

La justificación de la igualdad de género en la magistratura: por qué la diferencia no funciona*

Kate Malleson*

Actualmente, está tan ampliamente aceptado que el objetivo de la igualdad de género en el sector público en general, y en el poder judicial en particular, es un bien invaluable, que preguntarse por qué esto es necesario parece redundante, si no perverso. Sin embargo, la pregunta es importante por tres razones. En primer lugar, porque el discurso de la igualdad debe ser teóricamente sólido y estar empíricamente fundado, si de lo que se trata es de proveer la base de una estrategia exitosa para el cambio. Esto es especialmente así, cuando el cambio sólo puede ser alcanzado a través de la reforma pro-activa. En segundo lugar, la respuesta determina qué clase de acciones pueden ser legítimamente realizadas para alcanzar el objetivo de la igualdad de género. Si, por ejemplo, sería aceptable nombrar a una mujer menos calificada, en vez de un varón más calificado. En tercer lugar, determina qué nivel de participación femenina es necesaria; si lo que se requiere es representación proporcional o si se necesita menor (o hasta mayor) participación.

A la fecha, son dos los discursos que se han postulado, en torno a la justificación de la igualdad en el poder judicial. El primero consiste en que, cambiando el equilibrio de género en la magistratura, mejorará la calidad de la justicia que se imparta, porque las mujeres aportan algo diferente a la administración de justicia. El segundo consiste en que el principio de equidad requiere que las mujeres tengan la misma oportunidad de participar en las instituciones públicas de toma de decisiones, y que su ausencia socava la legitimidad democrática de esos cuerpos.

Hasta ahora, los argumentos basados en la diferencia han dominado el debate, mientras que los argumentos de la igualdad y la legitimidad han jugado un rol complementario muy limitado. Este ensayo pretende revertir ese equilibrio. Resalta la debilidad teórica y empírica del feminismo de la diferencia en la toma de decisiones judiciales y sostiene que debe ser utilizado con mucha precaución como discurso para la igualdad de género en la magistratura. Algunos de los problemas que genera son comunes para la teoría de género y la práctica en general, pero otros surgen como resultado de las condiciones institucionales propias del poder judicial. Por el contrario, los argumentos basados en la equidad y la legitimidad, aunque en la superficie parecen menos atractivos, proveen un discurso más teórica, empírica y estratégicamente sólido acerca de la igualdad de género.

* Originalmente publicado como "Justifying gender equality on the bench: why difference won't do", *Feminist Legal Studies* 11: 1-24 2003 (2003 Kluwer Academic Publishers). Publicado bajo el generoso permiso de la autora y de *Springer Science and Business Media*. Derechos reservados. Traducido por María Luisa Piqué.

* Profesora de derecho, School of Law, Queen Mary University of London.

La diferencia en la tarea de juzgar

Por ahora, las críticas hacia la escasa participación, numérica y funcional, de las mujeres, en los poderes judiciales del mundo, reposan en la asunción de que su ausencia: “limita la calidad y visión de las decisiones [judiciales]” (McRae, 1996, p. 9). Se sostiene que una mayor inclusión de las mujeres, aportará “una nueva dimensión de justicia” (Goldman, 1979, p. 494). Esto es así, porque las mujeres traerán “... diferentes experiencias que influirán en sus sentencias” (McGlynn, 1998, p.187). El efecto de esto es abrirle un espacio a la perspectiva femenina: “con cautela... podemos aseverar que el nombramiento de más mujeres en la magistratura aumentaría la posibilidad de que una cierta perspectiva (la simbólicamente femenina) sea aplicada” (Grant y Smith, 1991, p. 73). Los mismos jueces han empezado a sostener este argumento. La Corte Suprema de Canadá, por ejemplo, ha afirmado que:

La creencia profunda que subyacía al impulso en pos de una mayor diversidad en los nombramientos judiciales, era que las mujeres y otras minorías visibles aportarían una importante perspectiva a la difícil tarea de juzgar.¹

Estos argumentos asumen que no es la presencia de las mujeres *per se* lo que se necesita en la magistratura, sino aquello que las mujeres harán una vez que lleguen ahí. Estas diferencias basadas en el género, radican en diferencias biológicas (más específicamente, en el embarazo, el parto y el amamantamiento) y en diferencias sociales (como la mayor responsabilidad doméstica y el rol de cuidado que ejercen las mujeres y su mayor exposición a la experiencia de la discriminación). Las experiencias de las mujeres en estas áreas, se sostiene, les permite entender desde un punto de vista subjetivo ciertos asuntos en las vidas de las mujeres, tales como la decisión de practicarse, o no, un aborto:

Probablemente sea imposible para un varón solucionar, aun en su imaginación, semejante dilema, no sólo porque esté fuera de su ámbito de experiencia personal (aunque este es, por supuesto, el caso) sino porque sólo se puede relacionar con el tema objetivándolo, y, por lo tanto, eliminando los elementos subjetivos de la psique femenina que están en el núcleo del dilema. (Jueza Bertha Wilson, Corte Suprema de Canadá).²

Pareciera que muchas juezas comparten esta visión. Una encuesta realizada en los Estados Unidos en 1993, demostró que un 74 por ciento de las juezas estaban de acuerdo con la afirmación de que “las mujeres tienen ciertas perspectivas únicas y experiencias de vida, diferentes de las de los varones, que deben ser representadas en la magistratura por las juezas”.³ Además, más mujeres que varones parecieran creer que el género es un factor en la toma de decisiones. Un estudio reciente en el poder judicial de Nueva Zelanda,

1. *R. v. S (R.D.) (1997) 118 CCC (3d) para 119*. Esta forma de pensar ha sido recientemente adoptada por la Corte Constitucional de Sudáfrica, *President of the Republic of South Africa v. South African Rugby Union* 1999 (4) S.A. 147 para 42.

2. *R. v. Morgentaler, Smoling & Scott* [1988] 1 S.C.R. 170.

3. 85% de los miembros de la Asociación Nacional de Juezas (National Association of Women Judges) y 63% de los jueces que no lo eran, estaban de acuerdo con la afirmación (Martin, 1993, p. 169).

demonstró que el 70 por ciento de las juezas, comparado al 39 por ciento de los jueces varones, estaba de acuerdo con la afirmación: “los jueces juzgan en función de lo que piensan que es correcto y apropiado, y eso, necesariamente, involucra una serie de valores y estándares que están influidos por el género” (Barwick, 2000, p. 32).

Algunos jueces varones han sostenido públicamente que las mujeres aportan diferentes valores a la magistratura. En Nueva Zelanda, en 1993, el entonces Presidente de la Cámara de Apelaciones, Robin Cooke hizo el siguiente comentario acerca de la composición del tribunal:

Los seis jueces de los dos tribunales que hemos intervenido en este caso son todos varones, la mayoría arriba de los 50 años de edad. Este es el tipo de caso que sugiere que el punto de vista femenino sería necesario, en al menos una de las vocalías, a fin de entender el reclamo, la personalidad y la situación de la mujer litigante, y de impartir justicia entre un varón y una mujer.⁴

Estos argumentos basados en la diferencia, se inspiran, directa o indirectamente, en las ideas en torno a la “ética del cuidado” inconfundiblemente femenina, originariamente pensada por Carol Gilligan (1982).⁵ Se ha convertido en un lugar común de los estudiosos de la mujer en la profesión jurídica, sostener que una mayor presencia femenina reorientará el sistema jurídico, alejándolo de métodos de resolución de conflictos formalistas, objetivos, universales y adversariales, y acercándolo a las necesidades subjetivas de los individuos y a una mayor utilización de sistemas de resolución alternativa de disputas, como la mediación (Menkel-Meadow, 1989, p. 231; Sommerlad, 1998, p. 28). Por extensión, esta clase de cualidades son las que, supuestamente, podrían aportar las abogadas si fueran nombradas juezas.

Con el desarrollo del derecho sustantivo y procesal, se afirma que las juezas serán más proclives a dictar fallos que se basen en la igualdad de género, ya sea revirtiendo decisiones fundadas en un relativamente claro prejuicio de género, basadas en asunciones estereotipadas sobre varones y mujeres (Johnson y Knapp, 1976, Wikler, 1980 Sherry, 1986: 161), o exponiendo y corrigiendo principios jurídicos que, aunque supuestamente neutros, son de un inherente prejuicio de género, como “el sentido común” y la “razonabilidad” (McGlynn, Thornton, Lahey, 1985). En relación con el proceso de adjudicación, se sostiene que las juezas abordarán de otra manera la resolución de las disputas, buscando técnicas menos confrontativas, mientras que, a la hora de dictar sentencia, un abordaje basado en la diferencia, sugiere que las juezas serán más comprensivas de la posición de las mujeres, tanto de víctimas como de ofensoras.⁶

El argumento de que la calidad de la justicia en los tribunales mejorará, a raíz de las diferencias que aporten las mujeres a la magistratura superficialmente es muy convincente.

4. Citado en Gatfield, 1996, p. 260.

5. Para una reciente revisión crítica del trabajo de Gilligan, véase Ward, 2000.

6. En Sudáfrica, por ejemplo, el Procurador General (Director of Public Prosecutions) de la provincia Cabo Occidental, anunció su intención de promover el nombramiento de mujeres en la magistratura de esa provincia sobre la base de que: “Tenemos 4.000 violaciones al año en Cabo Occidental y sólo una jueza... generalmente, las mujeres son más sensibles a las consecuencias de la violación que los varones”. Su visión fue apoyada por esa única mujer, la jueza Van Heerden, quien sugirió que las mujeres aportaban una faceta diferente y una serie diferente de valores morales en el proceso de dictar sentencia. “More Women Judges on the Way Says Kahn” *African News Service Online* 29/12/1998.

La popularidad de las teorías de la diferencia, en sus distintos matices, es entendible, ya que, de ser correctas, proveen un argumento irrefutable a favor de la participación de las mujeres en el poder judicial. Además, contrarrestan la tradicional primacía de los atributos típicamente considerados “masculinos” y validan algunos de los rasgos considerados “femeninos”, que, en el ámbito de la función pública, han sido marginados o denigrados. Pero, más allá de su atractivo inicial, estos argumentos traen aparejados verdaderos problemas empíricos, teóricos y estratégicos. Algunos de estos son específicos del poder judicial, concretamente, relacionados con el tema de la imparcialidad. Otros son generales a las cuestiones más amplias del género, e involucran el aparentemente insoluble problema de definir satisfactoriamente los “intereses de las mujeres”, sin caer en un esencialismo inaceptable.

Las mujeres, ¿juzgan diferente?

La creencia de que las mujeres juzgan distinto, si bien está ampliamente arraigada, no es pacífica. En los Estados Unidos, la jueza Day O'Connor, primera mujer miembro de la Corte Suprema de Justicia, ha calificado a la pregunta de si las abogadas y juezas hablan, o no, con “una voz diferente”, como “peligrosa e imposible de responder” (Day O'Connor, 1991, p. 1557). En el Reino Unido, Dame Brenda Hale, una firme defensora de la igualdad de género, ha sostenido que “las mujeres no pretenden afirmar que tienen una visión distinta de las cosas que los varones, en parte porque esto sería claramente desacertado en muchos casos y, en parte, porque las haría menos calificadas para ser juezas”. (Hale, 2001, p. 13). La cuestión acerca de si los argumentos basados en la diferencia son peligrosos, y si socavan la cualidad de las mujeres para ser juezas, será considerada en una sección posterior. La cuestión acerca de si, empíricamente, las juezas resuelven distinto que sus colegas varones, o no, es de alguna manera más fácil de responder hoy en día, que cuando O'Connor escribió, hace una década, ya que tenemos abundantes y crecientes investigaciones en la materia.

Casi todos los primeros trabajos que se realizaron sobre las diferencias de género en la magistratura, tuvieron lugar en los Estados Unidos a raíz del nombramiento de O'Connor, la primera mujer en la Corte Suprema. Sus votos eran objeto de un intenso escrutinio, y muchas feministas decían advertir una diferencia en su manera de decidir, respecto de sus colegas varones. Suzanna Sherry, por ejemplo, sostenía en 1986 que dichos votos demostraban una inconfundible “voz femenina”, que atravesaba la tradicional dicotomía liberal/conservador (Sherry, 1986). Sin embargo, esta conclusión ha sido desafiada por otras personas, incluyendo a la propia O'Connor (Aliotta, 1995, Davis, 1993, O'Connor, 1991 Frug, 1990).

Durante las décadas del '80 y '90, a medida que el número de juezas creció, fue posible emprender estudios sobre las diferencias de género en el proceso de administración de justicia, utilizando muestras más amplias, de las cuales se pudieran extraer resultados generalizables. Las investigaciones sobre los votos de los jueces en la Corte Suprema en 1993, no hallaron diferencias significativas entre varones y mujeres (Marshall, 1993). Un estudio llevado a cabo en 1991 sobre la actuación de miembros de las cortes supremas de justicia estatales en su primer mandato, también arrojó como resultado que sus votos eran similares (Allen, 1991). La investigación de Gottshcall en 1983, basada en los jueces nombrados por el presidente Carter, tampoco halló diferencias significativas en sus votos,

desde el punto de vista del género (Gottschall, 1983; Martin, 1993, p. 167). Por el contrario, algunos estudios a nivel estadual y de distrito, hallaron que las juezas tienden más a apoyar los intereses de las mujeres (Segal, 1997, Gryski, Main y Dixon, 1986). Sin embargo, algunas diferencias detectadas en otras investigaciones, no son aquellas que uno hubiese esperado. El estudio de Walker y Barrow de 1985 sobre una corte de distrito, halló que las juezas eran menos proclives a fallar a favor de derechos individuales y de minorías, que sus colegas varones.

De manera similar, evidencia recabada en otras jurisdicciones y en tribunales de otras instancias, también demuestra un panorama poco contundente. El estudio de Frances Raday de 1996 sobre decisiones de la Corte Suprema Israelí, identificó a partir de la década del '80, cuando se nombraron mujeres, una mayor predisposición hacia la igualdad de género. Sin embargo, no era claro que este cambio se hubiese generado a raíz de la designación de mujeres –muchos fallos a favor de la igualdad surgieron de jueces varones, mientras que algunos de los votos menos progresistas fueron de las mujeres (Raday, 1996). En Australia, trabajos de investigación de 1995 sobre jueces de las instancias más bajas, hallaron poca diferencia en las decisiones (Laster y Douglas, 1995).

Muchos de los estudios versaron sobre el contenido de las sentencias, y la mayoría no verificó ninguna diferencia significativa entre varones y mujeres (Steffensmeier y Hebert, 1999, Kritzer y Uhlman, 1977; Gruhl et al. 1981, Naylor, 1992). Dos de los estudios, sin embargo, concluyeron que las juezas tendían más a imponer penas de prisión a las mujeres, que sus colegas varones (Steffensmeier y Hebert, 1999, Gruhl et al. 1981). El estudio de Gruhl, sin embargo, halló que las mujeres eran ligeramente menos proclives a condenar, que sus colegas varones (1981, p. 344). Se concluyó que: “al determinar la culpa y mesurar el castigo, varones y mujeres actúan un poco diferente, pero esas diferencias son tan idiosincrásicas, que son prácticamente insignificantes” (p. 317). Además, advirtieron que había más diferencias entre las propias juezas, que entre ellas y los jueces varones. El reciente estudio, y más amplio, de Steffensmeier y Hebert, llegó a conclusiones similares. Hallaron que, en casi todos los aspectos, las formas de votar, eran similares. Sin embargo, aunque hallaron que las mujeres, a la hora de decidir, tomaban más en cuenta el contexto, también tendían a imponer más penas de prisión, y más elevadas, que los varones. Esta diferencia se notaba, particularmente, en el caso de las juezas que condenaban a reincidentes negros. En relación con las decisiones adoptadas por las cámaras de apelaciones del fuero penal ordinario, el estudio de McCormick y Job de 1993 de la Cámara de Apelaciones de Alberta halló que había poca diferencia identificable estadísticamente en las decisiones de jueces y juezas, aun en áreas como las ofensas sexuales (1993).

Las investigaciones que acotaron su objeto de estudio a ciertas áreas del derecho, más particularmente a casos de discriminación sexual, han revelado de manera más constante ciertas diferencias en las decisiones (Gottschall, 1983, Gryski et al., 1986; Allen y Wall, 1987; Davis et al., 1993). Más recientemente, el estudio de Crowe sobre casos de discriminación sexual en el trabajo ante las cámaras de apelaciones de los Estados Unidos entre 1981 y 1996, halló que las juezas eran significativamente más proclives a hacer lugar a demandas por discriminación sexual, que los varones (Crowe 1999). Sin embargo, en sentido contrario a los hallazgos en los Estados Unidos, la investigación de Raday respecto del Tribunal Laboral de Israel (*Israeli labour court*), en el que más de la mitad de

los jueces eran mujeres, no halló diferencia en las decisiones. A pesar de ciertos ejemplos individuales de algunas juezas con una postura fuerte hacia los derechos laborales de las mujeres, Raday halló que el panorama general no justificaba una diferencia de género, sino más bien, indicaba que jueces y juezas solían tener una postura conservadora respecto de los derechos laborales de las mujeres (1996, p. 546). Además, el reciente estudio de Songer y Crews-Meyer acerca de la manera de votar en las cortes supremas de los estados, halló que las juezas eran más liberales con relación a los casos de pena de muerte y obscenidad; ninguno de esos temas están tradicionalmente considerados como “asuntos de mujeres” (Songer y Crews-Meyer, 2000).

Resumiendo las investigaciones en torno al contenido de las decisiones hasta la fecha, pareciera que, en términos de sentencias y de administración de justicia en general, no existe una diferencia clara o sistemática entre jueces varones y mujeres. Sólo cuando el asunto se relaciona directamente con la discriminación sexual, emergen diferencias, y aun en estos casos los hallazgos son poco claros. Asimismo, allí donde las diferencias existen, éstas no necesariamente encajan en los estereotipos de géneros esperados según teorías que afirman una dicotomía de la ética del cuidado/ética de la justicia, como la Gilligan.

Sin embargo, más recientemente, los trabajos de investigación han buscado identificar indicadores de diferencia más sofisticados, en lugar de basarse en el simple contenido de las sentencias, tales como las percepciones de las propias juezas acerca de la naturaleza de la diferencia de género en las decisiones judiciales y su rol en la magistratura. El estudio de Raday sobre las juezas de la Corte Suprema de Israelí, por ejemplo, si bien en términos cuantitativos halló una brecha relativamente reducida entre decisiones de varones y de mujeres, sí detectó diferencias cualitativas. Éstas tenían que ver con que, en los votos de las juezas, se advertía una expresión más contundente a favor de la igualdad de género en los casos de igualdad de género, y en sus escritos extra-judiciales. En términos generales, a raíz de la investigación, Raday concluyó que proporcionalmente más mujeres que varones en la Corte Suprema Israelí habían adoptado puntos de vista igualitarios que impulsaran la erradicación del trato diferenciado hacia varones y mujeres.

También, en el análisis de los puntos de vista políticos de jueces y juezas, se pueden detectar diferencias menos obvias y más complejas. Allen y Wall, por ejemplo, hallaron que las juezas de las cortes supremas estatales tendían a adoptar posiciones más extremas, ya fuera en el arco liberal o conservador (1993, p. 165). Estas diferencias no se traducen, necesariamente, en diferencias fácilmente clasificables en resultados, pero aun así son significativas si se reprodujeran en otros tribunales. Además de la actitud diferente, algunos trabajos de investigación sugieren que la mera presencia de las mujeres en la magistratura repercute en el poder judicial (Laster y Douglas, 1995, p. 190, Songer y Crews-Meyer, 2000), aunque desentrañar los efectos causales de dichas diferencias de actitud y su relación con cambios en la práctica y en la toma de decisiones, no es fácil.

El panorama empírico de las diferencias de género entre jueces, por lo tanto, es contradictorio y no es concluyente y tal vez esté, todavía, en una etapa temprana y elemental; recién se están empezando a descubrir algunas de las diferencias más complejas y sutiles. Lo mejor que puede decirse sobre la base de los trabajos de investigación hasta la fecha, es que puede haber algunas diferencias en las decisiones en ciertas áreas.

Explicaciones de los hallazgos

En la interpretación de estos hallazgos, también hay diferencias. Algunos consideran que no logran reflejar el verdadero alcance de la diferencia de género, mientras que otros, por el contrario, sostienen que sobredimensionan dicha diferencia. Aquellos que sostienen que las diferencias de género no están del todo reflejadas, sugieren que la escasa diferencia se debe a que las juezas, al ser una pequeña minoría y tener una participación simbólica en la magistratura, se han visto forzadas a adaptarse a modelos masculinos. Un argumento alternativo para restarle importancia, es que el tipo de mujer que comúnmente tiene éxito en el sobremasculinizado mundo jurídico es, por definición, atípico entre las mujeres. Además, puede sostenerse que la naturaleza del derecho sustantivo, del razonamiento jurídico y del derecho procesal, limita el margen en el que pueden expresarse las diferencias (Wilson, 1990, p. 507, Laster and Douglas, 1995, p. 182). También puede sostenerse que la práctica de deliberar, particularmente en los tribunales colegiados y de mayor jerarquía, ocluye las diferencias de abordaje basadas en el género que podría haber entre los jueces. Allí donde los jueces se sientan juntos a deliberar, la presión de llegar a un consenso podría provocar que las juezas votasen concurrentemente con los varones, aun cuando, tal vez, hubiesen tenido un punto de vista diferente sobre el caso.

En contra de esta postura, suele argumentarse que las diferencias que pueden detectarse, más que expresar diferencias de género, ya sean éstas biológicas o sociales, son el resultado del tipo de trabajo que suele asignársele a las juezas, como así también las diferentes carreras que han tenido (Roach Anleu, 1992, p. 396). Es más probable que las mujeres lleguen a la magistratura con experiencia en áreas como el derecho de familia y el derecho laboral, en las que es más común el uso de técnicas de resolución de conflicto menos agresivas y en los que los asuntos relativos a la discriminación son más familiares. Es frecuente también que hayan trabajado en áreas no tradicionales y que hayan adquirido experiencia poco común (Sandra Day O'Connor, por ejemplo, después de su graduación, tuvo que trabajar como secretaria en un estudio jurídico, antes de conseguir un empleo como abogada). Por lo tanto, los diferentes tipos de trabajos jurídicos que las mujeres realizan antes y después de su nombramiento, explican las diferencias entre las decisiones judiciales de varones y mujeres.

El futuro de la diferencia

Así como puede interpretarse que la evidencia empírica, o bien encubre el verdadero alcance de la diferencia de género, o bien la exagera, hay distintos puntos de vista con respecto a si estas diferencias van a ser más o menos pronunciadas en el futuro. Aquellos que piensan que la poca cantidad de mujeres las obliga a amoldarse a la cultura de la mayoría masculina, o fomenta la selección de mujeres atípicas, generalmente creen que la voz femenina muy probablemente sea más fuerte a medida que más mujeres ingresen a la magistratura (Menkel-Meadow, 1985, p. 43, Gruhl et al., 1981).

Sin embargo, hay argumentos igual de sólidos como para afirmar que, con el correr del tiempo, va a haber cada vez menos diferencias de género, a medida que las mujeres empiecen a trabajar en un espectro más amplio de áreas del derecho y a llegar a la

magistratura con antecedentes profesionales más similares a los de sus colegas varones. También es posible que el aumento de número de mujeres reduzca la presión que implica, para las juezas, sentir que deben actuar a favor de los intereses de las mujeres, sea o no su preferencia, actuar de esa manera. La diferencia entre varones y mujeres jueces también podría disminuirse, no a través de un cambio en actitudes y comportamientos de las mujeres, sino en el de los varones. La presencia creciente de mujeres en la magistratura, podría ejercer una influencia “femenizante” más fuerte en los varones (Laster y Douglas, 1995, p. 185. Slotnick, 1984, pp. 527-528). Igualmente, los jueces varones podrían verse influidos no sólo por la presencia de juezas, sino por un cambio de actitudes afuera del poder judicial. Si las sociedades democráticas liberales siguen siendo cada vez menos discriminatorias, y las experiencias de vida de la próxima generación de jueces están menos influidas por el género que la de sus predecesores, sucederá que la diferencia entre jueces varones y mujeres se reducirá en paralelo con la de la sociedad en general.

Por lo tanto, el futuro de las diferencias de género en la magistratura, es tan incierto como la interpretación de su estado actual. Estas limitaciones empíricas que dificultan un análisis del alcance y naturaleza del presente y futuro de las diferencias de género, se corresponden con problemas teóricos igual de graves.

Los problemas de la imparcialidad y la coherencia

El primero de estos problemas, es la dificultad de reconciliar la afirmación de que mujeres y varones juzgan diferente, con el principio de la imparcialidad judicial. El solemne juramento, exige que los jueces impartan justicia a toda clase de personas, sin “temor ni favoritismo, simpatía o mala predisposición”. Tradicionalmente, se interpreta que esto significa que deben dejar de lado toda parcialidad hacia cualquiera de las partes o argumentos. Al menos superficialmente, por lo tanto, si un juez fuese proclive a adoptar una posición más favorable a la prueba, argumentos o intereses de una mujer por sobre los de un varón, esto no sería compatible con el principio de imparcialidad.

Este problema no puede resolverse por el mero hecho de señalar que, en la práctica, la parcialidad de los jueces, es la regla. El hecho de que un principio suela ser violado, no lo invalida como objetivo. Está muy aceptado que frecuentemente, los jueces, como seres humanos que son, no van a estar siempre a la altura de los estrictos estándares de imparcialidad:

“... Todos sabemos que no lo hacen y que probablemente no puedan hacerlo. Siempre ha habido jueces con mentalidad de fiscales, y jueces con mentalidad de defensores... Pero el ideal sería que trataran de dejar todo esto de lado...” (Hale, 2001, p. 13).

La única manera de mantener el ideal de imparcialidad y, a la vez, institucionalizar legítimamente decisiones basadas en el género, es cuestionando la interpretación que se ha hecho hasta ahora sobre qué constituye la imparcialidad. Si un juez y una jueza que interviniesen en el mismo caso, adoptaran una postura más o menos favorable respecto de un argumento, o de la credibilidad de algunas de las partes, en razón de su sexo, habría, *prima facie*, evidencia de una violación al principio de imparcialidad. Lo que no es obvio, es si la violación al principio es cometida por el varón o la mujer. La respuesta depende de cuál de los dos abordajes sea considerado imparcial. Ésta es, en última instancia, una

pregunta normativa. Si se asume que las normas que sustentan las decisiones en los tribunales a la fecha son esencialmente imparciales con relación al género, el apartamiento, por parte de los jueces, de estas normas, será *prima facie* evidencia de parcialidad. Sin embargo, si se cree que las decisiones judiciales sistemáticamente han favorecido a los varones y desaventajado a las mujeres, entonces lo que se cuestiona es la aplicación de lo que se considera ser imparcial, y no el principio de imparcialidad en sí mismo (Resnik, 1988, p.1922).

Como actualmente es indiscutible que, antes, las sentencias dictadas en nombre de la justicia imparcial discriminaban a las mujeres (Abella, 1987; Shientag, 1975), la pregunta es ¿qué evidencia hay de que esto se haya acabado y haya sido reemplazado por normas de imparcialidad de género? Los tribunales no pueden hacer otra cosa que reflejar los valores de la sociedad en la que operan. Para ser más realistas, como instituciones inherentemente conservadoras que son, van a la zaga de, y reflejan, los valores del pasado reciente. Dado que los tribunales están arraigados en los valores de las sociedades en las que funcionan, sería imposible para los jueces aplicar, sistemáticamente, normas imparciales en relación con el género, en una sociedad de relaciones desiguales de género. Si es aceptado que las relaciones sociales todavía están altamente influidas por el género, y que las mujeres como grupo, en general, siguen aún en desventaja por esas relaciones, entonces las normas que los jueces apliquen en los tribunales, necesariamente deberán reflejar aquellas desventajas. Se sigue de esta interpretación que si las juezas dan más relevancias a las perspectivas, intereses y puntos de vista de las mujeres, no están decidiendo con “favoritismo y simpatía” sino más bien, están corrigiendo la existente parcialidad de las decisiones judiciales y promoviendo un poder judicial genuinamente imparcial, que imparta a varones y mujeres, el mismo trato.

Este argumento nos da una respuesta convincente al problema de la imparcialidad a nivel institucional, pero todavía nos deja una dificultad: el hecho de que, según su género, jueces y juezas decidan diferente, socava la coherencia y tiene como resultado una injusticia a nivel individual. Desde la perspectiva del litigante o del imputado, la presencia de diferentes patrones en la toma de decisiones, significa que el resultado del caso dependerá de si es decidido por un varón o por una mujer. Aprobar esto, significa institucionalizar la noción de que el resultado de caso depende, simplemente, de la suerte que se tenga en el sorteo del juez que deberá intervenir en un proceso (Abrahamson, 1984, p. 492).

Tal vez se pueda considerar aceptable, entre tribunales de apelación o constitucionales, cierto grado de subjetividad, o una administración de justicia más personalizada y menos punitiva, donde factores como el género afecten la decisión que se adopte. En esos tribunales, los jueces definen por primera vez, o redefinen a la luz de condiciones cambiantes, cuestiones de principio y de políticas. Generalmente se acepta que, en este nivel, los jueces van a inspirarse en sus propios valores y experiencias a la hora de elaborar los resultados (Russell, 1996). Las diferencias entre individuos basadas en el género, *inter alia*, podrían ser un precio aceptable para pagar, si de lo que se trata es de desarrollar un derecho que sea más sensible a las cambiantes condiciones y normas sociales. Pero en la mayor parte del trabajo judicial propio de los jueces ordinarios, esto es, en la tarea de investigar los hechos, identificar el derecho sustantivo y procesal establecido y aplicarlo a los hechos del caso, es mucho menos aceptable institucionalizar la noción de que existan diferentes resultados según las características individuales de los jueces.

El problema de la coherencia es particularmente grave en las instancias más bajas del poder judicial, por el hecho de que los jueces ordinarios, generalmente resuelven solos. En un caso cualquiera, el juez o es varón, o es mujer, y no hay margen para que las perspectivas masculina o femenina permeen un proceso de toma de decisión colectivo, de la manera que ocurriría en un cuerpo colegiado cuando el cuerpo decide, tal como un comité, un gabinete o la legislatura. En los tribunales de mayor jerarquía, la existencia de un proceso de toma de decisiones más colectivo, aun si el tribunal está dividido en salas, otorga a varones y mujeres un margen más amplio para introducir al proceso de toma de decisiones las diferencias de género, sin crear una correlación tan inaceptablemente burda entre el género del juez, y la decisión que se adopte.

El problema que genera la exigencia de coherencia entre los que toman decisiones, es una de las razones por las cuales los partidarios de la diferencia de género en la magistratura suelen expresar la idea en términos bastante vagos, como “darle expresión a la perspectiva femenina”, que no termina de explicar si las diferencias entre jueces varones y mujeres causará, en última instancia, que lleguen a diferentes resultados en sus sentencias. Si el argumento consiste en que las diferencias no se manifestarán en el contenido de las sentencias, sino más sutilmente, como en la sensibilidad hacia los testigos, o en la resolución del conflicto con menor confrontación, entonces la noción de diferencia es menos problemática en términos de imparcialidad y coherencia pero, a la vez, pierde mucho poder como base sobre la cual fundar un discurso para la igualdad de género. Si, por el otro lado, se sostiene que la diferencia de género sí se traducirá en diferentes resultados, entonces la conclusión será que cierto grado de incoherencia es un precio que vale la pena pagar, al menos por un tiempo. El defecto de este argumento, y la razón por la cual raramente es esgrimido por aquellos que apoyan la diferencia de género en la magistratura, es que socava la base fundamental de los argumentos basados en la diferencia, que son que la igualdad de género mejorará la calidad de la justicia en los tribunales. Renunciar a cierto grado de calidad, en aras de llegar al objetivo de la igualdad de género, requiere hallar un discurso alternativo, que no dependa de mejorar la calidad de la justicia.

El problema del esencialismo

El segundo de los problemas que se deriva de los argumentos basados en la diferencia a favor de la igualdad de género en la magistratura, es también un problema compartido por la teoría feminista en general –aquel que consiste en identificar qué es particular en las identidades e intereses de las mujeres. El reconocimiento de que el género es, meramente, una variable de diferencia que moldea las vidas de las mujeres, ha explicado por qué no puede interpretarse que el hecho de compartir el género, implica también compartir creencias, necesidades, intereses o experiencias, sin que se incurra en una inaceptable forma de esencialismo (Fraser, 1997, p. 102). El reconocimiento de que una mujer, sólo sobre la base de su género, no puede, necesariamente, representar los intereses de otras mujeres, repercute de manera especial en el poder judicial, dado el inusualmente acotado extracto del que provienen los jueces, en comparación con otras instituciones de poder. En términos de edad, formación académica, situación económica y clase, los jueces provienen de un grupo extremadamente pequeño, y la probabilidad de que aquellos que acudan a los tribunales compartan ese origen

y características, es exigua. Esto significa que, frecuentemente, salvo el género, las juezas no tendrán nada más en común con las litigantes, que sus colegas varones.

Además, aun si la magistratura se diversificase, y se nombraran más jueces de extractos sociales menos elitistas, la propia naturaleza de la función judicial, siempre provocará que los jueces no representen, en términos descriptivos, la población total. Cualquiera sea el sistema de nombramientos que se utilice, los jueces casi siempre pertenecerán al grupo de graduados exitosos. En términos de clase y de situación económica, mientras que unos pocos jueces podrán tener raíces de la clase trabajadora, al momento del nombramiento tendrán vidas relativamente acomodadas, como resultado de su éxito en la práctica profesional. Y salvo en el tipo de carrera judicial del sistema continental, siempre serán mayores en edad que el litigante promedio. El resultado es que si las juezas pueden proveer una “perspectiva femenina” será, por definición, una muy particular, y si pueden “hablar con la voz” de las litigantes, es una voz que siempre tendrá resonancia solamente con una pequeña proporción de las mujeres que tengan enfrente.

Para resumir, aparecen verdaderos problemas cuando se pretende aplicar nociones de diferencia al poder judicial, a la luz de la necesidad de imparcialidad y coherencia en la toma de decisiones judiciales y los problemas del esencialismo. Esta conclusión nos previene en contra de adoptar, de una manera muy entusiasta, el argumento de que las juezas, inevitablemente, mejorarán la calidad de la justicia por las diferencias que aportarán a la magistratura. Estas dificultades teóricas y empíricas están acompañadas por problemas estratégicos igualmente serios.

Los peligros estratégicos de la diferencia

Una serie de críticas tanto dentro como fuera del poder judicial, han resaltado el peligro de que, afirmar que las mujeres tienen una forma particular de practicar el derecho, recuerda los viejos mitos que las mujeres han luchado por superar, y amenaza con establecer nuevas categorías de “trabajos para mujeres” a los que las mujeres están confinadas. Además, estas áreas casi siempre tienen menor impacto económico y político, como el derecho de familia (O’Connor, 1991, p. 1557; Grant y Smith, 1991, p. 71; Roach Anleu, 1992, p. 396; Laster y Douglas, 1995, p. 203).⁷

Esta guetización refuerza la idea de que existen áreas de trabajo tradicionalmente masculinas que no son apropiadas para las mujeres. Aunque la literatura que valora la diferencia femenina, en general, no le ha conferido demasiado estatus a ese tipo de trabajo, negar que las mujeres, en general, tienen muchas habilidades para las tácticas adversariales agresivas o para los negocios comerciales, inevitablemente refuerza la visión tradicional de que las mujeres poseen un espectro limitado de aptitudes y limita las opciones de carrera individual que las abogadas (y, por lo tanto, las juezas) pueden hacer y, de esa manera, socava las perspectivas para lograr una igualdad funcional en la magistratura.

Además, los argumentos basados en la diferencia, muy fácil e imperceptiblemente, mutan de “diferente” a “mejor”. Mientras que la diferencia puede relegar a las juezas en

7. Esta guetización es notable en la Corte Suprema de Inglaterra y Gales, donde el actado número de mujeres designadas han sido desproporcionadamente apiñadas en el área de derecho de familia.

ciertas áreas, también puede dar lugar a expectativas de superioridad; las juezas pueden “escuchar” todas las voces diferentes que se alcen en el tribunal –la masculina, porque han aprendido a escucharla, y la femenina, porque la viven (Gatfield, 1996, p. 259-260). Nuevamente, este dilema no es exclusivo del poder judicial. La afirmación de que la voz femenina no es sólo diferente, sino también mejor, es atractiva por razones obvias: si puede demostrarse que las mujeres superan en su desempeño a los varones, el argumento de que el nombramiento de mujeres viola en principio de nombramiento en base al mérito, no tendrá razón de ser. Sin embargo, los peligros del discurso “lo diferente, es mejor” son igualmente claros. Una vez que diferencia y progreso estén equiparados, y el discurso a favor de la igual participación sea la diferencia, entonces, los partidarios de la igualdad de género deberán demostrar, no sólo que las mujeres trajeron consigo algo nuevo a la magistratura, sino también, algo superior.

Además, como la tarea de determinar si las mujeres, efectivamente, lograron esto, estará en manos de aquellos que ya tienen poder –jueces varones con mucha antigüedad- es muy probable que cualquier nueva característica que las juezas aporten, sea calificada de forma menos favorable que aquellas a las que, tradicionalmente, se les ha conferido mayor estatus. Si es correcto que las características femeninas han sido sistemáticamente descalificadas, y se anticipa que las juezas aportarán esas mismas características, entonces lo más probable sea que, lejos de que se les reconozca que han mejorado la calidad de la magistratura, también se las descalifique y, así se socavarán también, la justificación de su cargo.

En conjunto, la combinación de las dificultades empíricas, teóricas y estratégicas que padecen los argumentos basados en la diferencia, socavan su validez como discurso a favor de la igualdad de género en los tribunales. Lo variado de los hallazgos empíricos y el margen de interpretaciones igualmente posibles respecto de esos hallazgos, da lugar a mucha incertidumbre sobre la existencia, alcance y futuro de las diferencias de género en el poder judicial. Si la diferencia de género es la base de la igualdad de género, ¿qué pasa si se probase que no existen diferencias significativas? ¿O que sí existen, pero que desaparecen antes de que las mujeres alcancen una igual participación, o que sí existen, pero que no mejoran la calidad de la justicia?

Una respuesta a estas preguntas podría ser que, a medida que la igualdad de género se convierta en una realidad en la sociedad en su conjunto, la necesidad de proveer una justificación para la igual participación en el poder judicial, desaparecerá. La idea de que mujeres y varones deberían compartir el poder de tomar decisiones de manera igual, será tan auto-evidente, y estará tan arraigada en nuestra cultura política, que ya habremos superado la necesidad de un discurso, de la misma forma en que, hoy en día, no necesitamos justificar la abolición de la esclavitud. Esta visión optimista de las tendencias futuras, sin embargo, no está respaldada por la evidencia empírica del pasado reciente. Más allá de que esté ampliamente aceptado que las mujeres en la vida pública están en una progresiva alza, la realidad de su participación lenta, irregular y parcial en casi todas las áreas, indica que el debate acerca de cómo alcanzar igual participación, y el de por qué dicha participación es necesaria, probablemente vayan de la mano en el futuro cercano.

Además, la falta de progreso en materia de igualdad de género en el poder judicial es, actualmente, tan manifiesta, que justifica el desarrollo de medios más pro-activos y

controvertidos para promover la participación de las mujeres. El razonamiento sobre el cual se basen las demandas a favor de la igual participación de las juezas, por lo tanto, deberá ser empírica y teóricamente sólido, si se pretende que dure y soporte la futura resistencia, y que provea la base para una plataforma más agresiva, que asegure una mejora aceptable en los tiempos y alcance del cambio. El discurso basado en la diferencia es tan débil, que exige que haya que buscar otro razonamiento, además de aquel basado en la mejora de la calidad de la justicia impartida en razón de la diferencia. La base más convincente para tal discurso se halla en los principios de equidad y legitimidad, que están muy relacionados entre sí.

Equidad

El argumento de que la igualdad de género es un requerimiento de la equidad, está basado en el principio de que es inherentemente injusto que los varones prácticamente monopolicen el poder jurisdiccional. Esta afirmación se funda en ciertas asunciones. En primer lugar, que no hay cualidades o características, sean genéticas o aprendidas, que haga a los varones más calificados para la vida pública y justifique su dominación en los cuerpos de toma de decisiones. En segundo lugar, que, dado que éste es el caso, la desproporcionada participación de los varones en el mundo jurídico en general, y en el poder judicial en particular, es el resultado de arreglos injustos, pasados y presentes, que desfavorece a las mujeres. Estos, pueden ser inherentes a las instituciones tales como los tribunales y la profesión jurídica, o el resultado de condiciones externas, tales como valores culturales o la tradicional división del trabajo entre los sexos.

Si bien estas asunciones todavía están discutidas en ciertos círculos, lo cierto es que están lo suficientemente arraigadas en el discurso político dominante como para ser una base teórica sólida para la mayoría de las demandas de igualdad. Más allá de esto, sin embargo, las limitaciones, en la práctica, de los abordajes basados en la equidad para proveer igualdad, son muy familiares. El historial de goles en contra y contratiempos de las políticas para proveer iguales oportunidades basadas en la equidad, demuestra los problemas que implica convertir un principio tan simple y poco controvertido en una base práctica para el cambio. Las luchas por pasar de una igualdad formal a una igualdad sustantiva, y de la discriminación directa a la indirecta, que marcó los primeros años de las políticas en pos de la igualdad de oportunidades, son evidencia de estas dificultades. Sin embargo, esas barreras han demostrado no ser infranqueables y el discurso de la equidad ha demostrado ser lo suficientemente flexible como para adoptarse a fin superarlas.

Un desafío mucho más serio al discurso de la igualdad, basado en la equidad, es la objeción al uso de la acción afirmativa, dado que se considera una injusticia pasar por encima a candidatos mejor calificados que pertenezcan al grupo dominante. El exitoso desafío al cupo femenino en el partido laborista del Reino Unido después de las elecciones de 1997, como una violación a la Ley de discriminación sexual de 1975, es un claro ejemplo de esto en la práctica. El consecuente bajo número de mujeres elegidas en 2001, fue un resultado directo de la remoción del sistema de cupos y llevó, en consecuencia, a que el gobierno promoviera legislación que excluyera aspectos del proceso de selección

político del ámbito de la ley de 1975⁸. Este tema de la acción afirmativa, posiblemente emerja como una cuestión política justiciable en los años venideros. Hasta ahora, generalmente se ha aceptado que el nombramiento en la magistratura de una mujer bien calificada, por sobre un varón igual de calificado, no viola el principio de equidad, y está justificado como una manera de promover un poder judicial más diverso. Por el contrario, hay un límite claro cuando lo que se pretende es nombrar a una mujer menos calificada respecto de un varón más calificado. Sin embargo, teniendo en cuenta el ritmo tan dolorosamente lento del cambio, y las pocas perspectivas de lograr la igualdad sin acción afirmativa, es cada vez más claro que la igualdad no será alcanzada en nuestras vidas, si no nos comprometemos con esta cuestión.⁹ Un discurso a favor de la igualdad de género, que denegase la posibilidad de la acción pro-activa para promover a las mujeres en la medida que perjudicase a los varones, no significaría ningún progreso con respecto a los argumentos basados en la diferencia.

Un abordaje a este problema sin atentar contra el principio de equidad, es repensar la definición tradicional del mérito, de tal manera que otorgue más peso a las experiencias y al tipo de carrera más comunes entre las mujeres. Por sí solo, esto puede ser insuficiente como para posicionar a las candidatas a juezas en un pie de igualdad con los varones, ya que no puede contemplar hasta qué punto las mujeres están en desventaja en la profesión jurídica, de la cual provienen los jueces. El Lord Chancellor's Department • anticipa que, según proyecciones de la composición de género dentro de la profesión jurídica, el Poder Judicial, para el 2010, sólo estará integrado por un 25% de mujeres. Si, por lo tanto, muchas de estas barreras a la igualdad surgen antes del proceso de nombramientos, y la evidencia demuestra que esto no será erradicado en un futuro cercano, entonces la única manera de lograr la igualdad en la magistratura, es a través de la designación de mujeres con menos experiencia que sus contrincantes varones.

Un ejemplo de cómo puede instaurarse la acción afirmativa, pero sin violar el principio de equidad, proviene del proceso de designación de magistrados de Sudáfrica, donde las groseras desventajas que sufrían los abogados negros bajo el apartheid significaba que la única medida aceptable para lograr la igualdad, era la acción positiva. Si bien se mantuvo el principio de nombramiento según el mérito, los criterios de selección incluyen la diversidad como un requerimiento colectivo de competencia. Además, la calidad de "potencial" es tomada como un criterio de mérito, de tal manera que permite el nombramiento de aquellos con menos experiencia, que son identificados como proclives a ser buenos jueces. Por otra parte, la persona que, en otros aspectos, está menos calificada que un candidato de un extracto social tradicional, puede ser considerada como igual de calificada cuando su extracción es tomada en cuenta como una contribución a la

8. Ley de discriminación sexual (elección de candidatos), 2002.

9. El Lord Chancellor's Department estima que, para 2010, un 25% de la magistratura estará integrado por mujeres, 120 años después de haber logrado la posibilidad de ser electas.

• Nota de la traductora: el Lord Chancellor's Department era un departamento de gobierno del Reino Unido, fundado en 1885. Hasta la reforma constitucional de 2005, una de las funciones del Lord Chancellor era nombrar los jueces. En 2003, el Lord Chancellor's Department se fusionó con el recién creado Departamento de Asuntos Constitucionales, que pasó a ser el Ministerio de Justicia en 2007.

competencia del poder judicial. De esta manera, el nombramiento de una candidata menos calificada que un candidato, según los criterios de selección aceptados, no constituye un tratamiento injusto hacia el varón, porque no es “la mejor persona para el trabajo” cuando la diversidad es tomada como un factor de competencia (Cooney, 1993).

Este ejemplo, demuestra que uno de los puntos fuertes del principio de equidad como discurso a favor de la igual participación, es que es lo suficientemente flexible como para permitir el desarrollo de diferentes prácticas a favor de la igualdad de oportunidades, según el contexto en el cual se lo aplique. Así como se avanzó de la discriminación directa, hacia la indirecta, y de la igualdad formal, hacia la sustantiva, también puede amoldarse a interpretaciones más sofisticadas del mérito y de la competencia, que daría lugar a políticas pro-activas de nombramiento y promoción, a favor de las mujeres.

Pero tal vez, la mayor ventaja de los argumentos basados en la equidad es que no dependen de lo que pueden, o no, hacer las juezas. No les interesan variables como la eficiencia económica o la calidad de la justicia, sino el requerimiento de que los individuos no deberían verse injustamente favorecidos por factores que no se relacionan con su capacidad para asumir cierto rol. Independientemente de que las mujeres aporten, o no, una perspectiva diferente a la magistratura o tengan, o no, mejores habilidades para juzgar que sus colegas varones, su presencia es requerida por su propio bien. Además, estas demandas sólo estarán satisfechas a través de la plena participación, dado que, si las mujeres no están disfrutando de igualdad funcional y numérica, entonces puede sostenerse que todavía están enfrentando alguna forma de desventaja directa o indirecta en comparación con sus pares varones.

Como contrapartida a estos puntos fuertes, la debilidad de los argumentos basados en la equidad es que aparentan estar más preocupados por los intereses de los participantes, que por los de la sociedad en su totalidad. En última instancia, están basados en el argumento de que las mujeres deberían tener las mismas posibilidades que los varones de desarrollar sus carreras y contribuir a la vida pública. En sí mismo, éste es un argumento irreprochable, pero no es suficiente como para proveer una base teórica completa y convincente a favor de la necesidad de una participación igual plena en el poder judicial o en otra institución pública. Los argumentos basados en la equidad necesitan estar complementados con un discurso que demuestre que la igual participación es un prerrequisito para el correcto funcionamiento de esa institución, pero que no se respalde en los argumentos relativos a la diferencia y su repercusión en la calidad de la justicia. Esto puede ser hallado en el concepto de legitimidad.

Legitimidad

En muchos aspectos, la magistratura es una carrera profesional. Pero además, y por el contrario de otros profesionales como los arquitectos o los médicos, un juez también es miembro de uno de los poderes del Estado. La idea convencional de que el derecho y la política son dos instituciones separadas en el sistema del Reino Unido ha sido objeto de un desafío radical en estos últimos años, al punto que se empezó a aceptar que el poder judicial es una institución política. Esta reevaluación no está limitada a las instancias más altas de la Cámara de Apelaciones y de la Cámara de los Lores. Allí se adoptan las decisiones

políticas más obvias, pero todos los días, los jueces ordinarios ejercen autoridad coercitiva sobre la vida de los demás, y afectan su libertad, su economía y su reputación. Por lo tanto, los jueces en todas las instancias están ejerciendo el poder y, así, están comprometidos en la política en un sentido amplio. Como tal, al poder judicial se le aplican las exigencias de democracia y de legitimidad, al igual que cualquier otra institución de poder, como el legislativo, el ejecutivo, la administración pública o los medios de comunicación, aunque de otra manera. Como se trata de un cuerpo que no es elegido, la base de su legitimidad, tradicionalmente, ha sido la calidad de sus decisiones; la demostración de una justicia ecuánime e imparcial, que es el discurso de la independencia judicial. Pero, cada vez más, otra base de legitimidad, al igual que en todas las instituciones de poder, es la de su composición. La pregunta acerca de quiénes son los jueces, cada vez es más vista como conectada con su legitimidad: “En una sociedad democrática, en la cual todos somos ciudadanos en un pie de igualdad, es incorrecto en principio que la autoridad sea ejercida por un sector tan poco representativa de la población” (Hale, 2001, p. 18).

Representación, legitimidad y la composición de las instituciones de poder

El argumento de que el poder judicial es una institución política y, por lo tanto, los principios democráticos requieren que su integración sea diversa, da lugar a la cuestión más general de por qué la composición de un cuerpo de toma de decisiones debería impactar en su legitimidad. Tradicionalmente, la respuesta de la teoría y práctica de la democracia liberal convencional en relación con los cuerpos electivos, ha sido que no. Es lo que un cuerpo democrático hace, y no lo que es, lo que determina su legitimidad como una institución representativa (Pitkin, 1967). Recientemente, sin embargo, esta idea aceptada de la representación, ha sido desafiada por los reclamos de aquellos grupos que se sienten marginados del proceso político por su falta de inclusión en el cuerpo de representantes electos. Aun cuando un órgano pudiera promover perfectamente los intereses de otro, la idea de que un grupo pueda, de modo paternalista, “sustituir” a otro, es cada vez menos defendible”:

Cuando aquellos encargados de tomar decisiones políticas provienen, predominantemente, de uno de los dos sexos... se coloca al otro grupo en la categoría de minoría política. Permanecen como chicos que deben ser cuidados por aquellos que saben más. Más allá de cuán virtuosos sean sus mentores, este tratamiento infantil a importantes sectores de la ciudadanía, difícilmente sea compatible con la democracia... (Phillips, 1995, p. 39).

La centralidad cada vez mayor de los asuntos de género y raza en el debate sobre la representación, ha impulsado la noción de cuán necesaria es la “presencia” de grupos antes excluidos de la toma de decisiones, para que estas últimas puedan reivindicarse como legítimas. En última instancia, esta interpretación de la representación es simbólica; tiene que ver con el reconocimiento público de la igualdad entre los diferentes grupos. Mientras que la noción de representación simbólica ha sido aplicada con respecto a las asambleas electas (Phillips, 1995), el argumento es igualmente aplicable al poder judicial. De hecho, por el problema de la imparcialidad, ya tratado, es especialmente pertinente. El

hecho de que los jueces no sean representativos, no significa que no puedan actuar a favor de los intereses de ciertos grupos, sino más bien que no reflejan a la población en un sentido descriptivo.¹⁰ Nuevamente, la necesidad de que el poder judicial sea más representativo en este sentido, no depende de que se demuestre cómo contribuye a la calidad de la justicia, ya que no depende de los resultados.

Adoptar una interpretación de la representación como presencia, no nos dice nada acerca de qué grupos en particular deberían estar incluidos para considerar legítima a una institución. En la vida pública en general, las categorías de grupos excluidos que deben ser incluidos en las instituciones de poder, están en constante cambio y, de hecho, en expansión—los discapacitados y los niños son las categorías más recientes que requieren cierto grado de inclusión en la toma de decisiones públicas que los afecta—. En relación con el poder judicial, a diferencia de los cuerpos electivos, la exclusión de una amplia gama de grupos, es aceptable. Podemos discutir acerca de si, aquellos que han seguido otras carreras jurídicas, como los asesores técnicos o los académicos, deberían estar incluidos, pero, en general, se aceptan como prerequisites un nivel educativo superior y significativa experiencia en el derecho. La definición de una categoría aceptable de exclusión, es si limita la habilidad de una persona de hacer su trabajo correctamente. Esto cambiará a medida que cambie la definición de “mérito”, pero es claro que el género no es una categoría legítima de exclusión.

Confianza Pública

La necesidad de una legitimación, no es sólo una delicadeza teórica, sino una forma de asegurar la confianza pública. Aunque podría pensarse en regímenes e instituciones cuya legitimidad fuese dudosa, pero que aun así generasen confianza pública, la relación causal entre legitimidad y confianza, en una democracia liberal estable, es muy fuerte. Además, mientras que la confianza pública es importante para todas las instituciones de poder, en el poder judicial es fundamental. Como reconoció Alexander Hamilton hace doscientos años, el poder judicial, sin la espada ni la bolsa, no tiene los medios, en última instancia, de ejecutar sus decisiones, especialmente las decisiones menos populares, que, como institución contramayoritaria que es, son un rasgo esencial en su función. En las democracias liberales, las decisiones políticamente sensibles se resuelven, cada vez más, en los tribunales, y la condescendencia de los medios de comunicación decrece. Por lo tanto, si se pretende que las decisiones judiciales sean respetadas e implementadas, se necesita la confianza pública.

En los Estados Unidos, la jueza Gladys Kissler, entonces Presidenta del *National Association of Women Judges* (Asociación Nacional de Mujeres Juezas) sostuvo que: “en

10. Este punto de vista, por ejemplo, fue el de Association of Women Barristers en una audiencia ante el Home Affairs Select Committee en 1996 (Home Affairs Committee, p. vii, para. 11). **Nota de la T:** *El Home Affairs Committee (Comité de Asuntos Internos) es una de las Comisiones de la Cámara de los Comunes, relacionado con los departamentos de gobierno: se dedica a controlar los gastos, la administración y las medidas adoptadas por el Ministerio del Interior y los órganos que dependen de él. Sesiona públicamente y lleva adelante audiencias públicas, en las que escucha las opiniones y propuestas de diferentes sectores de la sociedad.*

última instancia, la justificación para buscar jueces de ambos sexos y de todas las razas y extractos sociales es mantener la confianza del público”.¹¹ En Inglaterra y Gales, el *Bar Council* (Asociación de Abogados), de manera similar, sostuvo en una audiencia ante el *Home Affairs Select Committee* en 1996 que, a fin de asegurar la confianza pública en el poder judicial, era importante que la gente viera “en la medida de lo posible, personas como ellos en la magistratura”.¹² Recientemente, ha surgido evidencia empírica que respalda la afirmación de que la falta de representatividad tiene un efecto adverso en la confianza pública, a raíz de un estudio a gran escala de las actitudes del público hacia el sistema jurídico llevado a cabo en 1999 (Genn, 1999). Los hallazgos demostraron un alto grado de crítica, que, en su mayoría, giraba en torno a la cuestión de la composición. Un 66 % de los encuestados estaba de acuerdo, o muy de acuerdo, con la esta afirmación: “la mayoría de los jueces son ajenos a las vidas de la gente común”. En general, los hallazgos en los tribunales y en el poder judicial, llevaron a Genn a concluir que: “Aunque el público vea a los tribunales como importantes, hay desconfianza en la ecuanimidad de los juicios, una creencia de que los tribunales sirven a los intereses de los ricos, y que los jueces están alejados y fuera de contacto” (p. 246).

Finalmente, la necesidad de resaltar la relación entre legitimidad y confianza pública y el peligro particular que el poder judicial enfrenta en este aspecto, tiene una fuerza estratégica. Generalmente, es más fácil convencer a una institución que priorice un cambio en su composición si su bienestar y autoridad futuros depende de él. La equidad puede ser un principio firme, pero es el auto-interés lo que generalmente conduce al cambio institucional.

Resumen

El argumento aquí defendido, no rechaza la idea de que las mujeres, tal vez, en algunos aspectos trabajen diferente que sus colegas varones. De hecho, dadas las diferentes experiencias de vida, es muy probable que muchas veces lo hagan. Además, claramente hay argumentos sólidos para decir que la cultura del poder judicial en general, si no la toma de decisiones en particular, se beneficiará con la inclusión de mujeres. El aumento de mujeres en la magistratura puede, de hecho, contrarrestar los prejuicios de género en algunas áreas y permitir que se escuchen las voces de algunas mujeres, más que lo que se escuchaban en el pasado. Además, mientras que puede haber poca o nada de diferencia en el contenido de la decisión, sí podría haber alguna diferencia en el abordaje y en el estilo. La presencia de muchas más mujeres en la magistratura bien puede contribuir a que se lleven a cabo debates en torno a asuntos de género. Sin rechazar, completamente, la presencia de la diferencia de género, sostengo que los problemas empíricos, teóricos y estratégicos identificados con anterioridad, son tales que los argumentos basados en la diferencia son demasiado débiles como para constituir el fundamento principal de la igualdad de género en la magistratura.

11. Citado en Grant y Smith (1991, p. 65).

12. Home Affairs Committee, p. vii para. 11.

Una respuesta a esto, podría ser la de sugerir que la diferencia debería ser empleada estratégicamente. Cualquiera sean sus inconvenientes, si tiene una llegada tal que promueva el objetivo de la igualdad, puede y debe ser utilizado hasta que ya no sea más necesario, momento en el cual podrá ser desechado. El problema con este argumento, es que es un arma de doble filo. Si el discurso a favor de la igualdad de género en la magistratura se basase en el valor de incorporar la perspectiva femenina, y surgiese que las decisiones de las juezas, en muchos casos, fuesen iguales que las de sus colegas varones, y que las mujeres no aportan una voz diferente en el proceso de adjudicación, o si las primeras diferencias desapareciesen a medida que el número creciese, se socavaría la base para buscar la igualdad numérica de las juezas.

Por lo tanto, los argumentos para la igualdad basados en la diferencia son atractivos pero insuficientes. Por el contrario, los argumentos basados en la equidad y la legitimidad, proveen un fundamento más sólido para la igualdad. Cada uno por sí mismo no provee una base completa para requerir una plena igualdad de participación y para legitimar la necesaria acción afirmativa para lograr esto, pero en conjunto sí lo hacen. La ventaja clave de estos discursos es que presumen un requerimiento de paridad numérica y funcional, y que están basados en la afirmación de que la igualdad de género es necesaria por derecho propio y no depende de que haya mejores resultados. Esto significa que no son socavados por el hecho de que las decisiones y actitudes de las juezas sean idénticas a las de los varones, ahora o en el futuro. Además, y especialmente, se deriva de esto que podría ser aceptable arriesgarse a sacrificar, en el corto plazo, un grado de calidad de la justicia para lograr igual participación a largo plazo a través del nombramiento de mujeres juezas, que lleguen a la magistratura con menos experiencia, o experiencia diferente, que los candidatos varones.

A la fecha, la propuesta de que la igualdad podría ser, alguna vez, priorizada de tal manera de arriesgar cualquier impacto en la calidad de la justicia, casi no tiene partidarios en el Reino Unido. El sistema de nombramientos judiciales basados en el mérito, es interpretado rígidamente como “ciego con respecto al género”, antes que como promotor de la igualdad de género. La noción de que sería necesario reconstruir la definición del mérito y las prioridades del proceso de nombramientos judiciales, si de lo que se trata es de lograr la igualdad de género, no goza, hoy en día, de popularidad. La paciencia que han demostrado tener los partidarios de la igualdad de género en el último siglo, desde que las barreras para la participación de las mujeres en el poder judicial fueron removidas, posiblemente no dure indefinidamente. A medida que el número de mujeres nombradas en cargos más altos permanezca en un nivel simbólico, año tras año, la falacia del abordaje del “goteo hacia arriba” (*trickle-up*) que asume un progreso natural y automático hacia la igualdad, será demostrada. Es muy probable que aumente la voluntad de “pensar lo impensable” y de explorar las opciones para una acción más radical, como se ha hecho en otros países y en otras áreas de la vida pública. Para el momento en que esto ocurra, si es que ocurre, será necesario desarrollar argumentos sólidos que justifiquen y respalden la aplicación de políticas pro-activas para promover la igualdad de género.

Referencias

- Abella, R. "The Dynamic Nature of Equality", en *Equality and Judicial Neutrality*, ed. S. Martin and Mahoney, K. (Toronto: Carswell 1987).
- Abrahamson, S. "The Woman has Robes: Four Questions", *Golden Gate Law Review*, 14 (1984), 489.
- Aliotta, J. "Justice O'Connor and the Equal Protection Clause: A Feminine Voice?", *Judicature* 78 (1995), 232.
- Allen, D. (1991), "Voting Blocs and the Freshman Justice on State Supreme Courts", *West. Pol. Quarterly*, 44 (1991), 727.
- Allen, D. y Wall, D. "The Behaviour of Women State Supreme Court Justices: Are they Tokens or Outsiders?", *Justice Systems Journal*, 12 (1987), 232.
- Barwick, H., Burns, J. y Gray, A., *Gender Equality in the New Zealand Judicial System: Judges' Perceptions of Gender Issues* (Wellington: Joint Working Group on Gender Equity, 1996).
- Cooney, S. "Gender and Judicial Selection: Should there be more Women on the Courts?", *Melbourne University Law Review*, 19 (1993), 20.
- Crowe, N. *The Effects of Judges' Sex and Race on Judicial Decision Making on the U.S. Courts of Appeals, 1981-1999*, PhD dissertation, The University of Chicago, Department of Political Science, 1999.
- Davis, S., Hair, S. y Songer, D. "Voting Behaviour and Gender on the U.S. Courts of Appeals", *Judicature* 77 (1993), 129.
- Davis, S. "The Voice of Sandra Day O'Connor", *Judicature*, 77 (1993), 134.
- Frug, M.J. "Progressive Feminist Legal Scholarship: Can we Claim 'A Different Voice'?", *Harvard Women's Law Journal* 15 (1992), 37.
- Gatfield, G. *Without Prejudice: Women in the Law* (Wellington: Brookers 1996).
- Genn, H. *Paths to Justice*, (Oxford: Hart 1999).
- Gilligan, C. *In a Different Voice: Psychological Theory and Women's Development*, (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1982).
- Goldman, S. "Should There be Affirmative Action for the Judiciary?", *Judicature*, 62 (1979), 489.
- Grant, I. y Smith, L. "Gender Representation in the Canadian Judiciary", en *Appointing Judges: Philosophy, Politics and Practice* (Ontario Law Reform Commission, 1991).
- Gottschall, J. "Carter's judicial appointments: the influence of affirmative action and merit selection on voting on the US courts of appeals" *Judicature*, 67 (1983), 165.
- Gryski, Main y Dixon, "Models of State High Court Decision Making in Sex Discrimination Cases", *J. Pol.* 48 (1986), 143.

La justificación de la igualdad de género en la magistratura: por qué la diferencia no funciona

- Gruhl, J. Spohn, C y Welch, S. “Women as Policymakers: The Case of Trial Judges”, *American Journal of Political Science* 25 (1981), 308.
- Hale, B. “Equality and the Judiciary: Why should we want more Women Judges?”, *Public Law*, (2001), 489.
- Kritzer, H. y Uhlman, T., “Sisterhood in the Courtroom: Sex of Judge and Defendant in Criminal Case Disposition”, *Social Science Journal* 14 (1977), 77.
- Lahey, K. “Until Women Themselves Have Told All They Have To Tell”, *Osgoode Hall Law Journal* 23 (1985), 519.
- Laster, K. y Douglas, R. “Feminized Justice: The Impact of Women Decision Makers in the Lower Courts in Australia”, *Justice Quarterly* 12 (1995), 177.
- Martin, E. “The Representative Role of Women Judges”, *Judicature*, 77 (1993), 66.
- McCormick, P. y Job, T. “Do Women Judges Make a Difference? An Analysis by Appeal Court Data”, *Canadian Journal of Law and Society* 8 (1993), 135.
- McGlynn, C. *The Woman Lawyer: Making the Difference* (London: Butterworths, 1998) p. 187.
- McRae, S., *Women at the Top* (London: the Hansard Society, 1996).
- Menkel-Meadow, C. “The Comparative Sociology of Women Lawyers: The ‘Feminisation’ of the Legal Profession”, *Osgoode Hall Law Journal* 24 (1986), 897.
- Naylor, B., *Gender and Sentencing in the Victorian Magistrates’s Court: A Pilot Project* (Canberra: Criminological Research Council, 1992).
- O’Connor, D. “Portia’s Progress”, *New York University Law Review* 66 (1991), 1546.
- Phillips, A. *The Politics of Presence*, (Oxford: Clarendon, 1995).
- Pitkin, H. *The Concept of Representation*, (Berkley: California, 1967).
- Raday, F. “Women in Law in Israel” *Georgia State University Law Review* 12 (1996), 525.
- Resnik, J. “On the Bias: Feminist reconsideration of the Aspirations for our Judges”, *South California Law Review* 61 (1988), 1877.
- Roach Anleu, S. “Women in Law: Theory, Research and Practice”, *Australia and New Zealand J. Stats.* 28 (1992), 391.
- Sherry, S. “The Gender of Judges”, *Law and Inequality* 4 (1986), 159.
- Shientag, B. “The Virtue of Impartiality”, en Winters, G. (ed.) *Handbook for Judges*, (American Judicature Society, 1975).
- Slotnick, E. “Gender, Affirmative Action and Recruitment to the Federal Bench”, *Golden Gate Law Review* 14 (1984), 519.
- Sommerlad, H. y Sanderson, P. *Gender, Choice and Commitment: Women Solicitors in England and Wales and the Struggle for Equal Status*, (Aldershot: Ashgate, 1998).

Steffensmeier, D. y Hebert, C. “Women and Men Policymakers: Does the judge’s Gender Affect the Sentencing of Criminal Defendants?”, *Social Forces* 77 (1999), 1163.

Thornton, M. *Dissonance and Distrust: Women in the Legal Profession* (Melbourne: Oxford University Press, 1996).

Ward, D. *Still Hearing Voices: The Persistent Myth of Gendered Judgment*, VIIth Biennial Conference of the International Society for Justice Research, College of Management, Rishon Lezion, Israel (2000).

Wikler, N.J., “Identifying and Correcting Judicial Gender Bias”, in *Equality and Judicial Neutrality*, eds. S. Martin y K. Mahoney (Toronto: Carswell, 1987).

Wilson, B. “Will Women Judges Really Make a Difference?”, *Osgoode Hall Law Journal* 28 (1990), 507.

La diferencia vale la pena, a pesar de todo

Beatriz Kohen*

Es para mí un gran honor responder a la solicitud de “reaccionar” al artículo de Kate Malleon. Se trata de un capítulo excelente, realmente inobjetable que da cuenta de la jerarquía de la autora y se encuadra en una larga reflexión suya en torno de la promoción de la equidad en la selección de jueces y de las posibilidades de introducir acciones positivas a favor de las mujeres y otros grupos subordinados sin corromper el principio del mérito.

Este debate trasciende el ámbito del Reino Unido y resulta de gran interés para la mayor parte de las jurisdicciones donde se constata que históricamente las mujeres y otros grupos subordinados han permanecido subrepresentados en las filas de sus poderes judiciales, así como su progreso ha sido lento y poco significativo. Esta situación nos incita a considerar posibles acciones para revertir dicha tendencia, con el objetivo de instaurar una justicia más acorde con el ideal democrático; o sea, una justicia más diversa, igualitaria, representativa y legítima.

Para Malleon, el logro de mayor equidad en el acceso a la magistratura no requiere la corrupción del principio meritocrático sino su redefinición, de modo tal de que se logren incluir visiones de carrera y habilidades que trasciendan el modelo de los grupos tradicionalmente dominantes y refleje las potencialidades, trayectorias profesionales, intereses, experiencias y cultura de los grupos particulares que han permanecido excluidos de uno de los tres poderes del estado.

En esa búsqueda de una mayor inclusión de grupos particulares como las mujeres en la justicia, la autora considera las potencialidades persuasivas de diferentes tipos de argumentación en relación con la idea de que es necesaria la inclusión de más mujeres en la justicia. Malleon rechaza la argumentación basada en la contribución que ellas podrían hacer en términos de mejorar la calidad de la justicia por los efectos contraproducentes que podría ocasionar. Se trata de una objeción estratégica ya que, de no constatarse una mejoría en cuanto a la calidad de la justicia a partir de la presencia de más mujeres, desaparecería la justificación para una mayor inclusión femenina. La lógica subyacente sería que si las mujeres no fueran diferentes, ni aportaran beneficios a la administración de justicia, entonces no habría motivo para incluirlas. De hecho, la tensión entre igualdad y diferencia ha estado presente en la teorización y en la práctica feminista desde sus orígenes.

De esta manera, ella propone que se utilicen argumentos más relacionados con la equidad, la representación y la legitimidad democráticas que ofrecen alternativas más sustentables desde el punto de vista estratégico puesto que su validez es independiente de las posibles consecuencias de la incorporación de más mujeres a la justicia. Así, en vez de poner el acento en el resultado, ella opta por poner el énfasis en la diversidad misma como aspiración que no genera controversia en el marco de una sociedad democrática pues se

* Socióloga (Universidad de Sussex, Gran Bretaña). Maestría en Ciencias Sociales (Flacso). Doctorado en Sociología Jurídica (Durham, Gran Bretaña). Tesis de doctorado: *Diferencias de género entre los jueces de familia en la Ciudad de Buenos Aires*. Directora Ejecutiva del Equipo Latinoamericano de Justicia y Género.

integra dentro de la lógica misma de la democracia. No podría estar más de acuerdo con ella en este punto.

Para Malleon, el razonamiento a favor de una mayor inclusión de las mujeres basado en las ventajas que ellas podrían incorporar a la justicia no sólo es débil desde el punto de vista estratégico, sino también teórico y empírico, en estos dos últimos aspectos me voy a permitir hacer unos breves comentarios que no implican entrar en controversia con el contenido de este artículo, sino reflexionar a partir de él, en mi calidad de estudiosa de la temática, argumentando a favor de seguir investigando acerca de las mujeres en la justicia, introduciendo ciertas calificaciones que nos ayuden a comprender mejor el fenómeno minimizando el siempre presente riesgo de esencialismo.

A su modo de ver, el mayor problema teórico de este tipo de argumentación reside en el esencialismo que se pone de manifiesto cuando se esgrime que la inclusión de las mujeres redundaría un mejoramiento de la justicia. Este tipo de razonamiento ha sido propuesto mayormente por feministas culturales que se han basado en una lectura conservadora del pensamiento de Carol Gilligan. Según sus opositoras, inspiradas por corrientes más recientes dentro de la teoría feminista como el postmodernismo y el postestructuralismo, Gilligan parte de una concepción binaria del género, de la premisa que todas las mujeres son iguales entre sí y diferentes de todos los varones. Ellas aducen que su pensamiento obscurece las diferencias entre mujeres así como las similitudes entre varones y mujeres. Las pensadoras que adhieren a dichas corrientes se pronuncian en contra de que se entienda el género como fijo, predecible y estático y, en cambio, abogan por una concepción más fluida, contingente y sujeta a importantes variaciones, ya que entienden el género como un proceso en permanente cambio que no acuerda a los cuerpos significados fijos. Obviamente, con el progreso de la teoría feminista, el concepto de género ha evolucionado, se ha vuelto más complejo, menos determinista y más inclusivo de la diversidad dentro de la categoría mujeres.

Esas corrientes han descubierto en el esencialismo a un serio enemigo e instaurado el terror de ser tachado de esencialista. Así, el fantasma del esencialismo ha asumido un enorme poder disuasivo, que ha llevado a numerosas estudiosas a descartar por completo algunos enfoques teóricos como la teoría de las diferencias de género. En realidad, podría considerarse la posibilidad de problematizar la cuestión del esencialismo que esas teorías sin duda encierran a favor de una mayor agencia política de las mujeres.

Es éste un aspecto que trasciende la cuestión que nos ocupa y se constituye en uno de los más importantes meollos dentro de la teoría feminista que tiene efectos muy importantes desde el punto de vista político ya que, al subdividirse *ad infinitum* la categoría mujeres, se pierde el sujeto de la teoría feminista y, con ello, la agencia política de las mujeres. La cuestión sería cómo contemplar el problema verdadero del esencialismo sin perder agencia. Después de todo, a pesar de las innegables diferencias existentes entre las mujeres concretas, las mujeres compartimos ciertas experiencias que hacen a nuestra condición subordinada. Estas experiencias pueden convertirse en puntos de partida para la solidaridad entre mujeres y revelarse en los valores y en la actividad de quienes ejercen la profesión judicial en una inclusión de consideraciones relacionadas con las formas como el género impacta sobre la vida de las mujeres, sin por ello comprometer las aspiraciones universales de justicia e imparcialidad que recaen sobre jueces y juezas.

Ello justifica el plantearse la pregunta acerca de los aportes de las mujeres, en su diversidad, a la administración de justicia, una pregunta válida, ya sea desde el punto de vista académico como del punto de vista político, que no implica necesariamente avanzar la hipótesis de que dichas diferencias resulten en mejoras en la justicia, aunque, sin lugar a dudas, a partir de la inclusión de un mayor número de mujeres, ésta se tornará más diversa y representativa de la sociedad y, por lo tanto, adquirirá mayor legitimidad.

Malleson pasa cuidadosamente revista de los resultados de las investigaciones realizadas a fin de identificar las diferencias que las mujeres incorporarían a la justicia. Para la autora, el problema empírico involucrado en este tipo de investigación radica en el carácter poco concluyente de sus hallazgos.

En mi opinión, por su carácter relativamente reciente, los hallazgos de estos trabajos deberían ser considerados provisionales. Sería de esperar que eventualmente se logre alcanzar un mayor refinamiento de las herramientas teóricas y metodológicas que inspiran la investigación en el tema, capaz de redundar en una mejor aprehensión del fenómeno bajo estudio.

Entretanto, como forma de evitar caer en esencialismos, me parece crucial que se incluya un importante grado de complejidad, cautela y rigor en los estudios empíricos relacionados con las mujeres en la justicia. Que se eviten las grandes teorías, se tome especial cuidado en que las definiciones operacionales de los conceptos se correspondan con los enfoques teóricos que los informan. Que se realicen estudios circunscriptos a ámbitos específicos de acción e incluyan otras variables que puedan estar afectando el comportamiento o los valores de las mujeres juezas. Es importante que los resultados obtenidos a través de dichos estudios no se extiendan más allá de esos límites precisos y que apunten a otras cuestiones más allá de las decisiones judiciales, incluyendo aspectos como, por ejemplo, la formación de jueces y juezas, las formas como varones y mujeres jueces son seleccionados, los efectos de la inclusión de mujeres en los tribunales colegiados, las actitudes que su incorporación despierta entre sus pares varones, las características de las mujeres concretas que se desempeñan en distintos ámbitos de la justicia, en particular su compromiso con la igualdad de género.

Justicia y diferencia: la opinión de las Dras. Argibay y Highton

A propósito de la publicación del artículo de Kate Malleson, la Revista Jurídica contactó a las doctoras Carmen M. Argibay y Elena Highton de Nolasco, las dos primeras mujeres en ocupar una banca en la Corte Suprema de Justicia de la Nación bajo un gobierno democrático. Les preguntó su opinión sobre la existencia de una perspectiva femenina en la administración de justicia.¹ A continuación publicamos las respuestas.

Dra. Carmen M. Argibay

No creo que exista una perspectiva femenina “a la hora de juzgar”, en primer lugar porque las generalizaciones no reflejan la realidad; y en segundo lugar, porque la preparación académica no autoriza a señalar diferencias.

Sí puede haber diferente modo de actuación y receptividad que, en algunos casos, pueden incidir en la valoración de la prueba. Por ejemplo, las mujeres solemos advertir detalles que se les escapan a nuestros colegas varones, que tienden a observar el panorama y no la particularidad. Pero por cierto que esto no es absoluto, ni muchísimo menos. Sería lo mismo que afirmar que todos los jueces hombres creen que las mujeres mienten, y todas las juezas creen implícitamente a cualquier testigo mujer nada más por serlo.

Sucede, y ha sucedido muchas veces, que una jueza repare más rápidamente en circunstancias que puedan afectar a un declarante (por ejemplo, un exceso de emoción) y comprometer la credibilidad del testimonio, lo cual le permitirá poner remedio a la situación con mayor celeridad; pero esto no significa que hay juezas insensibles a ello y jueces que, por el contrario, también están atentos a tales vicisitudes.

Me parece que hay una confusión: la necesidad de la presencia femenina, que está basada en la igualdad de oportunidades, no necesita más justificación que los principios constitucionales. Muchas veces me han preguntado qué le aporta mi presencia (de mujer) a la Corte y suelo responder que es la representación de la mitad (más una) de

1. A manera de guía, sugirió las siguientes preguntas: ¿Existe una perspectiva femenina a la hora de juzgar? Si es que considera que existe, ¿en qué cree que consiste? ¿Cree que es aceptable, o que en cambio podría conspirar contra el respeto de valores como la imparcialidad de la justicia? A partir de su experiencia particular como jueza, ¿usted cree que esta perspectiva ha ejercido alguna influencia sobre su manera de decidir? Si la respuesta fuera afirmativa, ¿en qué casos en particular esta influencia ha quedado evidenciada con más fuerza?

la ciudadanía. Con el mismo sentido, he usado “la voz de una mayoría ausente durante mucho tiempo”. Esto implica reconocer que la llamada “perspectiva” no tiene que ver con el género, sino con la idiosincrasia y características personales del juez o jueza.

Así como luchar por la igualdad de oportunidades no importa aprobar cualquier acto que realice cualquier mujer sólo por serlo, tampoco implica juzgar “distinto”. Esta cuestión se terminará de discutir el día en que los principios constitucionales de igualdad y antidiscriminación se hayan hecho carne en la sociedad y no se necesite buscar justificativos que, más que ayudar, complican.

Dra. Elena Highton de Nolasco

Entiendo que cada uno aporta su perspectiva a la hora de juzgar y que ello es aplicable tanto a hombres como a mujeres. Todos hemos tenido nuestras vivencias, nuestros afectos, nuestras alegrías y padeceres, nuestros fracasos y éxitos. El aporte de cada uno, según el sexo, la raza, la religión, la edad, la proveniencia socioeconómica, etc. –en definitiva, la experiencia de vida- será diverso. Justamente, ese es el motivo por el cual para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, lo mismo que para otros cargos públicos, se impone como requisito la pluralidad. Este criterio garantiza que toda la población –en mayor o menor medida- estará representada. Todos los puntos de vista contribuyen, especialmente si se trata de la integración de un tribunal colegiado. La riqueza de los puntos de vista asegura una mirada más amplia, mayor discusión de los casos y de las alternativas de solución. Esto es parte de la democracia y genera confianza en el ciudadano. En una sociedad tan compleja como la actual, sería peligroso que todos los jueces/juezas pensarán y sintieran igual.

Creo que hay que diferenciar entre imparcialidad y neutralidad. Cómo vemos los problemas o cómo los encaramos, indica que no hay dos personas iguales ni con idéntica experiencia de vida, que nadie es totalmente neutral. Pero ello no impide ser imparcial. Cuando el juez o la jueza decide y dicta sentencia, se coloca en un punto ajeno a su propio sentir, como el cirujano cuando opera. Se concentra en el caso, en los hechos alegados probados y el derecho aplicable y resuelve con objetividad el concreto conflicto.

La sola noción de que las mujeres como juezas aportan una perspectiva femenina tan diversa a la de los hombres que su presencia conspira contra la imparcialidad, es absolutamente discriminatoria.

Más que a la hora de decidir un caso, la perspectiva y experiencia personal me ha motivado a buscar vías de mayor acceso a justicia, la solución más pacífica y menos costosa que el pleito (no sólo en dinero sino también en tiempo y energía) con la promoción de formas alternativas de resolver disputas que deben estar al alcance de todos. La búsqueda de consensos y el aprendizaje democrático hacen necesario que no todo conflicto se someta a “papá juez”/“mamá jueza” sino que cada uno trate de resolverlo por sí mismo, comunicándose adecuadamente con los demás. La instauración de ofertas múltiples de acceso a soluciones debe provenir del Estado incluyendo a los tribunales de justicia, por ejemplo, por medio de oficinas de atención de casos de

violencia doméstica durante las 24 horas del día, los 365 días del año, el seguimiento o atención preferente de casos en que haya menores, discapacitados u otras personas débiles involucradas, etc.

Pero la atención preferente hace a la celeridad procesal, esto no quita que cuando llegue el momento de decidir lo haga con imparcialidad, como cualquier colega masculino.

El debate sobre la publicidad de las declaraciones patrimoniales de los jueces

Marcela V. Rodríguez* y Nicolás Dassen**

1. Introducción y objetivo

La creación de un sistema de presentación de declaraciones juradas de carácter público es uno de los remedios para prevenir la corrupción que nuestro país ha adoptado al ratificar la Convención Interamericana Contra la Corrupción y al aprobar la Ley de Ética en la Función Pública N° 25.188, reglamentaria del artículo 36 de la Constitución Nacional.

Estos sistemas se han implementado con distinto alcance entre los tres poderes a nivel nacional. El Poder Ejecutivo asegura la publicidad de las declaraciones dentro de las 72 hs. de solicitada, ambas Cámaras del Poder Legislativo las hicieron públicas luego de una condena dictada en el marco de una acción de amparo y la realización de otras acciones de incidencia de la sociedad civil coordinadas con la prensa, aunque aún persisten dificultades para acceder a los datos rápidamente, dependiendo de quién sea el solicitante. El Poder Judicial recién en 2007 dio a publicidad las declaraciones, a partir de la nueva reglamentación adoptada por Resolución del Consejo de la Magistratura N° 562/06.¹

La publicidad se consiguió gracias a proyectos presentados ante el Consejo de la Magistratura –un órgano más público y permeable que la propia Corte Suprema en este aspecto-, y a las acciones de incidencia conjunta entre ONG's, periodistas y ciudadanos determinados en persistir en la exigencia del cumplimiento de la ley de ética pública en el Poder Judicial, luego de un largo proceso administrativo por el cual el Pleno del Consejo ordenó dar a publicidad las declaraciones, no obstante el silencio o la oposición expresa de algunos jueces a los pedidos de acceso formulados por periodistas del diario La Nación y la Fundación Poder Ciudadano.

El objetivo de este artículo consiste en dar testimonio del largo proceso por la publicidad del patrimonio de los jueces, y refutar los argumentos que ha dado el sector judicial para oponerse a dicha publicidad, especialmente, los vinculados a los derechos a la intimidad, a la seguridad y a la reputación personal.

Para ello, repasaremos la teoría anticorrupción aplicada al Poder Judicial, cuál es la utilidad de un sistema de declaraciones juradas, para luego, introducirnos de lleno en la

* Diputada de la Nación (ARI), ex integrante del Consejo de la Magistratura, Master en la Universidad de Yale.

** Consultor en Anticorrupción. Master en la Universidad de Nueva York, Profesor Regular Adjunto de Derecho Constitucional (UBA) y de Prevención de Corrupción en la Universidad de Palermo.

1. Resolución del Consejo de la Magistratura 581/07, del 27-9-07.

situación del Poder Judicial: el antecedente de la Acordada 1/2000 de la Corte Suprema, los debates en el Consejo de la Magistratura para sancionar el nuevo régimen y las objeciones en torno a la protección del derecho a la intimidad, a la seguridad y al honor.

2. La Teoría Anticorrupción aplicada al Poder Judicial

La teoría anticorrupción se apoya en programas de educación, en diseños institucionales para la prevención y control, y en el castigo. Para algunos, el problema es la falta de una educación en valores individuales y colectivos, mientras que para otros, se trata de un problema sistémico, en el cual el diseño defectuoso de instituciones alienta las prácticas corruptas.² También hay quienes creen que la falta de sanciones ejemplares favorece la impunidad al mismo tiempo que alienta comportamientos corruptos similares. Para un enfoque desde la teoría económica, la lucha de la corrupción se basa en un sistema de incentivos, de reducir los alicientes y aumentar los costos para el corrupto.

Gary Becker, premio Nobel de Economía en 1992,³ realiza un análisis económico de la conducta humana. Las prácticas corruptas pasan a ser una actividad económica más y el funcionario es un individuo racional que busca maximizar su utilidad. Haciendo un balance de costo-beneficio: ¿Qué posibilidades hay de que me descubran y que me sancionen? ¿Cuál es el costo social que debo pagar si esto trasciende públicamente? ¿Y si mi familia, mis colegas y mis amigos se enteran? (muchos pueden verse persuadidos de no cometer un acto de corrupción por la vergüenza social que ello le implicaría en su grupo familiar o su círculo de amistad); ¿Cuál es la recompensa por mi obrar honesto?; ¿Mi salario es acorde a la función que cumplo?; ¿A cuántas y cuáles personas voy a involucrar para que me encubran o sean partícipes necesarios -por ejemplo, si los nombro testaferros? Y, en ese caso, ¿A qué precio? (a ningún testaferro le gustaría ser imputado de encubridor o de partícipe necesario, y menos en forma gratuita).

Robert Klitgaard definió corrupción con la siguiente ecuación: Corrupción = Monopolio + Discrecionalidad – Responsabilidad.⁴ En este contexto, siguiendo a Malem Seña, los jueces gozan de un cuasi-monopolio de la facultad jurisdiccional, pues sólo ellos dirimen conflictos y pueden ejecutar sus decisiones, aún con la oposición de las partes, a través del uso de la fuerza estatal.⁵ Por supuesto, en la teoría constitucional este cuasi monopolio está justificado para evitar injerencias arbitrarias de los poderes políticos en los derechos de los ciudadanos. Pero, que un único juez pueda tener el

2. Susan Rose-Ackerman, *La Corrupción y los gobiernos*, Siglo Veintiuno de Argentina Editores, 2001, ver especialmente el capítulo 4.

3. Gary S. Becker, *The Economic Approach to Human Behavior*, Part 3, Law and Politics, página 39, The University of Chicago Press, Paperback Edition, 1978.

4. Robert Klitgaard, *Controlando la Corrupción*, Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 1994, página 85. Traducción del original Corruption = Monopoly + Discretion – Accountability.

5. Jorge Malem Seña, *La Corrupción, aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*, Ed. Gedisa, Barcelona, 2002, especialmente capítulo 4, La Corrupción de los jueces.

control de la resolución de los conflictos, con un mercado cautivo para la oferta y la demanda de un soborno, requiere de resguardos adicionales.⁶

Los jueces gozan de un importante grado de discrecionalidad para dirimir un conflicto. Si un juez tiene una discreción amplia en la aplicación de la ley para resolver el fondo de la cuestión, para interpretar reglas de competencia territorial y por materia, para conceder medidas cautelares y fijar los hechos objeto del proceso, podría entonces solucionar un caso de un modo y de una manera diferente otro caso similar. Todo esto terminaría, si se descubre, en una denuncia ante el Consejo de la Magistratura, en donde se deberá demostrar que no se trata de revisar el contenido de las sentencias, sino de una maniobra para beneficiar a alguien en particular.

Esta y otras razones mucho más graves inclusive, que van más allá de este artículo (como la manipulación en la designación y remoción de jueces) son las que han llevado a que en Argentina poco más del 70% de la gente perciba al sistema judicial como corrupto.⁷

3. La Investigación a partir de las Declaraciones Juradas Patrimoniales

Las declaraciones son un punto de partida de una investigación. Dependiendo de la información que haya que declarar, pueden servir para detectar niveles de vida injustificados con los ingresos legales del funcionario y su cónyuge, y declarados a las autoridades fiscales,⁸ y también para detectar potenciales conflictos de intereses o actividades incompatibles con la función pública.

En general, su utilidad como herramienta para el control del enriquecimiento ilícito está sobredimensionada. Muy probablemente las expectativas crecieron a la par de la alta resistencia que existe para hacer público el patrimonio. Los organismos de control que reciben las declaraciones juradas pueden iniciar sus investigaciones a través de tres vías distintas:

- 1) de oficio, a partir de una estrategia proactiva que revise el contenido de lo declarado;
- 2) a partir de notas periodísticas, iniciar una investigación; o
- 3) recibir denuncias de particulares.

6. Se habla de cuasi monopolio, porque no se puede desconocer que existe un régimen de apelaciones para revisar las decisiones, pero los jueces de primera instancia de instrucción, por ejemplo, son los que determinan los hechos que difícilmente pueden ser revisados en el marco de una apelación. En última instancia, sostiene Malem Seña, siempre un juez tendrá el monopolio sobre algún tipo de decisión jurisdiccional en algún momento del proceso (ob. cit. supra nota 5).

7. Transparency International, *Global Corruption Report 2007, Corruption in Judicial Systems*, Cambridge University Press, 2007, página 13.

8. Adviértase las declaraciones pueden igualmente permitir detectar la evasión fiscal, porque suele suceder que declarantes con importantes ingresos "carecen" de ahorros, autorizando la sospecha de esconder el patrimonio del fisco.

Esta última vía es la que está íntimamente ligada con la publicidad del patrimonio, especialmente si el organismo de control adopta una postura pasiva, reaccionando únicamente a partir de la presentación de denuncias. En delitos de corrupción existe una seria dificultad probatoria, por lo tanto, ¿cómo podemos pretender que un ciudadano acredite *prima facie* que un juez tiene un nivel de vida desmedido, o algún bien no declarado, si no se le provee una herramienta básica como la declaración jurada patrimonial para tener un punto de referencia que sirva de contraste con su comportamiento?

El ciudadano común no puede solicitar informes a ciertos registros de datos (depósitos bancarios o gastos de tarjetas de crédito), y en los registros públicos en los que puede hacerlo (ej. registros de la propiedad), debe pagar para ello. No se puede poner en el papel de investigador al ciudadano, no es su trabajo, ni su especialidad. Este impedimento se suma a que tampoco hay mecanismos que protejan a los denunciantes, especialmente a los funcionarios que saben que su superior comete un acto de corrupción. No hay normas que garanticen su anonimato en el Consejo de la Magistratura, o normas que lo protejan contra sanciones ulteriores o despidos, o que autoricen su traslado con igual salario y responsabilidades, o que eviten frustrar ascensos a los que pudiera acceder.

Para el control de la evolución patrimonial, las investigaciones deben cruzar el contenido de lo declarado, con registros de la propiedad inmueble o automotor, con la inspección general de justicia u otros registros de comercio provinciales, y, en casos de investigaciones judiciales, solicitar el levantamiento del secreto bancario para acceder al movimiento de cuentas bancarias y gastos de tarjetas de crédito para analizar el nivel de vida de un declarante. También pueden hacerse estimaciones de la evolución de los ingresos y la adquisición de activos de los funcionarios.⁹

Tampoco hay que desconocer maniobras jurídicas tendientes a esconder el patrimonio: por ejemplo, la posible utilización de testaferros para poner a nombre de ellos propiedades, podría contrarrestarse con incluir en los formularios la obligación de declarar propiedades en alquiler o que se disfrutaran por cualquier motivo (comodato, tiempo compartido, usufructos).¹⁰ Asimismo, las recomendaciones del GAFI (Grupo de Acción Financiera Internacional) en materia de control de lavado de activos, pueden ayudar a controlar la apertura de cuentas bancarias en el extranjero por parte de funcionarios públicos, pues requieren que las instituciones financieras “conozcan a su cliente”, incluyendo su actividad laboral, y que presten especial atención a las operaciones bancarias de “PEP’s”, o personas públicamente expuestas.

9. Ver Oficina Anticorrupción, Serie Estrategias para la Transparencia, *Declaraciones Juradas de Funcionarios Públicos*, redacción a cargo del Ing. Nicolás Gómez, impreso en Gráfica Laf SRL, Buenos Aires, 2004.

10. Ver Rick Messick, “Income & Asset Disclosure Requirements for Public Officials: How to Establish and Maintain an Effective Disclosure Program”, abril 2006, publicado en <http://www.ethicsworld.org/publicsectorgovernance/bestpracticesbygovernments.php#incomeandassetdisclosure>

4. El Sistema de Declaraciones Juradas Patrimoniales en el Poder Judicial

4.1. Antecedentes

En 1996, la Corte Suprema dictó la Acordada 57/96 por la que adoptó un régimen de presentación de declaraciones juradas patrimoniales en el ámbito del Poder Judicial. Señaló en sus considerandos que “ello es exigencia del sistema republicano pues la transparencia de quienes ejercen responsabilidades de gobierno es un elemento constitutivo del requisito de idoneidad que impone la Constitución Nacional para el desempeño de la función pública”. Contrariamente con el principio de transparencia invocado, dispuso que las declaraciones sean confidenciales y secretas, y que sólo podían ser abiertas por los magistrados judiciales, o aquellos funcionarios autorizados por ley o las reglamentaciones que la propia Corte dictara. Eso no impidió que un grupo de valientes y pioneros magistrados, autodenominado “Encuentro de Jueces”, decidiera hacer público su patrimonio por aquel entonces, presentándose como una opción frente al corporativismo judicial.

Tres años más tarde, el Congreso de la Nación estableció un régimen de declaraciones juradas de carácter público, al sancionar la ley de ética de la función pública N° 25.188, disponiendo que toda persona, proporcionando sus datos personales, e indicando el motivo de la solicitud y la utilización de la información, podría acceder a su contenido. La primera actitud contraria a la publicidad establecida, fue adoptada por la Corte Suprema de Justicia al dictar la Acordada 1/2000, que frustró la constitución de la Comisión Nacional de Ética Pública, organismo de control de la Ley que debía integrarse con representantes de los tres poderes del Estado. En esa Acordada, la Corte sostuvo que no integraría dicha Comisión, por ser violatoria de la división de poderes, erigiéndose a sí misma como autoridad de aplicación de la Ley de Ética dentro de su propio ámbito, lo que incluía la Corte misma y el resto del Poder Judicial.

A renglón seguido, dictó un régimen propio de presentación de declaraciones juradas, en donde reconoció la publicidad del patrimonio, pero los hechos se encargaron de borrar cualquier aspiración en favor de la transparencia, pues jamás la Corte Suprema dio a publicidad una declaración jurada solicitada por ciudadanos u organizaciones de la sociedad civil.

Parte de la resistencia de los magistrados a mostrar su patrimonio fue el hecho de que la Acordada 1/2000 dispuso que los magistrados y funcionarios declarantes continuaran completando sus declaraciones con el formulario aprobado por la Acordada 57/96, diseñado para un sistema de carácter “confidencial y secreto”. Cuando los declarantes notaron que debían incluir sus domicilios particulares y números de cuenta bancaria en un único formulario, ahora de carácter público, era comprensible que se opusieran.

Además, el sistema de consulta era engorroso, con traslados para que los jueces opinaran sobre los pedidos de acceso a la declaración, sin plazos para contestar los pedidos, y un margen de discrecionalidad para los funcionarios de la Administración encargados de decidir si se autoriza o no la consulta. Estábamos frente a lo que Michael Reisman llama

una “*ley sin dientes*.”¹¹ El citado autor llama “*lex imperfecta*” a un grupo de normas con una característica peculiar: son normas que las elites gobernantes reforman cuando la insatisfacción popular crece, pero que se hacen con deliberada ineficiencia. También existe un subgrupo de normas al que denomina “*lex simulata*”, integrado por aquellas normas aparentemente operables (supuestamente bien diseñadas), pero que ni quienes las sancionan ni las autoridades de aplicación cumplen con ellas o se ocupan de hacerlas cumplir (esto suele corroborarse con la ausencia de casos o investigaciones abiertas por presuntas violaciones a la normativa de que se trate).

Esta actitud de la Corte Suprema motivó la interposición de una acción de amparo por parte de dos ONG’s, la Fundación Poder Ciudadano y el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), la cual aún no fue resuelta (como los jueces tenían un especial interés en la causa por ser también declarantes, se excusaban, hasta que el único juez que se declaró competente renunció). También existieron críticas de parte de un Comité de Expertos creado en el ámbito de la OEA, integrado por expertos gubernamentales de los Estados Parte de la Convención Interamericana Contra la Corrupción (CICC), para hacer un seguimiento de la implementación de dicha Convención en la legislación interna de cada Estado. En el típico lenguaje diplomático, al ser evaluado nuestro país en febrero de 2003 el Comité recomendó “*Mejorar los sistemas para la recepción a tiempo, el uso y la publicidad de las declaraciones juradas patrimoniales*”, luego de ponderar un informe oficial y otro elaborado por importantes organizaciones de la sociedad civil,¹² coincidentes en señalar la falta de respuesta y datos oficiales por parte de la Corte Suprema de Justicia y del Poder Legislativo Nacional.¹³

4.2 Análisis Comparativo entre el proyecto original y la Resolución 562/05

En febrero de 2004, se presentaron dos proyectos que corregían muchos de los defectos de la Acordada CSJN N° 1/2000¹⁴, basados en la normativa que reglamentó la presentación

11. W. Michael Reisman, *¿Remedios contra la Corrupción? Cohecho, cruzadas y reformas*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, Capítulo 1 Sistema mítico y código práctico, página 35.

12. Comisión de Seguimiento del Cumplimiento de la Convención Interamericana Contra la Corrupción, Primer Informe, Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, Sede de la Secretaría Ejecutiva, Artes Gráficas Candil, Buenos Aires, mayo de 2002. Esta Comisión estaba integrada por las siguientes organizaciones: Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, Asociación de Abogados de Buenos Aires, Asociación de Abogados Laboralistas, Asociación de Mujeres Jueces, Centro de Estudios Legales y Sociales, Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires, Consejo de la Magistratura de la Nación, Consejo Profesional de Ciencias Económicas, Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Federación Argentina de Colegios de Abogados, Federación Interamericana de Abogados, Foro Social por la Transparencia, Poder Ciudadano, Unión Industrial Argentina, asistidos técnicamente por la Oficina Anticorrupción.

13. El informe país del Comité de Expertos está publicado en la página web de la OEA, www.oas.org y en el de la Oficina Anticorrupción www.anticorrupcion.gov.ar.

14. Proyectos presentados por los Consejeros Beinusz Smukler y Marcela Rodríguez.

de declaraciones juradas patrimoniales ante la Oficina Anticorrupción del Poder Ejecutivo de la Nación, y que había pasado un control de constitucionalidad ante la Justicia.¹⁵

Luego de debatida la propuesta, se aprobó la Resolución 562/06 que introdujo reformas al proyecto original que debilitaron su eficacia en torno a la publicidad y al control de oficio que debía realizarse sobre el contenido de las declaraciones.

4.2.a La debilidad del control: En cuanto a la eliminación del control propuesto, se ha limitado al Sistema a jugar un rol reactivo, y a ser un mero depositario de formularios. Nadie en el Consejo abrirá las declaraciones para verificar si todos los campos del formulario están completos, ni para analizar, someramente, si hay alguna sospecha de enriquecimiento ilícito, u ocultamiento de bienes (muchos declaran tener importantes ingresos –propios y del cónyuge-, pero ningún ahorro).

Otro inconveniente es que las declaraciones deben presentarse al ingreso y al egreso de la función, más una actualización anual al 31 de mayo de cada año. El proyecto aprobado autoriza a que dé por cumplida la actualización anual con una nota del declarante informando que su patrimonio no sufrió modificaciones (el antecedente de esta disposición es la Acordada 1/2000). Obviamente, el sistema está pensado para que fracase todo control de la evolución patrimonial del declarante, pues difícilmente un patrimonio quede “congelado” de un año al otro, presumiendo que un declarante gaste la totalidad de los ingresos. Esta disposición alienta la desidia de los declarantes, pues la mayoría de los funcionarios presenta esta nota en tanto no hayan vendido o comprado ningún bien registrable. Inclusive, muchos por nota, informan que vendieron o compraron tal o cual bien, pero no presentan una nueva versión del formulario, lo que obliga a quien tenga acceso a los datos a conjeturar qué hizo el declarante con el dinero ingresado, o de dónde obtuvo el dinero para adquirir el bien. Nunca la Administración del Poder Judicial ha formulado estas mismas preguntas a los declarantes.

Finalmente, pero no menos importante, es el tema de la informatización de la presentación de las declaraciones juradas para que los declarantes envíen sus datos por un sitio seguro y de acceso restringido (no confundir con la publicidad de los datos en Internet, lo cual nunca se propuso, ni está contemplada por la Ley 25.188). La idea del proyecto original –y que el Reglamento finalmente aprobado no incorporó- era que el Consejo estudiara la factibilidad de migrar el sistema a un régimen de presentación informatizado, para disminuir el margen de error en el llenado de los formularios, facilitar el control y bajar los costos del uso de papel y archivo de las declaraciones, tal como se hace en la Oficina Anticorrupción en el ámbito del Poder Ejecutivo, y que constituyó un modelo para el resto de los Estados Parte de la CICC.

15. Ley 25.188, Decreto 164/99, Decreto 808/00, Resolución MJyDH 1000/01. Los casos en los que se avaló este sistema son: Sala 5ª en lo contencioso administrativo federal, “Martella, María Silvia c/Estado Nacional s/ habeas data” (causa N° 17.743/00, del 6-4-01) y Sala 1ra. de ese mismo fuero, causa “Simoncini, Pedro c/ Ministerio de Justicia s/ proceso de conocimiento –causa 6123/01, del 10-5-01), al denegar una medida cautelar de no innovar, no teniendo por configurada, siquiera, la verosimilitud en el derecho invocado por el actor que pretendía suspender su obligación legal de presentar su declaración jurada patrimonial.

Es sumamente ilustrativo conocer en palabras de dicha Oficina el fracaso de su antecesora, la Oficina Nacional de Ética Pública, creada durante la presidencia del ex Presidente Menem como parte de su anuncio de “tormenta ética” que finalmente nunca llegó. *“Los funcionarios obligados debían completar formularios-tipo que, por su complejidad y extensión –un promedio de treinta hojas por un funcionario con cónyuge y dos hijos-, provocaban un altísimo índice de rechazos en su revisión, por meros errores formales. Se presentaron casos en los que se debió devolver hasta tres veces la misma declaración jurada al funcionario hasta que éste pudo completarla correctamente. Por otro lado, estas planillas preimpresas debían ser distribuidas a todos los funcionarios obligados, con los consiguientes costos de impresión y envío.”*

“El formato papel obligaba, por otra parte, a una exagerada necesidad de espacio físico para su guarda. Como el sistema era totalmente centralizado, el organismo de aplicación (la antigua Oficina Nacional de Ética Pública) debía archivar las aproximadamente 30.000 declaraciones juradas que recibía anualmente, con los consiguientes riesgos de seguridad y falta de espacio que se ocasionaban.”

“... Una vez recibidas todas las declaraciones juradas –con las relatadas devoluciones por cuestiones formales- comenzaba la tarea de analizar su contenido. Quienes cumplían estas funciones se encontraban con la dificultad que ocasionaba la revisión de una gran cantidad de planillas manuscritas, con el contratiempo que esto significaba para comprender algunos de los datos allí volcados. Tampoco se podían realizar análisis automatizados, como la evolución del patrimonio de los funcionarios año tras año, o realizar cruces con otras fuentes de información. Este control “manual” obligaba a mantener una cantidad importante de analistas de forma y de contenido que pudieran realizar aquellas tareas”.¹⁶

4.2.b La discrecionalidad en la publicidad: En cuanto a la publicidad, la Resolución 562/06 prevé que los magistrados y funcionarios declarantes completen un formulario de carácter público y otro de carácter reservado, de acceso restringido, que se abrirá únicamente ante requerimiento judicial, o por solicitud fundada de las comisiones de Acusación y de Disciplina del Consejo de la Magistratura (ahora unificadas, por la última reforma al Consejo introducida por Ley 26.080). En este último formulario se declararán ciertos datos que hacen a la identificación precisa de ciertos bienes, tales como el domicilio particular del declarante, sus números de cuentas bancarias, o la patente de su automóvil.¹⁷

16. Oficina Anticorrupción, Serie Estrategias para la Transparencia, *Declaraciones Juradas de Funcionarios Públicos*, redacción a cargo del Ing. Nicolás Gómez, impreso en Gráfica Laf SRL, Buenos Aires, 2004, página 49/50. Publicado también en www.anticorruptcion.gov.ar

17. El artículo 11 de la nueva reglamentación establece que obrará en anexo reservado, sin carácter público:

- El nombre del banco o entidad financiera en que tuviese depósito de dinero;
- Los números de las cuentas corrientes, de cajas de ahorro, cajas de seguridad y tarjetas de crédito y sus extensiones;
- Las declaraciones juradas sobre impuesto a las ganancias por ingresos extra salariales que perciban, o bienes personales no incorporados al proceso económico;
- La ubicación detallada de los bienes inmuebles;
- Los datos de individualización o matrícula de los bienes muebles registrables;
- Cualquier otra limitación establecida por las leyes.

La diferencia principal es que el proyecto original preveía dar a publicidad la declaración patrimonial requerida en 72 horas, con el sólo requisito para cualquier persona de completar una solicitud con sus datos personales ante la Administración General del Consejo –o ante la Cámara Federal del Interior del país que ejerza la superintendencia del juez o funcionario declarante-, mientras que la Resolución 562/06 establecía un sistema altamente engorroso, que incluía al menos en el peor de los casos 6 notificaciones y 2 traslados. Debido a esta razón, el Consejo de la Magistratura decidió simplificar la Resolución 562/06, a través de una reforma que estableció que los pedidos de consulta de una declaración jurada deben presentarse en forma fundada, y se autorizarán dentro de un plazo no mayor a los diez días siguientes. En ese período, el Consejo se limitará a poner en conocimiento del declarante que existe un pedido para conocer su patrimonio, pero su negativa no será vinculante. Luego de esto, el peticionante asumirá la responsabilidad que le corresponderá por el uso indebido de los datos que le serán suministrados¹⁸.

Para comprender lo auspicioso del último cambio reglamentario por la Resolución 734/07, alcanza con una descripción tediosa del régimen previsto originalmente por la Resolución 562/06: ante el pedido de consulta de un ciudadano, se formaba un expediente administrativo, y se le notificaba un traslado al declarante para que dentro de 72 hs. realice un descargo. Una vez cumplida esta etapa, la Administración General resolvía en tres días sobre la procedencia de la consulta, y notificaba su decisión al declarante y al peticionario. Si la consulta era denegada, en forma fundada, el peticionario podía interponer un recurso de apelación dentro de las 72 hs. ante el Plenario del Consejo. Nuevamente, se corría un traslado al declarante por 72 hs. para que conteste el recurso de apelación. Cumplido, el Plenario del Consejo debía resolver, sin que hubiera un plazo para ello. Finalmente, la Administración debía notificar a las partes la Resolución del Plenario y, si se hubiera decidido entregar la declaración jurada, cumplir con la Resolución a la brevedad. En total, podían transcurrir como mínimo entre 30 y 45 días, sumando a los costos operativos la ocupación de personal en la confección y envío de notificaciones, despachos del expediente, y la elaboración de dictámenes para evaluar la procedencia de una solicitud (artículo 16 de la Reglamentación).

Tampoco habrá criterios objetivos para hacer lugar- o rechazar las solicitudes para acceder a una declaración jurada¹⁹. Tanto la Administración General, como el Plenario del Consejo, se reservan un margen de discrecionalidad para determinar si el objeto de la petición y el destino que el solicitante declare se dará esa información, son pertinentes, mientras que la propuesta desechada del proyecto original preveía en forma excluyente que sólo podrá negarse el acceso a una declaración jurada si los motivos esgrimidos fuera alguno de los fines prohibidos por el artículo 11 de la Ley de Ética Pública (no se puede utilizar la información para: a) cualquier propósito ilegal; b) Cualquier propósito comercial, exceptuando a los

18. Resolución 734/07.

19. Estas solicitudes contendrán los siguientes datos de los consultantes: nombre y apellido, domicilio, DNI, número de teléfono, correo electrónico, ocupación, objeto de la petición y destino de la información.

medios de comunicación y noticias para la difusión al público en general; c) Determinar o establecer la clasificación crediticia de cualquier individuo; o d) Efectuar en forma directa o indirecta, una solicitud de dinero con fines políticos, benéficos o de otra índole).

Con la postura que primó, se abría un interrogante sobre los criterios que el Consejo adoptaría para entregar la información patrimonial de un declarante. Por ejemplo, si se iba a tener en cuenta arbitrariamente si la persona o institución que solicite la declaración jurada es una prestigiosa ONG o un medio periodístico, o si se trataba de un ciudadano desconocido; si corresponde entregar los datos simplemente por la invocación del mero interés o control ciudadano, o el derecho al acceso a la información, o si se trata de la declaración de un magistrado denunciado por un presunto acto de corrupción, o de un declarante que estuviera concursando para acceder a la magistratura.

En los primeros pedidos de acceso a los que se hicieron lugar, el Consejo por la Resolución 581/07 consideró que la Ley 25.188 no es restrictiva en cuanto a los fundamentos que deben presentarse para justificar la exhibición de los datos y, en cuanto a la motivación suficiente de los peticionarios, se entendió que la publicidad es la regla, quedando protegida la privacidad por el “anexo reservado” en la declaración patrimonial, además de testar los datos identificatorios obrantes en el “anexo público” de terceras personas vinculadas al declarante (nombres, DNI y profesiones del cónyuge, hijos menores, acreedores o deudores). Este celo en preservar datos íntimos puede obstaculizar el análisis del contenido de una declaración jurada, si tampoco se da a publicidad el número de hijos o personas a cargo, porque no se puede proyectar razonablemente si el magistrado/a declarante tiene ingresos suficientes para mantener el nivel de vida de su grupo familiar.

Resulta interesante conocer el fallo “Campos Ríos Maximiliano Ulises c/Legislatura s/ Amparo”.²⁰ Allí se hizo lugar a una acción de amparo interpuesta por un ciudadano y una ONG –la Asociación Civil para la Democracia y el Gobierno Representativo–, ordenando hacer públicas las declaraciones juradas de los legisladores de la Ciudad de Buenos Aires. El Tribunal sostuvo frente a las exigencias de motivar una solicitud de acceso a la declaración jurada de un funcionario:

“Pero cabe estar seguro de que existe un gran número de ciudadanos que desean conocer la situación patrimonial de los funcionarios y su evolución, y su interés legítimo no puede catalogarse de curiosidad malsana, ni tampoco hay razones para buscar en esa curiosidad propósitos malignos. Por lo demás, no hay información en la causa que permita deducir oscuras intenciones de los actores, ni menos aún disposición legal que obligue a justificar el objetivo del pedido.”

“Por el contrario, si, como se dijo ya, la regla que debe imperar en situaciones como la de autos es la publicidad, y el secreto solo adquiere características de excepción,

20. Sala II de la Cámara Contencioso Administrativa y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, de fecha 9 de junio de 2005.

subordinar la legitimidad del pedido de los actores a una determinada exposición de motivos, el principio de prevalencia de la publicidad se verá definitivamente afectado. Es decir, el secreto adquirirá rasgos axiomáticos y la excepción estará dada por una eventual motivación que justifique su levantamiento. Pero ello, como se dijo, implica violentar los principios legales ya aludidos y someter a la regla de publicidad a la valoración concreta de un fundamento. Esto no implica dejar en manos del mero capricho a solicitudes como la que aquí se trata, sino afirmar que los motivos de la requisitoria no deben ser objeto de análisis particular, pues el pedido formulado encuentra su centro de gravedad en el carácter público de la actuación gubernamental. En resumen, si acceder a aquello que se reconoce como público importa previamente identificar motivos válidos o inválidos, sólo estamos ante una apariencia de publicidad, gobernada por un principio contrario a los fines constitucionales cual es, una vez más, el secreto. Esta inteligencia, no puede, por lo dicho, ser admitida”.

De lo transcrito, compartimos el argumento referido a que no se puede rechazar una solicitud a una declaración jurada únicamente porque sus motivos no nos convencen o nos disgustan -como podría ser el interés ciudadano de un particular o una ONG-, o porque el declarante se opusiera a que se dé a publicidad.

Otro artículo cuestionable por consagrar el secreto, es el artículo 19 del nuevo Reglamento, que dispone “*Las declaraciones juradas patrimoniales presentadas en virtud de los regímenes aprobados por las Acordadas CSJN 57/96 y 1/2000 serán de carácter reservadas*”, y sólo podrán ser abiertas ante orden judicial, o de las Comisiones de Acusación o Disciplina.

Esta disposición implica una ratificación a la violación a la Ley de Ética Pública, ya que las declaraciones juradas presentadas bajo el régimen de la Acordada 1/2000 ante la Corte Suprema deben ser públicas. Así lo dispone la Ley citada y la propia Acordada, por lo tanto, no tiene justificación retroceder y otorgarles el carácter de reservadas.

5. Los argumentos esgrimidos durante los debates

Durante el tratamiento del proyecto, quienes más alzaron voces en su contra, fueron los representantes del estamento de los jueces, ensayando una batería de argumentos oponiéndose a la publicidad de las declaraciones.

5.1 El derecho a la intimidad de los funcionarios públicos

5.1.a El enfoque jurisprudencial de la cuestión.

El primer argumento que se opuso a la publicidad de los datos, fue el derecho a la intimidad de los jueces, y la conceptualización del patrimonio como un dato sensible. Siempre existió una resistencia casi natural de los jueces a admitir que ellos son también funcionarios públicos. Consideramos que es incorrecta la afirmación de que los datos patrimoniales son datos sensibles. La Ley N° 25.326 de Protección de Datos Personales

en su artículo 1° los define como “*Datos personales que revelan origen racial y étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas, filosóficas o morales, afiliación sindical e información referente a la salud o a la vida sexual*”, lo cual fue ratificado jurisprudencialmente.²¹

Pero los jueces, tampoco pueden negar, que gozan de una protección menor, justamente por ser funcionarios públicos en un régimen republicano de gobierno. Existe una copiosa y pacífica jurisprudencia que así lo ha reconocido, desde el célebre fallo Ponzetti de Balbín (Fallos 306:1092) donde la Corte Suprema reconoce que el patrimonio integra el ámbito de intimidad de una persona pública, pero reconociendo al final del considerando 8°, que “*sólo por ley podrá justificarse la intromisión, siempre que medie un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución del crimen*”, línea argumental que siguió desarrollando en el considerando 9°.

Esta línea jurisprudencial fue retomada por la Corte Suprema en el marco de una acción en la cual la Dirección General Impositiva solicitó la traba de una medida cautelar contra el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, a fin de que dicha institución entregue al organismo recaudador datos referentes a los matriculados abogados, quienes ni siquiera son funcionarios públicos, tales como número de documento, fecha de nacimiento y de matriculación (CSJN, in re “D.G.I. c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/ medidas cautelares, del 13.2.96, publicado en LL 1996-B-35 y JA, 1996-II-295). La Corte Suprema en el considerando 8 del fallo “DGI c/ Colegio Público”, sostuvo: “*Corresponde advertir que si bien es verdad, que ‘en la era de las computadoras el derecho a la intimidad ya no puede reducirse a excluir a los terceros de la zona de reserva, sino que se traduce en la facultad del sujeto de controlar la información personal que de él figura en los registros, archivos o bancos de datos’... ‘no lo es menos que dicho derecho no es absoluto, sino que, como ha señalado claramente esta Corte en el precedente anteriormente citado en el considerando 7° (se refiere al fallo Ponzetti de Balbín), encuentra su límite legal siempre que medie un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución del crimen’.*”

Otros de los argumentos esgrimidos por los jueces en torno a su intimidad, se refieren al daño a su honor ante notas periodísticas “supuestamente maliciosas” que publiquen su patrimonio con alguna nota crítica o en tono de sorna. Está de más recordar la importancia de la libertad de prensa en una democracia, y si en el ejercicio de ésta se producen excesos, existen remedios ulteriores, como la réplica, las acciones

21. La Cámara Comercial y la Cámara Contencioso Administrativo distinguen en innumerables fallos la información de contenido económico de la sensible. Entre ellos, se puede destacar “Farrel, Desmond A. v. BCRA”, de la Sala 4ta. de la Cámara Cont. Adm. Fed. (Publicado en JA 1995-IV-350), en donde el Tribunal sostuvo que “los datos cuestionados no sólo no integran esa información sensible –entendiendo por tal aquella que a la vida íntima de las personas, a sus ideas políticas, religiosas o gremiales –, sino que – dado su carácter estrictamente comercial o financiero – está destinada a divulgarse entre todas las entidades financieras del país...” (ver consid. 8 in fine).

por calumnias e injurias o los reclamos por daños y perjuicios. En cuanto al carácter de funcionarios públicos de los jueces, la Corte Suprema tuvo la oportunidad de expedirse en el caso de la jueza “Silvia Baquero de Lazcano” (CSJN, 14-10-2003), quien se sintió agraviada en su honor a través de una publicación. El Tribunal reconoció en el considerando 17 *“que cuando las opiniones versan sobre materias de interés público o sobre la gestión de quienes desempeñan funciones públicas, y tal categoría comprende el servicio de administrar justicia por parte de los jueces, la tensión entre los distintos derechos en juego —el de buscar, dar, recibir y difundir informaciones u opiniones y el derecho al honor, a la dignidad y a la intimidad de las personas— debe resolverse en el sentido de asignar un mayor sacrificio a quienes tienen en sus manos el manejo de la cosa pública”* (doctrina de Fallos: 310:508, considerandos 13 y 14).

5.1.b La publicidad indiscriminada en Internet y los bancos de datos

Otro punto en debate, respecto a la violación de la intimidad, se centró en la justificada preocupación de los jueces, que no querían que se conocieran ni sus domicilios y ni las patentes de los automóviles que poseían, ni que se publicara su patrimonio en Internet.

La confusión provino de la propia Corte Suprema, como una prueba más de que nunca estuvo en su ánimo dar a publicidad dichos datos, pues la Acordada 1/2000 dispuso que se sigan utilizando los viejos formularios de la Acordada 57/1996 diseñados cuando las declaraciones no eran públicas sino de carácter reservado. Esto provocó que los declarantes del Poder Judicial estuvieran obligados a completar en un único formulario – a partir de del año 2000 supuestamente público- su domicilio particular, cuentas bancarias, y patentes de automóvil que son datos que deben preservarse.

El Consejo jamás publicaría los datos por Internet. Quienes tuvieran acceso a la declaración jurada declararían su nombre, domicilio, DNI, dirección, ocupación y teléfono.

Si una ONG accediera a las declaraciones para armar un banco de datos, aún por Internet, o un periodista para publicar una nota, el resguardo a los domicilios exactos o los números de cuenta bancarias estaría dado por la confección del formulario reservado, al que nunca tendrán acceso los interesados. Y si los datos obrantes en el anexo público se publicaran, bienvenido, se estaría cumpliendo con unos de los objetivos de la Ley, el de contar con una sociedad civil activa, preocupada por cuestiones de interés público, dispuesta a acercar información de interés a los ciudadanos.

5.2 El riesgo de inseguridad

El riesgo a la seguridad física de los declarantes fue, además, otro de las razones contrarias a la publicidad. Nadie pone en duda la ola de delitos violentos que azota a nuestra sociedad y sobre la cual nadie está exento. Pero es cuestionable la creencia

de que la publicidad del patrimonio de los jueces pueda tener algún tipo de relación causal con la producción de delitos. Cuando ya se despejó la objeción respecto al conocimiento de los domicilios puntuales de los declarantes, la patente del automóvil, los números de cuentas bancarias e inclusive el rostro de los declarantes –el sistema no prevé que se incluyan fotografías–, los argumentos se agotan (nadie ha pretendido aún que los domicilios laborales sean borrados de las guías de funcionarios judiciales por esas mismas razones). Tomemos el peor de los ejemplos para nuestros propósitos: hace poco, un medio periodístico informó que hirieron de dos balazos a un fiscal de Lomas de Zamora cuando llegaba a su domicilio particular con su familia. Las hipótesis del crimen eran dos: que fuera un crimen común, o un atentado motivado por la intervención del fiscal en la investigación del crimen a un ex comisario bonaerense.²² La última de las hipótesis nos permite asegurar que no fue necesaria la declaración jurada patrimonial para averiguar dónde vivía la víctima para intimidarla. Si hubiese sido un intento de robo o secuestro al azar, los criminales nunca supieron que se trataba de un fiscal. Si hubiesen escogido a su víctima, ya sea para robar o secuestrar, les alcanza con estimar cuánto vale su casa, o el automóvil que maneja para estimar su nivel de vida. Si lo hicieron sabiendo que se trataba de un fiscal, evidentemente consiguieron información sobre su domicilio particular y su situación patrimonial sin acudir a su declaración jurada patrimonial. A lo sumo, al momento de negociar un hipotético rescate, la declaración jurada serviría para saber el nivel de ahorros que tiene el fiscal para acordar el pago del rescate. Pero para eso, deben solicitar la declaración jurada dejando sus datos personales. Asumamos que envían a un tercero engañado para solicitar la declaración jurada ante el Ministerio Público, o que obtuvieron los datos de un banco de datos de una ONG. No obstante, resulta injustificado que ante una hipótesis remota se deba echar por tierra toda la implementación de una política pública en materia de ética con objetivos reales y concretos.²³

Hay muchas maneras de hacer inteligencia para averiguar el patrimonio de una persona. Todos sabemos cuánto gana un funcionario judicial estimativamente, y la mayor parte de los registros patrimoniales son de acceso público (el de la propiedad, del automotor, las empresas de evaluación de riesgo crediticio, la inspección general de justicia). Lamentablemente, las bandas organizadas han dado cabal muestra de su capacidad para conseguir datos aun protegidos por el secreto fiscal y bancario para escoger sus víctimas, además de tareas de seguimiento e inteligencia. Si se tratase de secuestradores o ladrones de poca monta u ocasionales (algún ex empleado infiel), cuesta imaginarse que su

22. Diario La Nación, lunes 28 de noviembre de 2005, página 12, Hirieron de dos balazos a un fiscal de Lomas de Zamora.

23. Prohibir la publicidad de los datos patrimoniales como herramienta de política de seguridad para impedir el conocimiento de la capacidad de pago de la víctima, sería tan remoto como prohibir que la gente salga a la calle con mucho dinero al contado en sus billeteras, o prohibir a las parejas que se besen en las veredas de una casa -porque hubo casos en que estas parejas eran en realidad "campanas" para advertir a un cómplice que estaba robando una casa cuando su dueño llegara, de manera de huir a tiempo-. O habría que eliminar los registros de la propiedad que son públicos (creados para proteger terceros de buena fe, o a víctimas o acreedores del dueño/a de la propiedad).

instrucción ciudadana llegue al punto de que conozcan y utilicen el régimen de ética pública para solicitar una declaración jurada. Si cometen el delito, habrá sido seguramente por lo que vieron en la casa o en la oficina, o las conversaciones que hubieren escuchado.

Si estas hipótesis no convencen, hay datos reales que se pueden utilizar. La Oficina Anticorrupción administra cerca de 30.000 declaraciones juradas en el ámbito del Poder Ejecutivo. Ciudadanos, ONG's y periodistas han tenido acceso al patrimonio de ministros y secretarios, y nunca se cometió delito alguno, ni se utilizaron los datos para algún fin prohibido por la Ley 25.188, a pesar de los 1952 pedidos de consulta que se recibieron desde la creación de la Oficina Anticorrupción hasta junio de 2005.²⁴

5.3 La posibilidad de la extorsión o la difamación

Otros de los argumentos invocados es que en la publicidad del patrimonio está el riesgo de que se utilicen datos para extorsionar o difamar. Alguna parte perdidosa en un pleito, o un condenado que sin tener mucho que perder, decida “*ensuciar*” el nombre del juez/a²⁵.

En primer lugar, nadie puede sentirse presionado a fallar de determinada manera si lo que difunden de su patrimonio es cierto. La extorsión es útil cuando sale a la luz un dato que se quiere ocultar.

Pero puede ocurrir que maliciosamente exista alguien que quiera difamar al declarante difundiendo por un medio de comunicación un dato falso. Admitiendo, hipotéticamente, que esto pueda pasar con alguien en particular en un universo de más de 3500 declaraciones de jueces y secretarios, para ello existen mecanismos de responsabilidad ulterior contra la fuente de la información, sean civiles, penales y de rectificación²⁶. Es más, un indicio de intencionalidad de dañar podría ser que el medio o la fuente de información no hubieran siquiera chequeado la declaración jurada patrimonial si ésta fuera de fácil y rápido acceso. En general, la implementación de una política pública no puede ceder ni subordinarse a la posibilidad de que existan casos aislados en los que se la utilice para fines distintos. Eso llevaría a la inacción de la gestión.

24. Oficina Anticorrupción, Informe de Gestión Enero-Junio de 2005, publicado en www.anticorrupcion.gov.ar, páginas 25-26.

25. Quien llevó la voz cantante de este argumento fue la Dra. Pérez Tognola, representante de los jueces, en aquel Plenario del 10-11-05: “Los magistrados tenemos que resolver cuestiones donde deben dirimirse intereses y, muchas veces, a una parte la favorecemos. Y la posibilidad de la publicidad de nuestros patrimonios puede servir como un medio de presión o bien distorsionado cuando el acceso a esa información no esté debidamente reglamentado.

Y bueno, nadie se hace cargo de dónde salió, cómo salió, dónde se publicó, qué se hizo. Y puede salir en un medio de difusión, con lo cual nuestro buen nombre y honor también está sometido a un juicio distorsionado de la sociedad.”

26. Ver el fallo “*Servini de Cubría*”, Fallos 315:1943; o el desarrollo jurisprudencial a partir del célebre caso “*New York Times v. Sullivan*”, en Enrique T. Bianchi y Hernán V. Gullco, *El Derecho a la Libre Expresión*, en especial, el capítulo Quinto, Responsabilidad por la Inexactitud Fáctica que Lesiona el Honor, página 127, Ed. Librería editorial Platense SRL, 1997.

Igualmente, suele afirmarse que la responsabilidad ulterior no convence porque la justicia es lenta, o porque el difamador es insolvente, o porque aunque las réplicas se publiquen, la sensación es que llegan tarde, o que la sospecha está instalada.

Esos argumentos son algo ingenuos y prejuiciosos. Ingenuos, porque las “operaciones” no se dejarán de hacer si las declaraciones juradas fuesen secretas. Más aún, se han hecho con datos falsos. A cualquiera le pueden investigar su patrimonio yendo a los registros de la propiedad, inventar un bien no declarado, o un enriquecimiento ilícito sin necesidad de acceder a la declaración jurada. Y son prejuiciosos, porque generalizan algún caso en particular, ya que existen a diario infinidad de réplicas de funcionarios que son aludidos en medios gráficos, radiales y televisivos, y porque se asume que la opinión pública es un grupo colectivo homogéneo que no sabe distinguir situaciones ni formarse juicios de valor independientes. Tales posturas implican una opción contraria a la libre difusión de información de interés público, debilitando uno de los pilares sobre los que se asienta el gobierno democrático²⁷.

Continuando esta línea argumental, en el caso de la jueza Silvia Baquero de Lazcano (CSJN, 14-10-2003), la Corte en el considerando 18) sostuvo: “*Que dicha doctrina se funda en que las personalidades públicas tienen un mayor acceso a los medios periodísticos para replicar las falsas imputaciones y en que aquéllas se han expuesto voluntariamente a un mayor riesgo de sufrir perjuicio por noticias difamatorias. Por otra parte, atiende de manera prioritaria al valor constitucional de resguardar el más amplio debate respecto de las cuestiones que involucran a personalidades públicas o materias de interés público, como garantía esencial del sistema republicano* (Fallos: 316:2416, voto de los jueces Fayt, Belluscio y Petracchi, considerando 12). *Ello obliga a un criterio estricto en la ponderación de los presupuestos de la responsabilidad civil, pues lo contrario conspiraría contra la formación de una opinión pública vigorosa, en razón de la fuerza paralizadora y disuasiva de la obligación de resarcir* (Fallos: 319:3085, voto de los jueces Belluscio y López, considerando 6°)”.

Si bien en este caso particular se rechazó la demanda de la Jueza, poco después, la Corte Suprema hizo lugar a una demanda por daños y perjuicios que el Dr. Roberto Lescano, Juez de la Cámara del Trabajo, le hizo a un abogado porque éste lo había denunciado por prevaricato y difundido la noticia a través de la revista del Colegio Público de Abogados.²⁸

27. Existen infinidad de fallos nacionales y extranjeros que resaltan la importancia de la libertad de expresión en un sistema democrático. Como señaló la Corte Suprema un sinnúmero de veces: “Entre las libertades que la Constitución Nacional consagra, la de prensa es una de las que poseen más entidad, al extremo de que sin su debido resguardo existiría una democracia desmedrada o puramente nominal. Incluso no sería aventurado afirmar que, aun cuando el artículo 14 enuncie derechos meramente individuales, está claro que la Constitución, al legislar sobre la libertad de prensa, protege fundamentalmente su propia esencia democrática contra toda posible desviación tiránica.” (Fallos 248:291, entre muchos otros).

28. Caso Lescano, Roberto Jorge c/ Hardy, Marcos, CSJN, del 17-2-2004.

En definitiva, si un/a juez/a se decidiera a hablar en un reportaje para rebatir falsedades contra su persona, inclusive en otro medio que le inspire mayor confianza, se lo escucharía. En última instancia, por la especial importancia de la libertad de expresión siempre se ha preferido tolerar algunos abusos por exceso, más que por defecto.

Existe una dirección argumental distinta, con un matiz que sostiene que los jueces son funcionarios, pero no políticos, que no eligieron la vida pública. Distinguir si un juez merece una igual o mayor nivel de protección que un político, es crear una subcategoría de funcionarios que no está creada por la Ley 25.188, ni en la jurisprudencia como el precedente Baquero Lazcano, ni que merezca crearse en materia de publicidad de declaraciones juradas. No pasa por ser político o no; como afirmamos anteriormente, los jueces también tienen oportunidades para corromperse de manera similar a los políticos.

Además, es preciso restablecer la confianza pública en las tres ramas del gobierno. La ciudadanía está preocupada por la falta de credibilidad y confianza en la justicia de manera similar a su descreimiento en la dirigencia política. En un informe reciente, sólo el 11% de la población argentina confía en que la justicia es imparcial, y sólo el 10% la consideran confiable en cuanto su honestidad y honradez.²⁹

6. Conclusión

En primer lugar, consideramos que al Consejo de la Magistratura le correspondía ser la autoridad de aplicación de la Ley de Ética Pública en el ámbito del Poder Judicial de la Nación, y como tal, debía reglamentarla, sin caer en excesos reglamentarios que violen la norma superior. No le correspondía hacer un análisis político acerca de la conveniencia o no de la medida, o de su acierto o desacierto, lo que demoró años la cuestión. Eso ya lo hizo el Congreso de la Nación. En última instancia, si existen funcionarios declarantes que creen conculcado algún derecho constitucional, podrán impugnar el régimen legal y reglamentario en sede judicial –que seguramente serán resueltos por conjueces abogados imparciales-, pero ese análisis no puede hacerse a priori por el Consejo.

En segundo lugar, la aprobación del nuevo sistema, con un formulario de carácter público y otro reservado, va a traer mayor tranquilidad y, consecuentemente, menor resistencia para autorizar la publicidad de su patrimonio, a aquellos magistrados que genuinamente estaban preocupados por su seguridad e intimidad, cuando encontraban que en los formularios viejos debían incluir su domicilio particular o la chapa patente de su automóvil. No obstante, el consideramos que el Consejo de la Magistratura sobreactuó al ordenar testar los datos (nombre, DNI, profesión del o de la cónyuge e hijos menores), porque la información parcial impide realizar investigaciones patrimoniales serias, y proyectar razonablemente los gastos del grupo familiar.

29. Ver Cárdenas, Emilio y Chayer, Héctor, *Corrupción Judicial*, FORES - La Ley, 2005, página 59.

En tercer lugar, resta conjeturar qué ocurrirá a futuro. El nuevo Consejo surgido a partir de la reducción de 20 integrantes a 13 luego de la reforma de la Ley 26.080, hizo lugar a los pedidos de acceso presentados por Fundación Poder Ciudadano, periodistas del diario La Nación y un ciudadano. El proceso fue largo, los plazos previstos estuvieron lejos de ser cumplidos, y se rediscutieron los mismos argumentos invocados durante el proceso de adopción de la nueva reglamentación. La simplificación del proceso de consulta introducido por la Resolución 734/07 es auspiciosa. De todas formas, al no tener una reglamentación clara que garantice la publicidad sin entrar a analizar quién presentó el pedido de acceso, cuál es el motivo, y qué uso dará a la información, queda abierto un margen de incertidumbre frente a nuevos pedidos. El Consejo de la Magistratura no ha sido una institución respetuosa de sus propios antecedentes en materia de administración y en el ejercicio de sus facultades disciplinarias y acusatorias contra jueces, más cuando ha cambiado de integrantes, o los vientos políticos son otros.

En cuarto lugar, la ciudadanía debe mantenerse activa presentando más pedidos de acceso, pero de aquí en más deberá sumar valor agregado: debe analizar el contenido de las declaraciones para determinar si un juez puede justificar el patrimonio declarado, o un nivel de vida promedio teniendo en cuenta su composición familiar, en función de sus ingresos, y si encuentra posibles discrepancias o datos en los formularios que no fueron completados, ponerlos en conocimiento del Consejo de la Magistratura.

La toma de decisiones en una democracia: la Corte Suprema como una institución que crea políticas públicas*

Robert A. Dahl*

Considerar a la Corte Suprema de los Estados Unidos como una institución estrictamente jurídica, es desestimar su significado en el sistema político norteamericano, ya que, sin dudas, se trata de una institución política, o sea, que decide sobre cuestiones controvertidas de política nacional. Aun así, no es nada habitual considerar a la Corte de esa manera, sobre todo porque los norteamericanos no están del todo dispuestos a aceptar este hecho, pero tampoco son capaces de negarlo; por lo tanto, lo que generalmente sucede es que tomamos ambas posiciones a la vez. Esto es confuso para los extranjeros, entretenido para los lógicos y gratificante para los norteamericanos comunes quienes, por lo tanto, se las arreglan para retener lo mejor de ambos mundos.

I.

Una decisión sobre políticas públicas, puede ser definida como una elección efectiva entre distintas alternativas sobre las cuales existe, al menos inicialmente, cierta incertidumbre. Esta incertidumbre puede surgir por falta de información adecuada sobre (a) las alternativas consideradas “abiertas”; (b) las consecuencias que probablemente se produzcan a partir de la elección de una de las alternativas dadas; (c) el grado de probabilidad de que estas consecuencias, de hecho, se produzcan; y (d) el valor relativo de las diferentes alternativas, esto es, cómo establecer un orden de las alternativas que vaya desde la más preferible hasta la menos preferible, que tenga en cuenta tanto las posibles consecuencias como la probabilidad esperada de que estas consecuencias, de hecho, sucedan. Una elección efectiva es la selección de la mejor alternativa acompañada de las medidas para asegurar que la alternativa elegida, sea cumplida.

Nadie, me imagino, discutirá la proposición de que la Corte Suprema, o, en efecto cualquier tribunal, debe tomar, y de hecho toma, decisiones de políticas públicas en este sentido. De todas formas, esta proposición no es realmente útil para la pregunta que tenemos delante. Sí es crucial el margen en el que un tribunal puede decidir y, de hecho, decide, sobre políticas públicas, sin tener en cuenta los criterios “jurídicos” establecidos por los precedentes, por la ley y la Constitución. En este sentido, la Corte Suprema ocupa una posición muy particular, ya que una de sus características esenciales es que, de tanto

* Publicado originalmente en 6 J. Pub. L. 279 (1957). Re-impresión honoraria como Robert A. Dahl, “Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker”, 50 EMORY L.J. 563 (2001). En el año 2000, el artículo fue elegido el primer ganador del premio Harcourt Brace College Publishers, que reconoce a algún artículo con más de diez años de antigüedad y que haya dejado una huella duradera en el campo del derecho y de la jurisprudencia. Publicado en la Revista de Palermo bajo permiso del autor y del Emory Law Journal. Traducido por María Luisa Piqué y María Victoria Ricciardi.

* Sterling Professor de Ciencia Política, Universidad de Yale.

en tanto, sus miembros deciden casos en los que los criterios jurídicos no se adecuan, por lo menos en un sentido realista, a su tarea. Un distinguido miembro de la Corte actual, ha descripto recientemente la tarea de la Corte Suprema en estas palabras:

“Es esencialmente acertado afirmar que la preocupación actual de la Corte consiste en aplicar aspiraciones fundamentales y lo que el Juez Learned Hand llama “humores”, encarnados en principios como la regla del debido proceso, los cuales no fueron diseñados ni para ser precisos ni constituir directrices claras sobre cursos de acción. Aplicar esos principios en un proceso judicial implica hacer un juicio... sobre la posición de los representantes directos del pueblo en relación con la satisfacción de las necesidades de la sociedad, sobre la posición de los presidentes y gobernadores, y a través de la construcción de la voluntad de las legislaturas, la Corte débil o fuerte, revive las páginas inertes de la Constitución y de los Códigos”.¹

Frecuentemente, entonces, los casos que llegan a la Corte incluyen alternativas sobre las cuales existe un serio desacuerdo en la sociedad, como la segregación o la regulación económica; o sea, la configuración del caso es “política”. Además, en general, se trata de casos en los que reconocidos especialistas en derecho constitucional, incluyendo hasta a los eruditos miembros de la Corte Suprema, disienten; en los que las palabras de la Constitución son genéricas, vagas, ambiguas o no se aplican claramente; en los que es posible encontrar precedentes que favorezcan la postura de ambas partes; y en los que los expertos difieren en la predicción de las consecuencias de las alternativas o en el grado de probabilidad de que esas consecuencias se produzcan. Típicamente, en otras palabras, aunque pueda haber un consenso considerable respecto de las alternativas posibles [(a)], existe un serio desacuerdo sobre cuestiones fácticas, relativas a las consecuencias y probabilidades [(b)y(c)], sobre cuestiones de valor, o sobre cómo deben ser ordenadas las diferentes alternativas, en función de los criterios escogidos para establecer la prioridad de las alternativas[(d)].

Si se asumiera que la Corte es una institución “política”, no habría problemas: se daría por sentado que los miembros de la Corte resuelven las cuestiones fácticas y valorativas en función de ciertas suposiciones subjetivas, propias o de los clientes o electorado influyente. Sin embargo, como la legitimidad de las decisiones de la Corte se funda en la ficción de que no es una institución política sino exclusivamente jurídica, asumir el carácter político de la Corte significaría resolver una serie de problemas al precio de crear otros. Sin perjuicio de ello, y si es cierto que los casos que llegan a la Corte son como los he descripto, entonces la Corte no puede actuar como una institución estrictamente jurídica. Necesariamente debe elegir entre alternativas controvertidas sobre políticas públicas apelando, al menos, a ciertos criterios sobre cuestiones de hecho y valorativas, que no pueden hallarse ni deducirse, ni de precedentes, ni de la ley, ni de la Constitución. Es en este sentido que la Corte crea políticas públicas a nivel nacional, y es este rol el que hace surgir el problema del papel de la Corte en un sistema político que se jacta de ser considerado democrático.

Voy a hacer de cuenta que, salvo por una cuestión de grado y de presentación, lo que he dicho hasta ahora es ampliamente aceptado entre los politólogos y abogados

1. Felix Frankfurter, "The Supreme Court in the Mirror of Justices", 105 U. Pa. L. Rev. 781, 793 (1957).

La toma de decisiones en una democracia: la Corte Suprema como una institución que crea políticas públicas

norteamericanos. Para quien sostenga que la Corte no diseña políticas públicas, ni siquiera en alguna de sus actividades, la discusión que sigue puede parecer irrelevante. Pero para quien sostiene que al menos uno de los roles de la Corte es trazar políticas públicas cuando los criterios estrictamente jurídicos son inadecuados, surge una cuestión seria y muy debatida: ¿Quién obtiene qué y por qué? O, en un lenguaje menos elegante: ¿Qué grupos resultan favorecidos o desfavorecidos por la Corte? ¿Cómo compatibilizar la distribución que hace la Corte de estos premios y castigos con nuestro sistema político supuestamente democrático?

II.

Es posible utilizar dos criterios diferentes y contradictorios en la determinación y evaluación del rol de la Corte: la regla de mayoría y el criterio de “lo Correcto” o de “Justicia”. Cada disputa sobre políticas públicas puede ser evaluada, al menos en principio, según la regla de mayoría, porque (otra vez: en principio) la disputa puede ser analizada según la cantidad de gente a favor y en contra de las diferentes alternativas en juego, y, por lo tanto, según las proporciones de ciudadanos o miembros en posición de ser electos, que están a favor o en contra de las distintas alternativas. Lógicamente, salvo en un caso trivial, cada conflicto en una sociedad suele ser una disputa entre la mayoría de aquellos en condiciones de participar y una minoría o minorías; o bien podrá ser una disputa entre distintos grupos minoritarios o dentro de una misma minoría². Dentro de ciertos límites, ambas posibilidades son independientes del número de alternativas en disputa, y, como el argumento no se ve afectado significativamente por el número de alternativas en juego, conviene asumir que, en cada desacuerdo sobre políticas públicas, sólo hay dos alternativas³.

Si todos prefieren una de las dos alternativas, no habrá ningún problema significativo. Pero es extremadamente difícil que un caso llegue a la Corte Suprema, a no ser que al menos una persona prefiera una alternativa a la que otra se oponga. Estrictamente hablando, entonces, más allá de cómo actúe la Corte al establecer la legalidad o constitucionalidad de una u otra alternativa, el resultado de la decisión de la Corte debe, o bien (1) estar de acuerdo con preferencias de una minoría de ciudadanos y contradecir las de la mayoría; o bien (2) coincidir con preferencias de una mayoría y oponerse a las preferencias de una

2. Si en una sociedad el número total de miembros fuera par, técnicamente puede ocurrir que una disputa divida a la sociedad en dos partes iguales, con lo cual no podría hablarse de mayoría o minoría de la totalidad de miembros. Pero aun en el caso de que el número fuera par, las probabilidades de una división exacta, en cualquier grupo de más de algunos miles de personas, es tan remota, que puede ser ignorada.

3. Supongamos que el número de ciudadanos, o miembros en condición de ser elegidos para participar de decisiones colectivas, es n . Permitamos que cada miembro indique su “alternativa preferida”. De ello se sigue, obviamente, que el máximo número posible de alternativas preferidas es n . Es igual de obvio que si el número de alternativas preferidas es mayor o igual a $n/2$, entonces ninguna mayoría será posible. Por razones prácticas, estas limitaciones formales pueden ser ignoradas, ya que estamos lidiando con una gran sociedad, en la que la cantidad de alternativas posibles para la Corte Suprema es invariablemente pequeña. Si el número de alternativas es mayor a dos, es teóricamente posible que las preferencias se distribuyan de tal forma que ningún resultado sea coherente con el criterio de mayoría, aun si todos los miembros pudieran priorizar todas las alternativas y tuvieran información perfecta sobre sus preferencias; pero esta dificultad no repara en una discusión posterior y por lo tanto es descartada. Para un examen de este problema, se puede consultar Joseph K. Arrow, *Social Choice and Individual Values* (1951).

minoría; o (3) coincidir con preferencias de una minoría y oponerse a preferencias de otra minoría, que le son indiferentes al resto de los ciudadanos.

En un sistema democrático, con una legislatura más o menos representativa, es innecesario mantener una Corte especial para asegurar la segunda clase de resultados. Podría presentarse un caso en el que la Corte protegiera los derechos de minorías nacionales en contra de intereses locales en materia federal. Sin embargo, hasta donde yo sé, el rol de la Corte como institución que diseña políticas públicas no suele ser defendido de esta manera; a continuación, por lo tanto, propongo dejar de lado la delicada cuestión del federalismo y dedicarme solamente a minorías y mayorías “nacionales”. El tercer tipo de resultado, aunque relevante según otros criterios, es apenas relevante con respecto al criterio de mayoría, y también puede ser dejado de lado por el momento.

Una de las posturas sobre el rol de la Corte Suprema, muy influyente, es que ésta es, especialmente, una herramienta para proteger a minorías en contra de la tiranía de la mayoría. En el curso de sus 167 años, en 78 casos, la Corte revocó 86 diferentes disposiciones de derecho federal por inconstitucionales⁴ y, por vía de interpretación, ha modificado otro tanto. Podría sostenerse, por lo tanto, que en todos o en una buena parte de estos casos, la Corte de hecho estaba defendiendo derechos de alguna minoría en contra de una mayoría “tiránica”. Sin embargo, esta interpretación sobre la actividad de la Corte padece de dificultades muy serias.

III.

Un problema, esencialmente ideológico, consiste en lo difícil que es reconciliar esa interpretación, con la existencia de un sistema de gobierno democrático, dado que no es para nada difícil mostrar, apelando a autoridades tan variadas e imponentes como Aristóteles, Locke, Rousseau, Jefferson y Lincoln, que el término “democracia” significa, entre otras cosas, que el poder de gobernar reside en las mayorías populares y sus representantes. Más aun, partiendo de definiciones totalmente razonables y tradicionales de soberanía popular e igualdad política, puede demostrarse que la regla de mayoría como principio se deduce por necesidad lógica.⁵ Por lo tanto, afirmar que la Corte apoya preferencias de la minoría en contra de las de la mayoría, es negar la existencia de la soberanía popular y la

4. En efecto, el asunto es de cierta forma, ambiguo. Aparentemente, hubo 78 casos en los que la Corte declaró inconstitucionales disposiciones de derecho federal. 64 leyes diferentes han sido interpretadas en sentido técnico y 86 disposiciones jurídicas han sido, en ciertos aspectos, invalidadas. Aquí, me baso en los gráficos y cuadros de la Biblioteca del Congreso, el Servicio de Referencia Legislativa, y las Disposiciones de Derecho Federal Declaradas Inconstitucionales por la Corte Suprema de los Estados Unidos 95, 141-47 (1936), a las cuales he agregado *United States ex rel. Toth v. Quarles*, 350 U.S. 11 (1955), y *United States v. Lovett*, 328 U.S. 303 (1946). Hay algunas discrepancias menores en los totales (que no son atribuibles a las diferencias en las fechas de publicación) entre este volumen y la Biblioteca del Congreso, el Servicio de Referencia Legislativa, y las Disposiciones de Derecho Federal Declaradas Inconstitucionales por la Corte Suprema de los Estados Unidos, en *Constitution of the United States of America, Analysis and Interpretation* (Corwin ed. 1953). La diferencia es producto de la clasificación. El último de los documentos enumera 73 leyes declaradas inconstitucionales (lista a la que habría que agregar *Toth v. Quarles*, supra) pero, a veces, se cuentan por separado diferentes secciones de la misma ley.

5. Robert A. Dahl, *“A Preface to Democratic Theory”* cap. 2 (1956).

La toma de decisiones en una democracia: la Corte Suprema como una institución que crea políticas públicas

igualdad política, al menos en sentido tradicional, en los Estados Unidos; y afirmar que la Corte debe actuar de esta manera es negar que la soberanía popular y la igualdad política deben prevalecer en este país. Este estado de cosas no es muy deseable para los defensores de la Corte; sobre todo en un país orgulloso de su tradición democrática, no debe sorprender, pues, que se haya dedicado tanto esfuerzo a la empresa de justificar por qué la Corte, aun defendiendo sistemáticamente a minorías en contra de la mayoría, es una institución verdaderamente “democrática”. Pero por más manipulación que se haga de la teoría democrática, no puede disimularse el hecho de que un sistema donde prevalezcan las preferencias de las minorías en materia de políticas públicas, por sobre los de la mayoría, es un sistema que no permite distinguir una democracia de otros sistemas políticos⁶.

Sin embargo, por suerte es innecesario abordar este tema tan agotado; la visión de la Corte como protectora de las libertades de las minorías en contra de la tiranía de las mayorías, está desafiada por otras dificultades –no ideológicas, sino empíricas y lógicas-. Obviamente, si uno desea ser absolutamente riguroso, probablemente sea imposible demostrar si una decisión de la Corte es o no contraria a las preferencias de una “mayoría nacional”. Es claro que, salvo que se eche mano a ciertas presunciones en materia de prueba, específicamente en relación con prueba útil para descubrir preferencias de las minorías y de las mayorías en la población en general, la visión bajo estudio es totalmente indemostrable. En sentido estricto, no existe ninguna evidencia adecuada, dado que las encuestas de opinión tienen un origen relativamente reciente y las elecciones nacionales no son más que un indicador de preferencias primarias de un número de ciudadanos –en los Estados Unidos este número comprende entre el 40 y el 60 por ciento de la población adulta– respecto de ciertos candidatos que ejercen la función pública. No quiero decir con esto que no exista ninguna relación entre preferencias por candidatos y preferencias por políticas públicas alternativas. Sin embargo, la conexión es muy tenue y, a partir de una elección, es casi imposible establecer si una mayoría apoya o no una de dos, o más, políticas alternativas, sobre las cuales los miembros de las elites políticas se encuentran divididos. Por lo tanto, de gran parte de la historia de la Corte simplemente no hay forma de establecer con cierto grado de certeza, si una alternativa tenía el apoyo, o no, de una mayoría o de una minoría de adultos, o aun de votantes. Ante la ausencia de información directa, debemos valernos de exámenes indirectos. Las 86 disposiciones de derecho federal que han sido declaradas inconstitucionales, inicialmente habían sido aprobadas, por supuesto, por mayoría de votos tanto en la Cámara de Senadores, como en la de Diputados. También tenían la aprobación formal del Presidente. Por lo tanto, podríamos pensar que la mayoría compuesta por aquellos que votan en ambas cámaras, junto con el Presidente, forman una “mayoría legislativa”. No es nada fácil determinar si semejante constelación de fuerzas dentro de las elites políticas coincide de hecho con las preferencias de alguna mayoría de norteamericanos adultos o, al menos, con preferencias de una mayoría compuesta por la mitad de la población adulta que asiste, en promedio, a votar en las elecciones legislativas. La evidencia que tenemos, proveniente de encuestas de opinión, sugiere que el Congreso nunca se aleja demasiado de la opinión pública, o al menos de la opinión pública que queda

6. Cf., en general, Henry S. Commager, “Majority Rule and Minority Rights” (1943).

luego de descartar las respuestas de las varias personas que caen en la categoría “no sabe/no contesta”. Pues bien, si podemos considerar, aun sobre estas bases algo inciertas, a la “mayoría legislativa” como equivalente a la “mayoría nacional”, podemos someter a examen la hipótesis de que la Corte Suprema es un escudo y un medio de protección de las minorías en contra de las mayorías nacionales.

Cualquiera sea la posición que tengamos sobre la naturaleza del proceso político, todas parecerían asumir, al menos en cierta medida, que la Corte Suprema tiene, o podría tener, el rol de Galahad*. A lo largo de la historia de la Corte, en promedio se designó un juez cada 22 meses. Esto significa que un presidente puede tener la expectativa de designar, en su primer mandato, alrededor de 2 nuevos jueces; si, ante una Corte dividida, estas designaciones no fueran suficientes como para inclinar la balanza a su favor, puede estar seguro de que lo logrará, si se mantiene por dos mandatos. De esta forma, Hoover realizó 3 designaciones; Roosevelt, 9; Truman, 4; y Eisenhower, por el momento, lleva 4 designaciones. Claramente, los presidentes no se destacan por designar jueces hostiles a sus propias concepciones sobre políticas públicas, ni tampoco pueden pretender que la Cámara de Senadores convalide la designación de una persona cuya opinión en cuestiones clave sea flagrantemente irreconciliable con la mayoría dominante en dicha cámara. Generalmente, los jueces de la Corte son personas que, antes de ser designadas, se dedicaron a la vida pública y comprometieron públicamente con las grandes cuestiones del momento. Tal como recientemente nos recordó el juez Frankfurter, es sorprendente la cantidad de jueces de la Corte, sobre todo de aquellos que dejaron una huella, que tenían poca o ninguna experiencia judicial previa⁷. Los jueces de la Corte –y sobre todo los grandes jueces- nunca fueron personas tímidas con una pasión por el anonimato. De hecho, no es ninguna novedad afirmar que si los ministros de la Corte fueran designados por sus cualidades “judiciales”, sin considerar sus actitudes básicas hacia cuestiones fundamentales de políticas públicas, la Corte no podría tener el influyente rol que, de hecho, tiene en el sistema político norteamericano.

El hecho es, entonces, que las opiniones sobre políticas públicas dominantes en la Corte, nunca son por demasiado tiempo contrarias a las de la mayoría legislativa de los Estados Unidos. En consecuencia, es irrealista suponer que la Corte se opondrá (al menos durante más de unos pocos años, como mucho) a alguna alternativa fundamental propiciada por la mayoría legislativa. Rápidamente, por supuesto, vienen a la mente las agonías judiciales del New Deal; pero las dificultades del Sr. Roosevelt con la Corte fueron verdaderamente excepcionales. Si se tiene en cuenta toda la historia de la Corte, las probabilidades de que un presidente designe a un miembro de la Corte son: una sobre cinco de que lo hará en menos de un año; una de dos de que lo logrará en un período de dos años y tres de cuatro de que hará alguna designación en un período de tres años. Roosevelt tuvo una mala suerte inusual: tuvo que esperar cuatro años para su primera designación; la probabilidad en contra de que esto ocurra es de cuatro a una.

* Nota de las T.: Un joven caballero en los cuentos del Rey Arturo. La pureza y virtud excepcionales de Galahad, le permitían ver el Santo Grial en todo su esplendor, mientras que muchos otros caballeros que lo miraban, no podían reconocerlo.

7. Frankfurter, supra nota 1, en 782-84.

La toma de decisiones en una democracia: la Corte Suprema como una institución que crea políticas públicas

Cuadro 1:

Intervalo entre designaciones en la Suprema Corte:

Intervalo en años	Porcentaje total de designaciones	Porcentaje acumulado
Menos de 1 año	21 %	21%
1	34	55
2	18	73
3	9	82
4	8	90
5	7	97
6	2	99
—	-	-
12	1	100
Total	100	100

Nota: El cuadro excluye las seis designaciones hechas en 1789. Con excepción de las 4 designaciones más recientes, está basado en datos de la Encyclopedia of American History 461-62 (Morris ed., 1953). Puede ser ligeramente inexacto porque la fuente sólo muestra el año de designación, no el mes. El intervalo de 12 años fue desde 1811 hasta 1823.

Si hubiese contado con una suerte promedio, la batalla con la Corte nunca habría ocurrido; aun así, y aunque el “court-packing”^{*} formalmente fracasó, hacia fines de su segundo período Roosevelt había designado cinco ministros de la Corte y, para 1941, el juez Roberts era el único vestigio de la era Hoover.

Es esperable, pues, que la Corte no pueda bloquear una mayoría legislativa determinada y persistente en materia de políticas públicas, pero sí pueda triunfar sobre una mayoría débil; por ejemplo, una que ya esté muerta, en transición, o sea frágil o que sólo verse sobre una política de poca importancia.

IV.

Un examen de los casos en los cuales la Corte declaró la inconstitucionalidad de legislación federal, confirmará nuestras expectativas. En la historia de la Corte, casi la mitad de la legislación invalidada, lo fue más de cuatro años después de ser sancionada.

** Nota de las T: Así se denomina a una propuesta del Presidente Roosevelt para reorganizar la Suprema Corte. El Presidente Roosevelt, frustrado ya por una serie de decisiones de la Corte que habían declarado inconstitucional cierta legislación necesaria para implementar el “New Deal”, consideró que los jueces eran “nueve hombre viejos que trabajan demasiado y necesitan ayuda”. Por lo tanto, propuso nominar hasta 6 nuevos jueces, o bien un juez por cada miembro mayor a los setenta años que no se retirase. El plan fue fuertemente criticado por los opositores de Roosevelt, que lo acusaron de pretender alterar el sistema de frenos y contrapesos. Finalmente, el plan fue desaprobado en el Congreso.*

Cuadro 2:

Porcentaje de casos en los que se declaró alguna inconstitucionalidad, ordenados según el intervalo de tiempo entre el momento de la sanción de la legislación y la decisión de la Corte Suprema.

Número de años	% de legislación relativa al New Deal	% de otra legislación	% de toda la legislación
2 o menos	92	19	30
3-4	8	19	18
5-8	0	28	24
9-12	0	13	11
3-16	0	8	6
7-20	0	1	1
21 o más	0	12	10
Total	100	100	100

De las 24 leyes declaradas inconstitucionales en un período de 2 años, 11 fueron medidas dispuestas en los primeros años del “New Deal”. De hecho, las medidas relativas a la implementación del New Deal constituyen casi un tercio de toda la legislación declarada inconstitucional dentro de los cuatro años después de que entraran en vigencia.

Cuadro3:

Casos en los que se declaró la inconstitucionalidad de legislación dentro de los cuatro años posteriores a su sanción

Intervalo en años	New Deal		Otras		Total	
	Número	Porcentaje	Número	Porcentaje	Número	Porcentaje
2 o menos	11	29	13	34	24	63
3 a 4	1	3	13	34	14	37
Total	12	32	26	68	38	100

Es clave examinar aquellos casos en los que la Corte se pronunció sobre leyes dentro de los cuatro años a partir de su sanción –donde se presume que la mayoría legislativa no necesariamente es una mayoría muerta. De los 12 casos relativos al “New Deal”, 2 eran, desde una perspectiva política, triviales; y otros 2, aunque tal vez no fueran triviales, eran

La toma de decisiones en una democracia: la Corte Suprema como una institución que crea políticas públicas

de menor importancia para el programa del “New Deal”⁸. Un quinto⁹ de los casos, se relacionaba con el “National Industrial Recovery Act” (“NIRA”) que, de cualquier manera, iba a expirar dentro de las tres semanas en que la Corte dictó su fallo. Al margen, cabe agregar que las normas que fueron declaradas inconstitucionales permitían que los grupos industriales dictaran “códigos de competencia leal”, y es justo decir que el Presidente Roosevelt y sus asesores se sintieron aliviados ante la decisión de la Corte, ya que era una política que les resultaba cada vez más embarazosa. Teniendo en cuenta la tenacidad con la que Roosevelt sostuvo todo su programa, es obvio que, si él hubiera querido alcanzar el objetivo que se buscaba con los “Códigos NIRA”, como cuando su objetivo fueron, por ejemplo, las regulaciones en materia laboral, no habría sido frenado por la particular teoría de la Corte acerca de la Constitución. En relación con los otros 7 casos¹⁰, creo totalmente correcto decir, mas allá de lo que algunas eminencias de la Corte hayan pensado durante sus fugaces momentos de gloria, que no tuvieron éxito a la hora de interponer una barrera al alcance de los objetivos de la legislación; es más, en unos pocos años casi toda la interpretación constitucional sobre la cual descansaban las decisiones, había sido disimuladamente barrida bajo la alfombra.

Los restantes 38 casos en los que la Corte declaró la inconstitucionalidad de legislación dentro de los cuatro años a partir de su sanción, tienden a caer en dos grupos bastantes diferenciados: aquel que involucraba legislación que, razonablemente, podría ser considerada como importante desde la óptica de la mayoría y, por otro, aquel que involucraba legislación menos importante. Si bien ambas categorías pueden superponerse, con lo cual ciertas leyes deben ser clasificadas bastante arbitrariamente, seguramente haya bastante consenso en clasificar las leyes involucradas en 11 de los casos como esencialmente menores para la mayoría legislativa (por más importante que pueda haber sido su interpretación constitucional)¹¹. Las disposiciones legislativas involucradas en los otros 15 casos, no tienen una importancia uniforme, pero, salvo por dos posibles excepciones, parece razonable clasificarlas como políticas públicas esenciales para la

8. *Booth v. United States*, 291 U.S. 339 (1934), involucraba la reducción en el pago a los jueces jubilados. *Lynch v. United States*, 292 U.S. 571 (1934), repelía leyes que aseguraban a los veteranos un derecho a un seguro renovable anualmente; hubo sólo 29 políticas destacables en 1932. *Hopkins Federal Savings & Loan Ass’n v. Cleary*, 296 U.S. 315 (1935), aseguraba a ciertas asociaciones locales convertirse a federales, mediante mayoría simple de los votos de sus directorios. *Ashton v. Cameron County Water Improvement District*, 298 U.S. 513 (1936), permitía a las municipalidades litigar en los tribunales federales en los procesos de quiebras.

9. *Schechter Poultry Corp. v. United States*, 295 U.S. 495 (1935).

10. *Carter v. Carter Coal Co.*, 298 U.S. 238 (1936); *Rickert Rice Mills v. Fontenot*, 297 U.S. 110 (1936); *United States v. Butler*, 297 U.S. 1 (1936); *Louisville Joint Stock Land Bank v. Radford*, 295 U.S. 555 (1935); *Railroad Retirement Board v. Alton R.R. Co.*, 295 U.S. 330 (1935); *Perry v. United States*, 294 U.S. 330 (1935); *Panama Refining Co. v. Ryan*, 293 U.S. 388 (1935)

11. *United States v. Lovett*, 328 U.S. 303 (1946); *Untermeyer v. Anderson*, 276 U.S. 440 (1928); *Evans v. Gore*, 253 U.S. 245 (1920); *Choate v. Trapp*, 224 U.S. 665 (1912); *Muskrat v. United States*, 219 U.S. 346 (1911); *Rasmussen v. United States*, 197 U.S. 516 (1905); *Fairbank v. United States*, 181 U.S. 283 (1901); *Wong Wing v. United States*, 163 U.S. 228 (1896); *Monongahela Navigation Co. v. United States*, 148 U.S. 312 (1893); *United States v. Dewitt*, 76 U.S. (9 Wall.) 41 (1870); *Gordon v. United States*, 69 U.S. (2 Wall.) 561 (1865). Nótese que, aunque las disposiciones legislativas específicas declaradas inconstitucionales pueden haber sido menores, la legislación básica puede haber sido de suma importancia en la política pública establecida.

mayoría legislativa¹². Es razonable pensar que la Corte decidirá con mayor rapidez aquellos casos que involucran cuestiones esenciales de política legislativa que los que tratan cuestiones menores, y, como muestra el cuadro que sigue, esto es lo que, de hecho, sucede.¹³

Cuadro 4:

Número de casos que involucraban legislación sobre políticas públicas, pero que no se relacionaban con el “New Deal” y en los que el resultado fue la declaración de inconstitucionalidad de la legislación, pasados cuatro años de su sanción.

Intervalo en años	Política importante	Política secundaria	Total
2 o menos	11	2	13
3 a 4	4	9	13
Total	15	11	26

Por lo tanto, una mayoría legislativa cuyo objetivo sea implementar alguna cuestión central de una política pública, va a poder hallar la manera de superar el veto de la Corte. Es interesante y muy significativo el hecho de que el Congreso y el presidente generalmente triunfen en las batallas contra una Corte hostil en cuestiones centrales de políticas públicas.

12. *Trusler v. Crooks*, 269 U.S. 475 (1926); *Washington v. Dawson & Co.*, 264 U.S. 219 (1924); *Hill v. Wallace* 259 U.S. 44 (1922); *Bailey v. Drexel Furniture Co.*, 259 U.S. 20 (1922); *Weeds, Inc. v. United States*, 255 U.S. 109 (1921); *United States v. Cohen Grocery Co.*, 255 U.S. 81 (1921); *Knickerbocker Ice Co. v. Stewart*, 253 U.S. 149 (1920); *Eisner v. Macomber*, 252 U.S. 189 (1920); *Hammer v. Dagenhart*, 247 U.S. 251 (1918); *Keller v. United States*, 213 U.S. 138 (1909); *The Employers' Liability Cases*, 207 U.S. 463 (1908); *Pollock v. Farmers' Loan & Trust Co.*, 157 U.S. 429 (1895), 158 U.S. 601 (1895); *United States v. Klein*, 80 U.S. (13 Wall.) 128 (1872); *Ex parte Garland*, 71 U.S. (4 Wall.) 333 (1867).

13. a: *Trusler v. Crooks*, 269 U.S. 475 (1926); *Washington v. Dawson & Co.*, 264 U.S. 219 (1924); *Hill v. Wallace*, 259 U.S. 44 (1922); *Bailey v. Drexel Furniture Co.*, 259 U.S. 20 (1922); *Knickerbocker Ice Co. v. Stewart*, 253 U.S. 149 (1920); *Hammer v. Dagenhart*, 247 U.S. 251 (1918); *Keller v. United States*, 213 U.S. 138 (1909); *Employers' Liability Cases*, 207 U.S. 463 (1908); *Pollock v. Farmers' Loan & Trust Co.*, 157 U.S. 429 (1895).

b: *United States v. Klein*, 80 U.S. (13 Wall.) 128 (1872); *Ex parte Garland*, 71 U.S. (4 Wall.) 333 (1867).
c: *Weeds, Inc. v. United States*, 255 U.S. 109 (1921); *United States v. Cohen Grocery Co.*, 255 U.S. 81 (1921); *Eisner v. Macomber*, 252 U.S. 189 (1920).

d: *Evans v. Gore*, 253 U.S. 245 (1920); *Gordon v. United States*, 69 U.S. (2 Wall.) 561 (1865).
e: *United States v. Lovett*, 328 U.S. 303 (1946); *Choate v. Trapp*, 224 U.S. 665 (1912); *Muskrat v. United States*, 219 U.S. 346 (1911); *Rasmussen v. United States*, 197 U.S. 516 (1905); *Fairbank v. United States*, 181 U.S. 283 (1901); *Wong Wing v. United States*, 163 U.S. 228 (1896); *Monongahela Navigation Co. v. United States*, 148 U.S. 312 (1893); *United States v. Dewitt*, 76 U.S. (9 Wall.) 41 (1870).

f: *Untermeyer v. Anderson*, 276 U.S. 440 (1928).

La toma de decisiones en una democracia: la Corte Suprema como una institución que crea políticas públicas

Cuadro 5:

Clases de acción del Congreso después de que la Corte Suprema declarara inconstitucional legislación dentro de los cuatro años de su sanción (sin incluir la legislación del "New Deal").

Acción del Congreso	Políticas importantes	Políticas secundarias	Total
Revierde la política de la Corte	10a	2d	12
Cambia su propia política	2b	0	2
Nada	0	8e	8
Poco claro	3c	1f	4
Total	15	11	26

Nota: Para los casos de cada categoría, ver la nota 13.

Es particularmente ilustrativo examinar los casos que involucran cuestiones centrales de políticas públicas. En dos casos que involucraban leyes penales sancionadas por legisladores republicanos radicales en contra de los adherentes a la Confederación durante la Guerra Civil, la Corte enfrentó a una mayoría que se derrumbaba y cuyo certificado de defunción como mayoría poderosa se terminó de firmar con las elecciones de 1876¹⁴. Tres casos, que denominé "casos confusos", son difíciles de clasificar. Dos de estos casos fueron decisiones tomadas en 1921 que involucraban una enmienda realizada al "Lover Act" de 1919 para controlar precios¹⁵. La legislación era importante, y la disposición en cuestión fue claramente revocada, pero el "Lover Act" quedó sin efecto tres días después del fallo de la Corte y el Congreso no se volvió a interesar por el control de precios hasta la II Guerra Mundial. Esta vez, la decisión fue implementada y no halló obstáculos constitucionales. El tercer caso de esta categoría excluyó del alcance de la Enmienda XVI a los dividendos producidos por acciones*. Sin embargo, un año después el Congreso aprobó legislación que gravaba el producido de esas acciones¹⁶.

Los 10 casos restantes, consistieron en claros reveses de aquellos resultados derivados de las políticas establecidas por las decisiones de la Corte, aunque no necesariamente de la interpretación constitucional que el tribunal había hecho. En 4 de esos casos,¹⁷ las consecuencias de la política surgida a partir de la decisión de la Corte, fueron superadas en menos de un año. En los restantes 6 casos se requirió una lucha un poco más larga. Las indemnizaciones laborales por accidentes para los

14. United States v. Klein, 80 U.S. (13 Wall.) 128 (1872); Ex parte Garland, 71 U.S. (4 Wall.) 333 (1867).

15. Weeds, Inc. v. United States, 255 U.S. 109 (1921); United States v. Cohen Grocery Co., 255 U.S. 81 (1921)

* Nota de las T: Enmienda XVI: "El Congreso tendrá facultades para establecer y recaudar impuestos sobre los ingresos, sea cual fuere la fuente de que provengan, sin prorratearlos entre los diferentes Estados y sin atender a ningún censo o recuento".

16. Eisner v. Macomber, 252 U.S. 189 (1920).

17. Trusler v. Crooks, 269 U.S. 475 (1926); Hill v. Wallace, 259 U.S. 44 (1922); Keller v. United States, 213 U.S. 138 (1909); The Employers' Liability Cases, 207 U.S. 463 (1908).

estibadores y trabajadores del puerto fueron invalidadas por la Corte en 1920¹⁸; en 1922, el Congreso aprobó una nueva ley que fue a su turno invalidada por la Corte en 1924¹⁹; en 1927, el Congreso aprobó una tercera ley, la cual fue finalmente avalada en 1932²⁰. Los conocidos casos sobre impuestos²¹ de 1895 fueron en un principio desestimados por la Corte misma²²; la Enmienda XVI fue recomendada por el presidente Taft in 1909 y fue ratificada en 1913, casi 18 años después de la decisión de la Corte. Los dos casos sobre el trabajo infantil representan la batalla más efectiva que haya llevado la Corte contra la política de los legisladores. La legislación original que prohibía el trabajo infantil, basada en la “Commerce Clause”*, fue aprobada en 1916 como parte del “Wilson’s New Freedom”. Como Roosevelt años más tarde, podría decirse que Wilson fue bastante desafortunado en sus designaciones en la Corte Suprema; hizo sólo 3 designaciones durante sus 8 años, y una de estas fue desperdiciada, desde un punto de vista del trazado de políticas, con McReynolds. Si McReynolds hubiera votado de manera “correcta”, la subsiguiente lucha por el problema del trabajo infantil no habría tenido que ocurrir, dado que la decisión en 1918 tuvo lugar con una Corte dividida cuatro a cinco, con McReynolds votando con la mayoría²³. Inmediatamente, el Congreso se movió para burlar la decisión por medio de presiones impositivas, pero en 1922 la Corte bloqueó ese intento²⁴. En 1924, el Congreso volvió a la carga, esta vez con una Enmienda constitucional que rápidamente recibió el apoyo de un número de legislaturas locales pero comenzó a ser resistida en los restantes estados y terminó en el fracaso del emprendimiento. En 1938, con otro presidente reformista, una nueva legislación fue aprobada, 22 años después de la primera; y esta vez una Corte que había aprendido la lección, aceptaría en 1941²⁵ poniendo fin a una batalla que había durado un cuarto de siglo entero.

El record completo de la lucha entre la Corte y la mayoría legislativa, en casos en los cuales las Corte declaró inconstitucional leyes dentro de los cuatro años a partir de su aprobación, es resumido en el cuadro 6.

18. Knickerbocker Ice Co. v. Stewart, 253 U.S. 149 (1920).

19. Washington v. Dawson & Co., 264 U.S. 219 (1924).

20. Crowell v. Benson, 285 U.S. 22 (1932).

21. Pollock v. Farmers’ Loan & Trust Co., 157 U.S. 429 (1895).

22. Flint v. Stone Tracy Co., 220 U.S. 107 (1911); Patton v. Brady, 184 U.S. 608 (1902); Knowlton v. Moore, 178 U.S. 41 (1900); Nicol v. Ames, 173 U.S. 509 (1899).

* Nota de las T: Artículo 1, Sección 8 de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica: El Congreso tendrá facultad: Para establecer y recaudar contribuciones, impuestos, derechos y consumos; para pagar las deudas y proveer a la defensa común y bienestar general de los Estados Unidos; pero todos los derechos, impuestos y consumos serán uniformes en todos los Estados Unidos.

23. Hammer v. Dagenhart, 247 U.S. 251 (1918).

24. Bailey v. Drexel Furniture Co., 259 U.S. 20 (1922).

25. United States v. Darby, 312 U.S. 100 (1941).

La toma de decisiones en una democracia: la Corte Suprema como una institución que crea políticas públicas

Cuadro 6:

Clases de acción del Congreso después de que la Corte Suprema declarara inconstitucional legislación dentro de los cuatro años de su sanción (incluyendo legislación del "New Deal").

Acción del congreso	Política importante	Política secundaria	Total
Revierde la política de la Corte	17	2	19
Nada	0	12	12
Poco claro	6 *	1	7
Total	23	15	38

* Esta cifra incluye la legislación NIRA afectada por el caso *Schechter Poultry*

La aplicación del criterio de mayoría parece demostrar lo siguiente: en primer lugar, si la Corte, en efecto, defendiera a las minorías en contra de las mayorías nacionales, como tanto sus adherentes y críticos parecieran creer, se trataría de una institución extremadamente anómala desde un punto de vista democrático. En segundo lugar, las elaboradas racionalizaciones "democráticas" de los defensores de la Corte y la hostilidad de sus críticos "democráticos" son en buena medida irrelevantes, ya que las mayorías legislativas se han salido con la suya. En tercer lugar, aunque pareciera que la Corte nunca ha tenido éxito en mantener su oposición indefinidamente, en un número muy pequeño de casos importantes demoró la aplicación de una política pública como máximo por 25 años.

V.

¿Cómo podemos evaluar decisiones del tercer tipo recién mencionadas? Antes me referí al criterio de "lo Correcto" o "Justicia" como principio a veces invocado para describir el rol de la Corte. Si se parte de este principio puede sostenerse que la función política más importante de la Corte es la de proteger derechos que en algún sentido son considerados básicos o fundamentales. Se sigue de este argumento que en un país donde los derechos básicos son, en cierto sentido, respetados, uno no debería esperar más que un pequeño número de casos en los que la Corte se haya tenido que plantar firmemente en contra de una mayoría legislativa. Pero las mayorías pueden, en raras ocasiones, convertirse en "tiránicas"; y cuando lo hacen, la Corte interviene; y aunque la cuestión constitucional puede, estrictamente hablando, ser técnicamente abierta, la Constitución se convierte en un cuerpo de derechos y libertades fundamentales, que la Corte protege a través de sus decisiones.

Nuevamente, sin embargo, aun sin examinar los casos actuales, parece, desde un punto de vista político, algo irrealista suponer que una Corte cuyos miembros son designados de la forma en la que, de hecho, lo son, se inclinará por sostener principios de "Corrección" o de "Justicia" sustancialmente contrarios a los del resto de la elite política. Además, en otros tiempos era tal vez más fácil creer que ciertos derechos eran naturales, auto-evidentes, cuya validez fundamental se podía conocer claramente, al menos para

todas las criaturas razonables, como el color de una manzana. Afirmar que, actualmente, es difícil encontrar defensas articuladas de esa opinión, por supuesto, no es desaprobárla; es más bien sugerir que no necesitamos argumentar en contra de ella en este ensayo.

De cualquier manera, la mejor forma de refutar la visión de la Corte recién sugerida, puede hallarse en las mismas decisiones de la Corte. Sin duda alguna, ninguna mente contemporánea podrá decir que los 6 casos antes mencionados, en los que las consecuencias de ciertas políticas públicas que surgieron de decisiones de la Corte fueron superadas sólo después de largas batallas, constituyen evidencia a favor de la proposición bajo estudio. ¿Un derecho natural a la utilización de trabajo infantil en fábricas y minas? ¿Librarse de impuestos establecidos por el gobierno federal? ¿Emplear estibadores y trabajadores del puerto sin garantía en caso de accidentes laborales? En ninguno de estos casos la Corte recurrió a esta clase de argumentos; reconstruir sus decisiones en torno a ellos sería desacreditar sus opiniones.

Hasta ahora, sin embargo, nuestra evidencia ha sido extraída de casos en los cuales la Corte ha declarado inconstitucional legislación dentro de los 4 años a partir de su sanción ¿Qué sucede con los otros 40 casos? ¿Constituyen evidencia de que la Corte ha protegido derechos y libertades fundamentales o naturales en contra de la mano muerta de alguna tiranía legislativa del pasado? Ciertamente, la evidencia no es impresionante. En toda la historia de la Corte no hay un sólo caso en el cual el tribunal haya declarado inconstitucional legislación federal sobre la base de la Enmienda I. Si omitimos considerar los casos de libertades fundamentales de religión, expresión, prensa y reunión, encontramos un puñado de casos –algo menos de 10- que involucran a las Enmiendas IV a VII, en los cuales la Corte ha declarado leyes inconstitucionales que de alguna manera involucraban libertades básicas²⁶. Ahora bien, una inspección detallada de estos casos nos deja la sensación de que en realidad la mayoría y la Corte no estaban demasiado alejadas; además, claramente las condiciones fundamentales de la libertad en este país no han sido alteradas más que un centímetro como resultado de estas decisiones. De todas formas, otorguémosle a la Corte el mérito que se merece; es mínimo de todos modos.

Opuestos a estas decisiones debemos tomar en cuenta los aproximadamente 15 casos en los que la Corte empleó la protección de las Enmiendas V, XIII, XIV y XV para preservar los derechos y libertades de un grupo relativamente privilegiado en detrimento de los derechos y libertades de un grupo desaventajado: reconocidos propietarios de esclavos, en detrimento de los esclavos²⁷; blancos, en detrimento de la gente de color²⁸ y

26. En principio, los candidatos para esta categoría serían *United States ex rel. Toth v. Quarles*, 350 U.S. 11 (1955); *United States v. Moreland*, 258 U.S. 433 (1922); *Weeds, Inc. v. United States*, 255 U.S. 109 (1921); *United States v. Cohen Grocery Co.*, 255 U.S. 81 (1921); *Rasmussen v. United States*, 197 U.S. 516 (1905); *Kirby v. United States*, 174 U.S. 47 (1899); *Wong Wing v. United States*, 163 U.S. 228 (1896); *Boyd v. United States*, 116 U.S. 616 (1886); y *Justices of the Supreme Court v. Murray*, 76 U.S. (9 Wall.) 274 (1870).

27. *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. (19 How.) 393 (1857).

28. *Butts v. Merchants & Miners Transportation Co.*, 230 U.S. 126 (1913); *Hodges v. United States*, 203 U.S. 1 (1906); *James v. Bowman*, 190 U.S. 127 (1903); *Baldwin v. Franks*, 120 U.S. 678 (1887); *United States v. Stanley (The Civil Rights Cases)*, 109 U.S. 3 (1883); *United States v. Harris*, 106 U.S. 629 (1883); *United States v. Reese*, 92 U.S. 214 (1876).

La toma de decisiones en una democracia: la Corte Suprema como una institución que crea políticas públicas

propietarios, en detrimento de asalariados y otros grupos²⁹. Todos estos casos, a diferencia de los relativamente inocuos de la serie precedente, involucraban libertades de una importancia fundamental, en los que haber establecido la política opuesta, habría significado giros drásticos en la distribución de los derechos, libertades y oportunidades en los Estados Unidos; más aun, las políticas, que como consecuencia de la decisiones de la Corte se mantuvieron, han sido desde entonces repudiadas en toda nación civilizada del mundo occidental, incluyendo la nuestra. De todos modos, si nuestro argumento anterior es correcto, es inútil –y más aún porque era la distribución de los privilegios lo que estaba en juego- suponer que la Corte podría haber actuado de una manera diferente a la que lo hizo.

VI.

Por lo tanto, el rol de la Corte como una institución que crea políticas públicas no es simple; y es un error suponer que sus funciones pueden ser tanto descriptas como evaluadas a través de conceptos simples elaborados desde la teoría democrática o moral. Aun así, es posible deducir al menos algunas conclusiones generales sobre el rol de la Corte como una institución que crea políticas.

La política a nivel nacional, en los Estados Unidos, como en otras democracias estables, está dominada por alianzas relativamente cohesionadas que perduran por largos períodos de tiempo. Uno recuerda la alianza de Jefferson, de Jackson, el extraordinariamente largo dominio republicano en los años posteriores a la Guerra Civil, y la alianza en tiempos del “New Deal” diseñada por Roosevelt. Cada una de ellas tuvo como característica esencial el quiebre con políticas pasadas, un período de intensa batalla, seguido por uno de consolidación y, finalmente, la decadencia y disolución de la alianza.

Excepto por breves períodos de transición, cuando la vieja alianza se está disolviendo y la nueva está luchando para tomar el control de las instituciones políticas, la Corte Suprema, inevitablemente, forma parte de la alianza nacional dominante. Como elemento esencial para el liderazgo político de la alianza dominante, la Corte obviamente apoya las políticas públicas más importantes para esa alianza. Por sí misma, la Corte no tiene poder como para afectar el curso de la política a nivel nacional. Tanto es así, que en ausencia de un acuerdo sustancial dentro de la alianza, cualquier intento de la Corte de hacer política a nivel nacional tiende a terminar en desastre, como lo demuestran la decisión “Dred Scott” y los primeros casos del “New Deal”. Seguramente, los casos de las últimas tres décadas que involucran la libertad de los negros, y que culminaron en la ahora famosa decisión acerca de la integración escolar, son excepciones a esta generalización; en un momento, tendré más para decir sobre ellos.

29. Louisville Joint Stock Land Bank v. Radford, 295 U.S. 555 (1935); Heiner v. Donnan, 285 U.S. 312 (1932); Untermyer v. Anderson, 276 U.S. 440 (1928); Nichols v. Coolidge, 274 U.S. 531 (1927); Adkins v. Children’s Hospital, 261 U.S. 525 (1923); Adair v. United States, 208 U.S. 161 (1908); Monongahela Navigation Co. v. United States, 148 U.S. 312 (1893)

Sin embargo, La Corte Suprema no es un simple agente de la alianza. Es una parte esencial del liderazgo político y posee algunas bases de poder propias, de las cuales la más importante es la legitimidad atribuida a sus interpretaciones de la Constitución. La Corte pone en peligro esta legitimidad si se opone flagrantemente a las políticas esenciales de la alianza dominante; tal curso de acción, como hemos visto, no es uno que, normalmente, tiene a la Corte.

Se sigue entonces que, dentro de los estrechos límites impuestos por los objetivos políticos básicos de la alianza dominante, la Corte puede hacer política a nivel nacional. Su discrecionalidad, entonces, no es diferente a aquella de un poderoso legislador en el Congreso que no puede, en general, anular las políticas básicas sobre las cuales existe un acuerdo sustancial entre el resto de los líderes dominantes, pero que frecuentemente puede, dentro de estos límites, determinar cuestiones importantes tales como el manejo de los tiempos, la efectividad y el cumplimiento de esa política. Por lo tanto, la Corte no es muy efectiva a la hora de enfrentarse a una mayoría legislativa actual –y, evidentemente, no se inclina a hacerlo-. Es más efectiva cuando fija los límites de las políticas públicas para funcionarios, agencias del Estado, gobiernos provinciales y hasta para ciertas regiones, tarea que ha llegado a ocupar una gran parte de la labor de la Corte³⁰.

Pocas de las decisiones de la Corte en materia de políticas públicas pueden ser interpretadas sensiblemente en términos de “mayoría” versus “minoría”. Al respecto, la Corte no difiere del resto de la cúpula política. En términos generales, la política a nivel nacional es el producto del conflicto, la negociación y el acuerdo entre minorías; el proceso no es ni regla de la minoría ni regla de la mayoría, sino es lo que podría llamarse “regla de las minorías” donde un grupo de minorías consigue políticas contra otro grupo de minorías agrupadas.

El principal objetivo del liderazgo presidencial es construir un acuerdo de minorías estable y dominante con alta probabilidad de ganar la presidencia y una o las dos cámaras del Congreso. La principal tarea de la Corte es legitimar las políticas públicas fundamentales de la coalición triunfante. Sucede a veces que la coalición se muestra inestable en relación con ciertas políticas públicas clave; poniendo en grave riesgo sus poderes legitimantes, la Corte puede intervenir en tales casos y hasta puede triunfar en establecer la política pública. Probablemente, en tales casos, pueda triunfar sólo si su acción es conforme o refuerza una extendida serie de normas explícitas o implícitas sostenidas por el liderazgo político; normas que no son lo suficientemente fuertes o bien que no están distribuidas de manera

30. El derecho constitucional y los casos con un trasfondo constitucional, por supuesto que aún son muy importantes; casi un cuarto de los casos en los que se dejaron asentadas opiniones por escrito (en los dos últimos períodos), involucraban tales cuestiones. Revisar los actos administrativos... constituye la categoría más importante entre el trabajo de la Corte; un tercio de los casos totales se resuelve sobre la base del mérito. Las restantes categorías de litigio... involucran cuestiones relativas al derecho público. Frankfurter, supra nota 1, en 793.

La toma de decisiones en una democracia: la Corte Suprema como una institución que crea políticas públicas

tal que aseguren la existencia de una mayoría legislativa efectiva pero que, sin embargo, sea lo suficientemente poderosa como para evitar ataques a los poderes legitimantes de la Corte. Probablemente, ésta sea la explicación del trabajo relativamente exitoso de la Corte en ampliar la libertad de los negros para que pudieran votar, durante las tres décadas pasadas y sus famosas decisiones acerca de la integración escolar.³¹

Aun así, la Corte es más que esto. Considerada como un sistema político, la democracia es un conjunto de procesos básicos para tomar decisiones. El funcionamiento de estos procesos presupone la existencia de ciertos derechos, obligaciones, libertades y restricciones; en síntesis, ciertos patrones de comportamiento. La existencia de estos patrones de comportamiento, a su vez, presupone un acuerdo extendido (particularmente entre los segmentos de la población políticamente activos e influyentes) respecto de la validez y la corrección del comportamiento. Aunque en su historia no faltan las imperfecciones, en su mejor luz la Corte opera para conferir legitimidad, no simplemente a las políticas específicas de la alianza política dominante, sino también a los patrones de comportamiento básicos requeridos para el funcionamiento de la democracia.

31. *Bolling v. Sharpe*, 347 U.S. 497 (1954); *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954); *Smith v. Allwright*, 321 U.S. 649 (1944); *United States v. Classic*, 313 U.S. 299 (1941); *Grovey v. Townsend*, 295 U.S. 45 (1935); *Rice v. Elmore*, 165 F.2d 387 (4^o Cir. 1947).

Mano dura sobre el castigo. Autogobierno y comunidad (II) •

Roberto Gargarella¹

Este escrito es uno de los primeros productos de una investigación de más largo aliento, referida a la filosofía del castigo. La investigación recién está en sus comienzos, por lo cual aquí van a encontrarse muchos comentarios y observaciones necesitados de mayor precisión y refinamiento. Se trata, por tanto, de unas primeras notas orientadas a seleccionar áreas de problemas más específicos, a testear intuiciones, y a explorar respuestas posibles frente a los problemas escogidos. La investigación está pensada desde un marco teórico definido por la filosofía política republicana y la concepción deliberativa de la democracia.

Del pensamiento republicano, sus fundamentos, principios y posibles implicaciones institucionales, me he ocupado en otros trabajos.² Aquí, de la tríada básica de valores normalmente asociados con dicha filosofía –libertad, igualdad, fraternidad- me ocupo fundamentalmente de dos compromisos valorativos íntimamente ligados con aquella tríada: el compromiso con el autogobierno colectivo, y el que resalta la importancia de los vínculos sociales y la vida en comunidad.

La conexión entre republicanismo, “voluntad general,” y democracia deliberativa ha sido explorada recientemente por una diversidad de científicos políticos. Notablemente, algunos de ellos han escogido dicho enfoque para pensar cuestiones básicas sobre los fundamentos de la justicia criminal (de Grieff 2002; Pettit 1997). Este es el mismo camino que transitaremos en las páginas que siguen. En tal respecto, mi análisis, fundamentalmente exploratorio, versará sobre dos cuestiones de interés para la teoría penal. Una, relacionada con la falta de reflexión existente sobre los modos en que las normas penales son creadas. La otra, relacionada con los rasgos más “comunitarios,” integrativos y dialógicos que el republicanismo podría aconsejar, a la hora de pensar las posibles respuestas sociales frente a conductas definidas como reprochables.

Autogobierno y la Creación de las Normas de la Justicia Criminal

Partiendo del ideal republicano de la libertad como autogobierno -una idea de autogobierno naturalmente asociada con la idea rousseauiana de la “voluntad general” y la plena autoría de las normas que se aplican sobre uno- podemos comenzar a examinar críticamente algunos rasgos básicos del derecho moderno, en general. Pienso, en primer

• Este artículo es la continuación de Roberto Gargarella, “Mano dura sobre el Castigo. Igualdad y Comunidad (I)”, publicado en “Nueva Doctrina Penal” 2007/B, del Puerto, Buenos Aires, pp. 91-112.

1. Quiero agradecer especialmente los comentarios que me hicieron llegar a una versión previa de este trabajo, Marcelo Alegre; Ignacio Anitua; Mateo Bermejo; Iñigo Ortiz de Urbina; Juan Manuel Otero; María Piqué y Luciana Sánchez. También a los participantes de diversas reuniones de discusión realizadas en la Universitat Pompeu Fabra; la Universidad de Barcelona; la Universidad Di Tella y a los miembros del seminario que realizo en la Universidad de Buenos Aires.

2. Gargarella 1995 y 2005.

lugar, en los modos –poco inclusivos, poco reflexivos- en que las normas son creadas. Este problema, que afecta al derecho en general, resulta especialmente preocupante en relación con el derecho penal, dadas las claras implicaciones que suelen venir asociadas con el mismo: aquí lidiamos del modo más directo y dramático con el ejercicio de la violencia estatal.

Según entiendo, y éste es un paso que obviamente requiere de una mejor justificación, el arreglo institucional que nos permite acercarnos mejor al exigente ideal de la “voluntad general” es el relacionado con formas deliberativas de la democracia. No por azar, muchos autores contemporáneos de linaje republicano, como Jürgen Habermas o Philip Pettit, han explorado y exploran este tipo de alternativas. Otra vez, aunque este modelo de la democracia ha sido objeto de versiones diferentes, aquí propondré una versión peculiar del mismo, que entiendo es consistente con lo que muchos de sus defensores han escrito al respecto (Habermas 1996; Pettit 1997b; Nino 1996). De acuerdo con esta visión, en una democracia deliberativa, i) *todos los potencialmente afectados* por una cierta norma, intervienen en su creación; y ii) el proceso de toma de decisiones que lleva a dicha creación se caracteriza fundamentalmente por una *amplia discusión colectiva*; iii) organizada bajo condiciones de *igualdad*. La ausencia de alguna de estas condiciones –dirían los republicanos- aumenta los riesgos de crear normas parciales, esto es decir, normas sesgadas a favor de unos pocos; o normas creadas por un grupo que, aún actuando de buena fe, tiene problemas para entender y sopesar adecuadamente los puntos de vista del resto (Nino 1996). He aquí porqué las normas legales en general, y las penales en particular, deben ser el producto de un debate inclusivo, realizado en condiciones igualitarias. Sólo luego de ese debate puede surgir, según los republicanos, la “voluntad deliberada de la comunidad.” Por supuesto, estas exigentes ideas sobre la democracia y la legitimidad del derecho aparecen hoy como inaplicables, cuando vivimos en sociedades plurales, habitadas por millones de habitantes. Sin embargo, aquellos reclamos sirven todavía como ideales regulativos, y nos ayudan tanto a definir un horizonte a alcanzar, como a criticar situaciones que difieren de modo significativo respecto del mismo.

Desde una perspectiva como la presentada, según creo, no es difícil concluir que el derecho en general, y el derecho penal en particular, sufren de un déficit democrático serio. En especial si tomamos en cuenta las condiciones en que se crean las normas penales en la actualidad, resulta claro que las normas van a resultar, esperablemente, sesgadas a favor de unos pocos: los que suelen escribir esas normas, tienen pocos vínculos –sociales, de clase, ideológicos, etc.- con aquellos que más tienden a sufrir la aplicación de las normas creadas. Este resultado solamente refuerza las “predicciones,” digámoslo así, de Rousseau, según las cuales las sociedades desiguales y fragmentadas tienden a crear normas que reflejan la voluntad de unos pocos, en lugar de la “voluntad general.” No resulta sorprendente, entonces, que las normas penales actuales –y, sobre todo, su interpretación y aplicación- implique la definición e imposición de castigos brutales para ciertos crímenes, dejando otras conductas –tal vez igual o más gravemente reprochables- simplemente intocadas (la dominación ejercida en los lugares de trabajo, la publicidad engañosa). Todo ello nos permite advertir de qué modo el derecho penal, y sobre todo, insisto, los modos en que el mismo es interpretado y aplicado, termina apareciendo sesgado

en términos de género, raza o clase –así, en las faltas que selecciona (concentrando su atención en los crímenes contra la propiedad); en los tipos de respuestas que selecciona; en los particulares sujetos que elige sancionar. Se trata de normas, finalmente, diseñadas y puestas en práctica por individuos completamente separados (individuos que no conocen prácticamente nada) de aquellos que tienden a sufrir el impacto de las mismas.

En cuanto a las formas de su creación, lo que ocurre en países como la Argentina sólo exagera o caricaturiza un fenómeno extendido en otros países del mundo, y que David Garland ha descrito como una oscilación entre un *elitismo tecnocrático* –al que él denomina *penal werlfarism*- y lo que llama la *nueva cultura del control*, sobre la que ahora volveré. Cuando el péndulo se mueve hacia el elitismo tecnocrático, el derecho penal aparece como creación de expertos gubernamentales y profesionales litigantes –el producto de “conocimiento experto e investigación empírica- habitualmente, aunque no siempre, dirigido a fortalecer el resguardo de las garantías individuales. Notablemente, sin embargo, dichas iniciativas tienden a ser seguidas por otras –en mi opinión, de raíz igual o más gravemente elitistas- de “ley y orden”, en donde los expertos aparecen como objeto de sospechas y las decisiones legales resultan fuertemente influidas por los medios de comunicación aquello a lo que se denomina opinión pública, u –más impropia aún- la opinión mayoritaria o democrática. Este tipo de reacciones, normalmente aparecen asociadas a los movimientos neo-conservadores y neo-liberales, y a políticas de “mano dura” (Garland 2002, 145-6).

En lo personal, coincido con la descripción de Garland, pero sin embargo quisiera resistir parte de su descripción, tanto como su pretensión de derivar ciertas consecuencias normativas desde las premisas descriptivas de las que parte. Creo que en su presentación aparece una sugerencia según la cual el nuevo orden represivo es, en un sentido medianamente sensato del término, democrático. Contra tales sugerencias, me interesa detenerme, en particular, en lo que podríamos llamar el “status democrático” de las normas penales que, erráticamente, fueron apareciendo en los últimos tiempos. Desde mi punto de vista, estas nuevas normas que reclaman estar apoyadas en la voluntad crecientemente represiva de la mayoría ciudadana, son simplemente el producto de lo que denominaré *populismo penal*. Sintéticamente, son el resultado de la creación –nuevamente- de una elite política, que actúa o reclama actuar en el nombre de la mayoría.³ Podemos entender mejor qué es lo que quiero decir con dicho término si contrastamos el populismo penal recién mencionado con el procedimiento que he descrito en relación con la democracia deliberativa. En el primer caso, y contrariamente a lo que ocurre en una democracia deliberativa, las normas siguen siendo aquí el producto de una elite que, en todo caso, invoca el estar actuando en nombre de la voluntad popular; son creadas en ausencia de –o descuidando la importancia de- una discusión colectiva equitativa; y emergen en un contexto caracterizado por la fragmentación social y la desigualdad económica –lo que implica, normalmente, un proceso de comunicación pública que resulta básicamente dependiente del dinero. Entonces, aún si las encuestas de opinión fueran verdaderas, indicando una convergencia entre las

3. Sobre el populismo penal ver Roberts 2002; Garland 2002; Pratt 2007.

políticas criminales “duras” y la voluntad mayoritaria, todavía tendríamos frente a nosotros un largo camino a transitar antes de poder decir, razonablemente, que dichas normas son expresión de la voluntad democrática. Ellas lo son, en todo caso, tomando un sentido extraordinariamente pobre de dicha voluntad, en donde la misma se asimila a lo que, en el mejor de los casos, ciertas encuestas de opinión dicen que dice la ciudadanía. Desde el punto de vista de una democracia deliberativa, dicho resultado tiene muy poco que ver con la democracia. En todo caso, mi propuesta es la de resistir la rápida y no-fundada sugerencia de considerar democrática a una norma creada por una elite en el nombre de la ciudadanía. Debemos, en mi opinión, resistir la invitación de honrar a cualquier norma con el adjetivo democrático –finalmente, resistir la invitación de asimilar democracia con el resultado ocasional de alguna encuesta u alguna otra muestra más o menos azarosa de opiniones. Aún cuando no suscribamos una idea deliberativa de democracia, debemos reconocer que democracia es y debe ser entendida como algo cualitativamente diferente a ello.

Habiendo dicho esto, quisiera explorar un nuevo enfoque destinado a pensar sobre la relación entre democracia y derecho penal. Notablemente, este enfoque se vincula con ciertas propuestas reformistas orientadas a reaccionar frente al populismo penal. En mi opinión, y contra sus propios propósitos, este tipo de tendencias contribuyen a socavar más que a reforzar la tradición republicano-democrática que aquí me interesa defender. Y ello, según creo, es en muchos casos el resultado de la falta de reflexión sobre aquello a lo que llamamos democracia. Curiosamente, el principal ejemplo que encuentro para ilustrar esta tendencia proviene de una persona de formación republicana y, lo que es más llamativo tal vez, vinculada con los ideales de la democracia deliberativa, como lo es Philip Pettit. Pettit parece particularmente preocupado por combatir y enfrentar lo que denomina la “dinámica del escándalo” o la “indignación” que opera dentro del campo penal (Pettit 2002, 429). La dinámica a la que se refiere tomaría la forma siguiente: primero, el Estado expone a la sociedad un cierto problema; luego, ese problema genera una extendida indignación social; y finalmente, esa indignación “fuerza” al gobierno a la adopción de nuevas y más represivas medidas penales (ibid., 430). De acuerdo con Pettit, esta dinámica ha ejercido una influencia creciente en los últimos años, dentro del derecho penal, y explica muchos de sus (peores) desarrollos recientes. Tal dinámica es impulsada por medios sensacionalistas, que alimentan los apetitos “condenatorios y voyeuristas” de la población, activando y liberando sus sentimientos de indignación. La respuesta habitual del gobierno, frente a tales reclamos populares, es la de “anunciar el establecimiento de penas más severas o, en el caso de que las mismas ya sean lo suficientemente elevadas, hacer un llamado para políticas de control más estrictas, o mayores esfuerzos para aprehender a los ofensores” (ibid., 435).

Tomando en consideración dicho escenario –que, para concentrarme en el argumento, aquí no pondré en cuestión– Pettit sugiere un remedio basado en la introducción de ciertos cambios institucionales específicos. El principal remedio en el que piensa es el de “quitar de las manos del parlamento” la política sobre el establecimiento de penas, para colocar a la misma bajo cuidado de una institución del tipo Banco Central. La idea es retirar dicha política

de “las presiones inmediatas de la indignación popular” (ibid., 442). El populismo, nos dice, debe ser rechazado: debe impedirse que “la voluntad popular, cualquiera sea el modo en que ella sea determinada, gobierne el proceso de toma de decisiones del día a día” (ibid., 449).

De mi parte, disiento con la propuesta institucional avanzada por Pettit, y pienso que ella representa un buen ejemplo de aquello que el republicanismo debería resistir. Desde mi punto de vista, aún si aceptáramos su presentación descriptiva, todavía careceríamos de razones, como republicanos, para defender propuestas como las que Pettit defiende. El problema impuesto por el populismo es grave, pero el mismo no debe enfrentarse socavando aún más la voluntad popular. Ante todo, los republicanos deberían rechazar sus propuestas porque ellas niegan, antes que honran, a la democracia deliberativa, al sugerir que el derecho penal debe ser removido de las manos de la ciudadanía, y al defender la adopción de nuevas instituciones contra-mayoritarias. Tal movida, según creo, representa una seria violación de los principios republicanos, ya que se trata de una movida que vuelve, en definitiva, al elitismo político. En segundo lugar, si –adecuadamente- reconocemos con Pettit los perniciosos efectos de la “dinámica de la indignación” empujada por la prensa sensacionalista; favorecida por una carencia generalizada de información; ayudada por la ausencia de foros adecuados de debates, luego, nuestra primera y más natural reacción debería ser, justamente, la opuesta a la sugerida por Pettit. Lo que tal degradado contexto parece sugerir es la urgente, obvia necesidad de promover discusiones públicas; crear nuevos foros de debate; diseñar nuevas fuentes de transmisión de información imparcial, limitar el peso del dinero en los medios de comunicación y en la política; etc. En este sentido, Pettit parece haber identificado correctamente las fuentes del problema – tanto como una de las peores soluciones al mismo, como la ofrecida por el populismo penal- pero nos ha venido a ofrecer una solución que parece ignorar aquellos mismos hallazgos y que, para peor, contradicen algunas de las principales aspiraciones del republicanismo y de la democracia deliberativa.

Crimen en la Comunidad Moral: Reparación

En esta sección, voy a tomar en cuenta las preocupaciones republicanas referidas a la integración en la comunidad y el fortalecimiento de los vínculos sociales, para reflexionar sobre las formas que podría tomar el castigo en una sociedad republicana. La pregunta de la que parto es: ¿Qué deberían decir los republicanos frente a un crimen cometido dentro de un contexto de integración legal - es decir, en una situación en donde las precondiciones de la responsabilidad delictiva se encuentran razonablemente satisfechas? En mi opinión, un republicano debería sugerir la adopción de una respuesta *inclusiva y orientada a la comunidad*, que tome a cada persona como un agente moral (y no sólo como un agente racional), y permita a la comunidad *expresar* su reprobación hacia las acciones del ofensor –es decir, una respuesta que no es primariamente consecuencialista o retributiva, sino una inscrita en una concepción expresiva/comunicativa de la pena. A continuación, procuraré aclarar lo que quiero decir con esto. Esta tarea nos permitirá conocer, según espero, una modalidad particular de crítica frente al castigo (el castigo tal como hoy lo conocemos), tanto como una modalidad particular para pensar en formas alternativas al mismo.

Tal vez un buen punto de partida para apoyar y ayudar a fundar las diferencias entre la concepción republicana que propongo y visiones alternativas, se encuentre en el rechazo a algunos de los supuestos antropológicos y psicológicos que se esconden detrás de muchos de los acuerdos penales dominantes –un rechazo que será seguido, según veremos, por la propuesta de una concepción diferente. En particular, sugeriría que el sistema de derecho penal actual se ha tendido a articular a partir de una visión empobrecida de nuestra psicología moral, relacionada con el modelo insostenible del *homo economicus* – modelo que, de distintos modos, los republicanos han rechazado siempre. Aunque éste no es el lugar para desarrollar esta discusión, quisiera al menos decir algo al respecto. El modelo del *homo economicus*, que parece extenderse (entre otras disciplinas) al derecho penal contemporáneo, ha sido promovido por teóricos de la acción racional, con el objeto de explicar el comportamiento humano como el producto de las interacciones estratégicas de actores instrumentalmente racionales. Suponiendo que las personas tienden a comportarse estratégica y auto-interesadamente, los abogados de esta visión sugieren que el derecho criminal se organice en consecuencia. Sólo para tomar un ejemplo simple, la idea sería la de usar la ley para incrementar los “costos” asociados con ciertas acciones, con el objeto de desalentarlas (Ej., imponiendo fuertes castigos a los secuestros extorsivos, frente a un aumento en el índice de los mismos). El filósofo John Rawls parece compartir tal visión. Dice: “el castigo funciona como una clase del sistema de precios: modificando los precios que uno tiene que pagar por el rendimiento de las acciones, se proporciona un motivo para evitar que se realicen ciertas acciones y para que se realicen otras” (Rawls 1955).⁴ Supuestamente, actores racionales pensarían cuidadosamente sus acciones antes de hacer que es capaz de acarrearles altos costos. Mi impresión es que muchos de los defensores contemporáneos de la idea de *ley y orden* (quienes acostumbran a proponernos sistemas de *tolerancia cero* frente al delito) extraen sus propuestas de una teoría que tiene la imagen reducida e inadecuada del modelo *homo economicus* como su punto de partida. El hecho es que este modelo todavía resulta enormemente influyente sobre nuestros teóricos de la justicia criminal, a pesar de los serios problemas que caracterizan a la teoría y propuestas que nos presentan.⁵ El modelo propuesto falla, en efecto, porque supone que tendemos a actuar

4. Según D. Garland, “donde la criminología correccional tomó la conducta delictiva para ser un producto de influencias sociables y conflictos psicológicos, y miró al criminal como un sujeto profundo, no totalmente al mando de su comportamiento, el modelo racionalista mira los actos delictivos como resultado de conductas calculadas destinadas a la maximización de utilidades, resultado de un proceso franco de la elección individual. Este modelo representa el problema del crimen como un tema de oferta y demanda, con el castigo operando como un mecanismo de precios” (Garland 2002, 130).

5. Examinando parte de la literatura crítica existente alrededor de este tema, Elizabeth Anderson ha resumido muchas de estas objeciones. Dice: “no somos muy buenos juzgando las probabilidades; no pensamos en los riesgos en la manera en que los teóricos de decisión piensan que debemos. No ordenamos nuestras preferencias constantemente;...sistemáticamente quebrantamos todas las implicaciones lógicas de la teoría de decisión. Probablemente no haya en ninguna disciplina otra hipótesis sobre el comportamiento humano tan ampliamente desacreditada empíricamente que aún opere como presupuesto básico de trabajo (Anderson 2000, 173). Y este extraño éxito, como dice, no es debido a la falta de alternativas a la teoría racionalista de la elección. Hay muchas frente a ella, como la teoría de la racionalidad limitada, la teoría prospectiva, la teoría de la racionalidad social, etcétera.

y razonar en las maneras que son - en los aspectos importantes - extrañas a una mayoría de nosotros.⁶ Además, esta opinión tiende a ignorar la importancia que damos, en nuestro diario razonamiento práctico, a las opiniones y actos de los otros - en lo que muchos autores han descrito como la *lógica de reciprocidad* (Kahan 2003).⁷ Por supuesto, las consecuencias de partir de un modelo de elección-racional o -por el contrario- de una teoría de la reciprocidad, son enormes con respecto a las políticas públicas que podríamos sugerir respecto de cada área del derecho. Si partimos del primer modelo, tendemos a pensar que el amenazar a los individuos con castigos severos en caso que violen la ley representa la mejor solución para el problema del crimen. Por el contrario, si partiéramos de la teoría de la reciprocidad, veríamos a tales soluciones - entre otras cosas - como ineficientes respecto de sus propios fines, porque tales penas “expresan la desconfianza y la animosidad propia de las autoridades”, lo cual - de manera previsible - llevará a que los sujetos de tales normas se comporten “de modo recíproco, desplegando menor voluntad de cooperar” y “menor voluntad de obedecer la ley” lo cual llevará a la necesidad de prever penas todavía más severas, lo que afecta a la cooperación aún más” (Kahan 2003, 101).⁸

Ahora bien, aunque parece claro que una antropología y sicología diversas reclaman de respuestas diferentes frente a eventuales ofensas, es necesario pensar más detenidamente sobre las formas que podrían adoptar las mismas. Un primer paso, en este sentido, podría consistir en algunas distinciones simples y significativas, recientemente impulsadas por algunos autores explícitamente identificados con la filosofía republicana, tales como Braithwaite y Pettit (1990). Ambos autores han venido insistiendo en la idea de que reprochar a alguien por algo no implica castigarlo (imponiendo sobre él o ella castigos severos), y que castigar a alguien no implica necesariamente excluirlo/a de la sociedad, típicamente confinándolo/a a la cárcel. La distinción entre *reprobación* y *castigo* es importante, particularmente dentro de un mundo académico que tiende a usar ambos términos como sinónimos.⁹

6. Para Lacey “este énfasis de racionalidad ha producido una clase de visión naïve de la naturaleza humana, la que puntualmente ha tenido algunos efectos muy importantes y adversos sobre la idea liberal del castigo...la motivación humana, como uno podría esperar, es bastante más compleja que lo que la visión liberal indicaría. Este punto es de enorme importancia...impacta sobre la cuestión general del significado que le damos a la institución del castigo, que parece ser mucho mayor que la que resultaría justificable (Lacey 1988, 166).

7. Para Kahan “en el marco de acciones colectivas, los individuos no asumen una postura considerablemente calculadora, pero si una más rica, una postura recíproca más emocionalmente matizada”. Cuando perciben que otros están actuando cooperativamente, los individuos son llevados por el honor, el altruismo, y por la disposición a contribuir con los bienes públicos incluso sin el incentivo de lo material. Por contraste, cuando perciben que otros los están tomando ventajas indebidas de ellos, los individuos tienden a moverse por el resentimiento y el orgullo, restringiendo su cooperación y aún comprometiéndose con formas de venganza costosas a nivel personal a contener (Kahan 2003, 71).

8. Numerosos estudios psicológicos muestran que “las recompensas extrínsecas o los castigos que son vistos como dominantes o controladores, tienden a debilitar las motivaciones intrínsecas de actuar en la dirección premiada por los incentivos” (Ibid., 155). De modo similar, se ha dicho que “la interiorización a largo plazo de valores como el altruismo y la resistencia a las tentaciones resultan inhibidas cuando los individuos ven a sus acciones como causa de una recompensa o castigo” (Braithwaite 1999, 1739).

9. Otros autores coinciden con ellos, aunque finalmente justifican el castigo por razones preventivas (Von Hirsch 1993. Ver también Walgrave 2000).

¿Ahora bien, cuáles podrían ser los rasgos distintivos de este reproche? Desde un punto de vista republicano, creo, el punto principal debe ser un rechazo a la exclusión como respuesta al crimen (Braithwaite & Pettit 1990; Duff 2001). Decir esto es importante porque las respuestas dominantes para el problema del crimen son todavía de tipo excluyentes, que implican desvincular a los ofensores, radicalmente, del resto de la comunidad.

Por supuesto, existen numerosos problemas con estas respuestas excluyentes. Primero, podríamos criticar la naturaleza y la calidad de estas respuestas: ellas tienden a estigmatizar al ofensor; infligirle dolor innecesariamente; y separarlo de la solución del problema de que él mismo creó - en este sentido, como dirían los abolicionistas, el Estado “expropia” el conflicto de sus protagonistas (Bianchi 1994; Christie 1977 y 1981; Mathissen 1994). Además, una respuesta excluyente como el encarcelamiento tiende a producir el efecto contrario al deseado, principalmente porque “cuando tratamos a las personas como malvadas es más probable que se vuelvan malvadas” (Braithwaite 1997, 321). De acuerdo con Braithwaite, “las prisiones son escuelas para el crimen; los ofensores aprenden las nuevas destrezas para desempeñarse en el ilegítimo mercado laboral en la prisión y se sumergen más profundamente en las subculturas delictivas. La prisión tiende a ser una experiencia deprimente que deja a los ofensores más enojados con el mundo que cuando entraron. La interrupción de una carrera en el mercado laboral legítimo y el estigma de ser un ex-convicto pueden reducir las posibilidades del trabajo legítimo al término de la sentencia” (Braithwaite 1999, 1738). Estos resultados negativos e ineficientes también son respaldados por firmes estudios psicológicos que demuestran (lo que en psicología se denomina) los *efectos de reacción y rechazo* que genera el uso de la fuerza en quienes sufren la privación de libertad (Braithwaite & Pettit 2000, 154; Braithwaite 1997). La idea es que, aunque la fuerza puede producir más disuasión, “produce simultáneamente más reacción” (Ibíd.). De acuerdo con estas conclusiones, “esa reacción es más grande cuando la fuerza controladora es usada en contra de una libertad de tan alta importancia para el ciudadano” (Braithwaite 1997).

Nadie puede sorprenderse al conocer que, frente a tales habituales respuestas, el republicanismo se incline por fórmulas basadas en la integración social. El énfasis en la integración resulta obvio para una postura preocupada por la igualdad, los vínculos sociales y las relaciones personales. Desde el punto de vista republicano, todos, pero particularmente aquellos que experimentan problemas de integración social, necesitan ser recuperados como miembros plenos de la sociedad. Contra este tipo de propuestas, otras –de cuño más liberal- tienden a descuidar el valor de la integración social, a la vez que insisten con su receta del retiro estatal; mientras otras más –de tono más claramente conservador- se obsesionan por lograr más respuestas excluyentes, y exclusiones más prolongadas y penosas. Para el republicanismo, en cambio, lo peor que podemos hacer con los delincuentes es separarlos de aquellos que los quieren y les dan afecto, y “conectarlos” (por ejemplo, a través del sistema carcelario) con personas que también han estado actuando de manera contraria a nuestras convicciones. Cuando (como en la Argentina) la respuesta habitual frente al crimen es la excluyente, luego ¿cómo sorprenderse al descubrir altos niveles de reincidencia entre criminales? ¿Qué otra cosa podría esperarse? Finalmente, dirían los

republicanos, estas respuestas excluyentes son las que alimentan día a día al delito: actuando de ese modo, el Estado no muestra buena fe sino furia, al tiempo que genera rencor entre aquellos a quienes necesita recuperar de su lado.

Todo esto es para indicar que hay buenas razones para vincular el reproche social con respuestas *inclusivas* en lugar de excluyentes. Las respuestas de reprobación de tipo incluyente pueden adquirir formas diferentes. Una propuesta importante al respecto es la que en los últimos años se ha venido asociando con la llamada *justicia restaurativa*.¹⁰ De acuerdo con una definición conocida, una respuesta de este tipo implica “un proceso en donde las partes con interés específico en un delito resuelven conjuntamente cómo lidiar con el período subsiguiente al delito y sus implicaciones para el futuro” (Marshall 1999, 5). Este proceso aspira a “restituir la armonía sobre la base de un sentimiento de que se ha hecho justicia” (Braithwaite 1998, 329), a través de un proceso sustentado en un diálogo que tiene al ofensor y a la víctima como protagonistas principales.

Este tipo de desarrollos parecen ser interesantes desde una visión republicana, particularmente si tenemos en cuenta las siguientes características que caracterizarían (o deberían hacerlo) a todos los procesos reparadores¹¹.

- i. Conjuntamente con los abolicionistas penales, los defensores de la justicia reparadora repudian “la absorción estatal de la justicia criminal” (Braithwaite 1998, 336);
- ii. El proceso reparador, que incluye elementos de “empoderamiento, diálogo, negociación y acuerdo”, es aquel en donde las voces de los grupos de presión y no aquellas de los “profesionales” son las dominantes (Ashworth 2002, 578). Estos aspectos “dialógicos” de la respuesta reparadora son evidentemente coincidentes con los que las respuestas republicanas pretenden enfatizar.
- iii. El diálogo alentado por los defensores de la justicia reparadora no incluye solamente a la víctima y al ofensor (siempre que esto sea posible), sino también a sus amigos y parientes, porque se asume que ambas partes necesitan recibir el apoyo de sus

10. Para Pettit, la respuesta del Estado frente a un crimen debe ser vista como un “intento por rectificar el crimen, no como un ejercicio de reprimenda o un modo de maximizar utilidad” (Pettit 1997, 72). Para Pettit, esta respuesta aparece como “... particularmente atractiva desde una perspectiva republicana” (Ibid., 73), en la medida en que sintoniza con una noción fuerte y republicana de libertad, la idea de libertad como la no-dominación. La dominación estaría presente en las situaciones donde un agente puede inmiscuirse en la vida o asuntos de otros, de un modo arbitrario (Ibid.). Luego –concluye Pettit– para estar en concordancia con una filosofía republicana, “el estado penal” debe “hacer todo lo posible para evitar dominar a aquellos a quienes castiga y, por extensión, evitar dominar a aquellos que reconocen esa condena por un delito, siendo siempre correcta o no, una posibilidad” (Ibid.). Al final, el Estado que respondió a un delito tratando de rectificar el mal perpetrado podría argumentar apropiadamente que está actuando de acuerdo a intereses que el ofensor comparte, y también sostener que no está ejercitando ninguna clase de dominación sobre el ofensor (ver Pettit 1997b). Así descrita, la respuesta de Pettit representa una manera interesante de dar cuenta, desde el republicanismo, al problema del crimen.

11 En contraste, sugeriría que los republicanos deberían rechazar los procesos reparadores si éstos no tuvieran en cuenta cuál es el valor del *status quo* a ser restituido. Como sostuviera Braithwaite “el balance reparador es aceptable como justicia reparadora ideal solo si el balance entre ofensor y víctima que prevalecía antes del delito era un balance moralmente decente” (Braithwaite 1998, 329).

seres queridos durante el proceso. Este tipo de iniciativas tornan más visibles las diferencias que existen entre este tipo de respuestas y las respuestas más individualistas frente al crimen.

- iv. El proceso reparador tiende a incluir “iniciativas destinadas a promover la organización comunitaria en escuelas, vecindarios, comunidades étnicas e iglesias” (Braithwaite 1998, 331)¹².

El objetivo final, para defensores de la justicia reparadora por lo menos, es el de conseguir –al menos en muchos casos en donde ello parece posible- la reconciliación entre las partes involucradas en un delito, y la reparación del daño provocado por el ofensor. Al respecto, y antes de dejar de lado este tipo de respuestas como demasiado utópicas, tiene sentido recordar algunos datos. Primero, el hecho que “la justicia reparadora ha tenido avances en algunas de las sociedades más punitivas del mundo, incluida Sudáfrica (en donde cientos de jóvenes ofensores eran anualmente sentenciados al azotamiento hasta la llegada de Mandela), Singapur... y los Estados Unidos” (Braithwaite 1997, 330). Para autores como Braithwaite, en la actualidad, el porcentaje de participantes (víctimas, ofensores, comunidad, policía) que se muestran satisfechos con “los procesos reparadores es extremadamente alto, típicamente 90% - 95%, y en algunos estudios aún mayor;” además de que “la percepción de imparcialidad en las audiencias por parte de los participantes alcanza niveles similarmente altos;” que la mayoría de las víctimas luego de las audiencias preliminares experimentan alivio y se sienten más seguras que antes; o que “para todos los tipos de participantes las percepciones de imparcialidad y satisfacción generalizada son más altas en las audiencias preliminares que en los Juzgados o Tribunales” (Braithwaite 1999, 1744).¹³

En mi opinión, el modelo reparador representa una respuesta de interés que los republicanos pueden sugerir ante el delito. Sin embargo, no pienso que sea la única respuesta aceptable que los republicanos pueden ofrecer, o que sea la mejor o más justificada respuesta de entre las que tienen a mano. Indudablemente, hay un espacio importante para el acuerdo entre los republicanos y los defensores de la justicia reparadora, pero, como de costumbre, el acuerdo final entre estas dos visiones dependerá de los detalles – dependerá de cómo es organizado el proceso reparador en la práctica, o de si se puede organizar efectivamente un proceso de justicia restaurativa frente a cierta clase de delitos.

Junto a este tipo de procedimientos restaurativos o de *mediación* hay otras formas alternativas de reprochar un crimen que un republicano podría proponer. Estas alternativas pueden incluir formas más conocidas y transitadas, como las *multas*, la *probation* y el

12. Para Duff, éstas y otras alternativas no representan “alternativas al castigo”, como N. Christie lo puntualizara una vez, sino formas alternativas de castigo “que sirven mejor a los objetivos reparadores que el castigo debe tener” (2001 de Duff, 34).

13. Al mismo tiempo, es importante reconocer que “en una mayoría de casos, al comienzo, la oposición principal frente a la justicia reparadora provenía del movimiento de mujeres, por lo menos en lo relativo a los casos de violencia de género”, aunque “esta situación también está cambiando” (Ibíd..., 1745).

servicio comunitario (ver por ejemplo Duff 2001, 99-105). Por una parte, todos estos métodos representan respuestas atractivas frente a un sistema de justicia criminal que ha optado por castigar a las personas afectando su vida y libertad, en vez de sus bienes (ver Braithwaite y Pettit 1990). Con respecto a este último punto, en particular, las multas aparecen como alternativas interesantes¹⁴. Sin embargo, la libertad condicional y el servicio comunitario resultan respuestas todavía mejores para aquellos que se preocupan por los procesos de la integración social.¹⁵

Con sus pros y contras, todas estas propuestas representan - para republicanos, y al menos en principio - respuestas más razonables y aceptables frente al problema del crimen. En todo caso, la revisión de estas alternativas no debería confundirnos sobre lo que le interesa al republicanismo. Lo que el republicanismo viene a sugerirnos es, ante todo, que reconozcamos que los problemas sociales (expresados a través del conflicto social) requieren de soluciones sociales e integrativas, y no de soluciones basadas en el uso del derecho penal. Advertido esto, y sólo para los casos más extremos y excepcionales, el republicanismo puede sugerir la adopción de medidas reprobativas, integrativas y orientadas a la comunidad, antes que otras de tipo excluyente, individualista, y basadas en el uso de la fuerza).

Crimen en la Comunidad Moral: Deliberación

Importa reconocer, por lo demás, de qué modo la mirada republicana que aquí se sugiere se distingue de otras que podemos asociar con concepciones fundamentalmente retributivas o consecuencialistas. Aquí, el objetivo no es ni el de incapacitar ni el de atemorizar al ofensor. Aquí no se pretende apelar al cálculo o al miedo del agente: lo que se quiere es dirigirse a él –comprometiéndolo en un proceso comunicativo- tomándolo como un sujeto autónomo, capaz de dar y recibir razones, y capaz de ser persuadido (de Grieff 2002). Para esta visión, tratar a alguien correctamente es dirigirse a él o ella como un agente moral y no, simplemente, como un actor racional que debería ser manipulado y/o motivado en determinado sentido, a través de un sistema de premios y castigos.

Es en este sentido en que esta visión puede ser considerada (como se la llama ahora) como un enfoque *comunicativo* sobre la justicia penal (Feinberg 1965; Duff 2001). Lo que estos abordajes pretenden es entablar un *diálogo moral* con el ofensor, a fin de

14. De acuerdo con Duff, dado el papel que tiene el dinero en nuestras vidas, las multas aparecen como penas particularmente apropiadas como castigo expresivo, en el caso de crímenes motivados por la codicia egoísta; y como una penitencia a la cual un ofensor puede rendirse voluntariamente" (Duff 1986, 282).

15. Por *probation* normalmente se entiende la suspensión de una sentencia de cárcel y el regreso del ofensor a la comunidad, bajo ciertas condiciones (Ej., una obligación de regresar al hogar, diariamente, antes de cierta hora; una obligación de vivir en un cierto lugar) que van a ser supervisadas por un oficial probatorio -ver también Duff 2001, 99-100. (Esto no es lo mismo que defender una "prevención especial positiva", en otras palabras un programa de re socialización. La idea es, en cambio, favorecer un proceso de educación en ciudadanía y socialización). Mientras tanto, el servicio comunitario usualmente se refiere a una orden judicial dada al victimario, de acuerdo con la cual tiene que realizar tareas no remuneradas en beneficio de la comunidad local.

comunicarle el reproche social hacia lo que hizo.¹⁶ En palabras de Duff, el sistema penal no debería buscar que las personas “obedezcan sus demandas, sino que entiendan y acepten lo que se requiere de ellos como ciudadanos...Mi objetivo debería ser que la persona hiciese lo que es correcto *porque a ella le parece correcto*; e, implícitos en ese objetivo, están los métodos a través de los cuales podría ser alcanzado –sólo a través de un proceso de una persuasión moral racional” (Duff 2001, 80-1). De este modo –no sólo en cuanto a los modos de su creación, sino también en lo que hace a los contornos que podrían distinguir a la respuesta frente a posibles ofensas- el derecho penal volvería a conectarse explícitamente con una cierta concepción –deliberativa- de la democracia, un encuentro más que prometedor y muy poco explorado, que merece ser objeto de una mayor reflexión futura (de Grieff 2002).¹⁷

Este modo de pensar el castigo parece claramente compatible con la visión de la democracia deliberativa defendida en páginas anteriores. Por ello mismo, resulta sorprendente el hecho de que autores como Carlos Nino no hayan revisitado su teoría penal originaria para modificarla correspondientemente, luego de los desarrollos que hiciera en materia de democracia deliberativa. En efecto, tanto al comienzo como al final de su carrera académica, cuando ya había expuesto su concepción “epistémica” de la democracia, Nino examinó al problema del crimen exclusivamente con el instrumental teórico propio de su teoría moral –una teoría que tenía en su centro un fuerte principio de autonomía individual. Como sostuvo Pablo de Grieff, “la postura de Nino sobre el castigo... quiere fundar una teoría sobre el castigo sólo a través de premisas morales, sin dejar un papel claro para su visión sobre la legitimidad democrática...El consenso que es crucial en su posición no es el consenso que resulta importante para los teóricos de la democracia

16. Este abordaje no debería ser clasificado como consecuencialista porque, como sostienen Duff y Garland, se propone emprender este esfuerzo comunicativo aun cuando estuviéramos seguros de que el ofensor permanecería incólume y no se reformaría a través de nuestras expresiones (Duff y Garland 1994, 15).

17. En este artículo, he defendido un arreglo procesal conectado con la idea de la democracia deliberativa, como el mejor proceso de toma de decisiones en una sociedad plural. Al mismo tiempo, sin embargo, me referí también a muchos de los rasgos que podrían caracterizar nuestras respuestas colectivas hacia el crimen (por ejemplo, que la respuesta debería ser inclusiva, orientada a la comunidad). Pero, ¿qué sucedería si hubiese una colisión entre las dos propuestas? En otras palabras, ¿qué sucedería si el proceso deliberativo llegara a resultados que fueran en contra de mis sugerencias (por ejemplo, sobre la importancia de respuestas inclusivas)? Lo primero que tengo para decir es que la noción de democracia deliberativa aquí defendida representa un ideal regulativo que nos ayuda a evaluar y criticar los actuales arreglos institucionales. Por tanto, no espero contradicciones sino más bien obvias diferencias entre el ideal y los procesos legales actuales. Por supuesto, si nuestro sistema institucional estuviese razonablemente cerca del ideal deliberativo (lo que actualmente me es muy difícil de imaginar), tendríamos fuertes razones para respetar totalmente sus resultados. Esto es así por el valor (epistémico, como Nino lo llamaría) del sistema deliberativo, y también porque, en principio, no disponemos de mejores alternativas institucionales para resolver nuestros desacuerdos más profundos (Waldron 1999). Sin embargo, esta actitud de respeto hacia los resultados de ciertos procedimientos democráticos específicos (que no equivale a respetar cualquier decisión tomada por una mayoría ocasional en cualquier condición) no nos exige perder nuestras capacidades críticas. Por el contrario, la concepción normativa que fue defendida en las páginas previas nos ayudan a definir un ideal en relación con lo que debería ser la democracia (un ideal que siempre será crítico hacia las prácticas actuales), y a la vez incluye otros valores independientes –valores que a mí me parecerían convincentes- que pueden ayudarnos a tomar posturas en las discusiones deliberativas en las que participemos.

deliberativa, sino un consenso más amplio, o una licencia, que los individuos dan a partir de las implicaciones que se siguen de sus actos bajo un sistema de reglas” (de Grieff 2002, 383). La omisión de Nino es notable dado que una teoría de la democracia como la que defendió durante décadas –una muy similar a la defendida por Jurgen Habermas– muestra contar con mucha potencia para lidiar con la cuestión del castigo.

Puede tener sentido recordar que, para Nino, la participación colectiva en la discusión pública de todos los potencialmente afectados representaba la mejor garantía de que, para el caso en que las reglas de la discusión fueran respetadas, el consenso obtenido se acercaría al consenso ideal que podría obtenerse a partir de la discusión de agentes plenamente racionales e informados (Nino 1991, 247). Para él, la democracia ganaba en “valor epistémico” en la medida en que se organizaba de ese modo: a partir de una discusión colectiva equitativa, inclusiva, que aparecía así como un “método apropiado para alcanzar el conocimiento moral.” Dicha discusión debía incorporar como “elementos esenciales tanto la discusión como el acuerdo mayoritario, lo que nos (permite) acercarnos a la verdad moral” (ibid., 251). La teoría de Nino tomaba como punto de partida el presupuesto millenario conforme al cual cada persona es el mejor juez de sus propios intereses (dado que cada uno tiene un privilegio epistémico en lo que hace a su propio bien). A partir de aquí, Nino consideraba que una discusión colectiva equitativa permitía a los participantes acceder a información que, de otro modo, corrían el riesgo de perder a partir de su razonamiento individual; recibir y dar críticas; y advertir las reacciones generadas en los demás a partir de las propuestas de uno. En resumen, la deliberación permitía que cada persona corrigiera sus propuestas iniciales, transformando –más que simplemente implementando– sus propias preferencias.

Las implicaciones de la concepción epistémica de la democracia para una teoría del castigo no son obvias, pero existen muchas conexiones que uno puede establecer entre ambas. De Grieff, por ejemplo, enfatiza que “la idea de persuasión, que es crítica para la visión institucional de la política provista por la democracia deliberativa...debe figurar también...en la adopción de una teoría del castigo.” Para él, esta idea provee de ciertos límites tanto frente a los enfoques puramente retributivistas como consecuencialistas sobre el castigo” (de Grieff 2002, 387). De modo más específico, uno podría decir, con él, que muchas de las prácticas hoy dominantes sobre el castigo, “tales como el encarcelamiento que brutaliza ya sea a partir del abuso físico como a partir de la aplicación de detenciones prolongadas” son difícilmente compatibles con el compromiso de la democracia deliberativa con la persuasión racional (ibid., 394).

En resumen, la visión que aquí defiende, que se encuentra informada por una filosofía política republicana y una visión deliberativa de la democracia, considera que existe siempre un problema cuando la ley es creada sólo por unos pocos, y predice que las leyes que no son producto de un diálogo colectivo equitativo van a tender a maltratar a parte de la comunidad, y a distinguirse por su contenido indebidamente parcial. Por idénticas razones, esta postura considera que el castigo no se justifica cuando el mismo aparece como un intento coercitivo para “aplacar a los golpes” a la voluntad del criminal (Duff 1986, 272).

El derecho penal, en definitiva, pierde respetabilidad si los individuos carecen de buenas razones para creer que el mismo refleja de modo apropiado sus intereses y puntos de vista –si el mismo aparece, como en tantas democracias contemporáneas, como un derecho penal no-neutral, esto es, como el mero producto de la voluntad del grupo dominante, y no como la visión deliberada de la comunidad.

Una conclusión provisoria

Las críticas al castigo en general, y a las penas privativas de la libertad en particular, no constituyen ninguna novedad dentro de la literatura penal contemporánea. Por ello, espero que este tránsito por algunos temas cruciales para el pensamiento republicano contribuyan a adentrarnos en modos diferentes –en mi opinión mucho más atractivos y promisorios– de reflexionar sobre cuestiones básicas sobre la filosofía del castigo y la crítica a las visiones hoy predominantes en la materia. Creo que son varios los temas que quedan sugeridos, como merecedores de un más detenido análisis futuro: la crítica democrática tanto sobre el elitismo tecnocrático como sobre el populismo penal; la distinción entre reproche y castigo; la reconsideración sobre los presupuestos de *homo economicus* que subyacen detrás de los enfoques penales hoy dominantes; el énfasis en las respuestas inclusivas y expresivas como modo de honrar compromisos republicanos elementales; las promesas de la alternativa restaurativa; o la propuesta de una mirada comunicativa sobre el castigo, arraigada en una concepción deliberativa de la democracia. La reflexión sobre estos temas, según entiendo, se ha tornado cada vez más urgente. Finalmente, la crítica fundada frente a los enfoques penales dominantes puede ayudarnos decisivamente en la tarea de poner fin a muchas de las injusticias que ellos alientan, consagran y refuerzan cotidianamente.

Bibliografía

- Anderson, E. (2000), “Beyond Homo Economicus: New Developments in Theories of Social Norms,” *Philosophy and Public Affairs* 29, n. 2.
- Ashworth, A. (2002), “Responsibilities, Rights and Restorative Justice,” *Brit. J. Criminol.* 42, 578-595.
- Bentham, J. (1995), *The Panopticon Writings*, Londres: Verso Press.
- Bianchi, H. (1994); “Abolition: Assensus and Sanctuary,” en Duff. & Garland, *A Reader on Punishment*, Oxford: Oxford University Press.
- Braithwaite, J. (1997), “On Speaking Softly and Carrying Big Sticks,” 47 *Toronto L. J.* 305.
- Braithwaite, J. (1998), “Restorative Justice,” en M. Tonry ed., *The Handbook of Crime and Punishment*, Oxford: Oxford U.P., 323-344.
- Braithwaite, J. (1999), “A Future Where Punishment is Marginalized,” 46 *UCLA L. Rev.* 1727.

- Braithwaite, J. & Pettit, P. (2000), "Republicanism and Restorative Justice: An Explanatory and Normative Connection," en H. Strang & J. Braithwaite, *Restorative Justice*, Burlington: Ashgate.
- Braithwaite, J. & Pettit, P. (1990), *Not Just Deserts: A Republican Theory of Criminal Law*, Oxford: Clarendon Press.
- Christie, N. (1977), "Conflicts as Property," *The British Journal of Sociology*, vol. 17, n. 1, 1-15.
- Christie, N. (1981), *Limits to Pain*, Oxford: Martin Robertson and Co. Ltd.
- de Greiff, P. (2002) Deliberative Democracy and Punishment *Buffalo Criminal Law Review*, vol. 5, n. 2, 373-403.
- Duff, A. (1986), *Trials and Punishments*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Duff, A. (2001), *Punishment, Communication, and Community*, Oxford: Oxford University Press.
- Garland, D. (2002), *The Culture of Control*, Chicago: The University of Chicago Press.
- Gargarella, R (1995), *Las teorías de la justicia después de Rawls*, Paidós, Barcelona.
- Gargarella, R (2005), *Los fundamentos legales de la desigualdad*, Siglo XXI, Madrid.
- Habermas, J. (1996), *Between Facts and Norms*, Cambridge: MIT Press.
- Kahan, D. (2003) "The Logic of Reciprocity: Trust, Collective Action, and Law," 1102 *Mich. L. Rev.* 71.
- Marhsall, T. (1999), *Restorative Justice: An Overview*, London: Home Office Research Development and Statistics Directorate.
- Mathiesen, T. (1994), "General Prevention as Communication," in Duff. & Garland, *A Reader on Punishment*, Oxford: Oxford University Press.
- Nino, C. (1991), *The Ethics of Human Rights*, Oxford: Clarendon Press.
- Nino, C. (1996), *The Constitution of Deliberative Democracy*, Conn.: Yale U.P.
- Pettit, P. (1997), "Republican Theory and Criminal Punishment," *Utilitas* 9, n. 1.
- Pettit, P. (1997b), *Republicanism*, Oxford: Oxford University Press.
- Pratt, J. (2007), *Penal Populism*, London: Routledge.
- Rawls, J. "Two Concepts of Rules," *The Philosophical Review* 64 (1), 3-32.
- Roberts, J. et al (2002), *Penal Populism and Public Opinion*, Oxford: Oxford University Press.
- Von Hirsch, A. (1993), *Censure and Sanctions*, Clarendon: Oxford.
- Waldron, J. (1999), *Law and Disagreement*, Oxford: Oxford University Press.
- Walgrave, L. (2000), "Restorative Justice and the Republican Theory of Criminal Justice," en H. Strang & J. Braithwaite, *Restorative Justice*, Burlington: Ashgate.

Los miedos de los penalistas

Algunos comentarios a “Mano dura sobre el castigo. Autogobierno y comunidad”

Diego Freedman

El trabajo de Roberto Gargarella “Mano dura sobre el Castigo. Autogobierno y Comunidad”, al igual que sus anteriores artículos y sus exposiciones orales más recientes significan una bocanada de aire fresco en el debate penal, ya que logra introducir temáticas poco abordadas o propone nuevos enfoques que son sumamente enriquecedores.

En este texto reflexiona en particular sobre tres temas de la teoría del castigo en una sociedad democrática y republicana, a saber: ¿Cómo deberían ser producidas las normas penales?, ¿Qué tipo de sanciones deben ser aplicadas? y ¿Cuáles son los fines que persiguen esas sanciones?

Creo que los planteos de Gargarella chocan de pleno frente a miedos y reparos que tienen los principales doctrinarios penalistas en nuestro país y, probablemente, en la mayoría de los países latinoamericanos. Vamos a ir desarrollando cada uno de estos planteos con mayor profundidad y a realizar algunas observaciones personales.

Los miedos del Dr. Stockmann

La primera idea que esboza Gargarella es que las leyes penales deben ser producidas a través de la deliberación democrática. Esto significa que debe garantizarse la mayor participación posible de las personas en la deliberación pública o sucedáneamente la mejor representación de sus intereses. Desde ya cabe mencionar que esta idea deviene del reconocimiento del valor epistémico de la deliberación democrática, que ya ha defendido en nuestro medio Carlos Nino¹. Evidentemente, si creemos que la democracia es el mejor sistema para producir las reglas que regulen las conductas intersubjetivas, debemos aceptar que las leyes penales deben ser creadas de forma democrática. Creo que esta idea es muy difícil de refutar si estamos convencidos de que la democracia es el mejor régimen de gobierno. Lo contrario, sería ponernos en la situación del Dr. Stockmann, el personaje de la obra “Un enemigo del pueblo” y considerar que “la mayoría siempre se equivoca” negando que la democracia es un medio para tomar buenas decisiones en términos técnicos y morales².

1 “Para esta postura la democracia tiene un valor epistemológico. Se trata de un método válido para acceder al conocimiento moral, que incluye entre sus componentes esenciales tanto al debate como al acuerdo mayoritario y nos acerca así a la verdad moral”, Nino, Carlos, *La relevancia moral epistémica de la democracia* en “Los escritos de Carlos Nino, Derecho, Moral y Política”, Tomo II, editor Gustavo Maurino, Ed. Gedisa, Buenos Aires, 2007, p. 229. Para un desarrollo más extenso de la teoría democrática de Carlos Nino, *Constitución de la democracia deliberativa*, Ed. Gedisa, Madrid, 1997.

2. En el acto cuarto de la obra hay una célebre escena en que el personaje se enfrenta ante la multitud que no quiere reconocer que el balneario es peligroso para la salud. Allí, el Dr. Stockmann llega a afirmar que “¡Y yo digo que no! ¡La mayoría no tiene razón nunca! [...] ¡la mayoría tiene la fuerza, pero no tiene, desde luego que no, la razón! La razón la tenemos yo y algunos otros”.

Por supuesto, es posible que una decisión democrática pueda ser errada en términos de racionalidad técnica (utilizó un saber científico que es refutado) o en términos morales. Pero, en lo personal, estoy convencido que es un mecanismo, como ya sostuvo Carlos Nino, por el cual es menos probable que tomemos decisiones erradas³. Por supuesto, es mucho más confiable que realizar una delegación permanente a un individuo o a un grupo de individuos, por más que sea una élite intelectual o moral⁴. Por otro lado, cabe tener en cuenta que en muchas ocasiones podemos justificar que las decisiones democráticas han sido erradas, precisamente, porque en el mecanismo deliberativo se introdujo información falsa⁵, no se permitió la participación de determinado grupo de personas o no fueron tenidos en cuenta sus intereses⁶.

Ahora, pese a estos argumentos, hasta los penalistas más progresistas son bastantes reacios a la participación ciudadana en temas penales⁷. Hay una resistencia al

3. En este sentido, Carlos Nino afirma que “la aceptación de las decisiones democráticas no implica someterse a un imperativo o a una prescripción sino admitir ser guiados por una presunción epistémica”, *La relevancia moral...*, ob. cit., p. 230.

4. Nino trata de explicar las ventajas frente a la reflexión individual cuando señala que “un individuo que, sin reflexionar, o por vía de la reflexión individual aislada, formula juicios morales, no siempre asume que en condiciones ideales hubiesen sido aceptados unánimemente por los interesados. Es altamente improbable, aunque no imposible, que alguien tome en cuenta la totalidad de los intereses de todas las personas afectadas por una medida si no hubo antes una confrontación de intereses. La discusión con otros, además, nos permite ver los errores de razonamiento que se esconden detrás de algunas convicciones morales”, *La relevancia moral...*, ob. cit., p. 229.

5. “La comunicación pública —la deliberación— puede inducir a la gente a adoptar creencias causales que son engañosas y que favorecen los intereses del emisor del mensaje”, Stokes, Susan, *Patologías de la deliberación* en *La democracia deliberativa*, comp. Jon Elster, Ed. Gedisa, Barcelona, 2001.

6. Ver los problemas que genera la representación como mal necesario en *La constitución de la Democracia Deliberativa*, ps. 184 y ss. Ver también los déficits en la representación en la Introducción de Roberto Gargarella al libro *Derecho y grupos desaventajados*, Ed. Gedisa, Barcelona, 1999.

7. Por ejemplo, Eugenio Zaffaroni en una entrevista cuestiona la participación de las víctimas y parece defender cierto elitismo en la decisión sobre la política criminal. Al respecto expresa que “Le voy a decir exactamente lo que pienso, actualizado a los últimos días. Nunca estuve enfermo de cáncer pero comprendo el dolor ajeno. Me solidarizaría con cualquier enfermo de cáncer. Más aún. Si no le diesen tratamiento, o si el tratamiento fuese inadecuado, saldría con él a pedirlo. Pero si el enfermo me dice que el tratamiento adecuado es la yerba de Doña María, y que por el solo hecho de sufrir, él sabe más que el oncólogo, yo no lo seguiría. Porque la yerba de Doña María no sirve, no salva”, ver <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-40339.html>.

Cuestionando esta postura, podemos citar un formidable párrafo de John Ely, “los valores que los jueces probablemente señalarán como fundamentales, en la medida en que tal selección no refleje, sin más, las predisposiciones políticas y éticas de los individuos, parecen bastante perjudicados. Serán —y no sería razonable esperar otra cosa si la tarea está definida en esos términos— los valores de aquellos a quienes Henry Hart solía llamar, sin ironía, ‘los abogados de primera calidad’. La objeción a la ‘razón’ como fuente de valores fundamentales se formularía entonces mejor en la alternativa siguiente: o bien es una fuente vacía, de la misma manera como los ‘principios neutrales’ resultaron serlo, o bien, si no es vacía, es tan flagrantemente elitista y poco democrática que debería ser rechazada de inmediato. Nuestra sociedad no adoptó la decisión constitucional de avanzar hasta el sufragio casi universal sólo para contradecirse e imponer los valores de los abogados de primera calidad sobre las decisiones populares. Como lo ha observado Roberto Dahl. ‘Después de casi veinticinco siglos, casi las únicas personas que parecen estar convencidas de las ventajas de ser regidos por filósofos-reyes son [...] unos pocos filósofos’”, ELY, John, *Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional*, Ed. Siglo del Hombre, Universidad de los Andes, Bogotá, 1997, p. 81.

establecimiento del juicio por jurados, al menos a conformarlos integralmente por ciudadanos legos⁸. Asimismo, las últimas reformas penales impulsadas por representantes de las víctimas (la diputada Mirta Pérez, Juan Carlos Blumberg) generaron también cierta resistencia a la discusión democrática de las leyes penales⁹. Actualmente, he estado trabajando en este punto en particular y no tengo dudas de que la participación de representantes de ciertas víctimas de determinados delitos (secuestro, homicidio en ocasión de robo, homicidio culposo en un accidente de tránsito) han fortalecido lo que se ha dado en llamar neopunitivismo¹⁰. Esto ha provocado reformas legales que incrementan el ejercicio del poder punitivo estatal de diferentes formas (agravamiento de las condiciones de aplicación de la pena de prisión o de reclusión, posibilidad de aplicación de penas privativas de la libertad más extensas) sin tener en cuenta las garantías constitucionales, ni un estudio serio de los datos de la realidad y del sistema jurídico vigente. En términos políticos, refuerzan la idea de construcción de una comunidad señalando un enemigo (la persona que comete o está sospechada de cometer determinados determinados delitos como secuestro, homicidio en ocasión y homicidio culposo en un accidente

8. También Zaffaroni expresa que "El juicio por jurados no funciona en ningún lado, si por jurado entendemos el modelo tradicional. No funciona porque tiene un inconveniente técnico: no se puede distinguir del todo la cuestión de hecho de la cuestión de derecho. Nadie puede decidir si hubo o no una legítima defensa, un estado de necesidad, un error invencible de algún tipo o una incapacidad psíquica, si no sabe lo que es. Y eso no se explica en cinco minutos por el juez. No hay juez capaz de explicarle a un lego todo el derecho penal que enseñamos en dos o tres años de universidad en cinco minutos. ¿La Constitución impone el jurado clásico o, en una interpretación progresiva, lo que manda es alguna forma de participación popular, de las que se han introducido en el mundo en los últimos 150 años? Me inclino por una interpretación progresiva en el último sentido, o sea, por los escabinos, una mayoría técnica y una minoría de ciudadanos legos ejerciendo control con su voto. En los Estados Unidos sólo un tres por ciento de los casos van al jurado, al resto los extorsionan con la 'negociación': si no acepta lo que el fiscal ofrece declarándose culpable, lo mandan al jurado, donde lo destruyen, salvo que lo defienda un abogado muy prestigioso, al que pocos pueden pagar". Ver la entrevista publicada en <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/subnotas/76068-24551-2006-11-12.html>.

9. Cuestionando al fenómeno generado por Blumberg se dijo "*¿Entiende?*, a la manera de la pregunta, incorrecta lingüísticamente, de la persona titular del movimiento popular indicado en el título. Mi respuesta es: *jno!, me parece que nadie comprende* y que sólo unos pocos, escasas excepciones, han comprendido. ¿Cuál será nuestra mentada diferencia con los animales? (que no sea favorable a los animales)", Maier, Julio, *Blumbergstrafecht*, Revista Nueva Doctrina Penal, 2004/B, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 2004, p. VI.

10. Al respecto se lo definido como una "corriente político-criminal que se caracteriza por la renovada creencia mesiánica de que el poder punitivo *puede y debe* llegar a todos los rincones de la vida social, hasta el punto de confundir por completo [...] bajo, la protección civil y el amparo constitucional con el derecho penal mismo. El neopunitivismo, que se manifiesta en la llamada expansión penal, es la cuestión central de las reflexiones político-criminales de los últimos años, motivo por el cual corresponde asumir que el derecho penal actual (o 'moderno' como suele denominárselo) constituye un nuevo derecho penal, contrailustrado, cuyas características deben ser estudiadas bajo la designación de *neopunitivismo*, en tanto que el rasgo distintivo de este estilo de derecho penal, que engloba todos sus componentes, es su marcada deshumanización y un recrudescimiento sancionador creciente", Pastor, Daniel, *La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos*, Revista Nueva Doctrina Penal, 2005/A, Ed. del Puerto, Buenos Aires, p. 74.

de tránsito)¹¹. Frente a esta realidad, no nos debe extrañar que los penalistas tengan reparos con la participación popular, incluso el propio Gargarella cuestiona el populismo penal. Sin embargo, la apuesta de este autor es mayor. No se convence con privar de la participación a las víctimas o reducir el ámbito de discusión democrática de las leyes penales. Gargarella apuesta por fortalecer la discusión democrática.

Creo que si nos tomamos en serio la democracia, debemos apoyar su tesis y reconocer que esta reciente experiencia en nuestro país no debe ser considerada como un indicador. En el estudio que he estado realizado de los proyectos presentados por los legisladores que representan a las “víctimas” se verifica su parcialidad, representando sólo a un grupo de víctimas. Aparte, sus representantes alegando un profundo dolor son sumamente reacios a modificar de opinión ante la argumentación y deliberación producida, lo cual afecta en forma severa un presupuesto de la democracia¹². Por otro lado, cabe destacar que aún nuestro sistema electoral deja afuera a las personas condenadas de la participación política. Lo cual dificulta que sus intereses sean tenidos en cuenta en la discusión democrática¹³.

La inclusión a través del derecho penal

La segunda propuesta que plantea Gargarella se origina en el cuestionamiento a la sanción penal como un disuasivo general basado en la concepción personal de *homo economicus*, por la cual, los individuos actuarían razonablemente y se abstendrían de cometer delitos por la amenaza de un mal de cierta gravedad. Comparto esta la crítica. Es más, los estudios de campo verifican que esta concepción es completamente errada, al

11. La tragedia clásica nos da un caso de construcción de comunidad a través de un enemigo común con la obra “Filoctetes” de Esquilo. En este texto, se aprecia que Neoptólemo podía construir comunidad con Filoctetes si definían un enemigo común, en este caso, los aqueos, principalmente Odiseo. En cambio, le resultaba imposible constituir comunidad utilizando otros valores en común o invocando beneficios individuales y colectivos.

En particular, en un estudio sobre Juan Carlos Blumberg como líder de opinión, se ha sostenido que “La primera frontera que traza este discurso es la que divide a los ciudadanos de los delincuentes. Lo que constituye a la Cruzada y a la ‘gente’ victimizada es la amenaza común de los delincuentes, lo que las obliga a salir a la calle ‘por la vida de sus hijos’. De esta forma, la sociedad está amenazada por ‘la delincuencia’, definida de manera simplificada y esquemática, como un grupo homogéneo de individuos sin código, en un doble sentido: por un lado, los delincuentes no conocen moral, lo cual se pone de manifiesta en las violencia extrema con la que tratan a sus víctimas inocentes; pero al mismo tiempo, se considera a los delincuentes incapaces de cualquier tipo de reflexión y civismo. En este punto se distinguen de la gente decente, que se sacrifica llevando una vida disciplinada para sostener un nivel de vida que los hace dignos”, ANNUNZIATA, Rocío, MAURO, Sebastián y SLIPAK, Daniela, *Blumberg y el vínculo representativo. Liderazgo de opinión en la democracia de audiencia* en Cheresky, Isidoro (comp.), *Ciudadanía, sociedad civil y Participación política*, Ed. Miño y Dávila, Buenos Aires, 2006, p. 160.

12. Desde ya, si cada persona entra a la deliberación pública con el único fin de imponer nuestros intereses y sin estar dispuestas a cambiar su posición original tras el debate de ideas, pierde valor epistémico el procedimiento democrático. Esta característica se ha denominado la posibilidad de transformación de las preferencias. Ver NINO, Carlos, *La constitución...*, ob. cit., p. 142.

13. Al respecto se ha sostenido que “no estaría justificado, por ejemplo, hacer exclusiones basadas en la comisión de crímenes [...] La voz del criminal debería ser escuchada para justificar una cierta solución”, Nino, Carlos, *La constitución...* ob. cit., ps. 186 y 187.

menos para los delitos violentos contra la integridad física¹⁴. Frente a esto, Gargarella no se queda con una mera crítica destructivista, por el contrario, propone que la respuesta frente a un crimen de un republicano debe ser inclusiva y orientada a la comunidad. En este sentido trata de darle una fin positivo a la respuesta y no actuar como un desincentivo general o especial a cometer delitos.

Probablemente, a los penalistas este tipo de respuestas le suenan similares al positivismo criminológico. Sin embargo, cuando Gargarella detalla las respuestas propuestas (justicia restaurativa, multas, servicio comunitario, obligaciones de conducta) ya se advierten diferencias al menos en cuanto al grado de restricción de derechos que significan estas medidas (la mayoría de los positivistas terminaron legitimando la pena privativa de la libertad con un tratamiento carcelario). Discrepo con lo que señala en la nota 15, que estas medidas en sí, no están dirigidas de alguna forma a modificar su conducta por lo que la comunidad ha definido como aceptable. Es más, creo que establecer un diálogo con la víctima (justicia restaurativa) o brindar un servicio comunitario, ponen al autor del delito en una situación en la que probablemente se provoquen cambios en su conducta moral. Puede ser que esos cambios no se hagan efectivos, pero creo que las medidas tienen como fin, poner a los autores del delito en ese tipo de situaciones. Por ende, noto que poseen un fin preventivo especial, en un sentido positivo¹⁵, o sea, incluyente. Desde ya, estas medidas no tienen la intensidad, ni la ambición que la propuesta por los positivistas criminológicos, que implicaban diferentes tipos de tratamientos y permitían su prolongación hasta la definitiva “corrección” del individuo¹⁶. Sin embargo, no creo que la prevención

14. En este sentido, Gabriel Kessler cuando indaga sobre la delincuencia juvenil verifica que no hay un frío cálculo costo-beneficio sino que “por ahora no oponemos una idea de acción irracional a la de elección racional, sino que suponemos una presencia de lógicas diversas en distintos tramos de la acción. En un extremo, juicios del tipo ‘estábamos ahí y vimos pasar una vieja y nos mandamos’ pueden hacer pensar en la preeminencia de acciones que excluyen el cálculo costo-beneficio o repentistas. Ahondando en la descripción de las acciones, puede detectarse algún tipo de evaluación de riesgo, pero en general muy acotado al tiempo inmediato. En el mismo testimonio citado, se advierte una evaluación previa, pues se ha elegido a ‘una vieja’, la imagen por antonomasia de la víctima fácil que no puede oponer resistencia. Es decir, el tipo de cálculo que parecen desplegar en las acciones es muy limitado, porque son acciones rápidas, el blanco se elige al tanteo, sin mucha premeditación. En muchos casos, salen y cometen un número importante de acciones, con poco cuidado al elegir una víctima que los proveerá de un escaso botín; hay entonces una relación entre la escasa planificación de la acción y el bajo rendimiento esperado”, KESSLER, Gabriel, *Sociología del delito amateur*, Ed. Paidós, Buenos Aires, 2004, p. 57.

15. En relación con el fin preventivo especial positivo, Zaffaroni ha explicado que “Siguiendo el modelo moral y más tarde el médico-policial, se intentó legitimar el poder punitivo asignándole una función positiva de mejoramiento sobre el propio infractor”, Zaffaroni, Eugenio, Alagia, Alejandro, Slokar, Alejandro, *Derecho Penal. Parte General*. Ed. Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 59.

16. «La pena perderá su vieja tónica de severidad, y hasta los restos de expiación serán radiados con el nombre de la pena, que serán substituido por el de *medida tutelar y aseguradora*, más conforme con el nuevo contenido [...] La pena, pues, no será tal pena, y no habrá, por tanto, que enumerarla y mucho menos tasársela a priori: todos los medios que se empleen serán de duración indeterminada [...] Los jueces del nuevo sistema penal gozarán del más absoluto arbitrio, como lo tienen hoy los médicos y maestros [...] el juez futuro debe decidir cuando el sujeto es peligroso [...] los nuevos jueces no serán juristas, sino verdaderos *médicos sociales* [...] Las viejas cárceles serán reemplazadas por Reformatorios, Instituciones tutelares y Asilos manicomiales [...] cuando el sujeto a tratamiento esté corregido y cuando deje de ser peligroso, deberá ser reintegrado a la vida social”, JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS, *El derecho penal del futuro* en «El mundo de la posguerra», Editorial Mundo Atlántico, Argentina, 1948, p. 51 a 53.

especial positiva esté asociada en forma inseparable al positivismo. En este sentido, se advierte que la posición de Gargarella presenta diferencias marcadas con el positivismo, fundamentalmente, por la concepción de personalidad de la que parte. En la postura de Gargarella, las personas son agentes morales autónomos y el sistema político debe garantizarlo. El sistema de respuesta ante hechos conflictivos no puede negar estar autonomía y, por lo tanto, las medidas de respuesta deben tratar de persuadir a las personas que deben cambiar su comportamiento. En cambio, el positivismo suponía que las personas no eran autónomas, por razones físicas, psíquicas o sociales, y trataba de desarrollar respuestas a los delitos que no respetaban esa autonomía¹⁷. Probablemente, por carencias científicas, terminó cayendo en mecanismos de castigo similares a la prisión¹⁸. Pero creo que un positivista se hubiera conformado con otros tipos de tratamiento como el de la “Naranja mecánica” o uno menos lesivo (supongamos una inyección). A un positivista no le importa convencer al individuo, darle buenas razones, sino que las trata de imponer¹⁹. Lo cual, es bastante razonable, ya que considera que a las personas que no sufren las imposiciones de los positivistas, sufren otras imposiciones de su propia naturaleza física o psíquica o de su medio, que los hace comportarse “mal”. Justamente, en la película la “Naranja mecánica”, hay una escena muy interesante entre un cura que cuestiona el tratamiento, porque el protagonista comienza a portarse “bien” para evitar una coacción interna, no porque obedece a una norma moral.

17. «El positivista intenta explicar científicamente el delito pensando en un tipo de acción social que tiene las mismas cualidades (ni más ni menos) que las cosas o los objetos del mundo natural. Teniendo esto presente, priva a la acción de todo significado, de toda elección moral y de creatividad. Para poder estudiar científicamente el comportamiento, este debe ser similar al mundo no humano, este debe estar dominado determinísticamente por reglas semejantes a las leyes, debe ser cosificado, es decir, tener las cualidades de las ‘cosas’», TAYLOR, Ian, WALTON, Paul y YOUNG, Jock, *La nueva criminología. Contribución a una teoría social de la conducta desviada*, Amorrortu editores, Argentina, 1997, p. 41.

18. Al respecto, José Ingenieros expone que “los delincuentes” deben ser reformados en instituciones carcelarias con una permanente instrucción religiosa y moral y la posibilidad de acceder al trabajo. Ver *Criminología*, Ed. Hemisferio, Buenos Aires, 1916, p. 233. Incluso era un movimiento crítico de la prisión. Lombroso señalaba que “puede deducirse la conclusión paradójica de que la cárcel apenas produce el efecto de intimidación y de horror que se persigue [...] ¿No es una locura pretender inculcar la sociabilidad en el hombre, dándole únicamente la celda, es decir, lo contrario de la vida social, levantándole hasta las apariencias de una gimnástica moral, regulando de la mañana a la tarde los menores detalles de su jornada, todos sus movimientos y hasta sus pensamientos? ¿No es esto colocarlo fuera de las condiciones de existencia y alejarlo de la libertad para la cual se pretende prepararlo? ¡Ah! Bajo el pretexto de moralización, se encierra entre los cuatro muros de una celda a un robusto campesino, acostumbrado al aire de los campos y a los rudos trabajos de la campiña; se le da una ocupación cualquiera, nada que represente un gasto suficiente de energía física; se lo entrega a los guardianes que, en muchas ocasiones, le son socialmente inferiores; se lo abandona a esta suerte durante largos años, y cuando el cuerpo y la inteligencia han perdido su agilidad, ábrese la puerta de su prisión para lanzarlo debilitado y desarmado, a la lucha por la vida, sin tener en cuenta que, a la larga, toda pena consume y que los días transcurridos en la prisión engendran un hábito, el de la menor acción positiva”, *Los criminales*, Ed. La Nave, Buenos Aires, 1959, p. 37.

19. “El condenado, en otros términos, el hombre juzgado demasiado peligroso para ser puesto en libertad, permanecería en la prisión, no durante un tiempo determinado de antemano; ni más o menos caprichosamente calculado, según la relativa gravedad de su falta, sino hasta borrar lo que pudiéramos llamar su *mancha moral*. La detención prologaría, en tanto que él, con su trabajo, reparase el daño causado por su delito, así social como privadamente; hasta que él mismo se *rehabilitase*, hasta que buscara por sí su propia libertad”, LOMBROSO, César, *Los criminales*, ob. cit., p. 39.

Sin embargo, la postura de Gargarella encierra un peligro compartido con el positivismo, ya que considera a las medidas de respuesta al crimen como un “bien” para el individuo. Por ejemplo, si se adopta la probation y se le brinda al individuo una capacitación laboral, indudablemente consideramos esta medida como positiva, no se le está provocando un daño. En el mismo sentido, los positivistas consideraban a su tratamiento como una cura y esto les permitía relajar todos los tipos de controles jurídicos. ¿Para qué vamos a controlar con intensidad una actividad que produce un “bien” al individuo?²⁰ Es indudable que los mecanismos de control jurídico de una escuela son menores o son distintos que los que deben existir en una cárcel. El hecho de asumir que la respuesta al hecho conflictivo es un “mal”, al menos nos asegura que tratemos de monitorear con la mayor intensidad posible esa situación para evitar abusos y desarrollemos mecanismos de control permanentes (jueces, defensores, fiscales). Cuando se asume que la respuesta tiene características positivas e inclusivas, probablemente, se reduzcan los mecanismos de control o se establezcan criterios más flexibles. Desde ya, en abstracto, uno aceptaría una respuesta con características positivas (por ejemplo, dar educación o capacitación a una persona) antes que una medida con características negativas (por ejemplo, encerrarlo en una prisión). Pero, el miedo se genera cuando mediante eufemismos se les da discursivamente características positivas a respuestas materialmente negativas²¹. Esto ocurrió con el Derecho penal de menores en la Argentina y en otros países americanos desde fines del siglo XIX y durante gran parte del siglo XX²². Entonces, se aplica una medida perjudicial (internación) con menores controles jurídicos y los operadores cuentan con una legitimidad muy intensa de sus acciones, ya que actúan en aras de realizar el “bien personal”. Por ejemplo, si la respuesta es la asistencia a una institución educativa, nadie se opondría, ni se preocuparía demasiado en controlar que no se cometan abusos, ya que suponemos que no es un ámbito violento. Pero si esa institución funciona como una cárcel, tenemos un problema, sino no se le reconoce tal condición y no existen fuertes y permanente mecanismos de control.

Desde ya uno no puede negar que el sistema penal, teniendo en cuenta sus prácticas, ejerce violencia personal en forma desmedida. Resulta difícil no calificar como torturas y tratos inhumanos la situación en la que se ven alojados las personas privadas de su libertad en la Argentina, gran parte de ellas meramente procesadas. De todos modos, hay que tener en cuenta que en el plano normativo se establecen una serie de garantías procesales

20. En relación con esta problemática de la teoría de la prevención especial positiva, Zaffaroni ha considerado que “En el plano teórico este discursos parte del presupuesto de que la pena es un *bien para quien la sufre*, sea de carácter moral o psicofísico. En cualquier caso, oculta el carácter *penoso* de la pena y llega a negarle incluso su nombre, reemplazándolo por *sanciones y medidas*. Si la pena es un bien para el condenado, su medida será la necesaria para realizar la *ideología re* que se sostenga y no requerirá de otra límite”, ZAFFARONI, Eugenio, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal...*, ob. cit., p. 60.

21. Muchos de los mayores abusos se cometieron con el discurso de protección. Resulta gráfico un pasaje de “Viaje al fin de la noche” de Ferdinand Celine «Os lo digo, infelices, jodidos de la vida, vencidos, desollados, siempre empapados de sudor; os lo advierto: cuando los grandes de este mundo empiezan a amaros es porque van a convertirlos en carne de cañón».

22. Para una descripción del sistema tutelar ver PLATT, Anthony M., *Los «salvadores del niño» o la invención de la delincuencia*, Editorial Siglo XXI, Buenos Aires, 2001. En nuestro medio, puede consultarse, BELOFF, Mary, *Un modelo para armar y otro para desarmar!: protección integral de derechos del niño vs. derechos en situación irregular* en *Los Derechos del niño en el sistema interamericano*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2004.

y sustanciales (ley previa, culpabilidad, lesividad, debido proceso, defensa), lo cual puede reducir y limitar con cierta racionalidad el poder punitivo. Por ello, lo que hay que evitar es que las prácticas lleven a que las sanciones inclusivas impliquen la aplicación material de sanciones penales y, a su vez, la privación de las garantías. Claramente, esto nos pondría en una peor situación que con nuestro Derecho penal.

Por otro lado, quiero resaltar que en algunas situaciones conflictivas, la retirada punitiva del Estado no significa siempre una menor violencia interpersonal. Estoy pensando en concreto en casos de violencia y abuso sexual en el ámbito doméstico, en donde se pueden llegar a dar conductas de intensa y persistente violencia interpersonal similares a la tortura²³. Por ende, hay que tener extremo cuidado al momento de determinar la forma en que va a intervenir el Estado en estos casos, la mera retirada del sistema punitivo con sanciones excluyentes no basta por sí sola para reducir la violencia interpersonal. Por otra parte, no siempre es posible aplicar la justicia restaurativa mediante una mediación entre partes cuyo poder es extremadamente desigual.

Comunidad y derecho penal

El último aspecto que desarrolla Roberto Gargarella es la función que desarrolla la sanción penal en la construcción de la comunidad. En este sentido, considera que la sanción procura comunicar y persuadir respecto a la importancia de ciertos valores comunitarios.

En general, a los penalistas se nos eriza la piel cada vez que escuchamos la palabra “comunidad”. Lo cual, se justifica en que los mayores abusos se cometieron en nombre de comunidad, basta recordar la ley de “extraños a la comunidad” sancionada durante el régimen nazi²⁴. Cada vez que se apeló a la protección de la comunidad moral se tipificaron

23. En relación con la forma de ejercicio del poder en el ámbito familiar, SEGATO, Rita, *Las estructuras elementales de la violencia*, Ed. Prometeo, 2003, p. 11.

Otro ejemplo que me viene a la mente es la historia del libro “Desgracia” de J. M. Coetzee. En este libro, el protagonista y su hija sufren un terrible ataque violento por parte de un grupo de personas de origen africano. El protagonista ve como le roban su auto, le queman la cara y violan a su hija. Sin embargo, la hija no quiere que intervenga el Estado, se justifica diciendo que “Quieres saber por qué no he puesto en conocimiento de la policía una acusación en particular [...] La razón es bien sencilla: por lo que a mí respecta, lo que me sucedió es un asunto puramente privado. En otra época y en otro lugar, tal vez pudiera exponerse a la consideración de la comunidad, e incluso ser un asunto de interés público. Pero en esta época y en este lugar, no lo es. Es un asunto mío y nada más que mío [...] La culpa y la salvación son abstracciones. Yo no actué de acuerdo a con meras abstracciones”, Esta falta de intervención del Estado no implica un menor sufrimiento interpersonal. En particular, la hija del protagonista expresa que “—Estoy de acuerdo: es humillante, pero tal vez ese sea un buen punto de partido. Tal vez sea eso lo que debo aprender a aceptar. Empezar de cero, sin nada de nada. No con nada de nada, sin nada. Sin nada. Sin tarjetas, sin armas, sin tierra, sin derechos, sin dignidad. —Como un perro. —Pues sí, como un perro”.

24. La fundamentación del régimen de los extraños a la comunidad expresaba que “La experiencia de decenios enseña que la criminalidad se alimenta continuamente de las raleas (Sippen) menos valiosas. Los miembros concretos de estas raleas se encuentran siempre con los miembros de otras igualmente provocando así, que lo que menos vale no sólo se herede de generación en generación, sino que frecuentemente se expanda en la delincuencia. La mayoría de esta gente ni quieren ni son capaces de integrarse en la comunidad. Llevan una vida extraña a la idea de comunidad, carecen incluso del sentimiento comunitario, a menudo son incapaces o incluso enemigos de la comunidad y en todo caso extraños a la comunidad (Gemeinschaftsfremde) [...] el orden social requiere una base jurídica para poder controlar coactivamente de manera suficiente a estos extraños a la comunidad más allá de las posibilidades que ofrece el Derecho

conductas que no afectaban ningún bien jurídico, entendiendo este como un derecho individual o colectivo. De allí que se ha dificultado al extremo para los penalistas justificar el castigo en una sociedad liberal sin apelar al fortalecimiento de vínculos comunitarios, debiendo recaer en el retribucionismo donde no se le asigna ninguna función positiva²⁵ o en la prevención general negativa donde se mediatiza a las personas²⁶. Creo que en este punto, Gargarella ha tratado de brindarnos una razón válida en una sociedad democrática para responder a la pregunta “¿Para qué aplicamos sanciones penales?”.

Sin embargo, creo que se puede ahondar en esta relación derecho penal y comunidad. En primer lugar, debe reconocerse que un derecho penal con mayores garantías procesales y sustanciales, con sanciones inclusivas y de alcance mínimo no desincentiva la construcción de una comunidad democrática. Por el contrario, la construcción de una

de asistencia [...] Pero al Nacionalsocialismo no le preocupa el individuo en absoluto cuando se trata de la comunidad [...] Pero para los extraños a la comunidad, que sólo producen daño a la comunidad del pueblo, no es necesario la asistencia, sino la coacción policial que pretende, o recuperarlos con las medidas adecuadas, o evitar que produzcan nuevos daños en el futuro. El fundamento de ellos es la protección de la comunidad [...] Para ello se piensa en primera línea en la vigilancia policial, una vigilancia que se entiende con imposición de especiales tareas, mandatos y prohibiciones. Cuando estas medidas de vigilancia no sean suficientes, el Proyecto crea la base jurídica para que estos extraños a la comunidad sean internados en centros públicos de asistencia. Pero si tampoco este internamiento fuera suficiente, el extraño a la comunidad será internado en un campo de concentración (Lager) de la policía.”, Muñoz Conde, Francisco, *La otra cara de Edmund Mezger: su participación en el proyecto de ley sobre gemeinschaftsfremde (1940-1944)* en “Revista de Derecho Penal. Garantías constitucionales y nulidades procesales”, 2001-I, Rubinzal Culzoni, Santa Fé, 2001, 677 a 680.

25. IMMANUEL KANT sobre la base de una teoría absoluta sostiene que la pena “no puede nunca aplicarse como un simple medio de procurar otro bien, ni aun en beneficio del culpable ó de la sociedad; sino que debe siempre serlo contra el culpable *por la sola razón de que ha delinquido*; porque jamás un hombre puede ser tomado por instrumento de los designios de otro ni ser contado en el número de las cosas como objeto de derecho real; su personalidad natural innata le garantiza contra tal ultraje”, *Principios metafísicos del Derecho*, traducción de G. Lizarraga, imprenta de José María Pérez, Corredera Baja 27, España, 1873, p. 195.

26. Uno de los mayores esfuerzos en la teoría liberal moderna lo realiza Ferrajoli combinando la prevención general negativa y la protección del autor de las respuestas de las víctimas y de su grupo de pertenencia, lo cual asume cierto paternalismo. En relación con la protección del autor del delito afirma que “Hay sin embargo otro tipo de fin al que cabe ajustar el principio de la pena mínima, y es la prevención no ya de los delitos, sino de otro tipo de mal antitetico al delito que suele ser olvidado tanto por las doctrinas justificacionistas como por las abolicionistas. Este otro mal es la mayor reacción -informal, salvaje, espontánea, arbitraria, punitiva pero no penal- que a falta de penas podría provenir de la parte ofendida o de fuerzas sociales o institucionales solidarias con ella. Es el impedir este mal, del que sería víctima el reo o incluso personas ligadas a él, lo que representa, me parece, el segundo y fundamental fin justificador del derecho penal. Pretendo decir que la pena no sirve sólo para prevenir los injustos delitos, sino también los castigos injustos; que no se amenaza con ella y se la impone sólo ne peccetur, sino también ne punietur; que no tutela sólo a la persona ofendida por el delito, sino también al delincuente frente a las reacciones informales, públicas o privadas”, FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y Razón*, traducción de Perfecto Ibañez y otro de *Diritto e Ragione*, Editorial Trotta, España, 1995, p. 332

Otro gran esfuerzo es realizado por Nino con su teoría consensual, que nos explica porque una persona que está en una sociedad debe aceptar ser castigada, pero no nos dice para qué castigamos. Al respecto sostiene que “El individuo que lleva a cabo un acto voluntario -un delito-, conociendo que la pérdida de su inmunidad jurídica respecto de la imposición de una pena es una consecuencia necesaria de ese acto, presta su consentimiento para esa consecuencia normativa, del mismo modo que una de las partes de un contrato presta su consentimiento para las consecuencias normativas que se desprenden del contrato. Este consentimiento, mediante el cual la persona acepta estar sujeta a la imposición jurídica de una pena tiene, al igual que en el caso de los contratos y de la aceptación del riesgo, carácter irrevocable, y es independiente de la actitud del agente respecto del evento que constituye el objeto de la caracterización normativa”, Nino, Carlos. Una teoría consensual de la pena, traducción Gabriela Haymes, mimeo.

comunidad democrática se dificulta, a pesar del efecto comunicacional, cuando se aplican sanciones excluyentes o injustas por haberse violado las garantías. En conclusión, el sistema penal puede dificultar la constitución de una comunidad democrática.

Otro punto a desarrollar es que tradicionalmente la teoría liberal establece dos límites a la creación de leyes penales: La legalidad y la lesividad. El primero significa que la ley penal, que dispone las conductas prohibidas y las sanciones penales, debe ser establecida por el Poder Legislativo. Lo cual exige que exista una deliberación pública y se genere cierto grado de consenso sobre la necesidad de reprochar penalmente estas conductas. El segundo límite es la exigencia de que la conducta lesione o ponga en peligro un bien jurídico. Las posiciones más extremas identifican bien jurídico con el concepto de derecho, algunos hasta formulan que debe ser un derecho humano o un derecho constitucional²⁷. Por ende, sólo se puede prohibir conductas que provoquen daños o peligros a los derechos. Con esto se quiere evitar la prohibición de establecer delitos abstractos, reprimir conductas autolesivas o criminalizar meras desobediencias a normas estatales. Estos son las herramientas del liberalismo para frenar la inflación penal, es decir, la continua creación de nuevos delitos amplificando el campo de aplicación del poder punitivo estatal. Sin embargo, el auge de los derechos que son reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico, incluso los que tienen carácter fundamental y la liviandad que tiene la deliberación pública cuando se discute la creación de delitos penales debido a que no implican directamente una mayor asignación presupuestaria, ha demostrado que no han servido para contener la inflación penal.

Creo que al reconocer que el Derecho penal se justifica porque trata de persuadirnos respecto a la necesidad de obedecer ciertos valores para constituir una comunidad democrática se le da una mayor sustancialidad a ambos principios liberales. Es que resulta necesario que la sanción penal reproche una conducta que realmente ponga en riesgo valores de relevancia en nuestra comunidad, no basta sólo con que afecte un derecho fundamental. Desde ya, decidir cuáles son estos valores nos retroceden al primer tema, ya que es necesario un debate democrático, en el cual, los penalistas somos sólo una voz más entre tantas otras.

27. Se ha sostenido con cita en Luigi Ferrajoli que "la Constitución establece en su artículo 19 un principio claro en punto a la punibilización primaria. Es decir que el legislador sólo está habilitado para criminalizar conductas en tanto y en cuanto estas lesiones en modo grave derechos subjetivos constitucionales cuya titularidad activa le corresponde a 'personas de carne y hueso'", Finkelstein Nappi, Juan Lucas, *Sistema penal, Estado Constitucional de Derecho y bien jurídico afectado. Aproximaciones para un cambio de paradigma desde una perspectiva crítica*, Revista Lecciones y Ensayos, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2004, p. 260.

“Neopunitivismo” y (re)educación republicana. Respuesta a Diego Freedman

Roberto Gargarella

Ante todo, quisiera agradecer a Juan González Bertomeu el haber promovido este debate, que en lo personal necesito tanto, y a Diego Freedman el haber intervenido en él del modo en que lo hizo. Uno –finalmente, un inmigrante sin papeles para el derecho penal- corre siempre el riesgo de ser expulsado de cualquier territorio nuevo al que recién llega, por lo cual agradezco especialmente la amabilidad de su recibimiento.

Los comentarios de Diego me dan una buena oportunidad para re-pensar y aclarar algunas cuestiones que considero esenciales, en la reflexión sobre los fines y límites del derecho penal, y el castigo en particular. Me concentraré, específicamente, en dos temas, uno relacionado con el contenido democrático de la propuesta republicana; y el otro vinculado con la crítica a las respuestas penales de tipo excluyentes.

Contra el “neopunitivismo.” Por qué democracia y (sobre todo) qué idea de democracia?

La primera de las cuestiones sobre las que quisiera detenerme es la referida a la relación democracia-derecho penal. Este es un punto sobre el cual conviene andar con especial cuidado, particularmente si tenemos en cuenta la habitualidad con que se relaciona la idea de “democratización” con la de “decisión por parte de las víctimas;” y más aún si reconocemos el fuerte vínculo que existe entre el mayor protagonismo de las víctimas y el crecimiento de las denominadas visiones “neopunitivistas.”

Como bien lo señala Diego, me interesa criticar este “neopunitivismo,” y lo hago a partir de las objeciones al “populismo penal.” Dentro de la noción de “populismo penal” incluyo a las corrientes que pretenden que el derecho penal tome la forma que la ciudadanía reclama, particularmente a través de sus voces más salientes o resonantes en el tema, que suelen ser las de las víctimas del crimen y sus allegados. Es contra dicha posibilidad que se torna especialmente importante clarificar cuál es la idea de democracia que tenemos en mente, cuando hablamos de democracia. Según entiendo, la idea de democracia que los “neopunitivistas” y “populistas” sugieren es tan pobre que resulta inaceptable: fundamentalmente, se trata de una propuesta en donde democracia parece asimilarse a “lo que reclama la gente (con la que conversamos en la calle o en el bar),” o “lo que escuchamos que grita la gente (luego de la comisión de algún crimen horrendo).” En el mejor de los casos, la idea de democracia propuesta desde este campo es la que se deriva de algunas encuestas de opinión. El derecho penal, según esta idea, debe seguir el (alarmado) ritmo que le imponen las demandas ciudadanas, expresadas a través de encuestas periódicas. Conforme diré, dichas expresiones merecen ser resistidas por alguien que –como es mi caso- piensa en una noción más robusta y exigente de la democracia, como la relacionada con la deliberación colectiva.

Por supuesto, la noción de democracia deliberativa nos remite a un ideal –a un ideal regulativo. Sin embargo, dicha circunstancia, justamente, nos ayuda a señalar importantes cuestiones de grado y nos permite reconocer, por ejemplo, el poco valor de las expresiones manifestadas por unas cuantas personas, en una encuesta. Ello, entre otras cosas, porque uno reconoce que las cuestiones relacionadas con *los derechos y la justicia* –que involucran preguntas de interés público, y en donde las decisiones de cada uno afectan de modo relevante a los demás- no merecen ser resueltas como pueden serlo las cuestiones relacionadas con *el consumo y el mercado*. En éste último caso, pero no en el primero, puede tener sentido que se le pregunte a cada uno por sus preferencias personales, y que se tome a tales respuestas como base decisiva para la acción (tiene sentido, por ejemplo, construir más autos con cajas de cambios automáticas si una mayoría de la gente prefiere tener ese tipo de automóviles). En cambio (y esto es, al menos, lo que sostienen quienes proponen una justificación *epistémica* de la democracia) cuestiones relacionadas con principios de justicia no deben depender de los gustos particulares de nadie (ni de una mayoría), sino que deben ser objeto de un debate colectivo, en el cual todos, pero especialmente aquellos que van a ser particularmente afectados por dichas normas, deben tener la oportunidad de testear y corregir sus ideas con los demás.

Podemos disentir, entonces, acerca de los modos en que acercarnos al ideal deliberativo – en su triple exigencia de *igualdad, inclusión y debate*- pero eso no debe obstar a que seamos capaces de criticar y/o dejar de lado (en tanto alternativas que tienen la pretensión de ser consideradas “democráticas”) a aquellas propuestas que descuidan o directamente socavan a los principios que definen a aquel ideal. Las soluciones sugeridas por el “populismo,” por caso, se basan en la absoluta ausencia de debate; conllevan el protagonismo casi exclusivo de las víctimas en el diseño de las respuestas penales; auspician el (consiguiente) silenciamiento de los sujetos que son principales objeto del reproche penal; y asumen de modo incuestionado un punto de partida marcado decisivamente por la existencia de fuertes desigualdades materiales. Estas soluciones distan exageradamente de las que podrían proponerse desde una concepción deliberativa y, por ello mismo, deben ser señaladas como lo que son: soluciones que muy difícilmente pueden hacerse acreedoras del adjetivo “democrático.”

Del mismo modo (aunque no me detendré en el punto, ya que no fue objeto especial de los comentarios de Diego), en mi texto me interesó mostrar que quienes parten de una noción robusta de democracia, también tienen razones para rechazar la *alternativa tecnocrática* que normalmente se contraponen a las soluciones del “populismo.” El punto me parece importante, sobre todo, cuando advertimos de qué modo aún autores comprometidos con ideales exigentes de la democracia –tal como es el caso de Philip Pettit- aparecen suscribiendo este tipo de “escapes tecnocráticos” ante el horror que les genera la amenaza “populista” (en el caso de Pettit, la propuesta es la de un “Banco Central para la definición de las penas,” capaz de resistir la “dinámica del escándalo” que parece jugar un papel decisivo en los desarrollos contemporáneos del derecho penal).

Como comentario final sobre el punto, agregaría solamente que no creo que la experiencia propia de nuestro país deba dejarse de lado, por su carácter excepcional, tal

como lo plantea Diego. Por el contrario, dicha experiencia debe ser objeto de nuestra más detenida atención, entre otras cosas porque ella ilustra especialmente bien los riesgos a los que nos referimos más arriba. Por un lado, históricamente, en nuestro país hemos oscilado entre alternativas tecnocráticas y alternativas “populistas” pretendidamente democráticas, con los resultados conocidos. En los últimos años, por lo demás, nuestro país se ha caracterizado por darle una gran acogida a las soluciones “populistas,” que han terminado por desfigurar el rostro de nuestro ya deformado derecho penal. En este sentido, la experiencia argentina es extraordinariamente ilustrativa de todo aquello que un demócrata tiene razones para resistir.

Sobre (los riesgos de) las pretensiones educativas del republicanismo

Algunos de los puntos más importantes de entre los comentarios de Diego Freedman aparecen en el apartado segundo de su texto. Generosamente, Diego ayuda a mostrar – con toda razón, agregaría- de qué modo mis planteos no deben ser asimilados a lo que la tradición dogmática ha denominado el positivismo criminológico. El punto es importante, entre otros motivos, dado al justificado desprestigio en que han caído las soluciones de dicho positivismo, tanto como por la premura de algunos penalistas para asociar con el mismo a todas aquellas alternativas a las respuestas de tipo excluyente (como la prisión) hoy dominantes en el derecho penal.

Sobre la cuestión, sólo agregaría unas breves notas a la amable reconstrucción presentada por Diego. Ante todo, insistiría en señalar lo que debiera ser obvio, es decir, que los problemas sociales no deben ser tratados a través del derecho penal, sino por medio de políticas sociales. Luego, insistiría también en la idea de que las respuestas penales que conocemos, de tipo excluyente, tienden a ser ineficientes respecto de los fines que ellas mismas se proponen (reducir el delito, inducir a que el delincuente no reincida), a la vez que resultan objetables para quienes parten de una mirada republicana de la sociedad –es decir, una mirada preocupada por la integración de la comunidad y la fortaleza de los vínculos sociales. Para quienes parten del paradigma de la integración social, la radical exclusión de la sociedad de algunos de sus miembros –luego de que se pruebe que ellos han cometido alguna falta reprochable- no puede ser vista sino como una respuesta absolutamente inapropiada. Finalmente, y esto es lo que más me interesaba señalar, me preocupa dejar en claro el modo en que concibo a las respuestas “incluyentes.”

Sostuve en mi texto que las respuestas republicanas que proponía no debían ser vistas como intentos de “regenerar” a “sujetos desviados.” Este tipo de respuestas me resultan inaceptables, por un lado, por presuponer la superioridad moral de quienes imponen las penas, y por otro –en buena medida, un punto que es contracara del anterior- por desconocer, menospreciar o dejar de lado la autonomía propia de quienes cometen una ofensa. La propuesta republicana no se orienta a modificarle el carácter a nadie, sino que procura asegurar el igual status de todos. Por ello, pretende que todos participen más activamente en el diseño de las normas que van a aplicarse luego sobre ellos; y por eso también quiere que nadie sea privado de su status de igual ciudadano. El republicanismo

toma a cada persona como un agente moral, como alguien capaz de entender y razonar. En dicho contexto, quienes quebrantan alguna regla básica de la convivencia no deben ser “reformados,” obviamente, dado que ello implicaría no tomar a los ofensores como iguales. Porque se presume que los ofensores son agentes morales, como todos los demás, el derecho debe apelar al entendimiento de aquellos para comunicarles que el resto de la comunidad desapruueba –y tiene razones para desaprob- la conducta que han llevado a cabo. Dicha comunicación, eventualmente, puede ser acompañada de la imposición de alguna sanción –por caso, la obligación del ofensor de reparar el daño que ha realizado- y/o con el inicio de un proceso de educación en el respeto de los derechos de los demás. Pero aquí el principio sigue siendo el mismo: como se asume que cada persona es y merece seguir siendo tratada como un sujeto autónomo, ningún proceso “educativo” puede ser respaldado si pretende imponer un “lavado de cerebro” sobre el ofensor, o intenta que el mismo “aprenda la lección” a partir de la fuerza. En el mundo penal republicano –al menos el que yo concibo- sólo la persuasión tiene sentido.

Puede ocurrir, entonces, que alguien no quiera atender razones, desprecie a su comunidad, y rechace cualquier intento de entrar en contacto con funcionarios públicos penales. Ello puede ocurrir, y no debe ser visto como un problema grave: cualquiera tiene el derecho de “ser dejado en paz.” Ahora bien, si el sujeto en cuestión acompaña su postura de desprecio a la comunidad con agresiones hacia los demás, el respeto de la autonomía de los demás exige la protección de los últimos, y puede conllevar algún tipo de reproche sobre el eventual agresor. El agresor puede ser respetado en las convicciones que lo llevan al aislamiento social, pero al mismo tiempo verse forzado a restaurar el orden que ha roto, por ejemplo compensando económicamente a quienes han sido sus víctimas. Esta situación, por lo demás, es compatible con el principio que dice que el Estado no debe abandonar nunca sus mejores esfuerzos por lograr recuperar como ciudadanos plenos a cada uno de sus miembros, y debe persistir en su intento por hacerle entender a todos la importancia del igual valor de los demás. Este básico compromiso con la civilidad, según entiendo, no puede ni merece ser descrito como una forma de perfeccionismo estatal.

Diego Freedman, de todos modos, ve un riesgo en esta propuesta, porque entiende que, en la medida en que este tipo de respuestas sean asumidas como un “bien” para el individuo, ellas no van a ser objeto de los controles que siempre son necesarios frente al Estado. Esto es lo contrario a lo que ocurre con el derecho penal tradicional. Como dice Diego,

(el) hecho de asumir que la respuesta al hecho conflictivo es un mal, al menos nos asegura que tratemos de monitorear con la mayor intensidad posible esa situación para evitar abusos y (desarrollar) mecanismos de control permanentes. Cuando se asume que la respuesta tiene características positivas e inclusivas, probablemente, se reduzcan los mecanismos de control o se establezcan criterios más flexibles... Por ejemplo, si la respuesta es la asistencia a una institución educativa, nadie se opondría, ni se preocuparía demasiado en controlar que no se cometan abusos, ya que suponemos que no es un ámbito violento. Pero si esa institución funciona como una cárcel,

tenemos un problema, sino no se le reconoce tal condición y no existen fuertes y permanentes mecanismos de control.

Creo, de todos modos, que la respuesta al problema que él señala aparece en su misma presentación, en la suposición de que “esa institución funcion(e) como una cárcel.” Creo que Diego tiene en mente casos como los de los Institutos de Menores, que alegaron tener una función educativa y terminaron siendo la vergüenza que hoy son. Pero en ese caso, la explicación no le corresponde al republicanismo: si alguien diseña una institución con forma de cárcel, habitaciones con barrotes, guardias, encierro forzado y controlado por personal armado, y luego pretende denominar a la misma “institución educativa,” resulta claro que es esa misma persona la que nos debe una explicación acerca de por qué pretende que veamos como republicana a una institución puramente represiva. Mucho más si nuestra pretensión no es la de coaccionar a nadie para que deje de pensar o hacer algo, sino la de apelar a la razón y a la buena fe de cada uno. En este sentido, concluiría diciendo que la salida que propone el republicanismo es, simplemente, la antítesis de cualquier respuesta represiva. Por ello es que podemos ir sin cuidado y sin complejos frente a ejemplos como el señalado, que subvierten enteramente los principios, medios y fines que dan forma al pensamiento republicano.

Sin etiquetas

Laura Saldivia*

“I operate in society as a man. I use the men’s room. Never the urinals, always the stalls. In the men’s locker room at my gym I even shower, albeit discreetly. I possess all the secondary sex characteristics of a normal man except one: my inability to synthesize dihydrotestosterone has made me immune to baldness. I’ve lived more than half my life as a male, and by now everything comes naturally. When Calliope surfaces, she does so like a childhood speech impediment. Suddenly there she is again, doing a hair flip, or checking her nails. It’s a little like being possessed (...) On the side walk I’ll feel her girlish walk take over, and the movement brings back a kind of emotion, a desolate and gossipy sympathy for the girls I see coming home from school (...) The sick fluid of adolescent despair that runs through her veins overflows again into mine. But then, just as suddenly, she is leaving, shrinking and melting away inside me, and when I turn to see my reflection in a window there’s this: a forty-one-year-old man with longish, wavy hair, a thin mustache, and a goatee. A kind of modern Musketeer”.

Jeffrey Eugenides, *Middlesex*, p. 41-42

I. Introducción

Nueva evidencia científica prueba que las identidades sexuales de los seres humanos son tan únicas como pueden ser sus personalidades. En la actualidad, no existe ningún método biológico científico que permita determinar con certeza qué es un hombre o una mujer¹. Por el contrario, existen buenas razones para afirmar que tales categorías obedecen en gran parte a creaciones históricas y socio-culturales². Por ello, las categorías sociales fundadas en el sexo/género de las personas³, como es también el caso del color de piel o la religión, deberían

* Profesora de Derecho Constitucional, Universidades de Buenos Aires y de Palermo; LLM’05 y Candidata JSD, Yale Law School. Todas las traducciones del inglés en el texto son mías.

Agradezco mucho a Pablo Suarez las infinitas discusiones y sus comentarios a este trabajo. Agradezco también a Robert Burt sus comentarios a una primera versión del mismo.

1. Para una excelente descripción sobre esto véase Anne FAUSTO STERLING, *Sexing the Body*, Perseus Book Group, 2000.

2. Para un análisis histórico exhaustivo de la construcción de dichas categorías véanse las obras de Michel FOULCAULT, *Historia de la Sexualidad*, Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2006, Thomas LAQUEUR, *Making Sex. Body and Gender from the Greeks to Freud*, Harvard University Press, 1992 y Alice DUMARAT DREGER, *Hermaphrodites and the Medical Invention of Sex*, Harvard University Press, 1998.

3. El término sexo se relaciona con la estructura anatómica de una persona, mientras que el término género se relaciona con una condición psicológica y social impuesta o adoptada, en otras palabras, se refiere a la idea que tiene la sociedad acerca de como niñas y niños y hombres y mujeres se espera que se comporten y como deben ser tratadas. Véase Milton Diamond, “Sex and Gender are Different: Sexual Identity and Gender Identity are Different”, en http://www.hawaii.edu/PCSS/online_artcls/intersex/sexual_I_G_web.html (última vez visitada 1/9/07). Dado que todavía vivimos en una sociedad que toma al sexo biológico como la base para definir el género de una persona, aquí en general hago referencia a ambos conjuntamente (sexo/género). Esto no debe leerse en el sentido de que ambos términos son sinónimos, ni como que uno prevalece sobre el otro, ni como que uno preexiste al otro. Como espero surja de este trabajo, más allá de la materialidad concreta del sexo biológico, ambos términos descansan en una construcción y entendimiento cultural. Todo esto sin desmedro de que para las personas intersexuales y transexuales la distinción entre sexo y género sea importante, a efectos estratégicos, para sus reclamos de derechos y reconocimiento.

ser esencialmente irrelevantes en relación al rol que cada persona desempeña en la sociedad y para el diseño de arreglos institucionales.

¿Por qué debe indicarse en los certificados de nacimiento el sexo de una persona? ¿Es el hecho de tener un pene o una vagina lo suficientemente relevante como para dictar el destino de una persona en la sociedad según el estereotipo asignado socialmente a cada uno de los dos sexos? Los accidentes biológicos siempre han determinado la vida de las personas. Ser primogénito ha significado la capacidad de heredar. Haber nacido dentro o fuera de un matrimonio también ha conferido privilegios y privaciones sociales, económicas y jurídicas. Haber nacido judío o con la piel oscura ha implicado -y aún implica- ostracismo y exclusión para mucha gente. Haber nacido con una vagina ha significado -y aún significa- lo mismo para la mitad de la población mundial. Durante la segunda mitad del siglo veinte, la comunidad internacional y la gran mayoría de los países han reconocido la superfluidad de la mayoría de estos accidentes biológicos en la determinación del papel que le corresponderá jugar a las personas en la sociedad -y de los derechos que se les reconocerá⁴. Accidentes biológicos tales como una vagina o un pene, no deben seguir siendo considerados criterios relevantes para la determinación del reconocimiento de derechos ni para el diseño de instituciones sociales o modelos de conducta.

En virtud de la desigualdad que ocasiona utilizar como criterios de exclusión e inclusión social accidentes biológicos tales como la raza, el sexo y la orientación sexual, muchos arreglos institucionales han sido objeto de serios cuestionamientos, siendo los casos más resonantes la embestida contra el transporte público segregado por la raza en Estados Unidos, donde los afro americanos tenían prohibido viajar junto a los blancos, y las normas, también en el mismo país, que prohibían el casamiento entre personas de distintas razas⁵. Asimismo, en muchos países del mundo, la institución nupcial está siendo blanco de profundas transformaciones en virtud de la exclusión que significa para muchas parejas del mismo sexo el hecho de no poder acceder a una serie de beneficios económicos y sociales que en cambio sí pueden adquirir las parejas de distinto sexo⁶. Existen buenos indicios para pensar que en un futuro, cercano tal vez, el requisito de que el matrimonio debe realizarse necesariamente entre un hombre y una mujer, ya no será necesario.

4. Véanse las cláusulas referidas a la prohibición de discriminar contenidas, con mayor o menor alcance en su protección, en los tratados internacionales y regionales de derechos humanos.

5. Véase el caso de la Corte Suprema norteamericana "Loving v. Virginia", 388 U.S. 1 (1967).

6. Holanda fue el primer país en reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo en 2001. Luego le siguieron Bélgica, Canadá, Sudáfrica, España y el estado de Massachusetts, EEUU. Sólo en Canadá y en España el estatus legal del matrimonio entre homosexuales tiene exactamente el mismo estatus que el del matrimonio heterosexual. Por una decisión de la Corte Constitucional Sudafricana la legislación referida al matrimonio del mismo sexo debe ser totalmente armonizada con el heterosexual. La Corte Suprema de Israel reconoció el matrimonio llevado a cabo en otros países, aunque sigue siendo ilegal en dicho país. Por su parte, las uniones civiles del mismo sexo están reconocidas en Andorra, Colombia, Croacia, la República Checa, Dinamarca, Finlandia, Francia, Alemania, Hungría, Islandia, Israel, Luxemburgo, Nueva Zelanda, Noruega, Portugal, Eslovenia, Sudáfrica, Suecia, Suiza e Inglaterra. También la han reconocido las siguientes ciudades: Buenos Aires, Río de Janeiro, California, Connecticut, Hawaii, Maine, New Hampshire, New Jersey, Oregon, Vermont, Washington y el Distrito de Columbia. Véase Yuval MERIN, *Equality for Same Sex Couples*, The University of Chicago Press, 2002 y William ESKRIGDE y Darren SPEDALE, *Gay Marriage: For better or for Worst? What we have learn from the evidence*, Oxford University Press, 2006. Estos autores discuten los desarrollos de las uniones civiles y matrimonios entre personas del mismo sexo en Estados Unidos y Europa.

Los baños públicos han sido otro sitio de cruzadas políticas y culturales. En Estados Unidos, durante mucho tiempo, los afro americanos tuvieron prohibido el acceso a los mismos baños que utilizaba la gente blanca -que por supuesto eran además mucho más higiénicos y cómodos. A medida que las mujeres fueron ganando terreno en el ámbito público y fueron obteniendo empleo en trabajos tradicionalmente reservados para hombres, tuvieron que luchar porque se construyan baños para mujeres donde antes sólo los había para hombres. En sentido parecido, las personas con discapacidades motrices han luchado durante años para que se creen baños públicos que sean accesibles para ellas⁷. En la actualidad, los baños públicos son el nuevo terreno donde se desarrolla la lucha política contra la discriminación sexual⁸.

El mayor desafío para la construcción social binaria de sexo/género, mujer/hombre, proviene de las personas transgénero e intersexuales que son quienes están conduciendo esta discusión hacia un nuevo entendimiento de la sexualidad humana. Estas personas delatan el pacto de poder que subyace al orden binario y biocéntrico de los géneros, obligándonos a replantearnos arreglos y estructuras existentes que tienden a invisibilizarlas. Por su parte, sólo quienes han teorizado sobre las personas de sexo/género variado han cuestionado la división esencialista que socialmente existe hasta el momento entre el hombre y la mujer⁹.

En el primer apartado, me propongo discutir si el ideal de sexo/género binario es una construcción social o natural. Investigaciones científicas muestran que la biología establece un límite dentro del cual, por medio de la interacción social, se moldean los roles de género. No obstante, todavía queda un gran espacio de maniobra en la determinación de la configuración de las características de dicho género. En particular, me interesa presentar el caso de las personas intersexuales (también llamadas hermafroditas o pseudo hermafroditas) ya que creo que con su mera existencia cuestionan la división dual dominante en la cual ha sido construida la sexualidad humana. Los cuestionamientos de las personas de sexo/género variado son contundentes porque van al corazón mismo de la (arbitraria) división dual del sexo/género, al cuestionar el entendimiento dominante de lo que es normal o ambiguo¹⁰.

En segundo lugar, propongo una perspectiva que ve a la sexualidad humana como un 'continuo' ('continuum') de distintas variantes de sexo/género, es decir, como una permanente variación de alternativas disponibles de sexo/género con las que puede identificarse una persona.

7. Así los movimientos por los derechos de personas con discapacidad consiguieron que se sancione en 1980 la Ley de Estadounidenses con Discapacidades que incluye directrices para la creación de baños públicos accesibles.

8. Véase Patricia LEIGH BROWN, "A Quest for a Restroom That's Neither Men's Room Nor Women's Room", *The New York Times*, 4/3/2005, Paisley CURRAH y Shannon MINTER, *Transgender Equality. A Handbook for activist and policymakers*, The Policy Institute of The National Gay and Lesbian Task Force), 2000, *Peeing in Peace. A Resource Guide for Transgender Activist and Allies*, Publication by Transgender Law Center, San Francisco, 2005 y Martine ROTHBLATT, *The Apartheid of Sex: a Manifesto on the Freedom of Gender*, Crown Publishers, 1995.

9. Tal es el caso de Anne FAUSTO-STERLING, *Sexing the Body*, cit. ut. supra nota 1, Alice DUMARAT DREGER, *Hermaphrodites and the Medical Invention of Sex*, cit. ut. supra nota 2 y Judith BUTLER, *Bodies that Matter*, Routledge, 1993.

10. Alice DUMARAT DREGER, *Hermaphrodites and the Medical Invention of Sex*, cit. ut. supra nota 2, p. 6. Esta autora sostiene, "[t]endemos a pensar que lo normal existía antes de encontrarnos con lo anormal, pero es realmente sólo cuando nos enfrentamos con lo que pensamos que es 'anormal' que nos encontramos luchando para articular qué es lo 'normal'".

Como excusa para discutir algunas consecuencias que el ‘continuo’ del sexo/género puede tener en el diseño de instituciones y arreglos sociales que se aparten de la actual construcción binaria del sexo/género, en la tercera parte del trabajo examino la inseguridad cotidiana que significa para las personas de sexo/género variado la división de los baños públicos conforme los dos sexos/géneros tradicionalmente disponibles y propongo la construcción de baños sin etiquetas.

Por su parte, en la última parte sostengo que los reclamos de las personas con sexo/género variado contra la concepción binaria del sexo/género, es lo suficientemente fuerte como para que la sociedad y el Estado revean los diseños socio-culturales que son causa de exclusión social para mucha gente por no poder dar cuenta de la ficción que significa la construcción bipolar del sexo/género.

Antes de adentrarme en el análisis prometido, caben realizar algunas aclaraciones. En primer lugar, ¿qué se entiende por personas transgénero? En la década del ‘90 se acuñó este término como una suerte de paraguas para referirse a aquellos individuos cuya identidad o expresión de sexo/género no se adecua a las expectativas sociales tradicionales respecto del sexo asignado o determinado al nacer¹¹. Las personas transexuales y las personas que se ‘mueven’, ‘transitan’, entre los dos sexos/géneros socialmente aceptados (mujer y hombre), componen este grupo.

Como toda etiqueta, el término transgénero en algunos casos no representa a personas con sexo/género variado que no se identifican con ninguno de los dos géneros disponibles socialmente en la vida de una persona, como es el caso de muchos intersexuales, debido a que “ser intersexual implica una variedad de condiciones congénitas donde una persona no tiene ni la anatomía estándar de una mujer ni la de un hombre”¹². Por ello, aquí prefiero adoptar la idea de personas con sexo/género ‘variado’ (variant) en lugar de ‘ambiguo’, ya que creo da cuenta tanto de las personas transgénero como de las personas intersexuales¹³. Suzanne Kessler, sostiene que “un modo de mirar a la variación de género consiste en verla como validando la continuidad de esta misma característica, brindando de este modo evidencia de que existen categorías arbitrarias y marcadores subjetivos de aceptabilidad”¹⁴.

No obstante, cabe reconocer que la utilización del término transgénero en sentido amplio e inclusivo ha servido como estrategia del movimiento de lucha por los derechos de las personas transgénero, dado que sirve para nombrar de algún modo la experiencia común de opresión y exclusión que sufren muchas personas ignoradas por la tradicional concepción binaria del sexo/género. Es en este sentido amplio y político que en este trabajo se utiliza el término transgénero intercambiamente con el de género/sexo variado.

11. Paisley CURRAH y Shannon MINTER, *Transgender Equality. A Handbook for activist and policymakers*, cit. ut. supra nota 8, p. 3.

12. Alice DUMARAT DREGER, “A History of Intersex: From the age of gonads to the age of consent”, en *Intersex in the Age of Ethics*, Hagerstown, MD: University Publishing Group, 1999, ps. 5-6.

13. Para Kessler la idea de ‘ambigüedad’ pareciera denotar que algo tiene que hacerse respecto de la ambigüedad –por ejemplo cirugías de reacondicionamiento del sexo y/o tratamiento hormonal-, pero no es tan claro que sea necesario hacer algo respecto de la ‘variación’, Suzanne J. KESSLER, *Lessons from the Intersexed*, Rutgers University Press, 1990, p. 8.

14. *Ibidem*.

Un problema que se presenta al escribir sobre estos temas consiste en cómo nombrar a una persona que, justamente, esta poniendo en jaque a la tradicional construcción sexual binaria. Los artículos y referencias femeninas o masculinas de las palabras no dan cuenta de la compleja realidad de la sexualidad humana; es más, terminan reproduciendo el estereotipo que las personas de sexo/género variado buscan cuestionar dado que necesariamente el idioma marca la forma de ver las cosas¹⁵. Por consiguiente, aquí he optado por utilizar términos ‘neutros’ cuando ello es posible¹⁶. Así, en lugar de niños o niñas he preferido emplear la palabra infante; en lugar de ‘individuo’, he elegido ‘persona’. En caso de ser imposible ‘neutralizar’ la referencia al sexo/género de algunas de las palabras aquí empleadas, he decidido suprimir sus terminaciones a/o, as/os. Así, en lugar de ‘otras/os’ he optado por ‘otr’. También podría haber elegido utilizar una vocal que no haga referencia al sexo/género masculino o femenino, como la ‘e’, la ‘i’ o la ‘u’¹⁷. Sin embargo, no me parece que esta opción represente una neutralidad sino más bien pareciera estar denotando un tercer sexo. Por su parte, el símbolo @ la gente cotidianamente lo utiliza para hacer referencia a los dos sexos dominantes conjuntamente, no a una neutralidad.

Para la elaboración de este artículo utilicé en gran medida material extranjero. Ello se debe a que es en gran medida en Estados Unidos y en Europa donde se han desarrollado las investigaciones y discusiones médicas y psicológicas sobre el tema¹⁸. De hecho las primeras cirugías de asignación y readecuación de sexo se llevaron a cabo en dichos lugares del hemisferio norte. Además, la falta de sistematización de mecanismos de búsqueda de material científico y doctrinario en Argentina, determina el difícil acceso a dicho material (decisiones judiciales, libros, artículos e investigaciones médicas y psicológicas, etc.). A pesar de la falta de referencia al contexto argentino, creo que los temas que aquí analizo, tienen de cierto modo carácter universal¹⁹.

Finalmente, la orientación sexual de una persona, esto es, hacia qué sexo se siente sexualmente atraída (puede ser homosexual si es hacia una persona del mismo sexo, heterosexual si es hacia el opuesto y bisexual si es hacia ambos) agrega otra arista a la diversa manifestación de la sexualidad humana que no es analizada en este trabajo. Sólo

15. “[E]l sujeto se constituye a través de la trama del lenguaje y gracias a éste”, Ivonne Bordelois, *La palabra amenazada*, Libros del Zorzal, Buenos Aires, 2003, p. 37. Esta autora sostiene que la palabra “viene de una tradición de experiencia humana que nos supera en el tiempo y en el espacio”, p. 23.

16. Neutros en el sentido de que permitan hacer referencia e incluir en su alocución a la infinita gama de variedades de sexo/género que puedan existir.

17. Por ejemplo Leslie Feinberg, activista y escritora transgénero, han optado por utilizar el pronombre en inglés ‘hir’ en lugar de ‘his’ or ‘her’. Véase Leaslie FEINBERG, *Stone Butch Blues: A Novel*, Firebrand Publisher, 1993.

18. Una excepción destacable son los fallos de la Corte Constitucional de Colombia cit. ut infra nota 38.

19. A pesar de la falta de estadísticas fidedignas, la realidad de permanente y continua exclusión y violencia que sufren las minorías sexuales en Argentina, entre ellas las personas de sexo variado, se encuentra brevemente reflejada en el documento “Hacia un Plan Nacional contra la Discriminación” aprobado por el Decreto N° 1086/05, ps. 107-114, en el “Informe sobre Antisemitismo en la Argentina” confeccionado por la Delegación de Asociaciones Israelitas Argentinas (DAIA) y el Centro de Estudios Sociales (CES), 2005 ps. 162-176, en los informes que sobre el tema elabora todos los años la Comunidad Homosexual Argentina (CHA) que muestra que en el último año el área jurídica de la CHA recibió casi 1400 consultas sobre diferentes violaciones a los derechos de las minorías sexuales en el país (en www.cha.org.ar) y en el Informe de la Comisión Internacional de Derechos Humanos para Gays y Lesbianas, IGLHRC que puede consultarse en www.choike.org.

señalaré como alerta inicial, que esta variable también se encuentra anclada en la división binaria del sexo/género y cruza absolutamente todas las variaciones de sexo/género. En el caso de las personas intersexuales, la calificación de su orientación sexual complejiza aún más la cuestión, dado que una persona intersexual puede no ubicarse en ninguno de los dos sexos o géneros tradicionales, ya sea por sentirse parte de ambos o de ninguno, por lo tanto la tradicional conceptualización de la orientación sexual aquí se diluye o toma otro cariz.

II. ¿Una construcción natural o social?

Conforme los profesionales médicos, existen muchos factores que contribuyen a la determinación del sexo de un individuo: 1) el sexo genético o cromosómico –XY o XX–; 2) el sexo gonadal (glándulas reproductivas sexuales) –testículos y ovarios; 3) el sexo morfológico interno (determinado luego de los tres meses de gestación) –vesículas seminales/próstata o vagina/útero/trompas de Falopio; 4) el sexo morfológico externo (genitales) –pene/escroto o clítoris/labia; 5) el sexo hormonal –andrógenos y estrógenos–; 6) el sexo fenotípico (características sexuales secundarias) –pelo facial o en el pecho o senos; 7) el sexo asignado y el género de crianza; y 8) la identidad sexual²⁰.

En una persona *intersexual* uno o más de estos factores son incongruentes entre sí; o también puede suceder que exista correlación dentro de cualquiera de estos factores como sucede con las personas hermafroditas²¹. En el caso de una persona *transsexual*, puede existir congruencia respecto de los primeros siete factores enumerados, pero no existe identificación con el género que se asocia a estos factores. Aquí se dice que esta persona tiene un desorden/disforia en su identidad de género²².

Se estima que el 1,2 por ciento de todas las personas que nacen es intersexual²³. Cerca de uno en dos mil infantes nacen visiblemente intersexuados, mientras que otros se detectan

20. Todos estos factores están mencionados por Anne FAUSTO-STERLING, *Sexing the Body*, cit. ut. supra nota 1 y Suzanne J. KESSLER, *Lessons from the Intersexed*, cit. ut. supra nota 13.

21. Existen al menos tres docenas de variaciones sexuales bien documentadas que resultan en lo que se conoce como intersexualidad. Las formas más comunes son: Hiperplasia Suprarrenal Congénita o pseudohermafroditismo femenino (afecta a infantes con cromosomas XX); el Síndrome de insensibilidad androgénica o pseudohermafroditismo masculino (afecta a infantes con cromosomas XY); la Disgenesia Gonadal (afecta predominantemente a infantes con cromosomas XX); las Hipospadias (afectan a infantes con cromosomas XX); el Síndrome de Turner (que afecta a infantes con cromosomas XO y provoca la falta de algunas características femeninas tales como el crecimiento del busto y la menstruación); el Síndrome de Klinefelter (afecta a infantes con cromosomas XXY y provoca la falta de algunas características masculinas externas). Esta última forma de intersexualidad se da en uno entre quinientos infantes recién nacidos y en más del tres por ciento de los hombres que buscan tratamiento por infertilidad. Véase Anne FAUSTO-STERLING, *Sexing the Body*, cit. ut. supra nota 1, ps. 52-53.

22. Véase Judith BUTLER, "Undiagnosis Gender", en Paisley CURRAH, Richard M. JUANG y Shannon PRICE MINTER (eds.), *Transgendered Rights*, University of Minnesota Press, 2006. En este trabajo Butler sostiene que el diagnóstico de Disforia de Género implica un costo en términos del límite que impone a la autonomía personal y respecto de las normas de conducta y psicológicas que impone.

23. Conforme estadística elaborada por Anne FAUSTO-STERLING, *Sexing the Body*, cit. ut. supra nota 1, p. 53. Este número es un promedio de una amplia variedad de poblaciones; el número no es uniforme en el mundo. Es importante destacar, que las personas intersexuales más allá de las estadísticas, "son subjetividades, que tienen derechos y que les son negados, no importa si existe un número pequeño o grande de intersexuales en el mundo". Amalia FISCHER PFAEFFLE, "Devenires, cuerpos sin órganos, lógica difusa e intersexuales", p. 27, en Diana Maffia (compiladora), *Sexualidades Migrantes. Género y Transgénero*, Feminaria Editora, Buenos Aires, 2003.

más tarde. Todos los días en los Estados Unidos, cinco infantes son sometidos a cirugías de reconstrucción de sexo que en la mayoría de los casos los dejan con cicatrices físicas y emocionales indelebiles²⁴.

La cuestión acerca de cómo se construye el sexo/género ha sido liderada por dos posturas contrapuestas. Por un lado, existe la idea de que el sexo/género se construye socialmente. Esta teoría rechaza por completo la noción de una inclinación natural hacia el sexo biológico de la persona y afirma que la conducta sexual femenina o masculina no tiene una base innata dado que las gónadas, las hormonas y los cromosomas no determinan automáticamente el rol de género en el infante. Esta discusión surgió en los casos en los cuales los médicos eran incapaces de decidir si el bebé era una mujer o un varón, dado que sus genitales no se adecuaban a ninguno de los parámetros tradicionales. En estos casos, desde fines de la década del sesenta, los genitales ‘ambiguos’ de estos infantes han sido ‘corregidos’ a través de cirugías de asignación de sexo. Penes pequeños o clítoris grandes son removidos y en su lugar se crean vaginas artificiales. Dado que es más sencillo construir una vagina que un pene, la ‘corrección’ en la gran mayoría de los casos se inclina por el sexo femenino, salvo que el infante tenga un pene de tamaño apropiado²⁵.

El mayor defensor de este tipo de cirugías fue el psicólogo y sexólogo John Money quien aseguró que la asignación de sexo y el sexo de crianza predecían mejor que el sexo biológico el género que un hermafrodita adoptaría en la adultez²⁶. Según Money la manera en la cual las personas son criadas sumado a la forma de su genitales, son criterios suficientes para determinar el sexo/género de una persona. La identidad de género es ‘corregible’ hasta aproximadamente los dieciocho meses de edad y la cirugía de asignación de sexo debe realizarse cuando el tamaño del pene estirado es menor de 2 cm²⁷. Por consiguiente, los genitales deben adecuarse al género asignado lo antes posible y en la pubertad deben administrarse las hormonas apropiadas. Estos infantes deben criarse como niñas o niños sin que quede ninguna pista de que exista una anomalía o ambigüedad dado que, según sostiene esta posición, una conducta normal seguirá a la anatomía percibida. Para que la construcción social del género fuera exitosa, Money indicó que deben satisfacerse las siguientes condiciones: los expertos deben asegurarse que los padres no tengan ninguna duda acerca de si el infante es varón o mujer, sus genitales deben adecuarse para armonizar el género asignado lo antes posible, en la pubertad se deben

24. Kate HAAS, “Who Will Make Room for the Intersexed?”, *American Journal of Law and Medicine*, 2004.

25. “Dado que es más sencillo construir una vagina que un pene satisfactorio, sólo el infante con un falo de tamaño adecuado debe ser considerado para una asignación de género masculino”, Perlmutter AD, Reitelman C. “Surgical management of intersexuality”. *Campbell’s Urology*, 1992, p. 1955, citado por Milton DIAMOND y Keith SIGMUNDS en “Sex Reassignment at Birth: a Lon Term Review and Clinical Implications”, *Archives of Pediatric & Adolescence Medicine*, March 1997 (vol. 151, pp. 298-304). Diamond y Sigmund indican que estas propuestas de manejo médico descansan en la teoría acerca de que es más fácil hacer una buena vagina que un buen pene y dado que la identidad del infante reflejará el modo en el que fue criado y que la ausencia de un pene adecuado será psicosexualmente devastador, se debe transformar el perineo en una vulva y en una vagina que luzcan normales y se deber criar al infante como una niña.

26. Conforme Anne FAUSTO-STERLING, *Sexing the Body*, cit. ut. supra nota 1, p. 66.

27. Kenneth KIPNIS y Milton DIAMOND, “Pediatric Ethics and the Surgical Assignment of Sex”, en Alice DUMARAT DREGER, *Intersex in the Age of Ethics*, cit. ut. supra nota 12, p. 176-177.

administrar las hormonas de género correspondientes, y se les debe informar sobre su situación con explicaciones apropiadas para su edad²⁸.

En definitiva, esta teoría considera que los infantes son psicosexualmente neutrales y que tanto conscientemente como subconscientemente notan la presencia o ausencia del pene, observan las distinciones sociales entre hombres y mujeres, y se comportan característicamente con los estándares de género existentes en el lugar en el cual van a ser criados. Por ello, ante alguna duda respecto de su sexualidad, debe asignárseles una cuanto antes.

Money basó su teoría en gran parte en el famoso caso John/Joan (seudónimos)²⁹. Siguiendo el consejo de Money, los padres de un bebé cromosómicamente XY que a los siete meses de edad sufrió la ablación de su pene en una fallida circuncisión, fue criado como una nena. Para ello, dentro del año, John fue sometido a una operación para crearle una vagina a los efectos de facilitar su feminización. Cada año, a fin de reforzar el tratamiento, Joan visitaba a Money en el hospital John Hopkins. Money informó que el tratamiento fue un éxito y que John había aceptado su vida como Joan. Este caso, a diferencia de los casos que hasta entonces había tratado Money, no involucraba a un infante intersexual, es decir, con genitales ‘ambiguos’, sino que John era un bebé varón³⁰. El éxito del tratamiento en este caso, le permitía probar en forma contundente su teoría acerca de la construcción social de la identidad sexual.

Muchos años después del informe que daba cuenta del éxito de tratamiento en el caso John/Joan, los doctores Milton Diamond y Keith Sigmunds realizaron un seguimiento de este caso y descubrieron que John en realidad nunca había aceptado el género bajo el cual fue criado, y que a los quince años decidió empezar a vivir como hombre. De esta manera, luego del descubrimiento del fracaso del caso en el que Money había basado en gran parte su teoría relativa a la construcción social del sexo/género, la misma fue objeto de profundas críticas. El doctor Diamond considera que la naturaleza establece un límite a la identidad de género y es dentro de estos límites que las fuerzas sociales interactúan y que se formulan los roles de género. Además, sostiene que no existe evidencia sobre la veracidad de los postulados relativos a que las personas son psicosexualmente neutrales cuando nacen o que un desarrollo psicosexual sano es dependiente del aspecto de los genitales sino que, por el contrario, está convencido de que hay una predisposición psico-sexual innata en la sexualidad de una persona³¹. En el caso John/Joan, Sigmunds y Diamond concluyeron que el andrógeno prenatal al que estuvieron expuestos los mellizos fue más fuerte que la socialización, probando con ello que no se puede transformar socialmente –ni siquiera con la ayuda de cirugías y tratamientos hormonales- a una nena en un nene ni viceversa.

28. Véase Suzanne J. KESSLER, *Lessons from the Intersexed*, cit. ut. supra nota 13, p. 15.

29. Véase esta historia en John COLAPINTO, *As Nature Made Him*, Harper Collins Publishers, 2001. También véase DIAMOND y SIGMUNDS cit. ut. supra nota 23 y Anne FAUSTO-STERLING, *Sexing the Body*, cit. ut. supra nota 1, p. 66-70.

30. Además John tenía un hermano gemelo, circunstancia que hacía al caso más interesante ya que si John adoptaba definitivamente la identidad femenina a pesar de convivir con la identidad opuesta de su hermano gemelo, se demostraba sin lugar a dudas la construcción social del género.

31. Véase Milton DIAMOND y Keith SIGMUNDS, “Sex Reassignment at Birth: a Long Term Review and Clinical Implications”, cit. ut. supra nota 25.

A partir del fracaso del caso John/Joan, muchos médicos han criticado la cirugía de asignación de sexo en bebés. Por ejemplo, el doctor William Reiner, quien en el pasado había realizado este tipo de cirugías, comenzó a observar infantes que cuando eran bebés se les asignó uno de los dos sexos y que algunos años más tarde comenzaron a identificarse como del sexo/género contrario. En su última investigación de noventa y cuatro infantes intersexuales, observó que más de la mitad de estos infantes genéticamente varones se adecuaron (“transitioned”) para ser varones a pesar de haber sido criados como mujeres y de haberse sometido a la operación de asignación del sexo femenino³². Según este médico, existe evidencia suficiente para afirmar que hacer a los nacimientos intersexuales invisibles transformando su ‘ambigüedad’, ha significado negar a las personas transgénero una amplia y rica gama de posibilidades de realización personal. Cabe tener en cuenta que además de la tortura física y psicológica que las personas intersexuales han sufrido en su vida para hacerlos encajar en las categorías de género tradicionales, estas personas reportan que una de las inmodificables consecuencias de las cirugías, es la supresión de la capacidad para sentir placer sexual y tener orgasmos. Debe quedar en claro que en muchos casos lo que se realiza son lisa y llanamente cliterectomías.

Una manera de entender a la intersexualidad consiste en verla como una categoría socialmente construida que refleja una real variación biológica. La idea de variación consiste en asimilarla a la gama de colores existentes en la naturaleza como el rojo, naranja, azul, celeste, turquesa. Del mismo modo, en el que existen personas con colores de piel marrón claro, oscuro o que oscilan entre otras tonalidades, la naturaleza nos presenta personas cuyos penes, clítores, senos, órganos reproductivos, pueden variar en formas y tamaños³³.

Mauro Cabral afirma que “[I]a intersexualidad no es una enfermedad, sino una condición de no conformidad física con criterios culturalmente definidos de normalidad corporal, criterios que establecen (...) un mínimo posible para el largo de un pene culturalmente admisible, la máxima extensión de un clítoris culturalmente aceptable”³⁴. Ello no obsta a que existan algunas falencias específicas que afectan a las personas intersexuales que pueden tener consecuencias comprobables en su bienestar físico que son tratables y mejorables por la medicina. Este entendimiento de la intersexualidad busca mostrar y que se reconozca que el abordaje contemporáneo de la intersexualidad (el manejo médico de los bebés intersexuales, los protocolos médicos para realizar cirugías de asignación de sexo, el manejo de la información que se les debe proveer a los padres y al infante, los criterios para evaluar el consentimiento informado de los infantes y adolescentes intersexuales y de sus padres), están basados en creencias y prejuicios culturales de tanto médicos como padres que terminan marcando para siempre el cuerpo y la psiquis de las personas intersexuales.

Hoy en día ya se conoce lo suficiente como para tener una idea de cómo se va a desarrollar durante su crecimiento el infante intersexual y si en la pubertad va a desarrollar

32. En CBSNews.com, “Mommy, Am I a Boy or a Girl?”, 20/3/2005.

33. Conforme Intersex Society of North America (ISNA), www.isna.org y Martine ROTHBLATT, *The Apartheid of Sex: a Manifesto on the Freedom of Gender*, cit. ut. supra nota 8.

34. Mauro Cabral, “Pensar la intersexualidad, hoy”, p. 121, en Diana Maffia (compiladora), *Sexualidades Migrantes. Género y Transgénero*, cit. ut. supra nota 23.

características femeninas o masculinas. Dado dicho conocimiento, los médicos emplean la siguiente regla: ‘la persona genéticamente mujer debe ser siempre criada como mujer, preservando el potencial reproductivo más allá de cuán virilizados están los pacientes. En el caso del hombre genético, sin embargo, la asignación del género está basada en la anatomía del infante, predominantemente en el tamaño del falo’³⁵. Es evidente que este protocolo médico denota las creencias culturales del sexo basadas en la procreación y la centralidad del falo.

Respecto de las operaciones de asignación de sexo en infantes, Fausto Sterling señala que el conocimiento desarrollado por las disciplinas médicas le da el poder a los médicos de mantener una mitología de lo normal al modificar el cuerpo intersexual de modo tal que quepa dentro de alguno de los dos cubículos aceptados³⁶. Por lo tanto, para mantener las divisiones de género, deben controlarse aquellos cuerpos que son tan disruptivos que llegan a borrar los límites de dicha división. Y dado que las personas intersexuales casi literalmente abarcan y contienen ambos sexos, significan una enorme amenaza y terminan debilitando los argumentos a favor de la diferencia de sexo.

En sentido contrario a lo que puede parecer, Money nunca cuestionó el supuesto fundamental de que existen sólo dos sexos. Su objetivo principal al estudiar a las personas intersexuales consistió en conocer más sobre el desarrollo sexual ‘normal’. Según Money, la intersexualidad es el resultado de procesos esencialmente anormales, por ello los pacientes necesitan de tratamiento médico –ya sea la asignación de sexo por medio de una operación y/o tratamientos hormonales- dado que deben transformarse en hombres o mujeres. Como sostiene Kessler, “la ambigüedad genital es remediada para conformarse a lo ‘natural’, es decir, a la dicotomía de género culturalmente indiscutida”³⁷. Por lo tanto, el progreso en el manejo de los casos de intersexualidad que utilizan los médicos que llevan a cabo cirugías de asignación de sexo en recién nacidos, busca la preservación de lo ‘normal’ por medio de la asignación sexual de una de las dos categorías de sexo/género socialmente aceptadas³⁸. El género no sólo es una construcción social en la teoría sino que literalmente puede ser construido a través de la intervención humana.

En las décadas del sesenta y setenta la teoría de Money atrajo la atención del feminismo, ya que ofrecía la oportunidad de apartarse de las limitaciones impuestas a las mujeres por

35. Anne FAUSTO-STERLING, *Sexing the Body*, cit. ut. supra nota 1, p. 57.

36. Ibidem, p. 8.

37. Suzanne J. KESSLER, *Lessons from the Intersexed*, cit. ut. supra nota 13, p. 31. Esta autora sostiene que en realidad “las operaciones de asignación de sexo en bebés no se realizan porque la ambigüedad genital sea una amenaza para el bebé, sino porque lo es para la cultura del bebé”, p. 32.

38. A pesar del rechazo de la reconstrucción genital de parte de la comunidad intersexual y de muchos médicos, ninguna Corte de Estados Unidos ha examinado la legalidad de este tipo de cirugías sin el consentimiento del infante. Por su parte, la Corte Constitucional colombiana ha escuchado tres casos de este tipo (las Sentencias SU-337/99, T-551/99 y T-477/95) donde ha restringido la autoridad de los padres para autorizar esta clase de cirugías en sus infantes y ha destacado la importancia del consentimiento informado del infante. En respuesta a las decisiones de la Corte colombiana y al activismo del movimiento por los derechos de las personas intersexuales, la American Bar Association recientemente propuso una resolución recomendando que los médicos adopten los procedimientos sobre consentimiento altamente informado establecido por la Corte Constitucional de Colombia. En Kate HAAS, “Who Will Make Room for the Intersexed?”, cit. ut. supra nota 24. Para una discusión de los casos colombianos mencionados véase Morgan HOLMES, “Deciding fate or protecting a developing autonomy? Intersex Children and the Colombian Constitutional Court”, en Paisley CURRAH, Richard M. JUANG y Shannon PRICE MINTER (eds.), *Transgendered Rights*, cit. ut. supra nota 22 y los artículos y notas sobre el tema contenidos en <http://www.isna.org/Colombia>.

la biología y las normas sociales, abriendo un nuevo espacio de cambio social³⁹. La premisa relativa a la posibilidad de diferenciar entre el dominio cultural y el biológico en la que se basaba la distinción sexo/género, posibilitó un nuevo campo de estudio para la investigación feminista referido a la variabilidad cultural e histórica del género. De este modo, el feminismo desafió al determinismo biológico establecido dogmáticamente por una ciencia que era sexista. No obstante, “las feministas que trabajaban dentro del paradigma de la identidad de género no se cuestionaron la distinción naturaleza/cultura en la que éste se basaba. Así, el debate acerca del determinismo biológico (el “género” como determinado por el “sexo”) versus construcción social (el “género” como una construcción social no determinada por el “sexo”) se mantuvo dentro del marco epistemológico de la distinción naturaleza/cultura”⁴⁰. Por consiguiente, muchas feministas han buscado desnaturalizar los roles femenino y masculino propios del género, pero sin cuestionar la “naturalidad” del sexo.

El sexo no preexiste a la conformación cultural del género sino que es un producto cultural de igual modo que lo es el género. En otras palabras, el sexo no puede ser nunca anterior al género ya que el género es la norma a través de la cual se lo piensa. En este sentido, el mismo sexo biológico/anatómico con su presunto binarismo es resultado de una lectura ideológica del cuerpo. Por lo tanto, no tiene sentido definir al género como una interpretación cultural del sexo si el sexo mismo es una categoría ya generizada (*'gendered'*). Por consiguiente, y siguiendo a Judith Butler, el sexo no sólo funciona como una norma, sino que también es parte de una práctica regulatoria que produce los cuerpos que gobierna, esto es, cuya fuerza regulatoria se muestra clara como un tipo de poder productivo, el poder de producir- demarcar, circular, diferenciar- los cuerpos que controla⁴¹.

Para esta autora el hecho de tratar a la materialidad del sexo como algo dado presupone y consolida las condiciones normativas de su propio surgimiento. Por ello, le interesa indagar a través de qué normas regulatorias el sexo se materializa. Butler indica que “[e]l mismo concepto de sexo es problemático dado que se ha formado a través de una serie de controversias sobre lo que deber ser el criterio decisivo para distinguir entre los dos sexos; el concepto de sexo tiene una historia que esta cubierta por la figura del sitio o superficie de inscripción. Imaginado como tal sitio o superficie, sin embargo, lo natural es construido como aquello que tampoco tiene valor; más aún, asume su valor al mismo tiempo que asume su carácter social, es decir, al mismo tiempo que lo natural se rinde/renuncia como lo natural”⁴².

Varias teóricas feministas han fundado sus críticas contra los estereotipos de género masculinos y femeninos en la idea, por un lado, de que tales categorías están establecidas por la hegemonía heterosexual con su tabú sobre la homosexualidad o, por el otro, en la idea de

39. Deborah RUDACILLE, *The riddle of gender: science, activism, and transgender rights*, Pantheon Books, New York, 2005, p. 139.

40. Patricia SOLEY-BELTRAN, “¿Citaciones perversas? De la distinción sexo-género y sus apropiaciones”, p. 67, en Diana Maffia (compiladora), *Sexualidades Migrantes. Género y Transgénero*, cit. ut. supra nota 23. Diana Maffia y Mauro Cabral en sentido similar sostienen, “[m]uchos análisis contemporáneos conservan esta lectura en dos niveles. No se discute la realidad de las diferencias sexuales, sino la legitimidad de los estereotipos construidos por la sociedad sobre esas diferencias, como si el sexo constituyera una materialidad inapelable”, Diana Maffia y Mauro Cabral, “Los sexos ¿son o se hacen?”, p. 86, en Diana Maffia (compiladora), *Sexualidades Migrantes. Género y Transgénero*, cit. ut. supra nota 23.

41. Judith BUTLER, *Bodies that Matter*, cit. ut. supra nota 9, p. 1.

42. *Ibidem*, p. 5

que conforman un sistema de jerarquía social y de imposición de poder desigual donde se coloca a la mujer como inferior al hombre⁴³. Pero sólo quienes han teorizado sobre los desafíos que plantean las personas transgénero e intersexuales al dualismo sexual, han cuestionado del modo expuesto la división esencialista existente entre el hombre y la mujer⁴⁴.

En la actualidad, las investigaciones de género están lentamente volviendo a la biología. Hoy se cree que las hormonas que actúan bajo la influencia de los genes son las arquitectas primarias de la identidad de género, y la teoría fuertemente defendida por Money relativa a que el género es principalmente una construcción social está siendo suplantada por la escuela biológica que representa Milton Diamond.

Es importante tener en cuenta, sin embargo, que los experimentos y los estudios científicos son producidos dentro de un sistema social con determinadas creencias sobre el sexo y el género. Por ello, estas creencias afectan el tipo de conocimiento que los científicos producen sobre los mismos. El protocolo médico actual indica la operación a fin de ‘reconstruir’ estos cuerpos diferentes, pero sanos, para hacerlos ‘normales’. Suzanne Kessler señala que las prácticas estándares médicas para manejar la intersexualidad descansan en última instancia en un entendimiento cultural del género. Para esta autora, “los procesos y directrices a partir de las cuales se adoptan decisiones sobre la (re)construcción del género revelan en gran parte el modelo para la construcción social del género”⁴⁵.

Al depender de entendimientos culturales, dichas creencias y criterios utilizados para definir el sexo de una persona, se han ido modificando con el paso del tiempo⁴⁶. En este

43. Por ejemplo Judith BUTLER, *Gender Trouble*, Routledge Classics, Primera Edición 1990 (2007), Monique WITTIG, *The Straight Mind and Other Essays*, Harvester Wheatsheaf, 1992 y, Catharine MACINNON, *Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law*, Harvard University Press, 1988.

44. Tal es el caso de Anne FAUSTO-STERLING, *Sexing the Body*, cit. ut. supra nota 1 y Alice DUMARAT DREGER, *Hermaphrodites and the Medical Invention of Sex*, cit. ut. supra nota 2. Por su parte, Judith Butler en el prefacio a la edición del año 1999 de *Gender Trouble*, dice que si tuviera que reescribir ese libro hoy en día, “incluiría una discusión sobre transgénero e intersexualidad, la manera en la cual el ideal de género bimórfico trabaja en ambos tipos de discursos, las diferentes relaciones que estas preocupaciones relacionadas mantienen con la intervención quirúrgica”, cit. ut. supra, edición del año 2007, p. xxvii. Varios años después escribió sobre esto en su artículo, “Undiagnosis Gender”, en Paisley CURRAH, Richard M. JUANG y Shannon PRICE MINTER (eds.), *Transgendered Rights*, cit. ut. supra nota 22.

45. Suzanne J. KESSLER, *Lessons from the Intersexed*, cit. ut. supra nota 13, p. 12. Asimismo, véase el trabajo de Donna J. Haraway, *Simians, Cyborgs, and Women. The Reinvention of Nature*, Routledge NY, 1991. Este libro trata sobre la invención y reinención de lo natural. Por ejemplo señala que las ciencias bio-sociales no han sido sólo espejos sexistas de nuestro mundo social sino que también han sido herramientas para la reproducción de dicho mundo, tanto al brindar ideologías legitimadoras y en aumentar el poder material. Haraway también afirma que las redes científicas determinaron crucialmente quién hacía la ciencia y qué ciencia era considerada buena y muestra cuán profundamente las creencias culturales penetran en la investigación médica supuestamente neutral en valores.

46. Thomas Laqueur rastreó a través de la historia de la humanidad dos modelos de construcción histórica del sexo/género. Por un lado, en la postura de ‘un sexo’, la mujer es una versión imperfecta del hombre y su anatomía y fisiología se construyen de acuerdo a esta mirada. La vagina se considera un pene interior, el útero un escroto y los ovarios los testículos. De esta manera, el cuerpo es una representación, no la base fundacional del género social. La segunda construcción histórica relativa al modelo de ‘dos sexos’ estipula que el cuerpo establece las diferencias de género, que la mujer es lo opuesto al hombre con órganos, funciones y sentimientos completamente distintos. Este segundo modelo tiende a dominar el pensamiento post iluminista, mientras que el modelo de un sexo pertenece al conocimiento clásico. Por momentos ambos modelos se han superpuesto. Véase Thomas LAQUEUR, *Making Sex. Body and Gender from the Greeks to Freud*, cit. ut. supra nota 2.

sentido, Alice Dumarat Dreger afirma que “la respuesta a la pregunta acerca de cual es realmente la clave para ser un hombre, una mujer u otro (...) necesariamente cambia con el tiempo, con el lugar, con la tecnología y con las serias implicancias –teóricas y prácticas, científicas y políticas- de cualquier respuesta. La respuesta es, en un sentido crítico e histórico, específica al tiempo y al lugar”⁴⁷. Por consiguiente, las diferentes interpretaciones sobre qué es lo ‘natural’, ‘normal’ o ‘ambiguo’, dependerán necesariamente de la concepción prevaleciente sobre el género y el sexo existente en determinado lugar y en una época específica⁴⁸.

Lo que surge con claridad de la discusión que presentan ambas posturas es que en muchos casos no existe ningún modo racional y certero para decidir si una persona es mujer u hombre, ello en virtud de que las categorías de sexo/género no son esencialmente estrictas. Esta discusión pone en relieve las dificultades y sufrimiento que para muchísimas personas implica mantener la ficción del modelo binario de sexo/género. Es el momento de cuestionar seriamente algunos de los presupuestos indiscutidos -ya que muchas veces son presentados como verdades absolutas- sobre lo que debe considerarse hombre y mujer, y ver si este paradigma de dos sexos/géneros puede mantenerse erguido frente a un porcentaje importante de la población mundial que no encaja en ninguno de estos casilleros.

III. Tantas posibilidades de sexo/género como personas existen

El mero hecho de la existencia de personas transgénero e intersexuales pone en jaque la idea binaria tradicional acerca de que el sexo biológico es lo que debe tomarse en cuenta para decidir si una persona es hombre o mujer. Como dice Alice Dumarat Dreger, ‘cuando miramos a los hermafroditas estamos forzados a reconocer cuan variable incluso ‘normal’ son las distintas características sexuales. De hecho, comenzamos a preguntarnos cómo y por qué caratulamos algunos rasgos y algunas personas como hombres, mujeres o hermafroditas. Vemos que los límites están establecidos por muchas razones, y que podrían ser y han sido establecidos de muchas maneras distintas y que aquellos límites tienen tantos efectos complejos como tienen causas’⁴⁹. Además, estas personas lideran el movimiento por un nuevo entendimiento del sexo/género dedicado a generar un cambio a fin de terminar con la vergüenza, secreto y cirugías genitales no deseadas de personas

47. Alice DUMARAT DREGER, *Hermaphrodites and the Medical Invention of Sex*, cit. ut. supra nota 2, p. 9.

48. Para Judith Butler la construcción del sexo no es ni un sólo acto, ni un proceso causal iniciado por un sujeto que culmina en un conjunto de efectos fijos. Para esta autora, “la construcción no sólo tiene lugar en el tiempo, sino que es en sí mismo un proceso temporal que opera por medio de la reiteración de normas; el sexo es producido tanto como desestabilizado en el curso de esta reiteración. Como un efecto sedimentado de una práctica reiterativa o ritual, el sexo adquiere su efecto naturalizado e incluso, es también en virtud de esta reiteración que se producen agujeros y fisuras como las inestabilidades constitutivas en tales construcciones, como aquello que escapa o excede la norma, como aquello que no puede ser definido o fijado completamente por el trabajo repetitivo de esa norma. Esta inestabilidad es la posibilidad de deconstrucción en el mismo proceso de repetición, el poder que se da a los mismos efectos a través de los cuales el sexo es estabilizado, la posibilidad de poner a la consolidación de las normas del sexo en una crisis productiva potencial”, Judith BUTLER, *Bodies that Matter*, cit. ut. supra nota 9, p. 10.

49. Alice DUMARAT DREGER, *Hermaphrodites and the Medical Invention of Sex*, cit. ut. supra nota 2, p.

5. Suzanne Kessler por su parte sostiene que “el futuro de los intersexuales es en algún sentido el futuro del género”, en su libro *Lessons from the Intersexed*, cit. ut. supra nota 13, p. 131.

nacidas con una anatomía que alguien (la ciencia médica) decidió que no es estándar para un hombre o una mujer⁵⁰.

La falta de correspondencia entre las formas concretas del cuerpo y la identidad de género social e individual, cuestiona el paradigma tradicional de género creando de este modo la necesidad de redefinir la sexualidad humana y el criterio que debe tomarse a la hora de definirla y encasillarla. Así, no existe una correlación necesaria entre el sexo biológico y la representación de género de una persona; los modos en los cuales hombres y mujeres se representan a sí mismos como personas con determinado género es algo construido socialmente, esto es, se trata de performances/actuaciones sociales y culturales aprendidas socialmente⁵¹. Anne Fausto Sterling sostiene que “si la naturaleza realmente nos ofrece más de dos sexos, entonces se sigue de esto que nuestras nociones actuales sobre la masculinidad y la feminidad son nociones culturales”⁵².

Se ha probado científicamente que el mero criterio biológico para determinar el sexo de una persona es inadecuado⁵³. Por ejemplo, no es cierto que todas las mujeres definidas como tal legalmente sean XX y que todos los hombres también definidos de este modo sean XY. Cientos de miles de personas nacen con muchas formas diferentes de variaciones cromosómicas, incluyendo XXY y X, entre otras. Por otro lado, ¿qué hay respecto de los patrones de pensamiento? Anne Moir y David Jessel han propuesto que los cerebros de las mujeres y de los hombres son anatómicamente diferentes, lo que determina distintos patrones de conducta en hombres y mujeres⁵⁴. No obstante, esta conclusión no analiza el cerebro de las personas intersexuales en el mundo que puede presentar ambos patrones de pensamiento y de conducta, o algún/os otro/s que no responda/n a los dos dominantes. En segundo lugar, lejos está de haber sido comprobado que cualquier diferencia anatómica en el cerebro de las mujeres y de los hombres, determinan diferencias en la conducta. Muchas expresiones de conducta se aprenden a través del proceso de socialización que

50. Véase por ejemplo el trabajo realizado por la Sociedad Intersexual de Norteamérica (Intersex Society of North America, ISNA) en www.isna.org

51. Conforme Anne FAUSTO-STERLING, *Sexing the Body*, cit. ut. supra nota 1, Alice DUMARAT DREGER, *Hermaphrodites and the Medical Invention of Sex*, cit. ut. supra nota 2 y Suzanne KESSLER *Lessons from the Intersexed*, cit. ut. supra nota 13.

52. Anne FAUSTO-STERLING, *Sexing the Body*, cit. ut. supra nota 1. En 1993, con fines principalmente provocativos, esta autora propuso un sistema de cinco sexos. Además de mujer y hombre, también debían aceptarse las categorías de ‘herms’ (hermafroditas ‘verdaderos’), ‘merms’ (seudo hermafroditas hombres) y ‘ferms’ (seudo hermafroditas mujeres). En Anne FAUSTO-STERLING, “The five sexes: Why male and female are not enough”, *The Sciences* (March-April), 1993, ps. 20-24. Véase la controversia que su propuesta suscitó en Anne FAUSTO-STERLING, *Sexing the Body*, cit. ut. supra nota 1, p. 78.

53. Para una explicación detallada sobre este punto véase Anne FAUSTO-STERLING, *Sexing the Body*, cit. ut. supra nota 1. Además véase Deborah, Rhode, *Speaking of Sex*, Harvard University Press, 1997, capítulo 2. Esta autora dice que “[l]os investigadores no han producido resultados consistentes sobre las diferencias en la estructura del cerebro basadas en el sexo. Tampoco hay acuerdo sobre la manera en la cual esta estructura afecta funciones cognitivas e interactúa con las influencias ambientales. Más aún, las desigualdades que supuestamente resultan de la estructura del cerebro son extremadamente pequeñas e inestables (...). El género da cuenta de una pequeña parte de las variaciones registradas entre individuos en matemáticas, en habilidades verbales y visuales es usualmente entre el 1 y el 5 por ciento. Tales disparidades pequeñas apenas apoyan las afirmaciones de los sociobiólogos sobre las diferencias naturales entre las ocupaciones, intereses y capacidades de los sexos”, p. 29.

54. Anne MOIR y David JESSEL, *Brain Sex: The Real Difference Between Men and Woman*, Delta, 1992.

enfatisa, por ejemplo, que el color celeste es para los nenes y el rosa para las nenas, que los nenes no lloran y que las nenas sí, y que las nenas juegan con muñecas mientras que los varones con camiones. Finalmente, incluso si las diferentes maneras en las que se comportan los hombres y mujeres tiene una fuente concreta en la biología, es decir, no son producto de un proceso de conducta aprendido socialmente, de aquí no se sigue que las personas deban categorizarse como hombres y mujeres para determinados fines sociales, económicos o legales. A las mujeres y a los hombres se los debe tratar como personas, no como miembros de una clase sexualmente preestablecida.

El reconocimiento de la existencia de las personas transgénero, obliga a transformar las concepciones tradicionales sobre el género y el sexo en una que vea a la sexualidad humana como un ‘continuo’ (‘continuum’). Esta visión señala que la sexualidad humana está compuesta por una ‘continua’ mezcla de identidad sexual que va más allá de la simplista categorización binaria de hombre/mujer⁵⁵. Más aún, rechaza la idea de que existe un vínculo esencial entre el sexo biológico de una persona al nacer y la representación de género de una persona a través de su vida. Esta idea de una sexualidad ‘continuada’ la tomo prestada de los trabajos de Martine Rothblatt y de Anne Fausto-Sterling pero con una leve variación: al menos Fausto-Sterling pareciera estar colocando las categorías de hombre y mujer en los extremos de la línea del continuado sexual, mientras que yo me imagino al continuado del sexo/género sin límites determinados por las categorías duales de género⁵⁶.

La idea del ‘continuado’ aquí expuesto requiere pensar los fenómenos de la realidad fuera de la lógica de la dicotomía orden o desorden, real o verdadero, hombre o mujer, normal o anormal/ambiguo. Por el contrario, debe estudiarse “la complejidad que se establece en los procesos, tomando ‘proceso’ aquí como una serie de hechos que llevan a otra serie de hechos y así sucesivamente. Es como si no existiera ni comienzo, ni fin y sí un continuum”⁵⁷.

55. En la década de 1920 Magnus Hirschfeld fue el primero en afirmar que existían más de dos sexos/género. Este médico concluyó que las varias formas de variación de género que existían –las llamó ‘intermedios sexuales’ (*intermediate*)– eran el resultado de anomalías endocrinológicas y que por lo tanto tenían una base biológica. La creencia de Hirschfeld era que la homosexualidad, el travestismo y otras formas de variantes de género eran un fenómeno importante, extendido y natural y que el derecho y las costumbres sociales debían adecuarse de una forma racional a esta natural existencia de diversidad de tipos de seres humanos. No pensaba que eran perversiones o patologías. En la posguerra la teoría de los intermedios sexuales fue abandonada en una era que, basada en explicaciones psicológicas, reforzaría las distinciones entre los sexos/géneros. Véase capítulo 2 “Through Science to Justice” de Deborah RUDACILLE, *The riddle of gender: science, activism, and transgender rights*, cit. ut. supra nota 39, p. 30.

56. En Martine ROTHBLATT, *The Apartheid of Sex: a Manifesto on the Freedom of Gender*, cit. ut. supra nota 8. Anne FAUSTO-STERLING sostiene que ‘(...) el hombre y la mujer se ubican en los extremos finales de un ‘continuado’ biológico (...)’, en su libro *Sexing the Body*, cit. ut. supra nota 1, p. 31.

57. Amalia Fischer Pfaeffle, “Devenires, cuerpos sin órganos, lógica difusa e intersexuales”, p. 11, en Diana Maffía (compiladora), *Sexualidades Migrantes. Género y Transgénero*, cit. ut. supra nota 23. Esta autora se refiere a la teoría física conocida como ‘lógica difusa’ (*fuzzy logic*) que aplicada al análisis de la dicotomía del sexo/género sirve para describir lo que aquí se entiende por ‘continuo’. Así, para la lógica difusa “explicar fenómenos complejos según el esquema de lo verdadero y falso, no es posible. Para tratar de explicárnoslo, es necesario salir de la lógica excluyente y entrar en otra lógica, que no deje afuera la posibilidad de la multiplicidad o del multivalor, lo que implica entrar en el mundo del pensamiento complejo donde sistemas, subsistemas o cuerpos están permanentemente en orden-desorden-auto-organización. Estos sistemas lejos de estar en un equilibrio, en un orden, están más bien en desequilibrio, en un desorden que contiene su propio orden. Dentro de un sistema, cuando un factor extraño entra en él, produce un desorden que modifica las condiciones iniciales en las que se encontraba”, p. 10.

Bajo esta mirada, el objetivo consiste en desarrollar la habilidad para pensar fuera de la simplicidad y reduccionismo que genera la lógica binaria.

No debe confundirse esta idea del ‘continuado’ con la categoría de un tercer género que ha existido en muchas culturas. Algunos ejemplos incluyen los aborígenes norteamericanos Berdache o personas de dos espíritus, los Hijras de la India, los Sambian Kwolu-aatmwol en Nueva Guinea, o el caso de algunos pueblos de la República Dominicana⁵⁸. En estas culturas, la distinción binaria entre el sexo y el género se vuelve borrosa dado que el aspecto morfológico del sexo es menos importante para el entendimiento y categorización del género. No obstante, no creo que la idea del tercer género logre capturar en su totalidad la idea de la multiplicidad de la sexualidad humana que me interesa explorar aquí. Esta multiplicidad implica la noción de que hay tantos tipos de sexualidad como personas dispuestas a imaginárselas y vivirlas. Salvo que se tome la tercera categoría como aquella que engloba todas las variaciones de sexo/género que no pueden encuadrarse en las otras dos.

El uso del paradigma de sexo/género dual para tornar invisibles las interdependencias entre el par hombre/masculino y mujer/femenino, niega la composición ‘continua’ de alternativas que podrían permitir a todas las personas crear diferentes culturas de género para identificar sus estatus sexuales junto a un amplio ‘continuo’ de posibilidades. Esta identificación personal no tiene por qué ser estática, puede redefinirse tantas veces como la persona lo desee durante su vida. Más aún, una amplia gama de representaciones de género deben estar disponibles para todas las personas así ellas pueden ejercitar el derecho fundamental de elegir el plan de vida que quieran vivir.

IV. El caso del baño público

Todavía existen varias esferas de la vida humana que están gobernadas por, o hacen referencia a, la división del sexo/género. Entre ellas se encuentran los certificados de nacimiento, los documentos de identidad, los baños públicos, clubes sociales (como el Rotary y el Jockey Club), las cárceles, el matrimonio, etc.

En términos muy generales dos razones principales suelen esgrimirse para justificar el empleo de tal división⁵⁹. Por un lado, la necesidad de identificar individualmente a las personas y, por el otro, la necesidad de recolectar estadísticas demográficas⁶⁰. Respecto

58. Estos ejemplos son mencionados en gran parte de la bibliografía citada en este trabajo. Véase además Alison SHAW and Shirley ARDENER (eds.), *Changing Sex and Bending Gender*, Berghahn Books, 2005, capítulo 6, que trata sobre los tomboi en el sur de Filipinas y el capítulo 5 sobre el tercer sexo o las ‘vírgenes prometidas’ (‘sworn virgins’) en Albania y el libro de Gilbert HERDT, *Third Sex, Third Gender: Beyond Sexual Dimorphism in Culture and History*, Zone Book, 1996. Ambos libros cuestionan el lugar del dimorfismo sexual en la cultura y la historia.

59. Los argumentos discutidos aquí surgen de discusiones que he tenido con colegas y amigos/as y otras que presencié en cursos y seminarios en la facultad de derecho de la Universidad de Yale. Además, muchos de ellos pueden verse en la bibliografía citada en la nota 8.

60. En el pasado se han esgrimido otras razones para legitimar la clasificación estatal de las personas según su sexo: la necesidad de conocer el sexo de la persona a quién se beneficiaba con la asignación de derechos y la necesidad de establecer normas de conducta social para el mantenimiento de determinada moral social. En base a estos argumentos, las mujeres han sido consideradas jurídicamente incapaces, es decir, se encontraban privadas de ejercer derechos civiles y políticos tales como, administrar sus bienes, heredar, votar y ejercer cargos públicos, entre otros, y su rol social fue restringido a la esfera familiar-procreativa.

de la primera razón, los avances tecnológicos permiten descartarla ya que hoy en día se puede identificar a una persona con un estudio de ADN y/o con las huellas dactilares volviendo vacua la mención al sexo en documentos de identidad, papeles migratorios, registros de conducir, escrituras públicas, contratos de trabajo, etc. Por su parte, con relación al argumento demográfico, cabe señalar que la misma clasificación entre hombres y mujeres genera discriminación ya que reduce a los seres humanos a dos compartimentos estancos como son los de hombre y mujer. La misma clasificación presupone y perpetua las diferencias socio culturales entre hombres y mujeres, que aún en la actualidad colocan a la mujer en situación de inferioridad respecto del hombre. Cuando una persona llena en un documento el casillero 'femenino', está encerrando su ser en la concepción social prevaeciente de lo que significa ser mujer en dicho lugar. A esto cabe agregar el hecho de que millares de personas en el mundo no tiene un casillero propio para llenar.

Es cierto que las estadísticas demográficas segregadas por sexo pueden, por el contrario, contribuir a la confección de políticas públicas antidiscriminatorias. Por lo tanto, deberá analizarse caso por caso cuál es la función que busca proveer cada formulario y/o documento (seguramente sea razonable solicitar el sexo de una persona en un censo nacional ya que esto permite tener una idea de cómo es la distribución del rol y economía de las mujeres en la sociedad y en la familia pero no lo sea para un carnet de conducir). De todos modos, la regla debe ser la prohibición de que documentos públicos y privados indaguen sobre el sexo de la persona salvo que hayan razones de peso que lo justifiquen, como puede ser aquellas fundadas en la provisión de políticas públicas antidiscriminatorias de mujeres y personas transgénero. En este caso, debería contemplarse la existencia de un casillero, sin ningún nombre en particular, para aquellas personas que no se sienten cómodas o identificadas con los dos casilleros tradicionales, que refleje las muchas variaciones de sexo/género que existen⁶¹, no sólo para así poder dar cuenta de la realidad de sexo/género de muchas personas, sino además para poder recabar información sobre las personas transgénero que permitan elaborar políticas públicas que propendan a la protección de sus derechos.

Entre otras razones para conservar la división bimórfica de los sexos/géneros se ha alegado que hay una diferencia esencial en la fuerza física entre el hombre y la mujer que justifica, por ejemplo, que las competencias deportivas y el servicio militar estén divididos por el sexo. Sin embargo, en una prueba realizada a finales de la década del setenta en las fuerzas armadas de Estados Unidos donde se llevaron a cabo una variedad de exámenes de combates con el objeto de comparar la performance de hombres y mujeres, los resultados mostraron que hombres y mujeres entrenados del mismo modo rinden igual⁶². Esto también se observa en el campo de los deportes. Cuando las mujeres corrieron por primera vez la maratón de Boston en 1964, el mejor tiempo fue de una hora y medio por detrás del mejor tiempo masculino (los hombres corrían la carrera desde 1908)⁶³. Veinte años más tarde la diferencia de tiempo entre los dos sexos difería sólo en once minutos. Lo mismo se da en

61. Como se verá más adelante, este casillero no debe entenderse como una tercera categoría de sexo/género cuyas delimitaciones al igual que los otros dos casilleros son fijas e inamovibles, sino como la expresión de sexos/géneros variados, continuos y mutables.

62. Véase Martine ROTHBLATT, *The Apartheid of Sex: a Manifesto on the Freedom of Gender*, cit. ut. supra nota 8.

63. Ibidem.

otras disciplinas tradicionalmente reservadas a los hombres en las cuales hoy las mujeres también compiten. Se espera que en cuarenta años los hombres y las mujeres estarán compitiendo en bases iguales⁶⁴.

Una atención especial han recibido los baños públicos⁶⁵. La división dual de los baños en “hombres” y “mujeres”, es uno de los primeros hechos que observan los infantes de muy poca edad en cines, restaurantes, museos, shoppings, aeropuertos, clubes, terminales de transporte público, escuelas, etc.⁶⁶ De este modo, una de las primeras conductas sociales que tienen que aprender es a cuál de estos dos baños deben ir. Sin lugar a dudas, es muy importante el impacto que tienen los baños públicos segregados por el sexo en la configuración de la mentalidad binaria del sexo/género del ser humano. Por lo tanto, no es descabellado asumir que la diferenciación de sexo/género que se observa en las instalaciones de los baños públicos contribuye a reforzar los estereotipos de sexo/género segregacionistas⁶⁷. La configuración de una mentalidad dual respecto del sexo/género excluye a las personas que no se identifican con ninguna de estas dos categorías dominantes.

Todos los días las personas transgénero sufren física y mentalmente la violencia que genera la división binaria de los baños públicos⁶⁸. Experiencias como la que se relata a continuación son moneda corriente para este grupo de personas: “Es difícil ir por la vida como una persona cuyo género es ambiguo. Frecuentemente, se me confunde con un varón en los baños de mujeres. Me han echado de los baños de mujeres guardias de seguridad masculinos (por cuestionar mi género). En los baños de mujeres, varias mujeres me han dicho que no pertenezco allí”⁶⁹. Muchas personas transgénero han perdido sus trabajos en virtud del prejuicio y miedos irracionales sobre el acceso al baño⁷⁰.

Un caso del año 2001 de la Corte Suprema del Estado de Minnesota, también sirve para ilustrar las penurias sociales y legales que deben soportar las personas transgénero cada vez que utilizan un baño público. Julianne Goins es una transexual hombre-mujer que demandó a su empleador bajo la ley de derechos humanos de Minnesota, por no dejarla utilizar del baño de mujeres ubicado en el edificio donde ella trabajaba. El empleador

64. Véase Anne FAUSTO-STERLING, *Sexing the Body*, cit. ut. supra nota 1.

65. Véase Patricia LEIGH BROWN, “A Quest for a Restroom That’s Neither Men’s Room Nor Women’s Room”, cit. ut. supra nota 8.

66. Véase Deborah Rhode, *Speaking of Sex* capítulo 3 “Beginning at Birth”, cit. ut. supra nota 53. Por su parte, Cooper hace referencia a “la estrategia inconciente para preservar roles de género convencionales”, en Patricia COOPER, “Cherished Classifications: Bathrooms and the Construction of Gender/Race on the Pennsylvania Railroad during World War II”, *Feminist Studies*, 1999.

67. Véase Martine ROTHBLATT, *The Apartheid of Sex: a Manifesto on the Freedom of Gender*, cit. ut. supra nota 8.

68. Véase la publicación *Peeing in Peace. A Resource Guide for Transgender Activist and Allies*, cit. ut. supra nota 8. Incluso existe una organización que tiene por objeto crear un lugar donde la gente que no se siente comfortable con los tradicionales baños públicos puedan encontrar alternativas seguras y puedan apoyar la causa e investigación de baños inclusivos y libres, <http://safe2pee.org/beta/> (última vez visitada 4/9/07). Hasta la fecha esta organización tiene registrados 927 baños en lugares públicos que no están divididos por sexo en 283 ciudades de Estados Unidos.

69. Testimonio de F. M. Chester, en Paisley Currah y Shannon Minter, *Transgender Equality. A Handbook for activist and policymakers*, cit. ut. supra nota 8. p. 31.

70. Kylar W. Broadus, “The evolution of employment discrimination protections for transgender people”, p. 93 en Paisley CURRAH, Richard M. JUANG y Shannon PRICE MINTER (eds.), *Transgendered Rights*, cit. ut. supra nota 22.

justificó su decisión en el hecho de que no sabían si sus genitales habían sido reacondicionados al sexo femenino (Goins se negó a decirle a su empleador si había completado la operación de readecuación de sexo y se negó a ser revisada). Dicho tribunal decidió que Julie Goins no sufrió una discriminación por orientación sexual establecida en la ley de derechos humanos de ese estado cuando su empleador le prohibió utilizar el baño de mujeres, ello a pesar de que el estado de Minnesota desde 1993 incluye a las personas transgénero en su legislación de antidiscriminatoria⁷¹. Este caso muestra los problemas que sufren las personas cuando son juzgadas por su sexo biológico sin tener en cuenta otros factores o circunstancias que integran su identidad de género. También ilustra a las claras los prejuicios o dudas que todavía existen justamente en aquellas instituciones que deberían estar asegurando el respeto de los derechos humanos de las minorías sexuales, como es un tribunal de justicia. Cabe aclarar que en este caso la señora Goins no cuestionó la práctica de proveer baños segregados por el sexo en el lugar de trabajo, sino que sólo quería que se le permitiera usar el baño que correspondía al sexo con el que se identificaba.

Este último punto suscita una discusión respecto del alcance del desafío planteado a la concepción binario del sexo/género por las personas de sexo variado. A pesar de que el ejemplo comentado se refiere a una persona transexual, me parece que puede ser extrapolable a aquellas personas intersexuales que han optado por el conformismo hacia alguna de las dos categorías sexuales socialmente disponibles. Hemos visto que la mera existencia de personas que presentan sexos biológicos que no se encuadran en el orden sexual social tradicional, desestabiliza dicho orden (tal es el caso de las personas intersexuales). Ahora bien, de aquí no se sigue que todas las personas de sexo variado cuestionen este orden sexual bipolar. Por el contrario, muchas de estas personas, intersexuales y transexuales, al querer/necesitar encuadrarse en las dos categorías existentes, están reafirmando exactamente lo opuesto a dicha crítica. De todos modos, esta circunstancia no desmerece el activismo y las buenas razones esgrimidas por otras personas de sexo variado que cuestionan contundentemente al simplismo con el que la sociedad reduce a dos compartimentos la sexualidad humana.

La profunda necesidad que muchas personas transgénero sienten respecto de que exista una correlación entre su identidad de género y sus genitales, pareciera implicar que existe un vínculo natural y esencial entre su cuerpo y su identidad de género. Esto surge de una infinidad de testimonios de personas transexuales que han pasado/saltado directamente de un polo de la experiencia sexual al opuesto adoptando los estereotipos de género característicos del ‘nuevo’ género, que no dan cuenta de una etapa ‘intermedia’⁷².

71. Caso “Julienne Goins vs. West Group”, CX-00-706, 29/11/2001. Para argumentos a favor de la discriminación sufrida por Goins, véase el *amicus curiae* presentado por Harry Benjamin International Gender Dysphoria Association, Professor Julie Greenberg, American Civil Liberties Union, Employment Law Center, Gay & Lesbian Advocate And Defenders, Human Rights Campaign, National Center For Lesbian Rights, National Gay And Lesbian Task Force en apoyo de la petición de la demandante.

72. Entre otros, véase cualquiera de los testimonios contenidos en Jonathan AMES (ed), *Sexual Metamorphosis. An Anthology of Transsexual Memoirs*, Vintage Books, 2005, en el trabajo de Sandy STONE, “El Imperio Contraataca. Un manifiesto posttranssexual”, 1991 disponible en <http://www.ucm.es/info/rqtr/biblioteca/Transexualidad/EL%20IMPERIO%20CONTRAATACA%20Un%20manifiesto%20posttranssexual.pdf>, en inglés “The Empire Strikes Back: A Posttranssexual Manifiesto”, publicado en Kristina Straub y Julia Epstein, eds., *Body Guards: The Cultural Politics of Sexual Ambiguity*, New York, Routledge, 1996 y en la película *Transamerica*, 2005.

Aquí, las personas de sexo variado parecieran ser víctimas, al igual que el resto de las personas, de las normas restrictivas patriarcales sobre la masculinidad y la feminidad que terminan forzándolas y animándolas a mudarse por completo y de manera definitiva de una categoría a otra, normas que, como hemos visto, han impregnado las creencias y conocimientos de las ciencias médicas. Por otro lado, respecto de las personas transexuales, si se tiene en cuenta que en los primeros tiempos de la historia de las operaciones de cambio de sexo la ciencia médica requería que los transexuales fueran heterosexuales en su nuevo “sexo”, no debe sorprender que definiciones médicas homofóbicas como ésta, hayan informado el discurso y aspiraciones de las personas transexuales que buscaban escapar del rótulo de ‘homosexuales’.

La duda es si en un escenario cultural diferente estas personas aspirarían a tal extrema correlación entre su identidad de género y sus cuerpos. Patricia Soley-Beltran indica que “datos empíricos revelan que los transexuales tratan de explicar su deseo de cambiar de sexo como un intento de encajar en los roles normativos de comportamiento sexual y de orientación sexual”⁷³. En sentido similar, Sandy Stone, considera que las personas transexuales apoyan el modelo de identidad sexual binario y de oposición ya que “pasan de ser hombres sin ambigüedades (...) a ser mujeres carentes de ambigüedades”⁷⁴. Dice Stone, “si hay algún espacio intermedio en el continuo de la sexualidad, es invisible”⁷⁵.

Para esta autora, lo que está en juego en el caso de los transexuales es ‘la habilidad de representar con autenticidad las complejidades y ambigüedades de la experiencia vivida (...) En su lugar la experiencia auténtica se sustituye por un tipo particular de historia, una que sirve de apoyo a las antiguas posturas’⁷⁶. Stone, ella misma una transexual hombre-mujer, critica esto ya que los transexuales que logran amoldarse a las categorías sexuales binarias, “parecen ignorar el hecho de que al crearse una identidad totalizada y monástica, al margen de toda intertextualidad física o subjetiva, han cerrado las puertas a la posibilidad de relaciones genuinas”⁷⁷, es decir, relaciones que no estén fundadas en el secreto, ni en la represión, ni en el conformismo con ciertas normas sociales prevalecientes.

Volviendo al tema de los baños, otro caso similar que involucró un baño público, pero que al menos tuvo un final feliz, es el de Helena Stone quien trabajaba en la estación de trenes ‘Grand Central’ de Nueva York reparando teléfonos. Esta mujer transgénero de setenta años de edad fue arrestada tres veces durante un período de seis meses entre los años 2005 y 2006 por intentar utilizar el baño de mujeres. Stone sostuvo que un empleado de MTA (la empresa de trenes) la llamó “monstruo y la persona más fea del mundo”. La empresa MTA ha llegado a un arreglo con Stone y se comprometió a pagarle una compensación en concepto de daños y costos legales⁷⁸.

73. En Patricia SOLEY-BELTRAN, “¿Citas perversas? De la distinción sexo-género y sus apropiaciones”, ps. 75-76, en Diana Maffia (compiladora), *Sexualidades Migrantes. Género y Transgénero* cit. ut. supra nota 23.

74. Sandy STONE, “El Imperio Contraataca. Un manifiesto posttransexual”, cit. ut. supra, p. 7 de la versión en español.

75. *Ibidem*, p. 10.

76. *Ibidem*, p. 16.

77. *Ibidem*, p. 19.

78. Esta historia puede escucharse en <http://www.youtube.com/watch?v=1WhgE-R9XkI> (última vez visitada 1/9/07)

Una cuestión delicada consiste en decidir cuál es la mejor estrategia para introducir este tema en los distintos ámbitos donde las personas comparten baños públicos. Aquí las alternativas han consistido tanto en sancionar normas (leyes, decretos, nacionales, provinciales, municipales) que establezcan baños neutrales⁷⁹, como en tratar el tema ya a un nivel más personal y focalizado como forma de lograr la empatía de las personas involucradas. Esta última es una de las recomendaciones del Policy Institute of The National Gay and Lesbian Task Force que prioriza esta alternativa por sobre el remedio legislativo. Este Instituto indica que mientras que es muy importante no desatender nunca el miedo que una persona puede sentir frente a la ‘cuestión del baño’, “la verdad es que este tema se resuelve mejor a través de la comunicación personal, es decir, a medida que las personas transexuales educan a sus pares y supervisores”. En este sentido, “la propuesta es que la ordenanza permanezca silenciosa, permitiendo de este modo que las normas sociales se solucionen a sí mismas”⁸⁰.

Ha habido una propuesta para construir un nuevo baño que se agregaría a los dos que ya existen, cuyo cartel debería decir ‘otr’, donde podrían concurrir las personas transexuales⁸¹. Este cartel también permitiría el ingreso al baño de aquellas personas que no se sienten cómodas al ser etiquetadas como hombres o mujeres. Sin embargo, dado que los baños exclusivamente para hombres y mujeres seguirían existiendo, la creación de un tercer baño caratulado ‘otr’ perpetúa la idea de que hay algo así como categorías estrictas donde puede encasillarse la sexualidad humana –incluso en una tercera categoría. Asimismo, otro problema con esta idea consiste en que la presencia del baño ‘otr’ podría implicar que la identidad de género/sexo se construye en *oposición* a la identidad de género/sexo de otras personas, en lugar de pensar que esta identificación puede construirse no en *oposición* sino *junto a* las identidades de género/sexo de las otras personas.

Si la etiqueta ‘otr’ no es adecuada, ¿debería el baño ser etiquetado como ‘unisex’?⁸² Un baño caratulado de esta manera no simboliza la diversa gama de posibilidades del sexo/género disponibles en la perspectiva del ‘continuo’. La etiqueta pareciera reducir el tópico del sexo/género a uno, cuando esto es muy difícil que sea así, ya que hay tantos tipos de sexos/géneros como personas desean que existan, adopten o vivan. Para la perspectiva del ‘continuo’ del sexo/género el baño debe ser uno sólo sin ningún tipo de etiquetas salvo por aquella que señale “baño”. El diseño y la forma de nombrar al baño debe reflejar una combinación de las categorías que ya existen o ser capaz de receptor la creación continua de categorías que aún no están disponibles en el mercado dual de sexo/género. Como indiqué en el apartado anterior, esta teoría –o al menos mi versión de la misma- enfatiza la

79. San Francisco es una de las cinco ciudades, incluyendo a Nueva York, que contiene regulaciones que protegen el acceso a los baños públicos basado en la identidad de género. Conforme Patricia LEIGH BROWN, “A Quest for a Restroom That’s Neither Men’s Room Nor Women’s Room”, cit. ut supra nota 8.

80. Paisley CURRAH y Shannon MINTER, *Transgender Equality. A Handbook for activist and policymakers*, cit. ut. supra nota 8, p. 59.

81. Terry S. KOGAN, “Transsexuals and Critical Gender Theory: The Possibility of a Restroom Labeled ‘Other’”, *Hastings Law Journal*, 1997 (48 Hastings L.J. 1223). En inglés la palabra que utiliza esta autora es ‘other’, palabra neutral en el sentido de que no hace referencia ningún género en particular.

82. Esta es la forma en que Rothblatt etiqueta el baño de su teoría del sexo ‘continuo’. En Martine ROTHBLATT, *The Apartheid of Sex: a Manifesto on the Freedom of Gender*, cit. ut. supra nota 8, p. 92.

libertad de elección de cualquier sexo/género con la que la persona se quiera identificar. Presupone un proceso creativo de auto identificación que no depende, ni es dictado por, las categorías estrictas socialmente impuestas.

La aptitud y necesidad que tiene el ser humano de realizar clasificaciones se ha llevado a cabo a través de lo que se conoce como tabúes, es decir, un mecanismo para disminuir el desorden social e intelectual protegiendo así la manera en el cual la sociedad está organizada. Cumplen la función de contener cualquier conducta que venga a borrar cualquier categoría en la cual se encuentra organizado el universo. Para Mary Douglas, “el Tabú es una práctica espontánea de codificación que establece un vocabulario de límites espaciales y de señales físicas y verbales para cubrir/proteger/ relaciones vulnerables. El tabú amenaza con peligros específicos, si el código no es respetado”⁸³. Dependen de una amplia complicidad comunitaria. El orden ideal de la sociedad está protegido por los peligros que amenazan a los/as transgresores/as. Esta autora cree que las ideas relativas a separar, purificar, demarcar y castigar las transgresiones tienen como función principal imponer un sistema y un orden a una experiencia inherentemente desordenada⁸⁴. Sólo a partir de exagerar la diferencia entre adentro y afuera, arriba y abajo, hombre y mujer, con y contra, es que se crea una semblanza de orden. El tabú confronta lo ambiguo y lo empuja a la categoría de lo sagrado. Los tabúes no sólo organizan el universo social sino que, lamentablemente, también reducen las complejidades de la realidad.

Incluso aunque esté en la base de la conducta del ser humano realizar categorizaciones, no se sigue de esto que las clasificaciones que se hacen sean adecuadas o que el mismo acto de clasificar y etiquetar sea deseable y correcto. El criterio utilizado por las personas para construir estereotipos, clasificar y decidir por ejemplo que es sucio o limpio, normal o anormal, debería guiarse por formas más amigables e inclusivas. Las formas excluyentes y oposicionales que según describe Douglas utilizan las personas para categorizar, no tienen por qué ser necesariamente así. Los seres humanos no sólo tienen la capacidad para clasificar sino que también tiene la habilidad de aprender y de estructurar sus mentes en maneras imaginativas y creativas. Así, la capacidad humana de poner en cubículos acciones, actitudes y relaciones puede realizarse de maneras no discriminatorias y pueden modificarse si los controladores de la opinión pública desearan un modo diferente de vida.

La composición de la idea del ‘otr’ en forma antagónica con las otras categorías de género pueden conducir a la exclusión y aislamiento de la categoría ‘otr’ por ser considerada inferior. Más aún, las personas que no quieren ajustarse a ninguna de estas categorías o que creen que pertenecen a una cuarta o quinta o sexta clase, se verán excluidas de importantes esferas de la vida –como es el baño público- o se verán forzadas a vivir una vida de mentiras. En este sentido, una cuestión fundamental consiste en como la idea del ‘otr’ es construida: si es ‘en oposición’ o ‘junto a’.

Por sobre todo, el problema se refiere a la idea de etiquetar en sí misma. Cuando se adopta una decisión de llamar algo de determinada manera, necesariamente dicha denominación excluirá a lo que no está contemplado en la categoría nombrada. Por

83. Mary DOUGLAS, *Purity and Danger*, Routledge Classic, 2002, p. xiii (“El temor al contagio extiende el peligro del tabú roto a toda la comunidad”).

84. *Ibidem*, p. 5.

conseguido, la mejor manera de etiquetar a los baños públicos es sin etiquetarlos; debería haber un baño sin ningún tipo de nombre.

De todos modos, reconozco que debe haber una etapa de transición que vaya del modelo de género bipolar a uno multipolar. Sólo durante este período de transición tendrá sentido, y hasta es recomendable, la creación de un tercer baño público neutral, sin ninguna etiqueta en particular, que le permita el ingreso a toda persona que quiera utilizarlo. Este tercer baño convivirá, por un tiempo, hasta que la sociedad transforme su concepción binaria de los sexos/géneros, con los tradicionales toilets de damas y caballeros. El objetivo final debe ser la eliminación de las etiquetas sexuales. Recientemente, en algunas universidades de Estados Unidos los baños de mujeres y de hombres han sido reemplazados por baños sin género o neutrales⁸⁵. En este caso, los baños neutrales en materia de género cohabitan con los baños tradicionales divididos en damas/caballeros, mujeres/hombres. Cabe tener presente que la razón decisiva que se esgrime para la creación de baños públicos neutrales ha sido la necesidad de poner un fin a la violencia que sufren las personas transgénero cada vez que van a un baño que no es el que corresponde a la percepción social del género de esa persona.

Esta propuesta podría ser objetada desde distintos lugares. La primera objeción se refiere a la violencia que las mujeres podrían experimentar si se las obliga a compartir el baño público con los hombres⁸⁶. En este sentido se ha argumentado que la creación de baños donde las distintas genitalidades y géneros compartan el mismo espacio podría generar más violencia contra las mujeres. La preocupación consiste en que al colocar personas de distinto sexo juntas en un lugar donde sus genitales están expuestos, podría haber un incremento de las violaciones y ataques sexuales contra las mujeres que tienen lugar en los baños. En la actualidad, la violación sexual es un serio problema en todas las esferas de la vida, por lo tanto, es pura especulación si los baños neutrales aumentarían las violaciones en los baños o por el contrario, las disminuiría al convertir un lugar femenino atractivo para los violadores en un lugar público ciego a determinado sexo/género. Asimismo, creer que por colocar un cartel que diga ‘mujer’ en la puerta de un baño se puede evitar que concurren a dicha instalación aquellas personas que quieren dañar a las mujeres, es bastante ingenuo. De hecho la presencia de un cartel que anuncie que determinado baño es de mujeres, en realidad incrementaría las posibilidades de una eventual violencia ya que si alguien quiere atacar a una mujer, sabe donde buscarla.

85. Patricia LEIGH BROWN, “A Quest for a Restroom That’s Neither Men’s Room Nor Women’s Room”, cit. ut. supra nota 8.

86. Richard Juang, citando a Patricia Williams, describe el caso de S. una estudiante universitaria transexual que se encontró con una enorme resistencia de parte de sus compañeros/as estudiantes cuando quiso utilizar el baño de mujeres. Los/as estudiantes, la echaron de ambos baños (primero las mujeres y luego los hombres) porque se sentían violadas o temían ser violados, en el caso de los hombres. Este autor sostiene que con esta respuesta a la presencia de S. en ‘sus’ baños, los/as estudiantes conciben el espacio del baño como extensiones de sus propios géneros, sexualidades y posiciones institucionales, “transformando los baños como un lugar pasivo de ‘segregación urinaria’ en el cual la entrada y salida del mismo ocurre sin mucho pensamiento, en espacios que requieren una vigilancia activa sobre la definición sexual y sobre sus propios cuerpos”. Richard M. Juang, “Transgendering the Politics of Recognition”, p. 246-247, en Paisley CURRAH, Richard M. JUANG y Shannon PRICE MINTER (eds.), *Transgendered Rights*, cit. ut. supra nota 22. Además, según Juang, es curioso que estudiantes que tienen la fuerza suficiente como para restringir el acceso al baño a una persona, se imaginen como víctimas de un ataque sexual.

Lo particularmente preocupante de este argumento es el hecho de que tiene como consecuencia perpetuar un estatus quo discriminatorio y desigualitario. A guisa de ejemplo, si hubiese prevalecido la idea de que no era conveniente crear baños donde pudieran concurrir tanto blancos/as como negros/as en virtud del eventual incremento o amenaza de la violencia dirigida a estos últimos, hoy los afro americanos no estarían utilizando los mismos baños públicos que los blancos ya que continuaría existiendo el contexto de desigualdad que los aquejaba. Por lo tanto, la mejor manera de combatir la violencia no es segregando, separando, excluyendo e ignorando a las personas transgénero, sino que deben encararse políticas públicas educativas que erradiquen la violencia—sea esta contra las personas de sexo variado o mujeres-, mejores sistemas de seguridad y políticas de Estado no discriminatorias⁸⁷.

La segunda crítica se relaciona con la idea de que la creación de un solo baño para todas las personas impone cierto plan de vida sobre aquellas personas que prefieren seguir viviendo en una sociedad binaria en materia de sexo/género y con una clara separación de los roles de género que se espera que cada persona desempeñe en la sociedad. Al respecto cabe señalar que aquellos hombres y mujeres que prefieran preservar su tradicional estilo de vida anclado en una estricta división de sexo/género (que generalmente viene acompañada por una asignación de roles de género que ubica al hombre como proveedor y a la mujer como ama de casa y procreadora), pueden hacerlo en sus vidas privadas en tanto y en tanto y en cuanto no afecten a un tercero. No obstante, conforme los principales tratados regionales e internacionales de derechos humanos, es misión y obligación del Estado regular en contra de la discriminación de “sexo” u “otra condición social”, categorías ambas donde podría encuadrarse la discriminación que sufren las personas de sexo variado⁸⁸.

Otro argumento de menor entidad en contra de la idea de reever la separación binaria de los baños, se refiere a que con ello se disminuiría la privacidad que hombres y mujeres necesitan cuando van al baño. Esta preocupación puede resolverse construyendo baños cuyas puertas y paredes lleguen hasta el suelo sin dejar espacio entre los distintos compartimentos asegurándose también de que las trabas de seguridad funcionen adecuadamente. Es cierto que el hecho de llevar a cabo las funciones físicas propias de ‘ir al baño’ en la misma instalación que el sexo contrario puede ser embarazoso e incómodo para muchas personas. La vergüenza e incomodidad de algunas personas es un costo menor frente al beneficio de hacer los baños más seguros para las personas de sexo/género variado. Además, dicha incomodidad es una sensación culturalmente construida que seguramente se modifique cuando se generalice la costumbre de compartir el baño con seres humanos independientemente del sexo que tengan o no entre las piernas o en sus mentes.

87. Respecto de la relación que existe entre la discriminación y la violencia contra la mujer (relación que considero también se aplica a las personas transgénero e intersexuales), véase el artículo 6 de la “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer” conocida también como “Convención de Belem do Para” de 1994, el caso de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos “Maria Da Penha Fernandes”, Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Informe de Fondo Nro. 54/01, Brasil, 16/4/2001 y el Informe de la CIDH “Acceso a la Justicia para Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas”, 2007. En estos documentos se hace referencia al hecho de que la violencia contra la mujer es una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre el hombre y la mujer.

88. Véanse “Los Principios de Yogyakarta” cit. ut. infra nota 92.

También podría pensarse que la creación de baños neutrales conducirá a una menor limpieza de dichos baños. Este argumento asume que los hombres son esencialmente desordenados y sucios en el baño y que son incapaces de compartir dicha esfera pública con mujeres, que se supone son más limpias y prolijas. Muchas personas saben por experiencia que la limpieza de los baños públicos tanto de mujeres como de hombres no es exactamente impecable. Además, el hecho de que personas con distinto género/sexo sean capaces de compartir baños residenciales sin mayores inconvenientes, es un indicativo de que personas de distinto género también pueden compartir baños públicos.

Sin lugar a dudas la segregación en los baños refuerza la segregación social. Por ello, corresponde dismantelar el aparteid del sexo con la creación de un nuevo espacio físico seguro⁸⁹. Este reacondicionamiento arquitectónico y social tendría un impacto importante en la recuperación y construcción de la auto-estima de las personas de sexo variado como miembros integrantes de la comunidad en igualdad de condiciones con el resto de sus conciudadanos de grupos sexuales excluidos e invisibilizados⁹⁰. Para alcanzar este objetivo, tan sólo es necesario remover los uriniales, educar a las personas estándares de limpieza aplicable a ambos sexos y colocar mecanismos de control efectivos para prevenir la violencia.

V. Algunas reflexiones

Las personas con sexo/género variado se encuentran privadas de un estatus legal seguro e inclusivo, y que respete y de cuenta de su existencia. Espacios sociales como la familia, la educación primaria, secundaria y universitaria, el sistema de salud, entre otros, son constante fuente de exclusión. Estas personas no tienen derecho a casarse, a heredar o recibir una pensión en caso de fallecimiento de su pareja, a adoptar, entre muchas otras cosas. Tampoco les está asegurada una vida sin violencia física o psicológica⁹¹. Por ello son urgentes las protecciones legales específicas para las personas de sexo/género variado. En principio, son necesarias leyes antidiscriminatorias que los protejan en ámbitos tales como la educación, la salud, el trabajo, la familia y ámbitos de recreación y esparcimiento.

89. Desde ya que éste es sólo un ejemplo de las medidas que deberían adoptarse para eliminar la discriminación y violencia que sufren las personas de sexo/género variado. Entre otras políticas de protección, cabe mencionar la necesidad de sancionar una norma que asegure una 'escuela segura' para los adolescentes e infantes con sexo/género variado que impida el acoso de parte de maestros, estudiantes y padres porque ni su apariencia física ni su comportamiento se adecuan a la forma en que otras personas esperan que una niña o un niño luzcan y actúen. Al respecto véase Paisley CURRAH y Shannon MINTER, *Transgender Equality. A Handbook for activist and policymakers*, cit. ut. supra nota 8, p. 45.

90. Terry S. KOGAN, "Transsexuals and Critical Gender Theory: The Possibility of a Restroom Labeled 'Other'", cit. ut. supra nota 81.

91. "La violencia contra las personas LGTB [lesbianas, gays, personas trans y bisexuales] queda con frecuencia sin denunciar, sin documentar y últimamente sin castigar. Raramente provoca debate público e indignación. Este vergonzoso silencio es el rechazo último al principio fundamental de la Universalidad de los derechos (...)Excluir a los individuos LGTB de esa protección viola claramente las leyes internacionales de derechos humanos así como los niveles mínimos de humanidad que nos definen a todos". Extracto del discurso de Louise Arbour, Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en la Conferencia Internacional sobre Derechos de Lesbianas, Gays, Bisexuales y personas Trans en Montreal, el 26 de Julio de 2006. Véase también el Proyecto Remembering our Dead <http://www.gender.org/remember/index.html> que da cuenta de las personas asesinadas en virtud de su sexo/género variado.

La prohibición de discriminar con motivo del sexo/género de la persona reconocida en muchas normas de rango internacional y constitucional, debe interpretarse como refiriéndose también a la identidad de género de las personas de sexo variado. Para evitar que algún funcionario o juez las excluya de la interpretación que realizan de las normas que prohíben la discriminación de sexo, debería adecuarse la legislación antidiscriminatoria vigente de modo tal de hacer expresa la extensión de la protección contra la discriminación a este grupo de personas⁹².

Como muchas otras esferas de la vida, el diseño actual de los baños públicos presupone que hay una correlación entre el sexo genital y el mental. Cuando se reconoce la realidad científica de un 'continuo' en el sexo físico y mental más allá de cualquier categorización social en hombre o mujer, se vuelve simplemente absurdo clasificar a las personas en virtud de la forma de sus genitales. No hay una base lógica para forzar a las personas a declarar su sexo (casilleros femenino/masculino, hombre/mujer) en certificados de nacimiento, formularios escolares, pasaportes, etc., cuando la realidad muestra que los seres humanos no son ni hombres ni mujeres entendidos estos términos como categorías claramente delimitables, sino que somos en buena medida socializados en esas categorías.

Etiquetar a las personas como hombre o mujer al nacer, exalta la biología sobre la socialización. Y la interpretación que se hace de dicha biología, como vimos, es también un producto de la cultura. El hecho de crear expectativas que acompañan a cada una de las dos categorizaciones ha tenido consecuencias nefastas para muchas personas. Por ejemplo, ha significado subyugar a la mitad de la población mundial, como es el caso del rol al que se ha subsumido a la mujer, y ha significado condenar al ostracismo e invisibilidad social a una parte importante de la población de sexo variado que no encaja en la generalidad. En su lugar, deberían crearse las condiciones para que la gente pueda identificar su estatus sexual junto a un 'continuado' de posibilidades. En definitiva, debería dejarse a un lado la conformidad sexual y en cambio debería tomarse en cuenta las variaciones de sexo/género.

El cuerpo es muy complejo. Hay gamas y formas de diferencia en las varias capas de la sexualidad humana. Caratular a alguien como hombre o mujer es en la actualidad primordialmente una decisión social. El cuerpo no habla necesariamente el idioma binario que sí habla el género. Si el género en su propia construcción hubiese seguido a la naturaleza y emergido de la evidencia que ella presenta, hubiese hablado una infinidad de idiomas, no sólo dos⁹³. A medida que avanza el tiempo, los límites sociales entre lo que es masculino o femenino, hombre o mujer, normal o anormal/ambiguo, se vuelven cada vez más difíciles de definir y reconocer.

Más que insistir en la primacía de lo natural o lo cultural como fuente de las diferencias de género, tal vez sea hora de reconocer que ambos juegan un rol y que ninguna explicación se reduce a una sola de estas variables, sino que sólo tendrán sentido si se las integra.

92. Una guía respecto de cómo podría llevarse a cabo dicha adecuación legislativa, son los Principios de Yogyakarta elaborados y aprobados por un distinguido grupo de expertos en derechos humanos de distintas regiones y diversa formación en Yogyakarta, Indonesia en el mes de noviembre de 2006 los cuales abordan una amplia gama de normas de derechos humanos y su aplicación a los asuntos de la orientación sexual y la identidad de género.

Como señala Judith Butler, el cuerpo es un sistema que simultáneamente produce y es producido por significados sociales, es el resultado de acciones combinadas y simultáneas de la naturaleza y lo social⁹³. Si la identidad de género se encuentra inscrita en el cerebro al nacer –tal como muestran nuevas investigaciones científicas⁹⁴–, y si la forma que elegimos para expresar nuestra identidad como seres con género depende de normas culturales, ¿no debería la cultura seguir el ejemplo de la naturaleza y celebrar la diversidad/variedad? La diferencia puede ser una gran fuente de placer y de respeto por los derechos humanos de las personas con sexo/género variado.

93. Rhode se pregunta: ¿Cómo pueden la masculinidad y la femineidad estar basadas en la biología cuando algunos individuos bien adaptados (well-adjusted) tienen características biológicas de ambos sexos? Deborah, Rhode, *Speaking of Sex*, cit. ut. supra nota 53, p. 24.

94. Judith BUTTLER, *Bodies that Matter*, cit. ut. supra nota 9.

95. Véase, por ejemplo, las investigaciones que apuntan a la Environmental Endocrine Hipótesis de Christine Johnson comentada en el último capítulo de Deborah RUDACILLE, *The riddle of gender: science, activism, and transgender rights*, cit. ut. supra nota 39. También para una explicación sencilla de los desarrollos científicos en la materia, véase el libro de Anne FAUSTO-STERLING, *Sexing the Body*, cit. ut. supra nota 1.

Desarrollo económico, pobreza y antimonopolio: El Otro Sendero

Eleanor M. Fox*

“Los tecnócratas pueden estar inclinados a ignorar temas vinculados con la distribución, pero nadie más lo estará.”

Harvard Institute for International Development, 1991.¹

Los países desarrollados suelen sostener que el derecho antimonopólico sólo apunta a la eficiencia y el bienestar de los consumidores, y que cualquier enfoque que sea más general protegerá a los pequeños competidores y sumergirá la economía en la ineficiencia. Los países en vías de desarrollo retrucan que *su* derecho antimonopólico debe también referirse a cuestiones distributivas y de poder. Este artículo desafía el argumento occidental estándar según el cual si no puede demostrarse que una conducta eleva los precios a los consumidores, ella es eficiente y debe quedar exenta de cualquier demanda antimonopólica. También sostiene que los países en vías de desarrollo necesitan un estándar más amplio que el de si una conducta disminuye la riqueza agregada de los consumidores o la riqueza total. El derecho antimonopólico de los países en desarrollo no debería ser empleado para proteger a los David ineficientes contra Goliath, pero puede y debería ser usado para *fortalecer* a los David contra Goliath, al mantener abiertos los canales de movilidad y acceso. De hecho, la movilidad ampliada tiende a producir resultados eficientes en sociedades en las cuales las oportunidades económicas de una enorme cantidad de gente han sido suprimidas. Un derecho antimonopólico para países en desarrollo que valore la movilidad, el acceso y el desarrollo eficiente de la economía, sin proteger al mismo tiempo a las pequeñas firmas a expensas de los consumidores, es El Otro Sendero del título. El artículo desarrolla principios, factores y estrategias que dan contenido a este otro sendero.

I. Introducción

Este artículo se ocupa de la competencia, el derecho antimonopolio, la pobreza y el desarrollo económico. La pregunta que formula es: ¿cuál es la perspectiva fundacional que debería iluminar el derecho de la competencia en países en vías de desarrollo?

* Eleanor Fox es la *Walter J. Derenberg Professor of Trade Regulation* de la New York University School of Law. El texto que publicamos es la versión en español de un artículo que aparecerá en la *South Western Law Review* (2007). Publicado aquí bajo permiso de dicha revista y de la autora. Traducido por María Eugenia Artabe.

Este artículo está dedicado y escrito en recuerdo de mi querido amigo, colega y co-autor, Lawrence A. Sullivan, un gran humanista que siempre se preocupó por las personas menos afortunadas en esta tierra.

La autora agradece a Dennis Davis, John Fingleton, Frederic Jenny, Wolfgang Kerber y D. Daniel Sokol por sus muy útiles comentarios. Agradece también a los miembros del simposio en honor a Lawrence Sullivan organizado por la *Southwestern Law School*. Asimismo, a Gauri Chhabra y Meredith Laitner, por su asistencia en la investigación, y a la Filomen D'Agostino and Max E. Greenberg Foundation por su generoso apoyo a esta investigación.

1. REFORMING ECONOMIC SYSTEMS IN DEVELOPING COUNTRIES 3 (Dwight H. Perkins & Michael Roemer eds., 1991).

Una doctrina importante argumenta que, para países en vías de desarrollo, el contexto importa en el diseño y la aplicación del derecho de la competencia y de las instituciones que lo sustentan.² Esta literatura comúnmente parte del modelo del derecho antimonopolio de países industrializados, y se pregunta cuáles son los cambios necesarios en contextos de instituciones débiles, falta de presupuesto, altas barreras y mercados de capitales débiles. Este artículo va un paso más allá. Aboga por la necesidad de colocar el derecho antimonopolio de un país en vías de desarrollo en el contexto más amplio de la economía del desarrollo, y destaca la importancia de la adversidad que enfrenta un país en vías de desarrollo ante las tormentas y negociaciones del comercio mundial y la competencia.

Los voceros de los países en vías de desarrollo a menudo expresan la necesidad de un paradigma antimonopolio diferente al del mundo desarrollado.³ Los voceros del mundo desarrollado tienden a abogar por normas universales,⁴ que pueden aplicarse de manera diferente cuando los hechos son diferentes. Además, comúnmente entienden que la justificación del derecho antimonopolio es “la eficiencia”.⁵

Este artículo toma un punto de partida diferente. Pregunta: si usted fuera un diseñador de políticas públicas en un país cuyo principal problema económico fuera una profunda pobreza sistemática, agravada por corrupción, “amiguismo”, estatismo selectivo,

2. Trabajo innovador ha sido realizado por William Kovacic, por ejemplo, en William Kovacic, *Capitalism, Socialism, and Competition Policy in Vietnam*, 13 *ANTITRUST* 57 (1999); William Kovacic, *Getting Started: Creating New Competition Policy Institutions in Transition Economies*, 23 *BROOK. J. INT'L L.* 403 (1997); William Kovacic, *The Competition Policy Entrepreneur and Law Reform in Formerly Communist and Socialist Countries*, 11 *AM. U.J. INT'L L. & POL'Y* 437 (1996); William Kovacic, *Designing and Implementing Competition and Consumer Protection Reforms in Transitional Economies: Perspectives from Mongolia, Nepal, Ukraine and Zimbabwe*, 44 *DEPAUL L. REV.* 1197 (1995); William Kovacic, *Competition Policy, Economic Development, and the Transition to Free Markets in the Third World: The Case of Zimbabwe*, 61 *ANTITRUST L.J.* 253 (1992); William E. Kovacic & Robert S. Thorpe, *Antitrust and the Evolution of a Market Economy in Mongolia*, en *DE-MONOPOLIZATION AND COMPETITION POLICY IN POST-COMMUNIST ECONOMIES* 89 (Ben Slay ed., 1994).

3. Ver AJIT SINGH, U.N. CONF. ON TRADE & DEV., *COMPETITION AND COMPETITION POLICY IN EMERGING MARKETS: INTERNATIONAL AND DEVELOPMENTAL DIMENSIONS* (2002).

4. Ver, por ejemplo, Makan Delrahim, *The Long and Winding Road: Convergence in the Application of Antitrust to Intellectual Property*, Remarks at George Mason Law Review Symposium (Oct. 6, 2004), en 13 *Geo. Mason L. Rev.* 259 (2005) (“la aplicación de legislación antimonopolio basada en el consenso es crucial para el comercio mundial y el bienestar del consumidor”).

5. Comúnmente se formula como único propósito del antimonopolio a la eficiencia. Una formulación común del estándar de eficiencia es que la ley antimonopolio debería proscribir solamente aquello que afecta negativamente a los consumidores y es ineficiente, en términos de restricciones a la producción. La conducta empresarial, salvo por los cárteles más resistentes, se presume eficiente; se sostiene entonces que, fuera de los cárteles, la ley debería proscribir solamente conductas que tengan como resultado limitaciones a la producción y que no constituyan una respuesta empresarial legítima a los consumidores.

Hay caminos alternativos para velar por la eficiencia y cómo lograrla. Una principal alternativa se centraría en preservar la estructura y fuerzas de la competencia, asumiendo que es altamente probable que el proceso de competencia cree incentivos para la competencia y la invención. Se cree que la diversidad y la apertura promueven el conocimiento y la experimentación, y que funcionan como un mecanismo de retroalimentación que facilita la adaptación y el cambio dinámicos. Ver See Wolfgang Kerber, *Competition, Experimentation, and Legal Rules and Institutional Framework* (Dec. 2, 2006) (manuscrito sin publicar, en poder de la autora); ver también Eleanor Fox, *What is Harm to Competition? Exclusionary Practices and Anticompetitive Effect*, 70 *ANTITRUST L.J.* 371 (2002).

instituciones débiles, y a menudo una democracia inestable,⁶ ¿cuál sería la perspectiva fundacional sobre la que construiría el derecho antimonopolio?

En particular, ¿elegiría un principio fundacional que confiara en la liberalización y la libre empresa (“primer modelo”), o en cambio elegiría un principio que tomara principalmente en cuenta la opacidad, la obstrucción y la captura política de sus mercados, y que incluyera alguna medida para ayudar a conferir poder económico a la gente para ayudarse a sí misma (“segundo modelo”)? Existen, por supuesto, otras formulaciones. Hay también formulaciones dentro de las formulaciones.⁷

La respuesta no es fácil. Aun si en abstracto el segundo modelo pudiera parecer más legítimo para una economía en vías de desarrollo, el primer modelo es un camino mucho más recorrido, y reinventar un camino es difícil y costoso. Más aun, el primer modelo ofrece algunas reglas claras y relativamente simples sin arriesgar los costos de demasiada intervención y de excesiva discrecionalidad por parte de los funcionarios.

El artículo concluye sugiriendo que la confianza en los mercados es crítica para el bienestar económico; que los principios neoliberales que inspiran buena parte de la regulación antimonopolio en esta era de “modernización”⁸ no son necesarios para la eficiencia y que pueden ir en contra de ella; y que los países en vía de desarrollo pueden desear explorar un camino que sea más adecuado a su contexto.

Este artículo está escrito en una época en la que la “convergencia” es repetidamente mencionada como un objetivo obligado del derecho antimonopolio en un mundo globalizado. La convergencia implica estándares universales, o al menos normas universales implementadas de manera común. La frase “estándares universales” normalmente se refiere

6. Mark Dutz y R. Shyam Khemani escribieron respecto de la “tiranía de los intereses predatorios”:

Estos factores [alta concentración del mercado, fuertes barreras al ingreso, alta concentración de capitales y débil *governance* empresarial] tienden a reforzarse unos a otros y propiciar estructuras industriales y financieras que no son ni flexibles ni eficientes. Estos factores también poseen impacto negativo no sólo para la promoción de competencia real y competitividad, sino también para la *governance* a nivel del Estado y de las empresas – y para la persistencia de un nexo anticompetitivo entre empresas y gobierno, que refuerza recíprocamente los intereses creados de cada uno, utilizando las empresas parte de sus dividendos para comprar favoritismo gubernamental y así lograr afianzar su poder en el mercado. Dado que las empresas tienden a ser pocas, pero muy grandes, poseen ventajas organizativas y financieras para influir en la legislación y regulación.

Mark Dutz & R. Shyam Khemani, *Competition Law & Policy: Challenges in South Asia* 11 (2007).

7. Por ejemplo, una perspectiva dominante asume que los mercados funcionan bien y que las intervenciones gubernamentales son perjudiciales (presunciones neo-liberales). En la otra punta del espectro, analistas podrían reconocer que las estructuras del mercado pueden ser “manipuladas o alteradas en favor de elites afianzadas, con el resultado de una distribución desigual de la riqueza y estratificación social definida en función de criterios étnicos o raciales”, situación que podría ser exacerbada por las leyes de competencia. TAIMOON STEWART, JULIAN CLARKE & SUSAN JOEKES, *COMPETITION LAW IN ACTION: EXPERIENCES FROM DEVELOPING COUNTRIES IV* (2007), available at http://www.idrc.ca/en/ev-111677-201-1-DO_TOPIC.html.

8. Tanto los Estados Unidos de Norteamérica como la Unión Europea han creado comisiones o proyectos para analizar cómo deberían modernizarse las leyes que regulan la competencia. Más aún, en los Estados Unidos fallos sucesivos de la Corte Suprema de Justicia han restringido la aplicación de la ley antimonopolio de ese país. Ver, por ejemplo, *Leegin Creative Leather Prods., Inc. v. PSKS, Inc.*, No. 06-480, 2007 WL 1835892 (U.S. June 28, 2007); *Weyerhaeuser Co. v. Ross-Simmons Hardwood Lumber Co., Inc.*, 127 S. Ct. 1069 (2007); *Volvo Trucks N. Am., Inc. v. Reeder-Simco GMC, Inc.*, 546 U.S. 164 (2006); *Ill. Tool Works Inc. v. Independent Ink, Inc.*, 547 U.S. 28 (2006).

a los estándares de Estados Unidos y/o Europa.⁹ Este artículo sugiere que los países en vía de desarrollo deberían no obstante considerar los beneficios de su propia perspectiva. Aun más, sugiere que una convergencia sustancial puede ser alcanzada y ocurrir naturalmente incluso frente a diferentes perspectivas.

II. La opción

Aproximadamente, cien países en el mundo adoptaron leyes antimonopolio. Un cuarto de estos países posiblemente sea países desarrollados. Otros países en vías de desarrollo, sin embargo, no han adoptado todavía leyes antimonopolio; algunos están considerando hacerlo.

Desde una perspectiva, todos esos países deberían adoptar leyes antimonopolio¹⁰; y todas esas naciones deberían adoptar el marco legal de los países desarrollados: mercados libres y leyes antimonopolio para asegurarlos. De manera similar a los países desarrollados, las economías en vías de desarrollo están plagadas de *cárteles* y otras restricciones que obstruyen sus mercados y dañan a su gente. La globalización ha bajado las barreras y preparado el camino para obtener de los mercados los beneficios de la eficiencia y, se argumenta, la liberalización y el antimonopolio deberían trabajar mano a mano para asegurar estos beneficios.¹¹

Este artículo argumenta que el derecho antimonopolio para países en vías de desarrollo debe ser visto en un contexto más amplio. Este panorama incluye las duras condiciones económicas de los países en vías de desarrollo y el trato que reciben por parte de la comunidad internacional. Los países en vías de desarrollo a menudo ven la retórica de la libertad de mercados, la riqueza agregada o los objetivos de bienestar como inapropiada para su contexto, debido a la tendencia de las políticas de libre mercado de otorgar ventajas desproporcionadas a quienes ya han resultado aventajados en cada juego en que intervinieron.¹²

9. Esto es así aún cuando los estándares de Estados Unidos y Europa están cambiando, instituciones en ambos lugares se embarcan en proyectos de "modernización" y la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos restringe el ámbito de aplicación de la ley. Sin embargo, con el crecimiento económico de China y la India, podrían esperarse cambios imprevisibles en la ubicación del foco de atención actual ubicado en Estados Unidos y Europa.

10. Comparar A.E. Rodriguez and Mark D. Williams, *The Effectiveness of Proposed Antitrust Programs for Developing Countries*, 19 N. C.J.INT'L L. & COM. REG. 209 (1994) (sosteniendo que la ley antimonopolio es en general inapropiada para países en vías de desarrollo y que los efectos "liberales" de la ley serán superados por la acción política de grupos de intereses en búsqueda de protección), con Craig W. Conrath and Barry T. Freeman, *A Response to "The Effectiveness of Proposed Antitrust Programs for Developing Countries,"* 19 N.C.J. INT'L L. & COM. REG. 233 (1994) (sosteniendo que la ley antimonopolio y la acción política en su defensa beneficiarán a los consumidores).

11. La eficiencia es vista usualmente como la medida de los beneficios de la regulación antimonopólica. En este punto, no hago diferencias entre bienestar del consumidor y bienestar total al medir eficiencia. Enfatizo conceptos agregativos, ya sea definidos en términos de todos los consumidores o de todos los consumidores más los productores: ¿Ganan los ganadores más de lo que pierden los perdedores? Y, en ese caso, ¿no deberíamos prestar atención a las consecuencias en términos de distribución?

12. Ver Nancy Birdsall, *Inequality Matters: Why Globalization Doesn't Lift All Boats*, BOSTON REV., Mar.-Apr. 2007, at 7; Francis Fukuyama, *Keeping Up with the Chavezes*, WALL ST. J., Feb. 1, 2007, en A17; Peter Sutherland, *The Doha Development Agenda: Political Challenges to the World Trading System—A Cosmopolitan Perspective*, 8 J. INT'L ECON. L. 363 (2005).

Esto no implica que el derecho antimonopolio para países en vías de desarrollo deba ser dramáticamente diferente del de los países desarrollados. Existen razones a favor de que sea más o menos similar, como las que desarrollo más abajo; pero también hay razones sobre por qué la perspectiva podría diferir de la neo-liberal que actualmente subyace a muchas leyes antimonopolio en países desarrollados, una perspectiva que encuentre “relativamente poca resonancia en la gran mayoría de la población que es pobre.”¹³

III. Acomodando las Barajas: Algunos símbolos

A mediados de los noventa, el concepto y epíteto “Consenso de Washington” se convirtió en el símbolo de la globalización.¹⁴ El Consenso de Washington prescribía desregulación, privatización, liberalización, claros derechos de propiedad y disciplina fiscal. Predecía que cumplir con esta prescripción generaría mayor crecimiento para las economías de los países en vías de desarrollo.¹⁵

Los ciudadanos y defensores del mundo en vías de desarrollo observaron rápidamente el otro lado de la moneda. La globalización también tendía a aumentar la disparidad de la riqueza y las oportunidades, dañando a algunas de las personas más pobres.¹⁶ En algunos

13. Fukuyama, *supra* nota nro. 12.

14. John Williamson es el autor de *THE PROGRESS OF POLICY REFORM IN LATIN AMERICA*, el libro que dio origen a la frase “Consenso de Washington”. El libro enfatiza que es importante para los países latinoamericanos descansar en las fuerzas del mercado y en políticas fiscales y monetarias sólidas. Esta frase se convirtió en una generalizada receta neoconservadora. JOHN WILLIAMSON, *THE PROGRESS OF POLICY REFORM IN LATIN AMERICA* (1990).

15. Ver JOSEPH E. STIGLITZ & ANDREW CHARLTON, *FAIR TRADE FOR ALL: HOW TRADE CAN PROMOTE DEVELOPMENT*, 2 (2005); ver también Dani Rodrik, *Feasible Globalizations*, en *GLOBALIZATION: WHAT'S NEW?* 196 (Michael W. Weinstein ed., 2005); Jeffrey D. Sachs, *Globalization and Patterns of Economic Growth*, en *GLOBALIZATION: WHAT'S NEW?* 214 (Michael W. Weinstein ed., 2005). Estas tres fuentes atacan o modifican las premisas y la eficacia del Consenso de Washington.

16. Ver Anna Bernasek, *Income Inequality and its Cost*, N.Y. TIMES, June 25, 2006; cf. David Dollar, *Globalization, Poverty and Equality*, in *GLOBALIZATION: WHAT'S NEW*, *supra* nota nro. 15, en 96 (sugiriendo que abrir el comercio “ha sido una buena estrategia” para países como China, México y Uganda); *id.* en 97; para una opinión divergente, ver Birdsall, *supra* nota nro. 12 (distinguiendo buena desigualdad, que incentiva a las personas que son capaces de responder a incentivos y que “es consistente con la distribución eficiente de recursos” de la “desigualdad destructiva [que] deriva privilegios a aquellos que ya son ricos y obstruye la posibilidad de que aquellos menos adinerados realicen contribuciones productivas.”). Birdsall nota que mientras la globalización ha producido un rápido crecimiento económico en India y China, sacando a millones de personas de la pobreza, ha dejado también a millones de los más pobres, incluso en India y China, en la misma condición o en peores condiciones y ha causado un aumento de la desigualdad.

India se encuentra en un estado de pobreza persistente: “[L]a cada vez más común visión de India centrada en el comercio esconde más datos de los que revela. Los recientes reportes sobre el supuesto crecimiento de la India prácticamente no mencionan el hecho de que el producto bruto interno per cápita de \$728 es apenas superior al del África subsahariana. La malnutrición afecta a más de la mitad del total de niños y niñas en India y hay pocas señales de que estén siendo ayudados por las reformas de mercado del país, que se han enfocado en la creación de riqueza privada Han surgido insurrecciones comunistas en algunos de los más pobres y densamente poblados sectores del norte y centro de India [en distritos donde el gobierno ya no posee controles efectivos+, alimentadas por el resentimiento de aquellos que han sido dejados atrás por el crecimiento económico centrado en las urbes].” Pankaj Mishra, *The Myth of the New India*, N.Y. TIMES, Julio 6, 2006, en A1. Ver también Pascal Lamy, Dir. Gen., WTO, *Making Trade Work for Development: Time for a “Geneva Consensus”* Emil Noel Lecture, New York University School of Law (Oct. 30, 2006) (disponible en <http://www.nyulawglobal.com/events/documents/emilenoellecturefall06.pdf>). Pascal Lamy relata el prejuicio contra países en vías de desarrollo que hubo en la anterior ronda de comercio. Nota

de los países menos desarrollados empeoró la situación de muchos productores ya que los *commodities* que exportaban enfrentaron una mayor competencia en mercados mundiales, sus exportaciones de valor agregado enfrentaron altos aranceles¹⁷, y los precios exigidos para las importaciones de valor agregado fueron a menudo supra-competitivamente altos.

Asimismo, al mismo tiempo que hablan el lenguaje de la liberalización, los países desarrollados a menudo se liberalizaron en áreas en las que encontraron conveniente hacerlo y resistieron la liberalización cuando les resultó inconveniente. Esto ha sido particularmente cierto en el caso de la agricultura, un área en la cual los países en vías de desarrollo muchas veces tienen una ventaja comparativa significativa. Los países industrializados inundaron los mercados africanos con algodón fuertemente subsidiado, desplazando y amenazando el sustento de los granjeros africanos que producían algodón a un costo equivalente a las dos terceras partes del costo de los importadores.¹⁸ Así, incluso cuando aportaron millones de dólares para el desarrollo¹⁹ e insistieron que los pobres deben trabajar para ayudarse a sí mismos, los países desarrollados continuaron bloqueando las oportunidades para los productores extranjeros eficientes pero pobres que intentaron ayudarse a sí mismos compitiendo sobre la base del mérito de sus productos.²⁰ El periodista Martin Wolf denomina a este fenómeno la “Hipocresía del Rico.”²¹

Persistentes estrategias de juego mundial tienden a mantener a los más aventajados en lo más alto y a los desaventajados en el fondo²². Existen varios símbolos para ello. Uno de ellos es “Seattle.”²³ Seattle evoca el recuerdo de los disturbios en oposición a las perspectivas de un libre comercio todavía más ampliado bajo el patrocinio de la Organización Mundial del Comercio (“OMC”) sin darles a los usuales perdedores una voz significativa; los perdedores son aquellos que consistentemente obtienen una injusta y exigua parte de las ganancias del comercio generado por la globalización y la liberalización.

la persistencia de “colonización económica” y el trago amargado de los países en vías de desarrollo por “insuperables problemas de ajuste”. Los problemas de ajuste en los países en vías de desarrollo a la embestida del libre comercio son especialmente serios “porque [las aperturas del mercado] usualmente impactan a grandes porciones de la población y porque estos países tienen poca capacidad para implementar las necesarias políticas públicas que asistan a las víctimas de la globalización.” *Id.* pág. 6, 7, 10. Más aún, los países en vías de desarrollo suelen carecer de redes de seguridad, lo que significa que la pérdida de trabajo resulta en severas dificultades. Lo que es más, los prometidos beneficios de la apertura del mercado son difíciles de alcanzar: el tiempo y los costos de la comercialización (por ejemplo, transporte de los productos a un puerto) pueden superar los beneficios.

17. Ralph Kaplinsky, *Globalization, Poverty and Inequality: Between a Rock and a Hard Place* 57 (2005).

18. Ver MARTIN WOLF, *WHY GLOBALIZATION WORKS* 212-218 (2005).

19. Ver William Easterly, *THE WHITE MAN'S BURDEN: WHY THE WEST'S EFFORTS TO AID THE REST HAVE DONE SO MUCH ILL AND SO LITTLE GOOD* (2006).

20. La competencia en base a mérito es competencia basada en costos y calidad.

21. Ver WOLF, *supra* note 18; Ver también Dani Rodrik, *Goodbye Washington Consensus, Hello Washington Confusion? A Review of the World Bank's Economic Growth in the 1990s: Learning from a Decade of Reform*, 44 J. ECON. LITERATURE 973 (2006) [hereinafter *Goodbye Washington Consensus*].

22. Ver Birdsall, citado en nota 12

23. Ver, por ejemplo, JOSEPH STIGLITZ, *THE ROARING NINETIES: WHY WE'RE PAYING THE PRICE FOR THE GREEDIEST DECADE IN HISTORY* 238 (2003) (identificando la reunión de Seattle como la ocasión para “la reacción contra la globalización” y como una “protesta civil de una magnitud que no había sido vista en un cuarto de siglo”).

A raíz de Seattle y sus subsecuentes relampagueos, el mayor problema económico del mundo –la profunda pobreza sistémica y su relación con la desigualdad– no pudo seguir siendo dejado a un lado. Cerca del veinte por ciento de la población mundial vive con menos de un dólar al día, y en el África sub-sahariana estas proporciones aumentan a más del cuarenta por ciento²⁴. La pobreza persistente reduce las capacidades físicas y mentales de grandes poblaciones.²⁵ Esto mina la fuerza de trabajo y la productividad de las naciones más pobres, socavando su promesa de eficiencia (y no en menor medida, de humanidad). Además incrementa el gasto en salud, lo que disminuye los ahorros y las inversiones.²⁶ Más aun, la desigualdad del ingreso alimenta la corrupción.²⁷ Activa un espiral que conduce a una mayor desigualdad económica y política.²⁸

En el año 2000, la creciente preocupación mundial acerca del problema de la pobreza hizo que la ONU produjera los “Objetivos de Desarrollo del Milenio” (en adelante ODM). Los ODM aspiraban a reducir a la mitad el porcentaje de las personas severamente pobres del mundo para el año 2015. Estamos a mitad de camino en término de años pero no de objetivos alcanzados, aunque las tasas de extrema pobreza están cayendo, especialmente en Asia.²⁹

La mayor parte de las estrategias específicas para alcanzar la meta de combatir la pobreza giran en torno a beneficios y servicios públicos: salud, comidas en las escuelas, educación, infraestructura y perdón de deudas.³⁰ Este trabajo, sin embargo se enfoca en los ODM en su relación con los mercados³¹. Los “ODM” son un símbolo poderoso.

Es justo entonces preguntar: ¿hemos llegado a un choque de símbolos?

Este trabajo sostiene dos puntos principales.

24. Un dólar al día es la traducción de niveles de ingreso basados en una medida llamada “paridad de poder de adquisición”. Ver KAPLINSKY, *supra* nota nro. 17, pág. 27-30.

25. Ver A Better Way to Cure Poverty, editorial, NY Times, Mayo 5, 2005, A34.

26. Bernasek, *supra* nota nro. 16.

27. Ver Charles W. Calomiris, Capital Flows, Financial Crises, and Public Policy, y William Easterly, The Rich – Have Markets the Poor have Bureaucrats, ambos en Weinstein, *supra* nota nro. 14, p. 36 y p. 170, respectivamente.

28. Como observara uno de los profesores de economía de la Universidad de Harvard, a mayor riqueza, mayor influencia política: “Si los ricos pueden influenciar el resultado político mediante actividades de *lobby* o participación en ciertos grupos de interés, más desigualdad podría resultar en una menor redistribución, en lugar de una mayor redistribución.” Bernasek, *supra* nota nro. 16 (citando a Edmond Glaeser).

29. Ver UN Millenium Development Goals Report 2006 (UN 2006)

30. Ver Secretario General de la ONU en *Report of the Secretary-General: Road Map Towards the Implementation of the United Nations Millennium Declaration*, U.N. GAOR, 56th Sess., U.N. Doc. A/56/326 (Sept. 6, 2001).

Ver SIMON J. EVENETT, *COMPETITION AND THE MILLENNIUM DEVELOPMENT GOALS: NEW “EVIDENCE” FROM OFFICIAL SOURCES* (2006) (sosteniendo que los creadores de políticas públicas no ven una correlación entre la competencia y los Objetivos de Desarrollo del Milenio [en adelante “ODM”] y otros indicadores de desarrollo, aún cuando esta correlación existe), *disponible en* <http://www.evenett.com/working/CompanMDGs200206.pdf>.

31. No sostengo que el antimonopolio deba convertirse en la ley de la pobreza. En cambio, considero que si el antimonopolio en países en vías de desarrollo ignora la pobreza y la mala distribución de recursos, corre el riesgo 1) de convertirse en una ley hostil que no merece legitimidad y que no se arraiga en la práctica del país, o 2) de generar, una ley de defensa de la competencia, para llenar el vacío, que no tiene como guía al conocimiento del mercado .

1. Las herramientas del mercado son una parte muy importantes del abanico de herramientas necesarias para combatir la pobreza en el mundo, y deberían ser utilizadas generosamente. Estas herramientas del mercado incluyen medidas liberalizadoras del mercado que reducen precios, y la fijación de prioridades en cuestiones antimonopólicas que ataquen a las maniobras conspirativas que suben el precio de productos básicos como la leche, el pan, el transporte y los servicios públicos, beneficiando a los pobres³² tanto como a aquellos mejor situados. Mas aun, como observa el profesor Simon Evenett, “los argumentos conceptuales y la evidencia empírica disponible apoyan ampliamente... la visión que indica que promover la rivalidad entre las empresas aumenta el dinámico desempeño económico de las economías en vías de desarrollo.”³³
2. Al mismo tiempo, fuera del área de los *cárteles*, existen límites al esquema de antimonopolio de Occidente, especialmente cuando se lo aplica a países en vías de desarrollo y poblaciones sumidas en la pobreza. Para la macroeconomía, los límites de la perspectiva neo-liberal han quedado bien documentados³⁴.

Las barajas terminan en manos de aquellos que están situados en los peldaños altos de la escalera en términos de habilidad, educación, capital y movilidad; aquellos que viven en una economía con una infraestructura de apoyo, compuesta por instituciones no corruptas y con fondos³⁵. Más aun, ciertas versiones modernas del derecho antimonopolio de los países industrializados, e inclusive versiones modificadas que reconocen la debilidad de las estructuras institucionales y los mercados, se centran solamente en la asignación de recursos y en el tamaño de la torta. La preocupación guía es que las prácticas anticompetitivas ineficientes pueden hacer que la torta se encoja, incluso cuando se postula que los actos distintos a la cartelización casi nunca producen una disminución del tamaño de la torta. Los que proponen esta perspectiva de eficiencia o riqueza agregada no se ocupan de las cuestiones deontológicas vinculadas al poder y a cómo se distribuyen las oportunidades. Normalmente presumen que una perspectiva antimonopolio basada en la distribución de las oportunidades y

32. Ver World Bank, World Development Report 2000/2001: Attacking Poverty 61 (2000), *disponible en* www.worldbank.org/prem/poverty/wdrpoverty/report/ch4.pdf.

Bajos precios en la agricultura pueden por supuesto dañar a los granjeros pobres. Este es un precio de los mercados y la competencia. Es un precio de relativo corto plazo que aún las sociedades pobres debieran escoger pagar para lograr un futuro mejor, pero les puede resultar difícil; y el poder político de los granjeros puede prevalecer por encima de la elección de los consumidores.

33. Simon J. Evenett, U.K.'s Dep't for Int'l Dev., *Links between Development and Competition Law in Developing Countries* (2003), *disponible en* <http://www.evenett.com/reports/dfidpaper.pdf>; ver también Ana Maria Alvarez, Simon J. Evenett & Laurence Wils-Samson, *Anti-Competitive Practices and the Attainment of the Millennium Development Goals: Implications for Competition Law Enforcement and Inter-Agency Cooperation*, en *Implementing Competition-Related Provisions in Regional Trade Agreements: Is It Possible to Obtain Development Gains?* 60 (2007).

34. Ver, por ejemplo, STIGLITZ, *supra* nota nro. 23, pág. 228-240; Rodrik, *Goodbye Washington Consensus*, *supra* nota nro. 21.

35. See Lamy, *supra* note 16; Birdsall, *supra* nota nro. 12.

la riqueza contraerá el tamaño de la torta³⁶ y empeorará incluso la situación del más pobre. Los países en vías de desarrollo, sin embargo, podrían no estar de acuerdo³⁷.

En contraste, los ODM tratan centralmente *sobre* distribución³⁸. La consecución de las metas se percibe como algo central para el bienestar del mundo en desarrollo, e indirectamente, de todo el mundo. Es este artículo argumenta que si la política debe ser favorable para el desarrollo económico, debe mirar a la extrema pobreza a los ojos³⁹. Esto significa no sólo utilizar las fuerzas del mercado para mantener precios competitivos, sino también construir una escalera de movilidad desde el escalón mas bajo hacia arriba, incentivando emprendimientos⁴⁰ y estimulando la inventiva⁴¹. Implica una preocupación sobre no ampliar la brecha entre ricos y pobres, entre quienes tienen poder y los privados de él. El imperativo de la movilidad⁴² se aplica a la política económica. Particularmente, se aplica al derecho y a la política de la competencia. Si el derecho de la competencia en países en vías de desarrollo amenaza con ensanchar o preservar la brecha de desigualdad en lugar de construir la escalera de movilidad, podríamos preguntarnos seriamente si el derecho de la competencia en el libre mercado, más allá de la legislación contra los cárteles,⁴³ es aconsejable para el mundo en desarrollo.

IV. El desafío de la competencia

A. Introducción

Ya colocamos la pobreza en el centro de nuestras preocupaciones. Relacionado con ello está el problema del “dejado atrás” o el problema de la marginalización. Presuponemos

36. Ver *Verizon Commc’ns Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP* (“Trinko”), 540 U.S. 398 (2004); *Bus. Elecs. Corp. v. Sharp Elecs. Corp.*, 485 U.S. 717, 727 (1988). En *Trinko* la Corte dijo: “La mera posesión de poder monopólico, y concomitantemente el cobro de precios monopólicos, es no solamente lícito; es un elemento importante del sistema de libre mercado. La oportunidad de cobrar precios monopólicos – aún por un breve período de tiempo – es lo que atrae la “astucia empresarial” en primer lugar; induce a correr aquellos riesgos que resultan en innovaciones y crecimiento económico.” Id. pág. 407.

37. Ver Ajit Singh, *Multilateral Competition Policy and Economic Development: A Developing Country Perspective on the European Community Proposals* (trabajo presentado en la quinta reunión del Intergovernmental Group of Experts on Competition Law and Policy, Genova, Julio 2-4, 2004), disponible en <http://www.networkideas.org/feathm/aug2003/MCP.pdf>; Stewart et al., *supra* nota nro. 7.

38. Esto es así aún cuando es muy posible que medidas de distribución de recursos tengan un impacto positivo en la situación de aquellos extremadamente pobres, al reducir el precio de bienes de primera necesidad provistos por actores del mercado.

39. Este fue el principio de la debilitada Ronda de Desarrollo de Doha. Ver Lamy, *supra* nota nro. 16.

40. Ver Mark Dutz, Janusz Ordovery & Robert Willig, *Entrepreneurship, Access Policy and Economic Development: Lessons from Industrial Organization*, 44 *European Econ. Rev.* 739 (2000).

41. La metáfora de la escalera es también utilizada en Jeffrey D. Sachs, *The End of Poverty: Economic Possibilities for Our Time* 73 (2005).

42. Ver Dutz & Khemani, *supra* nota nro. 6, pág 6 (“Al ayudar desactivando barreras públicas y privadas a la entrada y [removiendo] restricciones al comercio, las leyes reguladoras de la competencia y las políticas públicas pueden ayudar a crear oportunidades para una más amplia participación en la economía.”).

43. La legislación anti-cárteles responde a ideales de los pensamientos neo-liberal y liberal: al neo-liberal porque remueve obstáculos a la eficiencia; liberal porque responde a los ideales de justicia y reglas justas de *governance*; es decir, que los mercados deben ser regulados por fuerzas impersonales y no por unos pocos poderosos.

que los países en vías de desarrollo, en general, desean formar parte de una cada vez más integrada economía mundial, con la esperanza de incrementar sus oportunidades económicas, generar tasas más altas de ganancias y crecimiento, e inducir tasas más altas de inversiones en sus países.

¿Desean todos los países seguir este camino de globalización e integración? Convertirse en parte del sistema del mercado mundial puede suponer un cambio dramático, conllevando temor a la homogenización y la pérdida del sentido de comunidad⁴⁴. Este ensayo está enfocado en aquellos países que -como la mayoría de países hoy- eligieron esa mayor integración.

Es difícil para los aventajados poner la pobreza y la inequidad en el centro de nuestras preocupaciones. Es difícil no porque resistamos el desafío sino porque inevitablemente nos guiamos por los modelos de leyes que conocemos; estamos inclinados a imaginar que nuestro sol es el centro del universo. De esto se sigue que todo lo que tenemos que hacer para crear leyes de competencia más amigables y adecuadas para los países en vías de desarrollo es efectuar pequeñas modificaciones en el modelo que conocemos, para tomar nota, por ejemplo, de la existencia de mercados de capitales deficientes. A menudo se adopta este enfoque, y esto constituye un problema que merece nuestra atención.

Suponiendo que los países en vías de desarrollo eligen aumentar la interconexión económica, debemos preguntarnos: primero, ¿hasta qué punto la competencia y el mercado ayudarán a los países en vías de desarrollo a desarrollarse eficientemente en beneficio de su población? Segundo, ¿en qué medida ayudará el derecho antimonopolio? Tercero, ¿si tenemos derecho antimonopolio, que tipo de derecho antimonopolio sería?

B. ¿En qué medida la competencia y el mercado ayudarán?

La liberalización de los mercados ha demostrado traer grandes beneficios económicos para los países en vías de desarrollo y en transición. El modelo opuesto, el comando y control de los mercados, trajo tantos problemas a Rusia y Europa oriental que cayó por su propio peso⁴⁵.

44. Ver Chinua Achebe, *Things Fall Apart* (1962).

45. Una tercera opción – entre varias a lo largo del espectro – es combinar la competencia con la política industrial. Algunos autores argumentan que la política industrial en Japón y Corea colocó a estos países con una base sólida antes de exponer sus economías a los vientos de la competencia. Otros, sin embargo, observan que la fuerte competencia dentro de esos dos países coexistió con competencia externa regulada por el gobierno, y estos autores atribuyen el éxito de estos países al mercado y no a la supresión del mercado. Ver Working Group on the Interaction between Trade and Competition Policy, *Study of Issues Relating to a Possible Multilateral Framework on Competition Policy*, ¶¶ 168-257, WT/WGTCP/W/228 (May 19, 2003), disponible en http://www.jmcti.org/2000round/com/doha/wg/wt_wgtcp_w_228.pdf; ver también Singh, *supra* nota nro. 37 (países en vías de desarrollo muchas veces se cuestionan si deben seguir el modelo de Japón y Corea).

La política de libre mercado es vista con cierto escepticismo por la nueva izquierda en varios países de Sudamérica, donde el pueblo se queja de no haber visto los beneficios de la liberalización de la economía. Las reformas económicas, sociales y políticas que comenzaron en los años 80 en Latinoamérica no han cumplido con su promesa de crecimiento económico, y se generó resentimiento en el pueblo porque las reformas no redujeron la pobreza y la desigualdad. Esto produjo un giro populista hacia el socialismo, devolviendo poder al Estado y volviendo hacia atrás en lo que hace a los logros realizados. Ver Jorge Castañeda, *Latin America's Left Turn*, FOREIGN AFFAIRS, May-June 2006, at 28.

Hernando de Soto, en *El Otro Sendero*, demuestra elocuentemente los beneficios de tirar abajo las barreras para liberar la participación en el mercado. Este autor enumeró y estudió las barreras, como la gran cantidad de exigencias para obtener una licencia, que mantienen a los peruanos más pobres fuera del sistema de mercado de ese país, relegándolos a su propia economía informal. Alienados por la exclusión y sus poco esperanzadoras perspectivas de vida, muchos se unieron al grupo terrorista Sendero Luminoso. Justamente para contrarrestar a Sendero Luminoso y sus fuerzas destructivas en la sociedad, de Soto propuso otro camino (“el otro sendero”): tirar abajo las barreras para participar en la economía formal, darle a la gente esperanza y oportunidad, y permitirle a los pobres participar en el mercado según sus méritos. *El Otro Sendero*⁴⁶ es un proyecto para construir una escalera de movilidad. Contempla una sociedad que valora la movilidad, que abra la puerta a la inclusión, desde los más pobres hacia arriba, y propone hacerlo basándose en razones pragmáticas, para construir una sociedad mejor.

La perspectiva opuesta –hospitalidad al control gubernamental e indiferencia a la situación apremiante de los excluidos– genera obstrucciones del mercado no sólo debido a una excesiva regulación sino también por la existencia de privilegios y “amiguismo”. Los poderosos de adentro protegen a sus amigos a expensas de la gente en general y a menudo a expensas de los pobres en particular. Esta fue la historia de Telmex en México. Propiedad de un “amigo” de varios presidentes, Telmex vio garantizado un precio monopólico para las comunicaciones telefónicas internacionales entrantes, en perjuicio de los mexicanos pobres que emigraron a los Estados Unidos para trabajar, y que dependen de la conexión telefónica con México⁴⁷. El sistema consagrado también afecta a las pequeñas nuevas compañías telefónicas, a las que se les priva del derecho a competir en las tarifas contra Telmex por esas llamadas⁴⁸.

De esta manera, la globalización no sólo tiende a acomodar las cartas en contra de los países en vías de desarrollo y aquellos que son los menos capaces (los menos educados, habilidosos y aventajados económicamente, y los más carentes de infraestructura) de subirse a la ola de oportunidades que ofrece la globalización⁴⁹; sino que la globalización también permite que los gobiernos basados en el “amiguismo” bloqueen la movilización ascendente y perpetúen la situación de los pobres.

El derecho antimonopolio puede ayudar. Pero ¿qué clase de derecho antimonopolio?

46. HERNANDO DE SOTO, *THE OTHER PATH: THE INVISIBLE REVOLUTION IN THE THIRD WORLD* (1989).

47. Los pobres no sólo sufren de precios demasiado altos, sino que sufren por crecimiento suprimido. “[E]l resto del país sufrió por su posición privilegiada [de Telmex]. En una era moderna, cuando las empresas necesitan comunicaciones de alta calidad a bajo precio para competir en una economía global, el crecimiento de México ha soportado el costo de los privilegios del Sr. Slim. Cualquier esfuerzo genuino de ayudar a los pobres requiere necesariamente de una competencia sana, por empezar, en el mercado de las telecomunicaciones” Ver Mary Anastasia O’Grady, *A Telecom Monopoly Cripples Mexico*, Wall St. J., Feb. 10, 2006, at A19.

48. Ver Eleanor Fox, *The WTO’s First Antitrust Case – Mexican Telecoms: A Sleeping Victory for Trade and Competition*, 9 J. OF INT’L ECON. LAW 271 (2006).

49. Ver Lamy, *supra* nota nro. 16

C. Antimonopolio

1. ¿Qué clase de derecho antimonopolio?

El derecho antimonopolio es una especie del género constituido por las políticas de la competencia. La liberalización ayuda a abrir los mercados para que puedan funcionar. En la perspectiva de de Soto, la liberalización derriba las barreras, especialmente aquellas que enfrentan quienes peor situados están, invitándolos a ingresar al sistema económico, dándoles esperanza, dignidad y autoestima.

El derecho antimonopolio remedia las obstrucciones artificiales que los participantes del mercado crean. Pero las naciones difieren en cuanto a los *tipos de actos* que constituyen una obstrucción artificial. ¿Son sólo los actos que encogen el tamaño de la torta, reducen la riqueza total y son ineficientes en términos de asignación de recursos?⁵⁰ ¿O son también los actos que bloquean los canales de movilidad, y que mantienen las brechas amplias y a valiosos actores en el nivel más bajo?⁵¹ Si es también esto último, las obstrucciones pueden ser vistas en términos más humanos, y tal vez las políticas antimonopolio, incluyendo el discurso antimonopolio, puedan estar más en línea con la idea de un desarrollo eficiente.⁵²

Existen buenas razones por las cuales los factores de movilidad deben jugar un papel en el derecho antimonopolio de los países en vías de desarrollo. El mercado debe darle a las empresas, incluyendo a las más pequeñas y nuevas, una oportunidad justa de competir en base a los méritos de sus productos, libres de innecesarias restricciones artificiales por parte de las firmas poderosas. Otorgar poder para operar en mercados libres de innecesarias restricciones comerciales es la contrapartida de la perspectiva de de Soto de otorgar poder para involucrarse en mercados libres de restricciones gubernamentales innecesarias. Ya sean públicas o privadas, las restricciones indebidas del mercado retrasan el desarrollo eficiente. También pueden dañar la eficiencia en la asignación de recursos, o al menos es seguro que no la mejoran. En la medida en que la “eficiencia” implique una despreocupación por los valores distributivos, ella podría no ser el eje que los países en vías de desarrollo elegirían.

2. Evaluar los Problemas Locales Antes de Adoptar una Ley

La elaboración de las normas jurídicas debería surgir desde adentro, no desde afuera. La legislación debería responder a los problemas relacionados con un contexto

50. Es importante que una agencia antimonopolio identifique y ataque actos anti-competitivos que reducen el tamaño de la torta. No estoy sugiriendo lo contrario.

51. Ver Eleanor Fox, *What is Harm to Competition? Exclusionary Practices and Anticompetitive Effect*, 70 *ANTITRUST L.J.* 371 (2002).

52. Proteger la movilidad social y la oportunidad basada en méritos no requiere ni significa proteger a competidores ineficientes de la libre competencia ni dañar empresas eficientes. Ver Eleanor Fox, *We Protect Competition, You Protect Competitors*, 26 *WORLD COMPETITION* 149 (2003); ver también DUTZ & KHEMANI, *supra* nota nro. 6.

Ver Michael Boudin, *Antitrust Doctrine and the Sway of Metaphor*, 75 *Geo. L.J.* 395 (1986), para ver la discusión sobre el poder de la metáfora.

específico que requieren solución. Idealmente, el derecho no debería ser generado por unos extranjeros que dicen: “tenemos esta ley y ustedes deberían tenerla también”⁵³. Por lo tanto, es importante hacer una pausa y reunir información sobre los hechos: ¿quién resulta afectado dentro del país y por qué prácticas? ¿Cómo pueden ser prevenidos los daños? ¿A qué costo?

Los profesores Jenny y Evenett, y el *Consumers Unity & Trust Society* bajo el liderazgo de Pradeep Mehta, han hecho un notable trabajo para construir las bases de datos que responden esas preguntas. Los datos muestran lo siguiente:

Los cárteles de vendedores hacen blanco en las necesidades básicas, incluyendo productos de primera necesidad en una dieta. En Perú, los granjeros agrícolas y su sindicato conspiraron para eliminar competidores e impedir que ingresen otros nuevos. En Zambia, el productor dominante de pequeños pollos le exigió al mayor comprador que permanezca fuera del mercado de producción y el comprador aceptó esa exigencia.

La evidencia de cárteles de compradores es muy abundante. Esto incluye cárteles que explotan a los pequeños granjeros y productores, como los productores de café en Kenya y América Latina, así como los de algodón, los cosechadores de té y tabaco en Malawi, los lecheros en Chile, y los procesadores de pescado cerca del Lago Victoria.

Cárteles, *boycots*, y acuerdos para no competir han sido detectados y llevados a juicio en sectores como la molienda, la leche y el azúcar. Fusiones de compañías productoras de cerveza en mercados cerveceros altamente concentrados amenazaron con explotar a los compradores en Namibia, Turquía, Malawi, Kenya y Tanzania.

En Kenya, los dueños de camionetas buscaron monopolios sobre rutas lucrativas y se aliaron con pandillas de delincuentes, no sólo cobrando de más sino también aterrorizando a la población. También en Kenya, los fabricantes de fertilizantes organizaron un cártel secreto de ofertas para pujar en licitaciones gubernamentales, empobreciendo a los granjeros que necesitaban un suministro cada vez mayor.

En muchos países, una gran cantidad de acuerdos verticales han cerrado los escasos canales de distribución.

En Turquía, las dos empresas dominantes en telecomunicaciones accedieron al control exclusivo de la infraestructura necesaria para proveer el servicio de *roaming* para *GSM* a nivel nacional en servicios de teléfonos móviles, y negaron el acceso de potenciales nuevos participantes. Típicamente, las empresas dominantes deniegan el

53. Las dos partes de la oración precisan de un conector. ¿Argumenta el extranjero que la ley es necesaria para solucionar un problema que lo afecta, como en el caso de la contaminación: vuestras emisiones nos contaminan a nosotros? ¿Argumenta el extranjero que sus empresas pagan un costo y que en aras de ser justos, las empresas nacionales deberían pagar los mismos costos? Dice el extranjero: si sólo Uds. tuvieran leyes como las nuestras, a nuestras empresas se les facilitaría hacer más dinero en vuestro país. O es este extranjero altruista, un buen sanmaritano paternalista: nosotros sabemos lo que es bueno para Uds.; se los “ofrecemos”.

Ver Daniel Berkowitz, Katharina Pistor & Jean Francois Richard, *Economic Development, Legality, and the Transplant Effect*, 47 Eur. L. Rev. 165 (2003), para una discusión sobre los problemas de “transplantes” de leyes cuando la ley no es adaptada a las condiciones del país destinatario.

acceso de empresas más pequeñas a servicios esenciales como la infraestructura en telefonía y electricidad⁵⁴.

Los relatos periodísticos agregan cotidianamente información. En México, la mitad de la gente vive con 4 dólares o incluso menos por día, y muchos sobreviven a base de tortillas y frijoles. En diciembre de 2006 y enero de 2007, el precio del maíz subió estrepitosamente, y el precio de la tortilla subió 35 centavos por libra. El *New York Times* informó: “La crisis ha golpeado más fuertemente a los mexicanos más pobres, que gastan mas de un cuarto de su salario diario en tortillas.”⁵⁵ Esto desplazó a los fabricantes de tortillas más pobres, que han perdido más del cuarenta por ciento de sus ganancias, dado que la gente se vio obligada a comprar y comer menos. A pesar de que el aumento de precios provino en primer término de causas no relacionadas con los productores, los gigantes productores mexicanos de tortilla aprovecharon la situación “aprovisionando mercaderías para llevar los precios aun más arriba,” según funcionarios mexicanos.⁵⁶

Los monopolios mexicanos crecieron con fuerza incluso bajo el régimen de libre mercado del presidente Calderón. Jorge Castañeda, el ex-ministro de relaciones exteriores, escribió: “hoy existe un control monopólico de prácticamente cada paso de la vida mejicana ...” El país está dominado por monopolios enormes que excluyen y explotan, en áreas como el aceite, la electricidad, la telefonía fija y móvil, la televisión, el cemento, los bancos, el pan y la producción de tortillas.⁵⁷

El caso de México no es único en el mundo en vías de desarrollo. Es un caso típico.

En resumen, la gente en los países en vías de desarrollo se ve afectada por *cárteles* y prácticas monopólicas que elevan los precios de consumo y los de los insumos para sus negocios, que excluyen o construyen vallas a sus producciones, y que vedan el acceso a los proveedores locales. Hacen esto de varias maneras: mediante prácticas coercitivas como *boycotts*, pactos de no competencia, manipulación de precios y prácticas predatorias. Ellos apuntalan su poder para hacer eso a través de fusiones. Las prácticas

54. Ver Frederic Jenny, *Anticompetitive Practices in Developing Countries: Lessons from Empirical Evidence* (May 23-24, 2005) (trabajo no publicado presentado en el First National Competition Seminar, Amman, Jordan) (en poder de la autora); Frederic Jenny, *Anti-Competitive Agreements: Meaning and Examples*, CARIBBEAN DIALOGUE, July-Sept. 2004, at 1 (prácticas anticompetitivas en Trinidad y Tobago, Kenya, Líbano, Indonesia y otras pequeñas economías; Kovacic, *supra* nota nro. 2; Alvarez, Evenett and Wilse-Samson, *supra* nota nro. 33. Este último capítulo documenta otras numerosas y específicas restricciones en salud, educación, servicios financieros para personas de bajos ingresos, infraestructura y vivienda, y alimentos. *Id.* pág. 65-77. Ver también *Pulling Up Our Socks* (Consumer Unity and Trust Society Centre for Competition, Investment & Economic Regulation, Rajasthan, India), Feb. 2003 (informe basado en el proyecto 7-Up que analiza problemas de competencia en siete países en vías de desarrollo – Kenia, Tanzania, Zambia, Sudáfrica, Sri Lanka, Pakistan y la India); PRADEEP S. MEHTA & NITYA NANDA, *COMPETITION POLICY, GROWTH AND POVERTY REDUCTION IN DEVELOPING COUNTRIES*, <http://www.competition-regulation.org.uk/conferences/southafrica04/mehta&nanda.pdf> (última visita Junio 30, 2007). Para ver ejemplos de violaciones por abuso de posición dominante en países latinoamericanos, ver Russell W. Pittman y Maria Coppola Tineo, *Abuse of Dominance Enforcement under Latin American Competition Laws*, marzo 2006, disponible en SSRN <http://ssrn.com-abstract=888186>.

55. James C. McKinley Jr., *Cost of Corn Soars, Forcing Mexico to Set Price Limits*, N.Y. TIMES, Enero. 19, 2007, at A12.

56. *Id.*

57. Jorge Castañeda, *Mexico Needs to be Freed from Unhealthy Monopolies*, FIN. TIMES, Feb. 5, 2007, pág. 13.

anti-competitivas prevalecen en áreas de necesidades materiales y de comercio, en productos como leche, gaseosas, cervezas, pollo, azúcar, algodón, papel, aluminio, acero, químicos (para fertilizantes), telecomunicaciones (incluyendo servicios de telefonía celular), cemento y otros materiales de construcción, transportes (incluyendo camiones, barcos, y accesos a puertos), gases industriales, bancos, seguros, carbón y electricidad. Muchas de estas prácticas son locales, muchas son facilitadas por el gobierno y muchas otras provienen de fuera del país y terminan generando restricciones internas.

3. Una perspectiva

Supongamos que somos diseñadores de políticas públicas, que vivimos y trabajamos en un país en vías de desarrollo y tenemos nuestro corazón puesto en el bienestar de la ciudadanía. La mitad de nuestros conciudadanos vive sumida en una pobreza abyecta. Un tercio de los ciudadanos son granjeros. Disponemos de recursos naturales extraíbles. Tenemos una pequeña industria manufacturera con potencial de crecimiento. Tenemos algodón y madera. Nuestra población tiene artesanos extraordinarios. La mayor parte de la población no tiene suficiente comida. Los monopolios estatales dominan las industrias vinculadas a la infraestructura. El sistema educativo es pobre. Las enfermedades y la corrupción son rampantes. Una década atrás, en una economía en expansión, vislumbramos la oportunidad de ascender en la escalera para que al menos nuestros hijos tuvieran una vida mejor. Después de abrir nuestros mercados, el dos por ciento más rico tiene hoy una vida aun mejor. Afortunadamente, una pequeña proporción de otros ciudadanos que habían accedido a una educación y capacitación suficiente, ahora participan de las oportunidades abiertas por la globalización, incluyendo oportunidades de tercerización. Pero la aplastante mayoría de nuestra gente no ha visto ninguna ganancia. Al contrario, ven una brecha aun mayor en el reparto de la riqueza y ninguna escalera.⁵⁸

¿Qué queremos?

Por supuesto que queremos más comida, medicamentos, bienes imprescindibles a precios más bajos, educación y capacitación e infraestructura. Queremos una mejor oportunidad para salir adelante por nosotros mismos, para participar en la economía de empresa; la oportunidad de generar nuestros propios ingresos para poder vivir. ¿Necesitamos el derecho antimonopolio? Si así fuera, ¿qué tipo de antimonopolio? Queremos explorar qué es lo que el antimonopolio puede hacer por nosotros, presuponiendo que tenemos suficiente dinero y gente capacitada para equipar una oficina y hacer cumplir la ley.

Concluimos que una ley antimonopolio puede ayudar si podemos obtener suficientes fondos y acceso a la información necesaria para encontrar y sancionar los casos; si podemos tener competencia sobre los infractores, que pueden estar radicados en otros países; si tenemos en términos prácticos y jurídicos suficiente poder para hacer cumplir las normas, y si las decisiones fundadas de la agencia son confirmadas por los tribunales

58. Ver Lamy, *supra* nota nro. 16. Puede haber ganancias, pero no son percibidas por la mayoría de los pobres, y dichas ganancias son distribuidas en forma desigual a los ricos o a los que poseen algún otro tipo de ventaja (por ejemplo, mayor educación).

en un período razonable de tiempo. El derecho antimonopolio puede impedir las prácticas descriptas más arriba, y al hacerlo puede otorgar poder a la gente para participar en el mercado de acuerdo a sus méritos.

Suponiendo que queremos tener una regulación antimonopolio, ¿de qué clase queremos que sea?

Hemos revisado la ley anti-cárteles de los países industrializados. La encontramos teóricamente fuerte y atractiva, aunque nos preocupa nuestra habilidad para acreditar la existencia de acuerdos de *cárteles* aun cuando sepamos que existen.

En punto a la monopolización y el abuso de posición dominante, miraremos los casos recientes de monopolización en los Estados Unidos⁵⁹. Vemos que el derecho de Estados Unidos tiene un alcance limitado para las violaciones por parte de firmas dominantes: no se preocupa por los competidores excluidos; en teoría se preocupa por los consumidores a los que se les cobra de más. Sin embargo, tiende a volcar la balanza en favor de la libertad para las firmas dominantes, de acuerdo con la teoría de que los incentivos de las firmas dominantes están alineados con los intereses de los consumidores, y que las restricciones antimonopolio desalientan los incentivos de las compañías para inventar e invertir.⁶⁰

El caso *Verizon v. Trinko*⁶¹ ilumina esta perspectiva de que la no intervención contra la firma dominante es la mejor receta económica para alcanzar el bienestar. Verizon era la proveedora del servicio local de telefonía en la región noreste de los Estados Unidos, y era propietaria de la antena local de teléfonos, que conectaba las llamadas de larga distancia con el área local. Cuando la competencia entre los proveedores de servicios telefónicos locales se tornó tecnológicamente viable y económica, los Estados Unidos desregularon el mercado e invitaron a competir dentro de cada área geográfica. Ingresaron competidores, que necesitan tener acceso a la antena local. Una ley federal le exigía al proveedor brindar tal acceso). Verizon, sin embargo, quiso mantener a sus clientes para que no huyeran hacia los nuevos proveedores. Por lo tanto se aseguró de brindar un mejor servicio interrumpiendo el acceso de los rivales a la antena local⁶². La Corte Suprema sostuvo que esa conducta no violaba las leyes antimonopolio.⁶³

En parte, el caso giraba en torno a si Verizon había violado las leyes antimonopolio al utilizar la situación ventajosa (*leverage*) que tenía sobre el circuito local para ganar ventajas sobre sus nuevos competidores. Era improbable que Verizon llegase a re-monopolizar el mercado local, que había sido recién abierto a la competencia. En nombre de los demandantes se sostuvo que la manipulación estratégica de Verizon por medio de

59. Ver *Weyerhaeuser Co. v. Ross-Simmons Hardwood Lumber Co., Inc.*, 127 S. Ct. 1069 (2007); *Verizon Commc'ns Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP*, 540 U.S. 398 (2004).

60. Ver R. Hewitt Pate, *The Common Law Approach and Improving Standards for Analyzing Single Firm Conduct*, in *INTERNATIONAL ANTITRUST LAW & POLICY: FORDHAM CORPORATE LAW* 2003 195 (Barry Hawk ed., 2004) (apoyando el enfoque minimalista).

61. 540 U.S. 398 (2004).

62. La Corte asumió que estos hechos eran ciertos dado que el caso llegó a dicha instancia por una petición de Verizon de rechazar la demanda (*motion to dismiss*).

63. La Corte hubiera preferido dejar el problema al ente regulador y a la normativa regulatoria (que prohibía la conducta), pero la misma normativa declaraba que no impedía la aplicación del derecho antimonopolio. En consecuencia, el fallo de la Corte debió ir necesariamente más allá del contexto de la regulación de la industria. La Corte sentó un principio general de no interferencia con la libertad de acción del monopolista.

“pequeños” actos, como la interrupción de las conexiones a la antena local, “amenazaba [a los rivales] con ‘la muerte a través de miles de cortes’”⁶⁴. Esta es una metáfora empleada con frecuencia en casos de derechos civiles para describir aquellos pequeños actos que, por repetirse de miles por día, mantienen a los marginados simplemente marginados.

A la invocación de esta metáfora, la Corte Suprema de los Estados Unidos replicó:

“...Identificar los [miles de cortes] puede seguramente implicar una enorme tarea para tribunales antimonopolio generalistas. El control judicial bajo la Ley [antimonopolio] Sherman parecería destinado a distorsionar las inversiones y llevaría a una nueva etapa de litigio interminable...”⁶⁵

Así, la Corte sostuvo que no era una violación a la ley antimonopolio el uso por parte de las firmas dominantes de su posición ventajosa para obtener ventajas en el mercado local de telefonía, si con ello no se monopolizaba ese mercado. El “mero” uso de su posición aventajada por parte de un monopolista no forma parte de la preocupación que inspira la ley antimonopolio de los Estados Unidos, en tanto ello no lleve a un nuevo monopolio.

Pero para los países en vías de desarrollo la respuesta puede ser diferente. La muerte a causa de miles de cortes podría ser una razón *a favor* de la obligación de responder (*accountability*) en materia de antimonopolio, no contra de ésta. La metáfora de los “miles de cortes” del poderoso contra el que no tiene poder describe el destino constante de las personas en los países en vías de desarrollo.

En la formulación de la ley antimonopolio en nuestro país en vías de desarrollo, entonces, podríamos no querer una regulación similar a aquella convalidada en *Trinko*. Queremos una ley contra los cárteles, las prácticas monopólicas y el abuso de la posición dominante que eviten que las compañías dominantes usen su poder y sus posición ventajosa para mantener afuera a las compañías menos poderosas. Queremos una ley contra las fusiones que crean o refuerzan el poder para explotar y excluir (si tenemos suficientes recursos para ello y nuestra potestad de hacer cumplir la ley se aplica a las fusiones que causan daño). Más aun, queremos una ley fuerte que alcance a los actos de las empresas del estado que restrinjan y bloqueen el mercado, y a las prácticas anticompetitivas patrocinadas o facilitadas por el estado (problemas que son exponencialmente más serios en países en vías de desarrollo que, por ejemplo, en los Estados Unidos).

¿No nos preocupa que nuestra ley pueda disminuir la eficiencia de las empresas dominantes y de este modo dañar a nuestros consumidores? Este no era el problema que teníamos principalmente en mente. La inclusión como valor puede incrementar la eficiencia. Principios que fijen límites pueden ser utilizados como protección contra una aplicación de la ley que pueda tender a socavar la eficiencia.⁶⁶

64. Brief for the State of New York et al. as Amici Curiae, in Support of Respondent at 10, *Verizon Commc'ns Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP*, 540 U.S. 398 (2004) (No. 02-682).

65. *Trinko*, 540 U.S. pág. 414.

66. Por ejemplo, podríamos elegir un principio que no deba dañar a los consumidores con la aplicación de la ley antimonopolio.

La ley que protege la apertura del mercado y el acceso de actores del mercado en base a méritos no necesariamente protege la ineficiencia; y una ley que ignore los valores de la apertura y el acceso puede proteger el poder de las empresas dominantes. Ver Eleanor Fox, *Monopolization, Abuse of Dominance, and the Indeterminacy of Economics: The U.S./E.U. Divide*, 2006 UTAH L. REV. 799 (2006).

V. Observaciones sobre el diseño de la ley apropiada

Los países en vías de desarrollo enfrentan numerosos dilemas y oportunidades en la formulación de sus principios sustantivos. Algunos fueron mencionados arriba. Analizo acá seis:

1. Los países en vías de desarrollo se enfrentan a mercados que son mucho menos dinámicos y abiertos que los mercados en los países desarrollados. Más aun, los mercados están fuertemente marcados por la intervención y el control estatal. Ya sea que la intervención se produzca por medio de regulaciones estatales, empresas estatales, o empresas a las que el estado les concede una licitación o privilegio, esas empresas son propensas a operar en base a criterios de privilegio, preferencia, y amiguismo.⁶⁷ Estos factores tienen enormes implicancias en lo que respecta a los costos en materia de error. Si la agencia de defensa de la competencia es relativamente independiente, con recursos y capacitada, una mayor intervención, especialmente contra el bloqueo del mercado y las acciones discriminatorias⁶⁸ por parte de empresas del estado o privilegiadas por éste, puede prometer mayores beneficios y menores costos que el tipo de intervención contra el abuso de posición dominante típico de las economías desarrolladas.⁶⁹
2. La mayoría de los países en vías de desarrollo tienen recursos insuficientes para manejar sus oficinas de defensa de la competencia. Poseen poco personal, fundamentalmente pocos expertos en materia económica. Esto implica que podría ser necesario desarrollar reglas más claras, sea que vayan en la dirección de un control más o menos agresivo del cumplimiento de la ley. El tipo de análisis sugerido, por ejemplo, por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *California Dental Association*⁷⁰, puede ser muy complejo y de aplicación incierta. La perspectiva más particularizada sugerida por el juez Breyer en su disidencia en el caso (que las reglas en contra de la publicidad de descuentos presuntamente aumentan los precios) podría ser más apropiada.⁷¹
3. Aparte de las observaciones formuladas más arriba, cada país debe tomar decisiones importantes acerca del nivel de intervención antimonopólica. Se enfrentan a varios interrogantes. Por ejemplo, los precios excesivos, especialmente luego de que los controles de precios sean removidos, pueden

67. Ver DUTZ & KHEMANI, *supra* nota nro. 6.

68. Me refiero a discriminación en favor de "amigos" y en contra de extraños.

69. Ver John Fingleton, *De-Monopolizing Ireland*, in EUROPEAN COMPETITION LAW ANNUAL 2003: WHAT IS ABUSE OF DOMINANT POSITION? 53, 65 (Claus Dieter Ehlermann & Isabela Atanasiu eds., 2006); ver también John Vickers, *Competition Law and Economics: A Mid-Atlantic Viewpoint*, The 10th Burrell Competition Lecture (Mar. 19, 2007) (explicando que las economías históricamente monopólicas y con débiles "mecanismos de autocorrección" pueden requerir de políticas más intervencionistas contra el abuso de poder).

70. *Cal. Dental Ass'n v. F.T.C.*, 526 U.S. 756 (1999) (sosteniendo que la regulación de la profesión odontológica que prohíbe la publicidad sobre descuentos y calidad no produce como consecuencia necesaria una disminución en el volumen de servicios odontológicos prestados, y que la probabilidad de que se restrinja la producción debe ser objeto de un detallado análisis).

71. *Id.* Pág. 782.

ser un problema apremiante, especialmente con los precios de los productos básicos. Pero una intervención antimonopólica demasiado frecuente podría conducir a un control de precios (bajo otro nombre) y minar el esfuerzo de perfeccionar mercados. Los precios bajos, especialmente cuando se sitúan por debajo de los costos, pueden amenazar seriamente a las empresas locales y minar sus chances de echar raíces. Pero la intervención contra los precios bajos priva a la gente de uno de los más importantes beneficios de la competencia. Además, definir si un precio bajo está verdaderamente por debajo del costo puede ser difícil o imposible. El país podría querer evitar intervenir contra los precios bajos.

4. Una ley legítima sobre abuso de posición dominante debería ser lo suficientemente amplia para prohibir injustificadas restricciones al acceso al mercado, sin necesidad de que los demandantes deban probar los efectos en cuanto al volumen de producción en todo el mercado. Pero como corolario, la ley que seriamente respete el derecho del más débil para competir sobre los méritos debe también respetar seriamente el derecho del presunto violador a probar que su conducta favoreció a los consumidores y sirvió para mejorar el funcionamiento del mercado.
5. Mientras es muy valioso que un país pueda formular su propia ley, los países también apreciarán los beneficios de seguir un camino ya recorrido. Anclar una nueva ley en la jurisprudencia existente promete una mayor seguridad jurídica y otros resultados eficientes. Si uno adopta la ley “dominante” no necesita reinventar la rueda. Uno puede tomar nota de las normas internacionales, al tiempo que facilita las inversiones extranjeras. El desafío consiste en entender cuándo la ley extranjera es apropiada y cuándo no.⁷²
6. En cuanto a la eficiencia y el crecimiento, los países en vías de desarrollo siempre necesitan ajustarse a las dinámicas cambiantes de los mercados y la competencia. Todos los principios y las reglas deben ser coherentes con el imperativo de flexibilidad y adaptación y deben evitar la tentación de intentar “detener la marea”.

72. Este es un desafío que la ley sudafricana acepta explícitamente. Ver *Mondi Ltd. & Kohler Cores and Tubes v. Competition Tribunal, Competition Appeal Court*, 2003 (I) CPLR 25(CAC) (S. Afr.). Gesner Oliveira y Cinthia Konichi Paulo agregan las siguientes diferencias y preocupaciones que los países en vías de desarrollo deben tomar en cuenta al implementar la regulación de la competencia: 1) la existencia de un gran sector informal, que no cumple con la ley y puede llevar a una sobreestimación del poder del mercado; 2) el tamaño del mercado, que en Brasil es el de una economía mediana con varias importantes empresas multinacionales; 3) la magnitud de la ganancia esperada en términos de eficiencia, que muchas veces es mayor para países transicionales que para países desarrollados; 4) la precariedad de la infraestructura; 5) el mayor costo de las transacciones, que puede impedir a nuevos actores entrar a competir con cuasimonopolios; y 6) un fracaso más severo del mercado por causas políticas. “En suma, los países en vías de desarrollo tienen mayores problemas de competencia y menos recursos.” Gesner Oliveira & Cinthia Konichi Paulo, *The Implementation of Competition Policy in Developing Countries: The Case of Brazil* (May 2006) (preparado para el taller, *The Development Dimension of Competition Law and Policy: Economic Perspectives en Ciudad del Cabo, Sudáfrica*).

VI. Correlativos

La perspectiva sugerida antes se refiere al derecho antimonopolio *per se*, es decir a las normas sustantivas y los principios. Es necesario agregar una serie de consideraciones y condiciones adicionales para hacer que la ley sea útil y tenga sentido.⁷³

Primero, las excepciones no deben ser demasiado amplias. El derecho antimonopolio solamente opera dentro del área escogida a tal efecto. Las excepciones e inmunidades, incluyendo la categorización de ciertos actores del mercado (que pueden ser beneficiados por el estado) como intocables, podrían encoger esa área tanto que llegarían a borrarse casi todos los beneficios prometidos por el derecho antimonopolio. En este sentido, es probable que sea significativamente ventajoso para los países en vías de desarrollo que se incluyan dentro del ámbito de la ley a las industrias reguladas y a las empresas estatales que operen con capacidad comercial. A menudo, las industrias más importantes para la gente (como las industrias de infraestructura, incluyendo a la energía, las comunicaciones y el transporte) están reguladas y cada una de ellas está dominada por monopolios estatales. La exclusión de actores del mercado del ámbito que cubre la ley antimonopolio es no sólo una receta para el amiguismo y la explotación⁷⁴; es la receta para que aquel ámbito sea muy reducido.⁷⁵

Segundo, la agencia de defensa de la competencia debe ser tan independiente como sea posible, libre de interferencias políticas, por el temor de que el gobierno y sus políticos se apropien del derecho antimonopolio y lo confinen a un ámbito de actuación sin demasiado sentido.

En tercer lugar están las instituciones. Idealmente, la agencia debe estar bien financiada y suficientemente dotada de personal capacitado y entrenado. Los líderes y el personal deben estar libres de cualquier sospecha de corrupción. Deben preverse canales de apelación de sus actos, y las instituciones a cargo de las apelaciones deben también contar con personal bien calificado y no corrupto. Se debe asegurar el respeto del debido proceso en todos los procedimientos. El funcionamiento de las instituciones debe ser transparente y sus agentes sometidos a control. En realidad, contar con instituciones que funcionen bien es más importante para el comercio y la competencia que lograr una convergencia en la regulación de varios países.⁷⁶

73. Estas consideraciones y condiciones han sido bien descritas por otros. Ver, por ejemplo, William Kovacic, *Getting Started: Creating New Competition Policy Institutions in Transition Economies*, 23 Brooklyn J. Int'l L. 403 (1997); William Kovacic, *Designing and Implementing Competition and Consumer Protection Reforms in Transitional Economies: Perspectives from Mongolia, Nepal, Ukraine and Zimbabwe*, 44 DePaul L. Rev. 1197 (1995); Clive S. Gray, *Antitrust as a Component of Policy Reform: What Relevance for Economic Development?*, en *Reforming Economic Systems in Developing Countries* 404 (Dwight H. Perkins & Michael Roemer eds., 1991); R. Shyam Khemani, *Competition Policy and Economic Development*, Policy Options, Oct. 1997, pág. 23, disponible en <http://www.irpp.org/po/archive/oct97/khemani.pdf>.

74. Ver Fox, *supra* nota nro. 48.

75. Del mismo modo, la regulación antimonopolio no debería estar abarrotada de medidas proteccionistas que sólo sirven ciertos intereses creados. Ver Dennis Davis & Eleanor Fox, *Industrial Policy and Competition – Developing Countries As Victims and Users*, en *INTERNATIONAL ANTITRUST LAW & POLICY: FORDHAM CORPORATE LAW* 2003 195 (Barry Hawk ed., a publicarse en el 2007)

76. See Roumeen Islam & Ariell Reshef, *Trade and Harmonization: If Your Institutions Are Good, Does it Matter If They Are Different?* (World Bank, Policy Research Working Paper No. 3907, 2006).

La opción en países en vías de desarrollo, sin embargo, es usualmente preocupante. No puede esperarse que la calidad de las instituciones se acerque al ideal.

Cuarto, activismo: el activismo público en la promoción de la competencia constituye una herramienta crítica. Comúnmente, las restricciones más serias son producidas por medidas gubernamentales, a menudo tomadas para defender los intereses de ciertos grupos. Asimismo, “las elites empresariales... [tienden a] resistir las reformas de políticas...”⁷⁷ La agencia de defensa de la competencia puede jugar un rol importante llamando la atención sobre aquellas medidas estatales anticompetitivas e improductivas que acarreen costos para la sociedad. Probablemente debería ser “la voz pública más fuerte dentro del país a la hora de promover la competencia y articular la perspectiva de la competencia.”⁷⁸

Más generalmente, la educación y una atención adecuada en salud son condiciones *sine qua non* para una efectiva participación en el sistema económico.

Estos requisitos son difíciles de satisfacer. Si los elementos cruciales están ausentes, podría ser que el país prefiera no adoptar ningún tipo de ley antimonopolio.

VII. La obligación de cooperación de los países desarrollados

Los países en vías de desarrollo son dañados por *cárteles* y prácticas internacionales, y son vulnerables a ellos. Los infractores saben que los países en vías de desarrollo tienen pocos recursos para dedicar al antimonopolio (si es que tiene algún recurso luego de satisfacer otras prioridades humanas). Las empresas radicadas en el exterior dirigen sus prácticas de explotación en dirección de los países en vías de desarrollo, a menudo a través de acuerdos y otros actos llevados a cabo en sus propios países.⁷⁹

Estas prácticas anticompetitivas lanzadas desde costas distantes probablemente estén en la práctica fuera del alcance de los países en vías de desarrollo. Para solucionar este problema, la Unión Europea (UE) ha propuesto un marco útil⁸⁰, que podría ser (o podría haber sido) implementado en el contexto de la OMC, pero que también podría ser implementado como proyecto autónomo.

En el espíritu de la propuesta de la UE, los países desarrollados que cuenten con leyes antimonopolio maduras pueden y deben ayudar a los países en vías de desarrollo,

77. DUTZ & KHEMANI, *Competition Law & Policy*, *supra* nota nro. 6, pág. 12.

78. *Id.* Pág. 28.

Dutz y Khemani indicaron:

El activismo por una real competencia puede ayudar a crear un ambiente donde, con el tiempo, la aplicación de la ley fortalezca el rol de los mercados al reducirse las intervenciones gubernamentales, y sus consiguientes cargas regulatorias. Por ende, el activismo puede que no sea tan sólo un complemento de la aplicación de la ley, sino que constituya un primer paso necesario para alcanzar una competencia total y real. Dado que las autoridades que regulan la competencia suelen carecer de la reputación y el capital político suficientes en sus primeros años, y que los obstáculos que generan las políticas regulatorias a la competencia suelen ser sostenidos con el apoyo de poderosos intereses creados, el activismo inicial debería centrarse en abogar por la remoción de restricciones públicas, lo cual está sujeto a menor debate o [en proyectos] que beneficien directamente a emprendedores, exportadores y otros interesados con los que se cuente para un fuerte apoyo. Debería prestarse especial atención a iniciativas que, directa o indirectamente, beneficien a la mayor cantidad de sujetos. *Id.* Pág. 28-29.

79. Ver Frederic Jenny, *Globalization, Competition and Trade Policy: Issues and Challenges*, in *TOWARDS WTO COMPETITION RULES 3* (Roger Zäch, ed., 1999).

80. Working Group on the Interaction between Trade and Competition Policy, World Trade Organization, *Communication from the European Community and Its Member States*, WT/WGTCP/W/184 (Abril 22, 2002).

especialmente cuando los propios nacionales de los países desarrollados infrinjan principios claros y compartidos sobre antimonopolio⁸¹. Los países desarrollados pueden y deben revisar sus leyes, extendiendo su competencia para poder ilegalizar a los cárteles para la exportación.⁸²

Una convención de medio ambiente provee un modelo. Se trata de la “Convención de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su tratamiento”⁸³, que Estados Unidos ha suscripto. Bajo la Convención de Basilea, si un país signatario prohíbe la importación de desechos peligrosos, todos los otros países signatarios deben convertir en ilegal el transporte de residuos peligrosos a ese país. Los Estados Unidos y otros países desarrollados pueden y deben adoptar este modelo para los cárteles exportadores más fuertes, que representan los desechos peligrosos del antimonopolio.

Si eso no fuera posible, los Estados Unidos y los otros países desarrollados deberían modificar sus leyes antimonopolio para proporcionar competencia para la recolección de documentos y testimonios de gente reconocida, incluyendo la posibilidad de hacerlos comparecer forzosamente, cuando los ciudadanos de los países desarrollados sean los presuntos victimarios de la gente en los países en vías de desarrollo.⁸⁴

En materia de ley antimonopolio y su cumplimiento, en la ausencia de ley internacional, el mundo demanda una visión cosmopolita y la voluntad de parte de las naciones desarrolladas de aceptar la responsabilidad por los daños que causan. La jurisprudencia en desarrollo en los Estados Unidos no demuestra esta visión y no refleja tal espíritu de generosidad. De hecho, muestra un retroceso, y pone a los Estados Unidos en un camino hacia el solipsismo y la balcanización.⁸⁵

VIII. Redes de Trabajo

El funcionamiento en red (*networking*) constituye el nuevo orden mundial.⁸⁶ Las redes del antimonopolio existen.⁸⁷ Tienden a estar dominadas por naciones desarrolladas porque

81. Se ha estimado que en 19 productos seleccionados, el valor de las importaciones afectadas por cárteles en países en vías de desarrollo en 1997 fue de \$51.1 miles de millones, y que el precio de dichas importaciones fue elevado por lo menos en un 10% debido al sobreprecio resultante de la fijación de precio por el cártel. Margaret Levenstein & Valerie Y. Suslow, *Contemporary International Cartels and Developing Countries: Economic Effects and Implications for Competition Policy*, 71 *Antitrust L.J.* 801, 813-16 (2004).

82. Ver Eleanor Fox, *Walter J. Derenberg Professor of Trade Regulation* de la New York University School of Law, testimonio ante la Antitrust Modernization Commission, Hearing on International Issues in Washington, D.C. (Feb. 15, 2006), disponible en www.AMC.gov; ver también Special Committee on International Antitrust, ABA Antitrust Section, *The Special Committee's Report* 83-90 (Sept. 1, 1991).

83. Marzo 22, 1989, 1673 U.N.T.S. 125

84. Fox, *supra* nota nro. 82.

85. Ver *F. Hoffmann-La Roche Ltd. v. Empagran*, 124 S. Ct. 2359 (2004) (sosteniendo que compradores extranjeros en una conspiración internacional no pueden invocar las leyes antimonopólicas de Estados Unidos, salvo que sufran un daño causado por efectos que la conspiración tiene en los Estados Unidos); *Intel Corp. Microprocessor Antitrust Litigation*, 452 F. Supp. 2d 555 (D. Del. 2007) (sosteniendo que un demandante de Estados Unidos que reclama por estrategias mundiales anticompetitivas de un demandado estadounidense no puede invocar los actos en el extranjero del demandado).

86. Anne-Marie Slaughter, *The Real New World Order*, *FOREIGN AFFAIRS* 183 (Sept.-Oct. 1997).

87. Ver D. Daniel Sokol, *Monopolists Without Borders: The Institutional Challenge of International Antitrust in a Global Gilded Age*, 4 *Berkeley Bus. L.J.* 41 (forthcoming 2007), también disponible como trabajo en curso, Univ. of Wis. Legal Studies Research Paper No. 1034. Ver notas nro. 178-94, 287-92.

tienen una experiencia más profunda y extensa, porque es probable que sean fuertes usuarios de esa red⁸⁸, y porque tienen más recursos –gente y dinero– para dedicar a ese proyecto. Como consecuencia, su orden del día tienden predominantemente a reflejar los intereses de los países desarrollados.⁸⁹ Las naciones en vías de desarrollo necesitan sus propias redes para explorar más centralmente sus propios intereses. Los grupos regionales de comercio pueden servir como plataforma para este objetivo.⁹⁰ También sería útil contar con una red mundial para países en vías de desarrollo sobre regulación en materia de defensa de la competencia.⁹¹

Las propias naciones en vías de desarrollo son diversas entre sí. Comparten algunas características pero no otras. La situación y las características de la India no son las mismas que las de Benin. Las comunicaciones y el intercambio productivo a través del trabajo en redes pueden empezar a determinar las diferencias y a cristalizar los atributos comunes.

IX. Conclusión

Los países en vías de desarrollo merecen una ley antimonopolio que se adecue a las realidades de sus mercados y responda a sus condiciones y necesidades. Merecen una ley diseñada y caracterizada de manera tal que sus pueblos la adopten como legítima en vez de rechazarla como un objeto foráneo.

Si existe un símbolo apropiado para la regulación antimonopolio en un país en vías de desarrollo, no es el neo-liberalismo, que puede implicar ensanchar la brecha. Es la escalera ascendente. El antimonopolio puede ser visto como el complemento de *The Other Path*, de Hernando de Soto.

La regulación antimonopolio de los países en vías de desarrollo probablemente deba incorporar los mejores principios de la regulación de los países desarrollados, al tiempo que plasme una serie diferente de presuposiciones sobre qué tan bien funcionan los mercados e incorpore también una exigencia y una perspectiva de inclusión. Los países en vías de desarrollo tienen una opción.

88. *Id.*, notas nro. 226-29

89. Por ejemplo, el primer proyecto de la Red Internacional de la Competencia fue la convergencia de procedimientos para la notificación previa de una fusión – una cuestión de interés para corporaciones multinacionales. Proyectos subsiguientes han hecho hincapié en estándares sustanciales para fusiones y en la coordinación de procedimientos contra los cárteles. También en la agenda se encuentra la asistencia técnica a países en vías de desarrollo. Ver International Competition Network Home Page, <http://www.internationalcompetitionnetwork.org> (última visita, Junio 30, 2007).

90. Ver U.N., *Implementing Competition-Related Provisions in Regional Trade Agreements: is it possible to obtain development gains?* (2007).

91. UNCTAD, que no es una red, presta especial atención a los intereses de países en vías de desarrollo, y la regulación de la competencia es uno de sus muchos objetivos.

Piedras en el camino: Una breve reflexión sobre el lugar de los consumidores y los competidores en la defensa de la competencia

Lucas Sebastián Grosman*

En el artículo de Eleanor M. Fox publicado en este volumen, se analiza qué forma debería tomar la defensa de la competencia en los países en desarrollo. La respuesta a esta compleja pregunta no podría ser precisa o unívoca, ya que depende de numerosos factores que varían en cada país en desarrollo. Fox, consciente de esa dificultad, aspira a brindar criterios más generales. A pesar de esa generalidad, algo es claro: Fox no cree que los países en desarrollo deban seguir al pie de la letra el modelo de los países desarrollados, y en particular de los Estados Unidos.

Hay un aspecto particular de la política antitrust de Estados Unidos que, a juicio de Fox, no constituye el mejor modelo para los países en desarrollo: la doctrina en virtud de la cual no deben sancionarse prácticas por las que una empresa perjudica a sus rivales si tales prácticas no llevan a la monopolización del mercado. En este sentido, Fox toma como punto de referencia la reciente decisión de la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso *Trinko*¹, y sugiere que la desprotección de las empresas más pequeñas que esa decisión implica tal vez no resulte recomendable para los países en desarrollo.

Este aspecto del argumento de Fox nos remite a una decisión crucial que todo país debe tomar en materia de política de competencia: ¿cuál debería ser el eje de tal política, la protección de las empresas pequeñas o de los consumidores? Es muy tentador, por supuesto, pensar que se trata de un falso dilema, e insistir en que uno y otro objetivo apuntan en la misma dirección. En efecto, muchas veces la misma política que protege a las empresas más pequeñas beneficia a los consumidores. Lamentablemente, no siempre es así. La expansión de los supermercados, por ejemplo, a la vez que beneficia a los consumidores perjudica a algunos competidores más pequeños, y es difícil para el Estado ser neutral entre unos y otros al decidir de qué manera regulará tal expansión. En este sentido, las llamadas “leyes de grandes superficies”, que algunas provincias argentinas sancionaron para limitar la instalación de los grandes formatos de venta, toman partido en este debate. También lo hacen las medidas arancelarias y para-arancelarias que protegen a los productores locales en desmedro de los consumidores. Es verdad que no siempre las normas de este tipo benefician a los productores más *pequeños*: las leyes de grandes superficies, por ejemplo, muchas veces amparan a los hipermercados incumbentes de la competencia de otros hipermercados que aspiran a ingresar al mercado, y probablemente algo similar pueda decirse de muchas normas que frenan el ingreso de productos importados.

* J.S.D., Yale University. Profesor de Derecho, Universidad de Palermo.

1. *Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko*, 540 U.S. 398 (2004).

Más allá de esto, es posible, idealmente, entender este tipo de medidas en torno a la disyuntiva consumidor-competidor pequeño antes señalada.

Obviamente, ningún país resuelve la cuestión de manera tajante y sin matices ni de una vez y para siempre. Incluso en Estados Unidos, esta disyuntiva ha merodeado la Ley Sherman desde su sanción, en 1890, y la forma de resolverla, por cierto, no ha permanecido inmutable a lo largo de su historia.² Con el correr del tiempo, sin embargo, el objetivo de velar por los consumidores se impuso. En este sentido, el latiguillo recurrente, tomado de *Brown Shoe*³, es que la defensa de la competencia debe procurar defender la competencia, no a los competidores. Esta distinción alude a que la pérdida de participación de mercado o la desaparición de algunas empresas (los competidores) no necesariamente reducen el nivel de competencia en el mercado, o al menos no a niveles que permitan que otras empresas ejerzan poder de mercado. Ello dependerá de las condiciones generales de competencia del mercado. Más aún, ciertas prácticas que perjudican a empresas rivales muchas veces redundan en beneficios para los consumidores. De hecho, esta consideración motivó un punto de quiebre en la jurisprudencia antitrust estadounidense, en buena medida alentado por los economistas.

Una instancia paradigmática de este quiebre se dio en relación con las restricciones verticales. La doctrina tradicional sancionaba las conductas en virtud de las cuales, por ejemplo, un fabricante decidía vender sus productos sólo a través de distribuidores determinados, negándose a satisfacer los pedidos de otros distribuidores, o estipulaba con firmeza las condiciones de venta del producto, incluyendo el precio. Para la doctrina tradicional, esto restringía la competencia. Esta doctrina cedió al embate de los economistas. Hasta el último bastión de la vieja guardia, el mantenimiento del precio de reventa, finalmente cayó.⁴

Supongamos, por ejemplo, que una empresa automotriz pretende brindar un servicio mecánico de postventa sólo a través de un número limitado de talleres exclusivos con los que se integra verticalmente, y sólo provee repuestos originales a esos talleres. Un taller, que no es invitado o no quiere sumarse a la red de talleres exclusivos, solicita que se le provean repuestos originales y, ante la negativa de la empresa automotriz, la denuncia. En un caso así, la empresa automotriz (que se desenvuelve, por hipótesis, en un mercado competitivo) tiene incentivos para garantizar un adecuado servicio de postventa como una manera de proteger su marca y afianzar en el mercado el producto que ofrece. En ocasiones, la red de talleres exclusivos puede ser, a juicio de la empresa automotriz, la mejor manera de controlar la calidad del servicio que allí se brinda. Tal vez el taller denunciante no le dé suficientes garantías de calidad técnica, aunque esto es algo no

2. Ver Thomas D. Morgan, *MODERN ANTITRUST LAW AND ITS ORIGINS* (1994), p. 22-25.

3. *Brown Shoe & Co. v. United States*, 370 U.S. 294 (1962).

4. Cabe recordar que en Estados Unidos ciertas conductas están prohibidas *per se*, mientras que otras están sometidas a la regla de la razón, es decir, solo se prohíben cuando ellas resultan en una restricción irrazonable de la competencia. Por eso, muchas veces el cambio doctrinario al que hago referencia se concreta levantando la prohibición *per se* respecto de la conducta en cuestión, con lo cual ella queda sometida a la regla de la razón.

siempre podrá demostrarse en un proceso judicial o administrativo; o tal vez una red de talleres demasiado amplia le generaría costos administrativos excesivos. En cualquier caso, los incentivos de mercado empujan para que la empresa automotriz tome la decisión que beneficia al consumidor, es decir, para que elija el mejor sistema de servicio de postventa, algo que, por asimetría de información, presumiblemente la empresa automotriz está en mejor posición para evaluar que el propio consumidor. La idea general es que, en la medida en que haya competencia en el mercado automotriz, el productor tenderá a tomar decisiones que mejoren el producto final; si los jueces, invocando normas antitrust, interfieren con estas decisiones, es posible que en definitiva terminen perjudicando al consumidor. Estas consideraciones llevaron a los jueces de Estados Unidos a abandonar la doctrina que consideraba este tipo de acuerdos prohibidos *per se*.⁵ Bajo la regla de la razón, una práctica como la descrita tendrá buenas posibilidades de salir airosa del control antitrust.

Otro ejemplo clásico es el de los precios predatorios. Cuando una empresa cobra precios por debajo del costo, esto puede perjudicar a sus rivales más pequeños, e incluso llevarlos a la quiebra. La doctrina tradicional, por ende, veía esta práctica con malos ojos. Hoy, son rarísimos los casos en los que se la persigue. El razonamiento vigente es que para que los precios por debajo del costo sean perjudiciales para la competencia, es necesario que el monopolista, tras haber excluido a todos sus rivales gracias a los precios por debajo del costo, pueda cobrar precios supracompetitivos durante un tiempo suficientemente largo como para recuperar con creces la ganancia sacrificada. Esto se considera improbable en la mayoría de los casos; además, perseguir esta conducta, en definitiva, desincentivará la competencia en una de las dimensiones más relevantes para el consumidor: los precios. Como señaló la Corte Suprema de Estados Unidos en el célebre caso *Matsushita*, “reducir los precios para ganar mercado es la esencia misma de la competencia. Por eso, las inferencias erróneas en casos como este son particularmente costosas, ya que desincentivan la conducta cuya protección es el objetivo de las normas antitrust.”⁶

Como se puede apreciar, muchas veces no se puede velar por los consumidores y los pequeños competidores a la vez. En este sentido, es fácil advertir que una política que procurara proteger a ultranza a los *competidores* mal podría llamarse “defensa de la competencia”, ya que debería sancionar toda conducta mediante la cual una empresa deteriore la posición de mercado de sus rivales, incluyendo los avances que permitan vender productos mejores o más baratos. Las políticas de esta especie no faltan, pero no suelen canalizarse a través de las agencias de defensa de la competencia (aunque intentos no han faltado), sino a través de otros resortes de la política económica. Muchas veces, estas políticas se fundan en una distinta valoración del productor local y el extranjero,

5. Un ejemplo de la vieja doctrina es *United States v. Arnold Schwinn & Co.*, 388 U.S. 365 (1967), que aplica la prohibición *per se* a las restricciones verticales. Diez años después, en el caso *GTE Sylvania*, 433 U.S. 36 (1977), la Corte destaca que *Schwinn* ha sido muy criticada, y decide revertir la regla *per se* allí consagrada; al hacerlo, la Corte, citando doctrina económica, explica por qué muchas veces las restricciones verticales benefician a los consumidores.

6. *Matsushita Electric Industrial Co. V. Zenith Radio Corp.*, 474 U.S. 574 (1986). Traducida por el autor.

como las barreras arancelarias o para-arancelarias. No es mi intención aquí juzgar estas políticas —muy comunes en todo el mundo, por cierto— sino insistir en que ellas no son propias de la defensa de la competencia.

En todo caso, no son tales políticas las que Fox defiende en el artículo que comento. Ella, aunque entiende que para los países en desarrollo la protección del competidor más pequeño puede resultar un objetivo prioritario, no cree que tal objetivo deba procurarse sin importar las consecuencias, y en este sentido sugiere un principio para limitar tal protección: que no se perjudique a los consumidores.⁷ Dicho de otra manera, mientras que en Estados Unidos no se condenaría una práctica que afecta a los competidores más pequeños pero no a los consumidores, Fox no descartaría que en los países en desarrollo se condene tal práctica. De esta manera, si una empresa perjudica a su rival sencillamente porque ofrece un producto novedoso que el consumidor prefiere, no habría razón alguna para desincentivarla. Tampoco la habría si el perjuicio se debe a una promoción que no tiene virtualidad para restringir la competencia, aunque perjudique a algún rival, porque ella beneficia a los consumidores. Pero, en cambio, si la conducta en cuestión perjudica a los rivales más pequeños sin que los consumidores se vean beneficiados a cambio, Fox cree que un país en desarrollo bien podría optar por su sanción.

A primera vista, esto puede parecer razonable. Al fin y al cabo, ¿por qué permitir que se perjudique a los competidores más pequeños cuando ello no beneficia a los consumidores? Si adoptamos una regla como la que sugiere Fox, ¿no estamos en el mejor de los mundos, aquel que logra reconciliar la protección del pequeño competidor con la del consumidor?

La cuestión es más compleja. Con frecuencia, cuando se prohíbe una conducta determinada, se tiende a desincentivar algo más que esa conducta; esto es lo que, en el contexto de la libertad de expresión, se conoce como “chilling effect”. La misma figura se utilizó en el caso *Matsushita*, antes referido, para aludir al riesgo de que la sanción de los precios por debajo del costo “enfríe” la tan deseada competencia en materia de precios. Esta consideración, de hecho, lleva a la propia Fox a abogar por que los países en desarrollo sencillamente se abstengan de perseguir casos de precios predatorios.⁸ Pero el riesgo no se limita a estos casos. Aunque la política antitrust pretenda proteger a los competidores más pequeños solo en la medida en que esta protección no perjudique a los consumidores, es poco probable que en los hechos ese límite se mantenga sistemáticamente. Además del riesgo de inferencias erróneas por parte del juzgador que tanto preocupaba a la Corte Suprema de Estados Unidos en *Matsushita*, es esperable que las empresas, por precaución, se abstengan de realizar no solo las prácticas neutrales para los consumidores, sino también algunas que tenderían a beneficiarlos.

7. Ver nota 66 del artículo de Fox.

8. Ver punto V.3 del artículo de Fox.

Esto último se vincula con la carga probatoria. En un régimen pro-consumidor como el vigente en Estados Unidos, el denunciante debe convencer al juzgador de que la conducta denunciada perjudica a los consumidores. En la alternativa que, según sugiere Fox, podría preferir un país en desarrollo, el denunciado, para eximirse de responsabilidad, debería probar que la cesación de la conducta denunciada perjudicaría a los consumidores, es decir, que la conducta denunciada *beneficia* a los consumidores, y no sencillamente que no los perjudica. Cabe presumir que esto no siempre será fácil de demostrar. En este sentido, no debemos olvidar que, si bien la teoría económica predice, por ejemplo, que en un mercado competitivo las ganancias de eficiencia que obtenga un productor tenderán a trasladarse al consumidor, demostrarlo en un caso concreto y en el marco de un procedimiento administrativo o judicial puede resultar muy complejo. Esto parece ser especialmente aplicable a los contextos de escasa seguridad jurídica y debilidad institucional característicos de los países en desarrollo.

En definitiva, es inevitable que un régimen que ponga la protección de los rivales más pequeños en el centro de la defensa de la competencia termine desincentivando algunas conductas que habrían resultado beneficiosas para el consumidor, incluso si se prevé una excepción expresa para esos casos, como sugiere Fox. Si este efecto resulta suficiente para descartar su propuesta dependerá, en última instancia, de cuáles son los ideales que deseamos priorizar. En materia de defensa de la competencia, ningún camino está libre de sacrificios. La pregunta, como siempre, es qué sacrificios estamos más dispuestos a aceptar.

El derecho internacional de los derechos humanos no es un préstamo

Reflexiones sobre la crítica a los préstamos de Carlos F. Rosenkrantz

Leonardo G. Filippini*

I. En contra de los usos autoritativos del derecho extranjero e internacional

En su artículo “*En contra de los préstamos...*”¹ Carlos Rosenkrantz critica el uso autoritativo de materiales jurídicos extranjeros por parte de los tribunales nacionales. A fin de precisar sus argumentos, Rosenkrantz propone una utilización acotada del término préstamo y con él alude a “la decisión de usar derecho extranjero basada, al menos parcialmente, sobre la autoridad que el derecho extranjero tiene en su jurisdicción de origen”². Sin embargo, Rosenkrantz no sólo critica los préstamos en el sentido que él mismo define, sino que extiende esas observaciones a la incorporación de los tratados de derechos humanos a nuestra Constitución Nacional en 1994. Esta breve nota cuestiona esa expansión de la crítica de Rosenkrantz³ pues, a diferencia de los préstamos, el derecho internacional de los derechos humanos de la Constitución no es derecho extranjero y ha sido incorporado a nuestro ordenamiento jurídico como resultado de una deliberación nacional previa⁴.

Rosenkrantz describe la relevancia que el derecho extranjero ha tenido en el desarrollo constitucional de la Argentina —en especial el derecho de los EE.UU.— y ofrece distintas razones por las cuales, a su juicio, los préstamos deben ser resistidos. Sin embargo, como ya he indicado, no se refiere solamente al derecho extranjero sino que su descripción del

* Abogado, UBA '98; Master en Derecho UP '04; LL.M. '06 y J.S.D. (candidato) Yale Law School. Agradezco a Julieta Rossi, Natalia Volosin y Sebastián Elías las observaciones a este trabajo.

1. Carlos F. Rosenkrantz, “Against Borrowings and other Nonauthoritative Uses of Foreign Law”, 1 INTERNATIONAL JOURNAL OF CONSTITUTIONAL LAW, (2003) pp. 269-295. En adelante, “Against Borrowings”. Hay traducción al español, “En contra de los ‘Préstamos’ y de otros usos ‘no autoritativos’ del derecho extranjero”, en Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, Año 6, número 1 (2005). Las referencias que incluyo en el texto son traducciones propias al trabajo original en inglés.

2. “Against Borrowings”; punto 1, p. 270.

3. Dos trabajos critican otros aspectos de la posición de Rosenkrantz sobre los préstamos. Martín Böhmer defiende la originalidad del proyecto constitucional argentino y critica la falta de atención de Rosenkrantz sobre el proceso deliberativo que se da en el momento de la aplicación normativa; ver “Préstamos y adquisiciones. La utilización del derecho extranjero como una estrategia de creación de autoridad democrática y constitucional”. Roberto Gargarella, por su parte, rechaza la idea según la cual un uso autoritativo del derecho de otro país pone en crisis nuestra identidad constitucional; ver “Injertos y rechazos: Radicalismo político y trasplantes constitucionales en América”, nota 2. Ambos trabajos presentados en el Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política, 2007, San Juan, Puerto Rico.

4. En esta nota me refiero fundamentalmente a la decisión constituyente de incorporar una serie de instrumentos de derechos humanos al texto constitucional de 1994, que es el ejemplo de préstamo que ofrece Rosenkrantz. Mi argumentación no es necesariamente extensiva a la jurisprudencia posterior de la Corte Suprema que aplicó esos instrumentos o las decisiones de los órganos creados por algunos de esos instrumentos.

universo de materiales prestados incluye los tratados y declaraciones de derechos humanos incorporados a nuestra Constitución. Rosenkrantz afirma que frente a las violaciones de derechos humanos cometidas en los '70 y al comienzo de los '80, una gran mayoría de los miembros de la Convención Nacional Constituyente de 1994 votó la incorporación al texto constitucional de los derechos y libertades reconocidos por los tratados internacionales sobre derechos humanos con una finalidad expresiva⁵. En sus palabras: “Argentina incorporó derecho extranjero por un propósito, en su conjunto, expresivo. Utilizó los ‘préstamos’ a fin de manifestar su adhesión a las mismas restricciones al poder gubernamental que caracterizaban al derecho extranjero o internacional que adoptó”⁶. En sustento de esta afirmación, Rosenkrantz cita un fragmento de la intervención de la convencional constituyente Alicia Oliveira durante los debates de la Asamblea Constituyente de 1994, en el cual ella dijo que la historia argentina estaba “condensada en la expresión ‘Nunca Más’ y que para garantizar que esto fuese así “deb[íamos] otorgar jerarquía constitucional a los principios *ius humanitarios*”⁷.

Rosenkrantz concede que, tal como algunos autores han enfatizado, “razones expresivas pueden a veces explicar y justificar ciertos ‘préstamos’”⁸ y dice que el argumento expresivo, individualmente o junto a otros argumentos, es persuasivo y podría convencernos de que la práctica de los préstamos es plausible⁹. Sin embargo, a su juicio, la falta de deliberación previa a la conformación de la norma afecta a todos los argumentos que podrían justificar los préstamos¹⁰. Rosenkrantz llama a esta deficiencia el “problema de la validación”¹¹ y la presenta del siguiente modo:

Si aceptamos la idea de que se espera que cumplamos con la ley sólo cuando ella es el resultado de decisiones colectivas de la entidad política a la que pertenecemos, entonces podríamos objetar el préstamo constitucional simplemente porque éste consiste, en esencia, en deferir a decisiones colectivas tomadas por otros. La adopción conciente de una norma constitucional extranjera como derecho vinculante por una autoridad constitucional o por un juez son dos casos en los cuales los temas más básicos de nuestra vida interpersonal son decididos por personas con quienes no estamos relacionados políticamente, y que no son miembros de la misma entidad política. Esta deferencia de la última palabra en asuntos constitucionales a otros es lo que hace que el préstamo constitucional sea incompatible con el principio según el cual la coerción sólo

5. “Against Borrowings”; punto 3.4, pp. 280-281.

6. “Against Borrowings”; punto 3.4 p. 281.

7. “Against Borrowings”; punto 3.4, pp. 280-281. La transcripción de la Asamblea Constituyente dice: “Esta historia quedó condensada en la frase “Nunca más”, y para asegurar ese nunca más debemos dar jerarquía constitucional a los principios *jus humanitarios*”.

8. “Against Borrowings”; punto 3.4, p. 280.

9. “Against Borrowings”; punto 4, p. 282. Los otros argumentos que considera, además del expresivo, son los que denomina genealógico, contextual, y procedimental.

10. “Against Borrowings”; punto 4, pp. 283-286.

11. “Against Borrowings”; punto 4, p. 283.

puede ser justificada cuando es la consecuencia directa de una decisión colectiva y, por lo tanto, es imposible de validar en el contexto de una democracia constitucional¹².

Mi comentario tiene tres partes. Primero, marcaré una distinción entre el derecho internacional y el derecho extranjero que no aparece en el trabajo de Rosenkrantz. En segundo lugar, mostraré que hay bastante espacio para relativizar la reconstrucción de acuerdo con la cual Argentina incorporó los instrumentos de derechos humanos a su Constitución con un propósito expresivo. En tercer lugar, mostraré por qué estas dos cuestiones son relevantes y por qué la incorporación de una serie de instrumentos de derechos humanos a nuestra Constitución no merece las críticas que Rosenkrantz hace a los préstamos del derecho extranjero, del modo en que él las ha presentado.

II. El derecho internacional no es derecho extranjero

En contra de lo que sugiere Rosenkrantz, no creo que los instrumentos internacionales de derechos humanos incorporados a la Constitución en 1994 merezcan la caracterización que él hace de los préstamos. Esos instrumentos internacionales no son la cristalización de una “decisión colectiva tomada por otro”, sino de una decisión de nuestra propia comunidad política. Tampoco podemos afirmar que “no estamos relacionados políticamente” con quienes conformaron esas normas, ni que la incorporación de los tratados implica la “deferencia de la última palabra en asuntos constitucionales a otros”, o que sólo la voluntad de un tribunal de justicia acuerda autoridad a estas normas. A ello se suma de modo ostensible que nuestro régimen de derecho positivo constitucional y legal no equipara al derecho internacional de los derechos humanos al derecho extranjero¹³.

La decisión de incorporar un conjunto de instrumentos internacionales de derechos humanos a la Constitución en 1994 es el resultado de un proceso deliberativo autóctono. En primer lugar, la formación de cada uno de los instrumentos a los que se otorgó jerarquía constitucional no es totalmente ajena a nuestros procesos deliberativos. Gobiernos argentinos democráticos de distinto signo político y a lo largo de varias décadas han participado en la redacción de los tratados e instrumentos que hoy se encuentran incorporados en la Constitución. Los instrumentos multilaterales en cuestión, evidentemente, no son un producto enteramente nacional, en la medida en que de suyo implican la voluntad de otras comunidades políticas para perfeccionarse. Está claro, además, que la dinámica de creación del derecho internacional exige un enfoque diverso de los que usamos al enfrentarnos a los procesos de formación del derecho nacional¹⁴. Sin embargo, los instrumentos de derechos humanos de la Constitución tampoco resultan por ello, de

12. “Against Borrowings”; punto 4, p. 285.

13. No me detendré sobre este punto dado que las diferencias son conocidas. Mi impresión es que el enfoque de Rosenkrantz tampoco da cuenta de la situación en nuestro derecho positivo.

14. Para un trabajo reciente explorando los procesos de formación del derecho internacional en diversas áreas, ver ALAN BOYLE Y CHRISTINE CHINKIN, *THE MAKING OF INTERNATIONAL LAW*, Oxford: Oxford University Press (2007).

modo necesario, “la decisión de otro”. Incluso cuando en algunos casos el aporte argentino durante la elaboración de la norma internacional pueda haber sido menos determinante que el de otros Estados, la afirmación según la cual los instrumentos son el resultado de una decisión colectiva tomada por otro no es una descripción adecuada, en tanto no da cuenta del aporte nacional, por modesto que sea, a un proceso colectivo. Al contrario, en todos los casos en los que los representantes legítimos de nuestra comunidad política han participado en la elaboración y finalmente firmado acuerdos con otros Estados debemos concluir que, en principio, el producto no puede nunca sernos completamente ajeno.

Otras normas del derecho internacional distintas de las de fuente convencional —que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados— parecen más problemáticas frente a la pregunta acerca del proceso de deliberación previo a su conformación. En efecto, la “costumbre internacional”, los “principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas” y las “decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones”¹⁵, parecen autorizar la idea de que el derecho internacional puede operar aun en ausencia de la participación del Estado durante el proceso de elaboración normativa. Sin embargo, Rosenkrantz no se refiere a estas normas del derecho internacional, sino a la incorporación de tratados y declaraciones expresamente adoptados por el Estado argentino conforme a los procedimientos constitucionales.

En segundo lugar, la aprobación de los tratados en Argentina por las dos cámaras legislativas y la decisión constituyente de 1994 de incorporar una serie de tratados y declaraciones a nuestra Carta Magna confirman la existencia de una deliberación nacional. La aprobación de un tratado es un acto de nuestra legislatura y no existe ningún requisito del derecho internacional que exija un arreglo constitucional como el de 1994, lo que resalta su originalidad¹⁶. Además, como Rosenkrantz reconoce, 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”¹⁷. Según su planteo, cuando una convención constituyente o una legislatura se expresan, “es el pueblo quien habla, y cuando ellas ‘toman prestado’, es razonable decir que somos nosotros —el pueblo— quien ha tomado prestado”¹⁸, de modo que incluso desde su propia mirada la crítica a la opción del constituyente de 1994 es un caso difícil en contra de los préstamos.

Desde otra perspectiva, a diferencia de lo que ocurre con los préstamos tal como los caracteriza Rosenkrantz, tampoco es cierto que no tengamos relación política con quienes conformaron las normas internacionales que hoy son parte de nuestra Constitución. El

15. Enunciadas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

16. Janet Koven Levit observó que la opción de Argentina “es única en Sudamérica y podría decirse que en el mundo.” Janet Koven Levit, “The Constitutionalization of Human Rights in Argentina: Problem or Promise?”, 37 COLUMBIA JOURNAL OF TRANSNATIONAL LAW, 287, p. 312.

17. “Against Borrowings”; punto 4, p. 285.

18. “Against Borrowings”; punto 4, p. 286.

grueso de los documentos regionales fue ratificado como parte del proceso de transición a la democracia en nuestro país. La Comisión Interamericana jugó un papel crítico durante la dictadura militar, y Argentina es hoy uno de los principales usuarios del sistema interamericano de protección¹⁹. Además, nacionales argentinos ocupan plazas tanto en la Corte Interamericana de Derechos Humanos como en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos²⁰. La afirmación de Rosenkrantz no parece dar debida cuenta del proceso que condujo al cuadro actual. También respecto de los instrumentos universales es difícil negar nuestra relación política con los procesos de creación normativa. Recientemente, un ejemplo claro ha sido el liderazgo argentino para la sanción de una Convención contra la Desaparición Forzada de Personas, pero este episodio no es un hecho aislado. Como explica Kathryn Sikkink, a pesar de que a veces los latinoamericanos sugieren que los derechos humanos son una exportación inapropiada para nuestros países, muchos intelectuales latinoamericanos han sido líderes en la promoción del derecho internacional de los derechos humanos, a través del cual, justamente, intentaron limitar la influencia de los países poderosos sobre los más débiles de la región²¹. Evidentemente, la observación de Sikkink no es concluyente acerca de la efectiva existencia de una deliberación local pero alcanza para mostrar que la negación de todo vínculo es exagerada.

La incorporación de los tratados, además no implica la deferencia absoluta de la última palabra en asuntos constitucionales a otros. De un lado, porque representantes de nuestra propia comunidad política son parte de las deliberaciones internacionales y porque hay muchas instancias de interacción entre los Estados nacionales y los sistemas internacionales que impiden hablar de un traspaso de competencias tan drástico como el que sugiere Rosenkrantz²². Por otro lado, porque la sola idea según la cual la comunidad internacional es un sujeto político tan radicalmente distinto al nuestro al punto de impedir otra alternativa más que considerarnos extraños a él, también es problemática. Parte de la riqueza del derecho internacional de los derechos humanos, ha sido, precisamente, abrir la posibilidad de concebir derechos fundamentales por encima de las jurisdicciones nacionales²³. En el propio caso argentino los excluidos de nuestra comunidad política fueron, gracias a ello, tratados como sujetos de derechos en una comunidad política más amplia que les reconoció la dignidad personal que se les negaba fronteras adentro. Es cierto que los Estados nacionales

19. Ver Comisión IDH, Informe Anual 2006, Capítulo III, B, Estadísticas. Disponible en <http://www.cidh.org/annualrep/2006eng/Chap.3.htm#Statistics>

20. Desde el 2006, Víctor E. Abramovich es comisionado de la Comisión IDH y en el 2007, Leonardo Franco asumió como el primer juez argentino de la Corte IDH. Durante varios períodos anteriores Argentina ha tenido un nacional designado como miembro de la Comisión IDH: Genaro R. Carrió (1972-1976); Elsa Kelly (1986-1989), Oscar Luján Fappiano (1990-1997) y Juan Méndez (2000-2003).

21. KATHRYN SIKKINK, *MIXED SIGNALS - U.S. HUMAN RIGHTS POLICY AND LATIN AMERICA*, Ithaca: Cornell University Press - Century Foundation (2004), pp. 26-27.

22. Un análisis de las muchas aristas de esta relación puede verse en AA.VV., *LA APLICACIÓN DE LOS TRATADOS SOBRE DERECHOS HUMANOS EN EL ÁMBITO LOCAL*, del Puerto, Abramovich, Bovino y Courtis (comps.); Buenos Aires: del Puerto (2007).

23. Ver, por ejemplo, Mónica Pinto; "El valor jurídico de las decisiones de los órganos de control en materia de derechos humanos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia", en AA.VV., *LA APLICACIÓN DE LOS TRATADOS SOBRE DERECHOS HUMANOS EN EL ÁMBITO LOCAL*, cit., pp. 119-121.

parecen seguir siendo los sujetos políticos que mejor acomodan las necesidades deliberativas de las distintas comunidades, pero no existe ningún problema de legitimidad insalvable en su coexistencia con una comunidad internacional. Y aunque aceptemos que las decisiones nacionales pueden representar mejor los intereses de sus propias comunidades, sería un error creer que una decisión se legitima sólo por ser un producto nacional.

Finalmente, y en contraste con la definición acotada de préstamo que Rosenkrantz postula, no sólo los jueces han conferido autoridad a los instrumentos de derechos humanos de la Constitución. Los poderes Ejecutivo y Legislativo —con la firma, aprobación, ratificación y depósito— y el propio constituyente de 1994 han sido los principales actores de este proceso. Incluso las provincias a través de sus propios poderes han adherido a las normas internacionales a las que Rosenkrantz se refiere. En conclusión, ninguna de las notas que según la propia definición de Rosenkrantz caracterizan a los préstamos del derecho extranjero puede predicarse del derecho internacional de los derechos humanos de fuente convencional incorporado a la Constitución. Este cuerpo de normas no es un préstamo ni, como veremos, merece la objeción deliberativa que Rosenkrantz ha presentado.

III. Los motivos del constituyente del 1994

El modo en que Rosenkrantz presenta la visión del constituyente de 1994 acerca de la incorporación de instrumentos de derechos humanos puede ser matizado. Rosenkrantz dice que Argentina incorporó “derecho extranjero” con un propósito “completamente expresivo”. Sin embargo, esto puede ser cierto sólo parcialmente ya que los tratados no sólo consagran aspiraciones. También reflejan la voluntad de una comunidad política de participar en diversos foros internacionales y de someterse efectivamente al escrutinio internacional, incluso bajo la jurisdicción de tribunales internacionales. Es cierto que los órganos de los tratados de derechos humanos pueden hacer poco más que afectar la reputación internacional de los Estados. Con todo, aun por esa vía, los sistemas internacionales han demostrado cierta capacidad de influir sobre las prácticas de los Estados. El compromiso, entonces, no es sólo expresivo y conlleva la posibilidad para el Estado argentino de participar en organizaciones internacionales y de avanzar, a su vez, sus propios intereses sobre otros Estados.

Rosenkrantz no niega en su trabajo la posibilidad de que otras finalidades, además de la expresiva, hayan podido determinar la definición del texto actual de nuestra Constitución. Sin embargo, el foco sobre la motivación expresiva no da debida cuenta de varias otras razones que las autoridades argentinas pudieron tener en mente al adoptar estas normas, primero, y al incorporarlas a la Constitución en 1994. A fin de fundar esta observación, quiero presentar otras razones que también fueron consideradas por la Convención Constituyente. Aunque este ejercicio será incompleto porque me referiré —al igual que Rosenkrantz en su nota— sólo a las intervenciones de algunos convencionales, tal como han quedado documentadas y sin consultar otras fuentes, la lectura de las actas de la Convención Constituyente alcanza para mostrar que la sola referencia a una finalidad expresiva es una descripción incompleta.

La decisión de 1994, por empezar, no carece por completo de antecedentes nacionales y la posibilidad de una estrategia de dos niveles, en la cual un arreglo constitucional permeable al derecho internacional no es una apelación a la autoridad del material extranjero, sino una opción constituyente deliberada y propia fue enunciada explícitamente por Alberdi en sus *Bases*. En clave liberal, Alberdi entendía que los tratados con otras naciones eran otro de los frenos y contrapesos que podrían limitar al poder. La opción por un sistema permeable al derecho internacional, de tal forma, perseguía un interés concreto de limitar efectivamente a las agencias estatales, a través de la creación de un foro externo en el cual deberían rendir cuentas. Así presentadas las cosas, podemos sugerir cierta ilación con la opción de 1994 que sugiere bastante más que la mera expresión de aspiraciones.

Alberdi criticaba ciertos préstamos y reclamaba una política constitucional original: “nuestra política constitucional americana” —decía— “debe ser tan original como es la situación de la América del Sud [...] Mientras la América del Sud no tenga una política constitucional exterior suya y peculiar a sus necesidades especialísimas, no saldrá de la condición obscura y subalterna en que se encuentra”²⁴. Sin embargo, una opinión tan férrea en contra de este tipo de imitaciones no le impedía ser un fuerte promotor del derecho internacional:

XV [...] Firmad tratados con el extranjero en que deis garantías de que sus derechos naturales de propiedad, de libertad civil, de seguridad, de adquisición y de tránsito, les serán respetados. Esos tratados serán la más bella parte de la Constitución; la parte exterior, que es llave del progreso de estos países, llamados a recibir su acrecentamiento de fuera. Para que esa rama del derecho público sea inviolable y duradera, firmad tratados por término indefinido o prolongadísimo. No temáis encadenaros al orden y a la cultura. Temer que los tratados sean perpetuos, es temer que se perpetúen las garantías individuales en nuestro suelo. El tratado argentino con la Gran Bretaña ha impedido que Rosas hiciera de Buenos Aires otro Paraguay. [...]

XXXIV [...] Nuestra política [...] [d]ebe promover y buscar los tratados de amistad y comercio con el extranjero, como garantías de nuestro régimen constitucional. Consignadas y escritas en esos tratados las mismas garantías de derecho público que la Constitución dé al extranjero espontáneamente, adquirirán mayor fuerza y estabilidad. Cada tratado será un ancla de estabilidad puesta a la Constitución. Si ésta fuese violada por una autoridad nacional, no lo será en la parte contenida en los tratados, que se harán respetar por las naciones signatarias de ellos; y bastará que algunas garantías queden en pie para que el país conserve inviolable una parte de su Constitución, que pronto hará restablecer la otra. Nada más erróneo, en la política exterior de Sud América, que la tendencia a huir de los tratados.

24. Bases, XVIII.

Juan Pablo Cafiero, presidente de la Comisión que presentó la propuesta de jerarquizar los tratados en la Asamblea Constituyente apeló precisamente a la voluntad del constituyente de 1853 y afirmó que "... si muchos constituyentes de ese momento estuvieran sentados aquí, con seguridad utilizarían el verbo de los derechos humanos y el verbo de la jerarquía de los mismos para incorporarlos a la Constitución"²⁵. El informe de Cafiero en la Asamblea Constituyente de 1994 presentó muchos de los argumentos compartidos por sus compañeros del Frente Grande y por los radicales y peronistas, representantes de los partidos entonces mayoritarios. Cafiero dijo que la reforma reflejaba una situación que ya era realidad. A su juicio, se trataba de "introducir lo que ya forma parte de la vigencia sociológica del derecho" y explicó que se había "diseñado y repensado convertir esa vigencia positiva del derecho internacional" a la luz "de la evolución y del progreso" y "de colocar al ser humano en el centro de las actividades". Agregó que con la ratificación de la Convención de Viena sobre el Derechos de los Tratados, Argentina no podría "decir 'no' a la comunidad internacional o a la relación con otro Estado". También recordó que la Opinión Consultiva 10 de la Corte IDH interpretó que aun cuando los tribunales otorguen prioridad a la ley nacional, el Estado es responsable internacionalmente por las obligaciones contraídas y destacó que incluso esta interpretación "modesta" había ayudado a cuestionar la reimplantación de la pena de muerte en Perú por ser contraria al Pacto de San José.

Desde otro plano, Cafiero señaló que la Argentina no podía participar de ningún proceso de globalización si no participaba también de un sistema internacional de protección de los derechos individuales²⁶. Asimismo, y al igual que muchos otros constituyentes, se refirió a la dictadura militar de 1976-1983, e incluso aludió a la historia personal de varios de los convencionales durante ese período²⁷. No obstante, consideró que la jerarquía de los tratados tendría no sólo un valor testimonial frente a ese pasado, sino que impactaría de modo profundo sobre el ordenamiento jurídico nacional. Según dijo, "[o]torgar jerarquía constitucional a estos instrumentos es situar al ser humano —por su sola condición de tal— en el centro de la tutela del orden jurídico" y consideró que estos derechos formaban parte ya "de la conciencia colectiva de los argentinos" y que doctrinarios como Bidart Campos apoyaban una solución incluso más ambiciosa que la propuesta.

El constituyente Rodolfo Barra adhirió a esta visión y agregó otros argumentos que también fueron los de la mayoría en la Convención Constituyente. Dijo que Argentina estaba ahorrando "los cuarenta años de discusión que hubo en Europa a partir del Tratado de Roma para consolidar y constituir la Unión Europea"²⁸ y que la norma propuesta seguía el ordenamiento del derecho internacional moderno y del actual derecho

25. Convención Nacional Constituyente, 22ª Reunión - 3ª Sesión Ordinaria (continuación), 2 de agosto de 1994; Intervención del convencional Juan Pablo Cafiero, pp. 2828 y ss. Las menciones que siguen corresponden al mismo documento.

26. En una línea similar, enfatizando la necesidad de una integración latinoamericana, la intervención del convencional Estévez Boero, pp. 2914-2920, entre otros.

27. Referencias similares en la intervención de la convencional Alicia Oliveira, pp. 2860-2870; del convencional de Vedia, pp. 2876-2880 y del convencional Llamosas, pp. 2925-2930, entre otros.

28. Intervención del convencional Rodolfo Barra, pp. 2824-2830.

constitucional comparado. Además remarcó que la solución reflejaba la posición del gobierno argentino, a lo largo de varios gobiernos, favorable a la incorporación de esos instrumentos al derecho interno.

Lamentablemente, el debate en la Asamblea Constituyente quedó trunco luego de una fuerte discusión que se generó por la alusión crítica de un convencional al papel del ex Presidente Arturo H. Illia frente al intento del ex Presidente Juan Domingo Perón de retornar al país, durante la presidencia del primero²⁹. La cuestión generó una encendida polémica y, luego de un cuarto intermedio, varios representantes prominentes de los bloques radical y peronista hicieron menciones recíprocas a la tradición democrática de ambas fuerzas políticas, contestaron los comentarios que objetaban el papel de Illia y llamaron a votar, aun sin agotar la lista de oradores. Varias decenas de convencionales, como consecuencia de ello, no llegaron a hacer uso de la palabra³⁰. Las razones principales a favor y en contra de la incorporación de los instrumentos de derechos humanos, sin embargo, fueron suficientemente expuestas en sus aspectos centrales. La mayoría coincidió a favor de la cláusula que finalmente quedó consagrada sobre la base de argumentos como los reseñados de Cafiero y Barra. En contra, se señaló en lo fundamental que el texto propuesto excedía las competencias de la Asamblea Constituyente, pues modificaba la parte primera de la Constitución y que la solución implicaba una indebida cesión de soberanía³¹. Respecto de los contenidos en concreto de los instrumentos que se incorporaban hubo intercambios acerca de las posibles implicancias de los tratados sobre el aborto, el derecho a la reelección de algunos cargos políticos y los derechos de la mujer.

La lectura de las discusiones constituyentes y el incidente relatado dejan dudas acerca de la profundidad con la que fueron analizadas todas las posibles implicancias del arreglo institucional adoptado. Sin embargo, la cuestión central estuvo establecida y todos los convencionales consideraron las implicancias de otorgar rango constitucional a los instrumentos internacionales. La incorporación de tratados y declaraciones fue decidida sobre la base de un juicio original del constituyente argentino que consideró cuestiones tan variadas como las posibles contribuciones de este arreglo a los procesos de integración regional, la historia argentina, la tradición de gobiernos democráticos de distinto signo político, la doctrina, el derecho comparado y hasta las propias experiencias personales frente a los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos. Aquí he

29. El convencional Giordano dijo: "... cuando Perón regresaba a su patria, la nuestra, en una aeronave española, el presidente Illia y el canciller Zavala Ortiz le dieron orden a la Fuerza Aérea de que si no acataba la prohibición de ingreso en el espacio aéreo argentino —el nuestro, el de su patria— el más eminente ciudadano argentino de ese momento, había que derribar ese avión con sus ciento veinte ocupantes"; Convención Nacional Constituyente, 23ª Reunión - 3ª Sesión Ordinaria (Continuación), 3 de agosto de 1994, p. 3028.

30. Este relato es una síntesis basada en el acta de la Convención Nacional Constituyente, 23ª Reunión - 3ª Sesión Ordinaria (Continuación), 3 de agosto de 1994, p. 3028 y ss.

31. Intervención del convencional Muruzábal (MODIN), Agosto 2, 1994, pp. 2841-2846. Sobre la inalterabilidad de la parte dogmática también el convencional Iriarte (Fuerza Republicana), pp. 2846-2852. En una línea concurrente, el convencional Alsogaray señaló que los derechos humanos "están perfectamente protegidos en la Constitución Nacional de 1853-60", p. 2882.

reseñado muy abreviadamente las posiciones de dos convencionales, pero muchos otros aportaron sus opiniones coincidentes y todos ellos dieron riqueza a la discusión. No todas las razones apuntadas son las mejores posibles, pero no puede negarse que existió una discusión propia que consideró reiteradamente la particularidad de nuestra comunidad política nacional y que tuvo en vista mucho más que propósitos expresivos en la decisión de incorporar los tratados y declaraciones al texto constitucional.

IV. La reforma de 1994 y la crítica a los préstamos autoritativos

He marcado dos diferencias con el texto de Rosenkrantz. Primero, he distinguido entre el derecho internacional de fuente convencional y el derecho extranjero indicando que, más allá de las obvias diferencias de derecho positivo, es incorrecto afirmar que el derecho internacional convencional de los derechos humanos sea el fruto de un proceso deliberativo totalmente ajeno a nuestra comunidad política. En segundo lugar, he analizado las actas de la Asamblea Constituyente a las que Rosenkrantz también acudió con el fin de resaltar dos matices ausentes en su exposición: que la decisión de 1994 fue el fruto de una deliberación nacional y que no respondió únicamente a motivaciones expresivas.

Por sí mismas, estas diferencias son anecdóticas. Sin embargo, creo que son definitivas para rechazar la extensión de las críticas de Rosenkrantz a la incorporación de los instrumentos de derechos humanos a la Constitución. Con las distinciones presentadas, el problema de validación pierde su relevancia, al menos, en los términos en que Rosenkrantz lo ha planteado. Parafraseando su formulación, si se espera que obedezcamos las normas surgidas de la deliberación de la entidad política a la que pertenecemos, entonces deberíamos obedecer el derecho internacional de los derechos humanos incorporado a nuestra Constitución. Podemos disentir en torno a la conveniencia de semejante arreglo institucional, pero en modo alguno se trata de una opción inválida, ni ha resentido nuestra capacidad de elaborar un discurso constitucional propio.

Planteada en otros términos, la cuestión traída por Rosenkrantz podría ser más desafiante para el derecho internacional de los derechos humanos pues él ha identificado correctamente, al igual que ya lo han hecho muchos otros, un motivo de preocupación en el uso del derecho internacional para dirimir cuestiones fundamentales de nuestra vida social. Una extensa literatura viene abordando hace tiempo ya el llamado “déficit democrático del derecho internacional”, según el cual —y en líneas generales de acuerdo con lo que sugiere Rosenkrantz— la formación del derecho internacional presenta problemas frente a las exigencias de una democracia deliberativa³².

En EE.UU., gran parte de esta discusión fue avivada por una cita de la Corte Suprema de ese país a una decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Lawrence*

32. Para una presentación resumida de las discusiones en EE.UU. ver Austen L. Parrish, “Storm in a teacup: The U.S. Supreme Court’s use of foreign law”, *UNIVERSITY OF ILLINOIS LAW REVIEW* 637 (2007), pp. 642-652.

v. *Texas*³³. *Lawrence* fue el primer caso en el cual la opinión de la mayoría de la Corte Suprema de EE.UU. incluyó una decisión del Tribunal Europeo en su texto³⁴. Desde la perspectiva estadounidense, el material europeo era, a la vez, “internacional” y “extranjero” y de allí que para parte de la doctrina que evaluó si esta influencia era justificable la distinción entre fuentes de autoridad internacionales o extranjeras no era relevante. A ello se agrega, la importancia teórica del llamado “excepcionalismo”³⁵ en materia de derecho internacional en los EE.UU. y el hecho de que la cámara de representantes no interviene en la aprobación de los tratados, a diferencia de lo que ocurre en nuestro país. Este contexto particular, por lo tanto, no es exactamente el nuestro de cara a la discusión acerca de los usos del derecho internacional por parte de las cortes nacionales.

En el caso de Argentina, me atrevería a decir que la discusión introducida por el caso *Ekmekdjian* en 1992 y por la reforma Constitucional de 1994 se hizo especialmente intensa luego del fallo de primera instancia en el caso *Simón* y, en general, con toda la jurisprudencia que ha apelado a normas de derecho internacional para la reapertura de la persecución penal por violaciones a derechos humanos, clausurada por las leyes de Punto Final y de Obediencia Debida y por lo indultos del ex Presidente Carlos S. Menem. Esta serie de casos mostró con claridad cómo leyes e indultos dictados por autoridades nacionales democráticamente electas eran desafiados por fallos judiciales basados, en parte, sobre normas que no habían sido generadas exclusivamente por las autoridades nacionales. Muchos de estos fallos, además, contienen apelaciones directas a la costumbre internacional, a principios del *jus cogens*, o a la jurisprudencia de la Corte IDH en el caso *Barrios Altos* seguido contra el Perú³⁶. Así como *Lawrence* y otros similares detonaron un profundo debate en EEUU, *Simón* y los demás casos que reabrieron la persecución penal por las violaciones a derechos humanos parecen haber cumplido ese papel en Argentina.

Sin embargo, nuestras preocupaciones no pueden reducirse a una pregunta genérica por la legitimidad del derecho internacional. No creo que el derecho internacional tenga problemas insalvables de legitimidad en su conjunto, ni que sea la mejor opción posible para definir todos los asuntos sensibles. Nuestra indagación debe permitirnos identificar bajo qué condiciones consideramos que una norma es legítima y verificar entonces si alguna de las manifestaciones del derecho internacional aplicable en Argentina satisface esas condiciones. Dentro de este marco, el origen nacional o internacional de una norma puede ser un indicio acerca de la calidad del debate que la precedió. Puede ser correcto

33. Supreme Court of the United States; John Geddes LAWRENCE and Tyron Garner, Petitioners, v. TEXAS. No. 02-102. Argued March 26, 2003. Decided June 26, 2003. Otros casos más o menos contemporáneos de ese tribunal también contienen alusiones a materiales internacionales o extranjeros, por ejemplo, *Atkins v. Virginia*, *Grutter v. Bollinger* y *Roper v. Simmons*.

34. Harold Hongju Koh, “International: Law as part of our law”, 98 AM. J. INT’L L. 43, p. 50.

35. Ver, por ejemplo, MICHAEL IGNATIEFF (ed.), *AMERICAN EXCEPTIONALISM AND HUMAN RIGHTS*, Princeton y Oxford: Princeton University Press (2005).

36. Algunas menciones a los problemas de la aplicación del derecho internacional en el fallo *Simón* de la CSJN, en mi trabajo *Tres problemas en la aplicación del derecho internacional en el caso Simón*, en *Revista de Derecho Penal*. Lexis Nexis, Buenos Aires, vol. 2006-3, 2006, pp. 436/447.

considerar que el debate nacional tiende a ser el mejor foro para la expresión de las voces interesadas, pero de ello no se sigue que la discusión internacional no pueda serlo también, o que incluso, pueda ser el ámbito donde son escuchadas las voces silenciadas en los ámbitos nacionales. Las víctimas de la dictadura argentina son un ejemplo de ello y, de hecho, de esa experiencia concreta partió la confianza del Constituyente de 1994 en que el camino elegido no era un obstáculo para nuestra democracia. En esta línea, por ejemplo, y en contra de la opinión que afirma de modo general el déficit democrático del derecho internacional, Keohane, Macedo y Moravcsik han postulado recientemente que puede demostrarse sobre la base de análisis empíricos que la participación en organizaciones multilaterales puede mejorar el funcionamiento de la democracia en los Estados nacionales y que las instituciones multilaterales, si son diseñadas adecuadamente, pueden mejorar la calidad de la democracia³⁷.

Por otro lado, tampoco deberíamos perder de vista que las capacidades del derecho internacional de imponerse localmente son limitadas por la autoridad nacional de implementación. El derecho internacional de los derechos humanos en particular es una de las áreas donde la ausencia de una autoridad global de aplicación de las reglas internacionales es más notoria. Cualquier descripción sobre la influencia del derecho internacional de los derechos humanos que prescinda de esta dimensión resulta incompleta y cualquier teoría que desconozca este fenómeno corre el riesgo de no ajustarse a la realidad. Para decirlo de un modo directo, *Simón* no debería interrogarnos exclusivamente sobre el proceso de formación del derecho internacional sino también sobre el papel de las autoridades locales en la delimitación de su alcance. De hecho, el informe de la Comisión IDH contrario a las leyes y a los indultos fue emitido en 1992, pero la Corte Suprema argentina hizo suya esa doctrina recién en 2005, más como consecuencia de nuestra propia dinámica institucional y política que como resultado de una evolución internacional. A diferencia de lo que sugiere Rosenkrantz, tiendo a pensar que la jerarquía del derecho internacional de los derechos humanos en nuestro medio no proviene tanto de su autoridad en otra jurisdicción, como de su capacidad de reflejar nuestra propia dinámica constitucional.

37. Aun cuando afirman que muchas instituciones multilaterales no tienen este efecto hoy. Cfr. Robert O. Keohane, Stephen Macedo y Andrew Moravcsik, "Democracy-Enhancing Multilateralism"; International Law and Justice Working Papers, 2007/4. Disponible en http://ilj.org/working%20papers/documents/2007-4.KMM.web_001.pdf.

Advertencias a un internacionalista (o los problemas de Simón y Mazzeo)

Carlos F. Rosenkrantz *

I

En mi artículo *En contra de los Préstamos...* sostuve que los préstamos, esto es la práctica judicial de usar el derecho extranjero o decisiones judiciales extranjeras para sustentar o justificar las particulares conclusiones de sus sentencias, son problemáticos por varias razones. Afirmé que dada la heterogeneidad del derecho constitucional –no hay forma canónica de organizar la distribución del poder entre los órganos del estado ni la frontera entre los derechos individuales entre sí ni entre ellos y el estado- los jueces deberían encontrar algunos reparos en tomar prestado decisiones de otras jurisdicciones nacionales y, más allá de esto, sugerí que tomar prestado derecho o decisiones judiciales extranjeras es difícil de validar porque, sencillamente, son extranjeros. Afirmé que el derecho tiene una especial autoridad sobre nosotros por ser “nuestro” derecho, esto es, ser el producto de la comunidad política a la que pertenecemos o de la que somos miembros. Consecuentemente, sostuve, los jueces, al tomar prestado derecho o decisiones judiciales de otra comunidad, suplantán aquello que colectivamente hemos decidido por normas que no son nuestras. Llamé a este problema, el “problema de la validación” de los préstamos.

Leonardo Filippini, en el artículo que se publica en este mismo número de la Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, afirma que el problema de la validación -cualquiera sea su plausibilidad cuando referido al uso judicial del derecho o de sentencias extranjeras- no puede afectar el uso judicial del derecho internacional de los derechos humanos¹.

Las razones por las cuales Filippini cree que la referencia por parte de los jueces a los tratados internacionales o al derecho internacional humanitario no padece el problema de la validación son, básicamente, reducibles a dos proposiciones centrales. Primero, que el derecho internacional de los derechos humanos, es un derecho nacional, pues “ha sido incorporado a nuestro ordenamiento jurídico como resultado de una deliberación nacional

* Global Law Professor NYU. Profesor de Derecho UBA

1. Filippini reconoce que en *En Contra de los Préstamos...* hay recursos suficientes como para realizar las discriminaciones que él considera necesarias. Filippini recuerda que yo he sostenido que a diferencia del caso en el que los jueces usan derecho o sentencias extranjeras, cuando una convención constituyente o una legislatura decide incorporar una norma extranjera al derecho nacional es, en un sentido importante, el pueblo quien decide realizar dicha incorporación y cuando el pueblo incorpora normas, aún cuando estas fueran extranjeras, el problema de la validación disminuye. En virtud de ello, Filippini sugiere que yo no debería tener mucho inconveniente en reconocer que el uso por parte de los jueces de tratados o de derecho internacional humanitario en sus sentencias, al menos en nuestro país, tiene un estatus distinto al uso por parte de los jueces de derecho extranjero y no debe ser confundido con él y que, por lo tanto, *En Contra de los Préstamos...* no debería ser interpretado como un artículo que ataca el intento judicial de buscar autoridad para sus sentencias por la vía de la cita o la referencia al derecho extranjero o al derecho internacional humanitario. Como espero surgirá del texto yo disiento.

previa” y después de “un proceso deliberativo autóctono” el que según Filippini tuvo lugar en la Convención Constituyente de 1994 y; segundo, y este es un punto más general acerca de la naturaleza del derecho internacional, que el derecho internacional de los derechos humanos siempre, e independientemente de su constitucionalización, es nuestro derecho, dado que todos somos miembros de la comunidad internacional tal como lo testimonia el que participemos en la creación de normas internacionales y, entre ellas, “en la redacción de los tratados e instrumentos internacionales que (en el caso de la Argentina) hoy se encuentran incorporados a la Constitución”.

II

El punto de Filippini puede pararse sobre la verdad de cualquiera de sus dos proposiciones centrales. Si cualquiera de ellas fuera verdadera la posibilidad de que los jueces se refieran en sus sentencias al derecho internacional humanitario estaría protegida de la crítica que surge a partir del problema de las dificultades de validación de las decisiones judiciales que recurren a un derecho del que no somos nosotros mismos los autores. Efectivamente, si el derecho internacional de los derechos humanos, al haber sido incorporado al derecho nacional por su constitucionalización, tuviera el mismo estatus valorativo que nuestro derecho, al usarlo no lo tomaríamos prestado y tampoco lo tomaríamos prestado si nosotros fuéramos (parte de) la comunidad internacional porque, en este caso, el derecho internacional humanitario sería un producto de nuestra propia autoría.

Ahora bien, contrariamente a lo que Filippini asume, ni la constitucionalización de los tratados de derechos humanos ni nuestra pertenencia a la comunidad internacional blindan el uso del derecho internacional humanitario por parte de los jueces.

En primer lugar, los tratados de derechos humanos son en un sentido importante, y aún a pesar de su constitucionalización, derecho de otro. Efectivamente, del mismo modo que diferir a otros nuestras decisiones no hace que las decisiones que otros toman por nosotros sean “nuestras” adoptar el derecho que otro sanciona no lo hace “nuestro”. Más allá de todas las razones que pudieran apoyar nuestra decisión de diferirnos a lo decidido por otros -que dado nuestro pasado institucional son muchas- cuando hacemos lo que otros deciden que debe hacerse no ejercitamos cabalmente nuestra propia capacidad de decidir por lo que no podemos afirmar que hacemos lo que nosotros hemos decidido².

2. Ulises, sabiéndose débil para oír el canto de las sirenas y no sucumbir ante su atractivo pero queriendo escucharlas de todas maneras, pidió a sus marineros que se tapen sus oídos con cera y lo aten al mástil de su barco y que lo desaten sólo una vez que estuvieran fuera de peligro. La decisión de Ulises de atarse al mástil sea quizá la decisión más sabia dada su irracionalidad imperfecta (una persona racional hubiera decidido no escuchar el canto de las sirenas). No obstante ello, si hay algo que no puede decirse de Ulises es que él no sucumbió al canto de las sirenas por su propia decisión. Ulises no decidió no sucumbir pues antes de estar en las circunstancias de tomar la decisión de sucumbir o no sucumbir se había inhibido de decidir. Lo mismo sucede si su comunidad difiere su decisión acerca de lo que hay que hacer a normas que otro estipuló. Quizá sea sabio hacerlo pero cuando su comunidad aplica la norma que otro estipuló no puede decirse que ha decidido hacer lo que la norma indica pues antes de eso, tal como Ulises, se había inhibido a sí misma de la facultad de decidir de otro modo.

En segundo lugar, no obstante la pertenencia de nuestro país a la comunidad internacional, nosotros no “somos” la comunidad internacional por lo que el derecho internacional no puede ser visto como un derecho hecho por nosotros cuya aplicación está a salvo totalmente del problema de la validación. Si bien es cierto que nuestros países pertenecen a la comunidad internacional de ello no se sigue que las normas internacionales sean normas que “nosotros” adoptamos. Ello es así, en virtud de que nuestra membresía a la comunidad internacional es remota o indirecta.

Este comentario requiere alguna aclaración. La proposición de Filippini de que el derecho internacional es “nuestro” explota la ambigüedad del posesivo “nuestro”. El argumento de Filippini, esencialmente, es que es difícil negar la relación de inmediatez política que tenemos con los procesos de creación normativa que tienen lugar en el ámbito de la comunidad internacional en tanto nuestro país es miembro de la comunidad internacional y que, por lo tanto, es inaceptable pensar –como presupone la crítica de validación que yo he formulado- que los tratados internacionales y el derecho internacional de los derechos humanos no sea “nuestro” derecho. Ahora bien, “nuestro” en este argumento no puede querer decir el derecho suyo y mío pues ni usted ni yo –ni para el caso ningún ciudadano de ningún otro estado- participamos en el proceso de creación del derecho internacional en pie de igualdad con todos los demás como si lo hacemos (al menos normativamente hablando) en el proceso de creación del derecho nacional. Por ello, lo único que puede querer decir el posesivo “nuestro” en el argumento de Filippini es que el derecho internacional es un derecho de estados, entre ellos, el derecho del estado del que usted y yo somos miembros. Dada la distancia entre usted y yo y el derecho internacional, el derecho internacional, a pesar de que sea el derecho de nuestro estado, no puede ser “nuestro” derecho, al menos en el sentido en que el derecho nacional lo es. El derecho nacional presupone un vínculo inmediato con nosotros en tanto es el producto colectivo que se obtiene cuando nos vinculamos directamente por las reglas que determinan el modo en que se ejerce la coerción estatal, vínculo que no se encuentra presente en nuestra relación con el derecho internacional.

En síntesis, el que el derecho internacional humanitario haya sido constitucionalizado y que nuestro país forme parte de la comunidad internacional y que como tal participe en la creación de normas internacionales humanitarias, a pesar de las afirmaciones de Filippini, no soluciona uno de los problema que según yo entiendo se plantea cuando los jueces usan dicho derecho, pues la alteridad del derecho internacional –el derecho internacional es en un sentido importante derecho de “otro”- y la falta de inmediatez del derecho internacional humanitario –el derecho internacional es el derecho de la comunidad internacional- determinan que la aplicación por parte de los jueces, tal como la aplicación del derecho extranjero, enfrente también el problema de la validación dado que todos podemos preguntarnos si las razones para obedecer el derecho internacional son las mismas razones que tenemos para obedecer el derecho interno, por lo menos para obedecerlo *qua* derecho.

III

Quizá usted piense que mi réplica a los comentarios de Filippini sea microscópica y no conteste el punto que Filippini, en realidad, quiere destacar en su comentario. Quizá Filippini quiera decir no es que no pueda establecerse ninguna diferencia entre el derecho internacional de los derechos humanos constitucionalizado y el derecho interno por el grado de su alteridad o inmediatez, ni que dichas diferencias no sean normativamente relevantes. Lo que Filippini pareciera estar defendiendo es la convicción de que cualquiera sea el problema de validación que la mayor alteridad y la menor inmediatez del derecho internacional *vis a vis* el derecho nacional pudiera introducir, dicho problema es nimio en comparación con los beneficios que pueden derivarse de las sentencias que usan el derecho internacional de los derechos humanos, dado que el derecho internacional en general, y el derecho internacional de los derechos humanos en particular, constituyen un recurso que nos puede ayudar a mejorar nuestras vidas individuales y colectivas.

¿Qué se puede decir cuando los comentarios de Filippini son vistos en esta luz? ¿Qué puede decirse frente a un internacionalista como Filippini que quita relevancia y protagonismo al problema de validación en esta discusión y participa de la convicción de que el uso por parte de los jueces argentinos del derecho internacional humanitario y nuestra participación en el proceso de producción del derecho internacional - por ejemplo, la participación en organismos e instituciones multilaterales- “puede mejorar el funcionamiento de (nuestra) democracia”?

No es muy claro cómo se puede verificar o falsificar una convicción como la que ahora le atribuyo a Filippini pues no es claro qué es lo que puede mellar la confianza de quien está convencido de que uso del derecho internacional de los derechos humanos por nuestros jueces puede mejorar la calidad de nuestra vida colectiva. No obstante ello, creo que se puede morigerar un poco el entusiasmo de los internacionalistas como Filippini formulando una advertencia y recalcando algo que ya he dicho en *En contra de los Préstamos...* cuando me referí a lo que llamé usos no autoritativos del derecho extranjero, más precisamente, que la práctica de usar derecho o decisiones de otros siempre y, más allá de sus resultados beneficiosos, adicionan complejidad a las sentencias haciéndolas, por ello, más difíciles de ser compartidas y endosadas por todos aquellos que las deben honrar quitando a dichas sentencias el carácter de necesarias y univocas que ellas deben tener para hacer posible la implantación y el desarrollo de una cultura constitucional. Para intentar convencer a un internacionalista como Filippini nada mejor que mostrar estos problemas mediante referencias al derecho internacional humanitario y su uso por parte de los jueces argentinos.

Piense en Simón (CSJN) y en Mazzeo (CSJN) dos instancias recientes de uso por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de normas y decisiones provenientes del derecho internacional de los derechos humanos. En Simón, la Corte Suprema discutió la validez de las leyes de Punto Final y Obediencia Debida, ambas sancionadas durante el gobierno del Dr. Alfonsín, y en Mazzeo discutió la validez del Decreto de Indulto 1002/89, sancionado por el Presidente Menem.

Más allá de la numerosa cantidad de argumentos en los que la Corte Suprema apoyó sus decisiones, en ambos casos, “Barrios Altos”, un caso decidido por la Corte Interamericana de Justicia el 14 de marzo de 2001, tuvo una decisiva importancia justificatoria y fue, sin duda, la piedra basal de las conclusiones adoptadas por la Corte. Efectivamente, en Simón, tal como el mismo Filippini lo destaca citando los votos de los Dres. Petracchi, Boggiano, Zaffaroni y Highton de Nolasco, “la mayoría otorga un valor central al criterio sentado por la Corte Interamericana en el caso Barrios Altos”³ y, en Mazzeo, la cosa juzgada y el principio *ne bis in idem* no alcanzaron para neutralizar la pretensión de castigar los delitos ya indultados por el Decreto de Indulto 1002/89 porque, tal como se expresa en el considerando 37) del voto de la Corte Suprema, la Corte ya había decidido sobre la base de Barrios Altos que “los instrumentos internacionales que establecen esta categoría de delitos, así como el consiguiente deber para los Estados de individualizar y enjuiciar a los responsables, no contemplan, y por ende no admiten, que esta obligación cese por el transcurso del tiempo, amnistías o cualquier otro tipo de medidas que disuelvan la posibilidad de reproche”.

El problema que quiero destacar aquí, y con lo que pretendo minar la confianza de Filippini y los internacionalistas en los préstamos de derecho humanitario, es que el hecho de que la Corte Suprema hubiera articulado sus conclusiones haciendo que Barrios Altos juegue de pivote, dificulta nuestra posibilidad de endosar y acompañar a la Corte Suprema pues para endosar y acompañar su razonamiento necesitamos previamente entender, procesar y aceptar todas sus premisas, lo que requiere no sólo la posesión de información que muchos de nosotros no tenemos y que es difícil de adquirir sino que, además, estemos de acuerdo con ella en muchas otras cuestiones que aquellas que hubieran sido necesarias para solucionar la cuestión traída a juicio si la decisión de la Corte Suprema hubiera estado centralmente inspirada por consideraciones relativas a nuestro derecho. En efecto, para seguir cabalmente el razonamiento que hizo la Corte en Simón y en Mazzeo, para hacer sus razones “nuestras”, debemos saber, primero, si Barrios Altos es una adecuada derivación del derecho internacional de los derechos humanos vigente; segundo, si el derecho internacional de los derechos humanos referido en Simón es vinculante para nosotros; tercero, si los hechos y las circunstancias contextuales en Barrios Altos son idénticos a los hechos y las circunstancias contextuales en Simón y Mazzeo y; finalmente, si en Barrios Altos estaba en cuestión el mismo tema que en Simón y Mazzeo.

Es interesante destacar que en las cuatro dimensiones mencionadas podemos plantear dudas razonables que nos pueden alejar de las decisiones de la Corte Suprema. En primer lugar, no es claro que una amnistía sea necesariamente contraria a la Convención Interamericana de Derechos Humanos, tal como lo Corte Interamericana lo sostuvo en Barrios Altos⁴.

3. Ver Filippini, Leonardo Tres problemas en la aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el fallo Simón en Revista de Derecho Penal, Lexis Nexos, Buenos Aires, vol. 2006-3, pp. 436/447 pag. 438.

4. Según Charles P. Trumbull IV no hay ningún tratado que obligue a castigar todos los delitos serios. Ver Charles P. Trumbull IV. Giving Amnesties a Second Chance, 25 Berkeley J. Int'l L. 283.

Sin duda que si un estado autoriza o permite que sus agentes participen en ejecuciones sumarias, viola el derecho a la vida (art. 4 de la Convención), a la integridad de la persona (art. 5 de la Convención), el derecho a obtener amparo contra actos que violen derechos fundamentales (art 25 de la Convención) (todos ellos derechos invocados por la Corte Interamericana en Barrios Altos). Pero es más difícil ver cómo la promulgación y aplicación de una ley de amnistía viola dichos artículos, dado que al momento de su promulgación y aplicación dichos derechos, necesariamente ya habían sido violados (de otro modo no habría nada que amnistiar)- ni cómo ella viola el derecho a garantías judiciales (art. 8 de la Convención) o el derecho a la protección judicial de los derechos (art. 25 de la Convención), tal como también la Corte Interamericana lo había dicho, cuando estos artículos se refieren a las exigencias procedimentales que deben rodear a los procesos penales y a las peticiones judiciales, ni cómo, finalmente, la amnistía viola la obligación de respetar los derechos concedidos por la Convención (Art. 1.1. de la Convención) o el deber de adecuar el derecho interno a las exigencias de la Convención (Art. 2 de la Convención), cuando no existe en el texto de la Convención un derecho a que el estado ejerza el *ius puniendi* en todos los casos en los que sus agentes hubieran realizado actos atroces y aberrantes ni se impone explícitamente la prohibición de dictar amnistías o indultos⁵.

En segundo lugar, la cuestión de si Barrios Altos es un precedente vinculante para la Corte Suprema también representa una dificultad que debe disipar quien quiere seguir a la Corte y adoptar como suyas sus sentencias. En efecto, si bien es cierto que la Corte Interamericana sostuvo con anterioridad que ella es la intérprete auténtica de la Convención⁶ y la Corte Suprema ha concedido dicho carácter argumentando que uno de los objetivos de la Corte Interamericana, tal como surge del Estatuto, es la interpretación de la Convención (Ver Ekmedjian CSJN considerando 21) lo cierto es que en Barrios Altos la Corte Interamericana no sólo se refirió a la Convención, cuyo texto había sido constitucionalizado por la Convención Constituyente de 1994, sino también al hecho de que la amnistía contravenía “derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos” (ver considerando 41) y la conciencia jurídica universal que constituye “la fuente material por excelencia (más allá de las fuentes formales) de todo el derecho de gentes” (ver considerando 15 voto del Juez Cancado Trindade) y estos principios, cualquiera fuera su mérito intrínseco, no forman parte de lo que es vinculante para un juez argentino en virtud de que el constituyente de 1994 sólo constitucionalizó los pactos internacionales mencionados en el artículo 77 inciso 22 pero

5. Más aún, la Corte Interamericana nunca antes había sostenido la ilegalidad de las amnistías. Así, en Velasquez Rodriguez v. Honduras, la Corte Interamericana decidió que las desapariciones forzadas en Honduras fueron una violación a los deberes internacionales de Honduras bajo el artículo 1(1) de la Convención. Adicionalmente, la Corte Interamericana sostuvo que Honduras tenía un deber “legal de adoptar pasos razonables para ... realizar investigaciones serias de las violaciones ... y para identificar a los responsables imponer pena apropiada y para asegurar a las víctimas compensación por los daños sufridos”. No obstante, la Corte no impuso a Honduras la obligación de imponer pena a las personas alcanzadas por la amnistía sancionada y sólo ordenó al gobierno que pague compensaciones a las víctimas.

6. Ver Almonacid Arellano y Otros Vs. Chile, Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 26 de septiembre de 2006, considerando 124.

no hizo lo propio ni con los “derechos inderogables reconocidos por el derecho internacional de los derechos humanos “ni con el “derecho de gentes”.

En tercer lugar, como el mismo Filippini lo ha destacado⁷ y como lo sostuvo el Juez Fayt en su disidencia en Simón, no es claro que los hechos y las circunstancias contextuales en Simón, Mazzeo fueran idénticas a las de Barrios Altos. Así, en Barrios Altos la ley de amnistía que había sancionado el Perú no tenía similitud con las leyes que fueron invalidadas por la Corte Suprema en Simón en tanto en la Argentina las leyes de Obediencia Debida y Punto Final fueron sancionadas después de una importante discusión previa, fueron enviadas para su sanción por el Poder Ejecutivo a un Congreso que no era dominado por el Poder Ejecutivo y su objetivo no fue, como en Barrios Altos, no incriminar delitos que se habían cometido por subordinados del mismo gobierno que buscaba la Amnistía. El efecto de la ley de amnistía sancionada por el Perú tampoco era idéntico al efecto de las leyes de Punto Final y Obediencia Debida en tanto en el Perú la amnistía hacía imposible el acceso a la verdad acerca de lo sucedido por parte de las víctimas e impedía absolutamente la persecución penal mientras que en el caso de la Argentina las leyes sancionadas sólo restringían las posibilidades de imputación penal en el tiempo y respecto de las personas involucradas. Además, en la Argentina la amnistía no hacía imposible la averiguación de la verdad por parte de las víctimas en tanto existían otros mecanismos que las víctimas podían usar para determinar con bastante aproximación qué fue lo que sucedió con ellas o sus seres queridos⁸.

Finalmente, no es claro que el *holding* de Barrios Altos sea aplicable a Simón y a Mazzeo dado que la cuestión central a decidirse por la Corte Interamericana en Barrios Altos era si un estado violaba sus obligaciones internacionales al no ejercer su aptitud punitiva en contra de sus agentes cuando estos fueron presuntos responsables de haber cometido hechos atroces y aberrantes mientras que en Simón y en Mazzeo lo que estaba en cuestión era si, más allá de la eventual violación al derecho internacional que pudiera cometer el estado al no ejercer su aptitud punitiva, los presuntos responsables de hechos atroces y aberrantes tenían o no un derecho constitucional a invocar en su defensa lo dispuesto por el artículo 2 del Código Penal y el artículo 18 de la Constitución Nacional y, por lo tanto, si ellos debían o no ser privados del derecho de verse libres de persecución penal cuando el estado, aún en el caso en que hubiera violado sus obligaciones internacionales, decidió liberarlos de pena al sancionar una ley o de un decreto aparentemente dentro de sus atribuciones constitucionales, tal como la misma Corte lo había ya decidido en casos anteriores.

7. Ver Filippini opus cit. nota

8. En apoyo de la idea que las diferencias contextuales de Barrios Altos tornan inaplicables su dictum para casos como Simón y Mazzeo puede mencionarse también que algunos comentaristas han afirmado que la Corte Interamericana «dejó abierta la puerta para aquellas amnistías que (tenían) objetivos distintas a la impunidad como, por ejemplo, las amnistías que buscan la reconciliación o la transición política de un régimen represivo a otro que promete respetar los derechos humanos. Ver Richard J. Wilson & Jan Perlin, *The Inter-American Human Rights System: Activities from Late 2000 Through October 2002*, 18 Am. U. Int'l L. Rev. 651, 657 (2003). Pag

Las consideraciones anteriores, creo, sirven para demostrar que las complejidades que introducen las referencias al derecho internacional de los derechos humanos y el modo en que dichas complejidades debilitan la posibilidad de que compartamos y endosemos las sentencias de nuestros tribunales⁹. Pero la dificultad de endosar las decisiones de la Corte Suprema cuando esta se refiere al derecho internacional no es el único problema que los préstamos de derecho internacional introducen. Además, y este es el segundo problema que quiero apuntar aquí, los préstamos convierten a las decisiones judiciales en pronunciamientos más contingentes y menos necesarios de lo que es recomendable que sean, dado su importancia para el desarrollo de una cultura constitucional.

Como sostuve en *En Contra de los Préstamos...* una cultura constitucional exige que las normas últimas que rigen la vida colectiva –en una democracia constitucional, la constitución y sus tradiciones de interpretación- sean vistas como el único recurso al que podemos referirnos para resolver los conflictos colectivos que pueden emerger en el seno de nuestra vida política en común. Por ello, en una cultura constitucional debemos resistir tal como lo ha puesto Owen Fiss y lo dije en *En Contra de los Préstamos...*, la “compulsión de reglas trascendentes”, esto es, la referencia a normas que están más allá de la Constitución y, también por ello, debemos siempre decidir de un modo que pueda ser visto como un producto de razón pública categórica distinto a un mero acto de voluntad explicable únicamente a la luz de nuestras particulares convicciones personales.

El peligro de que las decisiones de nuestros jueces sean vistas como discrecionales aumenta cuando ellos usan o se refieren en sus sentencias al derecho extranjero por la sencilla razón de que hay tantas fuentes de derecho extranjero como países y, por lo tanto, tantas posibilidades de decisión como fuentes. Por ello, como sostuve en *En Contra de los Préstamos...* El uso o la referencia al derecho internacional de los derechos humanos no produce resultados tan dramáticos como el uso o la referencia al derecho extranjero pero, según yo entiendo, igualmente pone discrecionalidad en un lugar donde no debería haberla. Ello es así en razón de que en el derecho internacional de los derechos humanos como en el derecho extranjero hay, en algunos casos, multiplicidad de fuentes y, en otros, no existe un árbitro último y final que determine el criterio de validez o corrección legal que constituya el estándar a la luz del cual debemos evaluar el material jurídico internacional al que pretenden recurrir los jueces cuando piden prestado material para sus sentencias.

Para ejemplificar lo que quiero aquí decir piense nuevamente en Simón y Mazzeo y en la cuestión de si el castigo de delitos aberrantes es, tal como lo sostuvo la Corte Suprema, una obligación categórica en el derecho internacional. Es verdad que en

9. Las dificultades de seguir a la Corte Suprema cuando esta cita precedentes internacionales se encuentra agravada en este caso por la inexistencia de comentarios accesibles respecto de la actividad de la Corte Interamericana, al menos en comparación con la discusión sobre las decisiones de los órganos jurisdiccionales nacionales. Este es un punto que el propio Filippini acepta. Así Filippini afirma “Finalmente, la interacción entre la Corte Interamericana y los tribunales cuyas decisiones revisa también es escasa. La discusión sobre la actividad de los órganos de la justicia constitucional o penal del país es más intensa que la que existe respecto de la labor de los órganos interamericanos”. Ver Filippini, opus cit. nota, pag. 443.

Barrios Altos, la Corte Interamericana sostuvo que, como dije más arriba, la amnistía violaba “derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos” (ver voto Cancado Trindade considerando 3) y que las amnistías se encontraban “en flagrante incompatibilidad con la normativa de protección del Derecho Internacional de los Derechos Humanos” (ver considerando 6). Ahora bien, otros tribunales han considerado la misma cuestión y han arribado a la conclusión de que las amnistías no violaban el derecho internacional. Así, la Corte Suprema de Justicia de Sudáfrica, por ejemplo, sostuvo que no era violatorio del derecho internacional no perseguir penalmente a quienes pudieron haber cometido actos de violencia en conflictos armados que no eran internacionales¹⁰). La Corte Especial para Sierra Leona sostuvo que «no había una obligación general de abstenerse de dictar amnistías» y que los estados no violaban “normas consuetudinarias de derecho internacional cuando concedían amnistías”¹¹.

Más aún, órganos internacionales no jurisdiccionales que obviamente están conminados a actuar según el derecho internacional no han considerado a las amnistías necesariamente ilegales. Así, la Conferencia Plenipotenciaria de las Naciones Unidas que adoptó el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, por ejemplo, fue, tal como lo dijo el presidente del comité de redacción Philippe Kirsch, “creativamente ambigua” sobre si los delitos amnistiados en un país pueden no obstante ello ser reprimidos internacionalmente¹² y la negociadora francesa Beatrice le Fraper du Hellen, sostuvo en referencia al artículo 53 del Estatuto que da atribuciones al fiscal para decidir no perseguir algunos delitos, que esta era una provisión muy importante en razón de que “autorizaba al fiscal a tomar en cuenta situaciones post crisis como la situación de Sudáfrica, Guatemala o el Salvador donde, a través de las comisiones de paz y reconciliación de dichos países hubieron intentos de solución a las violaciones a los derechos humanos¹³. Las Naciones Unidas mismas parecen haber aceptado la legalidad internacional de las amnistías. Así durante el año 1993 las Naciones Unidas ayudaron a negociar una amnistía en Haití. En efecto, luego de que una junta militar forzara el exilio del electo Presidente Jean-Bertrand Aristide en 1991, Dante Caputo fue nominado por las Naciones Unidas mediador entre el gobierno militar y Aristide. En 1993, Caputo y el presidente Clinton negociaron un acuerdo con los líderes militares en términos del cual Aristide sería repuesto en el poder y a cambio de ello los miembros de la junta serían amnistiados. El Consejo de Seguridad no sólo aprobó el acuerdo de su

10. Ver *Azanian Peoples Organisation and others v. President of the Republic of South Africa*, Constitutional Court, 27 July 1996. En este caso también se destacó que el Protocolo II a la Convención de Ginebra de 1949 que se refiere a conflictos domésticos autoriza a los estados a conceder amnistías para promover la paz y la reconciliación interna. Ver, John Dugard, *Reconciliation and Justice: The South African Experience*, 8 *Transnat'l & Contemp. Probs.* 277, 305 (1998)

11. Ver *Prosecutor v. Kallon & Kambara*, Decisión sobre la Jurisdicción: Acuerdos de Lome, Caso Nos. SCSL-2004-15-AR72(E), SCSL-2004-16-AR72 paragrafo. 7 (citado por Leila Sadat, *Exile, Amnesty and International Law*, 81 *Notre Dame L. Rev.* 955, 1018 (2006)).

12. Ver Michael Scharf, *From the eXile Files: An Essay on Trading Justice for Peace*, 63 *Wash. & Lee L. Rev.* 339, 367 (2006)

13. Ver Newman, pag. 319 n. 118. COMPLETAR CITA

nominado Caputo que incluía la amnistía sino que además, agradeció a Caputo «el haber establecido un dialogo entre las partes en Haiti»¹⁴.

Por su parte la doctrina internacional tampoco es concluyente al respecto¹⁵. Más aún, algunos doctrinarios internacionales importantes han sostenido que no existe una obligación internacional de castigar todo delito aberrante. El grupo de académicos que se reunió en la ciudad norteamericana de Princeton en el año 2001 para redactar los principios aceptados de la jurisdicción universal (conocidos como los “Princeton Principles”) sostuvieron que las “amnistías son en general inconsistentes con la obligación de los estados de responsabilizar (“provide accountability”) por la comisión de crímenes serios bajo el derecho internacional¹⁶ pero concedieron como surge del lenguaje elegido que, por un lado, ciertas amnistías pueden ser legítimas (por eso se condiciona el principio usando la expresión “en general”) y, segundo, que los estados no tienen una obligación de acusar penalmente y sancionar estos crímenes sino sólo una obligación de “responsabilizar” (“provide accountability”) obligación que no exige la imposición de penas pues puede honrarse de modos distintos como, por ejemplo, permitiendo las demandas por daños y perjuicios o condicionando las amnistías al reconocimiento de la participación en crímenes que se amnistían como sucedió en Sudáfrica, o formulando juicios públicos de autoría, etc.

Las opiniones anteriores muestran que en realidad no es claro, desde el punto de vista del derecho internacional, si una amnistía concedida por un estado es necesariamente *contra legem*. Por consiguiente, una sentencia que se refiera y apoye sus conclusiones en el derecho internacional, tendrá la misma fortaleza –o debilidad- que su referencia y podrá ser vista como una decisión contingente que no se encuentra impuesta por la concepción de lo que es jurídicamente correcto que hemos desarrollado en el seno de nuestra comunidad política a la luz de nuestra constitución y de las prácticas de su interpretación.

Consecuentemente, la recurrencia al derecho internacional puede no sólo no fortalecer una sentencia sino, por el contrario, debilitar la práctica de juzgar y, con ello, socavar la autoridad de las instituciones que hemos designado para pronunciarse con autoridad acerca de la manera en que debemos resolver los problemas que se presentan en nuestra vida en común como miembros de una comunidad política.

Obviamente, este inconveniente de los préstamos de derecho internacional son es un problema mortal pero, tal como sugerí más arriba, debería motivar que los internacionalistas como Filippini reflexionen y tengan en cuenta que a los efectos de decidir las bondades de los préstamos internacionales no basta considerar si el derecho internacional en función de su contenido es de mejor calibre que el derecho nacional sino que es preciso, además,

14. UN SCOR, 48th Sess. 3238th mtg., 20 UN Doc. S/INF/49 (1993). S.C. Res. 861, UN SCOR 48th Sess. 3271th mtg., UN Doc. S/RES/861 (1993).

15. Ver Michael P. Scharf, *Swapping Amnesty for Peace: Was There a Duty to Prosecute International Crimes in Haiti?*, 31 *Tex. Int’l L.J.* 1, 36 (1998)

16. Stephen Macedo, *Universal Jurisdiction* 18 (2004) Pag. 32-33

tener en cuenta que dada las particulares condiciones de desarrollo del derecho internacional cuando nos diferimos a él para solucionar nuestros conflictos políticos más complejos introducimos contingencia en un lugar donde no debería haberla.

IV

Para evitar ser mal entendido quiero terminar con una advertencia acerca de lo que estoy diciendo. Mi punto no es que el derecho internacional constitucionalizado por la Convención Constituyente de 1994 no sea vinculante para nosotros o que debemos evadirnos de las obligaciones internacionales que nuestro país ya asumió. No estoy discutiendo con Filippini acerca de si el derecho internacional integra o no integra nuestro derecho ni si debemos aplicar el derecho vigente y honrar los compromisos que nos vinculan. Lo único que quiero hacer aquí y en *En contra de los Préstamos* es llamar a la reflexión a aquellos que sólo ven bondad en la práctica de diferirse a normas extranjeras o internacionales y contribuir a que se entienda la posición de aquellos que consideran que el autogobierno colectivo requiere que miremos mucho más para adentro para llegar a soluciones que puedan ser vistas como la reconstrucción de los principios que nos constituye como la comunidad política que somos.

