece como su propuesta normativa. En lo personal, me interesa poner el acento en este último punto, aunque sostendré algo, también, acerca del primero. Para ello, en primer lugar, y con el objeto de

evaluar el éxito de la empresa que se propone el autor, quisiera dedicar unas líneas a clarificar cuál parece ser el objetivo normativo de su texto. En este sentido, surge una primera perplejidad de importancia cuando prestamos atención a su doble blanco de crítica: de modo específico, los autores que defienden el constitucionalismo popular y, de modo más general, los autores que objetan el control judicial a partir del argumento de la dificultad contramayoritaria.

Ante todo, cuando alude al constitucionalismo popular, Friedman reconoce que esta corriente es relativamente joven, y que muchos de sus miembros muestran tener entre sí diferencias de importancia. Sin embargo, nos sugiere Friedman, estos autores se encontrarían reunidos a partir de un mínimo denominador común que sería la idea según la cual la revisión judicial debería reproducir, como un espejo, las visiones populares en torno al significado de la Constitución. Es muy curioso, sin embargo, leer la nota a pie de página a través de la cual Friedman quiere precisar su tal vez impreciso resumen acerca de los contenidos mínimos del constitucionalismo popular. En dicha nota (la nota al pie n. 11 en el texto), Friedman cita cuatro frases provenientes de cuatro trabajos diferentes, aparentemente prototípicos del constitucionalismo popular. Curiosamente, sin embargo, ninguna de dichas citas se ve bien resumida en la brevísima síntesis de la corriente propuesta por Friedman. Así, vemos que Mark Tushnet dice que “el público, en general, debería participar en la definición del derecho constitucional de un modo más directo;” que Stephen Griffin sostiene que “las tres ramas de gobierno deben participar en la tarea de proteger los derechos constitucionales;” que Larry Kramer afirma (tratando de reconstruir la historia jurídica norteamericana) que en los momentos fundacionales del constitucionalismo norteamericano eran los ciudadanos los que tenían la responsabilidad de advertir si la Constitución se encontraba interpretada e implementada de modo apropiado; y finalmente nos encontramos con que Robert Post y Reva Siegel cuestionan el modelo de interpretación constitucional hoy dominante, entre otras razones porque lo consideran centrado exclusivamente en los tribunales.

Claramente, ninguno de los testimonios citados se encuentra medianamente acogido en la síntesis propuesta por Friedman, al decir que el constitucionalismo popular quiere que la revisión judicial reproduzca, como un espejo, las opiniones de las mayorías. El punto no es menor porque nos sugiere que, aún de ser cierto el reclamo descriptivo de Friedman, el mismo no serviría para socavar las pretensiones del constitucionalismo popular. Ello, porque no es nada obvio que los constitucionalistas populares quieran que las decisiones de los jueces sean fundamentalmente un reflejo de las opiniones mayoritarias. En lo personal, no me interesa sostener aquí cuál es la interpretación correcta respecto de qué es lo que quieren decir los constitucionalistas populares. En principio, me basta con decir que las citas tomadas por Friedman para ilustrar el constitucionalismo popular no sirven para hacerle decir a dicha corriente lo que Friedman dice que dicha corriente dice. Por lo tanto, Friedman no puede sugerir, a continuación, la refutación que sugiere, en contra del constitucionalismo popular.

Sin pretensiones de decir “realmente” qué es lo que el constitucionalismo popular mantiene, permítanme sólo sugerir algunas alternativas acerca de lo que (al menos varios de los miembros de esta corriente) podrían sostener (alternativas que, de ser ciertas, demostrarían que Friedman está disparando contra el blanco equivocado). El constitucionalismo

popular podría mostrarse hostil (como suele mostrarse) frente al sistema de revisión judicial hoy existente, porque considera que debe adoptarse un arreglo institucional diferente en donde, de modo más directo y menos diferido en el tiempo, la ciudadanía pueda hacer valer sus puntos de vista acerca de lo que significa la Constitución. Alternativamente, el constitucionalismo popular podría venir a decirnos, simplemente (a través de Kramer?) que la idea asentada a partir del fallo *Marbury v. Madison*, según la cual el poder judicial representa la última instancia interpretativa de la Constitución, contradice el pensamiento prevaleciente en el momento fundacional del constitucionalismo norteamericano. O podría decirnos (de acuerdo con Tushnet?) que la práctica dominante en cuanto a la interpretación constitucional resulta disvaliosa tanto en relación con su objeto (dado que debería concentrarse en una lectura “fina” de la Constitución, relacionada con sus principios básicos más que con su texto) como en relación con el sujeto que la protagoniza (debido al modo en que se ha mediatizado y opacado la intervención de la ciudadanía en dicho proceso interpretativo). O más bien nos podría sugerir (vía Post y Siegel?) que es un error pensar y concebir la interpretación constitucional de un modo tan centrado en la actuación de los tribunales (cuando ello no es lo que ocurre en los hechos ni es lo que debería ocurrir porque, por ejemplo, resulta relevante que voces más diversas participen del cotidiano proceso de reflexión en torno al modo en que se interpreta la Constitución). De ser cierta cualquiera de estas lecturas alternativas posibles en torno a las pretensiones del constitucionalismo popular (sólo unas pocas alternativas entre otras varias posibles), Friedman no habría socavado en absoluto a esta corriente, sino sólo a una versión pobre, bastardeada, de la misma. En todo caso, la pretendida crítica de Friedman fracasa porque ella sólo ataca a una reconstrucción del constitucionalismo popular que no se condice siquiera con los testimonios que el propio Friedman cita para describir al constitucionalismo popular.

Para ser honesto con Friedman, quisiera agregar que es posible que algunos autores inscriptos en el constitucionalismo popular simpaticen con visiones populistas como la que Friedman presume en su análisis. Sin embargo, diría que aún en dichos casos (tal vez el de Larry Kramer) los autores en cuestión se encuentran interesados en decir cosas diferentes de las que Friedman dice (el análisis de Kramer, por ejemplo, se encuentra fundamentalmente dirigido a re-describir los orígenes del constitucionalismo norteamericano), u otras que van bastante más allá de una propuesta de deferencia judicial hacia las opiniones de la mayoría (Kramer podría decir, por ejemplo, que aún un escenario como el descrito por Friedman resulta insatisfactorio, en la medida en que la ciudadanía carezca de la posibilidad de asumir un papel más activo en la discusión constitucional, como el que hipotéticamente habría tenido o aspirado a tener en el período fundacional).

Algo similar podría decirse en torno de la crítica más general de Friedman, dirigida contra quienes afirman el argumento de la dificultad mayoritaria. En efecto, para que la crítica de Friedman tenga sentido es importante tener mayor claridad respecto de qué es lo que quieren los criticados por él, cuando invocan el argumento de la dificultad contramayoritaria. Ocurre que no es nada obvio que los que levantan el argumento contramayoritario lo hagan a partir de la convicción de que la interpretación constitucional debe ser “mayoritaria,” entendiendo por mayoritaria la idea populista según la cual la interpretación debe seguir de modo más o menos inmediato, irreflexivo, incuestionado,

las ocasionales preferencias que sostenga una particular mayoría social, en un momento determinado. Si quienes invocan el argumento de la dificultad contramayoritaria sostuvieran esta visión populista, luego, Friedman tendría razón al cargar contra ellos, dado que no estarían advirtiendo de qué modo la práctica judicial realmente existente refleja algo bastante parecido a lo que ellos quieren, esto es decir, que la interpretación constitucional tiende a reflejar, en los hechos, el sentir popular.

Sin embargo, es dable pensar, por un lado, que (otra vez) los críticos de la práctica de revisión judicial dominante difieren en muchos de sus juicios más importantes acerca de lo que dicha práctica debe “pasar a ser.” Más aún, es dable esperar que muchos de tales críticos no se vean reflejados en absoluto en la postura populista y torpemente mayoritarista que Friedman parece atribuirles. Para tomar sólo un ejemplo, podría decir que en la Argentina, muchos de quienes han invocado el argumento contramayoritario (Carlos Nino, yo mismo), no lo han hecho de ningún modo a partir de la convicción populista de que el poder judicial debe ser un obediente seguidor de las coyunturales preferencias mayoritarias. Dichos autores podrían partir, más bien, de puntos de vista radicalmente opuestos a los citados para decir, por ejemplo, que en materia de interpretación constitucional debe prevalecer la voluntad consistente y deliberada del pueblo, como algo diferente, sino directamente opuesto, de las preferencias agregadas de las mayorías en un momento dado. Estos autores mayoristas podrían ver como un escándalo tanto que el poder judicial difiera sistemáticamente, en sus decisiones, del sentir mayoritario, como que los jueces practiquen un ciego seguidismo frente a cualquier arrebato mayoritarista. Contra tales extremos, estos defensores de una postura mayoritaria podrían defender (como lo hiciera Carlos Nino) una concepción deliberativa de la democracia, dentro de la cual los jueces participarían de un modo muy especial, esto es, procurando sostener y expandir la discusión pública. Dentro de dicho marco, las decisiones públicas serían el resultado de un proceso de deliberación colectiva; la ciudadanía podría reservarse la última palabra en materia de interpretación constitucional; y los jueces podrían contribuir al enriquecimiento del proceso deliberativo a través de la provisión de nuevos argumentos (indebidamente ignorados o desplazados del proceso de toma de decisiones), o a través de la impugnación de otros ya dados (resultantes de la falta de información, el prejuicio, o impulsos de índole meramente perfeccionista). Claramente, un esquema como el citado –vinculado, según dijera, con ciertas comunes visiones acerca de la concepción deliberativa de la democracia– no tiene ningún parecido con el seguidismo populista que Friedman parece atribuirle a quienes invocan el argumento de la dificultad contramayoritaria. En síntesis, Friedman vuelve a fracasar en su intento por socavar la postura de los críticos de la revisión judicial de las leyes. Ello, porque estos críticos pueden mantener sus objeciones al control judicial a partir de concepciones mucho más interesantes y sofisticadas que las que Friedman les adjudica en bloque, como si constituyeran un grupo homogéneo.

En todo caso, y contra Friedman, los críticos de la revisión judicial podrían sostener que lo que les interesa no es un mundo jurídico como el que Friedman les descubre como si les estuviera dando una buena noticia –es decir, un mundo en donde, por algunos azares y otros “rebotes” institucionales, las opiniones de los jueces terminan pareciéndose, en el mediano o largo plazo, a las preferencias ocasionalmente expresadas por las mayorías. Estos críticos podrían afirmar, más bien, que lo que les interesa es contar con un *sistema*

institucional que garantice, del mejor modo posible, que las interpretaciones prevalecientes en torno a la Constitución tengan que ver con la *voluntad deliberada* de la ciudadanía. Para decir lo mismo de un modo más claro, estos críticos podrían manifestarse disconformes con la “realidad” que Friedman les “descubre” no sólo porque en ella se honran las preferencias mayoritarias circunstanciales, antes que la voluntad deliberada de la ciudadanía. Ellos podrían decir, ante todo, que lo que les interesa es contar con instituciones y canales formales que le permitan a la ciudadanía asegurar un lugar crucial a sus puntos de vista, a la hora de interpretar la Constitución. Ellos podrían decir, razonablemente, que ven con preocupación un sistema institucional como el actual, que autoriza, en los hechos, que el poder judicial imponga sobre la ciudadanía, en una multiplicidad de casos relevantes, su visión discrecional acerca del significado de la Constitución. Ello, aún cuando sea cierto (como no es obvio que lo sea) que en muchos otros casos, las decisiones judiciales coincidan con la voluntad deliberada del pueblo. Para ilustrar lo dicho con un ejemplo de Friedman: un fallo como *Bush v. Gore* muestra, con toda su crudeza, los problemas que aún hoy resultan de la llamada dificultad contramayoritaria. En una decisión crucial para la vida pública norteamericana (y la salud política del mundo), una mayoría de cinco jueces decidió, en lugar de (sino en contra de) la voluntad de la ciudadanía, quién debía ser el presidente de la república, invocando (con última autoridad) una curiosa (sino directamente arbitraria) lectura acerca del significado de la Constitución, y los precedentes judiciales existentes. Dicha decisión, perfectamente compatible con el sistema institucional vigente, y autorizada por el mismo, resultó a todas luces ofensiva del razonable deseo de la ciudadanía norteamericana de decidir a través del voto cómo organizarse políticamente (ello sería así aún en el caso de que la mayoría de la población hubiera preferido a George Bush como presidente: la ciudadanía tiene derecho a decidir a través del voto, y no a través de cinco jueces no electos ni removibles democráticamente, quién debe llevar las riendas políticas del país). En definitiva, los mayoristas pueden mostrarse disconformes con el escenario retratado por Friedman en razón de que les interesa contar con un sistema institucional diferente, más sensible a sus convicciones más meditadas (lo que, conviene repetirlo, no quiere decir necesariamente un sistema que venga a poner en práctica cada uno de sus ocasionales deseos), y mejor preparado para promover ese proceso reflexivo.

Lo dicho recién me sirve para afirmar un último punto, referido a los reclamos empíricos del texto de Friedman –un punto que el autor roza en sus últimas páginas. Con toda razón, y luego de haber “probado” la tendencia coincidente que existiría entre decisiones judiciales y opiniones mayoritarias y, sobre todo, el respaldo popular que existiría hacia la práctica del control judicial, Friedman se pregunta acerca del valor normativo de dichas opiniones populares. Dice que la respuesta del caso se enfrenta con un “pero” muy serio, dado que la opinión pública se encuentra, también, endógenamente formada por el propio accionar de los tribunales. Yo quisiera concluir este texto expandiendo las dudas planteadas por el autor, para debilitar aún más la fuerza normativa de estas opiniones *pro-judicial review*. En primer lugar, y en conformidad con lo dicho más arriba, quienes defendemos una concepción deliberativa de la democracia, tenemos todas las razones para acercarnos con desconfianza a los resultados de ocasionales entrevistas o encuestas de opinión en donde se le pregunta a la ciudadanía acerca de su apoyo o rechazo a una cierta institución

actualmente vigente. En otras palabras, quienes distinguimos entre la democracia y el mercado, quienes diferenciamos los comportamientos apropiados dentro del foro político de los que son propios dentro del mercado económico, consideramos que las respuestas en torno a instituciones o cuestiones públicas básicas deben surgir de un cuidado proceso colectivo de intercambio de razones, y no de la reflexión individual y aislada (como la que reflejan las encuestas) de unos cuantos individuos azarosamente amontonados. Por ello, tendemos a mirar con sospecha o desdén los resultados de muchos de los estudios empíricos que Friedman utiliza en respaldo de su propia postura.

Por lo demás, existen buenas razones para sostener que opiniones populares como las que Friedman invoca en beneficio de su causa son endógenas al sistema institucional que los defensores de la democracia deliberativa impugnan (y no sólo opiniones influidas por el accionar de la justicia o los medios de comunicación). Desde una perspectiva como la citada, existen razones especiales para desconfiar de opiniones populares decididamente complacientes frente al status quo institucional. Ello, sobre todo, en la medida en que el sistema institucional vigente no se distinga por la existencia de foros públicos igualitarios (sino, más bien, por la existencia de órganos de difusión decididamente sesgados a favor de aquellos que cuentan con mayor poder económico); en la medida en que el mismo desaliente, en lugar de promover, la intervención cívica en política; en la medida en que el mismo tienda a reducir la política a las contiendas electorales que se producen una vez cada uno, dos o tres años; en la medida en que el mismo permita que el dinero influya de modo permanente y crucial en las discusiones políticas y las campañas electorales; o en la medida en que se cuente con una estructura constitucional más o menos rígida (esto es, en la medida en que los procesos de reforma institucional resulten exageradamente costosos; en la medida en que no existan buenos instrumentos para favorecer la acción colectiva).

En conclusión, diría que el texto de Friedman resulta tan cuestionable en su aspecto descriptivo como en su reivindicación normativa del control judicial.

Las posibilidades normativas del control judicial de constitucionalidad: una respuesta a Roberto Gargarella*

Barry Friedman¹

Me siento profundamente agradecido y halagado por el hecho de que Roberto Gargarella haya respondido a mi artículo *Constitucionalismo popular mediado*. En unas pocas pero bien pensadas páginas, Gargarella nos ha dado a mí y a todos sus lectores mucho que pensar. Aunque discrepo con Gargarella en parte de lo que sostiene, creo que estamos de acuerdo en las cosas importantes. Lo que en última instancia interesa es determinar qué posibilidades pueden existir para el control judicial de constitucionalidad de acuerdo a los fundamentos que tanto Gargarella como yo parecemos apoyar.

Mi respuesta está estructurada en tres partes. En primer lugar quiero sugerir que Gargarella ha derivado erróneamente mis argumentos normativos de mis argumentos descriptivos. En realidad, ambos están relacionados, pero son diferentes. Luego espero demostrar que cuando se trata de las promesas normativas del control judicial, Gargarella y yo coincidimos en mucho. Finalmente, sugeriré algunas dificultades potenciales que la ambiciosa agenda de Gargarella respecto al control judicial puede tener.

I. Separando lo Normativo de lo Descriptivo

En "Constitucionalismo popular mediado" sostengo que, como cuestión descriptiva, el control judicial de constitucionalidad y la democracia no se encuentran en conflicto de la manera en que la mayoría supone. En primer lugar, las encuestas de opinión pública indican que las decisiones judiciales cuentan con apoyo popular. Segundo, cuando los jueces se distancian de la opinión popular, o los jueces modifican su posición o lo hace la gente. (Usualmente lo hacen los jueces.) Finalmente, aún cuando haya desacuerdo, la mayoría apoya la práctica del control judicial de constitucionalidad.

Gargarella objeta lo que él ve como un mayoritarismo simplista. En particular, él se ofende en nombre de los "constitucionalistas populares" que representan un especial blanco de mi artículo original. Gargarella sostiene que los constitucionalistas populares tienen en mente algo más profundo que lo que les adjudico.

Antes de responder a esta crítica en términos más normativos, quiero aclarar que no creo estar siendo injusto en absoluto con los constitucionalistas populares. Por supuesto que ellos tienen agendas más amplias. La verdad, sin embargo, es que a menudo es poco claro qué es lo que los constitucionalistas populares tienen en mente. El movimiento -si sobrevive lo suficiente como para ser llamado así- ha sido notoriamente impreciso en lo que respecta a sus objetivos finales. Pero seguramente estoy en lo cierto en cuanto a que el origen de su posición es su desacuerdo con que el control judicial se imponga sobre la voluntad mayoritaria. Mi artículo sugiere que esa premisa de base es errónea.

• Traducido por Margarita Maxit.

1. El autor agradece a Roberto Gargarella por sus útiles comentarios a esta respuesta.

A pesar de que Gargarella asume lo contrario, mi artículo no intentó en absoluto ser normativo sino puramente descriptivo. Esto puede ser difícil de creer, especialmente cuando uno es parte de una tradición ferozmente normativa. Sin embargo, puede ser más fácil de comprender si explico por qué este artículo (al igual que buena parte de lo que he hecho a lo largo de mi carrera) es persistentemente positivo o descriptivo.

Mi interés en el control judicial de constitucionalidad es de larga data. ¿Y por qué no? Tanto en el debate popular como en la discusión teórica, es mucho lo que se espera de esta práctica. La gente sostiene que el control judicial puede instaurar el Estado de Derecho, y en consecuencia, fomentar el desarrollo económico y la protección de los derechos humanos. Sería bueno que todo esto fuera cierto.

Al mismo tiempo, el control judicial parece estar siempre bajo ataque. La principal objeción, a lo largo de 200 años de historia norteamericana, es que los jueces interfieren con la voluntad popular. A este respecto, los constitucionalistas populares no son diferentes a otros actores que han sido protagonistas de confrontaciones con el poder judicial.

Lo que es irónico es que aun aquellos que defienden el control judicial *también* argumenten que los jueces interfieren con la voluntad popular. Los jueces son héroes o demonios precisamente por haberse parado en contra de la pasión popular. Quienes más respetan a los jueces y al control judicial lo hacen porque los jueces protegen los derechos fundamentales contra las multitudes enardecidas. Los académicos que en los Estados Unidos han ofrecido teorías famosas sobre el control judicial -gente como Alexander Bickel o John Hart Ely- han partido de la premisa de que el rol contramayoritario de los jueces debe ser justificado.

Yo siempre he sido escéptico respecto a que los jueces en una democracia puedan oponerse durante mucho tiempo a la voluntad popular. Cuando comencé a escribir sobre este tema, hace aproximadamente veinte años, observé como una cuestión empírica casual que esto no parecía ser así. Cualquiera fuera la discusión del momento -la pena de muerte, el aborto, las garantías en el proceso penal, o cualquier otra- los jueces y la gente no se mantenían separados por mucho tiempo.

Durante la mayor parte de mi carrera como académico, en consecuencia, me he dedicado a entender el modo en que funciona el sistema de control judicial, antes que a formular argumentos normativos basados en evidencia endeble. No sé si he hecho algún progreso, pero he leído toda la historia y la ciencia política que pude encontrar relacionada a la cuestión del control de constitucionalidad. He sido *persistentemente* descriptivo en mi abordaje, porque no veía cómo podría formular argumentos normativos antes de entender cómo opera el sistema. Tal como he sostenido en otra oportunidad, "ser" no implica "deber ser" pero "debe" tiene por necesidad que implicar "puede".

Hace mucho tiempo llegué a la conclusión de que la mayoría de los académicos que han escrito sobre el control judicial lo hicieron como activistas de su época, y no sólo como teóricos puros. Tal vez sea difícil en teoría constitucional separar estas dos cualidades. Los constitucionalistas populares seguramente no son una excepción. Ellos son académicos liberales disgustados con la actual Corte Suprema conservadora. Si la Corte Suprema fuera diferente, su producción también lo sería. (Por supuesto, serían entonces los académicos conservadores quienes se quejarían de la Corte Suprema.)

El Constitucionalismo Popular Mediado es sólo una parte de lo que he aprendido, pero es suficientemente representativa. Los jueces *no están* frecuentemente o durante mucho tiempo alejados de la opinión popular. Y esto tampoco es, como Gargarella sugiere, algo "azaroso". Los propios mecanismos de la política en los Estados Unidos aseguran que esto sea así. Sea debido a la serie de sucesivas designaciones en la Corte, a la necesidad que la Corte tiene de evitar ser castigada por las otras ramas del gobierno, o al hecho de que los jueces de la Corte quieren ser admirados, o a todo esto y a otros factores, el hecho es que existe una relación simbiótica entre la opinión pública y el control judicial de constitucionalidad. Esto no es accidental.

II. El Costado Normativo del Control Judicial de Constitucionalidad

Si mi punto sobre este tema es correcto, entonces la pregunta apropiada -la que Gargarella formula- es cuál es el valor normativo del control judicial de constitucionalidad. De nuevo, podría parecer extraño que me llevara veinte años llegar hasta aquí, pero sólo recientemente he comenzado a tratar esta cuestión en mi trabajo. Como resultará claro, Gargarella y yo compartimos sobre este tema visiones sorprendentemente afines.

Mi primer artículo sobre esta cuestión se tituló *Dialogue and Judicial Review*.^{*} En él defendí un argumento descriptivo según el cual lo que hace el control judicial es facilitar un diálogo nacional sobre el significado de la Constitución. Los jueces hablan, y -que nadie se equivoque- sus palabras poseen un gran peso. Sin embargo, a la larga la sociedad responde. Cuando esto sucede, y cuando ambas partes discrepan, los jueces tienden a alinearse con la gente.

A lo largo de los años he llegado a comprender que este proceso es aún más complicado. A menudo, cuando los jueces deciden casos, la reacción más importante es la negativa, lo que Michael Klarman denomina "reacción hostil" (*backlash*). La gente critica tanto las decisiones como a la propia Corte. Cuando está verdaderamente descontenta, se organiza y busca un cambio constitucional.

Cuando la sociedad verdaderamente clama por un cambio constitucional, ella tiende a lograrlo. Por esta razón, las afirmaciones sobre la supremacía judicial son en el mejor de los casos exageradas. En una democracia en la que (como en la famosa frase de Alexander Hamilton) los jueces no tienen ni la bolsa ni la espada, sería una sorpresa descubrir que la palabra de los jueces es la última. Raramente -si es que alguna vez sucede- ella lo es. El cambio podrá llegar rápida o lentamente, pero cuando la gente esté insatisfecha con las decisiones de los jueces, simplemente llegará.

El proceso de cambio constitucional es complejo, pero el punto importante es que es diferente a la política común. Por la misma razón que hace difícil esquivar los pronunciamientos judiciales, cuando los jueces dictan resoluciones impopulares se requiere una gran movilización y una campaña sostenida para alcanzar el cambio constitucional. Esto es lo que enoja a los críticos. Pero en algún sentido, para esto se supone que está la Constitución, ¿no es así?

^{*} N. de la T.: *El Diálogo y el Control Judicial de Constitucionalidad*. Publicado en inglés en 91 Michigan Law Review 577 (1993).

Las constituciones deben representar los valores profundos y fundamentales de la gente, y no sus deseos pasajeros. Esto es precisamente lo que Gargarella argumenta. El rechaza la idea de que la opinión pública del momento pueda justificar el control judicial, y yo también lo hago. Él piensa que los valores constitucionales deben ser el producto de un debate deliberativo profundo, y yo también.

Mi posición normativa es que el control judicial no sólo fomenta este diálogo social, sino que también debe hacerlo. Este es precisamente el valor del control judicial. Por supuesto que cualquier sistema de control judicial puede alcanzar este objetivo de modo imperfecto. Mi proyecto más amplio es entender cómo opera el control judicial, y cómo puede ser mejorado. Muchas naciones y estructuras supranacionales han adoptado alguna clase de control judicial, pero las modalidades varían de caso en caso. (Los Estados Unidos de Norteamérica, Argentina, la Unión Europea y Canadá representan distintas formas). En tanto *académicos* debemos intentar entender las virtudes de cada sistema, de modo de poder recomendar un sistema ideal.

No pretendo sostener que mi posición es correcta siquiera respecto del caso de los Estados Unidos. Me ha llevado mucho tiempo aprender lo suficiente respecto de este sistema, y queda mucho para aprender del resto del mundo. Pero mi abordaje ha sido el de un académico y no el de un activista, y ha consistido en situarme por fuera de mis propias opiniones acerca de lo que la Suprema Corte está haciendo, para poder entender las posibilidades del sistema. Puedo asegurarle a Gargarella y a cualquier otro lector que no soy un gran defensor de buena parte de lo que la Corte ha hecho, por no mencionar el caso *Bush. v. Gore*, que fue una parodia.

Lo que sí parece claro es que Gargarella y yo compartimos un conjunto similar de valores normativos. Ambos apreciamos la democracia. Pensamos que es valioso que el debate público sobre las cuestiones fundamentales sea sostenido y discursivo. Y ambos creemos que el control judicial puede -o al menos debería- jugar algún papel en ello.

III- Cautela Respecto de las Perspectivas Normativas

Luego de señalar un espacio de encuentro con Gargarella, quiero introducir unas palabras de advertencia. Al mismo tiempo que respeto el poder de sus argumentos, veo también algunas dificultades. En el mejor de los casos, Gargarella podría querer tener razón de cualquier modo*; en el peor, sus expectativas podrían llegar a ser demasiado poco realistas.

La mayor parte de la literatura académica sobre el control judicial es del tipo "una cosa o la otra". O bien es correcto que el poder judicial decida cuestiones constitucionales, sin importar cuál sea la interferencia con la democracia, o bien el poder judicial es un villano por interferir con ella. Precisamente porque considero que las opiniones de los académicos sobre el control judicial cambian dependiendo de lo que la Corte esté haciendo en realidad, pienso que su producción puede catalogarse tanto como activismo cuanto como obra académica. Para no ser malinterpretado, no hay nada de malo con esta clase de activismo.

* N. de la T.: en el original, "to have it both ways", expresión que denota el deseo de dos cosas mutuamente incompatibles.

De hecho, es esencial mantener a una corte constitucional en la senda correcta. (Sólo que sería mejor si fuera un activismo más sincero.)

En el mejor de los casos, veo una tensión similar en el trabajo de Gargarella. El quiere que los jueces decidan casos, pero también quiere que la voz de la gente sea la que prevalezca. Es difícil obtener ambas cosas, al menos en casos individuales o en el corto plazo. Si los jueces están siempre de acuerdo con el pueblo, ¿cuál es el sentido del control judicial? Gargarella parece reconocer este punto. Sin embargo, si los jueces están en contra del pueblo, Gargarella también está descontento.

Mi esperanza radica en que Gargarella entienda el control judicial como yo lo hago, como un *proceso* a través del cual se deciden los valores constitucionales. Si éste es el caso, entonces no importa que los jueces estén en contra o a favor del pueblo en un momento determinado. Lo que importa es la calidad del diálogo que resulta, y si el sistema puede o no auto-corregirse, en línea con los valores más fundamentales de la gente. Lo que importa es adoptar y conservar un sistema que logre este diálogo público a través del cual los valores constitucionales son construidos.

Mi temor es que Gargarella no quiera aceptar los malos momentos junto con los buenos, dado que ello es inevitable. A Gargarella le preocupa que las opiniones populares sobre el control judicial sean endógenas respecto a lo que la Corte esté haciendo. El se muestra reticente respecto a la alegada supremacía constitucional. Sin embargo, en algún punto estas dos cuestiones son inevitables. Sin ese carácter endógeno no puede haber ningún diálogo. De la misma manera, si los jueces son ignorados no puede existir un control judicial que tenga sentido.

No estoy sosteniendo que todo sea correcto y bueno, y obviamente no estoy hablando del caso argentino, del que conozco demasiado poco -aunque estoy interesado y me gustaría aprender más sobre el mismo-. Pero mi argumento más general es que necesitamos aproximarnos al sistema de control judicial y pensar en su diseño reconociendo que en su raíz contiene una tensión necesaria. El control judicial, para que signifique algo, debe tener impacto. Y la democracia, para que tenga significado, debe a veces resistirlo. A lo que debemos aspirar es a un sistema que pueda lograr un equilibrio, en el que ambas partes de la historia -la sociedad y los tribunales- puedan dialogar entre sí. Porque en definitiva lo que esto significa es que la sociedad está en diálogo consigo misma.

Pobreza, Igualdad, y Derechos Humanos

Marcelo Alegre*

1. Introducción

En este ensayo defiendo la validez de un abordaje al problema de la pobreza global basado en los derechos humanos, y enfatizo una característica de la indiferencia prevaeciente hacia la extrema pobreza, su gratuidad (en el sentido de su absoluta falta de justificación). Sugiero que quizás la visión predominante del problema está basada en presupuestos de hecho que son obsoletos (tales como que la erradicación de la pobreza es imposible o muy costosa). Remover estos falsos presupuestos es parte importante de una estrategia en favor de las víctimas de la desigualdad radical.

Brevemente expongo algunas de las reservas que desde una perspectiva de derechos humanos presentan las Metas del Milenio de la ONU, tanto por su terminología como por sus omisiones sustanciales. Solucionar el problema de la pobreza debería ser entendido como algo más que una meta y la finalidad debería ser su erradicación en el corto plazo, en lugar de su disminución gradual en el largo plazo.

Luego examino la relación entre la justicia y un principio de humanidad interpretado de manera diferente a las lecturas libertarias y utilitaristas. Argumento que dicho principio no está bien entendido si se lo concibe como simple compasión o como un requerimiento supererogatorio, que cae fuera del ámbito de la justicia. El principio de humanidad establece el piso mínimo para la operación de consideraciones de justicia.

Finalmente, y respecto del contexto nacional, me refiero a las razones existentes para considerar que el derecho a la libertad frente a la pobreza tiene rango constitucional y algunas de las consecuencias de dicha jerarquía.

El epílogo se ocupa de varias objeciones generales a los enfoques normativos como el de este trabajo.

2. La pobreza en un mundo rico

El derecho a la subsistencia ha sido correctamente denominado por Henry Shue (1980) como un derecho básico. Este derecho es básico en el sentido de que el disfrute de otros

* UBA-Universidad de Palermo, alegre@derecho.uba.ar. Una versión anterior de este trabajo "Extreme Poverty in a Wealthy World: What Justice Demands Today" integra el libro editado por Thomas Pogge: *Freedom from Poverty as a Human Right: Who Owes What to the Very Poor?* (Oxford: Oxford University Press, 2005). Estoy muy agradecido por los comentarios a borradores previos de Thomas Pogge. Gracias también a Federico Arena, Demián Zayat y Fernando Racimo por ayudarme con la traducción al castellano, y, por observaciones y comentarios, a Paola Bergallo, Eugenio Bulygin, Ricardo Caracciolo, Leonardo Filippini, Roberto Gargarella, Ricardo Guibourg, Rekha Nath, Pablo Navarro, Eduardo Rivera López, a los asistentes al taller organizado por UNESCO sobre este tema en la Universidad de San Pablo, Brasil, 6 y 7 de mayo de 2003, a los asistentes al Seminario de Filosofía Jurídica en Vaquerías (Argentina) en septiembre de 2004, a Florencia Luna por haber incluido este trabajo en el seminario sobre pobreza y ética práctica dirigido por ella en la Asociación Argentina de Análisis Filosófico, y a los participantes de ese Proyecto UBACYT, que ha enriquecido mi perspectiva enormemente. Los comentarios que vienen a continuación de este ensayo, y mi respuesta, son en parte producto de esas discusiones.

derechos depende de su satisfacción. Creo que el carácter básico de este derecho también está apuntalado por la peculiaridad de los deberes correlativos, particularmente por el bajo costo que requiere su satisfacción. El fenómeno de la pobreza extrema convive con el de una desigualdad extrema, por lo cual la redistribución de recursos necesaria para erradicar aquella no afectaría sustancialmente a las personas acomodadas.

La formulación de un reclamo en términos de derechos humanos generalmente implica que los intereses en juego son tan cruciales que otros objetivos o preferencias deben subordinarse a la satisfacción y respeto de aquellos. En otras palabras, se atribuye a dichos intereses un peso extra (y a veces absoluto). Surge una complicación cuando un derecho se encuentra en aparente conflicto o competencia con otro. Y aun cuando compita con preferencias políticas de menor intensidad o con la utilidad agregada, existen consideraciones de políticas públicas, legitimidad democrática y estabilidad que no son siempre fácilmente solucionables.

Pero el caso de la extrema pobreza parece ser diferente en cuanto su abolición en las circunstancias actuales no está en conflicto con ningún valor comparable. En otras palabras, la satisfacción de un derecho a la libertad frente a la pobreza no exige sacrificios significativos y tal vez incluso promueva beneficios agregados.

Tomar conciencia acerca de los presupuestos fácticos de nuestras reflexiones es particularmente necesario en este terreno. Muchas de las opiniones de “sentido común” relacionadas con la extrema pobreza están basadas en afirmaciones empíricas falsas. Quizás la más influyente sostiene que la erradicación de la pobreza es imposible o al menos muy costosa. Richard Rorty (1996), por ejemplo, dice que la erradicación de la pobreza es una quimera. Para él equivale a exigirle a una persona que comparta su pedazo de pan con cien personas desnutridas: todas terminarían hambrientas.¹ Esa perspectiva ignora algunos datos incontestables sobre la pobreza extrema, como por ejemplo, que al mismo tiempo que un quinto de la humanidad dispone de menos de un dólar por día, el quinto de mayores ingresos cuenta en promedio con noventa dólares al día. La transferencia de recursos necesaria para que el quinto más pobre supere el umbral de un dólar por día implicaría un impacto nimio sobre el nivel de vida de los más acomodados. (Esto sigue siendo el caso, aun si se fijara el nivel de pobreza extrema en los dos dólares por día, y aun si los costos administrativos o de otro tipo significaran una suma igual a la suma a transferir).

El derecho a la satisfacción de necesidades básicas se vuelve más claro una vez que se refutan falsedades como la referida. Esto es relevante, dado que la fuerza moral de un derecho aumenta cuando su satisfacción no demanda sacrificios extremos o significativos, y de manera inversa el disvalor moral de la violación de un derecho aumenta cuando el respeto de ese derecho no involucra costos relevantes.

El tratamiento del tema ha sido dominado por la idea de que los deberes correlativos al derecho a la satisfacción de necesidades básicas implican sacrificios o costos relevantes. Concebir la cuestión de la extrema pobreza como un problema de derechos humanos era, en este contexto, extremadamente importante, porque otorgaba un respaldo moral fuerte a los esfuerzos y sacrificios necesarios para su erradicación. Los derechos son intereses

1. Pogge (2003) muestra que la perspectiva de Rorty es inadecuada.

básicos que merecen una protección especial y prioritaria en las agendas y políticas públicas. Del mismo modo que el respeto de derechos civiles y políticos puede significar sacrificios para terceros (tener que tolerar expresiones que nos provocan desagrado, por ejemplo, es un sacrificio que exige el respeto a la libertad de expresión), y también sacrificios económicos (piénsese en los gastos presupuestarios necesarios para sostener el sistema de justicia), las cargas que impone asumir el compromiso de terminar con la pobreza se encuentran ampliamente justificadas por cualquier concepción decente de la sociedad que parta de la dignidad e inviolabilidad a los seres humanos. Consecuentemente, los costos que debería asumir una política contra la pobreza – desde frenar el crecimiento económico hasta disminuir el financiamiento de gastos de defensa o de proyectos culturales – serían el precio que cualquier orden civilizado debe pagar para obtener legitimidad.² Esto también es verdadero, por supuesto, a nivel global: incluso una guerra justa no debe ser ganada a costa de aterrorizar civiles o torturar prisioneros. El derecho a la satisfacción de necesidades básicas está correlacionado con deberes globales, deberes tanto estatales como individuales, y, consecuentemente, el respeto a derechos globales prevalece moralmente sobre la persecución de beneficios globales.

Mucho antes de fines del siglo XX resultaba claro que la humanidad podía poner final a la extrema pobreza, aunque esto implicara –según se creía- significativos esfuerzos a nivel global, nacional y/o individual. Pero hoy en día nos encontramos en una etapa diferente, en la que la extrema pobreza es una clase particularmente monstruosa de violación de derechos humanos. Dado el estado de opulencia que actualmente poseen las sociedades desarrolladas, y los sectores dominantes de muchos de los países subdesarrollados, no parece ser el caso que en orden a eliminar la pobreza extrema sea necesario embarcarse en políticas que requieran sacrificios significativos.³ Implementada adecuadamente y con la cooperación de los gobiernos, la erradicación de la extrema pobreza no tendrá un impacto negativo significativo en la riqueza individual y nacional.

Por un lado, una enérgica política anti-pobreza poderosa no necesitaría un esfuerzo financiero extra, sino que podría basarse en la reasignación de parte de lo que ahora se

2. Algunos de los sacrificios que se requieren para aliviar la inequidad global fueron sugeridos en 1998 por el Informe sobre Desarrollo Humano de la UNDP, y referenciados por Crossette (1998): “Los norteamericanos gastan 8 mil millones de dólares al año en cosméticos –2 mil millones más que la suma total que se estima necesaria para proporcionar educación básica a todos los habitantes de la tierra. Los europeos gastan 11 mil millones de dólares al año en helados –2 mil millones más que la suma total estimada necesaria para abastecer de agua potable y desagües a toda la población mundial. Norteamericanos y europeos gastan 17 mil millones por año en comida para sus mascotas –4 mil millones más que el total estimado para proveer salud básica y nutrición a todos. Se estima que el costo adicional que implica lograr y mantener un acceso universal a la educación, a la salud -incluida la salud reproductiva para las mujeres-, a una alimentación adecuada, al agua potable y desagües no superaría los 40 mil millones al año –o menos que el 4% de la riqueza agregada de las 225 personas más ricas del mundo.” Si estoy en lo cierto, eliminar la pobreza no exigiría siquiera ningún recorte de esos gastos superfluos ni tampoco una disminución significativa del patrimonio de los referidos billonarios.

3. Pogge (2002) en la p. 2 revela que 2.800 millones de las personas más pobres poseen en conjunto cerca del 1,2 por ciento del ingreso global, mientras que 903 millones de personas de las economías de mejores ingresos, poseen en conjunto el 79,7 por ciento. Transferir sólo el 1% del ingreso global -\$312 billones anualmente- desde el primer grupo al segundo tendría el efecto de erradicar la indigencia en el mundo entero” (Se omiten las notas al pie internas)

gasta en otras áreas, tales como recursos militares y políticas proteccionistas autofrustrantes. Por otro lado, erradicar la pobreza significaría incluir a un billón de personas en la economía global, produciendo un incremento en el consumo y el crecimiento económico, y a la vez, mayores beneficios para las economías centrales, las cuales se encuentran mejor posicionadas para sacar ventaja de un incremento en la demanda global.

Esto no implica que la erradicación de la pobreza sea la política que mejor satisface el auto-interés de los que viven en la abundancia. Pero significa que la erradicación de la pobreza es consistente con el propio interés de la porción privilegiada de la humanidad, que no amenaza su confortable posición, y que nuestra indiferencia hacia los pobres del mundo se torna más injustificada. Ahora bien, incluso si la erradicación de la pobreza promoviera el auto-interés de las personas, estados y empresas ricas (una afirmación más fuerte que la que yo hago aquí) no sería sorprendente que ellos se resistieran a cambiar el status quo de manera voluntaria. Escuelas, hospitales y calles mejoran la situación de todos, pero no esperamos que sean construidas por las fuerzas del mercado. La erradicación de la pobreza está a la par de esos bienes públicos: los actores privados actuando separadamente enfrentan problemas de coordinación que requieren una coordinación inter-estatal de esfuerzos.

Otra visión popular acerca de la pobreza, relacionada con la primera (que la pobreza es inerradicable, o que lo es a un costo severo), sostiene que no deberíamos enfocarnos primero en la pobreza, sino en el desarrollo. Esta visión juega un rol similar, en cuanto horada el requerimiento de acciones directas y urgentes para superar la indigencia. Pero la postura de que la pobreza disminuirá sólo como resultado del crecimiento económico ha probado ser demasiado simplista. Además, el crecimiento económico, que en general indudablemente disminuye la pobreza, puede ser afectado negativamente por la desigualdad económica y la falta de políticas activas anti-pobreza. Dani Rodrik (2000) muestra que la implementación de políticas adecuadas contra la pobreza no sólo no impide sino que en cambio acelera el crecimiento económico. Bruno, Ravallion y Squire (1998) muestran la ineficiencia de las restricciones al crédito que afectan a los pobres ya que ello detiene el crecimiento económico. También explican que la redistribución de bienes mediante la reforma agraria contribuyó al crecimiento económico en Japón, Taiwan y Corea del Sur. En igual sentido Eckstein y Zilcha (1994) muestran que la escolaridad obligatoria (una herramienta crucial para la erradicación de la pobreza) afecta positivamente al crecimiento.⁴ El contexto de alta desigualdad que generalmente acompaña a la extrema pobreza produce una influencia desproporcionada de los ricos sobre las políticas públicas, favoreciendo particularmente políticas tributarias (Persson y Tabellini 1994) y monetarias (Laban y Sturzenegger 1992) que aminoran el crecimiento.

La pobreza no es inevitable, su erradicación es factible a bajo costo y las políticas a favor de los pobres aceleran, en vez de retrasar, el desarrollo. Si esto es correcto, significa que hoy el derecho humano a la subsistencia está correlacionado con deberes que no involucran costos relevantes, por lo cual la violación de derechos humanos mediante la extrema pobreza es particularmente chocante debido a su gratuidad e irracionalidad. Más de un billón de seres humanos están siendo vulnerados en sus derechos no ya solamente al ser tratados como

4. William Easterly (2002) muestra una visión más escéptica acerca de la relación entre escolarización y crecimiento. Una forma sensata de conciliar ambas opiniones es la de vincular el crecimiento con la escolarización con una mínima calidad. Este último es el factor ausente en los casos estudiados por este autor.

meros medios para un fin social deseable (como sería la conservación de la base económica de las democracias modernas, o la acumulación de capital que haría posible la erradicación de la pobreza de futuras generaciones). Eso ya sería suficientemente injusto. Pero es aún peor: sus derechos les están siendo negados sin ninguna razón importante, dado que la implementación de políticas destinadas a eliminar la indigencia no afectaría de manera significativa (y quizás favorecería) los intereses (incluso aquellos netamente económicos) del resto.⁵

Una vez que la urgencia de las necesidades es aceptada, y la injusticia de las instituciones económicas y políticas globales (diré más sobre el núcleo de esta injusticia) entra en el cuadro, el hecho de que aquello que los mejor situados perderían en un orden más justo es superfluo o insignificante, en definitiva refuerza, desde mi punto de vista, el rigor y el peso de un derecho global a verse libre de la extrema pobreza.

Este hecho nos fuerza a reflexionar sobre problemas de irracionalidad y falta de coordinación colectiva que trascienden el dominio de la justicia. No sé si sea más efectivo desafiar la indiferencia prevaleciente hacia la pobreza por ser inmoral o por ser sólo irracional, pero ciertamente creo que la segunda vía merece cierta atención ya que se expresa en el lenguaje del auto-interés individual y nacional que domina las conversaciones de los poderosos.⁶

Parece plausible pensar que existe un retraso en la base informacional que nutre la opinión del público general sobre esta cuestión. Tal vez las reacciones predominantes que en sociedades desarrolladas se dan hacia el problema de la extrema pobreza global se encuentran influidas por información obsoleta. Por ejemplo, quizás una gran cantidad de ciudadanos bien educados de los países ricos comparta la afirmación de Rorty de que la erradicación de la pobreza es una meta utópica pues dejaría también en la indigencia a las personas pudientes de las democracias desarrolladas. Si esto es así, parece entonces crucial difundir cuan poco costoso es reducir drásticamente la extrema pobreza, ya que ello eliminaría una de las fuentes de resistencia al cambio.⁷ Esta es una de las responsabilidades de los académicos.

5. ¿Podría criticarse que la eliminación de la pobreza se encontrara motivada, por ejemplo, por la búsqueda de un mercado de un billón de consumidores adicionales? Sé que para algunos kantianos esto podría ser visto como otra forma de tratar a los pobres como medios. No pienso así, pues creo que las acciones (la calidad moral de los agentes es una cuestión distinta) deben ser juzgadas desde un punto de vista más objetivo, no siendo decisivas las motivaciones. Si alguien cumple una promesa para asegurar su autoestima como una persona recta, existe un sentido en el que está tratando al otro como medio para obtener aprobación y no está actuando sólo por el motivo del deber. Sin embargo la acción es impecable moralmente. De la misma manera, si el derecho a un acceso a recursos mínimos se encuentra justificado sobre la base de consideraciones independientes (tal como las que sostengo en la próxima sección), el hecho que ello pueda satisfacer motivos egoístas de algunos no resulta problemático.

6. Contra esto podría argüirse que otorgar una módica suma a un billón de víctimas de desigualdad amenazaría los intereses de los ricos, pues fortalecería a los pobres, confiéndoles una base más segura a su lucha contra la injusticia. No resulta fácil imaginar que esta idea pueda ser públicamente defendida por personas civilizadas, pero debería ser tenida en cuenta al momento de analizar la racionalidad de quienes se resisten a la erradicación de la indigencia. También se ha argumentado que la erradicación de la pobreza extrema podría intensificar los problemas ambientales, si los pobres actuales se convirtieran en consumidores de recursos no renovables o en productores adicionales de contaminación. Esta opinión ignora que es más fácil controlar el crecimiento poblacional en ausencia de pobreza extrema. En cualquier caso, para desmentir mi tesis, no alcanza con identificar razones autointeresadas aisladas en contra de la erradicación de la pobreza. Es preciso probar que ellas, en conjunto, son más fuertes concluyentemente que las que apuntan en sentido contrario.

7. Otra fuente de resistencia que merece atención (al menos en EE.UU.) es la falsa creencia de que ya se destinan grandes sumas de dinero público en ayuda al exterior para aliviar la pobreza.

Si la pobreza no fuese uno de los problemas centrales del mundo, sino una tragedia insoluble, entonces sería menos objetable que quienes no somos pobres demos la espalda a la cuestión. (¿Que otra cosa podríamos hacer?). Aún cuando no fuera considerada una tragedia sin solución, si los esfuerzos para resolverlo fueran enormes, esto explicaría (si bien no justificaría) la actitud de indiferencia predominante. Pero si se reconoce que la extrema pobreza es remediable, mediante una modesta redistribución de recursos y a través de políticas inteligentes, entonces ignorar el problema deja de ser una simple actitud de evasión racional, para convertirse en complicidad imperdonable.

Ahora bien, este derecho a la satisfacción de las necesidades básicas puede ser entendido como obligando sólo a los gobiernos locales y conciudadanos. Por el contrario, considero que este derecho se encuentra correlacionado también con deberes globales, especialmente con los deberes de los estados e individuos ricos. En este punto, lo “barato” que cuestan las políticas de erradicación de la indigencia refuerza los argumentos a favor de una perspectiva cosmopolita que mire hacia el pasado y el futuro. En primer lugar, mirando hacia el pasado, el argumento sostiene que la manera en que la generación actual distribuye el enorme capital acumulado por las generaciones que las precedieron es arbitraria. En otras palabras, no existe ninguna razón para que se impida a un individuo acceder al menos a una pequeña porción de aquello que la humanidad ha obtenido a lo largo de su historia. Es plausible pensar que la injusticia en la distribución de bienes abundantes, que causa muertes masivas prematuras, es moralmente más condenable que la injusticia en la distribución de bienes escasos. En segundo lugar, el escaso costo mencionado permite subsumir el caso de la extrema pobreza dentro del Principio del Rescate, esto es, el argumento hacia el futuro que transforma en un mandato moral la satisfacción de las necesidades básicas, cuando esa satisfacción acarrea costos bajos.⁸

Aclaro que no estoy afirmando que el único medio para erradicar la pobreza sea a través de la transferencia de recursos. Eso sería un obvio error.⁹ Pero sí presupongo que

8. T. Scanlon (1998) sostiene esta visión contractualista del Principio del Rescate, la que “no podría ser rechazada de manera racional”: “si usted se encuentra frente a una situación en la que puede evitar que algo malo ocurra, o aliviar a alguien en un aprieto horrendo, haciendo un pequeño (o incluso moderado) sacrificio, entonces resultaría incorrecto no hacerlo” (pág. 224). Recuérdese la formulación, en Peter Singer (1971), de las variantes fuerte y débil del principio para enfrentar la indigencia en su famoso artículo (“si se encuentra bajo nuestras posibilidades evitar que algo malo suceda, sin que por ello sacrifiquemos nada de importancia equiparable, estamos moralmente obligados a hacerlo”; y, “si tenemos la posibilidad de evitar que algo muy malo llegue a suceder, sin que ello implique sacrificar algo moralmente relevante, entonces tenemos la obligación moral de hacerlo”), (pág. 696). La asunción empírica de que la erradicación de la pobreza no es costosa llevaría a que la obligación moral de respaldar tales políticas caiga dentro de la formulación débil. Sin embargo, Singer sostiene que su segunda formulación implicaría “que todos deberíamos renunciar a la mitad de nuestros ingresos”, (pág. 700), lo que exigiría “un tremendo cambio en nuestras vidas”, y que ello conllevaría que “la sociedad de consumo decaiga, y quizás desaparezca enteramente,” (pág. 704). Si ninguno de estos actos o consecuencias son necesarios para aniquilar la extrema pobreza, entonces “moralmente relevante” en la variante menos exigente del principio podría ser interpretado de una manera mucho más conservadora que la propuesta por Singer mismo, debilitando aún más la segunda formulación.

9. Heredia (1996) enumera siete raíces estructurales de la pobreza: Falta de democracia, falta de acceso a medios de producción y a recursos, falta de mecanismos adecuados para el ahorro y la distribución, economías nacionales no orientadas hacia las necesidades locales, un rol gubernamental débil en relación a prestaciones sociales, sobre-explotación de recursos y contaminación, políticas que favorecen la monopolización y, por lo tanto, la polarización. El buen gobierno, local y global, es clave para resolver este problema. Las transferencias de recursos tienen sentido como parte de esta práctica.

una transferencia de recursos es necesaria, y quienes creen en la imposibilidad o el costo extremo de la erradicación de la pobreza tienen en mente este aspecto de las políticas anti-pobreza enérgicas. Esta idea es la que discuto.

Desde un abordaje basado en los derechos humanos, el bajo costo económico de la eliminación de la pobreza remueve dos obstáculos para la defensa de los intereses de las víctimas de la pobreza. En primer lugar, argumentos consecuencialistas, y en segundo lugar, razones auto-interesadas. Los derechos, y como tal el derecho a mínimos recursos, derrotan a ambos tipos de consideraciones, pero es importante el hecho de que el cálculo de consecuencias cuenta en favor y no en contra de las políticas en favor de los pobres. Del mismo modo, el hecho de que los esfuerzos requeridos no son en absoluto demandantes merece ser difundido a fin de bloquear fuentes de resistencia basadas en el auto-interés. Por lo tanto, la estrategia basada en los derechos humanos debe ser cuidadosa en mostrar con claridad que este derecho tiene la característica peculiar de no colisionar con razones consecuencialistas y de no presionar significativamente sobre las razones prudentiales o egoístas.

3. Las Metas del Milenio desde una perspectiva de Derechos Humanos

Una perspectiva de derechos humanos acerca de la cuestión de la extrema pobreza, que de cuenta de las observaciones previas, no puede sino ser crítica de las Metas del Milenio, unánimemente aprobadas por los estados miembros de las Naciones Unidas, las que, en relación con la extrema pobreza, dicen lo siguiente:

Objetivo 1: Reducir a la mitad, entre 1990 y 2015, la proporción de personas cuyo ingreso es menor a un dólar por día.

Objetivo 2: Reducir a la mitad, entre 1990 y 2015 la cantidad de personas que sufren de hambre.

Las Metas del Milenio han sido criticadas por su falta de ambición y por la manera en que miden la pobreza (por ejemplo Pogge y Reddy 2002).¹⁰ En mi opinión, desde una perspectiva de derechos humanos las Metas merecen varias objeciones. En primer lugar, tenemos el problema del uso del lenguaje de “Metas”. Como vimos, los derechos son más que objetivos deseables. Involucran un tipo de prioridad que se ve erosionada si hablamos de metas. Ciertamente podríamos usar esta palabra queriendo significar “Meta Imperativa” o “Meta Prioritaria” para transmitir la idea – implicada por la noción de derechos- de que respetarlas o satisfacerlas no es sólo un objetivo entre otros, sino una razón para posponer otras metas u objetivos. Los gobiernos poseen numerosas metas y porque no pueden atenderlas todas a la vez, practican una suerte de balance entre ellas, otorgando idealmente mayor peso a las más urgentes y menos peso a las menos imperativas. Generalmente se utilizan innumerables excusas para posponer el respeto a los derechos, y en el caso de la pobreza la lista tiende a ser larga. Una de las excusas más comunes ubica la meta de aliviar la extrema pobreza a la misma altura que otras, tales como garantizar la seguridad o la

10. Ravallion (2002) escribió una réplica a esta crítica, a la que siguió una contrarréplica de Pogge y Reddy (2002b).

estabilidad o la necesidad de favorecer la acumulación de capital o de sostener un sistema de incentivos, etc. La terminología de las Metas es desafortunada porque no logra transmitir la urgencia y la crucial importancia del problema de la indigencia. Un poco de historia explica la elección de estas palabras. Ha existido una erosión gradual de la postura asumida en la Cumbre de la Alimentación de Roma de la F.A.O. en 1996, donde 186 países se unieron para condenar como “intolerable que más de 800 millones de personas en todo el mundo, y particularmente en los países en desarrollo, no posean comida suficiente para satisfacer sus necesidades nutricionales básicas”.¹¹ Esta erosión no está completamente desvinculada del hecho de que, habiendo suscripto esta declaración, el gobierno de Estados Unidos volvió sobre sus pasos para explicar que “la realización de cualquier derecho a una adecuada alimentación o de un derecho fundamental a verse libre del hambre es una meta o una aspiración para ser llevada adelante de manera progresiva y no da origen a ninguna obligación internacional.”¹²

En segundo lugar, las metas pueden ser criticadas por pretender reducir a la mitad la proporción de personas que viven bajo extrema pobreza en lugar de eliminar la pobreza. Esta formulación no muestra respeto hacia cada una de las víctimas de esta injusticia global. Por un lado, la pobreza extrema no debe ser simplemente reducida, sino eliminada. La pobreza extrema es una evitable vergüenza moral para la humanidad que debe ser erradicada lo más urgentemente posible. Los derechos humanos tienen una estructura individualista: ellos derivan del carácter único e inviolable de cada ser humano. Dada esta propiedad cualquier política que persiga rectificar violaciones a derechos humanos, debe tener en cuenta que cada víctima implica una pérdida inconmensurable, no una pérdida fungible. Se ha señalado que dada la tendencia demográfica actual, aún cuando se cumpliera con las metas, en el 2015 nueve millones de personas morirán anualmente por causas relacionadas con la pobreza.¹³ Las metas comunican la idea de que la extrema pobreza es una suerte de cuestión intratable, la que deberíamos esperar controlar y reducir, como una enfermedad extendida cuya cura todavía no ha sido descubierta. Si en cambio los líderes internacionales hubieran reconocido que la pobreza es el resultado de instituciones y prácticas injustas, deberían haber acordado eliminarla y establecido un plazo límite más corto. De todos modos, es sorprendente que ese plazo límite para la eliminación de la extrema pobreza no haya sido fijado y ni siquiera discutido, da lugar a y tácitamente favorece la idea de que la eliminación de la pobreza en el corto plazo es un objetivo irreal, o que simplemente no es tan importante.

Por otro lado, al proponerse reducir la “proporción” de pobres, se da la posibilidad, dado el crecimiento poblacional, de que se cumplan las Metas al tiempo que aumente el número total de pobres, y por lo tanto, de las millones de muertes evitables vinculadas con la indigencia. Esto es inaceptable desde una perspectiva basada en los derechos humanos: sería absurdo que fuese menos reprochable matar (o violar, o torturar, etc.) a una persona mañana que hacerlo hoy, bajo la noción de que esa muerte... ¡representaría mañana una proporción algo menor sobre el total de la población!

11. http://www.fao.org/wfs/index_en.htm

12. El documento completo puede consultarse en la página web del United States Department of Agriculture-Foreign Agricultural Service, <http://www.fas.usda.gov/icd/summit/interpre.html>.

13. Pogge (2002), pág. 10.

Si la pobreza extrema es una violación de derechos humanos, entonces las políticas globales deberían pretender erradicarla, y no reducirla a niveles “aceptables”. El crecimiento económico de algunos países demuestra que es posible conseguir la eliminación (no sólo la reducción a la mitad) de la indigencia en el futuro cercano. Al presionar por la obtención de las Metas debemos insistir en que el desarrollo logrado en determinadas regiones demuestra que puede y debe lograrse mucho más en menor cantidad de tiempo.

En la sección próxima exploraré algunas vías para fundamentar este derecho global a verse librado de la indigencia.

4. Humanidad, caridad y justicia

Los deberes relacionados con la eliminación de la pobreza, ¿emanan de la justicia o de la compasión? Tom Campbell ha defendido el punto de vista de que el principio de humanidad (o de “compasión”) debe ser distinguido de los reclamos basados en la justicia.¹⁴ La tesis de Campbell presupone que la justicia depende a su vez de consideraciones de merecimientos. Si creemos que las personas tienen derecho a determinadas cosas con independencia de sus méritos o logros, entonces, siguiendo a Campbell, debemos buscar apoyo en consideraciones distintas a las de justicia. Para Campbell, la humanidad (o la compasión, o utilidad, o la beneficencia,¹⁵ términos que usa indistintamente) “puede ser adecuadamente concebida como al mismo nivel que (y quizás sobrepasando) la justicia, en cuanto a la determinación de nuestras prioridades morales en la distribución de cargas y beneficios” (Campbell 1974: 6).

Según Campbell los deberes humanitarios compiten en cierto sentido con la justicia. Pretendo defender una mirada distinta. Distinguiré tres lecturas del principio humanitario, y luego intentaré defender la tercera. La primera es la lectura libertarista, de acuerdo a la cual la noción de humanidad significa compasión, y motiva conductas supererogatorias, que no resultan exigibles. (Llamo a esta lectura libertarista no porque sea aceptada por la generalidad de los libertaristas más reconocidos, sino porque es lo máximo que algunos de ellos estarían dispuestos a aceptar). Esta mirada ha sido tradicionalmente atacada por dejar indemne (discursivamente y de hecho) las estructuras sociales y económicas injustas, y por transmitir un mensaje ofensivo hacia los indigentes, describiéndolos como mendigos que deberían estar agradecidos con los donantes en lugar de concebirlos como víctimas de formas agudas de desigualdad.¹⁶

Una segunda lectura posible sería la utilitarista. Los utilitaristas tienden a aceptar (en algunas variantes humanas) un nexo entre la compasión y los deberes morales, pero defienden una versión más estricta y exigente de un principio como el de humanidad, que piensan debería ser legalmente reconocido. El utilitarismo interpretaría este principio en términos de un deber incondicionado de aliviar el sufrimiento.

Ambas lecturas serían criticables por parte de los liberales igualitarios, quienes rechazan, en general, la concepción libertaria de la humanidad como compasión por ser demasiado

14. Tom Campbell (1974) y (2004). Iglesias Vila (2004) está de acuerdo con esta visión.

15. Cfr. Campbell (1974) pág. 1, 6, y (2004) pág. 2.

16. Thomas Nagel (1977).

débil y conservadora, y la versión utilitarista en cuanto no delimita la clase de cosas que podrían llevarse a cabo para aliviar el sufrimiento o maximizar la utilidad. No obstante, comparto la aspiración a la incondicionalidad del utilitarismo, en cuanto afirma que los individuos poseen derecho a determinado mínimo sin mayores indagaciones acerca de sus logros, sus méritos, o las causas que los llevaron a la indigencia. (Digo “aspiración” pues de hecho el utilitarismo sujeta la eliminación de la pobreza a la exigencia de que ello maximice cierto factor empíricamente mensurable, tales como la utilidad o la satisfacción de preferencias).

Quisiera proponer una tercera lectura del principio de humanidad, una que quizás pueda ser también aceptada por las miradas no utilitarias, tales como las perspectivas rawlsiana o liberal igualitarias. El principio de humanidad, según el cual debe garantizarse a todos los seres humanos la satisfacción de sus necesidades básicas, puede entenderse desde una perspectiva de la justicia, fortaleciendo incluso la incondicionalidad de la versión utilitarista. La idea es que para poder actuar como agentes morales, los individuos deben encontrarse por encima de cierto nivel de recursos materiales. Esta interpretación tiene sentido aun dentro de una lectura reduccionista de la justicia. Aún cuando concibamos la justicia como referida a cuestiones distributivas basadas en el mérito e incentivos, el principio humanitario juega un rol importante, si bien negativo, fijando los límites del campo de juego, ya que establece la línea mínima bajo la cual nadie se encuentra autorizado a caer, cualquiera haya sido su conducta antecedente.

Este principio humanitario es, a mi modo de ver, la idea central que da basamento al derecho humano de verse libre de la indigencia. Ello no significa que las afirmaciones sobre la responsabilidad causal sean superfluas. Por el contrario, elucidar cuáles son las prácticas que sumergen a las personas en la pobreza, cuáles son las reglas que discriminan contra las personas más vulnerables, o cuáles son los grupos e individuos que sacan provecho de estas instituciones injustas es la mejor forma de identificar la manera de poner fin a estas prácticas, e individualizar sobre quién debe recaer el mayor peso en poner fin a la violación de derechos humanos. Pero el principio humanitario sí implica que la injusticia central de las instituciones globales consiste en que omiten garantizar universalmente la satisfacción de las necesidades básicas. Los demás factores de injusticia se apilan sobre esta injusticia básica.

El hecho de que un principio opere como una condición (o como un límite) respecto de otras consideraciones de justicia, no significa que se encuentre él mismo fuera del campo de la justicia. Después de todo, los cimientos de un edificio también son parte de éste. En este caso, el principio sirve como una guía para el diseño y operación de las instituciones básicas y las políticas públicas, su violación parece suficiente para considerar que una sociedad es injusta, posee consecuencias distributivas significativas, etc. ¿Qué más debería mostrarse para convencer a cualquiera de que *es* un principio de justicia?

De manera similar, Thomas Nagel (1977) ha descrito a la indigencia como una cuestión de “desigualdad radical” y ha propuesto un principio humanitario como una cuestión de justicia.

“Una consecuencia de concebir a la desigualdad radical como una injusticia derivada del sistema económico es que la ayuda debería ser verdaderamente humanitaria. Entiendo por esto que debería ser concedida a los pobres puramente en virtud de

su humanidad y no en virtud de alguna relación especial con el dador. Todos los sumergidos merecen ayuda.”

Es importante no confundir esta controversia con una disputa lingüística. Lo que está en juego no es el uso apropiado de la palabra “humanidad”. Esta discusión no versa sobre palabras, sino sobre ideas, en particular si un deber incondicional y universal de proteger a las personas de las privaciones extremas está enraizado en la justicia, o no. He llamado a ese deber “humanidad”, pero, por supuesto, pude haberle puesto un nombre distinto. La cuestión es si ese deber (cualquiera sea su etiqueta) ha de ser entendido como el mero producto de un sentimiento de empatía con los pobres, o como la respuesta generosa frente al sufrimiento implicado por la indigencia y el hambre, o si, como sostengo, debe ser entendido como un elemento central de la justicia, es decir, como parte del conjunto de consideraciones que deben guiar a las instituciones sociales. La simpatía, la generosidad o el amor fraternal son una base demasiado contingente para fundar un derecho a recursos mínimos, y resulta difícil traducirlos en términos institucionales. Esto no implica negar que estas inclinaciones puedan jugar un rol (y tal vez un rol muy importante) en una estrategia global contra la pobreza. Por el contrario, de acuerdo a una concepción de la humanidad como justicia, estos sentimientos adquieren un nuevo brillo: son la respuesta actitudinal adecuada frente a la inequitativa distribución actual del acceso a bienes básicos.

Por ello, si bien creo que Pogge (2002) está en lo cierto al sostener que nuestro deber para con los pobres globales tiene por fuente la obligación de no imponer a los otros un sistema injusto, pienso que esa afirmación debe ser aceptada incluso por parte de quien rechaza total o parcialmente las afirmaciones empíricas de Pogge. Aún cuando alguien pueda encontrar (o imaginar) un lugar en el mundo donde la pobreza extrema no pueda ser causalmente atribuida al funcionamiento de reglas globales injustas, o a la opresión interna endosada o protegida desde el exterior o a la violencia, todavía resultaría posible afirmar que imponemos a los pobres un sistema injusto si nos negamos a garantizarles la satisfacción de sus necesidades básicas, cuando hacerlo no nos costaría casi nada o incluso nos beneficiaría. Un crítico podría pedirnos que imaginemos dos sociedades en continentes separados y no vinculadas por el tráfico de bienes o personas, y luego preguntarnos: ¿que los ricos de una se nieguen a combatir la pobreza existente en la otra, es suficiente, para sostener que están “imponiendo un sistema injusto a los indigentes que la habitan”? ¿Cómo podrían los ricos estar imponiendo algo, cuando sólo se niegan a relacionarse o vincularse con la sociedad pobre? Frente a ello cabe responder que la sociedad rica impone un sistema injusto a la pobre al impedirles el acceso a recursos mínimos a que tienen derecho en cuanto seres humanos, y dado que tales recursos podrían ser transferidos sin afectar significativamente el bienestar de la sociedad rica. El mismo razonamiento se aplicaría si ese continente se viera afectado por un genocidio o por una enfermedad de la que el resto del mundo conociera la cura. Las víctimas tendrían derecho a una intervención internacional o al acceso a la medicina que cure la enfermedad, independientemente de la existencia o ausencia de vínculos pasados. No parecería controvertido afirmar que desde el punto de vista de las víctimas, estaríamos imponiéndoles un sistema injusto si no hiciéramos nada para detener el genocidio o nos resistiéramos a compartir nuestro conocimiento médico con ellos. Un sistema que posibilita la ocurrencia de un genocidio (o de

una epidemia) cuando habría podido evitarlo es injusto, y quienes poseen un control efectivo sobre los resultados relevantes están de hecho imponiendo ese sistema a quienes lo sufren.

Ahora bien, podría objetarse que el punto es puramente académico y que, dado el mundo tal como lo conocemos, no resulta necesario recurrir a un derecho incondicional a mínimos recursos como forma de mostrar que los derechos humanos de los sometidos a la pobreza están siendo violados de manera sistemática. Sin embargo pienso que el punto es significativo, y que existen razones políticas relevantes a favor de un abordaje basado en el principio de humanidad. Primero, un principio humanitario confiere una base segura a los reclamos de los pobres, en el sentido de que los hace menos dependientes de afirmaciones empíricas. No es implausible pensar que parte de la pobreza existente en el mundo no tiene por origen la injusticia de las reglas globales (injusticia entendida, a los fines de este argumento, como excluyendo el principio de humanidad). Si el principio humanitario fuera incluido dentro de las exigencias de justicia, tal como pienso que debería, incluso este grupo de personas tendrían derecho a una redistribución en su favor. Segundo, pienso que es más realista creer que aún en un mundo de libre mercado y exento de tiranías, existirán personas excluidas de los beneficios del progreso económico, por el simple hecho de que el mercado implica ganadores y perdedores, y las democracias bien pueden engendrar y sostener coaliciones conservadoras poderosas. Un principio humanitario debe figurar de manera prominente en cualquier defensa de los derechos de los pobres basada en la justicia, si es que pretende alcanzar un fundamento universal y no contingente.

5. La jerarquía constitucional del derecho a verse libre de la pobreza

El derecho a la subsistencia posee, según mi modo de ver, un alcance global, ya que vincula a los estados e individuos poderosos más allá de las fronteras nacionales. No obstante el derecho a la subsistencia tiene también derivaciones intranacionales. Una de ellas es que merece ser reconocido constitucionalmente, esto es, debe ser incluido dentro de los contenidos jurídicos fundamentales de las democracias modernas. De lo que digo sobre el carácter transnacional de este derecho, se sigue que la libertad frente a la indigencia debe ser considerada como una exigencia constitucional también a nivel global, o sea que debe ser incluido dentro de las normas fundamentales que regulan la conducta a nivel global. Si bien no me concentraré aquí en este aspecto global, creo que la importancia que el derecho a la subsistencia posee globalmente debe ser usada para justificar excepciones a las exigencias de pagos de patentes de drogas contra el HIV, para demandar reducciones considerables en la deuda pública de países en desarrollo, y para desafiar, política y jurídicamente, los subsidios y aranceles de los países desarrollados que contribuyen a perpetuar la pobreza mundial. Lo que he afirmado acerca del bajo costo de la erradicación de la pobreza a escala global, refuerza el punto de vista que considera el derecho a la subsistencia como esencia constitucional del derecho internacional.

El número de países que adoptaron una constitución escrita en la que se incluye una lista de derechos, aumenta constantemente.¹⁷ Podría pensarse que la constitucionalización

17. Más del 60% de los países, incluyendo alrededor del 60% de la población mundial, viven bajo democracias constitucionales, según Diamond (1997) y Freedom House (2004).

de un derecho a verse libre de la indigencia tendría escasas consecuencias en los países pobres, dado que las constituciones están destinadas a reglar el gobierno local. Aquellos que piensen esto deberían leer lo que sigue como aplicado a contextos que no se caracterizan por situaciones de extrema necesidad. Los reclamos de sociedades sumergidas en la indigencia, como se sugirió más arriba, son correctamente concebidos como dirigidos a los gobiernos y sociedades de los países ricos. Sin embargo, un mínimo deber de trato igualitario tiene alcance universal, y el reconocimiento constitucional de un derecho a la subsistencia sirve para subrayar lo muy urgente en el marco de lo urgente.

Pero aún en el contexto de países desarrollados, la constitucionalización de tales derechos ha sido ampliamente criticada (por ejemplo Waldron 1993, 1999). ¿Hay algo particularmente problemático en la constitucionalización de los derechos socioeconómicos, y en especial de un derecho a verse libre de la indigencia, esto es, existe alguna dificultad en particular que pueda ser adicionada a la lista de objeciones contra la constitucionalización de derechos en general? ¿Y luego, cuáles son las consecuencias de reconocer constitucionalmente este derecho?

Alguien que observe a los EE.UU. y a la mayoría de los países latinoamericanos notará una importante diferencia entre, por un lado, la interpretación predominante de la igualdad en el ámbito civil y político, y en el ámbito socioeconómico por el otro. El primer tipo de igualdad se encuentra estructurada como un derecho jurídico en la mayoría de los regímenes democráticos. Así, los reclamos básicos de justicia en el ámbito moral y político son, en las democracias modernas, enunciados de derecho. Correlativamente, la omisión de satisfacer la igualdad moral o política, constituye en las democracias modernas un quebrantamiento de la ley. Pero no ocurre lo mismo respecto de las exigencias socioeconómicas básicas de igualdad (tal como un derecho a verse libre de la extrema pobreza), al menos en gran parte de los países democráticos. Los derechos a un mínimo de ingresos, de salud, vivienda, y otros, no son generalmente concebidos como exigencias jurídicas. Antes bien, son percibidos como parte de la agenda política de izquierda y como tales, destinados a ser decididos en la arena legislativa. La idea detrás de esta manera de concebir los derechos socioeconómicos esenciales parece ser aquella que niega una conexión unívoca entre la igualdad moral o política y la igualdad económica. Puesto de otra manera, rechazar derechos económicos esenciales no equivale a quebrantar la igualdad moral o política, u otro tipo similar de violación. De esta forma, no satisfacer el derecho a un ingreso mínimo, o al acceso a la salud o a la vivienda no implica –de acuerdo a la visión prevaleciente– la discriminación que se atribuye a las violaciones morales y políticas de la igualdad. Éste parece ser entonces el principal desafío para quienes pretendan defender un abordaje de derechos humanos del problema de la pobreza: presentar su reclamo como enunciados válidos jurídicamente.

Cualquier persona mínimamente informada podría sorprenderse por mi planteo del problema. ¿Acaso no hay tratados internacionales que establecen derechos socioeconómicos? ¿No protegen la mayoría de las constituciones latinoamericanas estos derechos? Por supuesto, pero sin embargo, estas normas conviven con interpretaciones acerca de su fuerza y alcance que las privan de buena parte de su relevancia. Si nos tomáramos en serio los derechos sociales y económicos consagrados en las constituciones y los tratados, veríamos que la pobreza no es sólo indeseable o injusta, sino también ilegal.

Es el hecho de que en general los estados no se toman en serio estos derechos lo que justifica que se insista una y otra vez en la perspectiva más abstracta de la reflexión filosófico-constitucional, y se analice la fundamentación de la jerarquía constitucional de estos derechos, y en particular de un derecho a recursos básicos.

Recordemos los argumentos que fueron utilizados para denostar al escepticismo moral.¹⁸ Los subjetivistas intentan mantener su compromiso con determinados valores y convicciones, pero al mismo tiempo negar la verdad de tales valores y convicciones. Se les dijo que no podían hacerlo, pues sus afirmaciones “metaéticas” implicaban la negación de sus afirmaciones morales de primer orden. No se les permitía, en nombre de la consistencia, creer y no creer al mismo tiempo. La moral –la reflexión de primer orden– excluye cualquier intento de toma de distancia metaética que implique horadar la aspiración a la validez objetiva de nuestras creencias morales. Pero las creencias morales no condicionan solamente la reflexión metaética, que se desarrolla en un nivel más alto de abstracción. También controlan la validez de las reflexiones institucionales y políticas, que tienen lugar en un nivel más bajo de abstracción. El imperialismo de las convicciones morales opera en todas las direcciones. Podríamos, consecuentemente, intentar razonar de una manera similar respecto de las instituciones, y exigir que nuestras convicciones morales dominen nuestras convicciones institucionales tal como dominan las reflexiones metaéticas. Así, nuestra creencia en la verdad de un derecho a la subsistencia sería incompatible con la negación de su status constitucional, de la misma manera en que es incompatible con una teoría escéptica acerca de los derechos morales. En otras palabras uno no puede creer en un derecho básico a la subsistencia y al mismo tiempo aceptar que la garantía de ese derecho quede librada a la voluntad de las fuerzas políticas predominantes. Del mismo modo que creer en los derechos implica creer en la validez objetiva de esa afirmación (y por lo tanto, resulta incompatible con el escepticismo), creer en los derechos también implica creer en su validez inclusive contra la voluntad política predominante (lo que implica aceptar su constitucionalización).

Existen dos formas de defender el status constitucional del derecho a mínimos recursos. La primera consiste en defender la idea de que las constituciones democráticas deberían incorporar estos derechos. La segunda, quizás más imaginativa, se basa en la idea de que una democracia constitucional implica ciertos derechos socioeconómicos, y de que por lo tanto, toda interpretación de una constitución democrática, para ser plausible, debe asumir el status constitucional de tales derechos. Esta segunda estrategia no requiere reformas constitucionales allí donde no hay cláusulas protectorias de los derechos económicos, sino una reinterpretación de dichas constituciones. Mientras que establecer cuál de las dos estrategias es más conveniente depende del contexto, no me parece implausible sostener que todas las constituciones democráticas deberían ser leídas como incluyendo alguna protección razonable contra la extrema pobreza, como presupuesto para el ejercicio legítimo de autoridad. Incluso la concepción más procedimentalista de una constitución, que la entienda como un mero listado de reglas para la elección de los representantes públicos, debe presuponer un mínimo acceso a las condiciones que hagan

18. R. Dworkin (1996), T. Nagel (1997).

posible la elección democrática y la discusión política. Si una constitución solamente dijera que toda persona tiene derecho al voto, sería excesivo interpretar ese enunciado como garantizando el derecho de los individuos a la satisfacción de sus necesidades básicas. No obstante, cualquier autoridad se encontraría huérfana de legitimidad si respaldara una distribución tan radicalmente desigual de los bienes que implicara negar la satisfacción de necesidades básicas de algunos. No veo cómo una interpretación de una constitución que se presuponga como *legítima* podría circunvalar esta obviedad.

Entre las razones esgrimidas contra la inclusión de los derechos socioeconómicos en las constituciones, hay dos que merecen mayor atención, y que pueden ser clasificadas bajo los rótulos de “Dilución” y “No Esencialidad”. Ambos argumentos merecen ser analizados porque en ellos se respaldan, no solamente quienes se oponen a la constitucionalización de derechos socio-económicos, sino quienes, aun cuando se los haya constitucionalizado, interpretan estos derechos constitucionales como derechos de segunda categoría, sea calificándolos como no operativos o como meramente programáticos.

El argumento de la dilución descansa sobre la idea de que una inflación de derechos devaluaría el peso de los mismos, tal como una excesiva emisión de moneda devalúa el valor de ésta. Según esta objeción, una constitución que incluya demasiados derechos se transformaría en un manifiesto, y no en un documento jurídico. Este argumento es general e inespecífico, dado que no indica si éste o aquel derecho en particular debería ser incluido o retirado de la lista constitucional. Sólo dice que pocos es mejor que muchos. Este argumento genérico ha sido dirigido contra la constitucionalización de los derechos socioeconómicos en virtud de que, como hecho histórico, esa categoría de derechos, por así decirlo, llegó tarde a la fiesta constitucional. Frente a esta objeción puede responderse que, mientras es cierto que el lenguaje constitucional debe ser austero y no exuberante, no es cierto que enunciar una lista amplia de derechos sea contraproducente para la causa de los derechos humanos. Antes bien, parecería que por el contrario, una constitución que contenga un conjunto incompleto de derechos corre el riesgo de aparecer como un instrumento ideológicamente sesgado, en lugar de encarnar un compromiso político inclusivo. En cualquier caso, uno podría rápidamente aceptar el argumento general, esto es, que una constitución debería incluir una lista pequeña antes que extensa de derechos, pero insistir que el derecho a la subsistencia, en cuanto constituye un derecho básico y fundamental, no puede ser excluido de ese conjunto de derechos constitucionalmente protegidos.

Mientras que la objeción de la “dilución” es instrumental (ya que señala riesgos retóricos y políticos) la objeción de la “inesencialidad” va más allá, pues no sólo afirma que no resulta deseable poseer demasiados derechos en la constitución, sino que estos derechos en particular (socioeconómicos) no merecen estatus constitucional, pues deben depender de la dinámica política democrática.

Esta es la posición que asume Rawls frente al principio de diferencia. Ahora bien, debemos ser cuidadosos para no extrapolar la concepción rawlsiana sobre esta cuestión a la discusión acerca de la constitucionalización del derecho a la subsistencia. El principio de diferencia es mucho más ambicioso que el derecho a la subsistencia. De hecho, Rawls sostiene que el derecho a la subsistencia debe entenderse o bien como incluido dentro de su primer principio de justicia (Igual Libertad), o bien como un principio independiente y

con prioridad sobre ese primer principio de justicia.¹⁹ Una u otra interpretación llevarían a la constitucionalización del derecho contra la extrema pobreza. Sin embargo, pienso que sería provechoso analizar la oposición rawlsiana a la constitucionalización del principio de la diferencia, pues las razones que contra ella esgrime Rawls son habitualmente repetidos contra la incorporación de cualquier derecho socioeconómico dentro de la constitución (lo que incluiría el modesto caso del derecho a verse libre de la extrema pobreza).

Rawls menciona dos dificultades que justifican concebir al principio de diferencia como una cuestión de debate legislativo. La primera es el problema del desacuerdo (“...la cuestión sobre si la legislación es justa o injusta, especialmente en conexión con políticas sociales y económicas, se encuentra comúnmente sujeta a diferencias de opinión razonables”),²⁰ y la segunda es el problema de la información (“La aplicación precisa del principio de la diferencia normalmente requiere mayor información que aquella que podemos esperar tener y, en cualquier caso, más que la aplicación del primer principio”). Ahora bien, ¿constituyen estas dificultades una amenaza para la protección constitucional del derecho a verse libre de la indigencia?

El primer problema podría verse sujeto a las críticas que se dirigieron contra el convencionalismo moral: la validez de un principio moral no se encuentra constituida por la existencia de un acuerdo social acerca de él. De lo contrario, quienes se opusieran a ese principio se encontrarían equivocados por el mero hecho de su desacuerdo con la mayoría. En el caso de un derecho a la subsistencia, además, el margen de razonabilidad de los desacuerdos sobre si el estado se encuentra en violación de ese derecho es mucho menor. En relación al principio de diferencia, podría pensarse que todas las políticas, menos una (la que maximiza la posición más débil) lo vulneran. Pero esto no es así en cuanto a un derecho a la subsistencia, que puede ser satisfecho por una variedad de cursos de acción.

Respecto de la segunda dificultad, si bien es considerable, el problema de la información es mucho más manejable en el caso del derecho a la subsistencia que en el del principio de diferencia rawlsiano. La razón es que el derecho a la subsistencia es mucho menos demandante que el principio de diferencia, por lo que resulta mucho más fácil conocer qué tipo de acciones públicas se precisan para garantizar ese derecho que la que se precisa para diseñar políticas que, como reclama el principio de diferencia, maximicen la posición de los más desaventajados.

Por las razones expuestas, no creo que las dos dificultades que menciona Rawls en relación a la constitucionalización del principio de diferencia se extiendan a la constitucionalización de un derecho a mínimos recursos (adicionalmente creo que ni siquiera son convincentes en el caso del mismo principio de diferencia). Pero no resulta irrazonable aceptar que ambas dificultades son atendibles en cierta medida. Entonces, ¿cuál sería la conclusión institucional que mejor se ajuste a las consecuencias razonables que se siguen de las dos dificultades mencionadas, a saber, el hecho de que podrían existir desacuerdos razonables acerca de la mejor manera de satisfacer el principio de la diferencia, y que existen dificultades informacionales obvias para conocer de manera completa y detallada sus implicancias? Creo que la respuesta es clara, y ella consiste en la

19. Rawls (1993) pág. 7.

20. Rawls (1971), pág. 199.

constitucionalización del derecho a la subsistencia, atribuyendo la responsabilidad de su implementación a las instituciones democráticas. El debate y las políticas democráticas se encontrarían de esa manera constreñidos a la implementación del principio, pero no a poner en cuestión el principio mismo. En casos claros de violación, los jueces podrían inmiscuirse, tal como lo hacen en referencia a otros derechos y reglas constitucionales. El sentido de la dignidad juega aquí un papel importante, ya que la protección contra la pobreza mediante un andamiaje constitucional implica un reconocimiento expreso del derecho a recibir una porción mínimamente justa de los bienes sociales: recibir una parte de los bienes básicos por aplicación de un acuerdo constitucionalmente consagrado concordaría mejor con la dignidad de los desfavorecidos. Los bienes que los pobres recibirían en este contexto dependerían mucho menos de una decisión política específica o de las consideraciones públicas del momento.

Concluyo entonces que sería incorrecto pretender encontrar apoyo en la teoría de Rawls para oponerse a la constitucionalización del derecho a verse libre de la extrema pobreza. Sería incorrecto, primero, porque Rawls defiende expresamente el derecho a la subsistencia como una esencia constitucional. Asimismo sería incorrecto porque sus objeciones a la inclusión constitucional del ambicioso principio de diferencia (aún suponiendo que sean válidas) no pueden ser extrapoladas a la constitucionalización del más modesto derecho a la subsistencia. Por lo tanto el derecho a la subsistencia, mucho menos exigente que las prestaciones socioeconómicas implicadas por el principio de diferencia, debe formar parte de la estructura constitucional de una sociedad mínimamente bien organizada.

Ahora bien, ¿cómo contribuiría este reconocimiento constitucional a la satisfacción de las necesidades básicas? Existen tres formas principales en que la constitucionalización favorecería los intereses de los pobres: Bloquearía ciertos argumentos jurídicos que se opusieran a políticas y diseños institucionales en favor de los excluidos, haría exigibles tales políticas y diseños, y además protegería a los sectores más vulnerables frente a ciertas exigencias o cargas jurídicas.

Como ejemplo del primer tipo de consecuencia de la constitucionalización del derecho contra la pobreza, piénsese en el arreglo institucional que garantiza una representación política mínima de los pobres, al estilo de la cuota femenina argentina, tal como se practica en la India. Pande (2003) muestra que este mecanismo ha logrado incrementar las transferencias hacia los grupos representados de esa manera. Esta política, en principio, podría ser resistida alegando el principio “una persona, un voto”. Pero el derecho constitucional a verse libre de la pobreza exigiría que se interpretara esta regla electoral a la luz del principio más amplio de igualdad política del que emana dicha regla y que debe incluir las precondiciones materiales de esa igualdad. De manera más general, la constitucionalización obligaría, a los jueces, obviamente, a sostener aquellas normas que sean aprobadas de acuerdo a tal derecho y a invalidar aquellas que lo contradigan. De esta manera la constitución no podría ser usada *contra* aquellas políticas que favorezcan a las víctimas de la desigualdad, ni a favor de la perpetuación de su sometimiento. En la Argentina, cuya constitución indudablemente incluye un derecho a la subsistencia,²¹ una

21. Constitución Argentina, Arts. 1, 14bis, 16, 75 inc. 19.

interpretación robusta, sistemática, y consistente de este principio por parte de los tribunales es todavía una tarea pendiente.

El segundo efecto de la constitucionalización (transformar las políticas anti-pobreza en mandatos constitucionales) exige que distingamos entre la constitucionalización del derecho a la subsistencia y su revisión judicial. La constitucionalización de un principio no transforma automáticamente a los jueces en la máxima autoridad en la cuestión.²² Sin embargo, hay mucho para decir a favor de un rol distintivo de los jueces, que les permita algún tipo de control sobre las demás ramas del gobierno. En el supuesto de que determinadas leyes o medidas de gobierno sean claramente incompatibles con ese derecho constitucional, deberían tener la facultad y la obligación de declararlas inconstitucionales. No existe ninguna dificultad particular para la revisión judicial de los derechos socioeconómicos vis-à-vis otros derechos, pues en aquellas sociedades donde los pobres constituyen una minoría aislada, la regla de mayoría puede resultar insuficiente para proteger sus derechos. Sin embargo, la constitucionalización y la protección judicial de los derechos socio-económicos no deberían ignorar las dificultades que sus críticos han esgrimido, muchas de ellas basadas en el déficit democrático y tecnológico del poder judicial. Estas dificultades deberían ser tenidas en cuenta de la siguiente forma: 1) El control judicial debería ser más estricto cuanto más urgentes sean las necesidades involucradas.²³ 2) Los tribunales deberían fomentar e imponer mecanismos mínimamente deliberativos para la resolución de tales conflictos, de acuerdo con la idea de que la denegación de derechos socioeconómicos se encuentra conectada con la denegación de participación política.²⁴

22. Sager (1978).

23. Por ejemplo, considérese el caso "Grootboom y otros vs. Gobierno de la República de Sud África y otros" (CCT38/00= 2000 (11) BCLR 1169; 2001 (1) SA 46; [2000] SAC 14 (21 de setiembre de 2000). Irene Grootboom y otras setecientas personas, adultos y niños, fueron evacuados de lugares en los que vivían en condiciones inhumanas. Mientras se encontraban alojados en un campo de deportes iniciaron acciones legales basándose en el derecho constitucional de acceso a la vivienda (contemplado en la Sección 26 de la constitución sudafricana) y los derechos de los niños. Si bien la Corte rechazó la demanda con relación a los derechos de los niños, en definitiva emitió una orden declarativa en la que manda al gobierno cumplir con la sección 29 de la constitución y "a tomar medidas razonables para proveer alivio a quienes no tengan acceso a la tierra o techo sobre sus cabezas y a quienes se encuentran viviendo bajo condiciones intolerables". La clave de la decisión fue la manera en la que la Corte interpretó la razonabilidad de las medidas que la constitución le exige tomar al gobierno. Según la Corte, estas medidas deben entenderse de manera tal que den peso a las necesidades de los excluidos. Tales medidas "no pueden excluir a un segmento significativo de la sociedad" y no es suficiente mostrar que las medidas tienden "a un avance estadístico en la realización del derecho", sino que deben responder "a las necesidades de los que están peor", pues "la constitución exige que todos y cada uno sean tratados con cuidado y consideración". El programa del gobierno no satisfacía el standard, pues "no incluía provisiones razonables, de acuerdo con sus recursos disponibles para socorrer a las personas sin vivienda del área metropolitana de Cape Town".

24. Cécile Fabre (2000) ofrece una minuciosa defensa de la inclusión de los derechos económicos en las constituciones democráticas. Ella sostiene que la constitución debería proteger el derecho a un ingreso mínimo, salud, educación y vivienda" y que los jueces deberían comprometerse con su observancia, junto con un cuerpo especial tal como una Comisión de Derechos Humanos, en lo que ella llama "un sistema dual de protección". Si bien estoy de acuerdo con sus recomendaciones prácticas, tengo algunas reservas respecto de la forma en que Fabre basa esos derechos en las ideas de autonomía y bienestar (creo que resultan mejor entendidos como consecuencias de la idea de igualdad), respecto de su concepción puramente procedimental de la democracia (pienso que, siguiendo a Beitz (1989), un sistema democrático debe incluir elementos que no sean meramente procedimentales), y respecto de su rechazo a la idea (que yo acepto) de que la mejor defensa de la constitucionalización de los derechos socioeconómicos es señalar el beneficio que acarrea para el ideal de igualdad ciudadana.

La tercera consecuencia de la constitucionalización es que transformaría a los pobres en una minoría protegida. Las normas tributarias, los derechos sobre la propiedad, las regulaciones contractuales, las excusas en causas penales, etc., deberían así interpretarse de manera más humanitaria. Una cuestión importante que se vería influenciada por la constitucionalización del derecho a verse libre de la extrema pobreza es la manera en que un estado democrático debe procesar las protestas sociales, especialmente cuando se encuentran vinculadas con la injusticia y la exclusión de los pobres.²⁵ Numerosas personas parecen recurrir a argumentos basados en el estado de derecho para defender el uso formalista del código penal como la única respuesta a conflictos políticos y sociales. Constitucionalizar el derecho a las necesidades básicas dejaría claro que muchas veces no son las víctimas de la exclusión quienes violan la ley. Generalmente están luchando por sus derechos constitucionales. Esta podría ser una cuestión crucial, ya que alienta un abordaje distinto de los conflictos sociales, basado no en la represión y el castigo, sino en la mediación y el diálogo, es decir en la inclusión, que es, ni más ni menos, a lo que aspiran quienes protestan.

Del mismo modo, si tuviéramos en claro el rango constitucional del derecho a la subsistencia, y su fundamentación moral, no toleraríamos que en nuestro país se repita con tanta impunidad el lugar común de que ciertos planes sociales (como el plan Jefas y Jefes) son una limosna que insulta a quienes la reciben. Un estado democrático les debe a todos sus miembros una garantía de ingresos mínimos, sea como reconocimiento del derecho de todos a acceder a la riqueza acumulada por generaciones pasadas, o como una mínima compensación por la abismal desigualdad de oportunidades que afecta a millones de familias. Insultar a los beneficiarios de estos planes es una manera adicional de perpetuar su discriminación estructural.

6. Epílogo

La reflexión filosófica parece fuera de lugar frente a situaciones de extrema gravedad. Sin embargo, hay un rol que puede cumplir, el de aclarar algunos malos entendidos y el de resaltar la falsedad de algunas afirmaciones que suelen circular en el debate público. De esta manera, la filosofía política y constitucional puede aportar, aunque sea marginalmente, a mejorar la calidad de la deliberación democrática. En este ensayo intenté destacar el error de suponer que la erradicación de la pobreza es un objetivo imposible, o sumamente costoso, y algunas de las consecuencias normativas que se siguen de reconocer dicho error. Traté de relacionar el hecho de que la eliminación de la pobreza es un objetivo practicable con la noción de que la pobreza extrema es una violación de los derechos humanos. Me ocupé de señalar de qué manera debe entenderse esa afirmación, y en particular, por qué no debe darse por sentado que terminar con la pobreza necesariamente colisione con objetivos agregativos o con el auto-interés de las personas o sociedades

25. Cfr. Gargarella (2004). No estoy tan de acuerdo en ver los casos de resistencia que describe en su trabajo como violaciones de la ley (aunque moralmente justificadas). Concibo esas acciones como *jurídicamente* justificadas, en referencia a ciertos derechos constitucionales básicos. La desobediencia a la autoridad bien puede ser una forma, aunque desprolija, de defender la legalidad de un orden social. Ver, de un servidor, "Protestas Sociales: ¿Violación o reivindicación del derecho?", en Gargarella, Roberto, et al, *El Derecho a Resistir*, Miño y Dávila, 2005.

acomodadas. También analicé los puntos débiles de los Objetivos del Milenio desde esta perspectiva basada en los derechos humanos. Luego, defendí una lectura no consecuencialista, igualitaria, de un principio de humanidad, diferenciándola de una lectura basada en la caridad y otra utilitarista. Por último, exploré algunas de las consecuencias institucionales y políticas de aceptar un derecho constitucional a la subsistencia.

Quisiera, a modo de epílogo, ocuparme de tres objeciones frontales a un análisis del tipo que he intentado. Estas objeciones apuntan a silenciar la reflexión normativa sobre el fenómeno de la pobreza extrema. Están vinculadas entre sí, y por lo tanto, mis respuestas a ellas también están relacionadas. Por otra parte, presento estas objeciones de manera tal vez exagerada, no para sacar una ventaja retórica indebida, sino para exponer con mayor claridad lo que creo son opiniones muy influyentes en estas discusiones. La primera objeción es que el enfoque igualitario del problema es poco provechoso, ya que para entender el problema de la pobreza extrema no se precisa ir tan lejos como lo pretende el igualitarismo. En otras palabras, no se necesita ser igualitario para condenar la pobreza extrema. Una segunda crítica, más radical, a la reflexión normativa sobre la pobreza extrema, afirma que no hay un desacuerdo en el plano moral. Por el contrario, según esta objeción, todos estamos de acuerdo en cuanto al problema moral de fondo, acerca de lo indeseable de la pobreza, por lo que la filosofía moral o política no tiene nada para aportar en este terreno. Por último, una tercera crítica a los análisis filosófico-políticos de la pobreza es que éste es un problema cuya solución depende de cuestiones empíricas, mejor estudiadas desde otras ciencias sociales, en particular la economía.

Detengámonos primero en la relación entre pobreza e igualdad. Cuando se impugna el intento de pensar el problema de la pobreza extrema a partir del ideal de la igualdad, se apunta al hecho de que para terminar con la pobreza extrema no se precisa, ni de lejos, alcanzar el grado de igualdad económica que los igualitarios promueven. Por lo tanto, esgrimir en este terreno el ideal de la igualdad parece involucrar una suerte de sectarismo ideológico que resulta innecesariamente divisivo. ¿Por qué ser tan ambiciosos cuando con menos, con muchísimo menos, de lo que exige la igualdad económica sería suficiente para terminar con la pobreza?

Es innegable que no es necesario concretar el ideal de una sociedad, o un planeta, igualitarios para terminar con la pobreza extrema. Pero esto no descalifica que el fundamento más fuerte de la injusticia de la pobreza extrema sea que es incompatible con la igualdad, en el sentido más profundo de igualdad moral básica. Esta idea abstracta de igualdad moral es uno de los presupuestos de la convivencia humana pacífica (también de la práctica de la deliberación moral) y consiste en afirmar que todos los seres humanos tienen igual valor y que resulta un requisito basal de la legitimidad política que entre ellos no se produzcan distinciones que impliquen valorar o respetar más a unos que a otros. Las nociones mismas de imparcialidad y universalidad descansan sobre esta idea de igualdad, ya que ella es la que hace posible reconocer que mis ambiciones, deseos, expectativas, son los de una persona más, que solamente puede aspirar a ser considerada con el mismo peso, ni más ni menos, que las demás.

Bajo esta luz, la relevancia moral de la pobreza extrema es la siguiente. Cada uno de nosotros aprecia de un modo especial el verse libre de ciertas privaciones básicas. Asignamos un valor especial a vernos libre del hambre, la sed, el sufrimiento físico, las enfermedades más terribles, etc. Luego, debemos reconocer que desde una perspectiva objetiva e impersonal nuestra preocupación por vernos libre de esas calamidades es tan

importante, ni más ni menos, como la preocupación, en el mismo sentido, de los restantes seis mil millones de seres humanos con los que convivimos en este mundo: en principio, todos merecemos la misma protección contra las privaciones extremas.

Ahora bien, para cada uno de nosotros sería más importante una pequeña mejora en una situación terrible que una mejora mayor en una situación desahogada. Supongamos que podemos elegir hoy entre aliviar en algo una situación de mucho sufrimiento o mejorar en una mayor medida un estado de cosas satisfactorio. Lo racional sería elegir lo primero. Una vez que universalizamos esta opción, el resultado es el que han defendido Nagel y Rawls, la prioridad de los más desaventajados, es decir, la idea de que es más importante mejorar en algo la situación de los que más sufren que mejorar en una medida aún mayor la situación de los que están más aventajados. Ésta, que entiendo es la mejor explicación del problema moral de la pobreza extrema, surge de combinar el ideal de la igualdad con el de la urgencia pre-teórica de satisfacer ciertas necesidades básicas. Por esta razón, la pobreza extrema es, sobre todo, un problema de *desigualdad* extrema.

Como adelanté, hay una crítica aún más radical al enfoque normativo de la pobreza. Esta crítica afirma que no hay desacuerdos morales en este terreno. Todos estamos de acuerdo, dice la crítica, en lo terrible que es la pobreza. La reflexión moral alrededor de este tema, sería, pues, redundante.

Pero creo que las distintas visiones que describí en este trabajo desmienten esta opinión. Por empezar, existe un desacuerdo básico en cuanto a la existencia misma de un problema *moral*. Para muchos, la pobreza es inevitable, lo que la coloca fuera del ámbito de la justicia. La pobreza sería algo terrible o indeseable, como lo sería que un meteorito destruyera una ciudad matando a miles de personas. No sería un fenómeno injusto. Sería malo, pero no incorrecto. Para otros, la pobreza podría paliarse con acciones supererogatorias de los individuos, pero no sería exigible jurídicamente. Para otras personas, la pobreza es injusta pero sólo aliviable en el largo plazo, ya que una solución a corto plazo causaría injusticias mayores. También hay quienes creen que, por el contrario, la pobreza extrema exige de cada uno de nosotros el mayor de los esfuerzos, inclusive hasta el punto de colocarnos a nosotros mismos al borde de la pobreza, de ser preciso. Por otra parte, existen aún entre los que consideran a la pobreza un problema moral urgente, discrepancias profundas en cuanto a quiénes deben cargar con los costos de erradicarla. ¿Son las personas más ricas? ¿O todas aquellas que están por encima del nivel de pobreza? ¿Cabe cargar las tintas sobre los gobiernos de los países que mayores injusticias han cometido globalmente, o, en cambio, debemos adoptar una postura eficientista, y considerar que están obligados quienes más eficazmente puedan contribuir a resolver el problema?

Como se ve, no solamente hay enormes discrepancias morales, sino que estas discrepancias se traducen, de modo crucial, al plano de las soluciones y alternativas prácticas para resolver el problema. En particular, si se aceptara la idea de la prioridad igualitaria, que defendí renglones más arriba, esto tendría implicancias importantes en cuanto al lugar que la pobreza extrema debería ocupar en la agenda global. No solamente hay desacuerdos morales sobre este tema, sino que estos desacuerdos, lejos de ser meramente motivo de entretenimiento académico, se trasladan al plano político en términos de posturas profundamente enfrentadas, (mientras un millón y medio de personas muere cada mes por causas evitables vinculadas a la pobreza).

La tercera objeción es la contracara de la segunda. Según ésta, el problema de la extrema pobreza no es normativo, sino empírico; no es problema de filósofos sino de economistas. La idea detrás de la objeción es que es extremadamente difícil saber qué hay que hacer para terminar con la pobreza, pero, que en todo caso, quienes están en mejor posición para aproximarse al tema son los economistas, ya que ellos manejan con mayor destreza los complejos mecanismos causales que derivan en el crecimiento y el desarrollo de los países. No pretendo negar la importancia del conocimiento empírico. De hecho, parte central de mi argumento ha sido que muchas de las reflexiones filosóficas y políticas sobre la pobreza han partido de presupuestos fácticos falsos, y he hecho alusión a literatura económica que demuestra la relación positiva entre políticas anti-pobreza y crecimiento. Pero me interesa destacar por qué la oposición entre enfoques normativos y empíricos es equivocada, y por qué, en particular, el enfoque económico debe estar imbuido de consideraciones normativas.

La primera razón es que, si como he defendido, la mejor concepción normativa del problema de la pobreza se basa en la idea de la prioridad, entonces los enfoques dominantes de la economía deben ser redirigidos para incluir esa idea. La mayoría de los economistas es completamente ajena a la idea de que es más importante beneficiar en menor medida a algunos que en mayor medida a otros. Me atrevo a sugerir que para la inmensa mayoría de ellos la idea ha de parecerles absurda. Sin embargo, la idea de la prioridad de los peor situados consiste exactamente en eso, es decir, en que se debe apuntar a beneficiar a los que están peor aun frente a la alternativa de beneficiar en mayor grado a quienes están en una mejor posición.

La segunda razón se relaciona con la explicación de la clave del desarrollo que está de moda entre los economistas: las instituciones. Buena parte de estas explicaciones es extremadamente general: se reduce a frases hechas sobre la necesidad de un sistema de contratos, propiedad privada, jueces independientes, y poco más. El problema para quien repose en este tipo de explicaciones y al mismo tiempo pretenda dejar de lado las consideraciones de justicia (que no necesariamente van en la misma dirección que las económicas) es que ello sencillamente implica ignorar una enseñanza fundamental del siglo XX: que la virtud dominante de las instituciones, a partir de Rawls, es la justicia. La idea de calidad institucional es esencialmente normativa.

Para que las teorías económicas y del desarrollo incorporen la idea de la prioridad de los peor situados debemos insistir en los fundamentos filosófico-políticos que deben alentar la lucha contra la pobreza. No creo que el creciente interés de los economistas por las cuestiones de desigualdad y de pobreza se deba a un problema en sus ecuaciones. Antes bien, creo que es la presión creciente de los movimientos populares, el aumento en la conciencia de las sociedades modernas y, sí, el progreso moral, lo que lo explica. No es hora de abandonar esa presión, sino de acentuarla.

Referencias

Beitz, C., 1989, *Political Equality*, Princeton University Press.

Bruno, Michael, Ravallion, Martin and Squire, Lyn, 1998. Equity and Growth in Developing Countries: Old and New Perspectives on the Policy Issues, in *Income Distribution and High-quality Growth*, Vito Tanzi and Ke-young Chu (Eds) Massachusetts Institute of Technology.

Campbell, T., 1974, Humanity before justice, 4 *British Journal of Political Science* 1974, 1-16.

Campbell, T., Poverty as a violation of human rights: Inhumanity or injustice? (March 3, 2004); <http://www.csu.edu.au/faculty/arts/cappe/PDF%20Files/Campbell4.pdf>

Crossette, Barbara, 1998. (September 28, 1998), Kofi Annan's astonishing facts!, *New York Times*.

Diamond Larry, 1997, *The End of the Third Wave and the Global Future of Democracy*, HIS, Vienna.

Dworkin, R., 1996, Objectivity and truth: You'd better believe it, *Philosophy and Public Affairs* 25, 1996: 87.

Easterly, William, 2002, *The Elusive Quest for Growth*, MIT Press.

Eckstein, Zvi, and Zilcha, Itzhak, 1994, The effects of compulsory schooling on growth, income distribution and welfare, *Journal of Public Economics* 54:339-359.

Fabre, Cécile, 2000, *Social Rights Under the Constitution*, Oxford University Press, New York.

Freedom House, (2004), *Democracy's Century*,

<http://www.freedomhouse.org/reports/century.html>

Gargarella, Roberto, 2004, Disobedience to the law in situations of severe deprivation, inédito.

Heredia, Carlos A., 1996, The World Bank and Poverty, in *Lending Credibility: New Mandates and Partnerships for the World Bank*, Peter Bosshard et al., World Wildlife Fund, Washington, D. C.

Iglesias Vila, Marisa, 2004, Poverty and Humanity: Individual duties and the moral point of view; <http://www.giuri.unige.it/phd/paper/iglesias.pdf>

Laban, Raul and Sturzenegger, Federico, 1994, Distributional conflict, financial adaptation, and delayed stabilizations, *Economics and Politics* 6:257-276.

Nagel, Thomas, 1977, Poverty and food: Why charity is not enough, in *Food Policy*, P. G. Brown and H. Shue, eds., The Free Press, New York, pp. 54-62.

Nagel, Thomas, 1997, *The Last Word*, Oxford University Press, Chapter 6.

Pande, Rohini, 2003, Can Mandated Political Representation Increase Policy Influence for Disadvantaged Minorities? Theory and Evidence from India, *American Economic Review* Vol. 93, No. 4.

Persson, Torsten and Tabellini, Guido, 1994, Is inequality harmful for growth?, *American Economic Review* 84:600-621.

Pogge, T. W., 1989, *Realizing Rawls*, Cornell University Press, Ithaca.

Pogge, T. W., 2002, *World Poverty and Human Rights*, Polity Press, Malden.

- Pogge, T. W., (2003), The First UN Millenium Development Goal, <http://www.etikk.no/globaljustice/>.
- Ravallion, M., 2002, How *not* to count the poor? A reply to Reddy and Pogge, <http://www.socialanalysis.org>.
- Rawls, J., 1971, *A Theory of Justice*, Harvard University Press.
- Rawls, J., 1993, *Political Liberalism*, Columbia University Press.
- Reddy, S.G., and Pogge, T.W., 2002a, How *not* to count the poor; <http://www.socialanalysis.org>.
- Reddy, S. G., and Pogge, T. W., 2002b (August 15, 2002), How *not* to count the poor! A reply to Ravallion; <http://www.socialanalysis.org>.
- Rodrik, Dani, 2000, "Institutions for High-Quality Growth: What They Are and How to Acquire Them," *Studies in Comparative International Development*, vol. 35, no.3, Fall 2000.
- Rorty, R., 1996, Who are we? Moral universalism and economic triage, *Diogenes*, No. 173, Vol. 44/1, Spring 1996.
- Sager, Lawrence, 1978, Fair measure: The legal status of under enforced constitutional norms, *Harvard Law Review*, vol. 91.
- Scanlon, Thomas, 1998, *What We Owe to Each Other*, Harvard University Press, Cambridge.
- Shue, H., 1980, *Basic Rights*, Princeton University Press, Princeton.
- Singer, Peter, 1971, Famine, Affluence, and Morality, reimpresso en *Moral Philosophy*, George Sher (Ed.) Harcourt Brace, 1996, pp. 694-704.
- United Nations, 2003. Implementation of the United Nations Millennium Declaration. Report of the Secretary General; <http://www.un.org>.
- Waldron, J., 1993, A right-based critique of constitutional rights, *Oxford Journal of Legal Studies* 13.
- Waldron, J., 1999, *Law and Disagreement*, Oxford University Press.
- World Bank, 2001, *World Development Report 2000/2001*, Oxford University Press, New York.
- World Bank, 2003, Preliminary Report on Inequality in Latin America and the Caribbean; <http://worldbank.org>.

Sobre Pobreza, Igualdad y Derechos Humanos de Marcelo Alegre

Leonardo G. Filippini

I. Hablar de la pobreza

Durante una discusión reciente Gustavo Maurino se preguntaba porqué el derecho fracasaba como una herramienta discursiva en nuestro país. Ensayé, entre otras respuestas, que ello se debía en parte a que el derecho no hablaba de nada que importara. Necesariamente debe fracasar porque tiende a discutir algunos problemas y a regular otros.

Ocuparse de la pobreza tiene mucho sentido. Es muy valioso que el derecho hable de las cosas por las que vale la pena discutir y el trabajo de Marcelo Alegre es un texto fibroso en esta línea. Aquí van algunas observaciones tempranas fruto del diálogo con él y que generosamente me ha invitado a reproducir.

II. La pobreza en un mundo rico

En *Pobreza, Igualdad y Derechos Humanos* Marcelo Alegre sugiere que la satisfacción de un derecho a la libertad frente a la pobreza no exige “sacrificios significativos”. Dice que la pobreza no es inevitable y que su erradicación es factible “a bajo costo”. Más aun, sostiene que las políticas a favor de los pobres aceleran el desarrollo, en lugar de retrasarlo como erróneamente se sostiene. En consecuencia, concluye que el hecho de que los esfuerzos requeridos “no son en absoluto demandantes” merece ser difundido a fin de bloquear fuentes de resistencia basadas en el auto-interés.

Estas afirmaciones son disputables. Puede parecer, como él dice, que quien posee un ingreso diario de 90 dólares no ve resentida su cotidianeidad si recibiera, en cambio, 89 u 88. Un quinto de la humanidad dispone de menos de un dólar por día, al tiempo que el quinto de mayores ingresos obtiene noventa dólares diarios. Transferir adecuadamente unos pocos dólares mejoraría sensiblemente la situación de quienes perciben menos de un dólar al día.

La sencillez del argumento no obstante provoca algunas dudas pues no es tan claro que restringir el ingreso de los más pudientes cueste muy poco o nada. Cuesta poco si lo valoramos patrimonialmente. Unos dólares más o menos en el bolsillo de un rico hacen poco, no hay duda. Pero el problema no sólo son los dólares en el bolsillo. Hay una relación entre ricos y pobres que se perdería y esa relación es importante y muy preciada.

Mucha gente quiere asegurarse una vejez cómoda, pagar los estudios universitarios a sus hijos, o regalar un viaje de placer a sus padres. No estoy tan seguro de que ello se pueda lograr sin una franja de pobreza marginal. En una familia del quinto más rico de la población de cuatro integrantes, la transferencia diaria sumaría 1.460 dólares al año. Una cifra a la que no es simple renunciar, incluso en nombre de la erradicación de la pobreza.

Las dificultades se presentan, probablemente, por las mismas razones por las que también varios pobres deciden consumir alcohol, fumar o comer papas fritas en lugar de

legumbres. Salvando las enormes distancias entre pobres y ricos —que genera estándares morales diferentes— me parece que la propuesta confía exageradamente en la racionalidad de los individuos y en la posibilidad de expresar esa racionalidad a través de elecciones de contenido patrimonial.

Alegre sugiere que parte del problema es la falta de conocimiento de lo poco costoso de la solución. Por mi parte, en cambio, cuestionaría que ya todos sabemos que un modesto esfuerzo patrimonial puede contribuir a paliar el hambre extrema, no obstante lo cual, la inmensa mayoría elegimos seguir tomando vacaciones. No creo que la falta de iniciativas se deba a una incorrecta percepción de la magnitud del problema y de su relativamente sencilla solución. No hay ignorancia, sino consciente indiferencia.

Todos apreciamos de alguna manera tener atribuciones sobre la vida propia y sobre la de los demás. Sujetarse a algo, incluso a la razón, limita esas atribuciones. Como ocurre en relación con otras pasiones, creerse capaz de gobernar algunos riesgos es más fuerte que la razón. Sea para bajar el pulgar y abrir la arena a los leones, o para viajar en misión caritativa a Sri Lanka. Todo eso se perdería si no hubiera pobres, porque la pobreza y la riqueza son relacionales.

Tampoco me parece que sea “irracional” oponerse a la erradicación de la pobreza extrema. No hacer nada frente a la pobreza extrema puede ser inmoral pero tiene su lógica. Es racional —instintivamente racional, diría— defender las condiciones para el desarrollo del propio plan de vida. No se justifica una propensión al riesgo si uno está bien cómo está y navega con mediano confort sobre la desigualdad. No hay nada irracional en mantener a los pobres donde están. Si los pobres no cambian de lugar, nosotros tampoco. No es una idea problemática y funciona. Los apellidos de los ricos son más o menos los mismos de siempre y está demostrada la estrecha relación que existe entre el lugar geográfico del nacimiento y las expectativas de ingresos.

Perder todo eso es un sacrificio significativo. Para quienes apreciamos el lugar donde estamos, hay muy buenas razones para defender el *statu quo*. No por la riqueza en sí misma, sino por la posición social que uno ocupa gracias a ella.

No hay misericordia sin poder. La pobreza extrema, en cierto punto, es tan humana y racional como la guerra, la culpa y el castigo. La humanidad perdería mucho de su triste configuración si los pobres dejaran de serlo. Hay pobres, por lo mismo que hay oligopolios. Son razones tan comprobadas como inmorales y a diferencia de lo que sugiere Alegre, todos conocemos el juego y sus consecuencias.

En contra de lo que yo digo, Alegre me ha dicho que es inevitable adoptar una perspectiva un poco idealizada, objetiva, acerca de qué significa “un sacrificio aceptable”. Del mismo modo ocurre, me ha dicho, respecto de otros derechos. Para ciertas personas puede ser un enorme sacrificio tolerar la opción sexual de otro. Sin embargo, consideramos que ése es un deber de tolerancia que todos podemos cumplir sacrificando modestamente nuestras propias ideas acerca de cómo deberían vivir los demás.

Estoy de acuerdo. Mi punto es que el “sacrificio aceptable” que Alegre exige para erradicar la pobreza, en rigor, no es nada menor. Hay mucho en juego, especialmente, la estrecha relación que existe entre muchas de nuestras preferencias y la miseria de los otros.

III. Las Metas del Milenio

Alegre dice también que desde una perspectiva de derechos humanos las *Metas del Milenio* merecen varias objeciones. El uso del lenguaje, por ejemplo, es desafortunado porque no logra transmitir la urgencia y la crucial importancia del problema de la indigencia. Alegre argumenta que si la pobreza extrema es una violación de derechos humanos, entonces las políticas globales deberían pretender erradicarla y no sólo reducirla a niveles “aceptables”.

Llamarlas Metas, no obstante, no parece tan malo. Son un plan de trabajo y no una definición del estado ideal de las cosas. Sencillamente, si uno pone la meta muy lejos, fracasa sin llegar. Si las metas hubieran declarado “hambre cero ya”, habrían fracasado antes de este comentario. Y nosotros estaríamos cuestionando un mal programa político.

La segunda crítica de Alegre señala que las metas no están dirigidas a “eliminar” sino a “reducir” la cantidad de pobres a la mitad. Sin embargo, líneas más abajo Alegre también dice que la pobreza extrema es una evitable vergüenza moral para la humanidad que debe ser erradicada lo más urgentemente posible. Precisamente, diría yo, las metas quieren exactamente eso, eliminar el problema cuanto antes, en la medida de las posibilidades, tal como propone Alegre. Sólo establecen un primer escalón.

¿Cuándo se podría acabar con la pobreza? ¿Mañana? ¿En tres años en lugar de 25? Si desde los esclavos hasta hoy seguimos teniendo pobres de toda pobreza podemos conformarnos con bajar su número a la mitad en el 2015. Y con tratar de eliminarlo por completo en otros 25 años. Si en dos generaciones acabamos con la pobreza deberíamos congratularnos. Al contrario de lo que dice Alegre, me parece bastante ambicioso lo que dicen las Metas.

Alegre critica también la ausencia de objetivos nacionales. Pero no veo claro que eso sea mejor. Si hablamos de pobreza no tiene importancia la nacionalidad del pobre. Las Metas no legitiman un retroceso en otras áreas pues no derogan ninguna otra norma protectora de derechos. Es un acuerdo programático que no puede leerse en soledad y que ni invalida otros logros ni supone la justificación de otras violaciones. La reducción del número de pobres en África no justifica el aumento de número de pobres en Sudamérica.

Comparto la preocupación frente a una posible interpretación perversa. Pero si llegamos al punto de interpretar de ese modo las Metas, el problema no está en su redacción sino en la iniquidad del ser humano.

Por supuesto, puede haber tensiones, especialmente, al decidir el destino de la ayuda económica. Pero no más allá del clásico caso del tranvía. Alguien siempre muere, lamentablemente, aunque todas las vidas merecen ser preservadas. La solución de acuerdo con la cual todos se salvan sencillamente no existe. No se sigue de allí que cualquier respuesta dé igual, ni que alguna vez los hechos puedan configurarse de otro modo, pero no podemos exigir a un documento programático más de lo que nos puede ofrecer.

A la inversa, la propuesta de metas nacionales también genera nuevos problemas. Mantener el nivel en Sudamérica puede impedir que millones se salven en África ¿Por qué no salvar a 10 mil en África en lugar de a 100 en Sudamérica? A menos que todos los recursos estén disponibles inmediatamente alguien tiene que esperar. Y esperar, claro, es morir de hambre.

IV. La jerarquía constitucional del derecho a estar libre de la pobreza extrema

La constitucionalización del derecho a verse libre de pobreza extrema tampoco resulta tan útil. Acuerdo con todos los argumentos a favor de Alegre, pero no creo que eso signifique mucho a la hora de las consecuencias.

La resolución legal de algunos conflictos de argumentación “puede” ser útil. Alegre dice que gracias a ello habría menos dudas acerca de cuál es el derecho preferido en caso de conflicto, o que se podrían interpretar de otro modo las demandas de la gente.

Es cierto, pero, por un lado, sólo en la medida en que esos conflictos se presenten en las cortes eso tiene algún valor. Por otros, ello sólo será en la medida en que los jueces hagan fallos racionales, que las sentencias se cumplan y que haya adherencia a las normas. La constitucionalización parece una estrategia muy sofisticada para un aspecto lateral de un problema que necesita una definición más gruesa primero. Esa sofisticación además mella el poder persuasivo de la propuesta más sencilla “un dólar cada día”.

Nuestra Constitución ya consagra varios derechos sociales pero es dudoso que ello haya contribuido de modo necesario a su ejercicio pleno. Como en *Grootboom* —el caso de acceso a la vivienda en Sudáfrica que tanto se cita como paradigma de exigibilidad de derechos sociales—, la declaración de derechos es sólo una parte menor del problema. Empieza la negociación de una solución, es cierto, pero mientras tanto, hay que esperar. El juez sigue cobrando su sueldo de juez y cada uno viviendo su vida. La gente en el estadio, sin vivienda, espera. ¿Podría haber habido una solución más rápida? Difícilmente. *Grootboom* involucraba a unos cientos de personas, los pobres del mundo son millones.

No afirmaré entonces, que la constitucionalización se trata, al menos, de “un paso adelante”. Sólo diría que “puede ser un paso adelante” si están dadas otras muchas condiciones. Ni siquiera es un paso evidentemente necesario, agregó. Constitucionalizar los derechos o delegar el control de su goce a los jueces puede ser inocuo y hasta contraproducente si no están dadas ciertas circunstancias y ausentes otras.

Una enmienda constitucional implica insumos políticos, tiempo y dinero. No es sólo un problema de técnica argumental. Si hay jueces corruptos, por ejemplo, puede ser funcional al desastre ocuparnos de ciertos detalles. Un funcionario probo no va a necesitar más que la Constitución del 1853 para evitar que un chico se muera de hambre. Para pensar la pobreza, no me preocuparía tanto del texto constitucional, sino de las cuentas en Suiza de nuestros ex funcionarios.

En 1994 se incorporaron infinitos derechos a la Constitución. En los noventa se violaron más derechos sociales que casi nunca. Hoy estamos pensando la pobreza que ni imaginábamos antes de los pactos.

V. La pobreza como cuestión justiciable

Ningún juez puede ir más allá del acuerdo político que justifica su toga. No se trata de un pacto espurio, sino del límite de las herramientas jurídicas para organizar el espíritu humano y lidiar con él. Es muy dudoso que los jueces tengan algo en particular que decir respecto de la pobreza.

La conciencia de que se “es” pobre y su contracara, en muchos, que creen que han nacido con derechos sobre los otros, sólo se destraba, como todas las grandes cuestiones, con arte, política o religión. No hay régimen jurídico que alcance para la locura, la muerte, el amor o la guerra. Tampoco para la pobreza.

En su biografía de Evita¹, Alicia Dujovne Ortiz dice que aquélla hizo lo que nadie había hecho por los pobres, despertó su deseo. Ya no pedían limosna, pedían lo que deseaban. Los ricos la odiaban, deseaban seguir dando limosna, y los pobres deseaban ser ricos.

Estas pulsiones son tan inconciliables como humanas. Por eso Cristo fue el único rey en la tierra con reino entre los pobres. Un rey pobre sólo puede ser un contrasentido o un dios. En fin, la estrategia jurídica resulta verdaderamente modesta a veces.

1. Eva Perón / La biografía, Aguilar (1995).

La pobreza y las cifras

Julieta Manterola *

1) La cifra no es lo importante

En su artículo “Pobreza, igualdad y derechos humanos”, Marcelo Alegre sostiene que existe un derecho a verse libre de pobreza y señala que la erradicación de la pobreza extrema “no está en conflicto con ningún valor comparable”, esto es, que la satisfacción de este derecho “no exige sacrificios significativos”. Así, discute la opinión de “sentido común” según la cual la erradicación de la pobreza es imposible o muy costosa. Esta opinión “ignora algunos datos incontestables sobre la pobreza extrema, como, por ejemplo, que al mismo tiempo que un quinto de la humanidad dispone de menos de un dólar por día, el quinto de mayores ingresos cuenta, en promedio, con noventa dólares al día. La transferencia de recursos necesaria para que el quinto más pobre supere el umbral de un dólar por día implicaría un impacto nímio sobre el nivel de vida de los más acomodados. (Esto sigue siendo el caso aun si se fijara el nivel de pobreza extrema en los dos dólares por día y aun si los costos administrativos o de otro tipo significaran una suma igual a la suma a transferir.)”. La relevancia de este hecho es que “la fuerza moral de un derecho aumenta cuando su satisfacción no demanda sacrificios extremos o significativos y, de manera inversa, el disvalor moral de la violación de un derecho aumenta cuando el respeto de ese derecho no involucra costos relevantes”.

Ahora bien: ¿qué pasaría si la erradicación de la pobreza extrema exigiera sacrificios significativos o involucrara costos relevantes? ¿Dejaría de existir un derecho a verse libre de pobreza? ¿Se convertiría (este derecho) en un derecho menos básico? ¿Se volvería (este derecho) un derecho menos prioritario? La respuesta a estas preguntas, creo, es que no. Dice Marcelo Alegre: “Los derechos son intereses básicos que merecen una protección especial y prioritaria en las agendas y políticas públicas. Del mismo modo que el respeto de derechos civiles y políticos puede significar sacrificios para terceros (tener que tolerar expresiones que nos provocan desagrado, por ejemplo, es un sacrificio que exige el respeto a la libertad de expresión) y también sacrificios económicos (piénsese en los gastos presupuestarios necesarios para sostener el sistema de justicia), las cargas que impone asumir el compromiso de terminar con la pobreza se encuentran ampliamente justificadas por cualquier concepción decente de la sociedad que parta de la dignidad e inviolabilidad de los seres humanos. Consecuentemente, los costos que debería asumir una política contra la pobreza – desde frenar el crecimiento económico hasta disminuir el financiamiento de gastos de defensa o de proyectos culturales – serían el precio que cualquier orden civilizado debe pagar para obtener legitimidad. Esto también es verdadero, por supuesto, a nivel global [...]”.

Pedir que se frene el crecimiento económico y que se disminuya el gasto en defensa o en proyectos culturales (o científicos, como las misiones marcianas y los viajes lunares,

* Licenciada en Filosofía (UBA).

por ejemplo, o la clonación perruna) con el objetivo de luchar contra la pobreza extrema no es lo mismo que pedir que se transfieran unos pocos dólares diarios desde el quinto más rico de la población mundial al quinto más pobre. Sin duda, mientras que pedir lo segundo no es exigir sacrificios significativos, pedir lo primero sí lo es. Sin embargo, tal pedido estaría plenamente justificado, si es que estamos dispuestos y dispuestas a tomarnos en serio la existencia de un derecho a verse libre de pobreza. Si este derecho existe y si este derecho es básico y prioritario, entonces la cifra de cuánto costaría satisfacer este derecho no debería ser lo más importante (a menos, claro, que el costo de satisfacerlo fuera realmente excesivo o directamente prohibitivo, lo cual no es el caso). Así, creo que la conclusión que puede extraerse de la última cita que hice del artículo de Marcelo Alegre es que el deber de satisfacer el derecho a verse libre de pobreza debería mantenerse incluso cuando los costos de satisfacer este derecho fueran relevantes o significativos, debido a la importancia del derecho que se encuentra en juego.

Para apoyar esta conclusión, señalaré algunas afirmaciones que aparecen en el artículo. En primer lugar, Marcelo Alegre afirma que el derecho a verse libre de pobreza se deriva del principio humanitario. Este principio garantiza a todos los seres humanos, por ser humanos, la satisfacción de sus necesidades básicas. En segundo lugar, sostiene que el derecho a verse libre de pobreza tiene como correlato un deber “incondicional” y “universal” de proteger a todas las personas de la pobreza extrema. Y, en tercer lugar, afirma que el principio humanitario, del cual se deriva el derecho a verse libre de pobreza y su deber correlativo, *es un principio de justicia*, ya que “sirve como una guía para el diseño y operación de las instituciones básicas y las políticas públicas, su violación parece suficiente para considerar que una sociedad es injusta, posee consecuencias distributivas significativas, etc.” Así, creo que estas afirmaciones refuerzan la idea de que, aún cuando los costos de satisfacer un derecho a verse libre de pobreza fueran significativos o relevantes, el deber de satisfacer este derecho persiste.

2) Las cifras de Singer

En su libro *Un solo mundo*, el filósofo utilitarista Peter Singer sostiene que la erradicación de la pobreza no recae solamente sobre los gobiernos de los países ricos, sino también sobre los ciudadanos de esos países. Dice Singer: si los líderes de los países ricos no le prestan la suficiente atención al problema de la pobreza, “¿qué deberían hacer los ciudadanos de esos países? No estamos desprovistos de potencial para actuar por nosotros mismos. Podemos tomar medidas prácticas para expandir nuestros intereses por encima de las fronteras nacionales apoyando a organizaciones que trabajan para ayudar a los necesitados, sean cuales sean. Pero, ¿cuánto debemos dar?”¹

Para Singer, una forma de alcanzar esta cifra (la cifra que debemos dar) sería mediante el siguiente cálculo. De acuerdo con el Banco Mundial, lograr las metas de desarrollo del Milenio costaría entre 40.000 y 60.000 millones de dólares de ayuda adicional al año.²

1. Peter Singer, *Un solo mundo. La ética de la globalización*, Barcelona, Editorial Paidós, 2003, pág. 198-199.

2. Peter Singer, *op. cit.*, pág. 197.

Estas metas están dirigidas, principalmente, a la reducción a la mitad de la pobreza y el hambre para el año 2015. Tal como sostiene Marcelo Alegre, Singer también considera que estas metas de desarrollo son más “modestas” que la erradicación de la pobreza mundial. Sin embargo, afirma que alcanzarlas sería, al menos, un logro importante. En los países desarrollados, viven 900 millones de personas. Si el objetivo de erradicar la pobreza estuviera distribuido equitativamente entre todas ellas, ¿cuánto debería donar cada una? De esos 900 millones, 600 millones son adultos. Así, Singer concluye que si cada persona adulta que vive en los países ricos donara cien dólares al año por los siguientes quince años, se alcanzarían las metas de desarrollo del Milenio. “Para alguien que gana 27.500 dólares al año, el salario medio en el mundo desarrollado, esto es menos del 0,4% de sus ingresos anuales, o menos de 1 centavo de cada 2 dólares que ingresa”.³

Singer distingue dos objeciones que se le pueden hacer a su afirmación de que los adultos que viven en los países ricos deberían donar el 0,4% de sus ingresos anuales. Una objeción es que no todas las personas adultas que viven en los países ricos pueden donar esa cifra, ya que sus ingresos apenas les alcanzan para cubrir sus necesidades básicas. Otra objeción es que hay muchas personas ricas que viven en los países pobres cuyos ingresos son lo suficientemente altos como para permitirles donar esa cifra. La conclusión que extrae Singer de estas dos objeciones es la siguiente: toda persona cuyos ingresos fueran mayores que los necesarios para cubrir sus necesidades básicas y las de su familia debería donar el 0,4% de esos ingresos a organizaciones de ayuda internacional.

Sin embargo, donar el 0,4% de los ingresos es apuntar demasiado bajo, ya que, de este modo, se estaría reduciendo solamente a la mitad la pobreza y el hambre. “Debería ser más urgente, para nosotros, eliminar la pobreza. Es más, no hay nada especialmente memorable en entregar el 0,4% de los propios ingresos. Una cifra simbólica más útil sería el 1% y, de hecho, esta cifra estaría más cercana a lo que se necesitaría para eliminar, más que para reducir a la mitad, la pobreza global”.⁴ Por lo tanto, y de acuerdo con los cálculos de Singer, la erradicación de la pobreza mundial requiere de cada uno de los ciudadanos con ingresos altos del mundo (ya sea que viva en un país rico o en un país pobre) que done el 1% de sus ingresos anuales durante los próximos quince años. Por supuesto, aquellos que ya realizan donaciones deberían continuar haciéndolo.

Con respecto a aquellos que no donen esta cifra, Singer dice que “no cumplen con su parte justa de responsabilidad global y, por tanto, que están haciendo algo que es moralmente malo”.⁵ De acuerdo con Singer, “dar el 1% de los ingresos anuales para superar la pobreza mundial es lo mínimo que uno debe hacer para llevar una vida moralmente digna. Dar esa cantidad no requiere heroísmos morales. No hacerlo es signo de indiferencia ante la persistencia de la pobreza extrema y de las muertes relacionadas con la pobreza que podrían evitarse”.⁶

Ciertamente, para una persona cuyos ingresos le alcanzan y le sobran para cubrir sus necesidades básicas, el 1% de esos ingresos representa una suma casi insignificante.

3. Peter Singer, *op. cit.*, pág. 206.

4. Peter Singer, *op. cit.*, pág. 206.

5. Peter Singer, *op. cit.*, pág. 207.

6. Peter Singer, *op. cit.*, pág. 207.

En este breve trabajo, he querido hacer dos cosas. En primer lugar, señalar que el costo de satisfacer el derecho a verse libre de pobreza no debería convertirse en una cuestión decisiva, si es que vamos a tomarnos en serio la existencia de tal derecho. Y, en segundo lugar, apoyar (desde la perspectiva utilitarista de Peter Singer) la posición que sostiene que erradicar la pobreza mundial no implica un costo significativo y que, por lo tanto, la persistencia de este problema es absolutamente irracional y gratuita.

Breves cuestiones en torno a la aplicación de la concepción de la pobreza como violación de derechos humanos

María Florencia Santi

La postura que sostiene el autor puede caracterizarse como teórica o ideal, esto es, no atiende a las cuestiones de aplicación de esa concepción sino que solamente tiene en mente las cuestiones de fundamentación de la misma.

Lo que a mí me gustaría señalar en estas breves líneas es una cuestión o problema que puede surgir al momento de aplicar esta concepción de verse libre de la pobreza entendida como un derecho humano.

Imaginemos esta situación: una trabajadora textil guatemalteca de origen indio es obligada a trabajar por jornadas de 16 o 18 horas en una fábrica de indumentaria que comercializa sus productos sólo en países del primer mundo. La empresa explota a los trabajadores manteniéndolos en condiciones laborales paupérrimas (sin aportes jubilatorios, sin cobertura médica, sin beneficios sociales, sin aseguradora de riesgos laborales, etc.) La trabajadora se encuentra, según los índices internacionales, en condiciones de indigencia debido al bajísimo jornal que recibe día a día (menor al equivalente de un dólar).

Si la concepción que sostiene Alegre fuera convalidada por la mayoría de los países del primer mundo esta trabajadora obtendría la suma necesaria (si se tratara de dinero) o los servicios o bienes requeridos para sobrepasar el umbral de *indigencia*. Así, su situación de explotación e injusticia se mantendría (si es que interpreto bien lo que afirma el autor) a pesar de haber dejado atrás la situación de indigencia. Este es un primer problema.

Un segundo problema, visto desde la perspectiva de la trabajadora, es que ella tendría un *reclamo válido* que hacer tanto a su empleador como a cualquier ciudadano de un país plenamente desarrollado. Esta conclusión pone de manifiesto que la puesta en práctica de una concepción de verse libre de la pobreza entendida como un derecho humano no permite distinguir entre grados de *responsabilidad* por la situación de la persona considerada ni posibilita discriminar o aun exigir rectificaciones por los daños causados.

De aquí se sigue también que la aplicación de la concepción de derechos humanos a los pobres globales funcionaría como un *paliativo* de la situación de pobreza y no como una solución de las *causas* que la generan o propician. Esto se ve claramente en mi ejemplo de la trabajadora: su situación económico-social puede mejorar manteniéndose las condiciones de explotación que fácilmente pueden volver a ponerla en una situación de indigencia.

Alegre, al poner de manifiesto lo “barato” que es eliminar la pobreza extrema, muestra, al mismo tiempo, que la pobreza no se debe ni se soluciona por cuestiones puramente económicas y, por lo tanto, que la erradicación de la misma no puede llevarse a cabo sólo por medios económicos. Creo que aunque tuviéramos los recursos necesarios para erradicar la pobreza ella volvería a generarse si no se eliminan las *causas* que la generan y mantienen.

Esta conclusión no se opone directamente a la creación de un fondo internacional para la ayuda de los pobres extremos sino solamente señala que junto con la creación de este fondo es necesario dedicar muchos esfuerzos para crear un orden global más justo y

equitativo; para que las naciones involucradas en él puedan lograr acuerdos más beneficiosos para ambas partes y no sólo para una de ellas.

Desde un punto de vista teórico coincido con la postura del autor y sostengo que está debidamente justificada. Ahora bien, si intentamos aplicarla, creo que pueden generarse *paradojas* o situaciones dilemáticas (como la de la trabajadora al tener un reclamo válido *igual* tanto frente a un ciudadano del primer mundo como frente a su empleador) que pueden alejarnos del objetivo de erradicar *-aquello que genera-* la pobreza extrema.

Crítica a la interpretación kantiana ingenua en ética práctica

Ignacio Mastroleo *

En la nota que se cita a continuación Marcelo Alegre (MA) intenta inmunizar su posición de dos posibles críticas hechas por un “kantiano promedio”¹:

“¿Podría criticarse que la eliminación de la pobreza se encontrara motivada, por ejemplo, por la búsqueda de un mercado de un billón de consumidores adicionales? Sé que para algunos kantianos esto podría ser visto como otra forma de tratar a los pobres como medios. No pienso así, pues creo que las acciones (la calidad moral de los agentes es una cuestión distinta) deben ser juzgadas desde un punto de vista más objetivo, no siendo decisivas las motivaciones. Si alguien cumple una promesa para asegurar su autoestima como una persona recta, existe un sentido en el que está tratando al otro como medio para obtener aprobación y no está actuando sólo por el motivo del deber. Sin embargo la acción es impecable moralmente. De la misma manera, si el derecho a un acceso a recursos mínimos se encuentra justificado sobre la base de consideraciones independientes (tal como las que sostengo en la próxima sección), el hecho que ello pueda satisfacer motivos egoístas de algunos no resulta problemático.”

Las posibles objeciones kantianas giran sobre dos puntos, que vale la pena distinguir: (i) es incorrecto tratar a los pobres como medios, (ii) es incorrecto no actuar movidos por el sentido del deber, sino por otras razones. No defenderé la posición aquí desarrollada del “kantiano promedio”, sino que intentaré dar argumentos a favor de una interpretación kantiana no-ingenua compatible con las réplicas de MA.

(i) Tratar a los pobres como medios

MA discute con un kantiano que afirma que crear un mercado de consumidores para eliminar la pobreza significa tratar a los pobres como medios, y por lo tanto esto es moralmente incorrecto. Dicha posición parecería estar sostenida teóricamente en una interpretación ingenua del imperativo categórico: “trata a las personas como fines en sí mismo y no como medios”. Bajo esta interpretación simplista, sería inmoral llevar el auto al mecánico ya que se estaría tratando a la persona que arregla nuestro auto sólo como un medio.

Sin embargo, un kantiano menos ingenuo que nuestro “kantiano promedio”, tal vez Christine Korsgaard², podría no identificarse con esta posición. Afortunadamente, la autora

* Facultad de Filosofía – UBA; ignaciomastro@speedy.com.ar

1. Llamo “kantiano promedio” a la posición con la que discute MA dado lo extendida de la misma en el debate de la filosofía práctica. Por ejemplo, Herbert Krimmel “La posición en contra de la maternidad sustituta” en *Decisiones de Vida y Muerte* Eds. Florencia Luna y Arleen Salles, Sudamericana: Buenos Aires, 2^{da} ed., 2000, págs. 259 - 269

2. “An introduction to ethical, political and religious thought of Kant” *Creating the Kingdom of Ends*, Cambridge University Press: Cambridge, 1996, págs. 3-35.

de *The Sources of Normativity* sostiene una interpretación más sofisticada del imperativo categórico: “trata a las personas siempre como fines en sí mismo y no solamente como medios”. La clave de la interpretación se encuentra en la frase “no solamente”, por supuesto. Entiendo que esta interpretación implica reconocer que las personas sirven como medios para nuestros fines (su dimensión objetual), aunque dicha dimensión no agota la caracterización de las personas. Si volvemos al ejemplo citado, el imperativo me prohíbe tratar al mecánico *sólo como un medio* para arreglar el auto, p.e. pagándole con dinero falso por su trabajo. Pero de ninguna manera me prohíbe llevarle el auto para que me lo arregle. Lo mismo ocurriría con la creación del mercado de consumidores. El principio kantiano, según la interpretación no ingenua, prohibiría tratar al billón de consumidores sólo como medios para el autointerés de los agentes, aunque no negaría que exista una dimensión utilitaria en la creación de un mercado de consumidores. Un ejemplo de violación del principio para el caso de los consumidores, análogo al del dinero falso, podría ser que un agente les vendiera productos que, se sabe, afectarían su salud (como con el caso de las tabacaleras o la comida chatarra en EE.UU.³) o contratara a los nuevos consumidores para trabajar en situación de explotación sistemática⁴. En estos casos el agente, obrando de manera autointeresada o no, no reconoce la dimensión moral completa de las personas que integran el mercado de consumidores. Es decir, ve a los consumidores “meramente” como medios para un fin determinado. Y esto es lo que un kantiano no-ingenuo al igual que cualquiera consideraría una acción moralmente incorrecta.

(ii) No actuar movidos por el sentido del deber

Con respecto a la motivación de las acciones, que es el segundo punto que señala MA, creo que se sigue que el kantiano no-ingenuo reconoce que pueda haber acciones parcialmente autointeresadas que no sean inmorales. Sin embargo dudo que un kantiano ortodoxo en lo relativo a las cuestiones hermenéuticas haya de considerar dichas acciones “impecables moralmente”. En definitiva, éste sería el punto que separa la posición de Marcelo de la de un kantiano ortodoxo. En todo caso, la diferencia apuntada no es importante para la discusión en torno a la pobreza, sino un problema de terminología, común a la práctica filosófica.

En Kant, claramente, la acción moral es aquella motivada por el deber. Tal vez sea un exceso de estoicismo por parte de Kant el no considerar grados de moralidad al respecto⁵. En este sentido, para un kantiano ortodoxo, hablar de una acción moral como “impecable” sería al menos dudoso, ya que las únicas acciones morales serían las realizadas por deber y no habría acciones morales no impecables. Si uno quisiera defender un poco más a Kant

3. El documental *Super Size Me* (2004) de Morgan Spurlock trata de manera brillante el problema de la comida chatarra en EE.UU.

4. Según alguna interpretación marxista, toda relación laboral en una sociedad capitalista es una forma de explotación. En este caso utilizo el término “explotación” apartándome de esta interpretación, y siguiendo a Wertheimer, Alan, “Exploitation”, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2005 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <<http://plato.stanford.edu/archives/sum2005/entries/exploitation/>>.

5. Lo llamo “exceso de estoicismo” dado que los estoicos consideraban que no había grados en la obtención de la virtud.

en cuanto a las motivaciones, se podría decir que dicha posición no nos pide que seamos santos que actúan de forma moral todo el tiempo. Podemos actuar de forma no moral (movidos parcialmente por el autointerés) sin que nuestras acciones sean inmorales, por ejemplo cuando salvamos a nuestro hijo de que se ahogue, no lo hacemos por deber; o en el ejemplo que utiliza MA: cumplir con las promesas motivados por el hecho de tener una buena imagen de nosotros mismos. Ambos son casos de acciones no inmorales, motivadas por razones distintas al deber y que tienen presumiblemente buenas consecuencias. Me inclino a pensar que aquí el problema es más epistemológico que ético: cómo compatibilizar el punto de vista interno y el externo dentro del discurso normativo, es decir, las motivaciones del agente para realizar las acciones con las consecuencias de las mismas.

Creo que un problema más importante que acarrea la interpretación ingenua es creer que Kant sostiene una lógica deóntica bivalente: o bien se actúa moralmente o bien se actúa inmoralmente. En la interpretación que expongo existiría un tercer valor que sería algo así como las “buenas acciones no morales”⁶ (esta última “no-moralidad” entendida en el sentido kantiano de acciones no realizadas por deber, por supuesto). Mientras uno esté interesado en combatir la pobreza, resulta superfluo si llamamos a dicha acción “buena” o “moral”.

(iii) Respuesta de un kantiano no-ingenuo

Por último, intentaré responder a la pregunta que formula MA. En la nota, él se preguntaba si podría criticarse que la eliminación de la pobreza se encontrara motivada por la búsqueda de un mercado de un billón de consumidores adicionales. Creo que promover la eliminación de la pobreza absoluta podría considerarse, en el peor de los casos, una “buena acción no moral” por el kantiano aquí bosquejado. Eso sí, sería una “acción buena no moral” en la medida que se respetara la máxima de considerar a ese billón de nuevos consumidores “no sólo como medios, sino como fines en sí mismos”, es decir, que los diferentes agentes nacionales o internacionales no interactuasen con ellos movidos únicamente por el autointerés y sin reconocer la dimensión moral de dichos consumidores (como en los ejemplos anteriores: tabacaleras, empresas explotadoras, cadenas de comida chatarra, etc.) Una interpretación kantiana no-ingenua no puede negar la dimensión autointeresada de las acciones de los agentes y la dimensión utilitaria con que se piensa a las personas en el mercado, si no quiere caer en el absurdo de la posición kantiana con la que MA discute, una posición de “sentido común” en algunos círculos de la discusión en ética práctica.

Pero tampoco tiene que aceptar que éstas sean las únicas dimensiones a tener en cuenta, ni las más relevantes, para pensar el problema de la pobreza absoluta en el mundo.

6. Ciertamente, no es mi pretensión sostener que tanto Kant como Cristine Korsgaard hayan sostenido algo como esto. Mi único interés es mostrar de la forma más sencilla posible la posibilidad de evitar la lógica bivalente (moral – inmoral) en una interpretación kantiana más sofisticada.

Pobreza, Derechos Humanos y responsabilidad

Julieta Arosteguy*

*Al Gran Bonete se le ha perdido un pajarito
y dice que Usted lo tiene.**

–¿Yo, señor?

Nadie quiere hacerse cargo. Y es así que la discusión en torno de la pobreza global se ha convertido en un triste juego en el que se cruzan acusaciones encontradas, un juego en el que los poderosos del mundo lamentan profundamente las condiciones que afectan a los pobres sin aceptar las culpas y responsabilidades que les corresponden por la situación: “la realización de cualquier derecho a una adecuada alimentación, o de un derecho fundamental a verse libre del hambre es una meta o una aspiración para ser llevada delante de manera progresiva y no da origen a ninguna obligación internacional”.¹

En su artículo “Pobreza, igualdad y Derechos Humanos”, Marcelo Alegre suma su voz a los reclamos contra la pobreza global e insta a los individuos y a los países ricos a poner fin a la injusticia que ella representa. Alegre parte del derecho humano básico a la subsistencia y, en virtud del bajo costo económico que tendría su erradicación, concluye que existe un deber moral de terminar con la pobreza extrema. De acuerdo con nuestro autor, el derecho que las personas tienen a verse libres de la indigencia no obliga solamente a los estados nacionales sino que “se encuentra correlacionado también con deberes globales, especialmente *con los deberes de los estados e individuos ricos*”². Sin embargo, el artículo no se detiene en una cuestión de gran importancia: ¿cuál es el fundamento de esta *atribución*? ¿Por qué razón los individuos y los países ricos habrían de *cargar con la responsabilidad* de erradicar la pobreza global?

En lo que sigue, consideraré el argumento de Marcelo Alegre para atribuir a estos agentes responsabilidad moral frente a la erradicación de la pobreza. Consideraré, asimismo, las razones que pueden invocarse para rechazar su pretensión y destacaré la importancia de encontrar una respuesta satisfactoria frente a estas objeciones. Por último, intentaré señalar algunos indicios que, presentes en el texto de Alegre, podrían sugerir una respuesta a los interrogantes que aquí planteo.

–Sí, señor

A la base de la argumentación se encuentra el *derecho humano* a verse libre de la pobreza. El discurso de los derechos humanos confiere a la posición de Alegre un atractivo adicional; como señala el autor: “La formulación de un reclamo en términos de derechos

• UBA

* Fue Juliana Udi quien me sugirió, por primera vez, la relación entre el juego del Gran Bonete y el problema de la adscripción de responsabilidad moral. Agradezco aquí su feliz ocurrencia. Quisiera agradecer también a Ana Hulton por su elegancia estilística y sus atinadas sugerencias.

1. Declaración del gobierno de EEUU en relación con las Metas del Milenio. Citado por Alegre en “Pobreza, igualdad y Derechos Humanos”, en este volumen.

2. Énfasis agregado.

humanos generalmente implica que los intereses en juego son tan cruciales que otros objetivos o preferencias deben subordinarse a las satisfacción y respeto de aquellos”. Pero precisamente en el atractivo de este acercamiento parece residir su principal debilidad: la noción de derechos humanos presenta dos rasgos definitorios que pueden resultar difíciles de conciliar.

Por un lado, los derechos humanos, como señala Alegre “derivan del carácter único e inviolable de cada ser humano”. Esto quiere decir, en términos de nuestro autor, que “cada víctima implica una pérdida inconmensurable” y que el respeto por las personas debe ser incondicional. Si se tiene en cuenta este aspecto de los derechos humanos, una violación sólo resulta comprensible cuando se encuentran en juego otros derechos igualmente importantes que entran en conflicto con los derechos que se buscan proteger. No obstante, Alegre señala que una de las peculiaridades del derecho a la subsistencia reside en que su satisfacción, a diferencia de lo que ocurre con otros derechos, no resulta particularmente onerosa para nadie y no exige el sacrificio de ningún valor de importancia comparable. La erradicación de la pobreza no sólo es barata, sino que es incluso conveniente para todos los involucrados, tanto para los que la sufren como para el resto de la población mundial, que se vería beneficiada, también, con la inclusión de los pobres en el mercado mundial.³

Es preciso señalar que nada de lo dicho proporciona un indicio claro acerca de la razón por la que *los países y los individuos ricos* deben satisfacer el derecho humano a la subsistencia. Esto se debe a que Alegre centra su atención en el punto de vista de los *beneficiarios* del derecho mencionado. Desde este punto de vista, resulta indiferente quién deba hacerse cargo de su situación, siempre y cuando las necesidades básicas de las personas más desaventajadas se encuentren satisfechas. De este modo, el derecho a la subsistencia da lugar a lo que el autor llama un “deber de humanidad” que recae sobre cualquiera que esté en condiciones de satisfacerlo. De este modo, países e individuos ricos, por el hecho de estar en condiciones de subsanar sin mayores sacrificios la injusticia que la pobreza extrema involucra, *tienen el deber moral* de acabar con ella. Si, como sugiere Alegre, nos centramos en los beneficiarios de los derechos humanos, y en especial, del derecho humano a verse libre de la pobreza, resulta evidente que son numerosos los actores, además de los estados nacionales, que deben intervenir en su satisfacción.

Así pues, la exigencia que recae sobre países e individuos ricos se basa en el carácter prioritario del derecho de las personas que viven en condiciones de extrema pobreza. Las necesidades más básicas de estas personas exigen atención inmediata, y es lógico y conveniente que lo hagan los individuos y los estados que están en mejores condiciones de hacerlo.

-No, señor

Sin embargo, la doctrina de los derechos humanos presenta un segundo aspecto que resulta fundamental cuando se busca explicar y comprender la importancia política y jurídica que éstos han adquirido. Los derechos humanos son, ante todo, derechos que las personas tienen *frente a los estados*. En efecto, formular un reclamo en términos de derechos humanos implica que *el estado frente al que se formula el reclamo* debe subordinar

3. Razones de justicia y equidad enriquecen el argumento de Alegre. No las consideraré separadamente, ya que el punto que pretendo señalar se aplica también a ellas: ¿quién o quiénes deben asegurar la justicia y la equidad entre las personas?

cualquier otro objetivo a su respeto y satisfacción. Esta restricción no debe entenderse en el sentido de que el estado es el único encargado de satisfacer los derechos humanos, pero no debe perderse de vista que es el estado el garante último de su cumplimiento, el que se hará responsable de su violación frente a la comunidad internacional.

En efecto, el segundo aspecto involucrado en la noción de derechos humanos señala en dirección de un responsable –y de un incumplidor– fundamental: el estado nacional. Pero entonces, si son los estados los garantes últimos de los derechos humanos, ¿por qué deberían los individuos y los países ricos subsanar los déficit que surgen de su incumplimiento? La pobreza extrema exige una redistribución de responsabilidades, lo cual da lugar, a su vez, a un complejo problema normativo.⁴

Cuando todos los agentes cumplen con sus obligaciones morales, aunque éstas sean excesivas, ellas no resultan, sin embargo, injustas. La injusticia aparece, por el contrario, en casos de incumplimiento parcial, cuando algunos agentes deben compensar el bien que otros fallan en realizar⁵. Liam Murphy ha destacado con agudeza este problema: “en tanto que la beneficencia [–es decir, la promoción del bien común–] es un proyecto mutuamente beneficioso, es natural que nos resistamos a hacernos cargo de la parte que le corresponde hacer a la gente que podría contribuir en el proyecto, pero que no lo hace”⁶. Murphy sostiene que las obligaciones de los agentes no deberían aumentar a medida que disminuye el cumplimiento por parte de terceros. Según este autor, la beneficencia debe entenderse como un proyecto cooperativo, compartido con otros, y no como un objetivo individual. De este modo, cada individuo debe hacerse responsable exclusivamente de la parte que le corresponde en esta empresa conjunta, y, por lo tanto, resulta altamente relevante que haya otros que están en situación de compartir las responsabilidades morales.

Resulta sencillo llevar este problema a la discusión al plano de la pobreza global. Si todos los agentes cumplen con sus obligaciones morales, entonces los estados nacionales deben hacerse responsables de subsanar las condiciones de extrema pobreza de su población. Sin embargo, cuando los estados no pueden cumplir con esta obligación, ¿por qué la responsabilidad de atender a las necesidades de los pobres globales debe pasar a manos de los ricos?

Una primera respuesta, presente en el artículo de Alegre, es que, de lo contrario, los costos del incumplimiento estatal caerán sobre las cabezas de los más vulnerables, de las personas que están en malas condiciones para hacerlo. Y cabe señalar que sus condiciones no son relativamente peores, sino malas. Malas en términos absolutos.

4. Léase “*prima facie* no responsables”. El problema aquí no reside en determinar la responsabilidad de un agente *simpliciter*, sino en determinar su responsabilidad cuando el agente responsable no cumple con su obligación. Así, por ejemplo, mi problema es diferente al que presenta Thomas Pogge: “supongamos que descubrimos que en Venus vive gente en graves condiciones de pobreza, y supongamos que ayudarlos implicaría un costo muy pequeño para nosotros mismos. Si no hiciéramos nada, seguramente violaríamos el deber positivo de beneficencia. Pero no estaríamos violando el deber negativo de justicia, porque no estaríamos *contribuyendo* a perpetuar su miseria.” (Thomas Pogge, *World Poverty and Human Rights. Cosmopolitan Responsibilities and Reforms*, Cambridge: Polity Press 2002, pág. 198). La preocupación de Pogge, pues, está centrada en mostrar la relación causal que existe entre las condiciones “injustas” y los presuntos responsables de revertirla, es decir, en poner de manifiesto su *responsabilidad*. Por el contrario, yo dejo de lado este problema y asumo que los países y los individuos ricos *podrían no ser responsables* de asegurar un derecho a la subsistencia, al menos, en un primer momento.

5. Véase Liam Murphy, “The Limits of Beneficence” *Philosophy and Public Affairs*, 22:4, 1993, pág. 277-278.

6. *Ibid.*

—¿Pues entonces, quién lo tiene?

He intentado señalar que, al apelar al derecho humano a verse libre de la indigencia aparece el problema de establecer un responsable de su satisfacción. Por un lado, el reclamo da lugar a la obligación “incondicional” de atender a las necesidades de las personas cuyo derecho se ha violado, lo cual parece obligar a *todos* los agentes en condiciones de satisfacerlo. Sin embargo, la incondicionalidad de este reclamo se desdibuja cuando se reconoce que los responsables del cumplimiento de los derechos humanos son, primera y fundamentalmente, los estados.

El problema podría disolverse si se abandonara esta última pretensión y se aceptara que los derechos humanos no son ni exclusiva ni fundamentalmente responsabilidad de los estados. No obstante, esta atribución de responsabilidades se ha mostrado útil y necesaria, no sólo conceptualmente, sino también en el ejercicio de los derechos humanos. Reconocer al estado como responsable principal de las violaciones de derechos humanos implica identificar claramente un agente frente al cual exigir, y en última instancia obtener, la satisfacción de las necesidades fundamentales que estos derechos protegen. En consecuencia, una insistencia excesiva en las necesidades insatisfechas de las víctimas de la pobreza corre el riesgo de desdibujar el papel del estado y de internacionalizar indebidamente sus legítimos reclamos.⁷

Coincido plenamente con Marcelo Alegre en que las personas y los países ricos tienen el deber moral de contribuir a la erradicación de la pobreza. Pero, a diferencia del autor, creo que debe buscarse el fundamento de esta obligación en el *incumplimiento* de los estados nacionales y no en las condiciones de necesidad extrema de las víctimas de la pobreza. Ciertamente, las condiciones extremas en las que ellas se encuentran y la facilidad con la que se podría mejorar su situación constituyen factores de peso que apoyan la necesidad de redistribuir las responsabilidades incumplidas, pero no debe subestimarse la importancia normativa que el incumplimiento de terceros podría tener en la delimitación de las obligaciones morales.

El incumplimiento del estado aparece en el artículo de Alegre relegado a un segundo plano cuando el autor considera la necesidad de incorporar en las constituciones nacionales un derecho a verse libre de la pobreza. La constitucionalización de un derecho semejante cobra pleno sentido en un contexto de cumplimiento total, en el que la responsabilidad del estado deviene especialmente relevante. Cuando se trata de “situaciones de necesidad extrema” la exigencia constitucional pierde parte de su importancia y se hace necesario apelar a deberes y obligaciones globales. Sería interesante ahondar en el significado de estas “situaciones de necesidad extrema” a fin de reconocer qué condiciones de incumplimiento dan lugar a la reasignación necesaria de la responsabilidad estatal.

Ciertamente, esta propuesta deja de lado la incondicionalidad que Alegre pretende para el principio de humanidad que exige a los ricos acabar con la pobreza extrema. En efecto, ésta depende de que el responsable de satisfacer el derecho humano a la subsistencia no pueda cumplir con las obligaciones que este derecho acarrea. Sin embargo, dadas las condiciones de incumplimiento que imperan actualmente, cabe preguntarse si el carácter incondicional de tal principio es en verdad necesario.

7. La contracara maliciosa de la internacionalización de las responsabilidades por la violación de los derechos humanos es, obviamente, la intención de los estados de desligarse de las responsabilidades que les corresponden.

Pobreza, Filosofía y Derecho **Breve respuesta a los comentarios**

Marcelo Alegre

Agradezco los comentarios y observaciones. La urgencia del problema de la pobreza extrema no es excusa para eludir el rigor de la discusión académica y la confrontación de perspectivas críticas. Mi trabajo combinaba aspectos jurídicos y filosóficos, por lo que es afortunado que hayan confluído juristas y filósofos/as en las réplicas. Por razones de apuro editorial, me limito a los que creo son los señalamientos más importantes.

Sobre el rol de la filosofía política en esta cuestión

Varios de mis críticos distinguen entre aspectos teóricos y prácticos, y entre cuestiones de fundamentación y de implementación. En el epílogo de mi trabajo defendí el rol de las consideraciones normativas en este tema. A mi juicio, la relación entre la reflexión filosófico-política y la reflexión sobre la implementación no es secuencial: no se trata de que la filosofía defina ciertos (borrosos) fines y la economía y otras disciplinas sociales definan los medios más adecuados. No, los enfoques normativos y empíricos deben coexistir a todo lo largo del proceso de lucha contra la pobreza extrema. Cada uno de los múltiples factores que deben combinarse para superar la pobreza extrema incluye cuestiones instrumentales y cuestiones valorativas. Para enumerar algunos de estos factores, pensemos en el problema de la financiación del esfuerzo global contra la pobreza: existen razones de justicia para preferir modos progresivos de imposición, aún a escala global. De la misma forma, hay razones propias de la teoría de la democracia y de una comunidad liberal para exigir que la lucha contra la pobreza sea sensible a las características de los contextos locales, y para que sean las propias comunidades afectadas las que conduzcan la articulación de sus estructuras sociales y económicas a fin de lograr una superación sostenible de la pobreza.

Sobre el costo de erradicar la pobreza

Leonardo Filippini acepta que el costo económico de la erradicación de la pobreza es bajo, aunque cree que eliminar la pobreza es costoso en otros términos, en particular porque desde el punto de vista de los privilegiados derrumbaría el tipo de relaciones sociales y otras ventajas que la pobreza posibilita. Consecuentemente, Filippini cree que no resulta irracional, para los afortunados del mundo, apostar al status quo. Sin embargo, si bien el argumento de Filippini puede respaldar la idea de que sería racional para muchas personas acomodadas apoyar un grado importante de desigualdad económica, no veo tan claro que lo sea el esperar que se perpetúe la desigualdad *radical* implicada por la pobreza extrema. Creo que muchos al formar fila en el cine se alivian en el momento en que ven que tienen más gente detrás que adelante. Es el alivio propio de saber que hay gente que está peor que nosotros. Pero los indigentes están *infinitamente* peor. ¿Qué hay de racional en desear la continuidad del enorme sufrimiento masivo que involucra la pobreza extrema? ¿Qué propósito auto interesado puede verse servido por la indigencia?

Un argumento concluyente es imposible en este terreno, y la concepción de la racionalidad que subyace al comentario de Filippini lo hace aun más difícil, ya que basta que alguien, por la razón que sea, prefiera que no se erradique la indigencia para que sea racional, a su respecto, que se realice esa preferencia. Insisto en que, sin embargo, el balance de las razones auto interesadas, en el que deben entrar consideraciones como las que agudamente describe Filippini (y que yo tal vez subestimé), favorece el estado de cosas en el que la pobreza extrema ya no existe.

Quisiera aludir a otra objeción diferente a la de Filippini, y más frontal, a la idea del bajo costo de eliminar la indigencia. La objeción simplemente niega que sea poco costoso erradicar la pobreza. En este punto es útil distinguir entre dos nociones de lo que significa “costoso”. Por un lado, costoso puede significar “caro”. Por otro lado, puede querer decir “difícil”. Dejar de fumar puede no ser costoso en el primer sentido (por el contrario hasta es redituable económicamente) y ser muy costoso en el segundo sentido. La eliminación de la pobreza no es costosa en ninguno de los dos sentidos, lo que hace que la pregunta acerca del carácter demandante de las políticas antipobreza quede, simplemente, fuera de lugar.

Concuerdo con el análisis de Julieta Manterola en cuanto a que el derecho a mínimos recursos, como cualquier derecho, debería prevalecer aun cuando implicara esfuerzos significativos. Sin embargo, el señalamiento de que los esfuerzos requeridos no son significativos es de enorme importancia política, porque apunta a remover obstáculos motivacionales no desdeñables.

Pobreza y Justicia

Mi trabajo se refería a un aspecto de la justicia distributiva, tal vez el más dramático, pero sin dudas no el único. María Florencia Santi señala, con razón, que aun luego de superarse la pobreza extrema, subsistirían prácticas de explotación e injusticia social y económica. Pero es importante aclarar que enfatizar la urgencia de la necesidad de superar ciertas injusticias básicas no implica condonar la continuidad de otras injusticias. Por el contrario, es plausible pensar que la eliminación de la pobreza extrema sería un paso adelante muy importante en la igualdad social y económica. La eliminación de la pobreza extrema debe verse como un objetivo en la ruta de una mayor igualdad en todos los terrenos.

Kant

Ignacio Mastroleo es convincente al argumentar contra las interpretaciones caricaturescas de las ideas kantianas. Si la nota a pie de página que motivó el comentario de Mastroleo pudo haber creado esa impresión, me interesa (a modo de mea culpa) reivindicar la perspectiva kantiana con relación al problema de la pobreza extrema. Lo que yo entiendo de la filosofía moral de Kant es un conjunto de afirmaciones enfáticas que giran alrededor de la idea de la *seriedad* de los juicios morales (que es la misma seriedad con que se debe tratar a los seres humanos). La idea de que nuestros deberes hacia los demás deben trascender ciertas condiciones contingentes es una idea fundamental sin la cual es muy difícil explicar la fuerza normativa de los derechos humanos. Por eso la

caricaturización de Kant (y no niego que existan en su obra pasajes que apoyen la interpretación de los caricaturistas) corre el riesgo de hacernos pasar por alto la noción de que el valor moral de las acciones depende de las intenciones del agente, y que las acciones correctas son las que se orientan al cumplimiento del deber moral. Pero coincido con Mastroleo, Korsgaard, y Barbara Herman¹ en que la existencia de otras motivaciones no le restan valor (aunque tampoco se lo suman) a las acciones, una vez que está presente, de modo decisivo, la decisión de sujetarse a las normas morales.

Mi ejemplo de quien “cumple una promesa para asegurar su autoestima como una persona recta”, no fue felizmente redactado. Escribí que “existe un sentido en el que está tratando al otro como medio para obtener aprobación y no está actuando sólo por el motivo del deber. Sin embargo la acción es impecable moralmente.” Debí aclarar que su búsqueda de la autoestima era un motivo que *acompañaba* al del cumplimiento del deber (lo que está sólo débilmente sugerido por el agregado “no está actuando sólo por el motivo del deber”). En el caso de quienes apoyan la erradicación de la pobreza solamente motivados en consideraciones no morales (como la búsqueda de menor criminalidad, o la ampliación de los mercados) sus acciones no gozan de valor moral. Pero esto no implica que la comunidad internacional y los líderes políticos no puedan explotar estas motivaciones auto interesadas para promover la lucha contra la pobreza. Por el contrario, aprovechar estas motivaciones puede formar parte de la moral institucional, o en otras palabras, de la justicia política, que es la dimensión relevante en este terreno.

La responsabilidad por el respeto (y por la violación) del derecho a no ser pobre

Santi cree que hay una consecuencia problemática en la perspectiva de la pobreza basada en los derechos humanos. Según ella, esta perspectiva “no permite distinguir entre grados de *responsabilidad* por la situación de la persona considerada ni posibilita discriminar o aun exigir rectificaciones por los daños causados”. De manera algo similar, Julieta Arosteguy recela de mi caracterización del derecho a la subsistencia como incondicional y universal, en cuanto parece desdibujar el rol principal de los estados en el respeto de los derechos humanos. No niego ese rol primario de los estados, pero sí soy cauteloso en cuanto a exagerar la nota. Primero, el núcleo básico de la idea de los derechos es la no instrumentalización de los seres humanos, y esta restricción se aplica no solamente a los estados. La violación de derechos por parte del estado es particularmente grave porque se formula en nombre de toda la sociedad, pero no es la única violación posible. Es perfectamente inteligible que existan violaciones de derechos por parte de individuos, empresas y grupos que no controlan el estado. En segundo lugar, los estados pueden violar los derechos de sus ciudadanos o de personas pertenecientes a otros estados (Arosteguy, al referirse a los estados que no pueden cumplir con la obligación de subsanar la pobreza extrema, parece no tener en cuenta esta posibilidad). En tercer lugar, y de manera más importante, hay derechos que no se encuentran completamente institucionalizados. Sea porque el orden jurídico nacional o internacional aún no los ha

1. Barbara Herman, *The Practice of Moral Judgment*, Cambridge, 1993.

reconocido, o sea porque dicho reconocimiento jurídico no ha alcanzado la fuerza política suficiente para que los derechos se traduzcan en el respeto efectivo de los intereses en cuestión, la noción de que solamente los estados son responsables del respeto a los derechos se torna insuficiente. En estos casos, la responsabilidad por la promoción y respeto de los derechos se torna más difusa, y debe abarcar a las personas y sectores poderosos, a la opinión pública y a los líderes sociales. Esta dimensión preinstitucional de los derechos es la más desafiante políticamente y la que más energía merece de parte de los partidarios de los derechos.

Por cierto, comparto la importancia de pensar en el incumplimiento de los deberes de los estados, como afirma Arosteguy. Creo haber hecho mención a este aspecto cuando aludí a la provisión de mínimos recursos como una precondition de la legitimidad de los estados. Pero no veo por qué esta observación deba oponerse a la fundamentación basada en “las condiciones de necesidad extrema de las víctimas”. Cuando los estados pueden resolver el problema de la pobreza, serán los responsables de hacerlo. Cuando no, la responsabilidad está con quienes sí pueden: la comunidad internacional, los gobiernos que imponen las reglas de juego y los individuos que influyen sobre la marcha de los gobiernos.

Las Metas del Milenio

Filippini también cuestiona mi análisis crítico de las Metas del Milenio. Creo que la humanidad puede ir más allá. La observación de que siempre ha habido pobreza debe acompañarse por el reconocimiento de que nunca como hoy ha existido tanta riqueza acumulada. Filippini dice que es razonable reducir la pobreza a la mitad en el 2015 y eliminarla en otros 25 años. Pero las Metas, de cumplirse, no reducirán la pobreza a la mitad. Dado el crecimiento poblacional, reducir la proporción de pobres a la mitad no es lo mismo que reducir la pobreza a la mitad. Y las Metas no mencionan el objetivo de eliminar la pobreza, ni en 25 años ni en 1000.

La constitucionalización y la justiciabilidad de un derecho a necesidades mínimas

Filippini es elocuente cuando vincula los grandes cambios con el arte, la política y la religión. También es convincente en su énfasis en pensar al derecho más allá del estrecho marco de las causas judiciales. Solamente me pregunto si no es política negarle al derecho a recursos mínimos el carácter constitucional del que gozan otros derechos, o callar la obligación de los jueces de hacer respetar esos derechos. No soy un gran creyente en la transformación judicial de las sociedades, pero sí en la utilidad de ciertas intervenciones judiciales en el proceso democrático, particularmente las dirigidas a apuntalar la voz de grupos desaventajados o excluidos. No veo estas intervenciones como “estrategias jurídicas” como algo diferente a estrategias “políticas”. En la lucha por los derechos más básicos, esa distinción me resulta ininteligible.

