Lecciones y Ensayos

FACULTAD DE DERECHO

Decana
Dra. Mónica Pinto

Vicedecano
Dr. Alberto J. Bueres

DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES

Directora
Mary Beloff

Subdirector
Sebastián Picasso

Secretario
Andrés Heim

CONSEJO DE REDACCIÓN – 2010

Directores
Mishkila Rojas
Ezequiel Horacio Monti

Subdirector
Lautaro Furfaro

Secretaria de Redacción
Cecilia Marcela Hopp
Sebastian Axel Green Martínez

Tutores
Tomás Francisco Pomar
Damián Radiminsky
Mariano Vitteta
Celeste Salomé Novelli

Redactores
Pablo Sebastián Carducci
Alejandro Ezequiel Coto
Leandro Ferreyra
Carlos Adrián Garaventa
Santiago Lucas Peña
María Luz Silveira
Julio Francisco Villarreal

Colaboradores
Federico Matías Apostolidis
Sabrina Ayelén Cartabia
Andrea Cruz
Augusto Demacópulo
Victor Lisandro Elías
Milton Fellay
Guillermo Ferraioli
Brian Ezequiel Frenkel
Marco Alejandro Tomás Fuscaldo
Ariel Sebastián Garín
Bárbara Gauna
Cecilia Gebruers
Inés Herrera
Marcos Kotlik
Leonardo Limanski
Paula Constanza Scianca Luxen
Mauro Magneschi
Soledad Manin
Noelia Verónica Matalone
Leandro Nicolás Mazza
Pablo Matías Pejlatowicz
Luisa Loeffel Reis
Natalia Rezzónico
Eduardo Rojas
Juan Manuel Galindo Roldán

CONSEJO DE REDACCIÓN – 2011

Director
Lautaro Furfaro

Subdirector
Alejandro Ezequiel Coto

Secretaria de Redacción
Sebastián Axel Green Martínez
Celeste Salomé Novelli

Tutores
Ariel Sebastián Garin
Malena Rocío Maceira

Redactores
Pablo Sebastián Carducci
Leandro Ferreyra
Carlos Adrián Garaventa
Juan Manuel Galindo Roldán
Santiago Lucas Peña
Ezequiel Horacio Monti
María Luz Silveira
Julio Francisco Villarreal

Colaboradores
Federico Matías Apostolidis
Jonathan Matías Brodsky
Magdalena Bulit Goñi
Victor Lisandro Elías
Milton Fellay
Guillermo Ferraioli
Marco Alejandro Tomás Fuscaldo
Cecilia Gebruers
Ernesto Eusebio Gómez Zamacola
Patricio Grané
Marcos Kotlik
Luisa Loeffel Reis
Mauro Magneschi
Soledad Manín
Noelia Verónica Matalone
Leandro Nicolás Mazza
Julián Kon Yung Park
Tomás Francisco Pomar
Antonio Ribichini
Paula Constanza Scianca Luxen
Delfina María Vildósola

2011	89

FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

LECCIONES Y ENSAYOS

CONSEJO ASESOR

María Laura Clérico
Marcelo Raffin
Aníbal D'Auría
Atilio Alterini
José Casás
Mario Villar
Sandra Negro
Marisa Herrera

Todos los derechos reservados
Copyright by Departamento de Publicaciones
Facultad de Derecho - UBA
Av. Figueroa Alcorta 2263, 1° P
(C1425CKB) - Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina
Queda hecho el depósito que marca la ley 11.723
La responsabilidad por los hechos e ideas expuestos en los trabajos
está a cargo exclusivamente de los autores.

I.S.S.N. 0024-0079

Ninguno de los artículos de esta obra puede ser reproducido o transmitido en cualquier forma o por cualquier medio electrónico o mecánico, incluyendo fotocopiado, grabación o cualquier otro sistema de archivo y recuperación de información, sin el previo permiso por escrito del Editor.
Para la reproducción con fines académicos de los artículos de esta revista es necesario solicitar autorización al autor y al Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la UBA. Asimismo se debe hacer referencia a la fuente, volumen, número de página del artículo, año de publicación, lugar y editorial.

Impreso en la República Argentina

Correspondencia: Dirigirse a
Departamento de Publicaciones
Facultad de Derecho - UBA
Av. Figueroa Alcorta 2263, 1° P
(C1425CKB) - Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina
Tel./Fax: (54-11) 4809-5668

ÍNDICE

Editorial 13-15

IGUALDAD Y DERECHO INTERNACIONAL

Cohen, Joshua, *Filosofía, ciencias sociales, pobreza mundial* 19-47
Pogge, Thomas, *Respuesta a Joshua Cohen* 49-71
Buis, Emiliano J., *Sobre gnomos y gigantes: los tratados grecorromanos y la igualdad soberana de los Estados como ficción histórico-jurídica* 73-117

IGUALDAD Y AUTONOMÍA EN LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

Alegre, Marcelo, *Arriola, Bazterrica y la igualdad democrática* 121-139
Clérico, Laura y Aldao, Martín, *Nuevas miradas de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: la igualdad como redistribución y como reconocimiento* 141-179
Treacy, Guillermo F., *Categorías sospechosas y control de constitucionalidad* 181-216
Saba, Roberto P., *Igualdad de trato entre particulares* 217-276

IGUALDAD DE GÉNERO Y SEXUALIDAD

Pautassi, Laura, *La igualdad en espera: el enfoque de género* 279-298
Melo, Adrián y Raffin, Marcelo, *La literatura y el cine como espacios de resistencia al paradigma héteronormativo* 299-316
Cartabia, Sabrina A., *La niña proletaria* 317-326

IGUALDAD Y DERECHOS SOCIALES

Gargarella, Roberto y Maurino, Gustavo, *Vivir en la calle. El derecho a la vivienda en la jurisprudencia del TSJC* 329-350

Nino, Ezequiel, *La desigualdad en el acceso a la educación universitaria argentina* 351-366
Monti, Ezequiel H., *Democracia deliberativa y derechos sociales: ¿Qué deben hacer los jueces?* 367-402

Igualdad y niñez

Beloff, Mary, *La protección de los niños y las políticas de la diferencia* 405-420

Igualdad y pueblos indígenas

Zimerman, Silvina, *Sobre el surgimiento de los derechos indígenas, las tensiones con el Estado-Nación y la consiguiente necesidad de repensar el diseño de nuestras instituciones* 423-452

Igualdad y filosofía política

Benente, Mauro, *Los problemas desigualitarios de la Teoría de la Justicia de John Rawls. Una mirada desde Hannah Arendt* 455-474
Prieto, Martín, *La función del estado de naturaleza en* El origen de la desigualdad entre los hombres 475-487
Garaventa, Carlos Adrián, *[Des]igualdad y anarquismo. Derecha e izquierda en el ideario anarquista* 489-514

Entrevistas

Entrevista a Carmen Argibay 517-539

Comentarios Bibliográficos

Bulit Goñi, Magdalena, Coto, Alejandro E., Demacópulo, Augusto, Furfaro, Lautaro, Galindo Roldán, Juan M., Grané, Patricio y Magneschi, Mauro, *Comentario bibliográfico de "La revisión judicial de las políticas sociales. Estudio de casos"* 543-546
Gebruers, Cecilia y Novelli, Celeste S., *Comentario bibliográfico de "La medición de derechos en las políticas sociales"*..... 547-552

¿Cómo publicar y cómo participar en Lecciones y Ensayos? 553-554

Lecciones y Ensayos, nro. 89, 2011
Editorial, ps. 13-15

EDITORIAL

"Nada debe parecer natural.
Nada debe parecer imposible de cambiar"
Bertolt Brecht

La idea de que todos los seres humanos merecemos igual consideración y respeto constituye un principio moral fundamental. En efecto, las principales teorías de la justicia exigen igualdad de *algo* (libertad, bienestar, recursos, etc.). Es que la necesidad de defender nuestros juicios y pretensiones morales frente a otros que están, directa o indirectamente, afectados por ellos, convierten a la igualdad de consideración en un requisito difícil de eludir.

Por supuesto, existen profundos desacuerdos respecto al modo en que debe explicitarse este principio fundamental y respecto a cuáles son sus implicancias para el derecho, la política, la sociedad y la economía. La propia historia da testimonio de aquella dificultad, sus páginas están repletas de grupos antagónicos que creían defender valores igualitarios, cuya realización en la práctica importó resultados que no podrían haber sido más disímiles. Es ilustrativo el ejemplo de los Estados Unidos de América y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, dos potencias con matrices político-filosóficas opuestas pero que, paradójicamente, coincidían en la consagración constitucional del derecho a la igualdad para sus ciudadanos.[1]

Sin embargo, estas discusiones operan sobre un trasfondo común, a saber, la idea de que la igual consideración y respeto constituye una condición necesaria de la legitimidad de nuestros arreglos sociales. La convergencia en el principio de igualdad como virtud soberana de los arreglos sociales, la divergencia en cuanto a su interpretación y el juicio generalizado de que vivimos en una sociedad y en un mundo gravemente desigualitarios inspiran estas breves líneas. Bastará haber recorrido las calles para saber que existen desahuciados durmiendo a la intemperie, viajado en subte para conocer futuros sin oportunidades mendigando en los vagones, prestado atención para descubrir la asimetría de las presiones sociales según el género, la sexualidad o cualquier condición social.

No debemos soslayar que este número se gestó en tiempos de intenso debate y permanente cuestionamiento a la noción de igualdad. Vivimos en una época de profundos cambios donde la redefinición de nuestros conceptos y valores se da en un ritmo vertiginoso. En la actualidad, voces que se encontraban postergadas en

1. Cfr. art. 34 de la Constitución de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas de 1977 y enmiendas 13 a 16 y 19 de la Constitución de los Estados Unidos de América.

Lecciones y Ensayos, nro. 89, 2011
Editorial, ps.13-15

los márgenes de nuestro universo jurídico y político, disputan frente al error en la distribución del reconocimiento en la sociedad y demandan un reparo en términos simbólicos, transformando radicalmente el contenido del ideal de igualdad.[2]

En consecuencia, hemos tomado la decisión editorial de realizar un número especial articulado en torno al ideal de igualdad. Esta motivación adquiere especial fuerza si se considera que el concepto de igualdad, a pesar de contar con un amplio tratamiento en la literatura académica universal, no ha sido lo suficientemente desarrollado por la doctrina vernácula. Nuestra pretensión es ofrecer un panorama general de las diversas discusiones contemporáneas respecto a las vinculaciones entre derecho e igualdad. Hoy, con la obra concluida, creemos haberlo logrado.

Pero la pregunta latente es qué se entiende por igualdad y la respuesta es política. La igualdad es parte constitutiva de la democracia, de la misma manera que, a esta última, le corresponde la decisión política de definir a la primera. Así, el debate sobre la definición resulta actual e inagotable, puesto que los valores sociales son dinámicos, variables, y su determinación, en consecuencia, también lo es.

Este número es también un reflejo del compromiso que la Revista Lecciones y Ensayos ha tenido siempre con la deliberación y la investigación crítica. Los estudiantes que integramos esta Revista sostenemos, en efecto, diferentes concepciones de la igualdad pero coincidimos en que debemos someter nuestras teorías y posiciones morales y políticas a una crítica constante en el marco de discusiones intersubjetivas.

Los artículos que integran este volumen, escritos por profesores, investigadores, abogados, jueces y estudiantes, abordan los vínculos entre derecho e igualdad desde diferentes perspectivas. Se analizan las exigencias del principio de igualdad en relación al drama de la pobreza global (Pogge y Cohen), su rol en las relaciones interestatales (Buis), su relación con el principio de autonomía en las sociedades democráticas (Alegre, Saba), su operatividad en el derecho constitucional (Treacy), las fórmulas y concepciones de la igualdad en el contexto interamericano (Clérico y Aldao), las inequidades de género (Pautassi, Raffin y Melo, Cartabia) y educativas (Nino), la exigibilidad judicial de los derechos económicos y sociales (Gargarella y Maurino, Monti), las exigencias de la igualdad intergeneracional en relación a los niños (Beloff), el problema de la diversidad cultural y el tratamiento igualitario de los pueblos indígenas (Zimmerman) y el lugar de la igualdad en las teorías políticas modernas y contemporáneas (Benente, Garaventa, Prieto).

Los aportes de los autores de esta obra no se encuentran enlazados por un hilo conductor, en absoluto. Tanto el proceso de formación como el producto de este dossier constituyen para nosotros un modelo de convivencia con la diferencia,

2. A manera de referencia, ver la reforma al art. 172 del Código Civil mediante la Ley 26.618 que reconoce el derecho al matrimonio a personas del mismo sexo.

una pluralidad de razonamientos con contribuciones diversas y visiones distintas. Esta es nuestra manera de poner a prueba nuestras ideas, de sentarnos a debatir, de convocar a la producción intelectual y difundir sus frutos a través de nuestra publicación. Esto es Lecciones y Ensayos.

Igualdad y derecho internacional

FILOSOFÍA, CIENCIAS SOCIALES, POBREZA MUNDIAL[1]

JOSHUA COHEN*

Resumen: En este artículo, Joshua Cohen se propone evaluar críticamente una de las tesis principales que Thomas Pogge defendió en *World Poverty and Human Rights*. Según esta tesis, que Cohen denomina Tesis Fuerte, la mayor parte del problema de la pobreza mundial podría eliminarse a través de modificaciones menores en el orden mundial que implicarían como mucho leves reducciones en los ingresos de los más ricos. Cohen somete la tesis a un examen científico riguroso, concluyendo que carece de fundamento en los argumentos y pruebas disponibles. En el curso de la argumentación, discute otras tesis de Pogge, como la idea de que los ciudadanos de los países ricos dañan a los pobres, y reflexiona sobre los vínculos entre filosofía política y ciencias sociales, así como sobre la actitud con la que, desde las ciencias sociales, debe encararse el problema de la pobreza global.

Abstract: In this article, Joshua Cohen critically asseses one of the main claims that Thomas Pogge defends in *World Poverty and Human Rights*. According to this thesis, that Cohen calls Strong Thesis, most of the global poverty problem could be eliminated through minor modifications in the global order that would entail at most slight reductions in the incomes of the affluent. Cohen subjects this thesis to strict scientific scrutiny and concludes that it is unwarranted by available evidence and argument. In the course of his argumentation, he discusses other claims by Pogge such as the idea that the citizens of rich countries harm the poor, and he reflects on the connections between political philosophy and social sciences and the spirit that should govern our investigations concerning global poverty.

1. COHEN, Joshua, "Philosophy, social science, global poverty", en Jaggar, Alison M. (ed.), Thomas Pogge and his critics, Polity Press, 2010. La traducción a castellano fue realizada por María Soledad Manín, María Natalia Rezzónico y Mariano Vitetta, todos ellos Traductores Públicos (UBA). Los editores desean agradecer la generosidad del autor y de los editores originales en permitir la traducción y reproducción de este artículo.

*** Joshua Cohen es Marta Sutton Weeks Professor of Ethics in Society, y Profesor de Ciencias Politicas, Filosofia y Derecho en la Universidad de Standford.** **Agradezco los comentarios sobre borradores anteriores a Pranab Bardhan, Charles Beitz, Helena DeBres, Judith Goldstein, Alison Jaggar, Eszter Kollar, Stephen Krasner, Pietro Maffettone, Sebastiano Maffettone, Edward Miguel, Rajan Menon, Helen Milner, Avia Pasternak, Matthias Risse, Ingrid Salvatore, Debra Satz, Seana Shiffrin, Robert van der Veen y Leif Wenar.**

Every Night & every Morn
Some to Misery are Born.
Every Morn & every Night
Some are Born to sweet Delight.
Some are Born to sweet Delight,
Some are born to Endless Night.
(William Blake, "Auguries of Innocence")

This was a tremendous idea – that to find something out, it is better to conduct some careful experiments than to carry on deep philosophical arguments.
(Richard Feynman, Lectures on Physics, 7.1) [2]

1. Tesis Fuerte

La pobreza mundial es una catástrofe humana. Trae aparejado mucho sufrimiento, destruye enorme potencial humano y azota a millones de personas que nacieron destinadas a ella. Todavía más, el problema –al centrarnos en la pobreza extrema, en la gente que vive con menos de un dólar por día (por poner una medida arbitraria)– no es la escasez de recursos sino una incongruencia espantosa entre los recursos disponibles y las necesidades humanas. Por cierto, la conjunción del permanente crecimiento poblacional y de los ingresos mundiales que se requieren para hacer frente a la pobreza extrema (así como a la grave, aunque no tan extrema) hará de la verdadera escasez de recursos un problema serio, que demandará innovación tecnológica y no simplemente una renovación institucional o una mejor distribución. Pero la discordancia entre los recursos y las necesidades humanas es y –de no producirse esfuerzos concertados para remediarlo– probablemente seguirá siendo una preocupación apremiante.

No está tan claro, en cambio, cuáles son las causas de la pobreza extrema y el abanico de remedios que pueden combinarse para paliarla. Thomas Pogge parece no estar de acuerdo. En *World Poverty and Human Rights (WPHR)* [*Pobreza mundial y derechos humanos*],[3] y en varios ensayos posteriores, afirma que las causas y, en

2. FEYNMAN, Richard, LEIGHTON, Ralph y SANDS, Matthew Sands, *The Feynman Lectures on Physics,* Pearson, San Francisco, 2006.

3. Oxford: Polity, 2002, en adelante WP. Véase también "'Assisting' the Global Poor", en *The Ethics of Assistance: Morality and the Distant Needy,* ed. Deen K. Chatterjee (Cambridge: Cambridge University Press, 2004), pp. 26-88, en adelante AGP; "Severe Poverty as a Violation of Negative Duties", *Ethics and International Affairs* 19(1) (2005), pp. 55-83, en adelante SPN; y "Severe Poverty as a Human Rights Violation", en *Freedom From Poverty as a Human Right*, ed. Thomas Pogge (Oxford: Oxford University Press, 2007), pp. 11-53, en adelante *SPH*.

especial, los remedios están bastante claros, al menos en el siguiente aspecto: la implementación de cambios adecuados en algunas reglas económicas mundiales –más precisamente, "*modificaciones menores* en el orden mundial que implicarían *como mucho leves reducciones* en los ingresos de los más ricos" (SPH30)– eliminaría la mayor parte del problema de la pobreza extrema mundial. Llamaré "Tesis Fuerte" a esta afirmación sobre el impacto de cambios adecuados en las reglas mundiales:

> Tesis Fuerte: La mayor parte del problema de la pobreza mundial podría eliminarse a través de modificaciones menores en el orden mundial que implicarían como mucho leves reducciones en los ingresos de los más ricos.

No encuentro fundamento para esta atractiva afirmación. Antes de explicar por qué, quiero hacer tres aclaraciones:

1. A pesar de que "modificaciones menores" y "orden mundial" dejan mucho margen de interpretación, lo central de la Tesis Fuerte parecería estar suficientemente claro y no diré nada acerca de "mucho", "menores" y "leves". En cuanto a "orden mundial", éste abarca las reglas fundadas en tratados y convenciones sobre seguridad, comercio, derechos de propiedad, derechos humanos y medioambiente, a saber, las reglas por las que se rigen los funcionarios encargados de dictar legislación mundial, las normas y los estándares asociados con la soberanía territorial, las políticas adoptadas por los órganos legisladores mundiales (como los Acuerdos sobre los ADPIC o las decisiones del Órgano de Apelación de la Organización Mundial del Comercio [OMC]), y las políticas de seguridad y de asistencia de los estados más poderosos del mundo. Sin duda, el orden mundial no es un sistema bien definido. Observemos, por ejemplo, las normas laborales. Actualmente existen alrededor de 10.000 "códigos de voluntad privados" adoptados por empresas como códigos para sus proveedores.[4] ¿Estas normas forman parte del orden mundial en sí mismas? ¿Deberíamos considerar su (in)cumplimiento por parte de los proveedores y subcontratistas como parte de ese orden? ¿Hasta qué punto es importante para responder estas preguntas que las principales empresas podrían hacer más para promover el cumplimiento, que los ministerios de trabajo de los países podrían hacer más (en especial si colaboran con empresas), que las normas laborales podrían ser incluidas

4. La cifra de 10.000 viene de Dan Henkle, vicepresidente senior de Responsabilidad Social de Gap (comunicación privada). La magnitud precisa no importa: el punto es que la cantidad es grande y ahora tienen un papel en el sistema de la regulación laboral mundial, que no es muy eficaz.

en las normas de comercio?[5] No estoy seguro de que merezca la pena plantearse estas preguntas, que son cuestiones de clasificación que probablemente no conlleven distinciones morales importantes. Pero debido a las dudas que presentan sus respuestas, intentaré presentar un argumento independiente de la caracterización específica de ese orden.

2. Pogge presenta su Tesis Fuerte como parte de un panorama normativo más general. El centro del panorama es que el orden mundial perjudica a los pobres mundiales, al tratarlos injustamente, debido a la violación de sus derechos humanos, lo cual deriva de la aplicación de normas que podrían ser modificadas de modo tal que se paliaría *la mayoría de la pobreza extrema mundial.* Más específicamente –descosificando y personalizando– *nosotros perjudicamos a los pobres del mundo*; nosotros, ciudadanos de países ricos, al imponer (al menos a través de la complicidad culpable) las normas mundiales vigentes, y al no aplicar los cambios normativos para mitigar la pobreza que harían frente a la mayor parte del problema. Me centraré en la Tesis Fuerte en sí, y no en las ideas normativas acerca de perjuicio, derechos y justicia que la circundan.

3. La Tesis Fuerte no postula que los cambios en las normas mundiales sean la *única* forma de reducir la pobreza extrema. Con normas mundiales fijas, los países podrían (según la Tesis Fuerte) conseguir reducir grandes cantidades de pobreza, como ocurrió de manera realmente notable a lo largo de las últimas tres décadas en China (por supuesto, la mayoría de los países no tiene un mercado interno de más de mil millones de personas, pero varios países más lograron "un crecimiento rápido y sostenido" en el período posterior a la Segunda Guerra Mundial, incluidos Botsuana, Brasil, Hong Kong, Indonesia, Japón, la República de Corea, Malasia, Malta, Omán, Singapur, Taiwán y Tailandia).[6] La Tesis Fuerte establece que los cambios en las normas mundiales alcanzarían para terminar con "la pobreza más dura" (SP77), y que en la

5. Para una discusión más detallada, véase SEIDMAN, Gay, *Beyond the Boycott* (New York: Russell Sage, 2007); LOCKE, Locke, QIN, Fei, BRAUSE, Alberto, "Does Monitoring Improve Labor Standards? Lessons from Nike", *Industrial and Labor Relations Review* 61(1) (octubre del 2007): 3-31; REDDY, Sanjay y BARRY, Christian, *International Trade and Labor Standards: A Proposal for Linkage* (New York: Columbia University Press, 2008).

6. La lista proviene de un informe reciente de la Comisión sobre Crecimiento y Desarrollo del Banco Mundial, *The Growth Report: Strategies for Sustained Growth and Inclusive Development, Conference Edition* (Washington, DC: Banco Mundial, 2008), p. 20.

> actualidad no nos enfrentaríamos a sus efectos si el orden mundial se hubiera diseñado de otra manera. De conformidad con la Tesis Fuerte, "la desigualdad radical, y el sufrimiento permanente y el número de víctimas mortales que conlleva son previsiblemente reproducidos bajo el orden institucional mundial vigente, como lo hemos diseñado. Y *la mayor parte podría evitarse* [las cursivas son mías] [...] si este orden mundial hubiera sido o fuera a ser diseñado de otro modo" (SPV55).

Considero indiscutible que hay mucho que los países ricos y los legisladores mundiales podrían y deberían hacer, y que los ciudadanos de esos países comparten la responsabilidad por la pobreza extrema y su paliación. Pero la Tesis Fuerte es absolutamente especulativa; no encuentra fundamento en las pruebas y argumentos de los que se dispone. No veo motivo para aceptar la afirmación de que los cambios en las normas mundiales alcanzarían para disipar la mayor parte de la terrible pobreza que sufre tanta gente. En particular, no le encuentro asidero a la afirmación de que dichos cambios serán suficientes ya que mantendrán fijas las instituciones nacionales, y no veo motivo para pensar que esos cambios bastarán al modificar los incentivos y las oportunidades de manera que se induzca a cambios paliativos de la pobreza en las instituciones nacionales. También explicaré, a lo largo de este texto, que para gran parte de las acciones interesantes sobre la paliación de la pobreza y el desarrollo económico, la pregunta "¿nacional o mundial?" –como en los códigos laborales mencionados anteriormente– no resulta muy útil e incluso puede inducir a confusión.[7]

Hay dos puntos más amplios que enmarcan mi discusión sobre la Tesis Fuerte y la desproporción entre discusión y aseveración. En primer lugar, con respecto a la filosofía política y a las ciencias sociales, los estudios de las posibilidades humanas –en especial las atractivas posibilidades que John Rawls denominó "utopías realistas"– son la principal e irremplazable ocupación de la filosofía política.[8] Si se realizan correctamente, dichos estudios no son (como puede creerse comúnmente) listas de deseos o invenciones imaginativas, sino que están sujetos a duras limitaciones intelectuales, incluidas las limitaciones al demostrar que un ideal es una posibilidad realista para los seres humanos, que es objeto de una esperanza razonable, compatible con nuestra naturaleza, realizable bajo las condiciones de vida social que sean, y tal vez accesible desde donde nos encontramos ahora. Las exigencias de esa em-

7. Para más trasfondo sobre esta afirmación, véase COHEN, Joshua y SABEL, Charles, "Extra Rempublicam Nulla Justitia?", *Philosophy and Public Affairs* 34(2) (2006): 147-75; y *idem*, "Global Democracy?" *New York University Journal of International Law and Policy* 37(4) (2006): 763-97.

8. RAWLS, John, *The Law of Peoples* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1999), pp. 11-13.

presa son muy diferentes, sin embargo, a las asimilables limitaciones intelectuales que pesan sobre los esfuerzos de los científicos sociales por demostrar cuál es realmente la situación, identificar causas, estimar la magnitud de sus efectos y entender qué beneficios se pueden obtener con las palancas sociales disponibles y a qué costo. Hablando en abstracto, estos puntos son obvios: si bien la filosofía política se inspira en las ciencias sociales, no es una ciencia social. Pero muy a menudo es menospreciada. Es desdeñada por investigadores sociales que, combinando hechos y normas, defienden una imagen caricaturizada de la filosofía política como una invención imaginativa. Y es desestimada por filósofos que, combinando norma y hechos, no prestan la suficiente atención a la diferencia entre analizar una posibilidad esperanzadora, un modo en que puede ser el mundo, y demostrar cuál es la realidad.

En segundo lugar, en la teoría y en la práctica, la pobreza mundial extrema es de absoluta importancia moral, por lo que no deberíamos dejarnos distraer en intentos de hacerle frente mediante una confianza injustificada en diagnósticos y estrategias particulares. En cualquier nivel de resolución que tenga consecuencias prácticas, resulta insensato decir que sabemos qué es lo que hay que hacer y que el único problema es reunir la voluntad de hacerlo. La incertidumbre no es motivo de inacción. Pero sí sugiere la necesidad de ser humilde;[9] da una oportunidad para diversificar los esfuerzos en pos de aprender algo; y propone que se piense en el desarrollo y el alivio de la pobreza como escenarios de evaluación, de aprendizaje organizado, y de atención al conocimiento y a las circunstancias locales antes que como escenarios para la implementación de preconcepciones totalizadoras.

2. Posible y real

Previo a adentrarnos en las particularidades de la concepción de Pogge, quiero ilustrar mi preocupación general sobre la filosofía y las ciencias sociales –y presentar algunas distinciones a las que recurriré más adelante–, mencionando un ejemplo llamativo de la diferencia entre discusión y aseveración. En *WPHR*, justo antes de un debate tiutlado "The Causal Role of Global Institutions in the Persistence of Severe Poverty" ["El papel causal de las instituciones mundiales en la persistencia de la pobreza extrema"] encontramos los siguientes comentarios:

9. Véase la afirmación convincente en RODRIK, Dani, *One Economics, Many Recipes: Globalization, Institutions, and Economic Growth* (Princeton: Princeton University Press, 2007), pp. 5-6. Abhijit Banerjee expresa una actitud ampliamente similar en *Making Aid Work* (Cambridge, MA: MIT Press, 2007). Véase también EASTERLY, William (ed.), *Reinventing Foreign Aid* (Cambridge, MA: MIT Press, 2008), especialmente las contribuciones sumarias de John McMillan y Nancy Birdsall.

> Los investigadores sociales [brindan en su mayor parte] explicaciones "nacionalistas" que indican fallas en las instituciones políticas y económicas del país, y la corrupción e ineptitud de su elite gobernante en la historia, cultura o ambiente natural del país en cuestión. Dado que existen diferencias sustanciales en el modo en que los países –y la incidencia de su pobreza– se desarrollan a través del tiempo, es claro que […] las explicaciones nacionalistas deben tener un papel en la explicación de las trayectorias nacionales y los diferenciales internacionales. Sin embargo, de esto no se sigue que el orden mundial no tenga un papel causal central [el énfasis es mío] dando forma a la manera en que la cultura de cada país pobre evoluciona e influenciando el modo en que la historia, cultura y ambiente natural de un país afectan el desarrollo de su orden institucional interno, de su elite gobernante, de su crecimiento económico y de la distribución de los ingresos. Así, los factores institucionales mundiales pueden contribuir considerablemente a la persistencia de la pobreza grave en países específicos y en el mundo en general. (WP112)

El texto sobre la coherencia entre las explicaciones nacionales y mundiales es correcto. Imaginemos que un país sufre una grave pobreza a causa de sus instituciones –digamos, falta de un estado de derecho eficiente o de lo necesario para hacer efectiva la responsabilidad de los funcionarios o de mercados que funcionen de manera aceptable–. De esto no "se sigue" que el orden mundial esté eximido de responsabilidad.

Para entender el porqué, dejemos de lado, en primer lugar, la historia habitual –llamémosla *Efectos Combinados*– sobre el papel conjunto de los factores nacionales y mundiales para explicar la pobreza extrema. Esta historia puede ser enunciada en un modelo de serie temporal de variaciones intertemporales en la pobreza a nivel nacional. Este modelo incluye, por así decirlo, una serie de variables independientes, y queremos evaluar tanto los factores nacionales como los mundiales: variables del estado de derecho, tipo de régimen, ingreso per cápita, dependencia de recursos, apertura mundial al comercio (medida de alguna manera), compromisos mundiales de asistencia y rigor de las normas mundiales en el pago de deudas. Digamos que empezamos con una especificación que se limita a las variables internas y encontramos estimaciones cualitativa y estadísticamente relevantes para los coeficientes. Pero por supuesto que del hecho de que los factores internos sean importantes no se sigue que los factores mundiales no lo sean. Al agregar las variables mundiales, podemos dar cuenta de la varianza en mayor medida y llegar a la conclusión de que cuentan tanto los factores internos como los mundiales. Nada nuevo hasta aquí.

La idea de Pogge sobre lo nacional y lo mundial es totalmente diferente a los Efectos Combinados. Pogge imagina a alguien que afirma lo que él llama la Tesis de la Pobreza Puramente Interna, que la pobreza se explica *por completo* con los factores internos (historia, geografía, cultura), punto de vista que estimo notoriamente incorrecto:[10]

10. Pogge sostiene que la TPPD está "ampliamente adoptada" en los países desarrollados. Mi

Tesis de la Pobreza Puramente Interna: "La continuidad de la pobreza grave se debe únicamente a las causas internas" (AGP265).

Aun si las variaciones en la pobreza fueran explicadas *en su totalidad* por los factores internos –sostiene– los factores mundiales también pueden ser causas y soluciones importantes de la pobreza extrema. Desde el punto de vista de la lógica, existen dos formas en las que esto puede ser así.

En primer lugar, los *Efectos Independientes*. Tanto las condiciones internas como las normas mundiales pueden ser independiente y totalmente responsables de las variaciones transnacionales o intertemporales de las tasas de pobreza, ya que un cambio en cualquiera de ellas habría sido (y ahora sería) suficiente para aliviar la pobreza extrema en un país (SPV63). Tomemos un hipotético muy estilizado. Supongamos que la pobreza extrema en un país se aliviaría mediante el fácil acceso a pastillas de hierro que curarían la anemia generalizada y por ende incrementarían la fuerza laboral.[11]

El acceso universal a las pastillas de hierro podría ser financiado mediante un cambio de precio –por ejemplo, un cambio en la política de patentes mundiales que redujera notablemente el precio– o mediante un subsidio financiado internamente –por ejemplo, aplicar un aumento de impuestos para una elite interna acaudalada y destinar los ingresos al pago de las pastillas en su precio actual–. Tanto el cambio de precio como el subsidio son suficientes para hacer frente a la pobreza extrema. Las elites internas podrían mantener sus lujos si las políticas de patentes cambiaran los precios; los farmacéuticos podrían mantener sus lujos si las elites internas utilizaran sus recursos de forma más decente. Es así que la explicación de la pobreza que hace énfasis en las raíces internas de la (mala) asignación de los recursos en una cultura de elite corrupta no socava el argumento de la responsabilidad mundial, según el cual la pobreza mundial es producto de las normas mundiales que limita la disponibilidad de medicamentos. Cualquiera de las soluciones (en este ejemplo altamente estilizado), aplicada por separado, abordaría plenamente el problema.

Denominaré *Instituciones Endógenas* a la segunda conciliación de mundial y nacional. En este caso, la idea no es que podría eliminarse la pobreza extrema incluso si las instituciones malas se mantienen constantes, sino que las malas instituciones esencialmente tienen su explicación en las normas mundiales. Por ende,

---

impresión es que esto no es verdad, pero me gustaría ver pruebas en favor de una cosa u otra. Pogge asocia la TPPD con *Law of Peoples* (AGP261-64) de John Rawls. Pienso que la asociación es equivocada, pero explicar el motivo me haría desviarme muchísimo.

11. El ejemplo es una sugerencia de Duncan Thomas et al., "Causal Effect of Health on Labor Market Outcomes: Experimental Evidence", California Center for Population Research, On-Line Working Paper Series (University of California, Los Ángeles), <http://repositories.cdlib.org/ccpr/olwp/CCPR-070-06>.

los cambios en las normas mundiales aliviarían la pobreza extrema, no operando independientemente de los factores internos, sino modificando las oportunidades y los incentivos políticos internos de manera de transformar las instituciones y políticas internas.[12]

A modo de ejemplo, analicemos el argumento según el cual las malas instituciones (que llevan a bajos niveles de crecimiento y altos niveles de pobreza) son el legado recibido de las potencias coloniales que pretendían extraer recursos naturales de lugares en los que los nativos del país colonial no querían vivir (por caso, porque el medioambiente no les resultaba saludable), legado perpetuado por una poderosa inercia de instituciones coloniales acaparadoras.[13] Supongamos ahora que alguien dice que las malas instituciones nacionales –con derechos de propiedad vagamente determinados, sin límites ni responsabilidades para los funcionarios, con una limitada capacidad de resolución de conflictos y con fuertes restricciones en cuanto a movilidad social– explican la pobreza extrema. Esto último no excluye una explicación basada en las normas mundiales, dado que los factores mundiales pueden a su vez explicar las malas instituciones.

Aunque este ejemplo muestra la compatibilidad entre las dos explicaciones (la que se basa en factores nacionales y la que lo hace en factores mundiales), ilustra imperfectamente el argumento de Pogge sobre las normas mundiales en tres formas esenciales. En primer lugar, la imposición de instituciones coloniales acaparadoras operó hace varios siglos, mientras que Pogge hace énfasis en las normas mundiales vigentes desde 1980 (SPV55). Segundo, si existe una inercia institucional significativa, no hay implicancia obvia sobre qué hacer ahora para reparar los efectos de larga data en el ámbito nacional. Por último, el ejemplo (como fue descripto) funciona a pesar de la imposición externa, no mediante la imposición de normas mundiales que crean incentivos y oportunidades nacionales.

Consideremos, entonces, una segunda ilustración, delineada a partir de discusiones sobre normas de repudio a la deuda odiosa (tema sobre el que volveré más adelante).[14] Supongamos que el derecho internacional incluye una norma de pago

12. La idea del texto es una variante de una afirmación más genérica sobre las instituciones endogenizantes. Una historia más conocida dice que la geografía explica la calidad institucional y que las variaciones en la calidad institucional a su vez dan cuenta de las variaciones de desempeño. Véase, por ejemplo, ENGERMAN, Stanly L. y SOKOLOFF, Kenneth L., "Colonialism, Inequality, and Long-Run Paths of Development", en *Understanding Poverty*, ed. Abhijit Vinayak Banerjee, Roland Benabou y Dilip Mookherjee (Oxford: Oxford University Press, 2006), pp. 37-61, especialmente p. 39.

13. Véase ACEMOGLU, Daron, JOHNSON, Simon y ROBINSON, James A., "Reversal of Fortune: Geography and Institutions in the Making of Modern World Income Distribution", *Quarterly Journal of Economics* 117 (noviembre del 2002): 1231-94. Para dudas instructivas sobre el argumento, véase Rodrik, *One Economics*, p. 186.

14. Véase KING, Jeff A., "Odious Debt: The Terms of the Debate", *North Carolina Journal of*

que no admite excepción, en virtud de la cual los gobiernos deben pagar la deuda tomada por un régimen anterior, sin importar qué tan autoritarios fueron ni cómo dilapidaron el dinero. Podría decirse que esas normas incrementan los beneficios de controlar al estado, alientan que más elites despiadadas aspiren al poder mediante el aumento de las ganancias esperadas por controlarlo (acceder al control del gobierno aumenta ampliamente la capacidad de endeudamiento) y permiten a esas elites comprar armas para mantener su poder matando a la oposición. En resumen, las normas del mercado crediticio mundial establecen incentivos y oportunidades que alientan las instituciones nacionales malas. Las restantes normas relativas al pago de la deuda pueden establecer excepciones a las normas de pago, por ejemplo, al requerir un anuncio anterior de a qué prestatarios no se debería prestar, salvo en el caso de que se dieran ciertas condiciones claramente determinadas y controladas sobre el uso del préstamo. Este cambio puede ayudar a disminuir la pobreza mediante la reducción de las ganancias económicas a normas autocráticas, y de esa manera fomentar distintas instituciones. Es esencial tener en cuenta que las instituciones no solo han sido, desde el punto de vista histórico, formadas por las normas, sino que son altamente sensibles a los cambios de las normas mundiales y a los incentivos y oportunidades creados por esas normas.

Resulta difícil confiar demasiado en esos argumentos. En términos generales, los argumentos que van desde el cambio de las normas hasta el cambio de los resultados son complicados, y gran parte depende de detalles. Volveré sobre este asunto más adelante. Mi intención aquí no es más que ilustrar la cuestión lógica de que las explicaciones nacionales no necesariamente socavan las explicaciones en términos de normas mundiales.

La cuestión lógica es, sin embargo, de una importancia limitada. Las normas mundiales *deben* explicar las malas instituciones, pero, nuevamente, pueden no hacerlo. Nos interesa saber si lo *hacen*. Consciente de esta importancia limitada, Pogge agrega que "los factores institucionales mundiales" *efectivamente* "contribuyen en forma sustancial a la persistencia de la pobreza extrema en países en particular y en el mundo en general", propone "demostrar que realmente es así" (WP112), y luego, en unas pocas páginas, afirma "haber *demostrado* cómo dos aspectos del orden económico mundial [el privilegio en el acceso a los recursos y al endeudamiento, que serán analizados más adelante] contribuyen de manera sustancial a la persistencia de la pobreza extrema" (WP115, el énfasis es mío).

La idea, básicamente, es que los ingresos a la norma autocrática son muy sensibles a las normas mundiales de propiedad de los recursos y al acceso a la

---

International Law and Commercial Regulation 32(4) (2007): 605-68 y BUCHHEIT, Lee C., GULATI, G. Mitu y THOMPSON, Robert B., "The Dilemma of Odious Debts", *Duke Law Journal* 56(5) (marzo del 2007): 1201-62.

financiación, que la competencia política en un país es muy sensible a las tasas de ingresos, que las normas mundiales actuales inducen a que haya ingresos *muy* altos para la autocracia, y que la autocracia es la responsable de gran parte de la pobreza extrema mundial. Volveré sobre este asunto más adelante. Mi comentario apunta a qué es lo que se ha *demostrado*. Un argumento tan breve resulta insuficiente para cualquier tesis empírica que valga la pena analizar. Dista notablemente de lo que se necesita para la afirmación ambiciosa respecto del impacto ejercido por una parte de un orden socioeconómico complejo sobre otra parte, argumento que depende especialmente de afirmaciones muy controvertidas acerca de la capacidad de comportamiento y de respuesta institucional de un país ante el cambio de las reglas externas –establecidas y aplicadas por una serie de actores externos que compiten– con una influencia incierta de las tasas de ingreso a la actividad política. Existe una enorme brecha entre *podría explicar* y *explica*: entre observar que una explicación mundial, basada en las normas, de la mayor parte de la pobreza extrema puede coexistir con explicaciones centradas en las condiciones internas, y mostrar que las normas mundiales actuales ciertamente contribuyen en forma sustancial a las variaciones en la pobreza interna. Definitivamente esa brecha no puede ser superada en unas pocas páginas. Las ciencias sociales no son tan sencillas.[15]

3. Hacia una clarificación de la Tesis Fuerte

A fin de agudizar los términos de la discusión, me gustaría ubicar la Tesis Fuerte en un contexto de afirmaciones acerca de normas mundiales y pobreza extrema, y luego explicar por qué me centro en la Tesis Fuerte.

3.1 ¿La mayor parte o una parte?

Pogge afirma que el orden mundial actual ha causado y continúa causando la mayor parte de la pobreza extrema mundial. Ese orden incluye normas que son aplicadas, y que podrían ser diferentes; todavía más: si las normas fueran modificadas de la manera adecuada, podríamos eliminar la mayor parte de la pobreza extrema mundial (véase, por ejemplo, SVH30). Así:

> *Tesis Fuerte:* La mayor parte del problema de la pobreza mundial podría ser combatida a través de modificaciones menores en el orden mundial, que implicarían como mucho leves reducciones en los ingresos de los más ricos.

15. El debate incluido en *World Poverty and Human Rights* no es una versión condensada de argumentos más expansivos: SPH44-51 y AGP263-64 son concisos en comparación.

En otra parte, Pogge menciona la tesis más débil de que la "mayor parte" de la "desigualdad radical y de la continua tasa de pobreza y de mortalidad que conlleva (…) podrían evitarse (…) si [el actual orden institucional mundial] estuviera, o fuera a estar, diseñado de otra forma". Esta tesis es más débil dado que no afirma que los cambios relevantes de las normas mundiales sean "secundarios" o que las reducciones en los ingresos de los ricos sean "como mucho, leves". Por el contrario, conserva la afirmación básica acerca de la magnitud de los efectos:

> *Tesis Fuerte B:* La mayor parte del problema de la pobreza mundial podría ser combatida a través de modificaciones en el orden mundial que no implicarían perjuicios para los que se encuentran en una buena posición económica siquiera comparables con el perjuicio que actualmente sufren los pobres del mundo.

Dadas sus afirmaciones sobre la magnitud de los efectos, tanto la Tesis Fuerte como la Tesis Fuerte B son considerablemente más rígidas que la Tesis Convencional, que sostiene que algunos cambios en las normas mundiales aliviarían parte de la pobreza extrema:

> *Tesis Convencional: Parte* de la pobreza mundial podría combatirse mediante cambios en las normas mundiales que en sí mismos no implicarían perjuicios morales significativos.

Esta aseveración (relacionada con lo que mencioné anteriormente como Efectos Combinados) es esencialmente un rechazo de la Tesis de la Pobreza Puramente Interna, según la cual la pobreza extrema se debe "únicamente a causas internas". Si bien no es muy polémica, la Tesis Convencional es, desde el punto de vista moral y práctico, de una importancia extraordinaria, y brinda motivos suficientes para llevar a cabo acciones conjuntas. Está ampliamente aceptada y es mucho menos ambiciosa que la Tesis Fuerte.

Consideremos, por ejemplo, lo que comenta Paul Collier respecto de que "todos sabemos" que la política comercial de la OCDE tiene "aspectos indefendibles". La protección a la producción agropecuaria probablemente se encuentre por los primeros lugares de la lista.

> Cuando los negociadores comerciales de los Estados Unidos y la Unión Europea propusieron conjuntamente que en lugar de que la OCDE redujera los subsidios a este tipo de producción, los países pobres se abocaran a otro tipo de actividades, personalmente sentí que habían ido mucho más allá de la línea a partir de la cual el proceder diplomático normal de mentir en pos de los intereses del propio país se torna demasiado vergonzoso como

> para aceptarlo. El sur de los Estados Unidos tiene alternativas a la producción de algodón (…). ¿Pero las tienen los cultivadores de algodón del Chad?[16]

Deberíamos ser cautelosos al inferir la naturaleza y magnitud de los efectos de un cambio de política a partir de la magnitud del descaro. De acuerdo con los cálculos del Banco Mundial, la eliminación completa de las barreras comerciales en agricultura y manufacturas produciría una ganancia de 22.000 millones de dólares para los países en vías de desarrollo.[17] La reducción de la pobreza extrema resultante probablemente sería bastante pequeña, dado que la mayoría de los beneficios directos no serían aprovechados por los más pobres, incluso ni siquiera por los países más pobres, sino, por ejemplo, por los exportadores de algodón brasileños y los exportadores de carne argentinos. Esta no es razón suficiente para dudar respecto de la necesidad de aplicar los cambios, pero sí lo es para resistirse a la exageración de sus efectos de reducción de la pobreza.

3.2 ¿Por qué centrarse en la Tesis Fuerte?

Es fácil que la atención se vea desviada de las impactantes afirmaciones de las dos tesis fuertes ante ciertas cuestiones filosóficas sobre la justicia mundial y la responsabilidad.[18] Por ejemplo, Pogge afirma que el orden mundial *daña* a los pobres. Podríamos preguntarnos si corresponde incluir la aplicación de las normas actuales y el correspondiente fracaso en el alivio de la indigencia masiva mediante la modificación del orden mundial entre las circunstancias que *dañan* a los pobres, antes que entre los fracasos (culposos) en aliviar la pobreza. Más aún, Pogge ha dicho que sus afirmaciones respecto de que el orden mundial daña a los pobres dependen solo de la idea normativa relativamente débil de que tenemos el deber de no hacer que la gente sea más pobre, frente a la idea más exigente de que debemos brindar ayuda o garantizar la justicia absoluta. En respuesta, podríamos preguntarnos si la afirmación de Pogge sobre el daño presenta una idea moralmente exigente disfrazada de exigencia moral mínima: al tiempo que sostiene que no se apoya en ideas moralmente exigentes, en realidad piensa que hacemos que la gente sea más

16. *The Bottom Billion* (Oxford: Oxford University Press, 2007), pp. 159-60.

17. Tomo la estimación de una presentación de marzo del 2006 de RODRIK, Dani, "Making Globalization More Development-Friendly". Para un tratamiento relacionado, véase Rodrik, *One Economics*, p. 222.

18. Véanse las interesantes críticas de *World Poverty and Human Rights* en ensayos de RISSE, Matthias, SATZ, Debra, PATTEN, Alan, CRUFT, Rowan y ANWANDER, Nobert, en *Ethics and International Affairs* 19(1) (2005). Las críticas de Satz en las pp. 48-50 están muy cerca de las mías. Pero por las razones mencionadas en el texto, hago especial hincapié en otro lado.

pobre, y por ende la dañamos, al imponer normas que hacen que sean menos ricos que lo que serían si estuvieran regidos por "instituciones más imparciales" o más justas (SPH41). Responde que su argumentación respecto del daño se apoya únicamente en la idea de que dañamos a la gente al violar sus derechos humanos y de que eso es un estándar moral mínimo. Pero los detractores podrían pensar que hace uso de una idea más exigente de derechos humanos que la que sería aceptable para muchos de los liberales o libertarios clásicos.[19]

Si bien estos asuntos son interesantes, pueden desviar la atención de los elementos más impactantes de la visión de Pogge, aunque la distracción es entendible a la luz de la estrategia de argumentación elegida por Pogge. En lugar de argumentar que los cambios en las instituciones o normas o políticas podrían aliviar una porción significativa de la pobreza mundial, y que ese alivio es muy urgente desde el punto de vista moral, Pogge argumenta que los ricos y poderosos del mundo están dañando a los pobres. La idea subyacente es que el mandato de no dañar es más convincente para más gente que el mandato moral de aliviar el sufrimiento reparable o de asegurar la justicia absoluta.

Estos mandatos son diferentes, y en ciertos contextos es relevante tener en cuenta esa diferencia. Pero en el presente contexto, tengo mis dudas acerca de su importancia. Es como si, al observar que alguien se está ahogando y podría ser salvado con muy poco esfuerzo, nos preocupáramos más por responder a la persona que dice "Yo no lo hice, yo no la empujé al agua". Y le respondiéramos a esta última: "Muy bien, puede que no la hayas empujado, pero de cualquier manera estás causando un daño porque estuviste de acuerdo con la reducción en los impuestos inmobiliarios que derivaron en la disminución del presupuesto municipal para la secretaría de parques, a cargo de contratar a los guardavidas". A lo cual nos respondería: "Claro que estuve de acuerdo con la reducción, ya que la secretaría de parques habría destinado el dinero a paisajismo, a escritorios de roble, a fiestas en la oficina, y no a guardavidas". Por qué no decir: "¿A quién le importa si la empujaste? Cuando se está muriendo alguien que podría ser salvado sin demasiado esfuerzo, uno es responsable de ayudarlo a salvarse, y es cómplice de su muerte si no lo hace".

Las cuestiones filosóficas sobre la justicia mundial y la responsabilidad son muy interesantes, pero la Tesis Fuerte las hace parecer menos fundamentales, al menos desde el punto de vista práctico. De ser verdadera la Tesis Fuerte, no modificar las normas mundiales sería una barbaridad. Tanto si dicho comportamiento brutal se considerara como causante del daño (al aplicar normas que tienen una consecuencia predecible de pobreza extrema evitable) o como falta de asistencia,

19. Mi bosquejo de las posiciones de Pogge en esta sección se basan particularmente en *SP*, pp. 55-6, 59-61, 74-8.

así como el debate respecto de si el daño se relaciona con hacer a la gente más pobre de lo que era o con permitir que sea menos rica de lo que tiene derecho a ser en virtud de una supuesta interpretación mínima de justicia, son cuestiones teológicas que nos distraen de un escándalo moral.

Para entender a qué me refiero, imaginemos un mundo en el que la Tesis Fuerte es más o menos verdadera, por definición. Hay un noble rico y muy poderoso, y un grupo de otros nobles que son jurídicamente independientes y que gobiernan en diferentes territorios. El noble rico y poderoso gobierna sobre una población relativamente rica y próspera. Algunos nobles de rango inferior gobiernan con un guante de seda similar sobre territorios relativamente ricos. Otros son déspotas crueles, que gobiernan sin piedad sobre sujetos desesperadamente pobres, cuya pobreza desesperada se debe en parte a su sometimiento político. Supongamos ahora que los estados gobernados por los nobles son interdependientes. El noble rico y poderoso, así como los igualmente decentes nobles de rango inferior, compran a los autócratas crueles minerales y materias primas a un costo relativamente bajo, y les prestan algo de dinero. Los autócratas utilizan el dinero para construir palacios y para comprar armas destinadas a controlar coercitivamente a sus poblaciones. Al finalizar las compraventas y los préstamos, los nobles ricos restringirían la capacidad de los autócratas crueles para vender y pedir prestado, es decir que reducirían su poder, y les impedirían continuar empobreciendo a sus gente, y así eliminarían los incentivos de otras personas con objetivos igualmente despiadados para hacerse del poder (véase Instituciones Endógenas). Los nobles crueles relacionados con la pobreza son una respuesta a los incentivos y las oportunidades creadas por las normas dictadas y aplicadas por los nobles ricos. Al cambiar las normas de fondo, los nobles ricos terminarían con el asedio de la pobreza extrema.

Pero nada de esto ocurre. Reacios a exigir incluso pequeños "sacrificios" a sus poblaciones (como por ejemplo, precios más altos para los minerales), y al no estar sometidos por sus poblaciones a la presión de actuar mejor, y a pesar de la relativa claridad de los cambios necesarios, los nobles ricos se oponen activamente (o al menos no apoyan activamente) dichos cambios de normas.

Todavía más, como vuelta de tuerca adicional, suponen que los nobles crueles están envenenando a parte de sus poblaciones, y que los nobles ricos tienen un antídoto barato que podría ser fácilmente suministrado *incluso con el dictador noble y cruel en su puesto*. Pero lo retienen y lo conservan en su totalidad a modo de seguro frente a una improbable emergencia interna (Efectos Independientes).

Imaginemos ahora que los nobles ricos afirman lo siguiente:

> No estoy dañando a nadie. No estoy dañando a la gente desesperadamente pobre y políticamente reprimida de las comunidades aledañas dirigidas por los nobles crueles. No soy la causa de su mala situación, ni siquiera de su envenenamiento. A fin de cuentas, en *algunos* lugares les está yendo bien, y los lugares en los que esto no ocurre podrían

> mejorar si tuvieran mejores normas o dirigentes; y, además, si bien es cierto que tengo el antídoto que podría curar a la población W envenenada, no sería necesario que yo siquiera levantara un dedo y les suministrara el antídoto si los autócratas crueles no estuvieran envenenando a sus poblaciones. Y, en todo caso, una cosa es acusarme a mí de dañarlos –coincido en que no debería hacerlo– y otra diferente es decir que no los estoy ayudando.

Si los hechos son como sostuvimos, la respuesta correcta a los nobles ricos no es un debate filosófico sobre causalidad y responsabilidad, sobre daño y ayuda, y sobre el papel de la distinción entre responsabilidad negativa y positiva en este contexto. La respuesta correcta es la condena moral, y la insistencia práctica en los cambios de política.

En el mundo de la parábola, la Tesis Fuerte es verdadera, tanto por los Efectos Independientes como por las Instituciones Endógenas. Cómo pensamos sobre los asuntos mundiales dependerá en gran medida de si pensamos que la parábola de los nobles malos aporta un modelo informal esclarecedor de nuestro mundo. Sabemos que es un mundo con algunos autócratas crueles, con una considerable pobreza desesperada, y con grandes cantidades de inocentes que sufren, en el que parte de la pobreza desesperada está en autocracias, y en el que las políticas de los países ricos (y las normas que promueven) generalmente son sórdidas. ¿Pero es cierto –como en el mundo de los nobles malos– que con pequeñas modificaciones en las normas mundiales (que implicarían como mucho leves reducciones en los ingresos) podríamos evitar la mayor parte de la pobreza mundial?

4. Evaluación del argumento de la Tesis Fuerte

He dicho que la Tesis Fuerte es mucho más rígida que cualquier otra cosa que Pogge haya defendido plausiblemente. Explicaré por qué.[20]

Antes, haré una aclaración como introducción a estos comentarios: mucha de la discusión contemporánea sobre la justicia y la pobreza mundiales presta una atención insuficiente a la geografía política de la pobreza mundial. Con "geografía política" me refiero simplemente a la ubicación de la gente extremadamente pobre en lugares muy diferentes con distintas trayectorias de desarrollo (tasas de crecimiento pasadas y proyectadas) y variadas capacidades institucionales para hacer frente a la pobreza interna. Así, en el 2002, el 30 % de los mil millones de personas que viven con menos de un dólar por día se ubicaba en el África subsahariana, donde las cifras se habían incrementado en un 90 % aproximadamente desde 1981, durante

20. El debate de esta sección se aplica, creo, con igual fuerza a la Tesis Fuerte y a la Tesis Fuerte B.

un período sostenido de desastre económico (y político) en gran parte del continente.[21] En Asia Oriental, en cambio, la cifra se redujo a alrededor de 600 millones de personas durante el mismo período, que fue la estocada más extraordinaria contra la pobreza mundial en la historia de la humanidad, mientras que las cifras en Sudáfrica cayeron menos del 10 %.

Más concretamente, alrededor de la mitad de la pobreza extrema del mundo aún se encuentra en la India y en China, a pesar de su extraordinario crecimiento (mucho más extraordinario durante un período de tiempo más prolongado en China que en la India, desde ya). Otros 100 millones (aproximadamente) se encuentran en Nigeria, y cerca de 70 millones están en Pakistán y en Bangladesh. Las generalizaciones sobre las "normas mundiales" y la "pobreza mundial" que se extraen de estas diferencias contextuales –incluidas las diferencias en las tasas de crecimiento previstas– pueden ocultar estas importantes diferencias de circunstancias, así como las diferencias relacionadas en las reparaciones posibles y en las posibilidades reales.

Teniendo en cuenta estas observaciones, discutiré tres líneas de defensa que sugiere Pogge para la Tesis Fuerte (en la sección de *WPHR* ya analizada, y en otras partes).

1. La Tesis Fuerte trata de la suficiencia de los cambios en las normas mundiales para paliar la pobreza, pero la fuerza de la tesis podría verse atenuada si pensáramos que todos los países podrían haber sido exitosos con las normas vigentes al cambiar sus propias instituciones y políticas. Y podemos vernos tentados a inferir la posibilidad de que se produzca el éxito universal a partir del éxito de algunos. En primer lugar Pogge expone el error que resulta de dicha inferencia: quizás las normas mundiales solo permitirían el éxito de algunos.

2 Supongamos que todos *podrían haber* sido exitosos al modificar las instituciones y las políticas. Aún así, la Tesis Fuerte podría ser verdadera, dados los Efectos Independientes: todos habrían tenido éxito *también* sin modificaciones internas si se hubieran llevado a cabo las modificaciones correspondientes en las normas mundiales.

3 Incluso si el éxito en paliar la pobreza extrema requiriera cambios internos, esos cambios habrían sido el resultado de cambios en las normas mundiales: es decir, las Instituciones Endógenas.

21. En un desempeño más reciente (mejorado), véase MIGUEL, Edward, "Is It Africa's Turn?" *Boston Review* 33(3) (mayo-junio del 2008).

Estos comentarios apuntan a que no tenemos ningún motivo para apoyar la Tesis Fuerte como opuesta a la Tesis Convencional. Sería *muy* sorprendente que se pudiera paliar la pobreza masiva a través de cambios en las normas mundiales que no tuvieran impacto en las instituciones y políticas internas. Y sería muy sorprendente si las instituciones y políticas nacionales estuvieran moldeadas por los cambios de normas mundiales requeridos por las Instituciones Endógenas invocados por Pogge, y fueran sensibles a ellos (Una versión muy rígida de esa idea tuvo un papel en las versiones de la teoría de la dependencia y en la teoría de los sistemas mundiales, que explicaron los arreglos sociales y políticos nacionales en términos de la posición de un país –por ejemplo, como proveedor de materias primas, centro manufacturero, o sede comercial– en una división mundial del trabajo).[22] Existe una gran brecha entre la Tesis de Pobreza Puramente Doméstica y la Tesis Fuerte. Se trata de una gran brecha que a su vez es el espacio adecuado para ser ocupado con proyectos que coordinen los esfuerzos nacionales y mundiales.

4.1 ¿Crecimiento de todo el resto?

Una de las inquietudes acerca de la solidez de la Tesis Fuerte se relaciona con la observación de que algunos países con grandes cantidades de pobres –China, los Tigres Asiáticos, India, Botsuana– han crecido muy rápidamente con las normas mundiales vigentes (generalmente, jugando en contra de la sabiduría convencional). Llamémoslo "el crecimiento del resto". Si ellos pudieron hacerlo, ¿por qué no podrían hacerlo otros?

En respuesta a esta objeción, Pogge observa que el éxito de algunos países no demuestra que a todos los otros podría haberles ido igual de bien. Los que apuntan a las pruebas de éxito diferencial pueden estar incurriendo en una "falacia del algunos-todos" (SPH44), arguyendo que "algunos han tenido éxito; por lo tanto, todos podrían tener éxito". Sostienen que el éxito de algunos (por ejemplo, con el crecimiento debido a las exportaciones) demuestra que las deficiencias no se encuentran en las normas mundiales, que no necesitan reforma alguna, sino en el hecho de que los otros no adopten esas políticas exitosas.

22. Véase FRANK, Andre Gunder, *Capitalism and Underdevelopment in Latin America* (New York: Penguin, 1971); CARDOZO, Fernando Henrique y FALLETTO, Enzo, *Dependency and Development in Latin America*, trad. Marjorie Mattingly Urquidi (Berkeley: University of California Press, 1979), especialmente pp. 26-7; WALLERSTEIN, Immanuel, *The Modern World-System I: Capitalist Agriculture and the Origins of the European World-Economy in the Sixteenth Century* (New York: Academic Press, 1980). A pesar de que el énfasis de la teoría de la dependencia está en el sistema mundial, la idea esencial no es que las tasas de ganancia internas dependen de las normas político-económicas mundiales, sino que los recursos naturales y un excedente extraído de la periferia alimentan el crecimiento en el centro de la economía mundial.

Algunos analistas pueden ser acusados, con justicia, de incurrir en esta falacia. Pero el punto lógico parecería equivocado como respuesta a los argumentos empíricos sobre la importancia de las experiencias nacionales al enfrentar la pobreza interna.

En primer lugar, como mencioné, la mitad de la pobreza extrema mundial se encuentra en China y la India, países con un crecimiento exitoso (en el caso de China, se duplica cada nueve años desde 1978). La diferencia entre los que tienen un desempeño económico exitoso o los que no lo tienen no guarda una relación directa con la cuestión de paliar la mayor parte de la pobreza mundial. Incluso si todas las economías hubieran tenido un desempeño tan bueno como el de China y la India, seguiría existiendo la mayor parte de la pobreza mundial. Para argumentar a favor de la Tesis Fuerte –que se hubiera evitado la mayor parte de la pobreza extrema mundial con las normas mundiales adecuadas–, necesitamos un argumento que en lugar de postular simplemente que otros podrían haber tenido un desempeño igual de bueno en términos de crecimiento y paliación de la pobreza como el que tuvieron los que mejor se desempeñaron, demostrara que grandes cantidades de pobres en China y en la India, a pesar de su relativo éxito económico, son producto de las normas mundiales. Eso es posible (como la mayoría de las cosas). Específicamente, es *posible* que las distribuciones de ingresos en China y la India hubieran sido diferentes de haber existido normas mundiales alternativas, pero es necesario demostrar eso.

La tarea de argumentar se vuelve mucho más difícil con la afirmación de Pogge, ya mencionada, respecto de que su argumento sobre el daño a los pobres mundiales se basa solo en lo que ha ocurrido en el mundo desde entonces (SPV56). Durante ese período, con las normas mundiales actuales en vigencia, la pobreza extrema en China y la India se redujo en cientos de millones. ¿Con qué normas y políticas alternativas habría sido disminuida aún más? Tal vez exista una buena respuesta. Pero las inquietudes sobre las inferencias del todo, falaces desde el punto de vista lógico, sencillamente no vienen al caso, dado que la mayor parte de la pobreza extrema habría seguido existiendo incluso si todos los países hubieran tenido el éxito que tuvieron China y la India.

En segundo lugar, quedarnos en el plano del desempeño económico nacional, apelando al éxito de algunos países, aporta pruebas a favor de la tesis de que otros podrían haber tenido éxito. Demuestra que el argumento de que las normas mundiales son diseñadas para mantener a todos en su lugar, preservando el statu quo entre ricos y pobres, es erróneo. Por supuesto, el mejor desempeño nacional que tuvo lugar en algunos países pobres durante la vigencia de las normas existentes no prueba que todos los países podrían haber tenido éxito. Pero debemos entender por qué la prueba *es* relevante, y no debemos quedarnos únicamente con que podría serlo.

Pogge propone dos líneas de argumentación para fundamentar dicha irrelevancia. Primero, sostiene que si los países menos exitosos hubieran adoptado la misma

estrategia basada en las exportaciones que los países que se desarrollaron con éxito, esa opción habría representado muchos menos beneficios para los países exitosos, dado que se habrían encontrado con un mercado totalmente inundado de productos de consumo de baja gama. Podría haberles ido mejor a los países menos exitosos, pero a costa en cierto grado de los beneficios de los más exitosos. Quizás, aunque el mercado para los bienes de consumo no es fijo, las estrategias de desarrollo de los países exitosos no fueron las mismas, y los exitosos no crecieron exclusivamente debido a la exportación de bienes de consumo baratos: también hubo acero y los buques.

Pero supongamos que la estrategia hubiera sido menos beneficiosa para los que tuvieron un desempeño exitoso. Aun así, algunos países permanecieron estancados entre 1975 y el 2000, en particular en el África subsahariana, donde la pobreza extrema se incrementó significativamente: si hubieran tenido un crecimiento anual del 3%, su ingreso per cápita se habría duplicado durante ese período, en lugar de reducirse. Las cifras totales de pobreza extrema son inciertas, y dependen, por supuesto, de cómo se habrían distribuido las ganancias del crecimiento en los países más pobres, pero ciertamente podría ser menos apremiante ahora en los lugares en los que ha crecido tanto más.

El segundo argumento afirma que los mercados estaban limitados por el proteccionismo en los países ricos, y ese proteccionismo –un rasgo alterable del orden mundial– impidió toda generalización de los casos de éxito. Podría ser. Pero primero, si bien es cierto que el proteccionismo en los países ricos puede haber limitado las posibilidades de crecimiento en algunos países en vías de desarrollo, también lo es que las protecciones al comercio disminuyeron significativamente, y que la persistencia del proteccionismo difícilmente puede explicar las diferencias extraordinarias entre el desempeño económico exitoso y no exitoso en los países en vías de desarrollo. Segundo, consideremos al África subsahariana: entre 1975 y el 2000, el ingreso per cápita cayó un 15%, aunque hubo una modificación considerable en el desempeño, con Botsuana y Mauricio en la delantera. Si las tasas de crecimiento hubieran sido del 3% –ni comparable con el buen desempeño de Botsuana– los ingresos se habrían duplicado en lugar de caer desastrosamente. El hecho de que no todos hayan podido, en el orden mundial actual, alcanzar el 8% de las tasas de crecimiento durante 30 años –establezcamos este plazo– no es particularmente relevante para los desastres económicos de la generación pasada. Todavía más, no estoy seguro de cómo, si hubiesen estado vigentes algunas normas mundiales alternativas, podría haber habido una generalización de las tasas de crecimiento de Corea del Sur o de China (¿eliminando las protecciones agropecuarias en los países ricos? Probablemente el efecto habría sido reducido. ¿Con la libre circulación de fronteras? Difícil saberlo: los efectos podrían haber sido *muchos* dadas las diferencias salariales, pero dependerían de cómo funciona la política).

4.2 ¿Simetría mundial y nacional?

Supongamos que los países pobres podrían haberse desarrollado a ritmos decentes sin cambio alguno en las normas mundiales. Pogge argumenta que esta suposición no exime las normas mundiales de "responsabilidad por toda pobreza agregada que se podría haber evitado si las élites políticas de los países pobres fueran menos corruptas y menos incompetentes" (SPH45). Claro que no. Sería absurdo negar que algunos cambios en las normas mundiales serían más favorables para las personas en situación de pobreza extrema. Eso dice la Tesis Convencional. Pero ¿qué hay de la Tesis Fuerte? En su defensa, Pogge hace dos afirmaciones simétricas:

S1 La pobreza más extrema del mundo podría evitarse mediante cambios en los acuerdos políticos y en las políticas de los países pobres, incluso si el orden global actual se mantuviera incólume;[23] y

S2 La pobreza más extrema se evitaría, a pesar de los regímenes corruptos y opresivos que oprimen a tantos países pobres, si el orden institucional global estuviera diseñado para alcanzar este objetivo. (SPH46)

S1 parece bastante inverosímil, pero no es inmediatamente pertinente. Centrémonos en S2, que expresa la idea que anteriormente denominé Efectos Independientes. Según S2, la pobreza masiva, en, por ejemplo, el Congo, Zimbabue, Sierra Leona, Bangladesh, Pakistán, Nigeria o la India podrían evitarse (y podrían haberse evitado) mediante cambios en las normas mundiales (o históricamente diferentes), *aun si las instituciones y los regímenes nacionales se mantuvieran fijos.* No conozco prueba alguna de esta afirmación extraordinaria. No estoy seguro de cómo las políticas de comercio, las nuevas reglas sobre patentes o una asistencia para el desarrollo más generosa, o reglas alternativas sobre el pago de deuda surtirían un efecto importante en cualquiera de estos países, debido a los regímenes, instituciones y políticas actuales. Aunque esta supuesta asimetría *podría* sostenerse, la afirmación relativa a los efectos independientes es extremadamente inverosímil, desde el punto de vista empírico, dada la importancia de las condiciones locales en la mediación de los efectos de los factores globales. Consideremos, por ejemplo, la salud, la educación y la creación de empleos: es difícil ver efectos sostenibles reductores de la pobreza a través de cambios en las normas mundiales que operen de manera absolutamente independiente de los cambios en los regímenes nacionales.

23. Como se sugirió en el tercer punto de aclaración de la sección de apertura.

La tentación de aprobar la simetría podría provenir de la asistencia para el desarrollo, pero las pruebas sugieren que deberíamos resistir ante la tentación. El (muchas veces polémico) debate sobre sus beneficios continúa sin resolverse. Los escépticos de la asistencia nos recuerdan que China ha obtenido el récord de crecimiento y de reducción de la pobreza sin asistencia para el desarrollo, argumentan que la asistencia suele ser un sustituto destructivo de la inversión nacional y puede cortar la relación entre el gasto y el apoyo popular, y observan que la asistencia en el África subsahariana decayó durante mediados y fines de la década de 1990, lo que llevó a la actual fase de crecimiento renovado allí, que comenzó cerca del 2000.[24] Los optimistas de la asistencia nos recuerdan que se ha aportado una cantidad patéticamente pequeña de asistencia durante los últimos 50 años, especialmente al excluir la asistencia motivada por la Guerra Fría. Parece haber un buen fundamento (aunque no totalmente carente de controversias) para la proposición de que la asistencia es especialmente relevante para atender la pobreza extrema cuando las instituciones son decentes, pero eso por supuesto no apoya la simetría.[25] Es mucho más difícil sostener que la asistencia no elimina la pobreza extrema independientemente del entorno político e institucional del país.[26]

4.3 Instituciones nacionales y normas mundiales: trasfondo

El principal argumento de Pogge es sobre las instituciones endógenas, no sobre los efectos independientes. Primero, quiero dedicar algunas líneas para analizar el trasfondo de esto.

Durante la generación pasada, muchos trabajos sobre el desarrollo económico han recalcado la importancia de las instituciones nacionales –incluidas las instituciones que establecen un estado de derecho, aseguran los derechos de propiedad, la responsabilidad política, la regulación de riesgos y la estabilidad macroeconómica–

24. Sobre la reciente alza en las tasas de crecimiento africanas, véase MIGUEL, Edward, "Is it Africa's Turn?". Aunque no es un escéptico de la asistencia, Miguel expresa dudas sobre el papel de la asistencia en la ayuda de la mejora.

25. RADELET, Steven, CLEMENS, Michael y BHAVNANI, Rikhil, "Aid and Growth", *Finance and Development* 42, 3 (septiembre del 2005): imf.org/external/pubs/ft/fandd/2005/09/radelet.htm. Para un tratamiento crítico, véase EASTERLY, William, *The White Man's Burden: Why the West's Efforts to Aid the Rest Have Done So Much Ill and So Little Good* (Oxford: Oxford University Press, 2007), pp. 42-3.

26. Para un tratamiento de las ideas sobre la asistencia que no esté tan completamente estilizado, véanse los ensayos en EASTERLY, William (ed.), *Reinventing Foreign Aid* (Cambridge, MA: MIT, 2008).

al explicar el desempeño económico[27]. Para ilustrar este punto sobre las instituciones, consideremos solo una conclusión sorprendente. Mucho se ha escrito sobre la denominada "maldición de los recursos". La idea es que los recursos naturales pueden perjudicar el desempeño económico de un país, como las pruebas indican en el caso de Nigeria y Sierra Leona. Pero, por supuesto, por cada Nigeria o Sierra Leona hay una Noruega o un México (donde el petróleo no causó mucho daño) o, para el caso, los Estados Unidos, que en 1913 era el productor líder de casi todos los minerales industriales. Los recursos naturales, ¿son malos o buenos para el desarrollo económico? ¿Puede decirse algo en general sobre este tema?

Tomemos la muestra de países ricos en recursos, medidos por las exportaciones de recursos como porcentaje del PBI, y dividámosla por los países con instituciones malas y buenas. El resultado al que se arriba es que los países con buenas instituciones no están maldecidos por los recursos. De hecho, $r^2 = 0$ cuando se retrotrae el crecimiento a la dependencia de recursos. Pero también se ve una sólida maldición de recursos en los lugares con instituciones malas.[28]

Por lo que resulta que las instituciones parecen importantes, pero no sugiero que ello implique que sean todo lo que importa. Consideremos la Iniciativa para la Transparencia en las Industrias Extractivas (Extractive Industries Transparency Initiative, EITI), proyecto voluntario reciente que cuenta con el apoyo de algunos países prósperos (entre otros, Canadá, España, Noruega, Holanda, Bélgica, Francia, el Reino Unido y los Estados Unidos), organizaciones no gubernamentales (por ejemplo, Transparency International, Oxfam y Global Witness), organizaciones internacionales y empresas. La EITI tiene por objetivo ayudar a los países más pobres y ricos en recursos (alto grado de dependencia fiscal o de exportaciones de hidrocarburos o minerales) y las empresas que allí operan para asegurar la transparencia respecto de las sumas que las empresas pagan a los gobiernos: "La publicación regular de todos los pagos de petróleo, gas y minería sustanciales que las empresas realicen

27. Véase NORTH, Douglass C. y THOMAS, Robert, *The Rise of the Western World: A New Economic History* (Cambridge: Cambridge University Press, 1976); ACEMOGLU, JOHNSON, and ROBINSON, "Reversal of Fortune"; HELPMAN, Elhanan, *The Mystery of Economic Growth* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 2004), cap. 7, para una síntesis. Para una introducción rápida, véase ACEMOGLU, Daron, "Root Causes" y SACHS, Jeffrey, "Institutions Matter, But Not for Everything," ambos en *Finance and Development*, junio del 2003.

28. Véase MEHLUM, Halvor, MOENE, Karl y TORVIK, Ragnar, "Institutions and the Resource Curse", *The Economic Journal* 116 (January 2006), 1-20; ROBINSON, James A., TORVIK, Ragnar y VERDIER, Thierry, "Political Foundations of the Resource Curse", *Journal of Development Economics* 79 (2006): 447-68; MEHLUM, Halvor, MOENE, Karl y TORVIK, Ragnar, "Cursed by Resources or Institutions?", *The World Economy* (2006): 1117-31. Para una mirada más escéptica, véase HABER, Stephen y MENALDO, Víctor, "Do Natural Resources Fuel Authoritarianism? A Reappraisal of the Resource Curse", inédito (en los archivos del autor).

en favor de los gobiernos ('pagos') y todos los ingresos significativos percibidos por los gobiernos de empresas de petróleo, gas y minería ('ingresos') para un público amplio de manera accesible públicamente, integral y entendible".[29] La idea es que tal transparencia en el sector extractivo ayudará a combatir la maldición de los recursos permitiéndoles a todos los involucrados, incluidos grupos naciones de países pobres, saber qué sucede con sus recursos, reduciendo así los incentivos y las oportunidades para la corrupción y para el uso irresponsable de recursos nacionales.

Menciono a la EITI no porque haya sido un gran éxito. Es todavía muy pronto para saberlo, y no es probable que sea un gran éxito a menos que existan estándares más allá de la simple transparencia (el poder no es exclusivamente la información).[30] Sin embargo, ilustra cómo los actores globales –incluidos los gobiernos de países ricos, las empresas privadas, las organizaciones internacionales (Banco Mundial y Banco de Desarrollo Africano) y las organizaciones no gubernamentales– pueden tanto reconocer la importancia de las instituciones nacionales al imponer la maldición de los recursos así como también reconocer su propio papel. La idea detrás de la EITI es que los actores externos –incluidos los gobiernos, las empresas y las organizaciones internacionales– tienen la responsabilidad de cambiar las normas mundiales de manera que se fomente a los actores nacionales a rediseñar su conducta y a crear instituciones que reduzcan la maldición de los recursos en lugares en los que ha causado un daño real. El pensamiento detrás de la iniciativa por la transparencia es que el acceso a la información es cuanto menos necesario si los ciudadanos van a responsabilizar a los gobiernos. La EITI requiere, entonces, que los interesados nacionales sean parte de las iniciativas de transparencia. Asegurar su presencia y su acceso a la buena información sobre los flujos de ingresos cambiará al menos un poco (de todos modos, esta es la teoría) el equilibrio del poder nacional.

La EITI ilustra una idea motriz tras el concepto de instituciones endógenas: las instituciones nacionales necesitan ser explicadas, y las normas mundiales son un elemento en la explicación. Sin embargo, hay dos características relevantes de la EITI. En primer lugar, una de las características esenciales de esta iniciativa es que no se propone simplemente cambiar las normas externas en la expectativa de que los actores nacionales ajusten cómodamente su conducta mientras medien amenazas en caso de error. En cambio, exige –para bien o para mal– la cooperación guber-

29. Véase www.eitransparency.org/principlesandcriteria.htm, 14 de agosto del 2005.

30. Sobre las virtudes y los límites de la EITI, véase COLLIER, Paul y SPENCE, Michael, "Help Poor States to Seize the Fruits of the Boom", *Financial Times*, 10 de abril del 2008. La recientemente anunciada Extractive Industries Transparency Initiative Plus Plus (EITI++) del Banco Mundial es una iniciativa ambiciosa para construir sobre la EITI, moviendo la transparencia pasada en el flujo de los fondos de empresas a gobiernos a transparencia en gastos de dichos ingresos e iniciativas de generación de capacidad que les permitirán a los estados manejar mejor los ingresos basados en los recursos y utilizarlos para fines constructivos.

namental nacional como condición esencial para participar de la iniciativa. En segundo lugar, otra cuestión relacionada es que la EITI no depende de una versión tan fuerte de las instituciones endógenas como la que mencioné anteriormente, según la cual las instituciones se explican sustancial o completamente mediante las normas mundiales. Como sugiere la EITI, se puede aceptar que los cambios en aquellas normas pueden modificar constructivamente los incentivos y las oportunidades de cambio que animan los conflictos políticos nacionales (por ejemplo, mediante la reducción de los ingresos a la norma de predador) sin aceptar la visión, reminiscente de la teoría de la dependencia, sobre la dependencia nacional-institucional y política de la estructura mundial.

4.4 Las normas mundiales, ¿explican las instituciones nacionales?

Esta idea sobre la importancia del trasfondo mundial de la economía política nacional anima la visión de Pogge. En defensa de la Tesis Fuerte, dice que los malos arreglos nacionales son el resultado de las normas mundiales y explora el papel de dos características del orden mundial –el privilegio de los recursos y el privilegio de los préstamos– en la generación de malos acuerdos nacionales.[31]

La idea del privilegio de los recursos es que las normas mundiales actuales le otorgan control total de los recursos naturales de un país –tierra, minerales y petróleo– a quien sea que gobierne el país, independientemente de lo despiadado de su gobierno. Esta norma fomenta las malas instituciones, incrementa los retrocesos hacia la autocracia y los predadores, no ofrece incentivo económico alguno para que los gobernantes sean decentes, reduce los beneficios del control compartido del estado (las normas mundiales hacen que el poder nacional sea independiente de compartir los ingresos provenientes de los recursos) y puede atraer a personas despiadadas a la vida política. Si los que detentan el poder de un país pueden ser reconocidos por los de afuera como dueños de los recursos solo si cumplen con ciertas condiciones –estado de derecho, responsabilidad popular básica–, entonces las instituciones nacionales mejorarían porque el valor del control de los recursos iría de la mano del cumplimiento de las condiciones. Cambiar las normas mundiales reduciría los beneficios del poder autocrático, atraería a menos personas despiadadas y por lo tanto mejoraría la conducta política.

Por ejemplo, consideremos una sugerencia reciente sobre cómo los cambios en las actuales normas mundiales sobre la titularidad de los recursos podrían mitigar

31. A pesar de que me estoy centrando en los efectos malos de las normas mundiales sobre las instituciones actuales, no todos los efectos actuales son malos, como me ha recordado Pranab Bardhan en un debate.

la maldición de los recursos.[32] Leif Wenar argumenta que las empresas petrolíferas y otras dedicadas a la actividad extractiva pueden ser percibidas como traficantes de propiedad robada y que se puede considerar que los consumidores adquieren propiedad también robada, cuando extraen o adquieren recursos de países en los que los gobiernos no poseen ningún tipo de responsabilidad frente al pueblo. La idea subyacente es que los gobernados son en sí mismos los dueños de la riqueza natural del país. La falta de responsabilidad se refleja, entonces, en el robo al pueblo del país (los dueños). Las normas jurídicas convencionales contra la posesión y la venta de propiedad robada podrían utilizarse para evitar importaciones de dichos país, lo que daría incentivos para que los gobiernos asumieran responsabilidad según los estándares mínimos convenidos de responsabilidad política, que incluyen tanto las libertades civiles como políticas.

Para hacer operativa la propuesta, Wenar utiliza los resultados de Freedom House. Una puntuación del país "no libre" de 7 en libertades políticas o civiles considera los recursos naturales vendidos por el régimen como robados. Conforme a esta propuesta, los regímenes de 20 países (según clasificaciones del 2008) serían tratados como ladrones de recursos naturales, y las empresas que comercien con esos recursos serían tratadas como traficantes de bienes robados. Entre los países se encuentran China, Vietnam, Arabia Saudí y Cuba, así como Birmania, Corea del Norte, Somalía, Sudán y Zimbabue.[33]

Dejando de lado muchas preguntas importantes sobre la propuesta, quiero resaltar que ésta no puede hacer mucho por la pobreza extrema. (Wenar no sugiere lo contrario. Utilizo su propuesta simplemente para ilustrar mis preocupaciones sobre los cambios en las normas mundiales que alivian la pobreza nacional). En primer lugar, está el problema de la sanción inútil (en términos de aliviar la pobreza extrema). Una cantidad de los países que podrían estar sujetos a sanciones por sus regímenes irresponsables son lugares con poca pobreza extrema (Arabia Saudí, Siria, Bielorrusia, Túnez y Cuba). Otros son lugares –como China y Vietnam– con tasas de crecimiento muy altas, en los que es difícil ver cómo la propuesta ayudaría a resolver el problema de la pobreza, y, si bien se reconocerían las dificultades de estimar los efectos del equilibrio general, podrían empeorar las cosas.

32. WENAR, Leif, "Property Rights and the Resource Curse", *Philosophy and Public Affairs* 36(1) (2008): 2-32. Wenar nota la conexión con el privilegio de recurso de Pogge en la p. 13, n. 29.

33. *Freedom in the World 2008: Selected Data from Freedom House's Annual Global Survey of Political Rights and Civil Liberties (Freedom House, 2008).* Los resultados serían un tanto diferentes si utilizáramos los de Polity IV y si fijáramos el corte en autocracia (= –6). En el 2006, Zimbabue, Sudán, Túnez estaban en –4, y Chad en –2, y hubieran sido suficientemente responsables, a pesar de que todos al menos registraban un resultado de 7 en Freedom House. Véase www.systemicpeace.org/polity/polity06.htm.

En segundo lugar, una gran parte de la pobreza extrema se encuentra en países (India, Nigeria y Bangladesh) que encuadran dentro de las condiciones de responsabilidad requeridas para los contratos válidos y por lo tanto no enfrentarían problemas.

En tercer lugar, hay preocupaciones sobre el impacto antipobreza de las reformas inducidas. Cualesquiera sean los estándares operativos de propiedad, puede ser posible que los países jueguen con ellos, haciendo lo mínimo indispensable para satisfacer las condiciones básicas de responsabilidad, con lo que probablemente no tenga un efecto sustancial importante. Más aún, incluso si una oposición envalentonada por las nuevas normas mundiales lo persiguiera conscientemente, es poco probable que un cambio de debajo de la línea de responsabilidad a apenas sobre ella tenga un efecto muy sustancial. Consideremos un país debajo de la línea de responsabilidad, con represión extendida de la asociación, sin estado de derecho, carente de elecciones verdaderas, marcados límites a la libertad de expresión y cuya oposición política carece de la suficiente fuerza organizada para cambiar los términos políticos, pero el cambio se produce debido a una alteración en las normas mundiales. El desarrollo de nuevas formas nacionales de responsabilidad y de estado de derecho seguramente procederá lentamente, con un efecto muy incierto sobre las tasas de crecimiento y la reducción de la pobreza.[34]

Existen otras estrategias para restringir el privilegio de recursos más políticos que el enfoque de derechos de propiedad de Wenar. Por ejemplo, las ampliaciones de la EITI (como las nuevas EITI++ del Banco Mundial, véase nota 30) tienen por objetivo generar transparencia y responsabilidad sin confiar mucho en los instrumentos jurídicos y en modos que tiendan más directamente a promover una política nacional mejorada, aunque también dependen, como dije anteriormente, de la propia participación de los países. Pero no veo una historia que haga a las instituciones nacionales y a la pobreza fuertemente endógenas respecto a las normas mundiales, y por lo tanto, no veo medio empíricamente posible de insertar la importancia explicativa de las instituciones nacionales en una historia más larga amplia sobre la suficiencia explicativa de las normas mundiales. Para ello, necesitaríamos saber, entre otras cuestiones, cómo responden los autócratas a los ingresos esperados sobre el control de los recursos naturales, cuánto varía esa tasa esperada de ingresos con los cambios en las normas mundiales y cuán dependientes son las tasas de crecimiento y de pobreza para cumplir las condiciones que se establezcan.

34. Las pruebas sobre la reducción de la democracia y la pobreza son mixtas. Véanse, por ejemplo, ROSS, Michael, "Is Democracy Good for the Poor?", *American Journal of Political Science* 50(4) (octubre del 2006): 860-74; KUDAMATSU, Masayuki, "Has Democratization Reduced Infant Mortality in Sub-Saharan Africa? Evidence from Micro Data" (diciembre del 2006, inédito).

Consideremos, más resumidamente, el privilegio de los préstamos. Aquí, nuevamente, la idea es que los problemas surgen debido a la gran cantidad de ingresos que fluyen del gobierno político, debido a las actuales normas sobre pedido y pago de préstamos. Esencialmente, los gobernantes que ostentan un poder de facto poseen privilegios de préstamos nacionales, pueden utilizar préstamos para pagar las armas que utilizan para arruinar las vidas del pueblo mediante la guerra y destruir a la oposición, y luego los prestamistas pueden exigirle al siguiente gobierno el pago de la deuda contraída por el déspota.

Una manera de tratar este problema sería modificar el actual entendimiento y tratamiento de las deudas odiosas en el derecho internacional estableciendo un organismo mundial (o fortaleciendo a una variedad de organismos regionales y mundiales existentes) con el poder de realizar declaraciones *ex ante* de que algunos regímenes son "proclives a las deudas odiosas".[35] La consecuencia de tal declaración (conocida públicamente), sobre este modelo de diligencia debida, sería que los prestamistas –ahora debidamente notificados– tendrían que especificar propósitos públicos legítimos para préstamos y monitorear planes para asegurar el cumplimiento de esos propósitos. Los gobiernos sucesores solo podrían repudiar permisiblemente los préstamos cuando los fondos fueron desviados del propósito aprobado y el prestamista no logró implementar el plan de préstamo anunciado. Esto implicaría incentivos reducidos para prestar a regímenes brutales, incentivos reducidos para ser un régimen brutal debido a la dificultad de obtener préstamos, capacidad reducida de ser un régimen brutal debido a la dificultad del préstamo nacional y mayores incentivos para los opositores, ya que no contarían con el peso de enormes deudas odiosas.[36] El anuncio *ex ante* crearía mayor certeza en los mercados financieros que las estrategias jurídicas más estándares para declarar odiosas ciertas deudas, mientras que la condición de diligencia debida permitiría el préstamo beneficioso y así ayudaría a proteger a la población de los resultados dañinos de las sanciones económicas.

Hay mucho por decir sobre esta estrategia para lidiar con el problema de las deudas odiosas. Es horrendo ver a un régimen sucesor –es decir, los ciudadanos de un país– cargando con el pago de una deuda contraída para alimentar el gusto de un predador por diamantes de sangre. Pero por todas las razones que ya he men-

35. Sobre el Modelo de diligencia debida, véase JAYACHANDRAN, Seema y KREMER, Michael, "Odious Debt", *American Economic Review* 96 (marzo del 2006): 82-92. Les agradezco a Jayachandran, Kremer y a otros miembros del Grupo de Trabajo sobre Deuda Odiosa por su tratamiento de estos temas.

36. Si el pago de la deuda está impulsado sustancialmente por preocupaciones de reputación, entonces no queda tan claro en qué medida se da una reducción en la carga heredada. Véase, en general, TOMZ, Michael, *Reputation and International Cooperation: Sovereign Debt across Three Centuries* (Princeton: Princeton University Press, 2007).

cionado, la relación entre una doctrina prudente de deuda odiosa que limita apropiadamente las subsiguientes cargas y quejas sobre el alivio de la pobreza es poco convincente, tanto porque tanta pobreza extrema permanece intacta por los temas de privilegios de préstamos y porque las implicaciones de alivio de la pobreza de cambiar esas normas es tan incierta.

5. Conclusión

Una gran cantidad de gente ahora vive en el límite, excluida de los beneficios del extraordinario crecimiento mundial de los últimos 30 años. Están excluidos no solo por algún error que hayan cometido sino a pesar de su inocencia. El hecho de que tantos estén viviendo tan mal es una catástrofe moral, no menos que el problema de la pobreza extrema esté sin remedio. Construir un mundo sin pobreza extrema –un ideal razonable– requerirá una serie de iniciativas, en función de la ubicación (teniendo en cuenta las diferencias entre, por ejemplo, China, India, Nigeria, Bangladesh, Sudán, Somalía y Sierra Leona). Construirlo de manera sostenible dependerá, entre otros factores, de arreglos nacionales decentes así como de normas mundiales (y de dosis más grandes de coordinación mundial para atender las crecientes presiones sobre los recursos y el clima). Y los países más ricos tienen una responsabilidad relevante en la creación de ese mundo. La filosofía también tiene un papel específico en la aclaración de las bases de esa responsabilidad, exponiendo las excusas para no descartarla y explicando cómo un mundo sin pobreza extrema es una parte de un ideal razonable.

Pero al tratar de descifrar qué hacer, deberíamos aprender algo de la historia reciente. El Consenso de Washington –ahora confinado en la poblada papelera de la historia– dijo que los países necesitaban estabilizar, liberalizar y privatizar. En muchos lugares se siguieron esos consejos y el resultado fue malo; a muchos otros países les fue bien durante el período del Consenso de Washington, especialmente allí donde se rompían las reglas del Consenso.[37] Lo que necesitamos ahora no es una receta de reemplazo ("arreglen las normas mundiales" en vez de "arreglen los precios" o "arreglen las instituciones") y mucho menos una receta, respaldada por especulaciones sobre posibilidades, presentada como ciencia social. En vez de ello, las circunstancias requieren una mezcla de convicción moral sobre la importancia de atender el problema de la pobreza extrema, un espíritu abierto, empírico y experimental sobre cómo lidiar mejor con él, e instituciones, tanto nacionales como mundiales, organizadas para fomentar tal aprendizaje.

37. Véase RODRIK, *One Economics*, pp. 18-21, 239.

RESPUESTA A JOSHUA COHEN*

Thomas Pogge**

Resumen: Thomas Pogge responde en este artículo a las críticas que Joshua Cohen le formula en *Filosofía, ciencias sociales, pobreza global*. En este sentido, indaga acerca de cuál es el estándar probatorio adecuado para evaluar la Tesis Fuerte, expone y examina propuestas específicas de reforma del orden mundial –tales como la eliminación del proteccionismo de los países ricos, la modificación de las normas vigentes que regulan la extracción de recursos naturales y la creación de un Fondo para la Investigación de la Salud– y analiza el impacto que podrían tener sobre la pobreza y la desigualdad globales.

Abstract: In this article, Thomas Pogge anwers to the critics of Joshua Cohen. In this order, he inquiries what is the appropriate standard of proof for evaluating the Strong Thesis, he presents and examines specific reform proposals of the global order –such as the elimination of protectionist barriers from rich countries, the modification of global rules governing resource extraction and the creation of a Health Impact Fund–, and he analyses the impact that this reforms could have on global poverty and inequality.

1. La Tesis Fuerte y la Tesis Convencional

La dura crítica de Josh Cohen persigue derrotar lo que él llama mi *Tesis Fuerte,* formulada de la siguiente manera: "La mayor parte del problema de la pobreza mundial podría ser combatida a través de modificaciones menores en el orden

* **POGGE, Thomas, "Responses to the critics", en JAGGAR, Alison M. (ed.), *Thomas Pogge and his critics,* Polity Press, 2010. La traducción al castellano fue realizada por María Soledad Manín, María Natalia Rezzónico y Mariano Vitetta, todos ellos Traductores Públicos (UBA). Los editores desean agradecer la generosidad del autor y de los editores originales en permitir la traducción y reproducción de este artículo.**

** **Thomas Pogge es Leitner Professor of Philosophy and International Affairs de la Universidad de Yale, Professorial Fellow en el Australian National University Centre for Applied Philosophy and Public Ethics (CAPPE), Profesor Adjunto de University of Central Lancashire, Director de Investigación en la Oslo University Centre for the Study of Mind in Nature (CSMN).**

mundial, que implicarían como mucho leves reducciones en los ingresos de los más ricos".[1] Su respuesta no se anda con rodeos: "La Tesis Fuerte es […] absolutamente especulativa, injustificada según las pruebas y los argumentos disponibles. No veo motivo alguno para aceptar la aseveración de que los cambios en las normas mundiales bastarían para acabar con la mayor parte de la terrible pobreza que tanta gente sufre". Cohen propugna abandonar la Tesis Fuerte mediante dos revisiones. Quiere que se reemplace "la mayor parte de la pobreza" por "parte de la pobreza". Si seguimos a Cohen, en lugar de decir que con modificaciones menores en la configuración del orden mundial, la cantidad de gente con desnutrición crónica y la cantidad de muertes prematuras relacionadas con la pobreza podrían reducirse al menos a la mitad, debemos decir simplemente que tales modificaciones podrían evitar la pobreza extrema de ciertas personas. La siguiente es la Tesis Convencional de Cohen: "*Parte* de la pobreza mundial podría combatirse mediante cambios en las normas mundiales que en sí mismos no implicarían perjuicios morales significativos"; el énfasis es del original).[2]

Asimismo, Cohen recomienda abandonar (como "distracción teológica", la afirmación de que los ciudadanos occidentales son *activamente* responsables dado que cualquier pobreza excesiva en los países menos desarrollados se debe a los arreglos institucionales mundiales; que estamos *dañando* a los pobres del mundo al violar un deber de justicia *negativo*.

Josh Cohen es un crítico particularmente útil, por dos motivos. Primero, porque expresa una reacción a mi trabajo que he observado que es muy común, en especial en los Estados Unidos. Esta reacción consiste en la opinión de que mis afirmaciones sobre nuestra responsabilidad por la pobreza mundial claramente son muy exageradas e insuficientemente justificadas, mezclada con algo de irritación por el hecho de que se manifiesten afirmaciones tan endebles y de que sean tomadas en

1. Me estoy valiendo de referencias intratextuales para referirme a pasajes de este mismo libro. Las demás referencias internas que empiezan con *WIHR* se refieren a la obra de POGGE, Thomas, *World Poverty and Human Rights: Cosmopolitan Responsibilities and Reform,* segunda edición revisada (Cambridge: Polity Press, 2008) y las que empiezan con *EIA* se refieren al simposio sobre *WPHR* publicado en *Ethics and International Affairs* 19(1) (2005): 1-83. Este simposio incluyó una breve introducción a mi cargo (*EIA* 1-7) comentarios críticos sobre el libro por Mathias Risse (*EIA* 9-18), Norbert Anwander (*EIA* 39-45) y Debra Satz (*EIA* 47-54), así como mi réplica a dichos comentarios (*EIA* 55-83).

2. La expresión *daño moral* es interesante. Presumo que quien es dueño de esclavos no sufre daño moral si ellos son liberados sin que él reciba compensación alguna. Si esto es verdadero, podría apoyar la Tesis Fuerte señalando las reformas de las instituciones mundiales que acarrearían no-pequeñas reducciones en los ingresos de los ricos, en la medida en que dichas reducciones no provocaran daño moral. No profundizaré aquí acerca de esta cuestión, sino que haré énfasis en la Tesis Fuerte conforme la formula Cohen.

serio en algunos círculos académicos. Segundo, Cohen no se limita a expresar dicha reacción, sino que intenta justificarla, enérgica y elaboradamente. De esa manera, me brinda la oportunidad de responder en detalle a la defensa cuidadosamente presentada de dicha reacción típica, lo que a su vez permite a nuestros lectores juzgar la cuestión con el beneficio de un debate detallado.

En aras de la claridad, adoptaré las etiquetas de Cohen para nuestras cuatro tesis, aunque noto que ninguna de ellas es inocente. La etiqueta "Tesis Fuerte" que él asigna a mi punto de vista sugiere que se trata de una opinión osada, a la que se le debería imponer una elevada carga de la prueba. La etiqueta quizás ayude a motivar la idea de Cohen de que deberíamos sentirnos obligados a aceptar y a actuar de acuerdo con esta tesis solo ante pruebas científico-sociales concluyentes en su favor. La crítica en *WPHR* relativa a la desafortunada escasez de investigación sobre el papel de los arreglos institucionales mundiales en la generación de la pobreza extrema (*WPHR* 17, 27) muestra a las claras que no basé mi posición en abundante investigación de dicho tipo. De hecho, ofrecí motivos alternativos (que revisaremos más adelante) para aceptarla.

Al llamar "Tesis Convencional" y "no muy polémica" a su opinión, Cohen deja ver que es ampliamente aceptada. Tendería a pensar que la Tesis de la Pobreza Puramente Interna (TPPD), que atribuye la persistencia de la pobreza extrema solo a causas nacionales, realmente está más ampliamente aceptada en las poblaciones ricas. Cohen está en lo cierto en cuanto a que la TPPD aparece como "incorrecta en forma bastante evidente", puesto a analizarla. Pero como se dijo reiteradamente en *WPHR*, mucha gente, al menos en mi experiencia anecdótica, *no* piensa sobre eso: la dan por cierta irreflexiva e implícitamente.[3] Esto se observa cuando se discute el tema de la pobreza mundial incluso entre ciudadanos instruidos de países ricos. ¿Por qué no hacemos más para ayudar a los pobres de otros países? La razón proferida es que tales esfuerzos están condenados a ser ineficaces en tanto los países pobres no arreglen sus corruptas e ineficientes instituciones nacionales. Este tipo de respuesta suele venir acompañada de una cita casual de la ineficacia de la asistencia extranjera como "prueba" de la afirmación. Ahora bien, esta reacción no es una adhesión expresa a la TPPD. Aunque claramente en el fondo se basa en algo del estilo. Por lo tanto, la tesis que para Cohen parece "incorrecta en forma bastante evidente", como visión explícita y reflexiva del mundo, es también ampliamente sostenida como visión implícita e irreflexiva del mundo por muchos ciudadanos de los países ricos.

Habiendo aceptado las etiquetas de Cohen con estas salvedades, procedo a continuar. En la sección 2., recapitulo los elementos más importantes de mi Tesis Fuerte y comento sobre la elevada carga de la prueba que Cohen propone imponer-

3. Véase *WPHR* 16-18, 28, 55-56, 145-147.

le. Sobre la base de estas aclaraciones preliminares, luego respondo a lo esencial de la crítica de Cohen en la sección 3.

2. La Tesis Fuerte y cómo evaluarla

Primero: El problema de la pobreza mundial. Alrededor de un cuarto de la población mundial vive en una situación de pobreza amenazante. Aparecen en estadísticas como las siguientes: 1.020 millones de personas sufren de desnutrición crónica;[4] 884 millones no tienen acceso al agua potable;[5] 2.500 millones no tienen acceso a condiciones de salubridad mejoradas;[6] 2.000 millones no tienen acceso a medicamentos básicos;[7] 924 millones carecen de una vivienda adecuada;[8] 1.600 millones no tienen electricidad;[9] 774 millones de adultos son analfabetos;[10] 218 millones de niños trabajan;[11] 1.377 millones de personas consumen por mes menos de lo que se podía comprar en los Estados Unidos por 41 dólares en el 2005;[12] y al-

4. FAO, "1.02 Billion People Hungry", comunicado de prensa del 19 de junio del 2009, en: <www.fao.org/news/story/en/item720568/icode/> (visitado el 5 de abril del 2010). La FAO indica que, por primera vez en la historia humana, se ha superado la marca de 1.000 millones de desnutridos crónicos.

5. OMS y UNICEF, *Progress on Drinking Water and Sanitation: Special Focus on Sanitation* (Nueva York y Ginebra: UNICEF y OMS, 2008) p. 30. También disponible en: <www.who.int/water_sanitation_health/monitoring/jmp2008.pdf>.

6. Ibid. p. 7.

7. Fogarty Center for Advanced Study in the Health Sciences. "Strategic Plan: Fiscal Years 2000-2003" Bethesda, MD: National Institutes of Health, n.d., <www.fic.nih.gov/about/plan7exec_summary.htm> (visitado el 5 de abril del 2010).

8. ONU-Habitat, *The Challenge of Slums: Global Report on Human Settlements 2003* (Londres: Earthscan, 2003), p. iv.

9. ONU-Habitat, "Urban Energy", n.d., <www.unhabitat.org/content.asp?cid=2884&catid=356&typeid=24&subMenuId=0> (visitado el 5 de abril del 2010).

10. Instituto de Estadísticas de la UNESCO, *International Literary Statistics: A Review of Concepts, Methodology, and Current Data* (Montreal: UNESCO UIS 2008), 9. También disponible en: <www.uis.unesco.org/template/pdf/Literacy/LiteracyReport2008.pdf>.

11. Véase OIT, *The End of Child Labour: Within Reach* (Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 2006) p.6.

12. Esta es la línea de pobreza oficial del Banco Mundial, recientemente redefinida en términos de consumo diario con un costo local del mismo poder adquisitivo al que tenían 1,25 dólares en el 2005, en los Estados Unidos. Véase CHEN, Shaohua y RAVALLION, Martin, "The Developing World is Poorer than We Tought, but no Less Successful in the Fight against Poverty", World Bank Policy Research Working Paper WOS 4703 (2008), p. 44. Disponible en: <econ.worldbank.org/docsearch>

rededor de 18 millones de muertes por año, o cerca de un tercio de todas las muertes humanas, se deben a causas relacionadas con la pobreza.[13]

Segundo: El orden mundial. Un elemento central de este orden es el sistema de estado internacional en el que se reconoce a cualquier persona o grupo que ejerce poder efectivo en un territorio nacional –con prescindencia de qué tan violentamente haya llegado al poder y de qué tan mal lo ejerza– como habilitada para actuar en representación de su pueblo: para vender sus recursos, para endeudarse y para firmar tratados en su nombre, y para importar los medios de represión interna. Otro elemento central del orden mundial actual es el régimen de comercio internacional, según lo estipulado en las normas del Tratado de la OMC y el Acuerdo sobre los ADPIC, que son requisito para la pertenencia a la OMC. También se incluyen entre los principales elementos del orden mundial actual las normas y los tratados que regulan la extracción de recursos a nivel mundial, así como el sistema bancario y financiero internacional, que facilita a las empresas evitar el pago de impuestos en los países pobres y a los funcionarios de dichos países transferir secretamente fondos obtenidos ilícitamente a cuentas bancarias privadas en el extranjero.

Cohen afirma que la distinción entre factores mundiales y nacionales "no ayuda demasiado y probablemente sea engañosa", y apoya esta afirmación preguntándose si los 10.000 códigos laborales voluntarios privados que adoptaron varias empresas son parte del orden mundial.[14] Si bien dicha distinción efectivamente es innecesaria (como veremos) en el contexto del diagnóstico moral realizado por Cohen con relación al flagelo de la pobreza mundial, reviste cierta importancia en mi elaboración de la Tesis Fuerte, que sostiene que, en la medida en que la pobreza mundial es causalmente atribuible a la configuración de factores institucionales mundiales, nosotros, los ciudadanos de los países ricos, somos activamente responsables por ella. No solo estamos haciendo poco (pasivamente) para ayudar y asistir a los pobres, sino que –a través de las políticas exteriores de nuestros gobiernos y en

---

(visitado el 5 de abril del 2010). En relación con una línea de pobreza más adecuada, del doble del valor (2,50 dólares por día al valor del dólar internacional del 2005), el Banco informa que casi la mitad de la población mundial –3.085 millones de personas– eran pobres en el 2005, con niveles de consumo que se encontraban, en promedio, un 45 % por debajo de dicha línea (ibid. p. 45).

13. Organización Mundial de la Salud, *Global Burden of Disease: 2004 Update* (Ginebra: OMS, 2008), pp. 54-59, tabla A1. También disponible en: <www.who.int/healthinfo/global_burden_disease/2004_report_update/en/index.html>.

14. Teniendo en cuenta la fuerte defensa de Cohen relativa a aplicar parámetros de investigación rigurosos en ciencias sociales, es sorprendente rastrear las fuentes que cita en su ensayo. En este caso, las pruebas de los numerosos códigos voluntarios privados provienen de una comunicación privada del vicepresidente senior de Responsabilidad Social de la empresa de indumentaria Gap (Nº 3). Se trata de información que surge de rumores provenientes de una fuente bastante dudosa: una empresa textil tristemente famosa por poseer talleres en los que se explota a los trabajadores.

particular a través de su activa configuración del diseño de los arreglos institucionales mundiales– estamos dañándolos activamente, o al menos eso es lo que sostengo. Más allá de esto, lo que realmente pretendo no es establecer una distinción precisa entre los factores causales mundiales y nacionales, o entre los factores que son parte del orden mundial y los que no lo son, sino una distinción viable entre los factores causales que son configurados e impuestos por nuestros países y gobiernos en nuestro nombre, y los que no los son. Según el punto de vista moral predominante, en igualdad de condiciones, los deberes negativos prevalecen sobre los positivos; tenemos más responsabilidad moral de mitigar los efectos del Acuerdo sobre los ADPIC con relación a la pobreza, por ejemplo, que de mitigar los efectos de la altitud de los Andes.

Entonces, ¿qué ocurre con esos 10.000 códigos laborales voluntarios privados? En mi opinión, no son parte del orden mundial. Por el contrario, son un efecto de un elemento importante de su configuración actual, a saber, del hecho de que, mientras las normas de la OMC contienen preceptos muy elaborados sobre cómo los Estados miembros deben proteger la propiedad intelectual, por ejemplo, no contienen precepto alguno sobre cómo deben proteger a los trabajadores. En cambio, las normas de la OMC protegen el maltrato a los trabajadores mediante la imposición de fuertes restricciones sobre la discriminación por parte de los Estados contra los productos hechos en el extranjero que fueron elaborados en condiciones laborales opresivas. A través de estas restricciones, las normas de la OMC presionan a la baja los estándares laborales de los países pobres que, a fin de atraer inversiones extranjeras, deben superarse entre sí ofreciendo fuerza de trabajo incluso más barata y más vulnerable a los abusos.[15]

Tercero: Deberes negativos. Cohen desestima como meras "distracciones teológicas" mis afirmaciones acerca de que estamos dañando a los pobres del mundo mediante la violación de deberes negativos. Por su parte, sugiere que si las reformas de las normas mundiales pudieran prevenir tanta muerte y sufrimiento como yo creo, nuestra reticencia a adoptar tales reformas debería ser llamada "bárbara" y "escándalo moral". No encuentro motivo para retractar mis dichos acerca de que 1) los arreglos institucionales mundiales son profundamente injustos si, con relación a una alternativa razonablemente posible, producen de manera previsible un gran exceso de pobreza y de sufrimiento y muertes relacionados con la pobreza, y 2) la imposición de dicha configuración profundamente injusta daña a quienes como consecuencia sufren los efectos de la pobreza, cuando esto podría ser evitado. Todavía más, estas afirmaciones no solo son verdaderas, sino que es altamente probable que sean eficaces. Es poco probable que una invitación a la gente a ayudar a superar

15. Véase BARRY, Christian y REDDY, Sanjay, *International Trade and Labor Standards: A proposal for Linkage* (Nueva York: Columbia University Press, 2008).

un escándalo moral, en forma de deber positivo, surta efecto. Como se sostiene en *WPHR*, los ciudadanos de los países ricos han desarrollado (intencional o inconcientemente) formas muy eficaces de organizar sus vidas para que la pobreza, que se encuentra físicamente lejana, sea también mentalmente lejana. La gran mayoría de ellos ignora los razonamientos sobre deberes positivos y no contribuye en absoluto, o lo hace en pequeña medida, a las organizaciones benéficas que luchan contra la pobreza crónica en el extranjero. El comportamiento de esta gente no se modificará mediante lamentos sobre la mera ausencia de cambios en las normas a fin de "ayudar" a los pobres del mundo, en particular cuando esos lamentos se combinan con la suavizada Tesis Convencional de Cohen, que es compatible con la visión de que, de cualquier manera, los cambios institucionales supranacionales probablemente no ayudarían a los pobres en gran medida. En cambio, enfrentar a esta gente a deberes negativos y a la Tesis Fuerte puede tener un mayor impacto en muchos de ellos. Ellos no admiten (al menos concientemente) que los representantes de sus países ricos rutinaria y deliberadamente configuran y sacan provecho de las normas mundiales para maximizar el beneficio de sus compatriotas a costa de causar pobreza mundial extrema y generalizada. Sin duda, también es posible que muchos de dichos ciudadanos encuentren una manera de racionalizar la realidad a fin de eximirse de su responsabilidad por dicha circunstancia. No hay garantía de éxito. Pero eso no es motivo suficiente para no intentarlo.

Apelar a deberes negativos presenta mayores ventajas en lo que respecta a abordar los problemas de garantía que deben superar muchas reformas. Observemos, por ejemplo, el hecho de que la mayoría de los gobiernos permiten a sus bancos aceptar grandes depósitos de funcionarios de países pobres, aun sabiendo que los fondos han sido obtenidos ilícitamente. Es apremiante poner fin a esta oportunidad de oro para los malversadores. Esto es posible solo si muchos países hacen más estricta su legislación bancaria. Y esto a su vez puede requerir la imposición de sanciones a los países que continúen permitiendo a sus bancos que acepten dichos depósitos. Pero en la medida en que dicha permisividad no sea vista como violación de un deber negativo (consistente en un daño a la gente cuyo dinero se roba), habrá poco apoyo para la aplicación de sanciones –al menos en los países anglófonos, donde la renuencia a sancionar las violaciones a deberes positivos es generalizada–. Lejos de ser una distracción teológica, mis demostraciones de que las prácticas que aplicamos son injustas y dañan a los pobres del mundo pueden ser importantes para alcanzar las reformas necesarias.

Cuarto, la erradicación de la pobreza. Cohen y yo concordamos en que existen numerosos factores que contribuyen a mantener el problema de la pobreza mundial y que la atribución de responsabilidad causal o moral entre ellos no es un juego de suma constante. Conforme a mi tesis, el orden mundial constituye uno de dichos factores y modificar este único factor sería suficiente para reducir el problema a la mitad, como mínimo. Mi interés en esta tesis es prospectivo: deseo sostener, y por ende, estimular el apoyo de los países ricos para efectuar reformas en el or-

den mundial que mitiguen el problema de la pobreza. Pero el potencial para tales reformas puede ser investigado útilmente, tal como sugiere Cohen, observando retrospectivamente el período iniciado en 1980 a partir del interrogante relativo a si el orden mundial, durante dicho período, podría haberse modelado de manera tal que, en la actualidad, los índices de pobreza mundial representaran a lo sumo, la mitad de lo que hoy representan.

Quinto, sinergias. Al reflexionar sobre esta cuestión, deberíamos considerar tanto los efectos directos como indirectos de las decisiones de diseño institucional mundial, al igual que, de manera admirable, lo hace Cohen. El alza generalizada en los precios de los medicamentos de avanzada en los países pobres es un efecto directo del Acuerdo sobre los ADPIC, del mismo modo que la circulación masiva de dinero obtenido en virtud desfalcos ilícitos de los países pobres hacia los ricos resulta un efecto directo de la total ausencia de controles sobre la transparencia de dichos flujos. La gran incidencia de los gobiernos corruptos y opresivos, especialmente en los países dotados de abundantes recursos, es un efecto indirecto de las normas de reconocimiento, aceptadas mundialmente, en virtud de las cuales aun los gobernantes más ilegítimos pueden conferir derechos de propiedad legítimos y válidos sobre los recursos naturales de "sus" países. Dichos elementos perniciosos del orden mundial actual podrían haber sido configurados de manera diferente y aún pueden ser objeto de reformas.

Además de analizar los efectos directos e indirectos, deberíamos considerar los resultantes de la combinación de diversas reformas. Dos buenas reformas podrían funcionar de manera deficiente al combinarse, o podrían lograr significativamente más contra la pobreza que la suma de lo que cada una podría lograr de manera aislada. A la luz de estas aclaraciones, podemos afirmar que, conforme a la Tesis Fuerte, existe, por lo menos, un diseño alternativo del orden mundial, o una combinación de reformas que, de haber estado vigentes durante los últimos treinta años, a través de sus efectos directos e indirectos, habrían reducido el problema de la pobreza mundial a menos de la mitad de sus dimensiones actuales. Sostengo que al menos una de tales combinaciones de reformas es posible y que una de ellas hubiera provocado, a lo sumo, reducciones leves en los ingresos de los ricos.

Sexto, elementos de prueba. El capítulo de Cohen me resulta de difícil comprensión en lo referente a este punto. Algunos fragmentos sugieren que considera evidente, fuera de toda duda, que la Tesis Fuerte es falsa. Otros pasajes insinúan que, a su entender, la Tesis Fuerte puede ser refutada si no se aportan pruebas que la respalden con el máximo grado de certeza posible. Desde luego, estas dos posturas son congruentes: ofrecen fundamentos diferentes, pero complementarios, por los cuales la tesis aludida podría ser dejada de lado. Toda vez que estoy en desacuerdo con ambos puntos de vista, en los párrafos siguientes describiré mi postura acerca de la cuestión probatoria.

Las pruebas disponibles no nos permiten llegar a un veredicto concluyente sobre la Tesis Fuerte, pero *la preponderancia de las pruebas existentes la favorece, por sobre su refutación*. Al demostrar esto, en *World Poverty and Human Rights* (*WPHR*) Pogge intentó alcanzar dos objetivos prácticos. El primero consistió en aportar elementos probatorios a la Tesis Fuerte. Si los ciudadanos y autoridades occidentales se vieran forzados a concluir que las probabilidades de ser activamente responsables de más de la mitad de los millones de muertes anuales por causas vinculadas a la pobreza son mayores a las de no serlo, estarían mejor predispuestos para estudiar el impacto que las decisiones de diseño institucional mundial causan sobre el problema de la pobreza mundial. En el estado actual de cosas, los estudiosos de las ciencias sociales que analizan el fenómeno de la pobreza en los denominados "países en vías de desarrollo" están prestando mucha más atención a los factores locales (que pueden ser presentados tanto como responsabilidad de ciudadanos del país afectado o, en cambio, como ausencia de responsabilidad) que a factores mundiales como los que he venido destacando. En mis trabajos, he señalado por qué deberíamos sospechar de estos análisis sesgados (*WPHR*, páginas 2 a 13) y no confundir la ausencia de pruebas con las pruebas de la ausencia de nuestra responsabilidad en la pobreza mundial. En la medida en que la ausencia de pruebas suficientes que respalden la Tesis Fuerte se deba a su rechazo por parte de los que pueden generarlas en mayor medida (por ejemplo, el Banco Mundial), tal escasez no puede considerarse fundamento válido para el rechazo de la tesis.

Uno de los objetivos prácticos de mi obra fue, por lo tanto, promover una investigación más seria en el ámbito de estudio de las ciencias sociales acerca del impacto que las decisiones relativas a las decisiones de diseño de instituciones mundial ejercen sobre la subsistencia masiva de la pobreza extrema. Dicha investigación sería de gran importancia práctica si fuera tenida en cuenta en la toma de decisiones. Por tanto, lo que pretendo apoyar es la formación de una corriente dominante: una evaluación basada en pruebas y llevada a cabo por sujetos relativamente imparciales del impacto de las decisiones relativas al diseño institucional mundial sobre la pobreza mundial. Esta evaluación debería efectuarse con anterioridad a la toma de tales decisiones y, obviamente, al no existir en la actualidad, debería ser revisada y refinada mediante un atento estudio *ex post* relativo a su impacto real.

Mi segundo objetivo práctico consistía en motivar fuertemente a los ciudadanos y funcionarios de los países ricos a prestar su respaldo político a las reformas institucionales mundiales, para de ese modo compensar su cuota de responsabilidad por la sustancial contribución de los acuerdos institucionales mundiales en favor de la persistencia de la pobreza mundial. Al igual que el primer objetivo práctico, este solo exige demostrar que la preponderancia de pruebas favorece la Tesis Fuer-

te.[16] Esto se debe a que, en el mundo actual, la respuesta adecuada a la situación epistemológicamente imperfecta no consiste en abstenerse de evaluar a la Tesis Fuerte hasta que se reúnan pruebas suficientes que la respalden. Por el contrario, si se puede demostrar que prevalecen las pruebas en favor de la tesis, la respuesta adecuada por parte de los ciudadanos concienzudos de los países ricos sería actuar como si fuera verdadera, dado que las consecuencias de subestimar el daño que provocamos a los pobres del mundo serían mucho mayores para ellos de lo que las consecuencias de sobreestimarlas significarían para nosotros.[17] En determinados contextos científicos, puede ser apropiado rechazar las hipótesis que únicamente se sustentan sobre una preponderancia de pruebas a su favor. En contextos prácticos como el que estamos analizando, dicho rechazo podría resultar gravemente inmoral. Sería gravemente inmoral, por ejemplo, que una fundición de plomo continuara funcionando si existiera una mera preponderancia de pruebas de que sus emisiones causan un serio retraso mental a los niños de una población cercana.[18] Al sugerir que deberíamos abstenernos de juzgar (e incluso que deberíamos negar) la Tesis Fuerte ante la ausencia de pruebas empíricas más concluyentes, Cohen ignora y menosprecia la orientación fundamentalmente práctica de mi obra.

3. La preponderancia de pruebas ¿favorece la Tesis Fuerte?

En los seis apartados preliminares desarrollados en el punto 2 se ha clarificado el significado de la Tesis Fuerte, así como la cuestión del daño a los pobres, y se indicó cómo debería ser evaluado. Ahora continuaremos analizando si la preponderancia de las pruebas la favorecen.

Al adoptar el papel de defensor de la Tesis Fuerte, he dedicado mucho trabajo a diseñar las reformas del orden mundial actual y, cuando ello fue posible, he brindado números aproximados de las ganancias que los pobres del mundo podrían obtener a partir de ciertas reformas específicas. Es sorprendente que Cohen, quien niega la Tesis Fuerte tan enérgicamente y afirma que no he logrado reunir pruebas suficientes

16. Por el contrario, la Tesis Convencional es compatible con la idea de que el orden mundial tiene escasa responsabilidad por la pobreza extrema y generalizada, y de que las reformas a este orden harían poca diferencia en cuanto a su incidencia. Por lo tanto, es inadecuada para este segundo objetivo.

17. Véase el artículo de BARRY, Christian, "Applying the Contribution Principle", en BARRY, Christian y POGGE, Thomas (editores), *Global Institutions and Responsibilities: Achieving Global Justice* (Malden, MA: Blackwell, 2006) pp. 291-293.

18. Este punto es retomado en el acápite "Los reclamos fundados en los deberes negativos, ¿tienen un elevado estándar probatorio?"

para respaldarla, ignore o, como mucho, les preste poca atención a algunas de las reformas más destacadas que propuse, así como a las pruebas que tanto yo como otros hemos ofrecido en lo relativo a su impacto probable. En el apartado siguiente volveré a exponer algunas de esas pruebas.

Debemos admitir que los efectos de algunas otras propuestas de reforma son más difíciles de predecir debido a la falta de investigación –como cuando estas propuestas son nuevas o no llegan a ser tomadas en serio por las instituciones o sujetos más influyentes que podrían iniciar un estudio serio–. Sin embargo, contrariamente a lo que Cohen parecería suponer, las pruebas del impacto de las propuestas específicas de reforma pueden ser complementadas por otras consideraciones en respaldo de la Tesis Fuerte. Entonces, además de reiterar las pruebas que respaldan las propuestas que realicé hasta ahora, ofreceré otras relativas al relativamente minúsculo ajuste distributivo que sería necesario realizar para reducir la pobreza mundial a la mitad, al vasto poder que los líderes de los países ricos ejercen sobre el orden mundial, ya la forma efectiva y obstinada en que lo hacen, a fin de promover los intereses de los poderosos grupos de presión nacionales e internacionales a costa de los pobres del mundo.

En lo concerniente al impacto de las reformas específicas, podemos comenzar con las barreras al comercio actuales, acerca de las cuales hemos reunido algunos elementos de prueba. En ambas ediciones de *WPHR*, cité uno de los rigurosos estudios de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD, por sus siglas en inglés) que, en su introducción, afirma:

"Hay pruebas sólidas de que en los mercados de muchos productos que están protegidos en el Norte los productores de los países en desarrollo tienen ya una ventaja competitiva o podrían conquistarla. En la edición de este año del Informe se destaca que existen grandes posibilidades para todos de ganar ingresos de exportación. Se calcula que se podrían obtener en un tiempo relativamente breve 700.000 millones de dólares más de ingresos anuales de exportación en una serie de industrias de baja tecnología basadas en la explotación de recursos naturales. Las exportaciones agrícolas podrían incrementar considerablemente esa cifra. Mirándolo bien, el aumento de las ganancias anuales de divisas podría equivaler a cuatro veces por lo menos las entradas anuales de capital extranjero privado en la década de 1990. Además, al contrario de una gran parte de estas últimas corrientes, esas ganancias se destinarían a actividades productivas, lo que tendría efectos beneficiosos en el empleo".[19]

19. UNCTAD, *Trade and Development Report: Fragile Recovery and Risks* (New York: UN Publications 1999), IX. También disponible en: <www.unctad.org/en/docs/tdr1999_en.pdf>. (La versión en español de la sección "Panorama general" se encuentra disponible en: <http://www.unctad.org/sp/docs/tdr1999overview_sp.pdf>.)

Al criticarme por no cumplir con los estándares más elevados de la prueba científica social, Cohen está ignorando el informe de la UNCTAD –voluminoso como un libro– que cito, así como a la cifra de 700.000 millones de dólares por año (que ni siquiera incluye la pérdida de exportaciones agrícolas). Allí señala lo siguiente:

> Una completa eliminación de todas las barreras al comercio de productos agrícolas y manufacturados produciría una ganancia de 22.000 millones de dólares para los países en vías de desarrollo [se omite la nota al pie]. Probablemente, la disminución en los niveles de pobreza extrema que resultaría sería insignificante, dado que la mayor parte de los beneficios directos no serían aprovechados por los más pobres, ni siquiera por los países más pobres, sino, por ejemplo, por los exportadores de algodón de Brasil o los exportadores de carne de la Argentina.

Teniendo en cuenta mi estimación divergente y el impacto significativo que esta divergencia tiene sobre la credibilidad de la Tesis Fuerte, podría esperarse que Cohen dijera algo más acerca de las razones por las que toma como concluyente la cifra de 22.000 millones de dólares que surge de una presentación en PowerPoint no publicada y que no cuenta con respaldo documental alguno.[20]

Cohen acierta al insistir en que lo importante no son los ingresos adicionales por exportaciones que los países pobres podrían obtener, sino las ganancias netas que beneficiarían a sus poblaciones y, especialmente, a los pobres. Esta cuestión también ha sido objeto de diversos estudios rigurosos que Cohen ignora. De Córdoba y Vanzetti, a quienes cité, calculan aumentos en materia de bienestar social de 135.300 millones de dólares por año en los países menos desarrollados.[21] También cité a Cline, que estima 86.510 millones de dólares[22] y, si se incluye el efecto dinámico sobre el aumento de la productividad, 203.000 millones de dólares[23] asociados con la reducción de la pobreza en un número aproximado a las 500 millones de

20. Véase la nota 15 del ensayo de Cohen y <www2.lse.ac.uk/publicEvents/sampletext/ppt/20051118-Rodrik.ppt> (visitado el 5 de abril del 2010), que parece ser la presentación (por Dani Rodrik) que Cohen tiene en mente. Luego de haber fundado su posición en *The Gap* (véase la nota 14 *supra*), este es otro ejemplo de la práctica increíblemente habitual de utilizar solo las fuentes que dan argumentos en favor de lo que uno desea creer.

21. FERNÁNDEZ DE CÓRDOBA, Santiago y VANZETTI, David, "Now what? Searching for a solution to the WTO Industrial Tariff Negotiations", en LAIRD, Sam y FERNÁNDEZ DE CÓRDOBA, Santiago (editores), *Coping with Trade Reforms: A Developing Country Perspective on the WTO Industrial Tariff Negotiations* (Brasingstoke: Palgrave Macmillan, 2006) p. 28, tabla 12.

22. CLINE, William R., *Trade Policy and Global Poverty* (Washington, DC: Center for Global Development 2004), p. 180, tabla 4.1.

23. Ibid. p. 255, expresado en dólares de 1997.

personas.[24] Asimismo, hice referencia al Banco Mundial, que anteriormente había calculado una reducción de la pobreza de 320.000 millones de personas.[25] Todos estos números son extremadamente incoherentes con la afirmación de Cohen relativa a que las barreras proteccionistas solo cuestan a los países pobres alrededor de 22.000 millones de dólares en ingresos por exportaciones. En este caso, al menos, el hecho de que Cohen no encuentre pruebas que permitan respaldar la Tesis Fuerte no se debe a su inexistencia, sino a que no analiza las pruebas disponibles.[26]

Si bien en el ensayo de Cohen se analiza la eliminación de las barreras proteccionistas al comercio, este ni siquiera menciona otras propuestas de reforma, sobre las que tanto yo como otros autores nos hemos explayado en otros trabajos, y que provocarían un impacto significativo sobre la pobreza mundial.

Una de ellas es la reforma de las normas internacionales que regulan la extracción de recursos naturales. Llama la atención respecto de las normas vigentes que éstas omiten incluir cualquier tipo de mecanismo –tal como el Dividendo de Recursos Globales (DRG)– que posibilitaría financiar de manera sustentable bienes públicos mundiales relevantes para la realización de los derechos humanos: incluidos los vinculados a la salud pública, educación, protección del medioambiente, gestión de desastres, control de armas, mantenimiento de la paz, protección de refugiados, lucha contra la trata, el comercio de armas pequeñas y la circulación ilegal de fondos.[27] Esta omisión dentro de un esquema institucional mundial cuidadosamente diseñado por los Estados ricos con la anuencia de las elites de los Estados pobres no es accidental. Sin dudas, los países ricos, tales como los Estados Unidos, han intervenido activamente con el fin de introducir modificaciones en los tratados internacionales y procedimientos para las adjudicaciones relativas a la extracción

24. Ibid. p. 252, tabla 5.3, conforme a las pequeñas modificaciones introducidas en la "Corrección técnica a la primera edición".

25. Banco Mundial: *Global Economic Prospects 2002* (Washington, DC: Banco Mundial, 2002), pp. 168-178. La cantidad de pobres a la que se hace referencia incluye a los que subsistían con 2,15 dólares por persona por día, conforme a las paridades de poder adquisitivo de 1993. El Banco calculó dicha cantidad en 2.700 millones durante el período analizado. Según estos cálculos, entonces, la eliminación de las barreras al comercio hubiera reducido la incidencia de la pobreza entre un 11 y un 19% aproximadamente –cantidad bastante sustancial con relación a la reducción del 50% que se analiza en este trabajo–. Véase la obra de mi autoría *Politics as Usual: What Lies behind the Pro-Poor Rhetoric* (Cambridge: Polity Press, 2010), p. 20.

26. En el artículo "White Man's Shame" (*The Economist*, 25 de septiembre de 1999:89) tal como se expresa en el capítulo 20 de *WPHR* (capítulo 17 en la edición del 2002), se hace referencia al ampliamente difundido y frecuentemente citado informe de la UNCTAD.

27. El Dividendo sobre los Recursos Globales, descripto en el capítulo 8 de *WPHR*, constituye, probablemente, mi propuesta más conocida y más discutida en relación con la reforma institucional mundial. En el ensayo de Cohen, se omite cualquier tipo de referencia a este.

de recursos naturales, cuyo efecto fue exactamente el opuesto al que hubiera tenido el DRG, al posibilitar que un grupo minoritario de la población mundial –ciudadanos de los países ricos y las elites de los menos desarrollados– se apropiara de las riquezas naturales del mundo en términos mutuamente convenientes pero privando de sus beneficios a la mayor parte de la humanidad.[28] En cambio, si hubiera un DRG diseñado sustentablemente para desviar aproximadamente 300.000 millones de dólares por año del valor económico de la extracción de recursos naturales y de contaminación, entonces, la pobreza extrema (así como el agotamiento de recursos y el daño ambiental) podría ser fuertemente reducida con facilidad.

Otra propuesta de reforma que Cohen virtualmente omite en su ensayo se vincula con el régimen internacional de las patentes de medicamentos. Junto con expertos de una amplia gama de disciplinas, propuse la creación del Fondo para el Impacto sobre la Salud (HIF) como complemento necesario.[29] El HIF no solo se propone lograr que los nuevos medicamentos sean más accesibles, tanto con relación al precio como a la disponibilidad, para los pacientes más pobres, sino también brindar incentivos a las compañías farmacéuticas para que investiguen más acerca de las diversas enfermedades que afectan a los pobres de manera desproporcionada. Reuniendo fondos que representen solo el 2% de lo que recaudaría el DRG, el HIF podría provocar una reducción drástica de los niveles de mortalidad y morbilidad de la población mundial más pobre, al estimular el desarrollo y la promoción activa de los nuevos medicamentos contra las enfermedades que afectan y matan a millones de pobres por año, hasta ahora dejadas de lado.

Ciertamente, las cifras en dólares mencionadas anteriormente pueden parecer considerables, pero ¿son lo suficientemente elevadas en relación con la controvertida reducción del 50% de la pobreza mundial? Para lograr una mejor aproximación al tema, deberíamos considerar cómo sería el mundo si el problema de la pobreza global hubiera evolucionado de modo más favorable a partir de 1980, reduciéndose a menos de la mitad de su magnitud actual. En un sentido, resulta obvio: podemos simplemente dividir por dos todos los datos estadísticos relativos a la pobreza que brindamos en el apartado 2. Pero, ¿qué significaría esto en términos económicos? ¿A cuánto asciende el déficit total en los ingresos de los pobres respecto del nivel económico necesario para mantener "un nivel de vida adecuado que le[s] asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, [y] la asistencia médica" (Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 25)?

28. En relación con la minería submarina y la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982, se puede observar un ejemplo en las páginas 131 y 132 de *WPHR*.

29. Para acceder a un desarrollo más extenso y material adicional vinculado a la propuesta, se puede visitar el sitio electrónico del proyecto: <www.healthimpactfund.org>.

La sorpresa es que el déficit es mínimo –pese a la catástrofe inimaginable de mil millones de personas con desnutrición crónica–. El Banco Mundial, cuyos datos relativos al problema de la pobreza invoca Cohen, informa que, en el 2005, 1.377 millones de personas vivían por debajo de la línea internacional de pobreza (LIP) de 1,25 dólares por persona por día –actualmente favorecida–, fijada conforme al nivel de las paridades de poder adquisitivo (PPA) del 2005, y un 30 % por debajo de dicha LIP, en promedio. Su déficit total ascendía a 0,33% del PBI mundial en condiciones de PPA,[30] que, conforme a los tipos de cambio, era equivalente a aproximadamente el 0,17% de los ingresos mundiales (todos los PBI sumados) o 76.000 millones de dólares, o 0,28% de los ingresos domésticos mundiales.[31] Por lo tanto, la negación de la Tesis Fuerte representa lo siguiente: las decisiones vinculadas con el diseño de las instituciones mundiales desde 1980 hasta el 2005 no podrían haberse tomado *de ninguna forma* que, sin una reducción sustancial en los ingresos de los ricos, causara menos pobreza y permitiera lograr, a lo largo de todo este período de 25 años, un 0,14% (1/700) de diferencia acumulativa tendiente a la redistribución global de los ingresos domésticos en favor de los pobres (alcanzando, en su favor, un déficit total de la LIP del Banco de 38.000 millones de dólares, en lugar de 76.000 millones de dólares).[32] ¿Resulta creíble afirmar que, a través de mecanismos institucionales (tales como el HIF), cuidadosamente diseñados para aliviar la pobreza y con un financiamiento de 300.000 millones de dólares por año, combinados con la finalidad de proteccionismo de los países ricos (que generan, como vimos, ganancias de entre 86.510 y 203.000 millones de dólares para la población de los países menos desarrollados) y con efectos multiplicadores que operan sobre un período tan extenso, no se pudiera lograr una diferencia de 38.000 millones de dólares en

30. Cifras basadas en el artículo de CHEN y RAVALLION, "The Developing Word is Poorer", pp. 27 y 42-46. La tabla es una reproducción de la que se encuentra en mi obra *Politics as Usual*, p. 70, donde es explicada más extensamente.

31. Asimismo, este déficit de 76.000 millones de dólares que el mundo entero debe superar es menor a un décimo del presupuesto militar de los Estados Unidos solamente, y también menor a la décima parte de los 787.000 millones de dólares destinados solamente por los Estados Unidos al impulso económico durante la crisis del 2009.

32. Cohen se basa en estas estadísticas del Banco Mundial al referirse a los alcances y la evolución de la pobreza en Asia del Este, China, India, Nigeria y Pakistán, Tengo mis serias dudas sobre el método utilizado para arribar a estas cifras (véase *Politics as Usual*, capítulos 3 y 4). Por una parte, considero que la línea de pobreza del Banco Mundial es demasiado baja. Cabe señalar que, aun si eleváramos la línea internacional de pobreza provista por el Banco Mundial de entre 1,25 dólares y 2 dólares por persona, por día, conforme al PPA del 2005, la brecha de la pobreza aún ascendería a solo 296.000 millones de dólares o el 0,66 % de los ingresos mundiales según los tipos de cambio. Para el 2005, el Banco informa 2.560 millones de personas viviendo –en un promedio del 40%– bajo esta línea de pobreza más elevada (CHEN y RAVALLION, "The Developing World is Poorer", pp. 27 y 42-46).

favor de los ingresos anuales de los cinco países cuya situación económica es menos favorecida?.[33]

Aunque limitáramos el debate solamente a estas dos reformas –el DRG y la supresión de las barreras proteccionistas– debo reconocer que no es mi tesis "fuerte" la que suena atrevida, sino su refutación.

Tabla 1.1: Brecha total de la pobreza mundial en relación con tres líneas internacionales de pobreza diferentes

LIP en el 2005 Dólares internacionales por persona, por día	Pobres en el 2005		Caída total a partir de la LIP			
			Porcentaje de los ingresos brutos mundiales del 2005		Porcentaje de los ingresos domésticos mundiales del 2005	Medido en miles de millones de dólares por año
	Cifra en millones	Caída promedio a partir de la LIP	Conforme PPA del 2005	Conforme a los tipos de cambio actuales (2005)		
USD 1,25	1.377	30%	0,33%	0,17%	0,28%	USD 76
USD 2,00	2.562	40%	1,28%	0,66%	1,1%	USD 296
USD 2,50	3.085	45%	2,2%	1,13%	1,9%	USD 507

Al observar la evolución de la distribución de los ingresos domésticos en un período determinado la refutación se vuelve aún más osada. A continuación mostramos la evolución de la participación relativa, tomando los ingresos domésticos per cápita para dividir la población del mundo en 20 grupos iguales ("ventiles").[34]

33. Tal como ya se expresó en este trabajo, el impacto que, sobre las tasas de pobreza, hubiera producido el gasto del DRG y el levantamiento de las barreras proteccionistas habría sido magnificado por los efectos multiplicadores. Al poseer y gastar más ingresos, los pobres aumentan los ingresos de otros pobres y, al gastar más en alimentos, salud y educación, los pobres y sus hijos se vuelven más productivos y se convierten en fuerza de trabajo que posiblemente será mejor remunerada en el futuro. Si se hubieran reforzado los efectos multiplicadores de un flujo regular de 300.000 millones de dólares anuales destinados a la erradicación de la pobreza, con el transcurso de los años, se podría haber reducido fácilmente a la mitad el déficit de los pobres medidos conforme a la línea de 2,50 dólares diarios, que, en el 2005, se mantuvo en 507.000 millones de dólares.

34. Datos gentilmente proporcionados por el Branko Milanovic del Banco Mundial. Los cuatro

Tabla 1.2. Distribución de los ingresos domésticos mundiales y su evolución en el período de globalización

Ventil[1*]	1988	1993	1998	2002	% de cambio
Ventil inferior	0,139%	0,091%	0,076%	0,109%	-21,4%
Segundo Ventil	0,198%	0,136%	0,142%	0,150%	-24,4%
Tercer Ventil	0,239%	0,167%	0,180%	0,187%	-21,8%
Cuarto Ventil	0,275%	0,196%	0,215%	0,222%	-19,2%
Quinto Ventil	0,304%	0,230%	0,253%	0,254%	-16,3%
Sexto Ventil	0,364%	0,266%	0,301%	0,297%	-18,4%
Séptimo Ventil	0,389%	0,304%	0,349%	0,342%	-12,0%
Octavo Ventil	0,462%	0,360%	0,424%	0,398%	-13,8%
Noveno Ventil	0,523%	0,432%	0,506%	0,467%	-10,7%
Décimo Ventil	0,632%	0,508%	0,584%	0,552%	-12,6%
Decimoprimer Ventil	0,736%	0,604%	0,701%	0,663%	-9,9%
Decimosegundo Ventil	0,953%	0,773%	0,888%	0,810%	-14,9%
Decimotercer Ventil	1,210%	0,995%	1,112%	0,994%	-17,9%
Decimocuarto Ventil	1,692%	1,285%	1,467%	1,306%	-22,8%
Decimoquinto Ventil	2,383%	1,845%	1,982%	1,666%	-30,1%
Decimosexto Ventil	3,673%	3,076%	3,227%	2,481%	-32,4%
Decimoséptimo Ventil	7,317%	6,566%	6,504%	5,344%	-27,0%
Decimoctavo Ventil	13,884%	13,696%	13,223%	12,678%	-8,4%
Decimonoveno Ventil	21,797%	22,610%	22,335%	22,280%	+2,2%
Ventil superior	42,872%	45,860%	45,532%	48,799%	+13,8%

Los datos demuestran que se ha producido un incremento sustancial en la desigualdad, con un aumento en los ocho primeros percentiles y un retroceso en todo el resto de la población mundial. La fracción del 40% de la población que concentra los peores niveles de ingreso de la humanidad representa menos del 2% de los ingresos domésticos globales y la mitad de dicha población, menos del 3%. En el otro extremo de la distribución, el 6% de los ingresos domésticos mundiales

años enunciados son los únicos acerca de los cuales existe información completa actualmente.

[*] N de los T: en estadística descriptiva, un "ventil" es una medida de posición que divide la distribución en veinte partes iguales. En este caso, el autor denomina "ventil" a cada uno de los veinte grupos iguales en que se divide a la población del mundo.

que recientemente concentró la población de mayores ingresos en solo 14 años es *42 veces* el 0,14% de los ingresos domésticos mundiales que se habrían necesitado para reducir a la mitad el déficit total de la población que vive en la extrema pobreza (es decir, por debajo de la LIP de 1,25 dólares). Este déficit también se habría reducido en más de la mitad si los pobres mundiales simplemente hubieran mantenido su fracción relativa, es decir, si solo hubieran participado proporcionadamente en el crecimiento económico mundial. Así las cosas, su posición relativa se redujo en un sorprendente 20% en solo 14 años.

Si bien la desigualdad mundial en términos económicos ha aumentado inexorablemente durante los últimos dos siglos, en los últimos veinte años, aproximadamente, hubo un vuelco importante: con el rápido crecimiento en China y en la India, lo que determina la tendencia no es la creciente desigualdad internacional (entre los ingresos brutos nacionales –IBN– per cápita de los países) sino el rápido aumento de la desigualdad económica dentro de cada país. La base de datos del World Institute for Development Economics Research (WIDER) registra 5.313 encuestas para 159 países y zonas. La información disponible con relación a 111 de estas jurisdicciones es irregular o no muestra una clara tendencia. En Brasil, Francia, Mauritania y Sierra Leona la desigualdad de ingresos parece ser claramente menor en esta década que en la de 1980 –en las 40 jurisdicciones restantes, claramente mayor–.[35] Los Estados Unidos son un ejemplo: en el período comprendido entre 1980 y el 2007, los ingresos correspondientes a la mitad de la población con menores ingresos se redujeron del 17,68% al 12,26%.[36] En casi el mismo período (1978-2007) la fracción de quienes se encontraban dentro del 1 % con mayores ingresos aumentó del 8,95% al 23,50% (2,6 veces); la fracción del décimo por ciento con mayores ingresos, pasó del 2,65% al 12,28% (4,6 veces) y la fracción del centésimo por ciento con mayores ingresos, del 0,86% al 6,04% (7 veces).[37] Los centésimos por cientos más elevados

35. Véase UNU-WIDER (Instituto Mundial para la Investigación del Desarrollo Económico de la Universidad de las Naciones Unidas) *World Income Inequality Database*, versión 2.0c, mayo del 2008. <www.wider.unu.edu/research/Database/en_GB/database> (visitado el 5 de abril del 2010).

36. *The Tax Foundation*, "Fiscal Facts", 30 de julio del 2009, tabla 5, <www.taxfoundation.org/publications/show/250.html> (visitado el 5 de abril del 2010).

37.SAEZ, Emmanuel y PIKETTY, Thomas, "Income Inequality in the United States, 1913-1998", *Quarterly Journal of Economics* 118 (2003): 1-39 según la actualización que surge de "Tables and Figures Updated to 2007 in Excel Format", de agosto del 2009. Disponible en: <elsa.berkeley.edu/saez/> (visitado el 5 de abril del 2010), tabla A3. Ibíd., la tabla 1 analiza el crecimiento del 16 % de ingresos domésticos promedio per cápita durante la última expansión económica de los Estados Unidos (2002-2007), y demuestra que el 1% de la población con mayores ingresos experimentó un crecimiento real del 61,8%, en tanto que el 99% restante tuvo un crecimiento de 6,8%. La franja del 1% de la población con mayores ingresos captó el 65% del crecimiento real de la economía per cápita. En el anterior período de expansión, durante el gobierno de Clinton (1993-2000), el

–aproximadamente, 14.000 declaraciones de impuestos– ahora tienen casi la mitad de los ingresos de los que se ubican de la mitad para abajo (150 millones) de la población de los Estados Unidos y alrededor de dos tercios de los ingresos de los que se encuentran en la mitad inferior (3.400 millones) de la población mundial. De forma similar, se produjo un drástico aumento en la desigualdad en China, donde los diez peor ubicados perdieron aproximadamente la mitad de su fracción relativa en un período de 14 años.[38] Si bien los IBN per cápita aumentaron en un asombroso 236%, quienes se encuentran en las últimas diez posiciones solo obtuvieron un 75% durante este período.

¿Cómo es que las elites más ricas obtuvieron incrementos tan impresionantes en sus fracciones de ingresos? ¿Cómo, por ejemplo, el 0,01% de los contribuyentes estadounidenses que se encuentra en las posiciones más elevadas logró aumentar su fracción de ingresos domésticos mundiales del 0,25% al 1,93% en el mismísimo período que analiza Cohen? Este enorme incremento, ¿se debe a un exponencial y súbito aumento en los niveles del trabajo intenso que realiza esta elite? ¿O este dramático ascenso de los genios financieros de los Estados Unidos, de los funcionarios de empresas y de los rentistas tal vez se vincula con la globalización –específicamente con el hecho de que el mundo está ahora dominado por un sistema mundial de normas cada vez más denso e influyente que ellos, en virtud de su posición más acomodada–, pueden moldear de acuerdo con su conveniencia y utilizar en su provecho?

En lo personal, suscribo la última hipótesis, más acorde con lo que indica el sentido común. En la medida en que dichas reglas y estructuras mundiales adquieren una influencia cada vez más profunda sobre la distribución de la totalidad del producto mundial, su diseño ha comenzado a ser duramente cuestionado. Pero solo unos pocos agentes tienen el poder y la influencia necesarios para ser partícipes de este cuestionamiento; a saber, las empresas y personas cuya posición les permite hacer presión en los gobiernos más poderosos, creadores de dichas reglas con escaso

---

percentil de mayores ingresos había captado el 45% del crecimiento real per cápita de la economía de los Estados Unidos.

38.Descendiendo de una participación en los ingresos del 3,08% en 1990 al 1,60% en el 2004. El Banco Mundial recientemente retiró los datos relativos a la desigualdad doméstica de China durante el período comprendido entre 1990 y el 2004, y ahora solo brinda datos del 2005, que muestran una desigualdad mucho menor (con el decil más bajo en un 2,4%). Aparentemente, esto fue causado por ciertas revisiones metodológicas, incluida una inflación de un 37% en todos los ingresos rurales. Si el Banco fuera a introducir dichas revisiones en otros países, pronto podrá informar una desigualdad intranacional mucho menor. No se debería admitir esta posibilidad. Es absurdo considerar a dos personas iguales en términos económicos cuando una de ellas no le alcanza para vivir en la ciudad (y, quizá, debe recorrer una larga distancia para llegar a su lugar de trabajo) mientras que la otra, con un ingreso un 37% superior, sí puede hacerlo.

control democrático. Al poseer la capacidad de utilizar al gobierno de los Estados Unidos para influir sobre el diseño de los arreglos institucionales mundiales, la elite empresaria y bancaria estadounidense logró obtener cada vez más rédito de las actividades económicas nacionales y extranjeras, incluso en los países más pobres: de las inversiones privadas, tanto lícitas como ilícitas; de la mano de obra barata y de los recursos naturales de los países pobres; de la venta de nuevas semillas y medicamentos cuyos valores exorbitantes ahora pueden ser protegidos en cualquier lugar del mundo por las patentes; de los márgenes de ganancia obtenidos sobre productos vinculados con el entretenimiento o con programas informáticos a través de monopolios protegidos; y de los subsidios estatales y otros favores logrados a través de presiones o amenazas de trasladar los capitales a otros países.

¿Cómo pretende Cohen explicar las fabulosas ganancias de los acaudalados estadounidenses y la concomitante caída en la ya minúscula porción de ganancias de los pobres a nivel mundial? ¿Esto no tuvo nada que ver con el nuevo poder de los Estados ricos para imponer márgenes de ganancia exorbitantes, incluso en los países menos desarrollados, sobre los medicamentos de avanzada y las semillas, ni con la pérdida de 10.000 millones de dólares que estos países sufren por causa de la corrupción y la evasión impositiva?[39] ¿Lo que quiere decir Cohen es que las sobrevaluadas recompensas de los acaudalados eran necesarias para atraer sus esfuerzos (que los beneficiaron enormemente a ellos y nos perjudicaron al resto con la cuenta de la Crisis Financiera Mundial)? Al aseverar que "no existen razones para aceptar" la Tesis Fuerte, Cohen se empeña en demostrar lo siguiente: la inmensa y rápidamente creciente desigualdad entre los ricos y los pobres, sumada a la enorme influencia que ejercen los países ricos sobre un orden mundial cada vez más denso y extenso, sumada a su demostrado éxito en utilizar este poder para beneficiar a sus empresas no son suficientes para creer que pudo haber existido alguna forma de diseñar el orden mundial de manera diferente, de forma que los que están más arriba ganaran un poco menos y que los ingresos domésticos mundiales del quinto que está más abajo (que en realidad se redujeron en un 0,18% justamente entre 1988 y el 2002) se redujera un 0,14% menos en el período que comenzó en 1980.

Sin duda, esto sería una afirmación sorprendente, especialmente si se la combinara con las pruebas que se mencionaron anteriormente acerca del impacto de las

39. Véase KAR, Dev y CARTWRIGHT SMITH, Devon, *Illicit Financial Flows from Developing Countries* 2002-2006 (Washington, DC: Global Financial Integrity, 2008), p. iv. Estos egresos son aproximadamente 10 veces mayores que todos los fondos destinados a la asistencia oficial para el desarrollo (80 veces mayores que la asistencia para los servicios sociales básicos), muchos de los cuales vuelven ilícitamente a ciertas cuentas bancarias secretas de los países del norte. Dichos egresos, asimismo, hacen que parezca menor la brecha de pobreza mundial, la cual, incluso con relación a la línea de pobreza más alta del Banco Mundial –2,50 dólares por persona, por día (al dólar internacional del 2005)– representaba en el 2005 solo 507.000 millones de dólares.

reformas más específicas. Incluso seguiría siendo sorprendente si se lo enfrentara con la celebración de Cohen de los supuestos grandes éxitos contra la pobreza en China y la India: "Durante dicho período [a partir de 1980], en vigencia las normas mundiales actuales, la pobreza extrema en China y en la India se redujo en cientos de millones. ¿En virtud de qué normas y políticas alternativas podría haberse reducido más?". Durante mucho tiempo sostuve que las cifras del Banco Mundial que Cohen menciona no ofrecen un retrato preciso de la evolución de la pobreza del mundo. El principal motivo es que el Banco se centra únicamente en el dinero y se basa en los índices de precios al consumidor y en las paridades de poder adquisitivo, lo cual, al ponderar el precio de los productos básicos en proporción a su participación en los gastos de consumo nacional e internacional, hace que se marginen los precios de las necesidades básicas más urgentes para los pobres.[40]

Pero dejemos esta crítica de lado y tomemos las cifras del Banco a su valor nominal. Se observa que efectivamente el Banco informa una enorme reducción en la pobreza de China: de 835,1 millones en 1981 a 207,7 millones en el 2005. Empero, en la India, en el mismo período, se informa un incremento: de 420,5 a 455,8 millones, al igual que en el resto de el mundo: de 640,6 a 713,2 millones. Aun si no fuese posible una mayor reducción de la pobreza extrema de China,[41] no sería del todo inconcebible pensar, si Cohen me lo permite, que la reforma institucional mundial podría haber provocado una reducción en la pobreza extrema en algún otro lugar, de manera tal que el número de quienes viven en la extrema pobreza aparte de China, –en lugar de incrementar en un 10%, de 1.061,1 a 1.169 millones– habría disminuido en un 55% en el período relevante de 24 años, alcanzando los 480 millones. Si esto hubiese sucedido, el número total de personas en situación de extrema pobreza en el 2005 habría sido menos de la mitad de lo que fue.[42]

40. Por ejemplo, cuando los precios de los alimentos básicos se duplican, el índice de precios al consumidor puede registrar solo una pequeña suba –porque la canasta básica de alimentos representa solo una pequeña porción de los gastos domésticos de una persona y porque el precio de otros productos básicos, tales como los aparatos electrónicos, puede estar en baja–. De manera similar, cuando el Banco atribuye a las monedas de los países pobres un poder adquisitivo mucho mayor del que sugiere su tipo de cambio, no hace más que sobreestimar el poder adquisitivo de tales monedas con relación a los alimentos. Es precisamente el muy bajo precio de los servicios lo que, especialmente, eleva el poder adquisitivo estimado de las monedas de los países pobres. Es innegable que los alimentos son mucho más económicos en los países pobres, pero no tanto como parecerían indicar las PPA. De hecho, la medición de la pobreza que surge de las PPA en las que el Banco se basa son, en promedio, un 50 % más elevadas que las PPA correspondientes a "alimentos y bebidas no alcohólicas" (véase *Politics as Usual,* Nº 127).

41. Desde luego, cuestiono esta aseveración. El DRG definitivamente habría acelerado la reducción de la pobreza en China.

42. Todos los datos fueron extraídos del artículo de CHEN y RAVALLION, "The Developing

Desde ya, la línea de pobreza del Banco Mundial de 1,25 dólares por persona, por día es absurdamente exigua. ¡Imagínese tener que cubrir todas sus necesidades de alimentos, vestimenta, vivienda, asistencia médica, agua y otros servicios básicos durante un año entero con lo que hoy se puede adquirir en los Estados Unidos por 500 dólares![43] Asimismo, el Banco informa cifras para una línea de pobreza más adecuada de 2,50 dólares por persona, por día. Estas cifras indican una tendencia mucho peor: el número de pobres en la India aumentó entre 1981 y el 2005 de 650,3 a 938 millones –alrededor de un 85% de la población de la India–. En síntesis, el número de pobres fuera de China aumentó 40%, de 1.744,1 a 2.439,1 millones. Si durante este período de 24 años dicho número se hubiese reducido a la mitad, la cantidad de pobres en todo el mundo estaría ahora por debajo de la mitad de lo que actualmente representa, incluso si aceptáramos que la reducción de 987,5 a 645,6 millones de pobres en China no podría haberse mejorado todavía más a través de ninguna combinación de reformas institucionales mundiales.[44]

Sin embargo, no existe razón alguna para seguir la suposición de Cohen en este sentido. Aun si las reformas nacionales hubieran producido (o hubieran podido producir) reducciones sustanciales en la incidencia de la pobreza en todos los países, ello no constituye prueba en contra de la posibilidad de que las reformas institucionales mundiales desde 1980 hubieran podido lograr un 50% más de reducción en la tasa de pobreza. Veamos la siguiente analogía: supongamos que su médico le asegura que practicar actividad física reducirá a la mitad el riesgo de que sufra un ataque cardíaco. A su vez, su nutricionista asevera que adoptar hábitos saludables de alimentación reducirá dicho riesgo en un 80%. Incluso si esta última tiene razón y, siguiendo su consejo, usted reduce el riesgo a un 20% de lo que representaba anteriormente, esto no obsta, en modo alguno, que sea cierta la afirmación de su médico, la cual, reformulada, podría expresarse de la siguiente manera: si usted no se hubiera limitado a modificar su dieta y también hubiera comenzado un programa regular de ejercicio físico, su riesgo de sufrir un ataque cardíaco no se hubiera reducido al 20% sino que sería solo un 10 % de lo que era anteriormente.

Recapitulemos. En nuestra evaluación de la Tesis Fuerte analizamos las pruebas sobre el impacto significativo que las reformas específicas podrían provocar sobre los ingresos netos de los pobres a nivel mundial, sobre la relativa insignificancia

---

World is Poorer", p. 44.

43. Para lograr que este experimento mental sea realista, deberíamos imaginar los diversos servicios vitales a los que un residente en los Estados Unidos puede acceder sin dinero –tales como el acceso a una guardia de emergencia las 24 horas del día, a baños públicos y al agua corriente potable–. Dichos servicios no están disponibles en las áreas más empobrecidas del mundo, o tienen un costo.

44. Todos los datos fueron extraídos del artículo de CHEN y RAVALLION "The Developing World is Poorer", p. 45.

de la variación distributiva que se necesitaría para reducir a la mitad la brecha entre ricos y pobres, y sobre la forma mezquina y efectiva en que los Estados ricos están utilizando el vasto poder que detentan sobre el orden mundial para promover los intereses de sus empresas y ciudadanos, incluso a expensas de agravar significativamente la pobreza mundial. Tomadas en conjunto, estas pruebas son suficientes para avalar dos conclusiones claves. 1) El diseño actual de los acuerdos institucionales mundiales, con la enorme cantidad de beneficios que los Estados ricos han dispuesto para sí mismos y para sus empresas a expensas de los pobres se posiciona muy por debajo de los diseños alternativos posibles en términos de combatir la pobreza. 2) La eliminación de algunos de estos privilegios, o de su totalidad, podría haber reducido la variación en la distribución de los ingresos desfavorable a los pobres en un grado suficiente como para permitir un crecimiento económico mundial dentro del período de 30 años (1980-2010) en el que se centró Cohen que redujera la brecha de la pobreza mundial a menos de la mitad de lo que actualmente representa. Teniendo en cuenta estas conclusiones, respaldadas por una clara preponderancia de la prueba, sería sumamente irresponsable que los ciudadanos y los responsables de las políticas de los países ricos (prescindiendo de investigaciones más exhaustivas) se negaran a ajustar su conducta a lo que indica la Tesis Fuerte. Aceptar esta tesis no es cómodo, pero millones de vidas dependen de cómo decidamos responder individual y colectivamente.

Lecciones y Ensayos, nro. 89, 2011
Buis, Emiliano J., *Sobre gnomos y gigantes: los tratados Grecorromanos y la igualdad soberana de los estados como ficción histórico-jurídica,* ps. 73-117

SOBRE GNOMOS Y GIGANTES: LOS TRATADOS GRECORROMANOS Y LA IGUALDAD SOBERANA DE LOS ESTADOS COMO FICCIÓN HISTÓRICO-JURÍDICA

Emiliano J. Buis*

Resumen: El presente trabajo inicialmente se aboca al estudio de los tratados que componen la Paz de Westfalia y su vínculo real con la construcción de la noción moderna de igualdad soberana de los Estados. A partir de este análisis crítico previo, la lección avanza sobre el estudio de las relaciones interestatales en el mundo griego y el romano, focalizándose principalmente en aquellos convenios celebrados antes de la era cristiana y en la necesidad de estos pueblos de recurrir a dichos instrumentos para fijar reglas de conducta previsibles.
La hipótesis del trabajo, conforme a un vasto análisis de las situaciones propias del mundo antiguo, sugiere que aquellos Estados que se relacionaron en condiciones de desproporción de poder, siempre necesitaron acudir a un velo textual –convencional– de igualdad jurídica para disimular la real desigualdad de poder.
Palabras clave: Igualdad soberana de los Estados – Derecho Internacional – Tratados grecorromanos – Paz de Westfalia – Hegemonía legalizada

* **Facultad de Derecho y Facultad de Filosofía y Letras, Universidad de Buenos Aires / Facultad de Derecho, Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires / CONICET.**
El presente trabajo, vinculado con mis investigaciones en el marco del Posdoctorado de la Facultad de Derecho de la UBA, es producto de las tareas llevadas a cabo dentro del Proyecto DECyT "Orígenes y proyecciones de la noción de 'guerra justa' en el derecho internacional: una aproximación histórico-jurídica al ius ad bellum" (DCT-1007, Programación 2010-2012), que dirijo, y del Proyecto UBACyT de Jóvenes Investigadores "Personalidades conflictivas: aportes para una (de)construcción de la noción de 'sujeto' en el Derecho Internacional", dirigido por la Mag. Carolina Anello (20020100300082, Programación 2011-2013). En gran medida la redacción final de este artículo cobró forma gracias a una beca como Investigador Visitante (Gastforscher-Stipendiat) en el Instituto Max-Planck sobre Historia del Derecho Europeo en Frankfurt am Main durante enero de 2011.

Asumiendo la plena responsabilidad por errores e imprecisiones, agradezco a Lucas Barreiros, Nahuel Maisley, Natalia Luterstein, Hernán Martignone y Martín Almirón por sus recomendaciones bibliográficas, sugerencias y comentarios a distintas secciones (y versiones) de este trabajo.

Abstract: The present paper begins with a study of the treaties comprising the Peace of Westphalia and their true correlation with the development of the modern notion of sovereign equality of the States. It is from this initial critical analysis that the paper moves on to the study of relationships amongst states in the Greek and Roman world, focusing mainly on those conventions celebrated before the Christian era and in the need of these civilizations to turn to said instruments to fix predictable rules of conduct. The hypotheses for this paper, in accordance to a vast analysis of the conditions pertaining to the ancient world, suggests that whenever States established relations in conditions of disproportion of power they needed to resort to a written –conventional– veil of equality before the law to mask the real inequality of power.

Key words: Sovereign equality of States – International Law – Greco-Roman world – Peace of Westphalia – Legalised hegemony

I. Introducción

No parece caber ninguna duda, al menos en los instrumentos jurídicos y en las reflexiones teóricas de la doctrina, de que la igualdad soberana de los Estados resulta hoy un principio capital del derecho internacional. En efecto, en cuanto uno avanza sobre la lectura de la Carta de las Naciones Unidas –el gran instrumento constitutivo del ordenamiento jurídico internacional actual– se aprecia con facilidad su incorporación explícita, en primer lugar, dentro del listado de principios que consagra el artículo 2: "*La Organización está basada en el principio de la igualdad soberana de todos sus Miembros*" (2.1).[1] La claridad de la expresión no está acompañada por una explicación del concepto o de su naturaleza, y las discusiones que ha suscitado la redacción del principio han sido considerables.[2] Resulta entonces relevante mencionar el texto de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, cuando en su artículo 10 parece ir más allá y detallar en parte su contenido: que los Estados sean jurídicamente iguales implica que disfrutan de iguales derechos e igual capacidad para ejercerlos y que tienen iguales deberes, concluyendo que *"(l)os derechos de cada uno no dependen del poder de que disponga para asegurar su ejercicio, sino del simple hecho de su existencia como persona de derecho internacional*".[3]

1. La Carta de las Naciones Unidas se firmó el 26 de junio de 1945 en San Francisco y entró en vigor el 24 de octubre del mismo año.

2. En el comentario a la disposición, realizado por Fassbender (2002), se resumen los debates referidos al alcance, significado y consecuencias de la "igualdad soberana" a la luz de las convenciones en vigor y resoluciones de la Asamblea General. También el curso dictado por Anand (1986) en la Academia de Derecho International de La Haya se centra en las principales dificultades de la noción.

3. Carta de la OEA, 119 U.N.T.S. 3, entrada en vigor el 13-12-1951; enmendada por el Protocolo

El derecho internacional contemporáneo, entonces, se funda en la determinación de la igualdad soberana, que tiende a colocar a todos los Estados en un sitial idéntico a pesar de las obvias disparidades de orden económico, político, social o de otra naturaleza.[4] En este sentido, la contribución histórica de los tratados suscriptos en el contexto de la Paz de Westfalia (firmados entre enero y octubre de 1648)[5] se vislumbra como fundamental si tenemos en cuenta que la doctrina sostiene que fue recién en ese marco que, de modo cabal, se estableció la igualdad soberana de los Estados.[6] Es argumento común el sostener que recién en ese momento la comunidad internacional logró poner por escrito una verdadera paridad entre los sujetos firmantes, determinando dicho equilibrio como base para un sistema de normas jurídicas descentralizado (como el que rige en el derecho de gentes actual) y cimentado en las coincidencias originadas por la voluntad concurrente de los distintos Estados.

De hecho, la supuesta trascendencia de esta Paz de Westfalia como punto de inflexión se evidencia con claridad apenas se consultan los diversos tratados y manuales de la disciplina, que no dudan en colocarlo como el verdadero punto de partida del derecho internacional.[7] Para reforzar esta entronización baste incluso con señalar a aquellos teóricos de la globalización que construyen sus hipótesis sobre la base de la puesta en crisis de la noción actual de soberanía, que en cierta medida se ven forzados a plantear una alternativa al tradicional "modelo westfaliano" y no parecen poder desprenderse del hito cronológico de 1648.[8]

El modesto objetivo de este trabajo es doble. Por un lado, partiendo de una revisión del contenido de los tratados de Westfalia, nos proponemos explorar mediante ciertos casos testigos la valencia histórica de las normas jurídicas convencionales en el contexto de las relaciones interestatales de la antigüedad grecorromana en el

---

de Buenos Aires, 721 U.N.T.S. 324, O.A.S. Treaty Series, No. 1-A, entrada en vigor el 27-02-1970; enmendada por el Protocolo de Cartagena, O.A.S. Treaty Series, No. 66, 25 I.L.M. 527, entrada en vigor el 16-11-1988; enmendada por el Protocolo de Washington, 1-E Rev. OEA Documentos Oficiales OEA/Ser.A/2 Add. 3 (SEPF), 33 I.L.M. 1005, entrada en vigor el 25-09-1997; enmendada por el Protocolo de Managua, 1-F Rev. OEA Documentos Oficiales OEA/Ser.A/2 Add.4 (SEPF), 33 I.L.M. 1009, entrada en vigor el 29-01-1996.

4. Salmon (2002: 419). Sobre el desarrollo y las características inherentes a la "igualdad jurídica" de los Estados, fundamentalmente desde los orígenes teóricos del derecho internacional, *cf*. Kooijmans (1964) y, en menor medida, Boutros-Ghali (1960).

5. El 30 de enero se firmó el Tratado de Münster entre el Reino de España y las Provincias Unidas. El 24 de octubre se firmó tanto el segundo Tratado en Münster (entre el Sacro Imperio y Francia) como el Tratado de Osnabrück (entre el Imperio y Suecia).

6. *Cf*. Dickinson (1920: 231-233, 247-248).

7. Un listado meramente ejemplificativo de citas de autores que han sostenido esta postura generalizada puede encontrarse en Lesaffer (2004: 406-407, n. 11).

8. Camilleri & Falk (1992) o más recientemente Cutler (2001), por ejemplo.

Mediterráneo, a los efectos de examinar sus particularidades y contrastarlas con los principios vigentes en los tratados bilaterales del derecho internacional moderno. Para ello nos ocuparemos precisamente de examinar algunos tratados de paz y alianzas militares que, por sus particularidades, resultan útiles para arrojar luz sobre la problemática de la equiparación jurídica entre las *personae* involucradas.[9] En segundo lugar, a partir del estudio de esas convenciones (que representan ejemplos de acuerdos suscriptos en términos "pre-westfalianos") desde una perspectiva que tenga en cuenta la "igualdad" de las partes, intentaremos mostrar hasta qué punto siempre existió en ese tipo de instrumentos firmados una voluntad discursiva de crear una suerte de equilibrio jurídico. Postulamos que, en gran medida, esta paridad en derecho artificialmente instalada oculta bajo las disposiciones convenidas un juego de poder significativo.

II. La construcción de Westfalia como punto de (in)flexión: ¿hito o mito?

Cuando en 1907 el delegado francés a la Segunda Conferencia de la Haya afirmaba que "*cada nación es una persona soberana, igual a las otras en dignidad moral, y posee –por más que sea grande o pequeña, débil o poderosa– la misma posibilidad de reclamar por el respeto de sus derechos y una obligación igualitaria en el cumplimiento de sus deberes*",[10] es evidente que la noción de soberanía ya encontraba raíces sólidas en el pensamiento teórico acerca de las relaciones interestatales. La de Bourgeois –es preciso decirlo– no es una cita aislada. La soberanía

9. En efecto, es preciso tener en cuenta que en los acuerdos bélicos (tanto ofensivos como defensivos) y en los que se da por finalizada una guerra es esperable encontrar alusiones explícitas a la condición equiparable de los Estados firmantes. Afortunadamente, un buen número de los tratados preservados corresponden a estos dos tipos. Del mismo modo, podríamos habernos focalizado en convenciones de carácter comercial, en los que muchas veces se requiere dejar en claro en las disposiciones que las partes negocian desde un equilibrio de voluntades, o en los acuerdos territoriales en los que suelen encontrarse cláusulas de simetría de prestaciones. En los tratados concebidos como multilaterales, en cambio, es significativamente más complejo relevar el fenómeno que nos interesa. De todos modos salvo quizás alguna excepción no menor, no hallamos acuerdos generales con pretensiones de "universalidad" entre las comunidades organizadas griegas o en el mundo helenístico-romano.

10. Nos referimos a Léon Bourgeois (1851-1925), *La deuxième conférence de La Haye*, II, 88 (la traducción nos pertenece). En términos semejantes, en su discurso de recepción del Premio Nobel en diciembre de 1922 ante el Parlamento noruego, el diplomático mencionaba el sustento de la Sociedad de Naciones: "*Il en résulte que l'organisation internationale projetée doit reposer en dernière analyse non seulement sur la souveraineté intangible de chaque état, mais sur l'égalité de droits entre tous, qu'ils soient puissants ou faibles, grands ou petits*" ("Les raisons de vivre de la Société des Nations").

westfaliana, basada en la centralidad del concepto de Estado-nación y sostenida en los principios fundamentales de la no injerencia en asuntos internos y en la consagración de la integridad territorial, encontró un ámbito fértil en la renovación de los nacionalismos del siglo XIX. Desde allí, penetró en gran parte de los pensamientos críticos que fijaron el surgimiento del sistema internacional occidental en la consagración de un "derecho entre iguales" y en el rechazo definitivo de la imposición de cualquier autoridad supra-estatal por sobre la voluntad de los Estados. Es difícil concebir hoy una organización internacional que no detente como cimiento el principio ideológico de la igualdad jurídica de sus integrantes.[11]

Pero, ¿en qué sentido se dice que Westfalia representa el momento de "creación" de un moderno derecho internacional, basado en la coordinación y la cooperación *inter pares*? Una respuesta fundada no es sencilla. Un análisis estricto de los tratados que componen la Paz de Westfalia (Münster y Osnabrück), sin embargo, demuestra que en rigor de verdad sus textos ocultan una profunda desigualidad entre los firmantes. De acuerdo con su articulado, por ejemplo, en vez de reconocerse como autónomos, los principados alemanes quedaban subordinados al Santo Imperio Romano Germánico. Por lo demás, en ninguno de los dos instrumentos se advierte una referencia expresa a la consagración de la igualdad soberana de las partes; muy por el contrario, se establece que, en caso de violación de los acuerdos, tanto Francia como Suecia mantenían el derecho a intervenir en los asuntos internos del Imperio.[12] En definitiva, lejos de reconocer un equilibro entre las partes en conflicto, puede afirmarse que el régimen generado con la *Pax Westphalica* consiguió poner fin a la guerra de Treinta Años mediante la implementación de un riguroso orden de prelación surgido casi con naturalidad como resultado de las consecuencias de la distribución del ejercicio de autoridad en la Europa contemporánea.[13]

11.Sepúlveda (1995: 148-149) afirma que se trata de un dogma fundamental reconocido en las organizaciones internacionales para aportar un remedio a las desigualdades materiales que de hecho existen entre los Estados.

12. Nos guiamos por el texto latino de los tratados publicados en la edición de Repgen (1998). Una buena traduccion al inglés (aunque solamente del texto preservado del Tratado de Münster) puede encontrarse en el sitio web del Proyecto Avalon de la Yale Law School: <http://avalon.law.yale.edu/17th_century/westphal.asp>.

13. Consideramos que el logro más sustancial de los tratados de Westfalia no se refiere al plano jurídico-político sino al plano religioso y a su consolidación constitucional (*cf.* Straumann, 2008: 182): a través del reconocimiento de la Paz de Augsburgo de 1555 se determinó el principio conocido como *cuius regio, eius religio*, según el cual cada príncipe gozaba del derecho de definir la religión (católica o protestante) de su propio Estado.

No estamos solos en esta lectura. Muchas corrientes revisionistas han mostrado recientemente cómo Westfalia se construyó como un gran mito capaz de sentar las bases de una ficción jurídica extremadamente útil para preservar el *status quo* de las relaciones internacionales.[14] Ello lleva a preguntarse, desde un planteo histórico, por los motivos que sustentan el ya ineludible reconocimiento en 1648 de una verdadera "igualdad jurídica" de los Estados, tan celebrado en la doctrina post-westfaliana como el gran resultado de la Paz convenida. Vinculado con ello, cabría reflexionar entonces: ¿tan importante es el establecimiento de esa igualdad que la equiparación de los Estados se ha tornado una característica inherente y necesaria para la consolidación de vínculos internacionales sujetos a una regulación en derecho?

Sólo desde una visión ingenua del derecho internacional puede sostenerse que el mundo actual se explica naturalmente por el principio de igualdad soberana como sostén inquebrantable de la creación de este ordenamiento. Así, en el seno de la Organización de las Naciones Unidas, solamente es comprensible la equiparación representada en el ámbito de la Asamblea General (argumento esbozado por los partidarios de la igualdad) si se evalúan los contrapesos establecidos, a modo de válvula de escape, por el mecanismo de voto calificado que mediante el veto se consagra en el Consejo de Seguridad.[15] En términos actuales, baste con pensar en la validez (como fuentes de derechos y obligaciones) de los "tratados impuestos" por las potencias occidentales a China y Japón durante los siglos XIX y XX, los acuer-

14. *Cf*. Lesaffer (1997), Eyffinger (1998), Croxton (1999), Osiander (2001) o los trabajos revisionistas incluidos en el volumen colectivo editado por Schröder (1999). Retomando argumentos ya publicados en un artículo del 2000, Beaulac (2004: 90) ha encabezado las posturas más radicales cuando, por su parte, no advierte que estemos frente a un cambio de paradigma en términos de "igualdad jurídica". Al deconstruir las bases del "mito", establece que la Paz de Westfalia no sólo no creó la independencia soberana de los Estados sino que mantuvo la autoridad del Sacro Imperio Romano y redujo las posibilidades de alianza de los príncipes: "…the principal objects and material provisions of the *Osnabrück* and *Münster Treaties* do not at all support the traditional position that the *Peace of Westphalia* constitutes a paradigm shift whereby the political entities involved gained exclusive power over their territories. The two main purposes of the agreements related to the practice of religion and the settlement of territories, not to the creation of distinct separate polities independent from any higher authority".

15. Franck (2002: 45) muestra de manera contundente cómo la desigualdad "real" entre los Estados ya se percibía políticamente en las negociaciones previas a la firma de la Carta y fue interpretada por todos los involucrados con extrema naturalidad: "A euphoric tone was set at the San Francisco Conference by the imminence of Allied victory over the Axis. Participants knew that this had been achieved primarily by the effort of the Big Powers. Presented with a draft prepared by those nations' leaders and diplomats, representatives of less-powerful states were little inclined to challenge its fundamentals. They appreciated that no organization for the preservation of peace could succeed unless the principal Powers were willing participants and they realized that such participation had a price".

dos bilaterales promovidos por los Estados Unidos a diversos países del globo para asegurar la inmunidad de sus tropas o los tratados de inversión que suelen traducir considerables divergencias entre los derechos y obligaciones que asumen las partes que los suscriben y ratifican.[16]

Los tratados que integran Westfalia –considerados como punto de partida del derecho internacional actual– no establecen un punto de inflexión entonces en términos de la fijación de patrones concretos en materia de soberanía estatal;[17] esto puesto que, tanto antes de ellos como después, los acuerdos parecen dejar subyacentes considerables desequilibrios. Con ese punto de partida en miras estimamos pertinente preguntarnos por la situación existente en el mundo antiguo, a fin de evaluar hasta qué punto la cosmovisión moderna de las relaciones internacionales se diferenció de la realidad política precedente. Como veremos en los próximos apartados, nuestra hipótesis es que en sus relaciones exteriores los Estados siempre entablaron numerosos contactos que, fundados en una desproporción de poderes, necesitaban traducirse en nexos cubiertos por un velo textual de igualdad jurídica. A partir del análisis de las relaciones interestatales en el mundo griego y romano, que tomaremos como ejemplo, podremos plantear la importancia de los vínculos entre derecho y política y aseverar, por lo tanto, que la conformación de un sistema de normas jurídicas tan sólo procura entablar en un plano de legitimidad compartida las desigualdades naturales existentes entre los distintos sujetos que componen el ordenamiento internacional.

16. En el derecho internacional actual, la naturaleza de los tratados que plantean obligaciones notoriamente diferenciadas entre las partes constituye una temática de compleja interpretación, como ya dejaba entrever Detter (1966). Llamativamente (o no tanto) en estas circunstancias no parece haberse consagrado una verdadera doctrina tendiente a la protección de "la parte más débil" del tratado que tanto desarrollo ha tenido en el contexto del derecho privado dentro de los ordenamientos nacionales. Por motivos de espacio no se trata aquí de la ocasión para plantear esta problemática, pero digamos que –en nuestra opinión– sería posible argumentar que la cláusula del *favor debitoris* es un principio general de derecho de acuerdo con el artículo 38.1 (c) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, y podría pues alegarse que constituiría por tanto una fuente de derecho internacional en la actualidad.

17. En un libro publicado recientemente, Fabry (2010: 23) lo explica con claridad: "The current debate about the significance of the Treaties of Westphalia (1648), conventionally understood as ushering in sovereignty as a new mode of political and legal organization, illustrates the hazards of operating with images of total and absolute historical breaks. Supposing that Westphalia was more than an important milestone in the evolution of modern statehood and state system ignores, for example, that until 1806 countries of Europe and the German principalities forming the Holy Roman Empire considered the ultimate constitutional authority to be vested in the Empire, not the individual principalities with differentiated and unequal authority".

III. De ficciones y realidades: ¿fuentes para un 'derecho internacional' en el mundo antiguo?

Si bien relegada frente a otras áreas de incumbencia consideradas como de mayor relevancia en la doctrina tanto local como extranjera,[18] la historia del derecho internacional ha cobrado cierto impulso con la reciente recuperación y relectura de obras clásicas, quizás motivadas en las últimas décadas por un espíritu de época inmerso en la crisis de un cambio de milenio.[19] A pesar de ello, sea por desinterés o por ignorancia (o por ambos factores), en el marco de dichas indagaciones históricas el mundo premoderno ha sido relegado; son pocas las voces que se alzan para dar a conocer los detalles de las regulaciones jurídicas que amparaban los contactos entre entidades estatales antes de la era cristiana. Estas aproximaciones, si bien escasas, dejan en claro que no es posible negar –por ejemplo– que la Antigüedad clásica conocía en detalle la funcionalidad específica y la importancia relativa de celebrar convenios, y por lo tanto que en ese marco era concebible un conjunto de normas jurídicas destinado a regular las conductas y relaciones entre las diversas sociedades autónomas y políticamente organizadas que integraban el mundo mediterráneo, por caso, entre los siglos VI y I a.C.[20] Será suficiente recuperar los testimonios histó-

18. Ya a principios de siglo un especialista como Oppenheim (1907: 316) reconocía no sin cierto pesar que "the history of international law is certainly the most neglected province of it".

19. Por obras clásicas nos referimos en este contexto a los trabajos seminales de autores como Redslob (1923), Nussbaum (1947) o Verzijl (1968) –cuya monumental obra de once volúmenes, escrita durante 24 años, fue concluida por Heere & Offerhaus (1998)–, quienes han tendido las bases necesarias para construir una verdadera teorización del derecho internacional desde una proyección diacrónica. Entre las contribuciones contemporáneas centradas en la historia del derecho internacional como objeto de estudio particular, es posible mencionar fundamentalmente los excelentes estudios de Grewe (1984 [traducción al inglés: Berlín & New York, 2000]), Koskenniemi (2002 [traducción al castellano: Buenos Aires, 2005]) y las obras de Truyol y Sierra (1998), Laghmani (2003), Gaurier (2005) y Renaut (2007), entre otras. Acerca de una visión de conjunto de las nuevas aproximaciones a la historia del derecho internacional puede consultarse Hueck (2001). Desde posiciones básicamente antagónicas, tanto Koskenniemi (2004) como Lesaffer (2007) coinciden en explicar que el término de la Guerra Fría generó un momento de transición que facilitó la búsqueda de nuevas indagaciones históricas. Sobre el futuro promisorio de estas nuevas tendencias, *cf.* Bandeira Galindo (2005).

20. Los límites temporales que manejamos aquí son, ciertamente, arbitrarios y se fundan en las fuentes históricas sobre las que concentraremos nuestro estudio. Con criterios metodológicos semejantes a los que esbozamos es posible justificar la existencia de un "derecho internacional" en otros períodos históricos. En definitiva, frente a aquellos "minimalistas" que solamente conciben el derecho internacional como producto de la modernidad, nos posicionamos en una lectura "maximalista" de acuerdo con la cual, bajo conceptos amplios, "…the earliest forms of peace treaties mark the beginning of the history of international law" (Winkel [2004: 222], quien

ricos para advertir que los pueblos antiguos ya experimentaban la procedencia de diversas fuentes de derecho capaces de generar efectos jurídicos en los vínculos desarrollados fuera de los límites de su propio territorio.[21] Desde una perspectiva estrictamente jurídica, la negociación de acuerdos entre diversas ciudades-Estado o unidades políticas pronto se convirtió en un mecanismo eficaz para regular la pluralidad de relaciones económicas y comerciales que se desarrollaban en torno de la Mesopotamia, el mundo helénico o el *Mare Nostrum*.

Ya en el marco de las profusas relaciones diplomáticas que se vislumbran entre los pueblos del Cercano Oriente o entre las *póleis* griegas, encontramos una necesidad de recurrir a instrumentos escritos con el objeto de fijar las reglas de conducta esperadas de buena fe y, fundamentalmente, de controlar las acciones de aliados o eventuales enemigos mediante la determinación de pautas de comportamiento previsibles. Sin embargo, y a pesar de la multiplicidad de convenios celebrados –bajo el amparo de la religión–[22] entre ciudades griegas a lo largo del periodo clásico y sobre todo helenístico, es preciso reconocer que tal vez sea con el surgimiento de la República Romana que encontramos por primera vez una compleja institucionalización de la práctica de firmar tratados con una intencionalidad política evidente: asegurar por todos los medios posibles, mediante el establecimiento de una *pax Romana,* la supremacía de la *urbs* por sobre los pueblos conquistados. Pero ¿reflejan estos acuerdos la inequidad latente de ese complejo universo interestatal sumido en la violencia de las invasiones y de las conquistas territoriales?

---

clasifica y define las dos tendencias antagónicas).

21. En este sentido, frente a la tradicional teoría negatoria de Laurent (1850-1), quien consideraba imposible hablar de un sistema normativo vigente para regular las relaciones entre distintos pueblos primitivos, nos orientamos por los argumentos contrarios sostenidos por Phillipson (1911), Ruiz Moreno (1946), Bickerman (1950) y, más recientemente, Bederman (2001), todos los cuales reconocen en el mundo grecorromano la vigencia de ciertas instituciones propias del derecho internacional. Con relación a la situación específica de Roma, ver los ya clásicos trabajos de Baviera (1898) y Ziegler (1972), así como el reciente tratamiento llevado adelante en Zack (2001). Por supuesto, como sostiene Catalano (1965), se trata de un sistema *sui generis* cuyas similitudes con las normas actuales deben ser examinadas muy cuidadosamente. Contrariamente a nuestra postura, Eckstein (2006) estima que, en el sistema interestatal mediterráneo, existía una "multipolar anarchy", carente de derecho internacional y signado por balances fluidos de poder. Esta es la anarquía que, casi contemporáneamente, rechaza Low (2007: 77-128) al afirmar con pruebas (a nuestro parecer irrefutables) la existencia de un derecho interestatal helénico o de un derecho "común" entre las *póleis*.

22. "In reviewing the practice of the people of ancient times, we see that faith to covenants was in some way their watchword, religious rites being the cardinal feature of their conclusion, although they may, at times, have deviated from the strict observance of their treaty obligations" (Ion [1911: 268]).

Para poder examinar la complejidad de esas relaciones jurídicas en términos cronológicos, nos proponemos aquí focalizar el estudio de los tratados antiguos en dos momentos históricos. En primer lugar, a través de una selección de acuerdos celebrados en el mundo griego clásico de los siglos V y IV a.C. (apartado 3.1); en segundo lugar, mediante en un examen de los tratados suscriptos en el contexto de expansión romana hacia el este (a fines de la República y comienzos del Imperio, siglos II a.C. a I d.C.), en contacto con las ciudades helenizadas (apartado 3.2). En conjunto, nos parecen dos estudios de caso que, en virtud de las fuentes de que disponemos, representan instancias significativas para plantear la problemática de la igualdad formal o real de las partes intervinientes en las negociaciones diplomáticas encaminadas hacia la determinación mutua de pautas jurídicas que deben respetarse.

III.a. Los tratados griegos entre ciudades-Estado en la época clásica

En la antigüedad griega la *pólis* funcionó como una verdadera ciudad-Estado, una entelequia institucional que, en un determinado territorio cultivado (*khóra*), poseía una población de hombres libres organizada políticamente bajo ciertos órganos de gobierno asentados en el centro fortificado de la ciudad (*ásty*).[23] Se trata claramente de una entidad de carácter independiente; es preciso indicar que nociones tales como *autonomía* o *eleuthería* (libertad), utilizadas en las fuentes de la época para indicar las características inherentes a cada *pólis*,[24] presuponen una idea seme-

23. Acerca de la *pólis* como Estado, en sentido amplio o restringido, las discusiones han sido infinitas y no es éste el lugar para reproducirlas. Digamos, sin embargo, que en el plano de las relaciones internacionales, queda claro que estas ciudades se comportaban como verdadero sujetos, capaces de adquirir derechos y contraer obligaciones. Esa personalidad jurídica internacional, no obstante, no ha alcanzado para generar uniformidad en la crítica respecto del carácter "estatal" de las *póleis*. Teniendo en cuenta que hoy en día las principales características identificatorias de la estatalidad son la población, el territorio y el gobierno, no creemos pertinente negarle tal condición a las ciudades helénicas del período clásico, que constituían tanto una comunidad política como un centro urbano. Los integrantes del célebre *Copenhagen Polis Center* han insistido reiteradamente en esto; su fundador sostiene de hecho que en el mundo griego los tres elementos de la ciudad-Estado aparecen, aunque de alguna manera jerarquizados de modo diferente de lo que haríamos en la actualidad: primero la comunidad de ciudadanos, luego las institiciones políticas y, finalmente, el espacio físico (Hansen, 1993: 7-9).

24. Junto con el adjetivo *autónomos*, son frecuentes para reforzar la independencia de las *póleis* términos tales como *autópolis* (aplicable a la posibilidad de decidir individualmente una determinada política exterior), *autotelés* (autonomía fiscal) o *autódikos* (independencia judicial). Algunas expresiones enfáticas, como *eleútheroi te kaì autónomoi* ("libres e independientes", Tucídides, 3.10.5) o *eleutherotáte* ("muy libre", Tucídides, 6.89.6; 7.69.2), subrayan que la independencia se presenta como una de las características esenciales de las ciudades, amparada

jante a la que hoy nos forjamos de soberanía.[25]

La consagración de la independencia de cada una de las *póleis* generó como corolario una suerte de igualdad formal que las diferentes fuentes transmiten. El discurso es homogéneo en este sentido. En la tragedia *Fenicias*, puesta en escena hacia fines del s. V a.C. en Atenas, el dramaturgo Eurípides colocaba en boca de Yocasta una referencia que, mientras describía el valor de la justicia, apuntaba a la necesidad de honrar la igualdad (*isótes*) entre amigos (*phílous ... phílois*), ciudades (*póleis ... pólesi*) y aliados (*symmákhous ...symmákhois*) (vv. 535-538).[26] Significativamente, la paridad se alza en el pasaje como una característica que regula los vínculos personales entre ciudadanos y que –como tal– se proyecta a las relaciones internacionales, sea con comunidades aliadas o no.[27]

En el plano interestatal, algunos autores distinguen un principio general que establece la no afectación de iguales (*mè adikeîn toùs homoíous*).[28] Desde esa perspectiva, la apelación a la igualdad (como veremos) resulta útil para indicar las dificultades de concebir en teoría lo que sería una injusta distinción entre ciudades-Estado dominantes y otras relegadas.

Los propios griegos identificaban la existencia de ciudades grandes y pequeñas, reservando para las primeras un ejercicio del poder que les era negado a las segundas.[29] Sin embargo, en la práctica se vinculaban bajo parámetros de simetría, al menos según lo que nos revelan las fuentes historiográficas, epigráficas y literarias. Tucídides nos describe, en su *Historia de la Guerra del Peloponeso* (5.77.5-7), las cláusulas del tratado firmado en el año 418 a.C. entre los espartanos y los argivos: el

---

incluso en el derecho consuetudinario interhelénico. *Cf.* Ténékidès (1954:17-19).

25. Giovannini (2007: 98).

26. Los términos en griego que citaremos, aquí y en todos los casos, aparecen transliterados; se respetan en nuestro alfabeto los acentos originales. Las traducciones correspondientes a los textos griegos y latinos que mencionamos nos pertenecen en todos los casos, y para los términos geográficos y otros nombres propios hemos seguido a Vicuña & Sanz de Almarza (1998).

27. En efecto, solamente así se comprende que se haga una distinción en el texto entre personas, ciudades y "aliados" en el combate. Algunos autores incluso señalan que ya en el mundo griego se introdujo una imagen de la igualidad natural, fundada en el derecho divino, y una progresiva incorporación en el derecho de gentes de la igualdad como una lógica consecuencia de la analogía ficcional creada entre las personas fisicas y los sujetos internacionales derivados o personas jurídicas. La frecuente aparición de metáforas corporales o materiales para designar las organizaciones creadas por el hombre encuentra su fuente en la cosmovisión antigua y fue desarrollada en detalle durante la Edad Media, como indica Dickinson (1917).

28. Tucídides, 1.42. Ya Glotz (1915: 98) menciona la importancia de la igualdad entre ciudades-Estado al sostener que "entre Grecs, le droit des gens se fondait sur les principes du respect qu'on se doit *entre égaux*…" (la cursiva en la cita nos pertenece).

29. Amit (1973).

texto establece que las ciudades situadas en el Peloponeso, sean grandes o pequeñas (*kaì mikràs kaì megálas*), serán todas independientes (*autonómos*) "de acuerdo a sus antiguos usos" (*kattà pátria*).[30] Frente a este principio, que se presume consuetudinario por la alusión a los hábitos precedentes, también se determina que, en caso de invasión del territorio desde el exterior, las partes del acuerdo se unirán para repeler la agresión y que los aliados tanto de Esparta como de Argos estarán en igualdad de condiciones respecto de ambas.[31]

No debe sorprender, entonces, la insistencia en que tanto las ciudades de mayor población como las menores y más débiles eran todas independientes, por lo menos hasta mediados del siglo IV.[32] *Póleis* claramente distintas en poder e influencia aparecen suscribiendo acuerdos prolijamente simétricos.[33] Así, por ejemplo, es habitual encontrar, en el marco de convenciones bilaterales, el reconocimiento de la soberanía de todas las ciudades (las firmantes y las terceras) en términos de equilibrio legal. En el contexto de la Paz de Antalcidas (firmada en 386 a.C. con Persia, en la que sacrificaron las ciudades de Asia Menor para preservar cierto control en Grecia), por ejemplo, Jenofonte afirma que el rey Artajerjes estimaba que las ciudades en Asia le pertenecían, junto con Clazomenes y Chipre, mientras que el resto de las ciudades griegas, tanto las pequeñas como las grandes (*kaì mikràs kaì megálas*) continuarían siendo independientes (*autonómous*).[34]

Cuando Pericles tuvo la idea de convocar un congreso panhelénico, a mediados del siglo V a.C., para restaurar los templos destruidos por los bárbaros, dar

30. *Cf.* también 5.79.1. Dice Calabi (1953: 72) que, si bien no se trataba aquí de una distinción jurídica, se expresa una relación de grandeza vinculada con la "potenza2 individual de algunas *póleis* en términos de relaciones interestatales. En ese sentido, se vincula con el adjetivo "primero" *(prôtos)* que, por ejemplo, el propio Tucídides emplea para referirse a las "principales ciudades" (*tôn próton póleon*) en 2.8.1.

31. Señalemos, siguiendo a Graves en su comentario (1891: *ad loc.*), que estas disposiciones equitativas tendían en esencia a limitar el poder de las potencias que se hallaban fuera de la zona del Peloponeso, fundamentalmente Atenas. Es decir, la "igualdad" de las partes se concibe de modo expreso como contrapeso a la desigualdad real con terceras *póleis*.

32. "City-states varied in size. The extent of their independence differed: some colonies accepted their mother city's choice of annual magistrates, for instance, and some small cities, while independent, are not likely to have been able to pursue foreign policies distinct from the foreign policy of a large neighbouring city" (MacKechnie, 1989: 1). Cassayre (2010: 38-43) ha demostrado, en una obra publicada recientemente, que incluso en tiempos helenísticos, bajo la autoridad monárquica, las ciudades griegas han preservado en el un discurso un alto grado de libertad que contradecía la nueva lógica política; en muchos casos se trataba de una suerte de "fiction d'autonomie", en tanto de modo concreto se hallaban sujetas a la dominación real.

33. "Treaties between cities of manifestly different strengths were symmetrical" (Hunt, 2010: 103).

34. Jenofonte, *Helénicas* 5.1.31; Diodoro Sículo, 14.110.3.

cumplimiento a los votos hechos a los dioses y adoptar medidas de seguridad en el mar, propuso convocar tanto a las ciudades grandes como a las pequeñas;[35] el fracaso de dicha convocatoria, debido seguramente a las profundas diferencias entre las distintas comunidades,[36] no oculta en cambio el hecho de que en el propio discurso las *póleis* eran concebidas en términos de igualdad de negociación.

En un sentido similar, cuando el orador Demóstenes menciona que los griegos firmaron dos tratados con el rey persa, uno firmado por Atenas (alabado por todos) y otro por Esparta (que todos condenan), se ocupa en particular de criticar la desigualdad entre los contratantes y fomentar su equiparación formal. Precisamente, según el autor, en ambos tratados los derechos se definen de modo distinto: dentro de cada ciudad las leyes conceden a cada uno una participación común e igual (*koinèn tèn metousían édosan kaì ísen*), sea fuerte o endeble (*kaì toîs asthenésin kaì toîs iskhyroîs*), mientras que en el ámbito internacional son los poderosos los que definen los derechos ante los débiles (*hoi kratoûntes horistaì toîs héttosi gígnontai*).[37] No obstante, Isócrates, otro orador, expone con claridad meridiana cómo los tratados internacionales deberían estructurarse en torno de cláusulas igualitarias y no de imposiciones unilaterales: "Las cláusulas asimétricas deben ser suprimidas y no deben subsistir ni un solo día, viéndolas como órdenes (*prostágmata*) y no como un tratado (*synthékas*). ¿Quién ignora que haya tratado cuando las cláusulas son iguales e imparciales para las dos partes (*ísos kaì koinôs amphotérois ékhosin*), mientras que hay órdenes cuando colocan a una de las dos en un estado de inferioridad contrariamente a la justicia (*tà toùs hetérous elattoûnta parà tò díkaion*)?".[38] En la práctica, pues, los tratados bélicos (de amistad o alianza) se erigen en el delicado límite entre la pretendida coordinación entre iguales y la inevitable subordinación de los súbditos a los poderosos, y en ese sentido el lenguaje cumple un papel esencial.[39]

El primer tratado conservado en el mundo helénico, encontrado en Olimpia y fechado a mediados del siglo VI a.C., se refiere a un acuerdo de alianza ofensiva

35. Plutarco, *Vida de Pericles* 17.1. Acerca de esta propuesta de congreso como antecedente de lo que será en el s. IV la Paz Común (*Koinè Eiréne*), *cf*. Hampl (1938). Giovannini (2007: 100, n. 50) dice que seguramente la propuesta periclea en rigor de verdad fue una invencion tardía, siguiendo los argumentos de Seager (1969).

36. Según McGregor (1987: 74), la convocatoria fracasó porque Esparta no quería reconocer el liderazgo ateniense en cuanto a la piedad religiosa y a la política común.

37. Demóstenes, *Sobre la libertad de los rodios* (15), 29.

38. Isócrates, *Panegírico*, 176. *Cf*. la expresión *ex epitagmáton* ("a partir de imposiciones") en Andócides, *Sobre la Paz* 11.

39. Esencial para este tema resulta el libro señero de Fernández Nieto (1975) sobre los tratados bélicos; Alonso Troncoso (2001) ya mostró, sin embargo, que hace falta todavía un estudio sistemático acerca de los acuerdos de alianza, relevando sus principales características.

entre los elios y los hereos, en el que se destacan en perfecto equilibrio las disposiciones de asistencia mutua en situación de guerra o en cualquier otra circunstancia.[40] A partir de allí, digamos que es habitual la insistencia en los tratados bilaterales por mostrar en forma escrita que el acuerdo se conviene y celebra en términos equitativos entre las partes.[41]

Muchas veces esa pretensión queda revelada en el caso de los acuerdos ofensivos por la inclusión de una estipulación referida a la necesidad de que ambos firmantes cuenten con los mismos amigos y enemigos.[42] Así, por caso, en el año 433 a.C. los atenienses reciben una propuesta de Corcira para firmar una alianza ofensiva en la que ambos tendrían "los mismos enemigos y amigos" (*toùs autoùs ekhthroùs kaì phílous*) pero rechazan la propuesta y terminan suscribiendo una alianza defensiva basada en la asistencia recíproca (*tê allélon boetheîn*) en caso de ataque.[43] Asimismo, los corintios deciden mantener un acuerdo defensivo previo (fundado en el envío de ayuda mutua, *allélois boetheîn*) y no firmar con Mantinea y Argos un acuerdo ofensivo en el que los tres "combatirían y harían la paz con los mismos pueblos" (*toîs autoîs polemeîn kaì eirénen ágein*).[44] A pesar de la reiterada mención de la paridad entre los contratantes, explícita en los textos citados, la determinación última del tipo de alianza (ofensiva o defensiva) que se firma, en definitiva, es decisión de la ciudad-Estado más poderosa.

Este poder de negociación superior de la *pólis* más influyente en algunos casos se percibe directamente de las pautas acordadas en el propio tratado. Conocemos

40. *StV* 110; van Effenterre, H. & F. Ruzé (1994, n. 52). Ténékidès (1954: 19, n. 3) lo identifica como un tratado "sur pied d'égalité".

41. Es el significado de la expresión "*epì toîs ísois kaì homoíois*" (Jenofonte, *Helénicas*, 7.1.13). Cuando describe las etapas de un acuerdo propuesto por el rey persa Ciro, el mismo historiador detalla que "cuando escucharon la propuesta, ambas partes dieron su consentimiento y dijeron que ésta era la única manera en que la paz podría ser efectiva; y bajo esas condiciones intercambiaron garantías de confianza (*tà pistá*), y acordaron que cada parte sería independiente (*eleuthérous*) de la otra, que habría derecho de casamiento mutuo y de trabajo y pastoreo en el territorio de cada uno, y que habría una alianza defensiva (*epimakhían ... koinén*) para el caso en que alguno injuriara a alguna de las partes" (*Ciropedia*, 3.2.23).

42. Acerca de esta cláusula, *cf.* Giovannini (2007: 241-242). Es fundamental el concepto de *philía* para estructurar las relaciones internacionales bilaterales de reciprocidad en el mundo griego, como muestran tanto Panessa (1999) como Mitchell (1997) o Low (2007: 33-76).

43. Tucídides, 1.44.1 y 1.45.3.

44. Tucídides, 5.48.2. Cuando nos referimos a "alianzas defensivas", pensamos en el término griego *epimakhía,* que para Alonso Troncoso (1989: 166) "comportaba una obligación convencional de ayuda militar limitada, esto es, circunscrita a la defensa del territorio aliado". Interesantemente, muchas veces advierte que los tratados defensivos de época clásica estaban redactados con una ambigüedad tal que los volvía aptos para para justificar acciones bélicas de agresión.

testimonios en los que existe una verdadera jerarquía entre los sujetos, tratados generalmente de tipo ofensivo en los que una potencia fuerte se impone a su contraparte débil. De modo sistemático, Esparta ha hecho valer su posición privilegiada durante gran parte del siglo V a.C. en incluso después: en el año 403 a.C., para mencionar un ejemplo, le impuso condiciones avasallantes a los atenienses en un tratado desigual, obligándolos a destuir sus murallas, entregar casi la totalidad de su flota y "tener los mismos amigos y enemigos que los espartanos" (*tòn autòn ekhthròn kaì phílon nomízontas Lakedaimoníois*), a quienes incluso debían seguir donde fuera necesario.[45] Una idéntica obligación de contar con las mismas amistades y enemistades (*tòn autòn ... ekhthròn kaì phílon Lakedaimoníois nomízein*) y de seguirlos como aliados es incluida en el tratado que los espartanos imponen a los olintios en el año 379 a.C., aprovechándose de la hambruna generalizada que los afectaba.[46] Del mismo modo, los atenienses incluyeron una disposición paralela en los tratados que hicieron firmar a los corcirenses[47] o a los habitantes de Turios:[48] en ambos casos se trató de imponer una alianza instándolos a contar con los mismos amigos y enemigos que poseían ellos (*toùs autoùs ekhthroùs kaì phílous toîs Athenaíois nomízein*).[49]

La diferencia textual entre, por un lado, los tratados que tienden a consagrar una relación equitativa entre las partes y, por otro, aquellos que claramente cristalizan la posición hegemónica de una de ellas radica en una sutil modificación de la fórmula analizada, que en los últimos ejemplos consigue promover un notorio desbalance en la medida en que no existe el contrapunto de obligaciones mutuas. En efecto, "tener los mismos amigos y enemigos" entre sí es muy distinto que determinar que uno "tenga los mismos amigos y enemigos" que el otro. No obstante, ante un lector desatento la cercanía sintáctica de ambos giros representa un mecanismo formal interesante para ocultar en un lenguaje aparentemente neutro las profundas diferencias subyacentes al momento de la negociación.

45. Jenofonte, *Helénicas*, 2.2.20. Pistorius (1985: 184-185) identifica las dos disposiciones mencionadas, que resultan típicas de esta clase de tratados, como "Freund-feindklausel" y "Heeresfolgeklausel" respectivamente. También Bonk (1974: 63-65) analiza el contenido y el valor de las fórmulas que establecen la necesidad de contar con iguales amigos y enemigos.

46. Jenofonte, *Helénicas*, 5.3.26.

47. Tucídides, 3.75.6.

48. Tucídides, 7.33.6.

49. Muy parecida es la situación del tratado desigual suscripto entre Atenas y Botiea (*Syll.*[3] 89), en el que aparte de las disposiciones equitativas se incluyen dos obligaciones adicionales en perjuicio de los macedonios: tener los mismos amigos que los atenienses y no favorecer a los adversarios de Atenas ni con dinero ni por ningún otro medio; *cf.* Martin (1940: 373-374).

Otro supuesto en el que se destaca con precisión la tensión entre independencia y subordinación en las relaciones internacionales entre las ciudades griegas es la progresiva creación de organizaciones internacionales en las que, necesariamente, las *póleis* participaron con diferente grado de interés y compromiso. Entre estas organizaciones figuran las asociaciones de tipo religioso ("anfictionías") y las militares (conocidas como "simmaquías").[50] La historia griega muestra cómo la soberanía de las ciudades-Estado se vio de a poco comprometida en la práctica, desde mediados del s. IV a.C., con la creación de estos verdaderos sistemas federales: se advierte en ese momento una creciente contraposición entre la voluntad centrífuga de unificación en estructuras supraestatales y el impulso de resistencia centrípeta que conservan las *póleis* en tanto entidades autónomas.[51] Si bien las asociaciones entre ciudades aliadas respetaban y garantizaban la igualdad formal e independencia de cada uno de sus integrantes, también debe tenerse en cuenta que, al mismo tiempo, aseguraban en la práctica la supremacía efectiva de una de las *póleis* relacionadas.[52] Las ligas y confederaciones solían estar *de facto* a cargo de un *hegemón* o líder,[53] que en su condición implícita de tal estaba en condiciones de decidir las acciones que tomaría la organización en su conjunto.[54]

50. Sobre la naturaleza jurídica y el funcionamiento de estas asociaciones, ver Tausend (1992) y Pérez Martin (2001).

51. Barker (1927: 509). Acerca de la relación entre ciudad y sistema federal, entre las leyes patrias (*politeía*) y las leyes comunes del sistema federal, es interesante el testimonio que brinda el historiador Jenofonte, en el que se reconoce una apertura mental abierta a las nuevas realidades políticas que superan los límites estrictos de la ciudad; *cf.* Bearzot (2004).

52. Una manera de oscurecer y al mismo tiempo destacar la supremacía de una *pólis* con relación a sus aliados está determinado por la "Dualitätsklausel" que, por ejemplo, unía habitualmente en la misma expresión a "los atenienses y sus aliados" (*hoi Athenaîoi kaì hoi sýmmakhoi*) en ese orden; ver al respecto Pistorius (1985: 183). Algunos distinguen las organizaciones de coordinación de aquellas de subordinación; *cf.* Bonk (1974: 67-68).

53. van Wees (2004: 7), quien indica que esta posición informal del *hegemón* era también llamada *arkhé*, que suele traducirse en determinados contextos como "imperio". Sobre la *hegemonía* como institución compleja desde un punto de vista del derecho internacional, ver Alonso Troncoso (2003).

54. En estos casos, como dijimos, hay evidentemente una limitación voluntaria de la soberanía, pero hay que reconocer que existen diversos tipos y grados de vinculación entre las ciudades-Estado. Un cuadro sintético le ayuda a Ténékidès (1954: 179) a identificar tres modalidades de agrupación entre las que osciló el federalismo griego de la época: reconoce que hubo asociaciones *confederales* (que fueron aquellas compuestas por Estados autónomos), asociaciones *imperiales* (en las que una *pólis* dirige la política exterior del conjunto) o asociaciones *confederales falseadas* (en las que uno de los asociados se arroga poderes directoriales de hecho, aunque en derecho se respeta la soberanía particular de cada uno). Sumemos a este panorama complejo el fenómeno del colonialismo; contrariamente a lo que se espera, en el mundo griego esa relación entre metrópoli y colonia no implicaba un único Estado central y un pueblo subyugado, sino un nexo de fuerzas

Nuevamente, la real desigualdad se disimula en los instrumentos jurídicos. El orador Esquines, por caso, nos dice que en la anfictionía délfica cada una de las ciudades, las más grandes y las más pequeñas, tenía un único voto en el consejo (*hékaston éthnos isopséphon gignómenon tò mégiston tôi elakhístoi*), cuando en verdad era evidente que algunas *póleis* llevaban el timón de los asuntos que debían tratarse.[55] Un ejemplo mencionado por Tucídides es significativo para dar cuenta, en tiempos de confederaciones, de la lógica inherente a la distribución de poderes en la esfera internacional: cuando en el año 431 a.C., Esparta le exige a Atenas que le devuelva la *autonomía* a sus aliados,[56] los atenienses responden que también ellos deberían hacer lo propio con los suyos.[57] La discusión, que en una primera lectura podría decirse que gira en torno del reconocimiento del valor de la independencia de todas las *póleis* (grandes o pequeñas) y que, por lo tanto, traduce la importancia de la igualdad jurídica de toda ciudad-Estado, responde más bien a inquietudes menos abstractas. En las expresiones de atenienses y espartanos, la autonomía como concepto es más bien empleada como argumento útil para que cada *hegemón* pueda oponerse a las hegemonías rivales.[58] Nuevamente, el discurso a favor del interés de las ciudades más importantes.

Los propios textos permiten inferir que, en la práctica, la *pólis* que actuaba como *hegemón* en una organización determinada contaba con privilegios particulares que rara vez eran puestos en duda.[59] Por ejemplo, las regulaciones atenienses muestran bien que, en el caso de la Liga Délica que lideraba Atenas, las ciudades aliadas de menor importancia fueron relegando su independencia judicial (su *autodikía*), de modo que en muchas ocasiones sus propios ciudadanos eran juzgados por los tribunales de la *pólis* principal.[60] En el caso de Melos, una vez más, hallamos el contrapunto entre la estrategia hegemónica y la necesidad de respetar la indepen-

---

semejantes al de las asociaciones políticas, en el que ambas partes de la relación se comportaban como ciudades independientes. Como afirma Graham (1964:5), si bien la metrópoli tenía una suerte de posición hegemónica indefinida, "...most Greek colonies were founded to be self-sufficient Greek *poleis*...".

55. El pasaje es citado por Calabi (1953: 73).

56. Tucídides, 1.139.3.

57. Tucídides, 1.144.2.

58. Giovannini (2007: 102).

59. La consolidación de federaciones de Estados no surgió en la época a partir de arreglos multilaterales, sino esencialmente de acuerdos bilaterales muchas veces promovidos por el *hegemón* dispuesto a aumentar su número de aliados (Ehrenberg, 1969: 107 y 112).

60. *Cf.* Balcer (1978: 119-144), quien postula la existencia de un "Athenian Judicial Decree", vigente hasta el 412 a.C., que imponía la justicia local a los *polîtai* de ciudades aliadas. Sobre la hegemonía ateniense en la Liga, ver Alonso Troncoso (2002).

dencia de las ciudades subordinadas: mientras que Atenas proponía un tratado de alianza unilateralmente condicionado, los melios preferían estabilizar las relaciones mutuas por medio de un acuerdo de paz negociado de manera conjunta.[61]

La consolidación hacia medidos del siglo V a.C. de un verdadero "imperio" marítimo, como suelen llamar los historiadores al régimen de dominación expansionista de Atenas sobre sus aliados en las islas, da cuenta de esa separación –cada vez más evidente– entre entidades políticamente desiguales. El discurso que se consolida, sin embargo, se torna en muchas ocasiones crítico del imperialismo,[62] favorable en todo caso a una democracia con pretensiones expansionistas pero nunca abiertamente partidario de una autoridad superior que entable como paradigma la desigualdad vigente entre poderosos y débiles.[63]

III.b. Los tratados romanos en el Oriente helenizado durante la República

El ejemplo romano en tiempos de la consolidación de la política imperialista es clave para comprender la naturaleza de los tratados y la "igualdad jurídica" de los firmantes. Tratándose en un principio de una *pólis* como otras, la historia de Roma es interesante porque se traduce, precisamente, en una evolución diacrónica hacia la búsqueda de una *civitas maxima* que se patentiza en términos jurídicos.[64]

Sumidos en una confluencia estricta entre el derecho positivo y la religión, los tratados constituyeron una fuente normativa destacada desde los primeros tiempos

61. Martin (1940: 355-356). En este ocultamiento del desequilibrio existente bajo patrones balanceados hay lugar, sin embargo, para la desconfianza por parte de las ciudades menos privilegiadas: "Interference of some sort in the domestic politics of the allied city was undoubtedly a widely feared consequence of an alliance with a leading state…" (Ryder, 1965: 24). Para Ostwald (1982) y Karavites (1982), la *autonomía* funcionaba en estos casos como garantía o mecanismo eficaz para que las ciudades pequeñas se aseguraran su independencia frente al avance político de los Estados hegemónicos.

62. El propio Pericles, promotor de la hegemonía ateniense, parece haber confesado que el poder que Atenas ejercía sobre los aliados era contrario al derecho; *cf*. Tucidides 2.60, 2.63, cf. 1.42.

63. Parece haber habido considerables resquemores a la hora de hacer evidente la supremacía de una ciudad sobre otra, como bien señala Hunt (2010: 102): "In addition, hegemonic powers bound their subject allies by bilateral treaties or more commonly through a treaty organization such as the Delian League. They tended to emphasize their benefactions to justify their rule over their subject allies. (…) On the other hand, there were various ways that even these obvious superiors tried to obscure their own power. The reason for this obfuscation was the unacceptability of subordinating relationships among status".

64. Se presencia, de hecho, "un derecho general de intervención de Roma en la política de sus socios, bajo el pretexto de asegurar la paz" (Truyol y Serra [1998: 29]).

del desarrollo de Roma.[65] Confirmados solemnemente, en términos generales, por el juramento de execración pronunciado por los feciales,[66] los *foedera* constituyeron el modo esencial de manifestación del derecho internacional romano en la época clásica.[67] En efecto, en el periodo monárquico comenzaron ya a afianzarse y afirmarse una serie de términos específicos para dar cuenta de dicho nexo normativo (como *foedus, amicitia, societas, indutiae*),[68] sustentados todos, según Mommsen, en la forma originaria representada por el *hospitium publicum.*[69]

Los *foedera* se volvieron pronto una estrategia habitual a la hora de pasar desde el ámbito de los contactos regionales a la afirmación de la presencia romana en una esfera exterior.[70] Del universo jurídico interno, la lógica de las relaciones de 'clientelismo' –típicas del derecho romano– pasó a aplicarse pronto a los asuntos supranacionales.[71] De hecho, cabe destacar que en el transcurso del período de crecimiento de Roma no solamente se firmaron tratados de alianza con otras entidades estatales, sino también con aliados no provenientes del Lacio (*socii*) y con comunidades más o menos integradas al propio régimen político romano, incluyendo aliados latinos (*nominis Latini*) y organizaciones urbanas cuya población gozaba de ciudadanía romana en forma total o parcial (*municipia*).[72]

En el transcurso de esta ampliación paulatina del ámbito de influencia –sustentada en una verdadera estrategia política de romanización a través de *foedera*–

65. Fernández Baquero (1998: 156-7).

66. Tito Livio, 1.24.4 ; 30.43.9. Los pasos destinados a la celebración de *foedera* son descriptos por Oyarce Yuzzelli (2006: 122-125). Es preciso tener en cuenta, no obstante, que la palabra latina presenta un campo semántico amplio y no toda referencia al término supone una dimensión "internacional" del *ius fetiale*, como deja en claro Méndez Chang (2000). Sobre la naturaleza del vocablo "*foedus*", ver Masi (1957).

67. Corresponde, en este punto, justificar el uso del adjetivo "supranacional" que utilizamos a lo largo de este trabajo. En realidad, el carácter de las normas que se incluyen en los tratados clásicos suscriptos por Roma en el mundo oriental permiten advertir que se trata de normas que se colocan por encima de los ordenamientos internos de las comunidades helénicas. En la actualidad, en cambio, no existe supranacionalidad en el ámbito del derecho internacional público general, sino un sistema que surge de la voluntad acordada entre Estados soberanos y que se caracteriza mayormente por la coordinación en un pie de igualdad; de hecho, algunos autores como Gutiérrez Posse suelen hablar de un subsistema de cuasi-subordinación reservado al caso específico de los poderes delegados en el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas para el uso lícito de la fuerza.

68. Renaut (2007: 18-19).

69. *Cf.* Mommsen (1864).

70. Frezza (1938-9), Paradisi (1951) y Bellini (1962).

71. Este es uno de los argumentos principales que estructuran el libro de Badian (1958).

72. *Cf.* Baronowski (1988).

,[73] resulta fundamental resaltar la importancia de la llamada cláusula de majestad (*maiestas*), que frecuentemente ha sido interpretada como una manifestación certera del carácter desigual de las partes del acuerdo. A través de dicha previsión jurídica, los romanos se aseguraban el respeto ajeno de su propia supremacía, de modo tal que la ciudad que aceptaba el contenido del acuerdo veía limitada su capacidad práctica de acción, así como su propia personalidad en derecho, por la existencia de un deber de obediencia y sumisión hacia Roma y sus aliados. Esta *maiestas* presentaba ciertas manifestaciones recurrentes pero, en términos concretos, implicaba la obligación indeclinable de proveer contingentes militares y tropas terrestres o navales a la *urbs* cuando ésta lo requiriese.[74]

Para ciertos historiadores, el mecanismo institucional de la fijación de acuerdos desiguales constituyó la praxis habitual de interacción con las ciudades de la península itálica en los primeros tiempos (recordemos el caso del tratado con los samnitas del 354 a.C.).[75] Sin embargo, desde temprano en muchos casos la profunda disparidad se ocultó bajo acuerdos sumidos en un sospechoso pero explícito pie de igualdad. Por ejemplo, el *foedus Cassianum*, firmado entre Roma y la liga latina en el 493 a.C., que proveyó la base para los tratados entre Roma y las ciudades itálicas,[76] se basó en una alianza defensiva, con asistencia mutua e idéntico estatus de las partes.[77] No debe este acuerdo, sin embargo, llevarnos a pensar que las posiciones relativas de ambas partes eran parejas a la hora de convenir el compromiso.[78]

73. Harris (1971).

74. Raaflaub (1991: 576) opina que, a diferencia de lo que había sucedido con la expansión de Atenas o de Esparta en el siglo V (que interferían activamente en los asuntos domésticos de sus respectivos aliados), la proyección imperial romana fue más duradera porque se fundó en la consolidación de un régimen sólido de alianzas del que se puso pronto a la cabeza y en el que se respetaban las autonomías locales. Como veremos, si en la práctica los comportamientos diferían, cabe destacar que en ambos supuestos las modalidades de actuación (y de justificación) de una supremacía que no se asume casi nunca abiertamente como tal resultan, sin embargo, similares.

75. Un resumen de estos tratados celebrados con ciudades itálicas puede hallarse en Heitland (1915: 84).

76. *Cf*. Dionisio de Halicarnaso, 6.952. Quizás no se trate del único acuerdo firmado entre Roma y los latinos; *cf*. Tito Livio 7.12.7. Al *foedus Cassianum* también se refieren Cicerón (*Pro Balbo* 53) y Tito Livio (2.33.9); sobre su suerte posterior y la adhesión al acuerdo –en idénticos términos– de los hérnicos (Dionisio de Halicarnaso, 8.69.2) en el año 486 a.C., *cf*. Cornell (1995: 299-301)

77. Lomas (1996: 43).

78. Antecediendo lo que luego será la supremacía romana en los s. III y II a.C. sobre ciudades de menor relevancia, Forsythe (2005 :187) sostiene respecto de esta época arcaica que, al negociar con los pueblos vecinos, "Rome was the main, if not the dominant, member of the coalition". Acerca de la relación de supremacía de Roma respecto de estas comunidades –expresada en los acuerdos conservados–, ver Plancherel-Bongard (1998). Sobre Roma y los acuerdos en suelo

A pesar de sus diferencias, los cuatro tratados celebrados entre las ciudades-Estados de Roma y Cartago entre el 509 y el 279 a.C. formalizaron las relaciones bilaterales mediante el establecimiento de áreas de influencia en un pie de equilibrio, con el planteo de una amistad consagrada[79] y –en ese contexto– la fijación de derechos y condiciones para cada una de las partes y sus aliados respectivos.[80] Sin embargo, progresivamente uno advierte en la historia un poderío militar y económico cada vez mayor por parte de Roma, lo que desembocó quince años después en la Primera Guerra Púnica.

En cuanto Roma proyectó un avance fuera de los limites de Italia las modalidades de contratación se modificaron dramáticamente. Así, por ejemplo, tras la primera Guerra Púnica se celebró un acuerdo romano-cartaginés (en el año 241 a.C.), que preveía, al lado de ciertas obligaciones unilaterales (como la que imponía a Cartago el abandono y la evacuación inmediata de todo el territorio de Sicilia y las islas situadas entre Sicilia e Italia), ciertas responsabilidades mutuas y recíprocas: cada una de las partes se comprometía formalmente a mantener la seguridad de los aliados de la otra (*tèn aspháleian hypárkhein par' hekatéron toîs hekatéron symmákhois*), a abstenerse –dentro del ámbito de dominación de cada una– de dar órdenes (*epitáttein*), edificar construcciones públicas (*oikodomeîn demosíai*), contratar mercenarios (*xenologeîn*) o recibir como amigos a los socios de la otra parte (*proslambánein eis philían toùs allélon symmákhous*).[81]

Tras las guerras contra los macedonios, los romanos comenzaron a expandir su esfera de influencia hacia el Oriente y se vieron en la necesidad de sustentar, una vez más en términos jurídicos, sus relaciones políticas externas.[82] La voluntad de extender su dominio, desde los comienzos mismos del siglo II a.C., condujo a una

---

itálico, Rich (2008).

79. En el primer tratado se establecía, en palabras de Polibio (3.22), que "habrá amistad entre los romanos y sus aliados, y los cartagineses y sus aliados". El segundo tratado, aparentemente de 306 a.C., se funda en el texto del primer acuerdo y, de manera semejante, también formula que "habrá amistad entre los romanos y sus aliados, y los cartagineses, tirios y el pueblo de Útica" (Polibio, 3.24). El cuarto tratado (que en la narración historiográfica de Polibio se presenta como el tercero, 3.25) data del 279 a.C. y "contiene las mismas disposiciones de los dos primeros", con algunas normas adicionales.

80. *Cf.* Serrati (2006). Sobre los tratados romano-cartagineses, ver Cary (1919).

81. Polibio, *Historias,* 3.27.

82. Heuss (1933). Acerca de los tratados con Tarento y Rodas, puede consultarse Cary (1920). La proyección diplomática al Oriente sigue la lógica, claramente, de la intervención romana en las relaciones interestatales en las ciudades griegas del continente, como ocurrió especialmente en el caso del *koinón* aqueo con Esparta, Mesena y Atenas; al respecto, puede consultarse Harter-Uibopuu (1998: 165-195). Así, por ejemplo, sobre las relaciones entre el imperialismo romano y las comunidades macedónicas, por ejemplo, ver el trabajo de Stier (1957).

pretendida imposición del *ius Romanum* y a la firma de numerosos tratados de entendimiento con confederaciones y ciudades griegas independientes,[83] hasta llevar a la negociación de acuerdos con el pueblo de los partos en los límites del mundo civilizado.[84]

En ese contexto encuentran sustento las relaciones entabladas por Roma con las ciudades del mundo griego hacia los siglo II y I a.C., que por sus características son particularmente relevantes para nuestra lectura.[85] Aprovechando que el número de tratados conservados en inscripciones no llega a la decena (el resto de los testimonios procede de documentos literarios), nos focalizaremos a continuación en esas fuentes, que tienen la ventaja de ser directas y reproducir con precisión la terminología y el contenido de los puntos acordados.[86]Las evidencias epigráficas proporcionan información interesante acerca de estos primeros acuerdos amistosos celebrados por Roma con pequeñas localidades helénicas a partir de mediados del siglo II a.C.[87] Los textos, preservados generalmente en lengua griega de modo incompleto, aportan datos significativos al reproducir, en forma paralela y casi idéntica, algunas de las pautas fijadas históricamente en las disposiciones presentes en los antiguos convenios griegos como las que vimos en el apartado anterior.[88] Así, por caso, siguiendo el carácter de paridad propio del tratado con los aqueos,[89] en el acuerdo celebrado con los cibirenses[90] –que se supone fue firmado en 188 a.C.

83. Sobre esta autonomía de las *póleis*, todavía vigente, ver Millar (2002: 224-225). Respecto de las problemáticas doctrinarias derivadas de la confluencia del derecho romano con los derechos locales de Oriente, ver Volterra (1999) y Bancalari Molina (2004).

84. Sobre estos tratados firmados con Partia, ver Keaveney (1981) y, más recientemente, Wheeler (2002).

85. *Cf.* Schmitt (1992). Sobre la expansión romana en el Oriente griego ha trabajado también Eckstein (2008).

86. Como contrapartida, dado el carácter fragmentario de los textos preservados, desconocemos muchas veces el *corpus* completo de las cláusulas previstas. Sin embargo, como veremos, las disposiciones de que disponemos permiten concluir que se pretendía establecer instrumentos firmados en pie de paridad.

87. Un relevamiento bibliográfico acerca de estos contactos puede hallarse en Bernhardt (1998: 36-41). Acerca de la trascendencia de estos acuerdos en la historia jurídico-diplomática de Roma, puede consultarse Sherwin-White (1984: 58-70).

88. Ver Buono-Core Varas (2003), quien se refiere a la expresión griega *synthéke kaì hórkoi* que remite al intercambio escrito de los textos y al juramento exigido (el autor deja aclarado, no obstante, que en Roma el juramento era único y no doble como ocurría en el caso helénico). Acerca de la importancia de la fijación por escrito y de la publicidad de estos tratados conservados epigráficamente, *cf.* Meyer (2004: 96-97)

89. Para Belikov (2003), se trata de un caso de *foedus aequum.*

90. *OGIS* 762. Publicado recientemente bajo el N° 1 en la recopilación de material epigráfico de la

pero que Ferrary (1990: 224) piensa posterior a 167 a.C.–[91] se preveía una serie de normas recíprocas de alianza defensiva y amistad (*symmakhía kaì philía*), otras que autorizaban la modificación de las reglas estipuladas y, finalmente, una cláusula fijando la necesidad de publicación. En términos semejantes, el texto de acuerdo con Metimna[92] –preservado también en forma incompleta y de fecha incierta– daba cuenta parcial de un grupo de reglas de neutralidad, de disposiciones de alianza defensiva e incluía, por último, la cláusula de modificación.[93]

Con Calatis, colonia de Heraclea Póntica en el Mar Negro, se celebró el único tratado que ha sido transmitido hasta la actualidad en su versión latina y no en griego.[94] A pesar de la existencia de una pluralidad de estudios críticos que discuten sus principales características,[95] lo cierto es que la información que puede extraerse acerca de su contenido es muy limitada dado el estado fragmentario de su preservación. Sin embargo, es posible identificar en su texto ciertas huellas que –similarmente a los casos anteriores– sugerían también la existencia de cláusulas de neutralidad, de alianza defensiva, de modificación y publicación.[96]

En forma análoga, y aunque su estado crítico de conservación no ha permitido sacar demasiadas conclusiones con respecto a sus alcances precisos, se infiere que el tratado con Astipalea –una isla del Dodecaneso–[97] incluía cláusulas próximas a las reconocidas en el convenio con Calatis.

---

región realizada por Corsten (2002: 10-13).

91. Gruen (1984 : 731-733). Canali de Rossi (1997: 260, N° 301), por su parte, considera que el tratado fue firmado luego de 129 a.C., por su estrecha semejanza con los tratados posteriores que citamos a continuación.

92. *Syll.*[3] 693. Cf. Canali de Rossi (1997: 276, N° 321).

93. Sobre estas características que comparten todos los tratados, ver el análisis de Täubler (1913).

94. Cf. Lambrino, S. *CRAI* 1933, pp. 278-288. Cf. Passerini (1935) y Marin (1948). Por el tenor de su contenido, el tratado es frecuentemente relacionado con los tratados citados anteriormente y puede fecharse –en cuanto a su firma– hacia fines del s. II a.C.

95. Avram (1996, 1999b: 2-17 & 1999a: 201-206, N° 1), quien se ha encargado, a la luz de un trabajo filológico comparativo, de postular una reconstrucción del texto latino. Además, ver el trabajo de Mattingly (1983).

96. En todos estos casos, es fundamental el reconocimiento por parte de Roma de la *eleuthería* y *autonomía* como verdaderos privilegios otorgados a las *póleis* con las que se relacionaba; *cf.* Guerber (2010: 33-77).

97. *IG* XII.3.173 (Hallof, 2000), *RDGE* 16 (Sherk, 1969); Canali de Rossi (1997: 270, N° 320b). Fue firmado en el 105 a.C.

Asimismo, aunque deplorable, la transmisión fragmentaria de los acuerdos con Tirreo[98] y Cnido[99] –del primero solamente se ha preservado la primera línea ("*Para el pueblo de los romanos y el pueblo de los tirreos*"), mientras que del segundo hay escasas cláusulas– ha hecho suponer que su contenido debía de resultar parecido al de los otros tratados de la época: una disposición primera de alianza entre los contratantes, seguramente normas vinculadas con la neutralidad y, como cierre, la cláusula habitual que permitía eventuales modificaciones posteriores.

Pero tal vez el ejemplo mas claro de este tipo de *foedera aequa* –es decir, de aquellos textos supranacionales que se fundan estrictamente en la equiparación precisa de las consecuencias jurídicas generadas para ambas partes–[100] sea el célebre tratado de Maronea (Tracia), hallado en 1972. Este documento, fechado hacia el 167 ó 166 a.C.,[101] tiene la particularidad de haberse preservado en forma casi completa (líneas 10 a 43 de la inscripción) y se compone de un conjunto de normas específicas que, en griego, reproducen el orden dispositivo natural de las obligaciones y derechos fijados por esta especie de acuerdo: luego de una estipulación inicial estableciendo la alianza (*symmakhía*) entre las partes (en términos paralelos, ll. 7-9) y la prohibición de la guerra recíproca (*pólemos dè mè ésto*, l. 12), el convenio instaura dos cláusulas de neutralidad, a través de las cuales las partes se comprometían a no autorizar (en territorio propio y en el de las ciudades controladas por cada uno) el paso de enemigos de la contraparte y a no asistirlos en periodo de conflicto con víveres, armas o naves (ll. 12-21 y 22-30). Se incluían luego dos cláusulas de alianza defensiva, por medio de las cuales cada uno de los contratantes aceptaba ofrecer auxilio a la otra de acuerdo con la oportunidad, en caso de que un tercero hubiera tomado la iniciativa de atacar (ll. 30-33 y 33-36). Finalmente, y tal como sucedía en los ejemplos anteriores, el tratado se clausuraba con una regla que permitía adjuntar o suprimir cláusulas si ambas partes se expresaban de común acuerdo (ll. 30-41) y con una norma que exigía la publicación del tratado por parte de ambos contratantes (ll. 41-43).

Se percibe bien, en este acuerdo entre Roma y Maronea, el perfecto equilibrio establecido entre las dos partes, cuyas prestaciones se veían balanceadas estricta-

98. *SIG*³ 732. Cf. Freytag (2001: 223-231). Los especialistas lo han datado con precisión en el 95 a.C.

99. Concluido en 45 a.C.; Cf. Blümel (1992), N° 33, Canali de Rossi (1997 : 381, N° 442).

100. Este tipo de tratados claramente "guaranteed more honourable and favourable terms for the allies..." (Baronowski [1990: 345]).

101. *SEG* 35 (1985), N° 823 (pp. 218-219). La primera edición del texto, con comentario, fue realizada por Triantaphyllos (1983). Ferrary (1990: 224, n. 18) examina y discute las posibles fechas, contraponiéndose a la posición de Gruen (1984: 738-740), quien había estimado una datación a mediados de los años 140.

mente en un texto que generaba iguales derechos y obligaciones para cada uno.[102] Es llamativo, en los *foedera aequa* de este tipo, el progresivo distanciamiento entre la realidad política concreta (traducida en un mayor poder relativo de Roma frente al resto) y la ficción jurídica que oculta dicha dialéctica de dominación bajo la aparente consagración escrita de la consonancia y la igualdad soberana.[103]

Sin embargo, digamos que no todos los textos convencionales suscriptos por Roma con las ciudades del mundo helénico reprodujeron esta simetría perfecta de estipulaciones bilaterales. Ya Polibio (21.32.2-3) y Tito Livio (38.11), por ejemplo, nos transmiten el caso del tratado firmado entre Roma y Etolia en 189 a.C., en el que los romanos impusieron duras condiciones y obligaciones a la contraparte: no sólo los etolios debían respetar con lealtad la soberanía y el poderío del pueblo romano (*tèn arkhèn kaì tèn dynasteían toû démou tôn Romaíon*), sino también rechazar toda ayuda a los enemigos de la *urbs* (sin reciprocidad) e incluso tener los mismos enemigos que Roma.[104]

En este ejemplo, que no es aislado y que también encuentra eco en los acuerdos celebrados por Roma en el Occidente,[105] se vislumbra un lenguaje de dominación muy preciso. Nociones como "soberanía" (*arkhé*) o "poderío" (*dynasteía*) son claves a la hora de comprender la naturaleza subyacente a los llamados *foedera iniqua*, entendiendo como tales los acuerdos que postulan, por un lado, la supremacía de Roma y, por el otro, la obligación de que la contraparte identificase a los enemigos romanos como propios.[106]

102. Ver el análisis de las cláusulas del acuerdo en Hatzopoulos & Loukopolou (1987: 101-111) y en Stern (1987).

103. Hablando de los primeros avances por territorio itálico –pero en términos que fácilmente pueden servir para explicar todo el proceso de expansionismo republicano–, Auliard (2006: 241) afirma que "la paradoxe apparente de la diplomatie de cette période réside dans l'établissement de quelques traités d'égalité dans un contexte où le rapport des forces est pourtant de plus en plus favorable à Rome...".

104. Sobre la importancia de la cláusula de majestad en este tratado y sus implicancias, *cf.* Nicolet (1980: 45-46). No coincidimos, sin embargo, con su lectura del principio, que tiene a ver en la *maiestas* una materialización social de los intereses nacionales de Roma en lugar de una proyección política del imperialismo.

105. Hablando de un ciudadano de Gades y de los problemas que implica la doble ciudadanía para su admisión como romano, Cicerón (*Pro Balbo*, 41) afirma que habrá una paz eterna y, además, se incluye en el acuerdo una cláusula que no aparece siempre en los tratados romanos, de que los gaditanos deben amablemente defender la supremacía (*maiestas*) del pueblo romano, lo que implica que ellos eran la parte subordinada en el tratado. El pasaje ciceroniano distingue, por un lado, lo que debería ser un tratado (*foedus*) signado por las antiguas relaciones, la confianza o los peligros compartidos (*officiis vetustate fide periculis foedere coniunctis*) y una situación de imposición arbitraria de leyes injustas (*iniquissimas leges impositas a nobis*).

106. Estos *foedera iniqua* "limitavano per diritto nella libertà e politica estera e sanzionavano

Precisemos otros ejemplos de esta particular relación entre los contratantes. Firmado en el 39 a.C., el tratado con Afrodisias[107] incorporó como novedad una cláusula que establecía a favor de los locales la exención del pago de impuestos y de tasas. Corresponde destacar que este privilegio otorgado a los habitantes de la ciudad dejaba bien en claro, como contrapartida, la sumisión más absoluta al poder del pueblo romano. La lectura global del texto parece dejar entrever que Afrodisias era una ciudad ubicada en el seno del *imperium* y, como tal, se veía forzada a responder fielmente a las indicaciones de la metrópoli. Algunos sugieren la posibilidad de que la concesión de estas ventajas económicas a la *pólis* tuviera que ver con algún reconocimiento frente a una conducta previa realizada por la ciudad en beneficio del pueblo romano y sirviera, por lo tanto, como una suerte de agradecimiento.

Con Mitilene[108] Roma celebró dos acuerdos, el primero de los cuales data del año 46 a.C.[109] y el segundo del año 25 a.C. En este último,[110] el texto transmitido nos presenta la fijación de una cláusula litigiosa, los dos apartados recíprocos habituales de neutralidad, una norma bilateral de defensa en caso de agresión y, finalmente, algunas declaraciones que confirmaban las posesiones del pueblo de Mitilene en la isla de Lesbos y en el continente. Esta estipulación final resulta sorprendente para los historiadores del derecho, puesto que con ella Roma reconocía unilateralmente derechos a los pobladores de Mitilene; sin embargo, el respeto romano del territorio implicaba como contrapartida una cláusula de dominación que guiaba desde el comienzo todo el sentido del tratado.

Nos inclinamos, en consecuencia, a interpretar este texto y el anterior desde una misma lógica: creemos que es posible inferir que, detrás del otorgamiento de los derechos a las *póleis* –económicos en lo que hace a Afrodisias y territoriales en el caso de Mitilene–, subyace como contrapartida la absoluta sumisión al poder de la *urbs*. Es decir, pareciera evidente que en cada caso el otorgamiento de ventajas a las ciudades del este sólo oculta, en el fondo, la verdadera intencionalidad jurídica romana de consolidar la sujeción griega a su hegemonía. Se trata precisamente de lo que Täubler (1913) llamó '*Myschtypen*', tratados bilaterales de apariencia simétricos que incluyen, junto a compromisos igualitarios de alianza y ecuanimidad,

---

giuridicamente il primato di Roma" (Accame [1975: 100]). A pesar de que la expresión es clara en su sentido, debe decirse que no se trata de un término técnico del derecho romano, como aclaran Dahlheim (1968: 119-121) y, sobre todo, Gruen (1984: 14): "The phrase *foedus iniquum* appears but once in the ancient authors and then clearly without technical significance. *Foedus aequum* may be found more often. But it has no stronger claim as a technical term".

107. Reynolds (1982), n. 9. Canali de Rossi (1997: 374, N° 438).

108. *RDGE* 26 (Sherk, 1969).

109. *IG* XII.2.35 (Hallof, 2000), *SIG*[3] 764, Canali de Rossi (1997: 378, N° 440).

110. *IG* XII.2.36 (Hallof, 2000), *IGR* IV, 34, *RDGE* 73 (Sherk, 1969).

ciertas cláusulas adicionales que denotan los perfiles diferenciados de Roma y su contraparte.[111]

El tratado firmado entre Roma y la Confederación Licia a mediados del s. I a.C., preservado casi en su totalidad y publicado hace pocos años,[112] permite advertir también de qué modo el imperialismo romano se valía en términos efectivos de una verdadera diplomacia capaz de negociar tratados de superioridad.[113] Sus cláusulas muestran hasta qué punto la imposición de acuerdos constituyó una clara herramienta de expansión territorial para los romanos, arraigada en el pasado pero con el fin preciso de justificar su hegemonía desde el plano del derecho.

Lo interesante es que, en el período del cual data el tratado que analizamos, la Confederación Licia no se había anexado aún al imperio romano.[114] Advertimos desde las primeras líneas del tratado un vocabulario propio de los antiguos tratados celebrados durante los tiempos clásicos entre las distintas ciudades de la Grecia continental y el Asia Menor. Así, por ejemplo, en las ll. 7-10, se vuelve patente la reiteración de una terminología técnica –ya largamente enraizada en la tradición diplomática– destinada a explicitar la creación de una alianza (*symmakhía*) y el establecimiento de una paz mutua (*eiréne*).[115]

En cierta medida, bajo este sustrato helenizado, el tratado romano-licio reproduce en un principio las mismas cláusulas contenidas en el texto suscripto con Maronea y con otras *póleis* orientales: la imposición de una alianza defensiva (ll.

111. Ferrary (1990: 233-234) considera, de hecho, que el tratado romano-mitilenense es un ejemplo claro de '*Mischtypus*'.

112. Mitchell (2005). El tratado fue transmitido en una placa de bronce conservada en la Colección de Martín Schøyer en Londres y Oslo y recién dado a conocer en 2003; representa un acuerdo firmado por el propio Julio César el 24 de julio del año 46 a.C. y constituye en nuestra opinión una fuente única para entender algunos aspectos del derecho aplicable a las relaciones de Roma con comunidades independientes, constituyendo un testimonio certero de ciertas pautas romanas de derecho 'supranacional'.

113. Hemos examinado más detalladamente el contenido de este tratado en Buis (2009).

114. Acerca de las características e importancia de esta Confederación, ver Larsen (1957), Moretti (1962) y Jameson (1980). Sobre la documentación epigráfica obtenida en la zona de Licia, ver la edición de las actas publicadas en Schuler (2007). Digamos que, a pesar de haberse hallado por siglos bajo su hegemonía, Licia fue el último Estado helenístico en incorporase formalmente al Imperio Romano. En el año 43, bajo el emperador Claudio, a causa de desórdenes internos y la muerte de algunos ciudadanos romanos (como señala Dión Casio y Suetonio, *Claud*. 25.3), Licia adquirió el *status* de provincia, aunque no se sabe con certeza si lo hizo como una entidad autónoma (probablemente con capital en Patara) o bien junto a Panfilia en una prefectura conjunta. En cualquier caso, Licia conformaba para la mentalidad romana una suerte de unidad cultural y geográfica, y como tal era considerada en los textos griegos y latinos.

115. Sobre la importancia de estas nociones en el mundo de las relaciones interestatales griegas, ver Baltrusch (1994).

17-22), la previsión de un acuerdo ofensivo para luchar contra terceros (ll. 22-24 y 24-26, respectivamente) y finalmente las normas frecuentes que autorizan la modificación del contenido (ll. 69-73). Sin embargo, es preciso advertir que –junto a estas disposiciones equitativas– se alza aquí un conjunto de obligaciones y derechos novedosos, muchos de los cuales también se encuentran sustentados en el principio de paridad (ll. 26-64). Así, por caso, en el texto se postula una interdicción equiparable de exportaciones e importaciones (ll. 26-32), se establecen ciertas disposiciones paralelas sobre jurisdicción aplicable (ll. 32-43) y se consagra la prohibición de la toma de promesas de garantía (ll. 43-52). En este sentido, quizás el aspecto más destacable de este tratado es que constituye el primer ejemplo de una fuente directa que nos brinda información acerca de la implementación de la jurisdicción tradicional de las comunidades griegas frente a la administración federal romana en Oriente.[116] Resulta particularmente interesante notar que, en este caso, el tratado parece atenerse a la consagración del principio del *forum domicilii*, protegiendo a los licios de posibles acciones presentadas en el seno del sistema judicial del gobernador romano. Esto es, sin duda, un privilegio especial concedido por Roma al pueblo griego de la región licia.

Hasta aquí, un paralelismo indudable parece subyacer en las disposiciones fijadas. Sin embargo, dicha *aequitas* aparente termina disolviéndose con la incorporación de preceptos que benefician claramente a una de las dos partes.[117] Así, corresponde señalar que –junto con las normas establecidas de modo armónico entre ambas entidades políticas– en el tratado se distingue luego una cláusula unilateral

116. En cuanto a las transferencias comerciales, pues, si aquellos que trasladan bienes prohibidos a los enemigos de Roma o de la Confederación Licia son descubiertos *in fraganti*, el acuerdo establece de modo expreso que deben ser llevados ante el *praetor peregrinus* en Roma o ante el oficial de más alto rango de la Confederación en caso de ser detenidos en Licia (ll.28-31); *Cf.* Kantor (2007: 9-10). El texto no ofrece ninguna diferenciación en el tratamiento jurídico entre romanos y licios, y se consagra para la jurisdicción aplicable el principio del *forum delicti*, a diferencia de lo que sucederá en las líneas siguientes para el supuesto de las sanciones criminales. En efecto, cuando en las líneas 32 a 37 se tratan los casos de pena de muerte, la solución de jurisdicción y competencia que el acuerdo brinda sostiene que, contra un romano, debe llevarse adelante un juicio en Roma siguiendo el derecho romano, mientras que un licio sólo podrá ser acusado en Licia siguiendo lo que establecen las leyes locales (ll. 34-37). Finalmente, en las líneas 37 a 43 se observan algunas disposiciones destinadas a aportar una respuesta frente a otras posibles controversias legales que pudieran surgir entre ciudadanos romanos y licios. En efecto, si un licio es acusado, solamente podrá ser llevado ante un magistrado en Licia de acuerdo con la legislación del lugar, pero si se trata de un romano, cualquier magistrado o promagistrado romano, a quien se le acerquen las partes, deberá fijar una corte, de modo tal que la sentencia se alcance del modo más suave posible y en una manera que le parezca justa y bien ordenada (ll.37-41).

117. Es por ello que Guerber (2010: 72, n. 167) concluye que este tratado romano-licio también responde a la categoría híbrida propia de los '*Myschtypen'*.

que traduce la confirmación de ciertos arbitrajes territoriales a favor de los licios (ll. 52-64), cuyas fronteras, se aclara, pasarán a estar *aseguradas* y *garantizadas* por la ley del César.[118] Parece obvio, a la luz de esta última frase, que el respeto de los límites físicos del *koinón* de los licios implica –en compensación– el reconocimiento jurídico de la superioridad romana. Es esto, exactamente, lo que se refuerza de modo puntual en la l. 9: "Que los licios observen (firmemente) el poder y la preeminencia de los romanos (*tèn te exousían kaì hyperokhé tèn Romaíon*) como sea adecuado en todas circunstancias en un modo digno de ellos y del pueblo romano".

Los términos *exousía* y *hyperokhé*, colocados en posición enfática a comienzos de oración, traducen en griego respectivamente dos conceptos latinos de gran peso en la cultura político-diplomática romana, *imperium* y *maiestas*.[119] En efecto, tratándose de dos nociones fundamentales para la consolidación del dominio de Roma respecto de las ciudades que componen la confederación licia, su inclusión no es azarosa: sirven para quebrar el equilibrio normativo y afianzar, como resultado, una inequidad sustancial cimentada en la superioridad absoluta de la potencia conquistadora.[120] En definitiva, el tratado muestra con claridad meridiana hasta qué punto una disposición concreta –que identifica de modo directo los *foedera iniqua*–[121] contribuye a desestabilizar la simetría normativa que el texto del acuerdo había comenzado a consolidar como base a lo largo de sus primeras líneas.

Al explicar la práctica romana de suscribir tratados en el mundo helenizado, un autor como Kallet-Marx (1995: 191) atribuía la iniciativa de la negociación de convenios a los pueblos griegos, deseosos de gozar de seguridad al pertenecer visiblemente al círculo de *amici populi Romani* y de publicitar la alianza como un premio otorgado por la poderosa metrópoli a la lealtad y fidelidad de la *pólis*. Dicha conclusión, sin embargo, se limita a subrayar la importancia reconocida por los griegos a la *formula amicorum* y a los beneficios derivados, pero descarta la importancia que revestía la firma de *foedera* para los propios romanos.[122]

118. Era habitual recurrir a la figura del emperador para la solución de controversias fronterizas provinciales, como explica Burton (2000: 213).

119. Sherk (1969). Acerca del concepto de *imperium* en el Oriente romano, cf. Bernhardt (1971).

120. Sobre la *maiestas*, son fundamentales los trabajos de Gundel (1963) y Gaudemet (1964). Este principio fundamental, que imponía la hegemonía romana ante el resto, se reflejaba en la cláusula *maiestatem populi Romani comiter conservanto* (*cf*. Cicerón, *Pro Balbo* 16.35). Se trata de un concepto que, según Bauman (1986: 89-91), carece de paralelo en los tratados firmados entre ciudades griegas.

121. Refiriéndose, precisamente, a la cláusula de *maiestas*, Laurent (1850: 206) concluye: "Il était impossible de constater plus clairement la supériorité des romains et la dépendance du peuple allié. Les conventions qui contenaient cette clause étaient proprement qualifiées de *traités inégaux*".

122. El propio Kallet-Marx (1995: 196) resulta claro al decir que, para él, "Rome did not found its empire in the East upon the treaty relationship".

Los principales acuerdos firmados por Roma en las provincias del este hacia mediados y fines de la época republicana permiten apreciar ciertas características de los *foedera aequa* en la medida en que parecen consagrar una equiparación de las partes en el texto del tratado. Pero digamos que, tal como vimos con las ciudades griegas, esa paridad no se corresponde en el plano real con la pronunciada diferencia establecida entre Roma –como potencia hegemónica– y las pequeñas ciudades helenísticas.[123] Gruen (1984) consideraba, para explicar este fenómeno, que en verdad se trataba de meros actos de cortesía, y en el mismo sentido Ferrary (1990) sostenía que la equiparación de las partes se explicaba por la función simbólica de los acuerdos.[124] Debe destacarse, sin embargo, que estas dos interpretaciones dejan de lado la funcionalidad jurídica implícita en la firma de tratados y la necesidad, por parte de Roma, de imbricarse –y alejarse a la vez– de una extensa tradición de relaciones internacionales afianzada alrededor del Mar Mediterráneo.

En función de esta utilización intencionada de la *par conditio*, la distinción entre un *foedus aequum* y un *foedus iniquum* pasa a quedar desdibujada, especialmente si tenemos presente que en ambas categorías subyace siempre la dominación política y que, en las cláusulas estrictamente bilaterales, corresponde siempre leer –como sobre un telón de fondo– la supremacía romana. Por nuestra parte, lo que deviene interesante en la lectura de un acuerdo como el romano-licio es que, cuando explícitamente se conceden ciertos privilegios o derechos unilaterales a la ciudad de menos poder (sean éstos de índole económica o territorial), suele aparecer asentada una consagración jurídica *expresa* de la autoridad romana. Esto es, precisamente, lo que se puede notar con respecto a los convenios firmados con Afrodisias, Mitilene y el *koinón* licio, en los que expresamente se hace alusión al poder y la preeminencia (*exousía kaì hyperokhé*) pero se reconocen derechos unilaterales a la contraparte.

En términos jurídicos –cabe destacar–, estos tratados de amistad y alianza militar representan, junto con los tratados griegos examinados, un testimonio invalorable pues permiten comprender algunas nociones propias del derecho 'supranacional' antiguo a la luz de la referencia a ciertas problemáticas frecuentes en los vínculos y conexiones interestatales. En una dimensión más política, se advierte que, mediante

123. Esta ambigüedad en las relaciones internacionales de Roma con las *poleis* orientales ya fue identificada por Burton (2003). La admiración hacia el mundo griego de ningún modo obstaculizó la conquista de sus territorios por parte de Roma; en palabras de Capogrossi Colognesi (2009: 208), "…i circoli più accentuatamente imperialistici erano stati anche più spiccatamente filoellenistici: aperti e interessati alla cultura e ai valori del mondo che essi si apprestavano a sottomettere. Tra l'altro i Romani, a differenza di altre grandi esperienze imperiali proprie dell'età moderna, non erano distorti nel loro approccio alla civiltà ellenistica da quei pregiudizi religiosi e culturali che avrebbero progressivamente scavato fossati insuperabili tra governati e governanti, mirando tutta l'esperienza colonaria moderna".

124. Ferrary (1990: 225).

la adaptación de la tradición helénica referida a la firma de tratados, los romanos consiguieron involucrarse con los pueblos griegos desde un instrumento jurídico que estos últimos consideraban habitual.[125] A la misma finalidad, podría pensarse, contribuyen la enfática voluntad de mostrar en los textos romanos a estas ciudades como "griegas"[126] y la reproducción de un vocabulario de larga data mediante el que se reconocía (y a la vez se oscurecía) la independencia de las *póleis* consagrada plenamente desde el s. V a.C.[127]

En definitiva, si con estos contactos formales Roma actualizaba y consolidaba el uso activo de un esquema normativo ya vigente y reconocido en las ciudades conquistadas, era precisamente porque se trataba de reproducir, en un plano legal, los mecanismos históricos de las relaciones diplomáticas para reutilizarlos con un nuevo objetivo: fundar en derecho, de modo eficaz, su creciente supremacía internacional.[128]

IV. A modo de conclusión: Gulliver y el Imperio

La consagración de la Paz de Westfalia como hito esencial en el desarrollo de las relaciones interestatales y como punto de partida del reconocimiento de la igualdad jurídica de los Estados no resiste un análisis histórico, especialmente teniendo

125. En esto sí seguimos a Kallet-Marx (1995: 198), para quien estos convenios analizados son una prueba cabal de "Rome's unwillingness to revolutionize the institutions of the Hellenic world". Pero mientras que este autor considera que esos acuerdos eran meramente símbolos de lealtad hacia Roma –y en ese sentido funcionales para el *imperium*–, optamos por poner énfasis en la utilización romana de los tratados como fuentes para conseguir sus objetivos territoriales.

126. Acerca del énfasis en los testimonios romanos acerca del carácter griego de los *koiná* asiáticos, ver Ferrary (2001).

127. El léxico que usarán los romanos, tanto en latín como en griego, sirve para retomar viejos conceptos de extensa tradición en la diplomacia helénica, tales como ocurre con las equivalencias *amicitia / philia, societas / symmakhía, libertas / eleuthería*. Sobre la funcionalidad de estos pares significativos, *cf*. Bernhardt (1998: 11-35).

128. Jones (2001: 18) analiza los monumentos romanos en la región e interpreta la apropiación de los valores locales griegos por parte de la *urbs* como parte de un complejo mecanismo destinado a la preservacion de la memoria de la Republica Romana en las ciudades griegas: "Memory is kept alive by gratitude (notably towards the memory of Lucullus and Pompey); by pride in the services which the cities had performed for Rome; and by a desire to maintain the privileges which Roman imperatores had conferred on cities, on temples, or on corporations like the guild of athletes". Creemos, por nuestra parte, que esta política cultural no sólo se explica por gratitud a personajes, por orgullo de los servicios que las ciudades prestaron a Roma o por el deseo de mantener los privilegios. También es un modo de construir visual y discursivamente un espacio de supremacía y poder, acorde con los avances diplomáticos ocultos bajo una "paridad" interestatal.

en cuenta la naturaleza de los acuerdos bilaterales que la anteceden.[129] La deuda de los tratados de Münster y Osnabrück con las fuentes convencionales del mundo antiguo es evidente. Algunos romanistas reconocidos como Winkler (2004) se han encargado de sostener, con buenos fundamentos, hasta qué punto en los acuerdos de 1648 se percibe la influencia del derecho "privado" romano, revelando en particular las clausulas del *uti possidetis* y de la *restitutio in integrum.* Nuestra lectura complementa esa visión, en la medida en que reconoce en Westfalia un momento particular (como tantos otros) dentro de un *continuum* que caracteriza el derecho internacional desde sus orígenes más remotos en la antigüedad hasta nuestros días. Pero al hacerlo no hemos apelado al reconocimiento de principios propios del *ius civile* proyectados a la dimension internacional, sino más bien a la identificacion de un lenguaje (y, por lo tanto, de una lógica que ese lenguaje expresa) que caracteriza la celebracion de tratados desde el surgimiento de un derecho común de los griegos y desde el afianzamiento del *ius gentium* en tiempos de la República Romana.

No aparecen en la Paz de Westfalia conceptos particulares y definidos que, a la lectura, permitan concluir en la materialización de una igualdad jurídica antes inexistente, como nos ocupamos de adelantar en nuestra introducción. Muy por el contrario, aparece allí en cambio un discurso que no se aleja de los precedentes grecorromanos analizados, sino que se reitera casi de modo expreso, que instala normas y principios ya predeterminados mediante el recurso a una redacción conservadora, alejada de originalidad.[130] Unos pocos ejemplos servirán para mostrar este punto y cerrar nuestro planteo. El primer artículo del Tratado de Münster, que fija los criterios fundamentales que rigen todo el acuerdo, establece en un pie de igualdad una amistad sincera entre la majestad imperial y la majestad cristiana y entre todos y cada uno de los aliados de ambas partes (*et sincera amicitia inter sacram Caesaream maiestatem, domum Austriacam omnesque eius foederatos et adhaerentes*). Como si se tratase de un ejemplo más de los tratados bilaterales explorados en el apartado anterior, el artículo 3 del instrumento jurídico insiste en la seguridad de una amistad recíproca (*amicitiae mutuae securitas*) y fija una alianza defensiva mediante la que los contratantes se comprometen a tener los mismos enemigos: "nadie asistirá nunca a los enemigos presentes o futuros del otro bajo ningún título o pretensión, sea con armas, dinero, soldados o cualquier clase de municiones" (*alter alterius hostes praesentes aut futuros nullo unquam titulo vel praetextu vel ullius*

129. El propio Koskenniemi (2007: 39) señalaba al respecto que, lejos de ser un instrumento innovador, Westfalia constituye una vuelta atrás hacia viejos principios: "…in as much as it contains concepts that may explain why historians have read into treaties what they did, these are anything but innovative, merely restatements of past principles, if not retrogressions into history".

130. Sin entrar en detalles ni proporcionar evidencias procedentes del mundo antiguo, ya Lesaffer (2004: 44) concluía que "many of the rules and concepts, both of formal and of material treaty law, that were developed after 1648 can be traced back to pre-Westphalian treaty practice".

controversiae bellive ratione contra alterum armis, pecunia, milite, commeatu aliterve iuvet aut ullis copiis).

Fórmulas tales como la que prevé la determinación de amigos o enemigos comunes o la que exige lazos de auxilio recíproco, presentes en las convenciones griegas y romanas, se repiten a lo largo de la historia, precisamente porque la voluntad de los sujetos que se ponen en contacto para negociar un acuerdo suele fundarse en patrones semejantes. Mediante estas expresiones, la consolidación formal de una igualdad jurídica responde en todos los casos (Atenas, Esparta, Roma o el Sacro Imperio) a una verdadera puja histórica entre una hegemonía legalizada que se pretende robustecer y la búsqueda de un igualitarismo soberano considerado como medida de justicia; en ese movimiento cíclico[131] se instaura una tensión en la que las asimetrías de hecho se disimulan bajo la puesta a punto de un mecanismo discursivo homogenizador e igualitarista.

La Paz de Westfalia es un punto de inflexión discrecional, una fecha arbitraria que responde sin dudas a la fuerte presencia teórica de un eurocentrismo jurídico propio de la modernidad, que en gran medida contribuye a desconocer lo que sucedía antes y en otras partes del mundo.[132] Como tal, pues, es una creación histórico-legal adecuada a la preservación de valores considerados clave por la comunidad internacional, ámbito de relaciones en el que la hegemonía –inevitable– se perfila como una amenaza constante que crea y resguarda (ocultamente, a veces) las normas internacionales y a la vez las pone en jaque.[133]

Sin recurrir a la teoría del realismo político (que lee en las relaciones internacionales un mero juego de fuerzas)[134] ni a una visión socialista del derecho (que per-

131. Es la tesis central del libro de Simpson (2004), que sin embargo solamente se ocupa de la sociedad internacional "institucionalizada" a partir de 1815.

132. En un excelente trabajo, Craven (2007: 8) lo aclara sin ambages: "The association of international law with the emergence of the modern 'sovereign state', for example, is such as to locate it within a temporal frame that begins, on most accounts, with the Treaties of Westphalia of 1648. For all the significance of the Westphalian treaties, it is hard not to regard 1648 as anything other than an arbitrary date the choice of which not only ignores the possibility that 'systems' of international law might have existed at earlier points in time but also is such as to render any such history principally European or 'Northern' in character - pushing to the margins the experience of African, Asian or South American societies". Al respecto, con relación a las antiguas tradiciones no europeas en la materia –que consideramos esenciales para una verdadera visión de conjunto respecto de la raigambre histórica del derecho internacional–, ver el trabajo de Kolb (2010) que retoma, completa y actualiza la monografía de Preiser (1976).

133. Krisch (2005) justifica cómo el derecho internacional se emplaza en un lugar precario, presionado por los Estados poderosos que, confiando en él para asegurar su propia hegemonía, lo limitan en cuanto se ven amenazadas por sus reglas.

134. A partir del libro seminal de Morgenthau (1948). Para el caso concreto de la antigüedad,

cibe los tratados como estructuras impuestas por parte de los sujetos más poderosos sobre los más débiles),[135] nos hemos propuesto recurrir al análisis del discurso para procurar dar cuenta del rol inescindible que juega el lenguaje en la consolidación efectiva de un derecho de gentes. La aproximación filológica a los tratados griegos del período clásico y a aquellos suscriptos por Roma con las ciudades helenísticas de la Grecia continental y Asia Menor nos puede abrir el camino a otras épocas del derecho internacional, escasamente recorridas, en las que abundan antecedentes de problemáticas actuales. En particular, nos ha permitido identificar aquí ciertas pautas inherentes a la firma de acuerdos que suponen el enmascaramiento de la supremacía de una parte sobre otra, y que al mismo tiempo dejan entrever una afirmación necesaria de esa jerarquía. Esperemos que este derrotero inspire futuros trabajos en los que se explore, con presupuestos semejantes, la situación particular de los tratados "desiguales" en la actualidad, para comprobar la existencia de continuidades discursivas y la proyección de estipulaciones "igualitarias" en tiempos de nuevos imperios y hegemonías.[136]

En el Capítulo IV del Libro VI de su obra fundamental, Emmerich de Vattel –el más conocido de los grandes doctrinarios del derecho internacional del s. XVIII– afirmaba con contundencia que, así como no hay diferencias en la humanidad de gigantes y de enanos, del mismo modo no debía haberlas entre los Estados más poderosos y los pueblos menos desarrollados.[137] La fuerza metafórica de la analogía, eficaz para una posición naturalista como la del autor, no tiene en

---

Eckstein (2006) representa un buen ejemplo de la aplicación a ultranza del realismo en el estudio de las relaciones interestatales grecorromanas: el mundo clásico, en su opinión, es una guerra hegemónica permanente por la primacía imperial absoluta en el Mediterráneo.

135. *Cf.* Koskenniemi (1989) o Anghie (2004). Desde una lectura influida por reflexiones marxistas, Teschke (2002: 6) arriba con fundamentos distintos a una conclusión semejante a la nuestra "… the Westphalian system was characterized by distinctly non-modern relations between dynastic and other pre-modern political communities that were rooted in pre-capitalist social property relations".

136. Acerca de los Estados grandes y pequeños a lo largo del s. XIX, ver el estudio fundamental de Wolfke (1961). Un buen punto de partida para plantear hoy los desafíos del derecho internacional en tiempos de unipolaridad hegemónica es el libro colectivo editado por Byers & Nolte (2003). Nuestra posición al respecto es que, tanto en el mundo antiguo como en la actualidad, la falta de una igualdad jurídica real en términos concretos no afecta la existencia y validez del derecho internacional como tal, en la medida en que este derecho se consolida como un discurso eficaz para enmarcar en normas jurídicas (debatidas con mayor o menos poder de negociación) las relaciones políticas externas.

137. "...un Prince foible, mais souverain, est aussi souverain et indépendant que le plus grand Monarque, comme un Nain n'est pas moins un homme, qu'un Géant; quoiqu'à la verité, le Géant Politique fasse une plus grande figure que le Nain, dans la société générale, et s'attire par-là plus de respect et des honneurs plus recherchés" (de Vattel, 1758: 310).

cuenta sin embargo la profusa literatura que a lo largo de la historia ha convertido a pigmeos y monstruos desmesurados en criaturas extremas que, como duendes o cíclopes, han explotado los límites de la normalidad del hombre común. Así como las civilizaciones antiguas –incluyendo la grecorromana– concebían en relatos la pequeñez de los gnomos o la enormidad de los gigantes como formas liminares, del mismo modo la ficción de equipararlos entre sí y secularizar su presencia configura un relato (quizás incluso una leyenda) capaz de desnaturalizar sus particularidades bajo estándares únicos.

En definitiva, se trata de Estados diminutos y Estados colosales, conviviendo míticamente como iguales en el contexto de un sistema internacional que, si no tuviese origen en Westfalia, tal vez podría tenerlo en las tierras literarias de Liliput.

Bibliografía

Fuentes primarias (epigráficas y literarias)

Avram, A.: (ed.). *Inscriptions grecques et latines de Scythie Mineure III. Callatis et son territoire,* Budapest & Paris. 1999 a.

Blumel, W. (ed.): *Die Inscriften von Knidos* I, Bonn, 1992.

Browson C. L. : *Xenophon*, Vol. 1 (Books 1-4), Cambridge (MA) & London, 1918.

— *Xenophon*, Vol. 2 (Books 5-7), Cambridge (MA) & London, 1921.

Butcher, S. H. (ed.): *Demosthenis Orationes*, Oxonii, 1903.

Búttner-Wobst, T. (ed.): *Polybius. Historiae*, Leipzig, 1893.

Cagnat, R. *et alii* (eds.): *Inscriptiones Graecae ad res Romanas pertinentes,* IV, Paris, 1927.

Clark, A. C.(ed.): *M. Tulli Ciceronis Orationes*, Oxonii, 1909.

Corsten, T. (ed.): *Die Inschriften von Kibyra* I, Bonn, 2002.

Dittenberger, W.: *Orientis Graeci Inscriptiones Selectae*, I-II, Leipzig, 1905.

— (ed.): *Sylloge Inscriptionum Graecarum*, 3 ed., Leipzig, 1924.

Foster, B. O. (ed.): *Livy. Books I and II*, Cambridge (MA) & London, 1919.

Fromentin, V. & Sautel, J. H.(ed.): *Denys d'Halicarnasse. Antiquités romaines*, Paris, 1998.

Hallof, K. (ed.): *Inscriptiones Graecae consilio et auctoritate*, Vol. XII, Fasc. VI, "Inscriptiones Chii et Sami cum Corassiis Icariaque", Berlin & New York, 2000.

Murray, G. (ed.): *Euripidis Fabulae*, vol. 3, Oxford, 1913.

Oldfather, C. H. (ed.): *Diodorus Siculus*, Volumes 4-8, Cambridge (MA) & London, 1989.

Perrin, B.: *Plutarch. Lives*, Cambridge (MA) & London, 1916.

Rauchenstein, R. (ed.): *Ausgewählte Reden des Isokrates. Panegyricus und Areopagiticus,* Berlin, 1874.

Repgen, K. (ed.): *Acta Pacis Westphalicae* (Hrsg. von der Nordrhein-Westfälischen Akademie der Wissenschaften in Verbindung mit der Vereinigung zur Erforschung der Neueren Geschichte), Serie III [Abteilung B: Verhandlungsakten. Band 1: Die Friedensverträge mit Frankreich und Schweden. 1: Urkunden. Bearb. von Antje Oschmann], Münster, 1998. (disponible en <http://www.pax-westphalica.de> [consultado el 07-02-2011]).

Sherk, R.K. (ed.): *Roman Documents from the Greek East*, Baltimore, 1969.

van Effenterre, H. & Ruzé, F. (eds.): *Nomima. Recueil d'inscriptions politiques et juridiques de l'archaïsme grec*, Vol. 1, Rome, 1994.

Fuentes secundarias (bibliografía crítica)

Accame, S.: *Il dominio romano in Grecia dalla guerra arcaica ad Augusto,* New York 1975, (edición original: Roma, 1946).

Alonso Troncoso, V.: "Algunas consideraciones sobre la naturaleza y evolución de la *Symmakhía* en época clásica (I)", *Anejos de Gerión* II; 1989, pp. 165-179.

— "Para un corpus de los tratados de alianza de la Grecia Clásica", *Dike* 4; 2001, pp. 219-232.

— "La cláusula de la hegemonía en la Liga Délica (Th. 3,10,4; 11,3)", *Ktèma* 27, 2002, pp. 57-63.

— "L' institution de l'hégémonie: entre la coutume et le droit écrit", en Thúr, G. & Fernández Nieto, F. J. (eds.) *Symposion 1999. Vorträge zur griechischen und hellenistischen Rechtsgeschichte* (Pazo de Mariñán, La Coruña, 6.-9. September 1999) (Akten der Gesellschaft für Griechische und Hellenistische Rechtsgeschichte, 14), 2003, pp. 339-354.

Amit, M.: *Great and Small Poleis: A Study in the Relations between the Great Powers and the Small Cities in Ancient Greece* (Collection Latomus, 134), Brussels, 1973.

Anand, R. P.: "Sovereign Equality of States in International Law", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* 197, La Haye; 1986, pp. 9-228.

Anghie, A.: *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law,* Cambridge, 2004.

Auliard, C.: *La diplomatie romaine. L'autre instrument de la conquête. De la fondation à la fin des guerres samnites (753-290 av. J.-C.),* Rennes, 2006.

Avram, A.: "Der Vertrag zwischen Rom und Kallatis", en Funck, B. (ed.), *Hellenismus. Beiträge zur Erforschung von Akkulturation und politischer Ordnung in den Staaten des hellenistischen Zeitalters*, Tübingen, 1996.

— Der *Vertrag zwischen Rom und Kallatis. Ein Beitrag zum römischen Völkerrecht*, Amsterdam, 1999b.

Badian, E.: *Foreign Clientelae (264-70 B.C.)*, Oxford, 1958.

Balcer, J.: *The Athenian Regulations for Chalkis. Studies in Athenian Imperial Law* (Historia Einzelschriften, 33), Wiesbanden, 1978.

Baltrusch, E.: *Symmachie und Spondai. Untersuchungen zum griechischen Völkerrecht der archaischen und klassischen Zeit (8.-5. Jahrhundert v. Chr.)*, Berlin & New York, 1994.

Bancalari Molina, A.: "Coexistencia o enfrentamiento entre el derecho romano y los derechos locales de las provincias", en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 26, Valparaíso, 2004, pp. 25-39.

Bandeira Galindo, G. R.: "Martti Koskenniemi and the Historiographical Turn in International Law", en *European Journal of International Law* 16 (3), 2005, pp. 539-559.

Barker, E.: "Greek Political Thought and Theory", *CAH* 6; 1927, pp. 505-535.

Baronowski, D. W.: "Roman Treaties with Communities of Citizens", *CQ* N.S. 38 (1), 1988, pp. 172-178.

— "*Sub umbra foederis aequi*", *Phoenix* 44 (4), 1990, pp. 345-369.

Bauman, R. A.: "Rome and the Greeks: Apropos of a Recent WorkC", *Acta Classica* 29, 1986, pp. 85-98.

Baviera, G.: *Il diritto internazionale dei Romani*, Modena, 1898.

Bearzot, C.: *Federalismo e autonomia nelle Elleniche di Senofonte*, Milano, 2004.

Beaulac, S.: "The Westphalian Legal Orthodoxy - Myth or Reality?", *Journal of the History of International Law* 2 (2), 2000, pp. 148-177.

— *The Power of Language in the Making of International Law. The Word* Sovereignty *in Bodin and Vattel and the Myth of Westphalia*, Leiden, 2004.

Bederman, D. J.: *International Law in Antiquity*, Cambridge, 2001.

Belikov, A. P.: *Rim i ellenism. Osnovnye problemy politicheskij, ekonomicheskij i kulturnyj kontaktov* ("Roma y el helenismo: problemas básicos de los contactos políticos, económicos y culturales"), Tesis Doctoral (Especialidad en Historia del Mundo Antiguo), Stavropol (en ruso), 2003.

Bellini, V. : "*Foedus* et *sponsio* dans l'évolution du droit international romain", *RHD* 40; 1962, pp. 509-539.

Bernhardt, R.: *Imperium und Eleutheria. Die römische Politik gegenüber den freien Städten des griechischen Ostens*, Hamburg, 1971.

— *Rom und die Städte des hellenistischen Ostens (3.-1. Jahrhundert v.Chr.). Literaturbericht 1965-95*, München, 1998.

Bickerman, E. J. : "Remarques sur le droit des gens dans la Grèce classique", *RIDA* 4, 1950, pp. 99-127.

Bonk, P.: *Defensiv - und offensivklauseln in griechischen Symmakhieverträgen,* Tesis de Doctorado, Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität, Bonn, 1974.

Boutros-Ghali, B.: "Le principe d'égalité des États et les organisations internationales", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* 100, La Haye; 1960, pp. 2-73.

Brassloff, S.: *Der römische Staat und seine internationalen Beziehungen*, Wien & Leipzig, 1928.

Bryce, T.: *The Lycians,* Vol. 1 "The Lycians in Literary and Epigraphical Sources", Copenhagen, 1983.

Buis, E. J.: "Las particularidades del acuerdo romano-licio (*P. Schøyen* I 25) como fuente de derecho internacional: ¿un nuevo *foedus iniquum*?", *Revista de la Asociación de Derecho Romano de la República Argentina* 5, 2009, pp. 203-219.

Buono-Core Varas, R.: "Los tratados en el mundo romano", *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* (Valparaíso) 25, 2003, pp. 23-34.

Burton, G. P.: "The Resolution of Territorial Disputes in the Provinces of the Roman Empire", *Chiron* 30, 2000, pp. 195-215.

— "*Clientela* or *Amicitia*? Modeling Roman International Behavior in the Middle Republic (264-146 B.C.)", *Klio* 85 (2), 2003, pp. 333-69.

Byers, M. & Nolte, G. (eds.): *United States Hegemony and the Foundations of International Law*, Cambridge, 2003.

Calabi, I. : *Ricerche sui rapporti tra le poleis,* Firenze, 1953.

Camilleri, J. & Falk, J.: *The End of Sovereignty? The Politics of a Shrinking and Fragmenting World,* Aldershot, 1992.

Canali De Rossi, F.: *Le ambascerie del mondo greco a Roma in età repubblicana*, Roma, 1997.

Capogrossi Colognesi, L.: *Storia di Roma tra diritto e potere*, Bologna, 2009.

Cary, M.: "A Forgotten Treaty Between Rome and Carthage", *Journal of Roman Studies* 9, 67, 1919.

— "The Early Roman Treaties with Tarentum and Rhodes", *JPh* 35, 1920, pp. 165-173.

Cassayre, A.: *La Justice dans les cités grecques. De la formation des royaumes hellénistiques aux legs d'Attale*, Rennes, 2010.

Catalano, P.: *Linee del sistema sovrannazionale romano,* Torino, 1965.

Cornell, T. J.: *The Beginnings of Rome. Italy and Rome from the Bronze Age to the Punic Wars (c. 1000-264 BC),* London & New York, 1995.

Craven, M.: "Introduction: International Law and Its Histories", en Craven, M., M. Fitzmaurice & M. Vogiatzi (edd.) *Time, History and International Law* (Developments in International Law, Vol. 58), Leiden & Boston, 2007, pp. 1-25.

Croxton, D.: "The Peace of Westphalia of 1648 and the Origins of Sovereignty", *International History Review* 21, 1999, pp. 569-852.

Cutler, A. C.: "Critical Reflections on the Westphalian Assumptions of International Law and Organization: A Crisis of Legitimacy", *Review of International Studies* 27, 2001, pp. 133-150.

Dahlheim, W.: *Struktur und Entwicklung des römischen Völkerrechts im dritten und zweiten Jahrhundert v. Chr.*, München, 1968.

de Vattel, E. : *Le droit des gens, ou principes de la loi naturelle, appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et Souverains,* Tome II, Londres, 1758.

Detter, I.: "The Problem of Unequal Treaties", *International and Comparative Law Quarterly* 15, 1966, pp. 1069-1089.

Dickinson, E. D.: "Analogy between natural persons and international persons in the law of nations", *Yale Law Journal* 26, 1917, pp. 564-591.

— *The Equality of States in International Law*, Cambridge (MA), 1920.

Eckstein, A. M.: *Mediterranean Anarchy, Interstate War, and the Rise of Rome,* Berkeley, Los Angeles & London, 2006.

— *Rome Enters the Greek East. From Anarchy to Hierarchy in the Hellenistic Mediterrranean, 230-170 BC,* Malden (MA) & Oxford, 2008.

Ehrenberg, V.: *The Greek State,* London, 1969.

Eyffinger, A.: "Europe in the Balance: An Appraisal of the Westphalian System", *Netherlands International Law Review* 45, 1998, pp. 161-187.

Fabry, M.: *Recognizing States. International Society and the Establishment of New States since 1776,* Oxford, 2010.

Fassbender, B.: "Article 2 (1)", en Simma, B. (ed.) *The Charter of the United Nations. A Commentary*, Volume I, New York, 2002, pp. 68-91.

Fernández Baquero, M.-E.: "Regulaciones pacíficas en la Roma monárquica", en Muñoz Muñoz, F. A. & B. Molina Rueda (coord.) *Cosmovisiones de paz en el Mediterráneo antiguo y medieval*, Granada, 1998, pp. 153-190.

Fernández Nieto, F. J.: *Los acuerdos bélicos en la antigua Grecia (época arcaica y clásica),* Vol. I, Santiago de Compostela, 1995.

Ferrary, J. L. : "Traités et domination romaine dans le monde hellénistique", en Canfora, L., M. Liverani & C. Zaccagnini (edd.) *I trattati nel mondo antico. Forma, ideologia, funzione*, Roma : "L'Erma" di Bretschneider, 1990, pp. 217-235.

— "Rome et la géographie de l'hellénisme: réflexions sur "hellènes" et "panhellènes" dans les inscriptions d'époque romaine", en Salomies, O. (ed.) *The Greek East in the Roman Context* (Proceedings of a Colloquium Organised by the Finnish Institute at Athens, May 21 and 22, 1999), Helsinki, 2001, pp. 19-35.

Forsythe, G.: *A Critical History of Early Rome. From Prehistory to the First Punic War,* Berkeley & Los Angeles, 2005.

Franck, T. M.: *Recourse to Force. State Action Against Threats and Armed Attacks,* Cambridge, 2002.

Freytag, K.: "Some News about Inscriptions from North-Western Greece: Preliminary Remarks and Recent Epigraphical Work in the Museums of Thyrion and Agrinion", en Isager, J. (ed.) *Foundation and Destruction. Nikopolis and Northwestern Greece. The Archaeological Evidence for the City's Destruction, the Foundation of Nikopolis, and the Synoecism* (Monographs of the Danish Institute at Athens, 3), Aarhus, 2001.

Frezza, P. "Le forme federative e la struttura dei rapporti internazionali nell'antico diritto romano", *SDHI* 4 & 5, 1938-9, pp. 363-428 & 161-201.

Gaudemet, J.: "*Maiestas populi Romani*", en Guarino, A. & L. Labruna (edd.) *Synteleia Vincenzo Arangio-Ruiz,* Vol. 2, Napoli, 1964, pp. 699-709.

Gaurier, D. : *Histoire du droit international. Auteurs, doctrines et développement de l'Antiquité à l'aube de la période contemporaine*, Rennes, 2005.

Giovannini, A. : *Les relations entre États dans la Grèce antique, du temps d'Homère à l'intervention romaine (ca. 700-200 av. J.-C.)* (Historia Einzelschriften, Heft 193), Stuttgart, 2007.

Glotz, G.: *Le droit des gens dans l'antiquité grecque*, Paris, 1915.

Graham, A. J.: *Colony and Mother City in Ancient Greece,* Manchester, 1964.

Graves, C. E.: *Commentary on Thucydides Book 5,* London, 1891.

Grelle, F.: "Città e trattati nel sistema romano imperiale", en Canfora, L., M. Liverani & C. Zaccagnini (eds.) *I trattati nel mondo antico. Forma, ideologia, funzione*, Roma : "L'Erma" di Bretschneider, 1990, pp. 237-256.

Grewe, W. G.: *Epochen der Völkerrechtsgeschichte*, Baden-Baden, 1984.

Gruen, E. S.:*The Hellenistic World and the Coming of Rome,* Berkeley, 1984.

Guerber, É.: *Les cités grecques dans l'Empire romain. Les privilèges et les titres des cités de l'Orient hellénophone d'Octave Auguste à Dioclétien,* Rennes, 2010.

Gundel, H. G.: "Der Begriff *Maiestas* im politischen Denken der römischen Republik", *Historia* 12, 1963, pp. 283-320.

Hampl, F.: *Die griechischen Staatsverträge des 4. Jahrhunderts v. Christi geb.,* Leipzig, 1938.

Hansen, M. H.: "Introduction: The *Polis* as a Citizen-State", en Hansen, M. H. (ed.) *The Ancient Greek City State*. Symposium on the Occasion of the 250th Anniversary of the Royal Danish Academy of Science and Letters (July 1-4, 1992), Copenhagen, 1993, pp. 7-29.

Harris, W. V.: *Rome in Etruria and Umbria,* Oxford, 1971.

Harter-Uibopuu, K.: *Das zwischenstaatliche Schiedsverfahren im achäischen Koinon. Zur friedlichen Streitbeiligung nach den epigraphischen Quellen*, Köln, Weimar & Wien, 1998.

Hatzopoulos, M. D. & L. D. Loukopolou: *Two Studies in Ancient Macedonian Topography*, Athens, 1987.

Heitland, W. E.: *A Short History of the Roman Republic,* Cambridge, 1915.

Heuß, A.: *Die völkerrechtlichen Grundlagen der römischen Außenpolitik in republikanischer Zeit*, Leipzig, 1933.

Hueck, I.: "The Discipline of the History of International Law", *Journal of the History of International Law* 3, 2001, pp. 194-217.

Hunt, P.: *War, Peace, and Alliance in Demosthenes' Athens,* Cambridge, 2010.

Ion, T. P.: "The Sanctity of Treaties", *Yale Law Journal* 20 (4), 1911, pp. 268-291.

Jameson, S.: "The Lycian League: Some Problems in its Administration", *ANRW* II.7.2, 1980, pp. 832-855.

Jones, Ch.: "Memories of the Roman Republic in the Greek East", en Salomies, O. (ed.) *The Greek East in the Roman Context* (Proceedings of a Colloquium Organised by the Finnish Institute at Athens, May 21 and 22, 1999), Helsinki: Foundation of the Finnish Institute at Athens, 2001, pp. 11-18.

Kallet-Marx, R.: *Hegemony to Empire: The Development of the Roman Imperium in the East from 148 to 62 B.C.,* Berkeley, 1995.

Kantor, G.: "Ancestral Laws under the Roman Rule: The Case of Lycia", Tesis para la confirmación del grado de Doctor en Historia Antigua, Balliol College, Oxford (disponible en <users.ox.ac.uk/~ball1674/lycian_text.rtf > [consultado el 02-12-2010]), 2007.

Karavites, P. : "*Eleuthería* and *Autonomía* in Fifth-Century Interstate Relations", *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité* 29, 1982, pp. 145-162.

Keaveney, A.: "Roman Treaties with Parthia circa 95- circa 64 B. C.", *American Journal of Philology* 102 (2), 1981, pp. 195-212.

Kolb, R.: *Esquisse d'un droit international public des anciennes cultures extra européennes,* Paris, 2010.

Kooijmans, P. H.: *The Doctrine of the Legal Equality of States: An Inquiry into the Foundations of International Law*, Leiden, 1964.

Koskenniemi, M.: *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument,* Cambridge, 1989.

— *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870–1960*, Cambridge, 2002.

— "Why History of International Law Today?", *Rechtsgeschichte* 4, 2004, pp. 61-66.

Krisch, N.: "International Law in Times of Hegemony: Unequal Power and the Shaping of the International Legal Order", *European Journal of International Law* 16, 2005, pp. 369-408.

Laghmani, S. : *Histoire du droit des gens: du* jus gentium *impérial au* jus publicum europaeum, Paris, 2003.

Larsen, J. A. O.: "Lycia and Greek Federal Citizenship", *Symbolae Osloenses* 33, 1957, pp. 5-26.

Laurent, F. : "Histoire du droit des gens et des relations internationales", en *Histoire de l'humanité*, Paris, 1850-1.

Lesaffer, R.: "The Westphalian Peace Treaties and the Development of the Tradition of Great European Peace Settlements prior to 1648", *Grotiana* 18, 1997, pp. 71-95.

— "Peace Treaties from Lodi to Westphalia", en Lesaffer, R. *Peace Treaties and International Law in European History: from the Late Middle Ages to World War One*, Cambridge, 2004, pp. 9-44.

— "International Law and its History: The Story of an Unrequited Love", en Craven, M., M. Fitzmaurice & M. Vogiatzi (edd.) *Time, History and International Law* (Developments in International Law, Vol. 58), Leiden & Boston, 2007, pp. 27-41.

Lomas, K.: *Roman Italy 338 BC- AD 200. A Sourcebook,* New York & London, 1996.

Low, P.: *Interstate Relations in Classical Greece: Morality and Power*, Cambridge, 2007.

MacKechnie, P.: *Outsiders in the Greek Cities in the Fourth Century BC*, London & New York, 1989.

Marin, D.: "Il *foedus* romano con Callatis", *Epigraphica* 10, 1948, pp. 105-114.

Martin, V. : *La vie internationale dans la Grèce des cités (VIe-IVe s. av. J.-C.)*, Paris, 1940.

Masi, A.: "*Foedus*", en AA.VV. *Novissimo Digesto Italiano,* Tomo VII, Torino, 1957, pp. 420-421.

Mattingly, H. B.: "Rome's earliest relations with Byzantium, Heraclea Pontica and Callatis", en Poulter, A. G. (ed.) *Ancient Bulgaria. Papers presented to to the International Symposium on the Ancient History and Archaeology of Bulgaria I,* Nottigham, 1983, pp. 239-252.

McGregor, M. F.: *The Athenians and their Empire*, Vancouver, 1987.

Méndez Chang, E.: "El *ius fetiale* como derecho supranacional vigente para Roma y los demás pueblos", Pandectas (Perú) 4; 1-18, disponible en <www.pandectasperu.org> (consultado el 22-04-2008), 2000.

Meyer, E. A.: *Legitimacy and Law in the Roman World.* Tabulae *in Roman Belief and Practice,* Cambridge, 2004.

Millar, F.: *Rome, the Greek World and the East* (Volume I: "The Roman Republic and the Augustan Revolution"), Chapel Hill & London, 2002.

Mitchell, L. G.: *Greeks Bearing Gifts: The Public Use of Private Relationships in the Greek World, 435-323 BC*, Cambridge, 1997.

Mitchell, S.: "The Treaty between Rome and Lycia", en Pintaudi, R. (ed.) *Papyri graecae Schøyen I* (Papyrologica Florentina, 35), Firenze, 2005, pp. 163-258.

Mommsen, T.: "Das römische Gastrecht und die römische Clientel", en *Römischen Forschungen*, Bd. 1, Berlin, 1864, pp. 319-90.

Moretti, L.: "La federazione dei Lici", en *Ricerche sulle leghe greche*, Roma, 1962, pp. 171-218.

Morgenthau, H. J.: *Politics Among Nations: The Struggle for Power and Peace*, New York, 1948.

Nicolet, C.: *The World of the Citizen in Republican Rome,* Berkeley & Los Angeles, 1980 (edición original: Paris, 1976).

Nörr, D.: *Die Fides im römischen Völkerrecht,* Heidelberg, 1991.

Nussbaum, A.: *A Concise History of the Law of Nations*, New York, 1947.

Oppenheim, L.: "The Science of International Law", *American Journal of International Law* 2 (2), 1908, pp. 313-356.

Osiander, A.: "Sovereignty, International Relations, and the Westphalian Myth", *International Organization* 55, 2001, pp. 251–287.

Ostwald, M.: *Autonomia: Its Genesis and Early History*, Chico (CA), 1982.

Oyarce Yuzzelli, A.: "El derecho internacional en Roma. El 'ius fetiale'", *Vox Iuris*, Año 17, Nº 13, 2006, pp. 119-132.

Panessa, G. : Philiai. *L'amicizia nelle relazioni interstatali del Greci,* **Pisa, 1999.**

Paradisi, B. : "L'amitié internationale: les phases critiques de son ancienne histoire"*, Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, Vol. 78 (1951-I), 1951, pp. 325-378.

Passerini, A.: "Il testo del *foedus* di Roma con Callatis", *Athenaeum* 13, 1935, pp. 57-72.

Pérez Martin, E.: *Los extranjeros y el derecho en la antigua Grecia,* Madrid, 2001.

Phillipson, C.: *The International Law and Custom of Ancient Greece and Rome,* London, 1911.

Pistorius, T.: *Hegemoniestreben und Autonomiesicherung in der griechischen Vertragspolitik klassischer und hellenistischer Zeit,* Frankfurt am Main, Bern & New York, 1985.

Plancherel-Bongard, C. : "Les rapports de subordination entre Rome et les confédérations latine et italique", *Revue d'histoire du droit* 66 (3/4), 1998, pp. 279-287.

Preiser, W.: *Frühe völkerrechtliche Ordnungen der aussereuropäischen Welt,* Wiesbaden, 1976.

Raaflaub, K. A.: "City-State, Territory, and Empire in Classical Antiquity", en Molho, A., K. Raaflaub & J. Emlen (edd.) *City States in Classical Antiquity and Medieval Italy*, Stuttgart, 1991, pp. 565-588.

Redslob, R.: *Histoire des grands principes du droit des gens depuis l'antiquité jusqu'à la veille de la grande guerre*, Paris, 1923.

Renaut, M. H.: *Histoire du droit international public,* Paris, 2007.

Reynolds, J.: *Aphrodisias and Rome*, London, 1982.

Rich, J. W.: "Treaties, Allies and the Roman Conquest of Italy", en de Souza Ph. & J. France (edd.) *War and Peace in Ancient and Medieval History*, Cambridge & New York, 2008, pp. 51-75.

Ruiz Moreno, I.: *El derecho internacional antes de la Era Cristiana*, Buenos Aires, 1946.

Ryder, T. T. B.: Koine Eirene: *General Peace and Local Independence in Ancient Greece*. Oxford, 1965.

Salmon, J.: *Dictionnaire du droit international*, Bruxelles, 2002.

Schmitt, H. H.: *Rom und die griechische Welt von der Frühzeit bis 133 v. Chr. Antike Quellen in Übersetzung,* München, 1992.

Schröder, M. (ed.): *350 Jahre Westfälischer Friede. Verfassungsgeschichte Staatskirchenrecht, Völkerrechtsgeschichte* (Schriften zur europäischen Rechts-und Verfassungsgeschichte, 30), Berlin, 1999.

Schuler, Ch. (ed.): *Griechische Epigraphik in Lykien. Eine Zwischenbilanz,* Akten des internationalen Kolloquiums München, 24-26. Februar 2005.

Seager, R.: "The Congress Decree: Some Doubts and a Hypothesis", *Historia* 18, 1969, pp. 129-141.

Sepúlveda, C.: *El derecho de gentes y la organización internacional en los umbrales del siglo XXI*, México, 1995.

Serrati, J.: "Neptune's Altars: The Treaties Between Rome and Carthage (509-226 B.C.)", *Classical Quarterly* 56, 2006, pp. 113-134.

Sherk, R. K.: *Roman Documents from the Greek East*, Baltimore, 1969.

Sherwin-White, A. N.: *Roman Foreign Policy in the East, 168 B.C. to A.D. I,* London, 1984.

Simpson, G.: *Great Powers and Outlaw States. Unequal Sovereigns in the International Legal Order,* Cambridge, 2004.

Stern, J.: "Le traité d'alliance entre Rome et Maronée", *Bulletin de correspondance hellénique* 111, 1987, pp. 501-509.

Stier, H. E.: *Roms Aufstieg zur Weltmacht und die griechische Welt*, (Arbeitsgemeinschaft für Forschung des Landes Nordrhein-Westphalen, Abhandlung Heft 11), Köln & Opladen, 1957.

Straumann, B.: "The Peace of Westphalia as a Secular Constitution", *Constellations* 15 (2), 2008, pp. 173-188.

Täubler, E. *Imperium Romanum. Studien zur Entwickelungsgeschichte des römischen Reichs*, Vol. I, "Die Staatsverträge und Vertragsverhältnisse", Leipzig & Berlin, 1913.

Tausend, K.: *Amphiktionie und Symmachie. Formen zwischenstaatlicher Beziehungen im archaischen Griechenland* (Historia Einzelschriften, 73), Stuttgart, 1992.

Teschke, B.: "Theorizing the Westphalian System of States: International Relations from Absolutism to Capitalism", *European Journal of International Relations* 8 (1), 2002, pp. 5-48.

Triantaphyllos, D.: "*Symmakhia Romaion kai Maroniton*", *Thrakike Epeteris* 4, 1983, pp. 419-449.

Truyol y Serra, A.: *Historia del derecho internacional público,* Madrid, 1998.

van Wees, H.: *Greek Warfare. Myths and Realities,* Swansea, 2004.

Verzijl, J.H.W.: *International law in Historical Perspective*, Vol. I, Leiden, 1968.

Vicuña, J. & L. Sanz de Almarza: *Diccionario de los nombres propios griegos debidamente acentuados en español,* Madrid, 1998.

Wheeler, E. L.: "Roman Treaties with Parthia: Volkerrecht or Power Politics?", *Bar International Series*, Vol. 1084 (1), 2002, pp. 287-292.

Winkler, L.: "The Peace Treaties of Westphalia as an Instance of the reception of Roman Law", en Lesaffer, R. (ed.) *Peace Treaties and International Law in European History. From the Late Middle Ages to World War One*, Cambridge, 2004, pp. 222-237.

Wolfke, K.: *Great and Small Powers in International Law from 1814 to 1920,* Wroclaw, 1961.

Zack, A.: *Studien zum* Römischen Völkerrecht*. Kriegserklärung, Kriegsbeschluss, Beeidung und Ratifikation zwischenstaatlicher Verträge, internationale Freundschaft und Feindschaft während der römischen Republik bis zum Beginn des Prinzipats*, Göttingen, 2001.

Ziegler, K.-H. : "Das Völkerrecht der römischen Republik", *ANRW* I (2), 1962, pp. 68-114.

Igualdad y autonomía en la Constitución Nacional

ARRIOLA, BAZTERRICA Y LA IGUALDAD DEMOCRÁTICA[1]

Marcelo Alegre[*]

Resumen: En el fallo "Arriola, Sebastián y otros s/ causa N° 9080", casi 23 años después de pronunciarse en "Bazterrica, Gustavo Mario s/tenencia de estupefacientes", la Corte Suprema de Justicia de la Nación volvió a declarar la inconstitucionalidad de la punición de la tenencia de estupefacientes para uso personal. Ahora bien, ¿Retoma la Corte en Arriola la postura sostenida en Bazterrica en cuanto a la protección de la autonomía (art. 19, Constitución Nacional)? ¿O la resguarda en menor medida? ¿O, en cambio, la robustece? En este trabajo se defiende una lectura del fallo en este último sentido, fundada en que en "Arriola" se reivindica el voto que Petracchi había emitido en Bazterrica –aún más liberal que el de la mayoría–. La interpretación amplia del alcance dado en "Arriola" al principio de autonomía ciertamente se compadece con la idea de igualdad democrática.

Palabras clave: Tenencia de estupefacientes – Autonomía – Igualdad democrática – Principio de Reserva

Abstract: In the case "Arriola, Sebastián and others", almost 23 years after ruling in "Bazterrica, Gustavo Mario about possession of drugs", the Federal Supreme Court of Justice again declared the unconstitutionality of the crime of possession of drugs for personal consumption. Nevertheless, does the Court return to the position adopted

[*] **Abogado (UBA), LLM y Doctor en Derecho (New York University)**

1. Este trabajo amplía partes sustanciales del capítulo "El Artículo 19 CN y la igualdad democrática: a propósito de Arriola" que integra un libro sobre constitucionalismo publicado por Igualitaria y Siglo XXI en 2011 y versiones anteriores fueron discutidas en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo, y en la Escuela de Derecho de la Universidad Torcuato Di Tella, a lo largo de 2009 y 2010. De todas estas presentaciones me llevé la cara "llena de dedos" y la cabeza llena de sugerencias e ideas. En particular agradezco las observaciones de Lucas Arrimada, Fernando Basch, Paola Bergallo, Juan Bertomeu, Alberto Binder, Juan Pablo Bohoslavsky, Celeste Braga, Jonathan Brodsky, Emiliano Buis, Sebastián Elías, Mariano Fernández Valle, Marcelo Ferrante, Leonardo Filippini, Hernán Gullco, Martín Hevia, Nahuel Maisley, Agustina Ramón Michel, Eduardo Rivera López, y Horacio Spector (claro que respondo solamente yo por los defectos de este trabajo).

in Bazterrica regarding the protection of autonomy (Art. 19 FederalConstitution)? Or does it protects it in a more measured way? Or, on the contrary, in a more robust fashion? On this paper, this last reading is adopted, based on Arriola's reliance on Judge Petracchi's opinion in Bazterrica –which is even more liberal than the majority opinion–. The reading of the scope given in Arriola to the principle of autonomy certainly is in accord with the idea of democratic equality.

Keywords: Possession of drugs – Autonomy – Democratic equality – Principle of legal reserve

1. Introducción

Quisiera vincular la discusión sobre el alcance del fallo "Arriola"[2] con la discusión sobre el tipo de estado que nuestra democracia requiere. En la descalificación liberal a la punición de la tenencia de estupefacientes priman los argumentos individualistas, centrados en los valores de privacidad y autonomía. Así debe ser, pero un análisis que involucre ciertos aspectos institucionales y estructurales de la práctica de la persecución penal de la tenencia puede ser útil para enriquecer el estudio jurídico del problema, incluso desde la perspectiva constitucional. Podrían existir otros valores constitucionales en juego (como la igualdad), y podría echarse alguna luz a la relación entre la protección a la autonomía que lleva a cabo el Art. 19 CN y el resto de la estructura democrática, liberal y progresista de la Constitución.

En estas líneas defenderé, por un lado, una interpretación robusta de Arriola, que inclusive contiene afirmaciones aún más libertarias que las del fallo Bazterrica. Mi opinión toma distancia de cierto consenso acerca de que Arriola implica una afirmación menos ambiciosa y tajante sobre la autonomía que la incluida en Bazterrica, lo que se desprende, por ejemplo, de la aserción de que las conductas amparadas son aquellas que "*no traigan aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros.*"[3] También discrepo con una visión diferente, la que asimila a Arriola con Bazterrica, lo que implicaría que el estado de la cuestión se retrotraería al existente durante la vigencia de Bazterrica.

A mi juicio existen argumentos en Arriola que favorecen una lectura expansiva de la protección de la autonomía, que inclusive harían de Arriola una decisión más liberal que Bazterrica.

No ofrezco la lectura expansiva como una interpretación concluyente. No pretendo haber encontrado *el* alcance exacto de Arriola. A lo largo de la decisión aflora la intención de evitar afirmaciones ambiciosas, y de mantener cierta ambigüedad en

2. CSJN, "Arriola, Sebastián y otros s/ causa N° 9080", 5 de agosto de 2009.

3. Votos de Highton y Maqueda, Consid. 36.

las definiciones. El objetivo de la Corte está logrado: dudo que frente a la cautela, medios tonos y pluralidad de opiniones que contiene el fallo sea posible extraer *una* regla clara y contundente. Ese no es mi objetivo, que será tarea para intérpretes más avezados. Aquí aspiro, más humildemente, a llamar la atención sobre las consecuencias de tomarse en serio algunas afirmaciones del fallo, muy en particular la adhesión a la opinión minoritaria de Petracchi en Bazterrica.

El centro de mi interpretación expansiva de Arriola está en el considerando 10, que reivindica el fallo Bazterrica, aunque adhiriendo a las razones del voto de Petracchi. En aquella opinión Petracchi fundamentaba una lectura amplia, contundente, del artículo 19 CN.

Inspirado en el voto de Petracchi, propondré un argumento constitucional, centrado en el ideal de la igualdad democrática, el cual serviría de apoyo para la lectura expansiva, libertaria, de Arriola. Este ideal de la igualdad democrática afirma que un objetivo de la interpretación constitucional a cargo de la justicia es fortalecer la convivencia entre iguales propendiendo a que el estado abandone sus arraigados hábitos represivos. Este ideal refuerza, no contradice los argumentos más abstractos centrados en el rechazo del perfeccionismo y del utilitarismo. La perspectiva de la igualdad democrática es sensible a la experiencia histórica referida a la represión de la tenencia para consumo en nuestro país. Esta experiencia brinda razones adicionales para ser muy suspicaces de la delegación al estado de una competencia tan riesgosa para la vigencia de los derechos como la incluida en las normas que penan la tenencia para consumo. La "guerra contra las drogas" es algo más que la consagración de una pauta perfeccionista, y su carácter cuestionable excede sus componentes utilitaristas.

Si el argumento de la igualdad democrática fuese aceptable, tendría cierta utilidad: en tanto Arriola encarna el ideal de la igualdad democrática, tendríamos una reivindicación de un nuevo Bazterrica, revigorizado por los fundamentos expansivos de Petracchi. En consecuencia, dos series de precedentes deberían ser abandonados: en primer lugar la progenie de Bazterrica, una línea de decisiones dictadas antes de Montalvo por la Corte pre-Menem, que había reducido al mínimo la potencia liberal de Bazterrica; en segundo lugar, fallos como los dictados por tribunales inferiores luego de Arriola. En otras palabras, una reivindicación tibia de Bazterrica es compatible con decisiones tomadas por aquella misma Corte entre 1987 y 1989 que limitaron dramáticamente el alcance de Bazterrica, y es compatible con decisiones restrictivas (como Acosta[4] y Roberto[5]) tomadas por la Cámara Penal Federal a poco de resuelto el caso que comento.

4.Sala II- Causa N° 28.224 "Roberto, Rodrigo Arturo s/ sobreseimiento", 16 de noviembre de 2009.

5.Sala II- Causa N° 28.224 "Roberto, Rodrigo Arturo s/ sobreseimiento", 16 de noviembre de 2009.

2. El argumento liberal frente a la punición de la tenencia para consumo de estupefacientes

Hasta aquí, la resistencia doctrinaria y jurisprudencial a la penalización de la tenencia y consumo de drogas estuvo centrada en dos razones de filosofía moral y política, consideraciones anti-utilitaristas y anti-perfeccionistas.

i. La crítica al utilitarismo

Las consideraciones anti-utilitaristas se centran en lo cuestionable de violentar intereses básicos de las personas (su intimidad, su autonomía) en pos de satisfacer objetivos sociales supuestamente valiosos, como el de proteger la "salud pública", (Montalvo, dictamen del Procurador en "Bazterrica"), minimizar "acciones anti-sociales" (Colavini), o facilitar la persecución de los narcotraficantes (Montalvo). La oposición al utilitarismo insiste en que las personas son fines en sí mismas, que sus intereses más básicos no son prerrogativas derivadas de, o instrumentales a, objetivos comunitarios. Por el contrario, pueden existir fuertes discontinuidades entre los intereses individuales protegidos a través de los derechos constitucionales y los fines que la sociedad juzga colectivamente valiosos. Y en tales casos, el lugar común "el interés general prevalece sobre los derechos individuales" no nos sirve de ayuda. Por el contrario, el argumento anti-utilitarista asume la forma exactamente contraria. En estos casos de tensión, prevalecen los derechos. (Siguiendo a Dworkin[6] y a Nino, hasta podríamos decir que los derechos simplemente consisten en límites a los cursos de acción que persiguen fines socialmente útiles).

El argumento anti-utilitarista también se apoya en una reflexión "a todo evento", una toma de judo que presupone la racionalidad utilitarista: aun si se aceptara –*arguyendo*– el razonamiento utilitarista, resulta que la penalización frustra los objetivos perseguidos. En efecto, la estrategia punitiva no mejora la salud pública, sino que, por ejemplo, al estigmatizar y penalizar a los consumidores vuelve más difícil su tratamiento.

En conclusión, las razones utilitaristas para perseguir penalmente a los consumidores de drogas son al mismo tiempo inaceptables y contradictorias.

6. DWORKIN, Ronald, *Los Derechos en Serio,* Ariel, 1984, Cap. 7; NINO, Carlos, "¿Es la Tenencia de Drogas con Fines de Consumo Personal una de "Las acciones privadas de los Hombres"? LL. 1979-D-743.

ii. La crítica al perfeccionismo

El perfeccionismo es la noción de que el Estado tiene entre sus objetivos legítimos el de imponer ideales de virtud personal, por lo que estaría habilitado a interferir con acciones autorreferentes, que no afectan a terceros. El argumento anti-perfeccionista se basa en una lectura del Art. 19 que entiende el consumo de drogas como una de "las acciones privadas". Esta lectura (ejemplificada por Carlos Nino)[7] interpreta la frase "que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero" no como acotando el alcance de las acciones privadas protegidas, sino como una descripción de lo que dichas acciones son. Es decir, las acciones privadas son aquellas que no ofenden al orden y a la moral pública ni perjudican a un tercero. Por lo tanto, aquel ámbito de la conducta que no afecta a otras personas está fuera del alcance del derecho.

Esta crítica al perfeccionismo es compatible con el reconocimiento de los efectos negativos del abuso (y tal vez del uso) de estupefacientes, pero insiste en que opciones en principio buenas como la de mantenerse alejado de las drogas se vuelven malas si son impuestas coercitivamente por el estado. Siguiendo a Derek Parfit, podemos afirmar que existe una "lista objetiva" de cosas buenas para las personas, y al mismo tiempo remarcar que es valioso adoptar o perseguir ítems de la lista *voluntariamente.*[8]

3. Los límites de la argumentación tradicional

Los dos argumentos (el anti-utilitarista y el anti-perfeccionista) dan forma a la visión liberal de este problema: en primer lugar las personas son fines en sí mismas, y sus intereses más importantes no pueden subordinarse a cálculos de bienestar colectivo. En segundo lugar, las personas tienen la libertad de elegir planes de vida de acuerdo a sus propios valores, y de optar por cursos de acción que no afecten a terceros.

Sin embargo, me temo que el argumento liberal tradicional no sea suficiente como razonamiento constitucional. Por un lado, el argumento anti-utilitarista carga con la siguiente dificultad: la punición del consumo de drogas es diferente a casos más fáciles de políticas utilitaristas objetables. Estas son las instancias en que los costos de la política en cuestión son absorbidos por algunos individuos en tanto que los beneficios son disfrutados por otras personas. Estos casos son, por ejemplo, los

7. NINO, Carlos, *op. cit.*

8. PARFIT, Derek, *Reasons and Persons,* Clarendon, 1984, Oxford, pp. 493-502

que motivan la crítica de Rawls al utilitarismo que se centra en la separabilidad de las personas.[9] En el caso de las drogas el bienestar del consumidor está incluido en el cálculo utilitarista. Esta dificultad no es decisiva, pero puede manifestarse más claramente en el hecho de que una política de corte utilitarista pero no punitiva, que desalentase el consumo de drogas sin acudir a la amenaza de sanciones penales no resultaría tan obviamente impugnable.

Por otro lado, el argumento anti-perfeccionista también es insuficiente, ya que, de manera similar, una política anti-drogas de perfil perfeccionista pero que no recurriese a la punición no sería tan fácilmente objetable. Por ejemplo, si a través de la educación formal e informal, el estado inculcara (tal vez echando mano al ejemplo de la máquina de Nozick) que no es bueno huir de la realidad y que es mejor vivir conectado a la realidad, esta política podría ser calificada de perfeccionista, pero dudo que, pese a ello, pudiera ser invalidada por inconstitucional. El argumento anti-perfeccionista es demasiado amplio en un sentido, ya que invalida más de lo necesario, y demasiado acotado en otro, ya que no explica qué hay de incorrecto en la punición de la tenencia y consumo, como forma particular de disuadir el consumo de drogas.

4. El argumento de la igualdad democrática

Propongo que las normas que penalizan la tenencia para consumo son atacables constitucionalmente por violentar el ideal de la igualdad democrática. Este ideal solamente acepta formas democráticas de estado y de gobierno. En primer lugar, se dirige a los individuos, rechazando todo intento de subordinar a grupos o personas al arbitrio de otros grupos o personas. En segundo lugar, se dirige al estado, exigiendo que su accionar evite colocar a las personas en una relación de humillación, indefensión o sumisión frente a la autoridad pública.[10]

Una forma de gobierno democrática puede convivir con un estado antidemocrático. Ambas categorías se superponen, ya que obviamente un estado antidemocrático contribuye en deteriorar la calidad democrática de la forma de gobierno. Entiendo que en nuestro país la democracia política convive junto a un estado que es antidemocrático en muchos aspectos. De las muchas formas en que el estado deja de lado su obligación de exhibir igual respeto por todas las personas sujetas a su dominio, me interesa destacar la existencia de prácticas represivas que ponen en riesgo la dignidad e integridad de los ciudadanos.

9. RAWLS, John, *A Theory of Justice*, Harvard University Press, Cambridge, p. 190.

10. Una excelente defensa de este ideal es formulada por ANDERSON, Elizabeth en "What is the Point of Equality?", Ethics 109, 1999, pp. 287-337.

Para ilustrar esta idea, pensemos en el 11 de diciembre de 1983, un día después del retorno de la democracia. Ese día nuestro país disfrutaba de un sistema de gobierno democrático pero padecía un estado antidemocrático, caracterizado por estar montado para vigilar a la sociedad en vez de protegerla, para atemorizar a la juventud y alejarla de la participación, para destratar a los ciudadanos en cada ocasión de contacto con el estado, etc. En la medida en que algunas de estas características siguen vigentes, se está violando el ideal de la igualdad democrática. Sería irresponsable pensar que el estado sigue siendo hoy tan autoritario y represivo como en 1983, pero lo sigue siendo en una medida todavía inaceptable. Por ejemplo, la policía de la Provincia de Buenos Aires sigue siendo una amenaza para la paz y la convivencia, una desenfrenada máquina de robar y matar (en defensa de la relevancia del ejemplo acoto que allí vive el 40% de los argentinos); se tolera que las agencias de inteligencia (aunque solo las federales) espíen a periodistas, políticos oficialistas y opositores sin orden judicial ni causa alguna; y el sistema carcelario violenta todos los estándares de respeto mínimo a las y los detenidos.

Sugiero que la política de punición del consumo de drogas se conecta de múltiples formas con rasgos del estado represivo argentino que el ideal de la igualdad democrática exige desactivar[11]:

i. La política de represión de los consumidores se corresponde con la implantación desde el estado de una visión omnicomprensiva autoritaria y moralmente reaccionaria. Repárese en el considerando 5º del fallo de la Corte en Colavini (1978): *"Que tal vez no sea ocioso, pese a su publica notoriedad, evocar la deletérea influencia de la creciente difusión actual de la toxicomanía en el mundo entero, calamidad social comprable a las guerras que asolan a la humanidad, o a las pestes que en tiempos pretéritos la diezmaban. Ni será sobreabundante recordar las consecuencias tremendas de esta plaga, tanto en cuanto a la práctica aniquilación de los individuos, como a su gravitación en la moral y la economía de los pueblos, traducida en la ociosidad, la delincuencia común y subversiva, la incapacidad de realizaciones que requieren una fuerte voluntad de*

11. Algunas fuentes que documentan abusos y deformaciones de las políticas anti-droga son los siguientes: "DOCUMENTO OFICIAL DEL COMITÉ CIENTÍFICO ASESOR EN MATERIA DE CONTROL DEL TRÁFICO ILÍCITO DE ESTUPEFACIENTES, SUSTANCIAS PSICOTRÓPICAS Y CRIMINALIDAD COMPLEJA SOBRE LOS USUARIOS DE DROGAS Y LAS POLÍTICAS PARA SU ABORDAJE", producido en el ámbito de la Jefatura de Gabinete de Ministros, de 2009, disponible en http://www.jgm.gov.ar/archivos/comisionnacional/DO1usuarios.pdf (consultado el 28/2/2011); y el informe "SYSTEMS OVERLOAD. Drug Laws and Prisons in Latin America" del Transnational Institute Washington Office on Latin America, Deciembre 2010, disponible en http://idpc.net/sites/default/files/library/TNI-WOLA-prison-overload-latin-america.pdf

superación y la destrucción de la familia, institución básica de nuestra civilización."

ii. La política de punición de la tenencia refuerza tratos discriminatorios, ya que ha amparado el hostigamiento policial a los jóvenes, en particular a los que viven en condiciones de marginalidad. La represión a los consumidores ha sido una excusa para colocar bajo sospecha a los jóvenes, en particular a los de escasos recursos, o para estigmatizar a grupos de personas (por caso, a los amantes del rock). La criminalización de la tenencia para consumo es una herramienta más para la creación de un clima represivo que tiene como víctimas a grupos determinados (los jóvenes y especialmente los jóvenes en situación de pobreza). La afirmación de la Corte en Arriola acerca de que *"los jóvenes son en muchos casos protagonistas de los problemas vinculados con las drogas"*[12] es cierta en varios sentidos, uno de los cuales es el de ser víctimas principales de la acción represiva del Estado.

iii. La política facilita la comisión de otras violaciones de derechos, como la vulneración de garantías penales (por ejemplo a través de los muchos casos en que se han "plantado" drogas para inventar causas) la ultrajante revisación a visitantes de las cárceles, etc.

iv. Contribuye a construir una relación profundamente anti-igualitaria entre los ciudadanos y el estado. La autorización al estado para revisar nuestros bolsillos, nuestras casas, nuestros cuerpos, es incompatible con una noción robusta de ciudadanía, y, antes bien, contribuye a moldear una relación de servidumbre y humillación entre los ciudadanos y el estado.

Esa política ha contribuido a reforzar algunos de los peores mecanismos del estado represivo, mecanismos incompatibles con un estado democrático. Como resultado, la política de represión del consumo de drogas violenta la igualdad democrática, degradando a los ciudadanos en su relación con el estado, reforzando mensajes de moralidad reaccionaria, es excusa para apuntar contra grupos sociales como la juventud, los inmigrantes, etc., y contribuye a violar otros derechos, etc.

El enfoque de la igualdad democrática no compite con los argumentos anti-utilitaristas y anti-perfeccionistas. Más bien opera en planos diferentes. Por un lado, es más abstracto y ambicioso, ya que la igualdad democrática es el valor que articula y organiza al resto, incluyendo las consideraciones individualistas especificadas por

12. Fallos: 332:1963, consid. 27.

la negación del utilitarismo y la negación del perfeccionismo. Por otro lado, es más concreto y realista, porque nos compele a obtener mayor información sobre las prácticas fundamentadas en esas normas. Por cierto, la selectividad discriminatoria no es una característica excluyente de la práctica punitiva del consumo y tenencia de drogas, por lo que debemos estar dispuestos a extender las conclusiones de este análisis a otros delitos. Pero el caso de la represión de la tenencia de estupefacientes exhibe algunos factores salientes en términos de los riesgos de violación de la intimidad de las personas, manipulación probatoria, afirmación de valores retrógrados, etc.

5. El caso Arriola y el voto de Petracchi en Bazterrica

El Tribunal Oral en lo Criminal Federal 2 de Rosario confirmó la condena a distintas personas por tenencia con fines de comercialización y por tenencia para consumo personal, en éste último caso, a un mes de prisión de ejecución condicional. La pena fue sustituida por una medida de seguridad educativa. A la Corte llega la causa circunscripta a los condenados por tenencia para consumo. La droga incautada es marihuana y en muy poca cantidad: En el caso del imputado Fares, 3 cigarrillos, todos de menos de 3 gramos, en el caso de Acedo, 3 cigarrillos; en el caso de Villarreal, un cigarrillo; y en el caso de Medina y Cortejarena, 3 cigarrillos cada uno. El recurso extraordinario se basaba en el Art. 19 CN, ya que la conducta estaba dentro del "marco de intimidad constitucionalmente resguardado" y que la escasa cantidad encontrada no permitía inferir el riesgo de dependencia. Se pide un nuevo pronunciamiento dado el carácter errático de la doctrina de la Corte sobre la materia y el cambio en la composición del cuerpo.

La Corte recurre a distintas razones para abandonar el fallo Montalvo, de 1990, que a su vez había dejado de lado el precedente liberal de Bazterrica, de 1986. En primer lugar, el tiempo transcurrido (18 años) que muestra el fracaso de la estrategia punitiva (cons. 14). En segundo lugar, la reforma de 1994 (cons. 16). La Corte hace foco en la incorporación de los tratados internacionales. Estos consagran principios relevantes como el de privacidad, dignidad y acceso a la justicia, transgredidos por la penalización (la dignidad por penar al consumidor como medio para atrapar a los traficantes, y el acceso a la justicia por la revictimización del consumidor). Además el principio *pro homine*, según la Corte, es más favorable a la solución dada en Bazterrica.

La Corte combina estas afirmaciones contundentes con la aplicación de algunos paños fríos. En el considerando 27 se aclara que no se está legalizando la droga, en mensaje dirigido especialmente "a los jóvenes que son en muchos casos protagonistas de los problemas vinculados con las drogas". Y en el cons. 29 se afirma que *"Obviamente que la conducta no punible solo es aquella que se da en específicas circunstancias que no causan daños a un tercero"*. El voto de Argibay es el que va

más lejos en cuanto a delimitar el alcance de Bazterrica en aquellos casos en que el consumo se haga en lugares públicos. De todas formas sería incorrecto adjudicarle a Argibay la idea de que el consumo público siempre excede el marco del Art. 19. En el cons. 13 dice que *"las conductas desarrolladas en lugares públicos son en general, aunque no siempre, más aptas para afectar la salud pública y por lo tanto quedan fuera de la protección constitucional"*.

El fallo declara la inconstitucionalidad del Art. 14 de la Ley 23737 y exhorta a los poderes públicos a asegurar políticas contra el narcotráfico y adoptar medidas de salud preventivas informativas y educativas enfocada en los grupos más vulnerables, sobre todo los menores.

Dejo para el final un pasaje a mi juicio clave de este fallo. En el cons.10, el fallo restaura la doctrina Bazterrica sin hesitaciones, aunque adhiriendo a las razones del voto de Petracchi *"habida cuenta de las ilustradas consideraciones sobre intimidad y autonomía personal que allí se exponen"*. Al voto conjunto de Belluscio y Bacqué la Corte lo considera complementario y no contradictorio con el voto de Petracchi. En el cons. 12 se ratifica que *"hoy el Tribunal decide volver a "Bazterrica"*. (cons. 10) *Que como primera consideración cabe señalar que las cuestiones centrales en debate en el sub lite, tales como el alcance que cabe otorgarle a las "acciones privadas" previstas en el artículo 19 de la Constitución Nacional, al bien jurídico "salud pública", han sido resueltas acertadamente en "Bazterrica" (Fallos: 308:1392), precedente que en los últimos veinte años, se ha transformado en un caso emblemático, e incluso en uno de los más estudiados en círculos académicos, razones por las cuales este Tribunal no pretende emular sino sostener"*.

Ahora bien, ¿qué había dicho Petracchi en Bazterrica? Petracchi comenzó enfatizando (cons. 5) dos circunstancias determinantes. La primera era que el país estaba (1986) en una etapa en la que "desde las distintas instancias de producción e interpretación normativas, se intenta reconstruir el orden jurídico, con el objetivo de restablecer y afianzar para el futuro en su totalidad las formas democráticas y republicanas de convivencia de los argentinos, de modo que dicho objetivo debe orientar la hermenéutica constitucional en todos los campos." La segunda circunstancia es la enorme gravedad del problema de las drogas. Continuó (cons. 6) ratificando el criterio de "Ponzetti de Balbín" de que el derecho a la privacidad del Art. 19 es "fundamental para la existencia de una sociedad libre". En el cons. 12 se aclara que la autonomía protegida por el art. 19 CN no se reduce a las acciones hechas "en privado" y en el cons. 22 que encarna el valor de autonomía. En el cons. 15 se impugna la razonabilidad de la punición de la tenencia, por su fracaso para prevenir el consumo de drogas, con extensa cita de informes internacionales. En el cons. 19 se rechaza el argumento de que quien consume genera el peligro de cometer delitos ulteriores. En el cons. 25 se reitera la necesidad de sujetarse a los límites de la Constitución, encarando los problemas *"sin ceder ningún espacio en el terreno de nuestra libertad individual"*.

En suma, el voto de Petracchi contiene una afirmación amplia de la autonomía protegida por el art. 19 CN, respaldada por la necesidad de fortalecer la democracia y que no transige frente a ninguna consideración de oportunidad. Esta lectura amplia de la autonomía protegida constitucionalmente excede el estrecho marco de las conductas amparadas por el valor de la intimidad (que ya encuentra tutela en el Art. 18 CN).[13] De allí se desprende que las acciones privadas son las que no dañan a terceros, sean llevadas a cabo a solas o acompañado, y entre cuatro paredes o en un lugar público (mientras no implique imponer el consumo involuntario a terceros).[14]

6. Consecuencias de las diferentes interpretaciones de Arriola. ¿Bazterrica *recargado*?

La interpretación de Arriola como una decisión moderada que incluye una protección acotada de la autonomía tiene como consecuencia legitimar decisiones posteriores, tales como sentencias de segunda instancia posteriores a Arriola que hallaron aceptable penar el consumo en público.

Como ejemplo se pueden citar tres casos de la Sala II de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal dictados en 2009, luego de Arriola. En "Acosta",[15] causa seguida a un imputado que tenía en su poder pastillas anfetamínicas en un evento de música electrónica, dijo que existía un riesgo a la salud pública. En "Roberto",[16] el riesgo a la salud pública se concretó, según la Sala, ya que el acusado fue visto por personal policial mientras fumaba, a media tarde y en la vía pública, un cigarrillo casero del que emanaba *"el típico olor a marihuana"*, luego de lo cual se incautaron en su poder dos envoltorios con el mismo estupefaciente.

Pero una consecuencia parecida se seguiría de una lectura de Arriola que entendiese a dicha decisión como una mera restauración del precedente "Bazterrica", de 1986. Una simple vuelta a Bazterrica, sin mayores precisiones, presenta el problema de que a ese fallo le continuaron un número de decisiones (adoptadas por la misma Corte de Bazterrica antes de la ampliación de Menem y el fallo Montalvo) que acotaron radicalmente el alcance de las conductas protegidas de la persecución penal. Entre estas decisiones cabe mencionar las siguientes:

13. Ver Bazterrica y NINO, Carlos, *op cit.*

14. Dejo afuera del espacio de permisión la conducta que afecte a menores.

15. Sala II- Causa N° 27.893 "Acosta, Santiago Alejandro s/ procesamiento", 16 de noviembre de 2009.

16. Sala II- Causa N° 28.224 "Roberto, Rodrigo Arturo s/ sobreseimiento", 16 de noviembre de 2009.

i. "Von Wernich"[17] causa en la que *"el acusado fue sorprendido fumando marihuana en un sitio público –la plaza San Martín– y aquél indujo" a un tercero "a consumir marihuana en los instantes previos a su detención."* La Corte rechazó el recurso de la defensa contra la sentencia condenatoria, y excluyó la aplicación de Bazterrica por no haberse rebatido los argumentos sustanciales referentes a que no se habría vulnerado el ámbito de privacidad protegido por el artículo 19 CN.

ii. En el caso "Scharaer",[18] el acusado tenía en su poder, en su domicilio particular, 9,3 gramos de marihuana y 6,9 gramos de clorhidrato de cocaína. Según el dictamen del Procurador *"el propio Scharaer, en su indagatoria da cuenta de su conexión directa con traficantes, su disposición a distribuir drogas entre terceros..."*. La Corte rechazó el recurso con fundamento en que la defensa no rebatió los fundamentos de la sentencia que consideró que no resultaba aplicable Bazterrica porque su conducta trascendió la esfera privada.

iii. En "García",[19] el imputado fue sorprendido con marihuana en oportunidad en que transitaba por la vía pública en un vehículo, con tres acompañantes, a quienes había invitado a consumir la droga. Uno de ellos aceptó el convite. Fue condenado y recurre la defensa. La mayoría (Belluscio, Petracchi y Bacqué) dice que no es aplicable Bazterrica.

iv. En la causa "Gerstein"[20] se secuestró marihuana que fue hallada en el interior de dos bolsos y en distintas cajas de fósforos. Gerstein –en concordancia con Gabriel Pereyra, quien ocasionalmente cohabitaba con ella– reconoció la posesión del estupefaciente, y admitió que parte de éste fue consumido en su departamento por distintas personas quienes, incluso, armaron algunos de los cigarrillos secuestrados. Fue sido condenada y recurre la defensa. La Corte dijo que no es aplicable Bazterrica *"en tanto la conducta que se le reprocha a aquélla ha trascendido la esfera protegida por dicha norma"*.

17. Fallos 310:2836, 24-12-87.
18. Fallos 311:930, 2-6-88.
19. Fallos 311:2228, de 1-11-88
20. Fallos 311:2721, 20-12-88.

v. "Fiscal c/ Ideme y Galesi".[21] Ideme paseaba sin rumbo fijo con un amigo a quien pasó a buscar y se le encontró un cigarrillo de marihuana entero y otro evidentemente ya fumado en gran parte. Tales circunstancias y el no haber dicho nada sobre el uso que dio y daría al estupefaciente, revelan clara e indubitablemente que, como mínimo, Ideme había fumado marihuana mientras caminaba con su amigo. Fueron condenados. La mayoría de la Corte dijo que no bastaba con mencionar Bazterrica sino que se debió explicar en qué medida sus presupuestos eran aplicables al caso.

vi. "Di Capua".[22] El condenado fue detenido en oportunidad en que se presentó en una dependencia policial para visitar a un amigo allí alojado, y al efectuársele la requisa de rigor se le secuestraron dos cigarrillos de marihuana. La Corte afirmó que no se aplicaba Bazterrica pues *"la tenencia de la droga con el aludido propósito de ser consumida en un lugar público en el que se realizaría un festejo juvenil, constituye una situación de hecho diferente a la contemplada en el caso de Fallos: 308:1392, por lo que su invocación como fundamento para impugnar el fallo apelado resulta insuficiente".*

Escribió Petracchi en 1986 que el país estaba en una etapa en la que *"desde las distintas instancias de producción e interpretación normativas, se intenta reconstruir el orden jurídico, con el objetivo de restablecer y afianzar para el futuro en su totalidad las formas democráticas y republicanas de convivencia de los argentinos, de modo que dicho objetivo debe orientar la hermenéutica constitucional en todos los campos".* Entiendo que el objetivo que debe perseguir la *"reconstrucción del orden jurídico"*, tal como lo describe Petracchi, es una expresión (muy feliz) del ideal de la igualdad democrática. Si es que aceptamos que este ideal debe orientar la hermenéutica constitucional *aún hoy*, como defendí en este trabajo, entonces tenemos razones para interpretar a Arriola como reafirmando una versión revigorizada de Bazterrica, con la consecuencia de que debe dejarse de lado tanto la serie de fallos posteriores a Bazterrica que limitaron su alcance al mínimo, como los fallos de tribunales inferiores posteriores a Arriola que contienen una lectura restrictiva de la esfera de acciones protegida por este fallo.

Contra los fallos de la Corte "Von Wernich", "García", "Fiscal c/ Ideme y Galesi", y "Di Capua" y contra las sentencia de la Sala II en "Acosta" y "Roberto" la autonomía consagrada en el Art. 19 CN protege como una acción privada el consumo de drogas en lugares públicos, o en compañía de terceros que consien-

21. Fallos 312:587, 25-4-89.

22. Fallos 312:1892, 5-10-89

ten; contra "Scharaer", que un traficante consuma no lo hace punible del consumo sino solamente del tráfico; y en mayor medida aún, contra "Gerstein", está constitucionalmente protegido el consumo a puertas cerradas (a solas o no).

7. Algunas objeciones.

Mi interpretación de Arriola debe responder al menos dos tipos de objeción. Según el primer tipo de cuestionamientos, Arriola lejos de ser una decisión más ambiciosa que Bazterrica, es un fallo más restrictivo. Esta posición es defendida por Hernán Gullco.[23] Según el profesor Gullco, el carácter más moderado de Arriola surge, primero, de comparar la detallada descripción de los hechos del caso (que hace constar que se trataba de una pequeña cantidad de droga y la falta de exhibición pública de su consumo) con la omisión en tal sentido de "Bazterrica", y segundo, que en los votos de seis de los jueces se limita la protección constitucional, por ejemplo a través de la frase *"...en condiciones tales que no traigan aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros"*. El resultado es que la regla de Arriola solo se aplicaría a casos similares, no pudiendo extenderse a conductas en público. No comparto el argumento debido a que todos los votos citados (con excepción tal vez del de Argibay) reafirman la concepción amplia de autonomía que excede la mera privacidad (lo que implica que el carácter ostensible del consumo es intrascendente salvo que se trate de una imposición u hostigamiento a terceros), que la frase citada y sus similares ("…en condiciones tales que no traigan aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros") no califica ni limita el alcance amplio de la protección contenida en Bazterrica,[24] y que, a lo sumo, las características particulares del caso fueron referidas en los votos para remarcar que se trataba de un caso "fácil", pero estas características no invalidan la protección amplia para casos menos "fáciles". De hecho, los casos que la progenie de Bazterrica priva de protección constitucional (tenencia y/o consumo en lugares públicos, o con otras personas, invitación o aceptación) son todos casos que no traen aparejado "un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros" (y recordemos que Arriola fue detenido en la vía pública).

Un segundo tipo de objeciones a mi lectura expansiva replicaría (con mayor fuerza) las prevenciones dirigidas contra Arriola por quienes están de acuerdo en que el fallo reinstaura la vigencia de Bazterrica, pero rechazan esa solución. Alberto

23. GULLCO, Hernán, "Diálogo sobre el caso Arriola", Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, 2010, fasc. 3, pp. 439-444.

24. De hecho, comentaristas como Bianchi se apoyan en esta frase para atacar el carácter maximalista de Arriola. BIANCHI, Alberto, "La despenalización… otra vez", SJA, 7/10/2009.

Bianchi[25] ha cuestionado dos argumentos de Arriola a los que mi lectura adhiere, y que resume así: *"La penalización del consumo personal de estupefacientes no disminuye su intensidad; y b) el art. 19, CN protege todas aquellas conductas privadas que no afecten a los terceros." Respecto del primer argumento debe entenderse en sentido fuerte, ya que como señala Bianchi "a esta cuestión algunos votos agregan que tal prohibición se produce "a costa de una restricción de los derechos individuales"*. Bianchi ataca el argumento por el absurdo, sosteniendo que si el fracaso de una prohibición debiera invalidar la prohibición, eso debería extenderse, por ejemplo, a las guerras. Pero su objeción deja sin responder la afirmación de que en el caso de las drogas la prohibición no sólo es ineficaz, sino que, como el fallo que critica deja claro, contribuye a agravar el problema y a facilitar otras violaciones de derechos y abusos de poder. Respecto del segundo argumento, Bianchi no ofrece objeciones fundadas, más allá de preguntar retóricamente si estaría dispuesta la Corte a resolver del mismo modo en un caso de tenencia de "50 gramos de heroína", y a extender la protección de la autonomía y privacidad a las mujeres que procuran abortar.

Lucas Grosman[26] ha cuestionado lúcidamente diversos aspectos del fallo "Arriola". En la medida que mi lectura del fallo le asigna un alcance aún más libertario que "Bazterrica", es oportuno que considera algunas de sus críticas. En primer lugar Grosman objeta la afirmación empírica de Arriola, que descalifica el supuesto nexo que el fallo "Montalvo" establece entre desincriminación del consumo y aumento del narcotráfico. Sin embargo, el propio pasaje citado por Grosman expresa otra cosa: que no solo no se ha verificado una disminución del problema del narcotráfico desde la vigencia del fallo Montalvo, sino que la política de represión del consumo implica violaciones de derechos (*"...tal actividad criminal, lejos de haber disminuido se ha acrecentado notablemente, y ello a costa de una interpretación restrictiva de los derechos individuales."*). El punto de la Corte no es defender una desconexión absoluta entre punición y narcotráfico, sino mostrar que se trata de un tema abierto a especulaciones, mientras que, por el otro lado, no cabe duda del carácter violatorio de derechos de la legislación y las políticas que penan el consumo.

En segundo lugar, Grosman cuestiona globalmente la decisión por ser *"maximalista"*, ya que *"sus fundamentos son mucho más amplios que los necesarios para resolver el caso concreto."* Los problemas del maximalismo son, según el Profesor Grosman, i) que podría "fomentar decisiones incorrectas", ya que en casos futuros los jueces podrían ignorar factores relevantes dejados de lado por la decisión maximalista; ii) que las decisiones con alcance más general son tomadas sin el beneficio del debate entre las partes, que no se ha dado respecto de factores mera-

25. BIANCHI, Alberto, "La despenalización… otra vez", SJA, 7/10/2009.

26. GROSMAN, Lucas, "El maximalismo en las decisiones de la Corte Suprema. El caso Arriola", Suplemento Extraordinario Constitucional 75 Aniversario, La Ley, agosto de 2010, p. 53.

mente hipotéticos; iii) que cuanto más general la decisión más se inmiscuye en la tarea legislativa; iv) que favorece la disgregación de los votos, dificultando el peso de la decisión como guía para acciones y/o decisiones futuras; v) y que decisiones amplias serán más probablemente dejadas de lado en sentencias futuras.

Todas estas observaciones son atinadas pero deben ser contrapesadas por los riesgos de la perspectiva contraria, el minimalismo. Para comenzar, i) para aceptar que hay un riesgo de que Arriola genere decisiones incorrectas en las que los jueces ignoren factores relevantes dejados de lado en ese fallo, debemos estar de acuerdo en cuáles son esos factores. Grosman afirma que uno de esos factores es el grado de dañosidad de la droga. Pero no es que la Corte ignora o deja de lado ese factor relevante. Es que no lo considera relevante a los fines de la aplicación de la regla constitucional que veda criminalizar al consumidor. La dañosidad de la droga podrá ser relevante para la pertinencia de otras acciones del estado (terapéuticas, por ejemplo) pero no agrega nada respecto de la validez de penar el consumo o tenencia. Si la auto-lesión no es punible, que los jueces distingan entre auto-lesiones menores o mayores, (protegiendo del castigo penal a unos sí y a otros no) no es minimalismo sino violación del derecho. ii) Respecto de la objeción de que una decisión maximalista no se beneficia del debate entre las partes, este riesgo no ha existido en Arriola, ya que el debate estuvo centrado en los grandes principios liberales de Bazterrica, y en los principios perfeccionistas de Montalvo, como surge de la descripción de los argumentos de las partes, la opinión del Procurador y los fundamentos de los jueces. ¿Qué argumento no ha sido escuchado en Arriola? iii) Respecto del riesgo de usurpar competencias legislativas, debe contrapesarse contra el riesgo contrario: que el Congreso se asigne la competencia de dictar leyes *contra* la Constitución. Y iv), en relación al riesgo de la dispersión de opiniones, no me resulta claro que se conjure con la receta minimalista, ya que es posible que cada juez, puesto a identificar factores relevantes en el caso concreto, proponga su propia descripción de los hechos relevantes. La afirmación de grandes principios generales no garantiza mayores desacuerdos que un casuismo particularista. v) Por último, respecto de la posibilidad de que las decisiones más generales sean abandonadas más fácilmente, no me parece rebuscado sostener lo contrario: que resulta más fácil abandonar avances menores y marginales que grandes avances jurisprudenciales.

El "minimalismo" tiene sus propios riesgos. Primero, sería ineficaz esperar una decisión de la Corte sobre cada una de las numerosas sustancias prohibidas, o, peor aún, un fallo sobre cada sustancia en cantidades distintas, sobre cada sustancia consumida en público o en privado, en solitario o en compañía, etc. Segundo, hay áreas del derecho como el derecho previsional o el derecho a la salud, donde las decisiones minimalistas solo fuerzan años de litigio para miles de jubilados y pacientes, que una regla clara y general podría ahorrarles. Tercero, el enfoque minimalista parece proponer frente a los grandes males, pequeños remedios, pero tal vez los abusos y violaciones de derechos que acompañan a la guerra contra las drogas

son tantos y tan graves que solamente una regla clara podría contribuir a replantear la mirada jurídica dominante sobre este tema.

Grosman aclara que sus *"críticas…deben entenderse en términos relativos. Al fin y al cabo, el maximalismo de una decisión es siempre una cuestión de grados, ya que toda decisión judicial, y ciertamente una decisión de la Corte Suprema, en alguna medida incurrirá en generalizaciones y derramará sus efectos sobre situaciones distintas de las planteadas en el caso concreto; pero la cuestión es en qué medida y respecto de qué cuestiones".* El problema que Grosman esboza, en otras palabras, es el siguiente y va al corazón del planteo "anti-maximalista". Todo avance jurisprudencial podría descomponerse en diferentes pasos, por lo que cualquier cambio supuestamente incremental podría presentarse como maximalista (ya que siempre será posible presentar una alternativa más minimalista, basada en una descripción más acotada de los hechos relevantes del caso, por ejemplo). Por lo tanto, la evaluación de si una determinada decisión judicial es un avance demasiado ambicioso o uno incremental, dependerá en última instancia de la evaluación de cuán profunda sea la injusticia que el fallo intenta remediar, de cuán tolerable sea la desigualdad de la norma que la Corte invalida, etc. Que un avance es demasiado ambicioso o insuficiente, que un poder del Estado está avanzando muy lento o muy rápido en un tema, será siempre el resultado de un juicio que deberá ponderar cuán importante es el interés o valor que se está protegiendo o promoviendo con la decisión. Si el obstáculo que la Corte intentara remover fuera la discriminación racial, ¿cuánto minimalismo querríamos que empleara? ¿Por ejemplo, debería actuar la Corte en forma minimalista respecto de la manipulación de la publicidad oficial, pronunciándose primero respecto de diarios de circulación municipal, luego de alcance provincial y luego de medios nacionales?

Otro problema es que puede ser el caso que la decisión aparezca como "maximalista" cuando en realidad la potencia del fallo deriva simplemente de una regla constitucional ambiciosa. Si el Art. 19 de la Constitución protege de pena a toda conducta inofensiva para terceros, un fallo que se basa en dicho estándar para invalidar la punición de la tenencia no es más maximalista que un fallo que invalidara un acto de censura sobre la base de que la Constitución prohíbe *todo* acto de censura. En todo caso o la maximalista es la Constitución o la Corte la interpreta mal. El argumento "anti-maximalista" no puede eludir tomar partido al respecto.

El mote de "maximalista" aplicado a Arriola me parece exagerado, si tomamos en cuenta además que la Corte ha decidido, simplemente, volver a un respetadísimo precedente de un cuarto de siglo atrás, que había sido revocado por una Corte ampliamente desacreditada por su dependencia con el Ejecutivo, sus actos de corrupción y su extremismo ideológico.

Según Grosman, Arriola establece una regla que excede los hechos del caso, en lugar de limitarse a establecer la regla aplicable a la tenencia de pequeñas cantidades de marihuana, una sustancia escasamente adictiva y lesiva a la salud. En cam-

bio, la regla de protección amplia de Arriola corre el riesgo de ser aplicada a casos relevantemente distintos, casos en que la droga sea más dañina o adictiva, o cuyo consumo favorezca la comisión de delitos. Por supuesto, esta objeción depende de qué elementos se consideren relevantes y cuáles no. La Corte, al endosar el principio del daño de Mill, considera que la potencia y adictividad de la droga en cuestión es irrelevante, a los efectos de la constitucionalidad de su punición. (El análisis de la relación entre consumo de drogas y comisión de delitos hecho por la Corte en Bazterrica, por otra parte, excede los casos de consumo de marihuana). Grosman está en desacuerdo con la idea de que todas las acciones que no afectan a terceros deban quedar protegidas de pena. Cuando las acciones autolesivas superan cierto umbral de daño o adictividad, su punición le resulta menos cuestionable. La Corte piensa lo contrario, pero eso no es maximalismo, es liberalismo clásico.

Por último, Grosman cuestiona que en su generalidad, Arriola no presta suficiente atención a la relación entre consumo de drogas y comisión de delitos. Grosman duda que sea razonable aplicar la regla de Arriola a una droga hipotética (que llama "paco plus"), cuyo consumo hipotético es seguido por la comisión (también hipotética) de delitos. Sin embargo, lo que parece maximalista es pedirle a la Corte que no enuncie una regla porque ésta podría ser exceptuada por la existencia de una sustancia… meramente imaginaria.

Endoso la preocupación a favor de que el Estado actúe siempre teniendo en cuenta los matices de los problemas que enfrenta, evitando políticas que generalicen soluciones sin atender a las distinciones relevantes. La prohibición de usar el derecho penal contra *todos* los consumidores permitiría poner el foco en las políticas educativas, de policía, y sanitarias más eficaces, teniendo en cuenta cantidades de droga, tipos de droga, regulación en defensa de terceros en lugares públicos, etc. Ser "maximalistas" con la herramienta que no sirve, nos permitiría ser minimalistas y puntillosos en el uso de todas las herramientas que un estado inteligente pero no represivo tienen en sus manos para minimizar el impacto negativo del consumo de drogas.

8. Conclusión

En este ensayo defendí una lectura amplia del fallo Arriola, que inclusive lo ubica como una decisión más tajante que Bazterrica. La razón más importante para respaldar esta lectura es que la Corte reivindica el fallo Bazterrica pero según el voto de Petracchi, que provee una fundamentación más liberal aún que la del voto mayoritario. Esta fundamentación de Bazterrica, a su vez, está en línea con la idea de la igualdad democrática, que ofrece razones adicionales para repudiar la punición de la tenencia para consumo de estupefacientes. Si esta lectura fuera correcta, la progenie de Bazterrica (los casos anteriores a Montalvo ya citados) que había disminuido drásticamente el alcance de su regla protectoria, no debe resucitar.

En suma, la idea de la igualdad democrática respalda una lectura amplia de la autonomía que no sólo nos protege contra las visiones utilitaristas y perfeccionistas, sino que también nos ampara frente a un tipo de estado incompatible con una sociedad de iguales.

Lecciones y Ensayos, nro. 89, 2011
Clérico, Laura y Aldao, Martín, *Nuevas miradas de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: la igualdad como redistribución y como reconocimiento,* ps. 141-179

NUEVAS MIRADAS DE LA IGUALDAD EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: LA IGUALDAD COMO REDISTRIBUCIÓN Y COMO RECONOCIMIENTO

Laura Clérico* y Martín Aldao**

Resumen: El trabajo propone el diseño de un tipo de análisis de la igualdad superador de las insuficiencias de las tradicionales fórmulas formal y material como principio no discriminatorio. Para ello se aborda el concepto de la igualdad como no dominación y se lo integra con el enfoque de la teoría de Nancy Fraser sobre redistribución y reconocimiento. Luego se da cuenta de este tipo de examen aplicado a la re-interpretación de los nuevos casos paradigmáticos sometidos a la Corte IDH que versan sobre las problemáticas de los pueblos originarios vinculadas a las condiciones de existencia digna de las comunidades, sus derechos a la propiedad colectiva y participación política en una democracia representativa.

Palabras clave: Igualdad formal y material – Igualdad como redistribución y reconocimiento – Sistema Interamericano de DDHH – Test de Razonabilidad – Medidas de acción positiva – Paridad participativa – Pueblos Originarios

Abstract: This paper proposes the design of a type of equality analysis that goes beyond the inadequacies of the traditional formal and material formulas as non discriminatory principle. To that effect, the authors deal with the concept of equality as non domination and integrate it with the approach of Nancy Fraser's theory of redistribution and recognition. Afterwards, the article accounts for this type of exam applied to the re-interpretation of the new paradigmatic cases subjected to the control of the Inter-American Court of Human Rights. These cases deal with the problematics of indigenous people related to the communities' dignified living conditions, as well as their collective propriety rights and political participation in a representative democracy.

*** Abogada (UBA). Profesora de Derecho Constitucional (UBA) e Investigadora (CONICET).**

**** Abogado (UBA). Becario postdoctoral (CONICET) e Investigador Adscripto del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja (UBA).**

Key words: Formal and material equality – Equality as redistribution and recognition– Inter-American Human Rights System – Rational basis test – Positive actions – Participatory parity – Indigenous people

I. Introducción y planteo del problema

Recientemente advertíamos a favor de la inclusión del matrimonio igualitario que aún aquellos que se pronuncian en contra, argumentan bajo la estructura de la igualdad. En el contexto de prácticas constitucionales que reconocen como principios estructurantes el de autonomía e igualdad, es muy difícil, dar una discusión sobre un problema en el que se excluye a algunos de algo que se le otorga a otros sin recurrir a un examen de igualdad. Sin embargo, la diferencia en las respuestas gira en torno a un punto crucial: *la fórmula, la concepción*[1] *y alcance de la exigencia igualdad aplicada*.[2]

Justamente este trabajo se detiene en las fórmulas y concepciones de la igualdad que se juegan en el contexto interamericano. Nuestro trabajo tiene una faz crítica, revisa las fórmulas de igualdad corrientes para detenerse en sus insuficiencias: así, criticaremos la insuficiencia del análisis de los problemas de igualdad bajo el prisma del principio antidiscriminatorio –ya sea interpretado como igualdad formal y/o material más (examen estricto) o menos exigente (mero análisis de racionalidad, escrutinio medio)–. **Interpretamos que el principio antidiscriminatorio puede funcionar ante discriminaciones puntuales pero no logra dar cuenta de la desigualdad que responde a una desigualdad sistemática y estructural**: aquellas personas que padecen los efectos de ese discriminación no pueden salir de esa situación en forma individual y por sus propios medios (léase, personas con discapacidad, pueblos originarios, niños y niñas, mujeres, ancianos, entre otras), sino que

1. Sobre diversas concepciones de la igualdad en aplicación de los desarrollos de Walzer para el análisis crítico de sentencias, MECCIA, Ernesto, "Los peregrinos a la ley. Una tipología sobre discursos de expertos, jueces y legisladores en torno a las demandas LGTB y al matrimonio igualitario", en CLÉRICO y ALDAO (coords.), *Matrimonio igualitario. Perspectivas sociológicas, políticas y jurídicas*, EUDEBA, Buenos Aires, 2010.

2. CLÉRICO, L., "El matrimonio igualitario y los principios constitucionales estructurantes de igualdad y/o autonomía", en CLÉRICO y ALDAO (coords.), *Matrimonio igualitario*. op. cit. V. este punto ya en ESKRIDGE, W., "La discusión del matrimonio entre personas del mismo sexo y tres conceptos de igualdad", en *Revista de la Univ. de Palermo*, Buenos Aires, 2000, pág. 218. El uso de diversas fórmulas de igualdad se puede seguir en el debate que se generó los días 14 y 15 de julio de 2010 en la Cámara de Senadores de la Nación Argentina en ocasión de la aprobación de la inclusión del matrimonio igualitario, que luego fuera promulgada como Ley 26.618, v. versión taquigráfica en: www.senado.gov.ar

se requieren medidas de acción positiva reparadoras o transformadoras para lograr igualdad real de oportunidades para el ejercicio de los derechos; es decir, consideramos pertinente ampliar la fórmula de igualdad como principio de no-dominación o no-sometimiento.[3] Sin embargo, la inclusión de la perspectiva de igualdad como no-dominación o no-sometimiento quedaría a mitad de camino si no nos preguntáramos por las causas que generan esa desigualdad. Es decir, proponemos ampliar la mirada para comprender que la desigualdad no sólo deviene de una distribución injusta de los bienes económicos y sociales[4] sino también del reconocimiento[5] (Fraser). Recién con esta última ampliación de las miradas sobre la desigualdad estaríamos en condiciones de analizar con detenimiento los nuevos casos llegados a la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre pueblos originarios.[6]

Nuestra tesis dice: **la insuficiencia de estudios sobre igualdad en el contexto interamericano no sólo habla de una miopía que no permite ver que varios de los planteos de igualdad responden a una desigualdad como dominación o sometimiento sino que también responde a una desigualdad que combina problemas de redistribución y reconocimiento como en el caso de los planteos de los pueblos originarios.** Así ser reconocido como un igual no sólo amplia nuestra mirada sobre los derechos sino que devela la íntima relación entre derechos, democracia deliberativa e igualdad entendidas todas como lucha por la paridad participativa[7] de los grupos desaventajados en el sistema interamericano.

3. SABA, R., "(Des)Igualdad estructural", en Marcelo Alegre y Roberto Gargarella (coords.), *El Derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007.

4. La injusticia socioeconómica arraigada en la estructura político-económica de la sociedad respecto de la distribución de bienes (ejemplos de este tipo de injusticia se pueden vislumbrar en la explotación laboral, la marginación económica, la privación de los bienes materiales indispensables para llevar una vida digna, entre otros).

5. La otra deviene de la injusticia cultural o simbólica, arraigada en los *patrones sociales dominantes* en una sociedad desde los que se interpreta con pretensión de "uniformidad", por ejemplo, cuál es la forma de matrimonio que debe ser reconocida sin que la voz concreta de quienes tienen una orientación sexual diferente y diversa sea escuchada en el proceso de decisión (así, ejemplos de este tipo de injusticia son la dominación cultural, el no reconocimiento y el irrespeto e incluye la discriminación a lesbianas, gays, travestis, personas trans, bisexuales, entre otros).

6. En el presente trabajo se hablará indistintamente de "pueblos originarios", "pueblos indígenas" o "comunidades indígenas".

7. FRASER, N., "Justicia social en la era de la política de la identidad", en FRASER, N. y HONNETH, A. *¿Redistribución o reconocimiento?: Un debate político-filosófico*, Morata, Madrid, 2006, págs. 36, 42, 45: "ser reconocido de forma errónea es ... ser representado por unos patrones institucionalizados de valor cultural de un modo que impide la participación como igual en la vida social...". Para que la paridad participativa pueda darse tienen que cumplirse dos condiciones: una condición objetiva y otra intersubjetiva. La condición objetiva dice que la "distribución de

El desarrollo de nuestra tesis nos llevará primero a repasar las fórmulas de igualdad insuficientes (formal, material como principio antidiscriminatorio en sus tres formas de escrutinio que arranca con uno leve pasa por uno intermedio para culminar en uno de tipo estricto), para ampliarla luego a la igualdad como no-dominación (II) e integrarla con la mirada de la redistribución-reconocimiento (III). Todo esto servirá para re-interpretar las argumentaciones de la Corte IDH en los casos relativamente recientes sobre pueblos originarios (IV). El trabajo de estos casos nos permitirá poner a prueba nuestra propuesta (V).

II. ¿Igualdad como mero principio anti-discriminatorio? Categorías sospechosas. Insuficiencia del modelo para analizar los nuevos casos de igualdad.

Todas las fórmulas de igualdad[8] encierran en más o menos algún tipo de comparación entre dos personas, grupos de personas, situaciones, etc. La comparación surge del reclamo de trato igualitario y en dos sentidos:

(a) alguien que es tratado en forma diferente que otro quiere ser tratado de la misma manera porque considera que no hay razones para ser tratado en forma diferente; o bien
(b) alguien que es tratado como otros considera que debe ser tratado en forma diferente porque hay una circunstancia relevante que justifica un trato diferenciado.

Para examinar si el reclamo debe prosperar se requiere examinar cuáles razones hablan a favor o en contra del planteo igualitario. Justamente la evaluación de estas razones (o sinrazones) es el centro del examen de igualdad y el resultado dependerá de la fórmula y concepción de la igualdad que se aplique.

Una de las formas de igualdad menos exigente es la fórmula de la **igualdad formal**. Esta fórmula dice que no se viola el mandato de igualdad en tanto aquellos que pertenecen a la categoría surgida luego de la clasificación realizada por el legislador son tratados de igual forma (se les aplique las mismas consecuencias jurídicas). Esta fórmula dice:

---

recursos materiales debe hacerse de manera que garantice la independencia y la "voz" de todos los participantes". La condición intersubjetiva requiere que "los patrones institucionalizados de valor cultural expresen el mismo respeto a todos los participantes y garanticen la igualdad de oportunidades para conseguir la estima social".

8. ESKRIDGE, W., *op. cit.* pág. 218.

si la categoría alcanza a todas las x, entonces sólo se viola si una x no es tratada como una de las x de la categoría.

Es decir, no examina si el criterio y las razones por las que se realizó la clasificación son legítimas y si la clasificación tiene justificación alguna; tampoco nos dice algo "acerca de cómo deben ser tratados qué individuos con qué propiedades".[9] Esta fórmula se encuentra detrás de la criticada –y con razón– fórmula de "separados pero iguales". Bajo esta fórmula se sostuvieron las leyes racistas en los Estados Unidos de Norteamérica.[10] Bajo esta misma fórmula hubiese sido imposible dictar el fallo "*Brown vs. Board of Education*" (1954),[11] en el que se decidió que la separación por "raza" en las escuelas públicas violaba el mandato de igualdad. Por ello, resulta cuestionable que alguien utilice en la actualidad esta fórmula de igualdad para sostener la discriminación cuando alguien realiza un planteo serio de no-discriminación arbitraria.[12]

Por contraposición una de las fórmulas de la igualdad que se pregunta por la legitimidad del criterio de clasificación y las razones de la selección, es la fórmula de la **igualdad jurídica material**. Esta fórmula dice que no se viola el mandato de igualdad si:

a todos los que se encuentran en igualdad de circunstancias relevantes se los trata de igual forma.

Es decir, si no hay ninguna *razón suficiente* para permitir un trato desigual, entonces está ordenado un trato igual.[13] Por ejemplo, en el caso de la inclusión del matrimonio igualitario la pregunta es ¿por qué se les niega algo a las parejas del mismo sexo si están en igualdad de circunstancias relevantes que las parejas de distinto sexo? Tomamos por relevantes la voluntad de tener pareja, de gozar de las protecciones y derechos que surgen de la regulación legal del matrimonio.[14] Por

9. ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, CEC, Madrid, pág. 351.

10. Ver "Plessy vs. Ferguson", 163 U.S. 537 (1896).

11.347 U.S. 483 (1954).

12. Ver esta misma advertencia en el caso "Freyre Alejandro y otro c/ GCBA s/ Amparo (expte. N 34292/0)", Juzgado del Fuero CAyT Nro. 15, en el que se declaró la inconstitucionalidad del art. 172 del Código Civil argentino antes de la reforma de 2010 que no admitía el matrimonio igualitario.

13.ALEXY, R., *op. cit.*, pág. 360.

14.Incluso el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia del 24/06/2010, "Schalk y Kopf vs. Austria", parte en forma correcta del presupuesto de que los actores, pareja de personas

ello, quienes siguen estando en contra de la inclusión del matrimonio igualitario tienen el desafío argumentativo de justificar por qué no estarían en igualdad de circunstancias relevantes.[15] En suma, y como reitera la Corte IDH, es discriminatoria una distinción que carezca de justificación objetiva y razonable.[16]

Ahora bien, **la fórmula de igualdad material implica el desarrollo de tres subexámenes** para determinar si existen razones suficientes o no para un trato desigualitario. Esos tres subexámenes son los de idoneidad, medios alternativos menos lesivos y proporcionalidad en sentido estricto. La aplicación de la proporcionalidad en el examen de igualdad ayuda para determinar si el criterio de distinción que genera las categorías o grupos (medida estatal) tiene relación con las finalidades (razones) de la norma.[17] El subexamen de idoneidad se pregunta si el medio logra

---

del mismo sexo, "estaban en una situación similar a las parejas de distinto sexo". Sin embargo, el Tribunal en su posición mayoritaria concluye que no hubo discriminación por parte del Estado austríaco que no reconoce el matrimonio igualitario. En este punto, es más convincente el voto en disidencia de los jueces Rozakis, Spielmann y Jebens, quienes critican a la posición mayoritaria en tanto el Gobierno austríaco no esgrimió argumento alguno para la diferencia de trato, fundándose tan sólo en su margen de apreciación. Y agregan que en tanto no dieron argumento no sería posible escudarse en este margen, "de hecho, sólo en caso de que las autoridades nacionales ofrezcan fundamentos de justificación, la Corte puede interpretar, teniendo en cuenta la presencia o la ausencia de un enfoque común [entre las legislaciones de los estados partes], que están mejor ubicados que ella para tratar eficazmente la cuestión", párr. 8. Queda claro que el margen de apreciación de los Estados no es una razón de peso suficiente para justificar una diferencia de trato ni menos aún para ser la primera y única ratio. Cursiva agregada. Para un análisis detallado y crítico de la sentencia, v. Kemelmajer de Carlucci, A./Herrera, M., "El principio de no discriminación en una reciente sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Una cuestión en movimiento desde el ámbito regional y una responsabilidad desde el ámbito estatal." La Ley, Buenos Aires, 6/07/2010.

15. Ver trabajos de GARGARELLA, R., "Matrimonio y diversidad sexual el peso del argumento igualitario" y CLÉRICO, L., "El matrimonio igualitario y los principios constitucionales estructurantes de igualdad y/o autonomía", en CLÉRICO y ALDAO (coords.), *Matrimonio igualitario: Perspectivas sociológicas, políticas y jurídicas*, op. cit.

16. Cfr. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, supra nota 150, párr. 89; Condición jurídica y derechos humanos del niño, párr. 46; y Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización, párr. 56. Esto genera diversas obligaciones a los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, eliminar las regulaciones de carácter discriminatorio, combatir las prácticas de este carácter y establecer normas y otras medidas que reconozcan y aseguren la efectiva igualdad ante la ley de todas las personas.

17. ALEXY, R., *Theorie der Grundrechte, Suhrkamp*, Frankfurt am Main, 1986; ALEXY, R., "Zur Struktur der Grundrechte auf Schutz", (Sp. Sobre los derechos fundamentales a protección), en: *Derecho Sociales y ponderación*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2007; CLÉRICO, L., *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, Baden-Baden, Nomos, 2001; *El examen*

promover los fines estatales y si no los logra entonces ya tenemos una primera razón que habla en contra del trato desigualitario. El subexamen de medios alternativos dice que las razones de la distinción no son suficientes si pudo haberse evitado el trato desigualitario a través de la implementación de algún otro medio alternativo (es decir, uno que evite esa clasificación). El subexamen de proporcionalidad en sentido estricto supone determinar la intensidad de restricción a la igualdad y a los derechos que produce la clasificación y, por el otro lado, determinar el peso de las razones que hablan a favor de la clasificación y de la promoción del fin estatal. Por ello, no hay razones suficientes para la distinción si la intensidad de restricción es mayor que el peso de las razones justificatorias.

Estos tres subexámenes ayudan para determinar si la distinción/discriminación es o no arbitraria. Ahora bien **estos tres subexámenes de igualdad pueden ser aplicados con mayor o menor intensidad**, esto depende de que tan exigentes nos pongamos para evaluar la relación entre la clasificación, el criterio de clasificación, sus efectos y las razones justificatorias. Por ello, se suele hablar de tres escrutinios de igualdad jurídica material: un escrutinio leve o de mera racionalidad, un escrutinio intermedio y un escrutinio bien exigente.

En el examen de igualdad de mera racionalidad se parte de la presunción de legitimidad/constitucionalidad de la clasificación realizada por el legislador. Esto significa que la carga de la argumentación la tiene quien realiza el reclamo igualitario y sólo se declarará la clasificación y sus efectos como arbitrarios si logra argumentar que no existe relación alguna entre medio y fin y que esa falta de relación justificatoria es evidente, manifiesta; de lo contrario se confirma la presunción a favor de la legitimidad de la clasificación.

El escrutinio intermedio exige una relación más sustancial entre clasificación, criterio de clasificación, efectos de la clasificación y razones justificatorias, la relación tiene que ser plausible, demostrarse una relación estrecha entre clasificación y razones justificatorias y alegarse algún fin estatal importante que justifique la clasificación.

---

de proporcionalidad, EUDEBA, Buenos Aires, 2009; BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 3ª ed., Madrid, 2007, entre otros.

Sin embargo, el más exigente de los exámenes es el estricto. [18] Esto implica:

(a) partir de la presunción de la arbitrariedad de la discriminación;

(b) la carga de la argumentación se traslada en cabeza de aquellos que alegan la justificación de la clasificación, por lo general, el Estado;

(c) una exigencia agravada de justificación, la arbitrariedad sólo puede ser revertida si quien tiene la carga de la argumentación logra alegar y justificar razones más que importantes, por ejemplo, un fin estatal imperioso más que urgente;

(d) que no existía ningún otro medio alternativo que pudiera evitar la clasificación;

(e) una regla epistémica, que dice que si persisten dudas al final de la argumentación, queda la clasificación y sus efectos como arbitraria. El examen de escrutinio estricto se aplica, por ejemplo, cuando desde el vamos del planteo de la cuestión igualitaria se "sospecha" que la exclusión huele a injustificada e inconstitucional porque afecta a un grupo de personas que históricamente ha sido discriminado y que las consecuencias perjudiciales para sus derechos persisten en la actualidad.[19] Nos encontramos

18. GARAY, Alberto, F., "Derechos civiles de los extranjeros y presunción de inconstitucionalidad de las normas", *La Ley*, 1989-B, 931; BIANCHI, Enrique y GULLCO, Hernán V., "La cláusula de igualdad: hacia un escrutinio más exigente", JA, 2001-I-1241; CLÉRICO, Laura y SCHVARTZMAN, Sebastián, "'Repetto' re-visitado: a propósito del fallo del Tribunal Superior de la Ciudad de Buenos Aires sobre acceso a la docencia en el caso de los extranjeros", LL Sup. Const 2005 (octubre), 38; TREACY, Guillermo, "La utilización de categorías sospechosas como técnica para controlar la discriminación hacia los extranjeros", JA 2006-IV, 29/11/2006; GARGARELLA, Roberto, "Cómo no debería pensarse el derecho a la igualdad. Un análisis de las opiniones disidentes en el fallo 'Reyes Aguilera'", JA 2007-IV, pp. 67-74.; CLÉRICO, Laura, "El derecho a la alimentación de los niños, la presunción de exclusión y la necesidad de cambiar el estándar de control de las obligaciones estatales iusfundamentales. 'Rodríguez', 'Comunidad toba del Chaco' y la sombra de Ramos", JA 7/11/2007; MAURINO, Gustavo, "Pobreza y discriminación: la protección constitucional para los más humildes", ALEGRE y GARGARELLA (comp.), *El derecho a la Igualdad*, Buenos Aires, Lexis-Nexis, 2007, pp. 313-343 (330).] Reconstruye el examen de igualdad en el contexto interamericano como principio antidiscriminatorio e incluyendo "categorías sospechosas", DULIZKY, A., "El principio de igualdad y no discriminación. Claroscuros de la jurisprudencia interamericana", disponible en: www.anuariocdh.uchile.cl

19. Se aplica examen estricto de igualdad, en materia de discriminación por orientación sexual en: Contencioso Administrativo Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires: "Freyre

> frente a una exclusión sospechosa (por ejemplo, discriminación basada en la "raza", la etnia, la nacionalidad, la orientación sexual, etc.) y quien no crea que esas personas no conformen un grupo de personas[20] histórica y sistemáticamente discriminadas tiene la carga de la argumentación y debe justificar por qué no lo son al ser excluidas de lo que se le otorga a otros en igualdad de circunstancias relevantes.

Si bien este última intensidad de examen de igualdad jurídica material es mucho más exigente, **nos preguntamos si es una herramienta argumentativa lo suficientemente potente para conmover un *status quo* fuertemente desigualitario**. Es decir, un *status quo* en el que la discriminación no es sólo puntual o individual sino que responde a una práctica sistemática de discriminación cuyos efectos no pueden ser revertidos en forma individual por las personas afectadas por los efectos de esa discriminación. Pensemos, por ejemplo, en el contexto interamericano en la situación de exclusión que viven varios pueblos originarios por falta de acceso a la posesión a sus tierras ancestrales y que incluso implica la muerte de algunos de sus miembros cuando buscan defenderse frente a procesos de desalojo de sus tierras.[21] Algunas de las constituciones incluso identifican a esos grupos desaventajados como mujeres, niños y niñas, ancianos, personas con discapacidad, pueblos originarios, entre otros (ver, por ejemplo, del art. 75, incs. 23 y 17 de la Constitución argentina).[22] Esta desigualdad no es natural, sino que surge como producto de una

---

Alejandro y otro c/ GCBA s/ Amparo (expte. N 34292/0)"; "Canevaro Martín y otro c/ GCBA s/ Amparo (expte. N 36410/0)", Juzgado del Fuero N 13; "Fernández Alberto Daro y otro c/ GCBA s/ Amparo (expte. N 36320)", entre otros.

20. FERNÁNDEZ VALLE, M., "Después del matrimonio igualitario", en CLÉRICO y ALDAO (coords.), *Matrimonio igualitario: Perspectivas sociológicas, políticas y jurídicas*, op. cit.

21. Nos referimos por ejemplo a la muerte de integrantes del pueblo *quom* en la provincia de Formosa (Argentina) del 26 de noviembre de 2010.

22. Quien evalúa una acción u omisión estatal tiene que tener en cuenta que la afectada puede converger en más de uno de los grupos desaventajados del art. 75 inc. 23 de la Constitución Nacional. Por ello, es necesario reconstruir la situación de la actora teniendo en cuenta el enfoque de la llamada "discriminación múltiple" o "discriminación interseccional". Así se interpreta que la discriminación que surge de una combinación de elementos ocasiona un tipo de discriminación diferente de cualquier otra basada en un solo factor. La pertinencia de la aplicación de este tipo de enfoque está dada por la atención que presta a los contextos históricos, sociales y políticos que generan estas discriminaciones, esto permitiría además encontrar soluciones adecuadas a las experiencias particulares de las personas discriminadas. Por ejemplo, mujeres mayores con discapacidad pertenecientes a pueblos originarios pueden sufrir más discriminación que mujeres y varones con discapacidad que viven en zonas urbanas y cerca de centros de atención y rehabilitación. Véase el enfoque de la "discriminación interseccional" aplicado para analizar el

estructuración social dada. Para que estos grupos vulnerables puedan ejercer sus derechos en condiciones de igualdad, se deben dictar medidas estatales de acción positiva. Este mandato implica un empezar a hacer positivo, con lo que la norma se viola si el legislador: **i)** sigue omitiendo, **ii)** retrocede arbitrariamente sobre lo hecho, o si **iii)** lo hecho por acción es insuficiente o defectuoso.

Así, esta exigencia de igualdad se presenta como una exigencia de no-dominación o no-sometimiento e implica una mirada crítica sobre la igualdad interpretada como mera igualdad formal o jurídico-material. Esta mirada crítica a su vez invita a volver la mirada sobre los *presupuestos de filosofía política* sobre los que se basa cada una de las *concepciones* de igualdad.

III. Igualdad como redistribución y reconocimiento

Una interpretación meramente formal de la igualdad o incluso como igualdad jurídico-material tiene el defecto de esconder, tras el principio de igualdad ante la ley, una serie de desigualdades de orden material y simbólico que no se corresponden con los exigentes presupuestos normativos de la democracia, pero que a la vez tampoco pueden ser resueltos dentro del estrecho marco de los derechos individuales.

Esto es así en tanto en la idealizada autocomprensión de las sociedades burguesas, que sirvieron de matriz al constitucionalismo liberal, la igualdad es concebida como un presupuesto y no como una meta.[23] Esto tiene al menos dos consecuencias relevantes: en primer lugar se asume que determinado *status quo*, cortado a la medida del hombre de negocios occidental, constituye una suerte de orden natural que determina el alcance de la discusión en materia de igualdad.[24] En este sentido la igualdad es reconstruida en términos de no intervención estatal sobre una sociedad civil que es capaz de regularse autónomamente.[25] En segundo lugar se atribuye al derecho y a la jurisprudencia un rol de preservación y restitución de este orden

---

derecho a la vivienda de mujeres en: Informe del Relator Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho de no discriminación a este respecto, Miloon Kothari, 27 de febrero de 2006. Documento de Naciones Unidas, E/CN.4/2006/118, párrs. 47-54. Fuente: http:// www.unhcr.ch

23. ARENDT, A., *Sobre la revolución*, Alianza, Madrid, 2006, pp. 188 y ss.

24. En este sentido es relevante señalar que lo que habitualmente denominamos "igualdad formal-legal" no es pura forma en términos absolutos, sino sólo para aquellos que no encajan en el molde de la subjetividad liberal-burguesa; en otros términos, que aquellos que sí caben en ésta no pueden sino verla como llena de contenido. Sin embargo, y en tanto es mayor el número de excluidos que el de incluidos en este estrecho molde, decidimos mantener el uso habitual del término.

25. HABERMAS, J., *Historia y crítica de la opinión pública*, Gustavo Gili, Barcelona, 2004, págs. 112 y ss.

natural, restringiendo las discusiones políticas –aquellas que excedan la mera restauración del equilibro natural entre oferta y demanda por un lado, y derechos individuales[26] por el otro– a un debate parlamentario que en realidad se desarrolla bajo la supervisión de aquellos que, sin quebrar esta peculiar comprensión del principio de igualdad ante la ley, han logrado ubicarse por encima de sus pares. De este modo no sólo se cristalizan aquellas desigualdades invisibles a la matriz liberal-burguesa, sino que se aumenta la brecha entre unos y otros (Fraser y Young).[27]

Sin embargo, como apuntan Habermas[28] y Sousa Santos,[29] el ideal normativo de la Ilustración, reconstruido en términos de objetivo, nos permite:

(a) plantear el problema de la igualdad en términos no ya de restauración sino de emancipación (de no-dominación o no-sometimiento),

(b) pensar la democracia no tanto como un hecho sino como un proyecto a realizar, y

(c) establecer con mayor claridad la mutua implicación de ambas.

Es en este sentido que tomarse la democracia en serio requiere integrar el principio de igualdad de modo tal que pueda dar efectiva cuenta del ideal de una sociedad de individuos libres e iguales. Es en orden a resolver las falencias del modelo liberal que se han ensayado diversas reconstrucciones del principio de igualdad, entre las que se destacan las nociones de *redistribución y de reconocimiento*.

La idea de *igualdad como redistribución* tiene sus orígenes teóricos en el intento de compatibilizar el ideal liberal de libertad individual con las demandas igualitaristas de la social democracia; y apunta a los déficits que en, términos de acceso a recursos materiales, fracturan a la sociedad en propietarios, asalariados y desposeídos. Desde esta perspectiva, la naturalización del estado de cosas vigentes y la obturación de los intereses de aquellos que no pertenecen a los grupos dominantes se traduce en legitimación de las desigualdades en términos de acceso a recursos materiales y aumento de la brecha entre ricos y pobres. De este modo se produce un círculo vicioso en el cual las desigualdades de propiedad no pueden ser alteradas por el principio de igualdad formal, reforzando las dificultades de acceso

26. En su formulación clásica.

27. FRASER, N., "Rethinking the public sphere: a contribution to the Critique of Actually Existing Democracies", en *Social Text*, N° 25, pág. 265; y YOUNG, I. "Polity and Group Difference: A Critique of the Ideal of Universal Citizenship", en *Ethics*, vol. 99, N° 2.

28. HABERMAS, J. *Facticidad y Validez*, Trotta, Barcelona, 2005, cap. 7.

29. DE SOUSA SANTOS, B. *Sociología jurídica crítica*, Trotta, Madrid, 2009, caps. 7 y 9.

de trabajadores y desposeídos a las instancias de participación política, que son a su vez las únicas que podrían modificar esta estrecha comprensión de la igualdad. Lo que define a esta particular perspectiva de la justicia social es su creencia en que *la transformación de las relaciones de producción constituye el remedio fundamental para la solución de las desigualdades*. En este sentido proponen la redistribución del ingreso o la riqueza, la redistribución de la división del trabajo y la reestructuración de la propiedad privada y de la empresa entre otros. A su vez, identifican en la clase desposeída de recursos al principal grupo afectado; y a la eliminación de las diferencias materiales como la solución a la desigualdad,[30] a lo que se suma el cuestionamiento, en sus versiones más radicales, de los criterios que se utilizan para definir el acceso a la producción.

Por su parte, la idea de *igualdad como reconocimiento* proviene de la filosofía continental, con más precisión de la fenomenología de la conciencia, y busca resolver el problema de la formación de la subjetividad apuntando a los déficits que, en términos de acceso a los recursos simbólicos, fracturan a la sociedad en subjetividades dominantes y dominadas. Desde esta perspectiva, la naturalización del estado de cosas vigentes y la obturación de los intereses de aquellos que no pertenecen a los grupos dominantes se traduce en la legitimación de las desigualdades de status dentro de la sociedad y el aumento de la brecha entre unos y otros. De este modo también se produce un círculo vicioso en el cual las desigualdades de reconocimiento no pueden ser alteradas por el principio de igualdad formal, ni tampoco por el de igualdad material, reforzando las dificultades de acceso de todos aquellos que no encajan en el molde del hombre blanco occidental a las instancias de participación política, que, de nuevo, son a su vez las únicas que permitirían modificar esta estrecha comprensión de la justicia. Lo que define a esta perspectiva es su creencia en que es *la transformación de los patrones de representación cultural lo que permitiría resolver las injusticias sociales*. En este sentido proponen la revaluación de subjetividades no respetadas y de sus producciones culturales, el reconocimiento y valoración de la diversidad cultural, entre otros. A su vez, ven en aquellos grupos de status con menor respeto, estima y prestigio que el resto de la sociedad el objeto de la afectación, y buscan la solución del problema de la igualdad a través de la revaluación de las valoraciones de status y, en sus versiones más radicales, la puesta en cuestión de los criterios en los que se asientan estas evaluaciones.[31]

Sin embargo, como muestra Fraser, resulta cuanto menos difícil, sino contraproducente, disociar las desigualdades materiales de las desigualdades simbólicas, puesto que éstas se potencian mutuamente y deben ser comprendidas como bidimensionales. Así la clase explotada pierde reconocimiento, y las subjetividades des-

30. FRASER, N., "Justicia social en la era de la política de la identidad", *op. cit.*, págs. 19 a 24.

31. FRASER, N. *op. cit.*, loc. cit.

preciadas ven obstaculizado su acceso a los recursos.[32] Esto resulta particularmente evidente en los esfuerzos del socialismo por construir una subjetividad de clase y del feminismo por redefinir la división del trabajo.

En este sentido es preciso desfosilizar un ámbito privado en el que ni se redistribuye ni se reconoce, y para eso es a su vez necesario abrir la esfera pública a la efectiva participación de todos,[33] de modo tal que la definición del alcance de los derechos y los recursos que deben ser redistribuidos, así como también de los patrones culturales que deben ser alterados, sea el resultado de un debate público al que todos tengamos acceso, en especial, los afectados por la medida estatal.[34] Esto implica tres cambios fundamentales: (a) en lo que atañe a la igualdad, esta deja de ser concebida como un valor objetivo –en el sentido de definitivo– al cual debe acercarse el estado de cosas vigente, para pasar a ser el *saldo provisorio de un debate que se encuentra abierto a la formulación de nuevos argumentos por aquellos que se encuentren excluidos*; (b) en lo que atañe a la democracia, ésta deja de ser monopolizada por el parlamento, el que se convierte en una herramienta, entre otras, para la institucionalización de la misma; (c) la igualdad como tal debe ser construida en cada caso concreto, en tanto parece ser la única forma viable de admitir la participación de aquellos inmediatamente implicados en la situación de desigualdad. Finalmente (d), la interpretación del principio de igualdad, cuando opera como criterio reparador, debe adecuarse a la segmentación social que el paradigma predominante ha producido. Esto resulta central para comprender los problemas habitualmente vinculados a la igualdad. El modelo de la igualdad formal posee, además de una posición predominante dentro de los ordenamientos jurídicos vigentes, una notable preponderancia en términos históricos, que, a su vez, ha influido sobre las estructuras sociales, generando la exclusión sistemática de grupos.[35] Estas exclusiones colectivas –o estructurales– no sólo no pueden recibir una respuesta adecuada a través de una interpretación en clave individual del principio de igualdad, sino que, además, no deben ser obturadas en nombre de una paridad ficticia.[36]

La clave para la reconstrucción del principio de igualdad es entonces, desde esta perspectiva, la *participación*, que incluye a la vez las demandas de redistribución y de reconocimiento. Nadie puede participar de una argumentación mientras se encuentre privado de condiciones mínimas de vida (redistribución) o bien ni siquiera sea considerado un interlocutor válido (reconocimiento). Por otro lado, *nin-*

32. FRASER, N. *op. cit.*, pág. 28.

33.Esto se asienta sobre la idea habermasiana respecto de la cooriginariedad de las autonomías públicas y privadas.

34. FRASER, N. *op. cit.*, págs. 47 a 49.

35. SABA, R. *op. cit.*, pág. 167.

36. Ver más adelante, análisis del voto en disidencia del juez Montiel Argüello en el caso YATAMA.

guna concreción del principio de igualdad puede ser considerada válida de modo definitivo, en un contexto democrático, sin la participación de aquellos que se encuentran en la situación concreta de disparidad, como es el caso en el contexto interamericano de los pueblos originarios o comunidades indígenas.

IV. Casos para re-interpretar

Si bien tomamos la base de un universo de 274 casos contenciosos, 20 opiniones consultivas y 403 medidas provisionales resueltas por la Corte IDH, *sólo nos interesan aquellos casos en los que se tratan temas de pueblos originarios y, que según entendemos, pueden ser reconstruidos en clave de igualdad*. En este universo no se incluyen las resoluciones sobre medidas precautorias. Nos interesó rastrear aquellos casos donde expresamente se enfrentaba a un problema de igualdad. Estos casos conforman los "casos nuevos" en comparación con los llamados "casos tradicionales" de violación de derechos que llegaron a la Corte IDH. El patrón es nuevo en tanto estos casos llegan a la Corte IDH; sin embargo, no es nuevo en tanto tipo de violación a los derechos, las violaciones a los derechos de los pueblos originarios se remontan a la época de la colonia y la conquista y persisten hasta la actualidad. Justamente que no hayan llegado anteriormente y en forma sistemática a la Corte IDH habla de las barreras estructurales que obturan el acceso a la justicia local e internacional de los pueblos originarios.

Así, nos detendremos especialmente en dos grupos de casos paradigmáticos que proponemos leer bajo el prisma de igualdad ampliado bosquejado en este trabajo, por un lado,

a) Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay 2005,[37] Comunidad indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay 2006,[38] Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay 2010[39] sobre condiciones de existencia para garantizar vida digna a una comunidad indígena y derecho de propiedad colectiva sobre tierras ancestrales[40] y por el otro lado,

37. Corte IDH, Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C Nº 125.

38.Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C Nº 146.

39. Corte IDH, Sentencia del 24 de agosto De 2010.

40. Ver además: Comunidad Mayagna Awas Tingni vs. Nicaragua 2001.

b) Yatama vs. Nicaragua (23/06/2005) sobre derecho a ser elegido como representantes de comunidades indígenas e interés legítimo del Estado de reglamentar las candidaturas para compararlo con el caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos (06/08/2008).

IV.1 La igualdad como condición: derecho a la propiedad colectiva y condiciones de existencia digna de una comunidad indígena

El "patrón nuevo" de violación de los derechos requiere integrar la igualdad a su vez como prohibición por omisión, insuficiencia o defecto. En casos relativamente recientes la Corte IDH se pronunció sobre condiciones de existencia y propiedad colectiva de la tierra para garantizar además condiciones de vida digna a una comunidad indígena.

Hablamos de "caso paradigmático" que entendemos se conforma paulatinamente por los contenidos ganados en casos como:[41]

- Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay 2005,[42]
- Comunidad indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay 2006, [43]
- Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay 2010.[44]

Si bien es cierto que la Corte IDH se había pronunciado, por lo menos, en dos casos anteriores sobre el tema del derecho a la propiedad colectiva de pueblos originarios,

- Comunidad Mayangna (Sumo) Awas Tingni c. Nicaragua (2001),[45]
- Comunidad Moiwana c. Suriname (2005),[46]

nos centraremos en los tres dirigidos contra Paraguay ya que incluye en

41. Ver además: Comunidad Mayagna Awas Tingni vs. Nicaragua 2001.

42. Corte IDH, Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C Nº 125.

43. Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C Nº 146.

44.Corte IDH, Sentencia del 24 de agosto de 2010.

45. Corte IDH, Caso Comunidad Mayangna (Sumo) Awas Tingni c. Nicaragua, sentencia del 31 de agosto de 2001, Serie C, N° 79.

46. Corte IDH, Caso Comunidad Moiwana c. Suriname, sentencia de 15 de Junio de 2005, Serie C N° 124.

la cuestión debatida[47] la relación con la generación de condiciones de existencia digna que se viola por falta de acción estatal o insuficiente[48]. Así nuestro análisis implica una línea jurisprudencial más general referida a la generación de condiciones de existencia digna, por un lado, y, por el otro lado, la combinamos con asegurar el acceso al derecho a la propiedad colectiva que implica a la vez respetar el reconocimiento de la diversidad cultural respecto del derecho a la alimentación, al agua, a la salud para generar condiciones de existencia digna, entre otros.

Desde el caso "Villagrán Morales" sobre niños de la calle la Corte IDH ha sostenido que el derecho a la vida y a la integridad física se viola también por omisión estatal, más precisamente, por incumplimiento de obligaciones positivas del Estado para generar condiciones que garanticen una vida digna, ya sea de niños, de personas detenidas, de personas internadas.[49] De estas obligaciones estatales, que suenan generales,

47. En los casos no se discute que la legislación paraguaya reconoce la existencia de los pueblos indígenas como grupos anteriores a la formación del Estado, así como la identidad cultural de estos pueblos, tampoco se discute la relación que tienen con su respectivo hábitat y las características comunitarias de su dominio sobre sus tierras, otorgándoles, además, una serie de derechos específicos, que sirven de base para que este Tribunal defina el alcance y contenido del artículo 21 de la Convención. Aún más el Estado no niega que los miembros de la Comunidad Xákmok Kásek tienen el derecho a la propiedad comunitaria de su territorio tradicional, y que la caza, pesca y recolección sean elementos esenciales de su cultura. Así, la Corte IDH identifica que la cuestión es mucho más específica y se centra en la necesidad de restituir específicamente las tierras reclamadas por los miembros de la Comunidad y la realización efectiva del derecho a la propiedad. Ver Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay 2010, párr. 88-89.

48. Ver esta diferencia en CLÉRICO, L., "El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto", en: CARBONELL, M., (ed.) *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional*. Bogotá Colombia: Universidad del Externado. 2007, p. 100-133. [reimpresión en, CARBONELL, M., (Ed.), *El principio de proporcionalidad y la protección de los derechos fundamentales*, México, 2008 y en CARBONELL, M., (ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, Ecuador, 2008 http://www.minjusticia-ddhh.gov.ec

49. Ver caso Villagrán Morales y Otros ("Niños de la Calle"), 1999; caso Bulacio, 2003; caso Myrna Mack Chang, 2003; caso del Instituto de Reeducación del Menor, 2004; caso Huilca Tecse, 2005; caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri (2004: párr. 124); casos de Juan Humberto Sánchez (2003, párr. 110) y de los 19 Comerciantes (2004, párr. 153); Y referido a las condiciones de detención, v., caso del Penal Miguel Castro Castro (párrs. 285, 293 a 295, 300 y 301), caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) (párrs. 102 y 103), caso De la Cruz Flores (párr. 132), caso Tibi (párr. 157), caso Loayza Tamayo; Caso de la Masacre de Pueblo Bello, párr. 120; Caso de la "Masacre de Mapiripán", párr. 232; Caso Huilce Tecse. Sentencia de 3 de marzo de 2005. Serie C N° 121, párr. 66; Caso "Instituto de Reeducación del Menor". Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C N° 112, párr. 158; Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C N° 110, párr. 129; Caso 19 Comerciantes, párr. 153; Caso Myrna Mack Chang, párr. 153; Caso Juan Humberto Sánchez, párr. 110; Caso Bámaca Velásquez. Sentencia de 25 de

derivan deberes especiales, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre,[50] como extrema pobreza, marginación y niñez.

Ahora bien, en los tres casos paradigmáticos contra Paraguay, la Corte IDH amplia, según interpretamos, el sentido de generar las condiciones de existencia para garantizar vida digna a una comunidad indígena en relación con el derecho de propiedad colectiva sobre sus tierras. Los tres casos tratan de reclamos realizados por un colectivo que históricamente ha sido discriminado –tanto por el modelo distributivo como cultural dominante– y que las consecuencias perjudiciales de esa discriminación persisten en la actualidad. Se trata de pueblos originarios contra el Estado de Paraguay para lograr la devolución de sus tierras ancestrales. Si bien estos tres casos son contra un Estado en particular, la negación de este derecho colectivo a los pueblos indígenas atraviesa todo el contexto interamericano más allá de algunas particularidades.[51] Los casos de violaciones de este derecho contra los pueblos originarios ocurren también en territorio argentino. En un informe reciente se diagnostica que, 11.320.455 hectáreas son objeto de reivindicación por pueblos originarios, 680 mil integrantes de esos pueblos fueron desplazados y en varios casos de forma violenta, en donde los empresarios con interés en las tierras actúan para desplazarlos con el apoyo de fuerzas de seguridad públicas y privadas, resultando varias personas heridas y hasta en algunos casos asesinadas.[52] Los pueblos originarios son desplazados de sus tierras por móviles económicos y para explotar esas tierras (muchas de las veces implica además desforestación de bosques nativos) para cultivo de soja (por ejemplo, a través de los llamados "pools de siembra"); para explotación minera, de petróleo, etc.[53]

La desigualdad estructural que padecen los pueblos originarios –y que está representada en el caso paradigmático de las Comunidades Indígenas de Paraguay– demuestra que no sólo se trata de una distribución desigual de los bienes económi-

---

noviembre de 2000. Serie C N° 70, párr. 172; y Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros), párrs. 144 a 146.

50. Cfr. Caso de la Masacre de Pueblo Bello, párrs. 111 y 112; Caso de la "Masacre de Mapiripán", párrs. 108 y 110, y Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C N° 110, párr. 71.

51. RAMÍREZ, S., Derechos de los pueblos indígenas: protección normativa, reconocimiento constitucional y decisiones judiciales, en GARGARELLA, R. (coord.), *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, Tomo II, pág. 921.

52. Ver los casos del 12/10/2009 en el que fue asesiando el lider indígena Javier Chocobar y el caso reciente de noviembre de 2010 contra la comunidad quom con asiento en la Provincia de Formosa.

53. Ver relevamiento sobre los desplazados de las tierras, en *Tiempo Argentino*, 14/11/2009: "En Salta desalojan a los pueblos originarios para buscar petróleo"; *Clarín*, 18/2/2009, "Los indígenas llegan a la Corte por los desmontes", entre muchos otros.

cos y sociales (acceso a sus tierras), sino también de una distribución desigualitaria de la palabra[54] para determinar, para discutir, cuáles son las necesidades, sus intereses; por ejemplo, cómo quieren satisfacer su existencia de acuerdo con sus costumbres ancestrales ligadas al contacto con sus tierras, como lo advierte la Corte IDH en reiterada jurisprudencia:

> "existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras".[55]

En este punto, resulta pertinente volver sobre la propuesta de Fraser,[56] que distingue (para luego combinarlas) dos concepciones amplias de la injusticia que generan desigualdades importantes. Como advertimos en el apartado III de este trabajo, la primera de ellas es la injusticia socioeconómica, arraigada en la estructura político-económica de la sociedad respecto de la distribución de bienes (ejemplos de este tipo de injusticia se pueden vislumbrar en la negación sistemática de los actores estatales y de los grupos económicos de los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras lo cual repercute en la privación de los bienes materiales indispensables para llevar una vida digna de acuerdo con sus costumbres). Así, la segunda es la injusticia cultural o simbólica, arraigada en los patrones sociales dominantes en una sociedad desde los que se interpreta, por ejemplo, cuáles son las necesidades

54. Estas advertencias alcanzan también al accionar de los tribunales. Por ejemplo, es fundamental que se posibilite el ejercicio real del derecho de los integrantes de los pueblos originarios a expresarse en su lengua materna, véase, sin embargo, "Informe sobre la audiencia pública celebrada en la Corte [argentina] sobre el caso 'Comunidad toba del Chaco'", diario *Clarín*, 07/11/2007.

55. Caso "Comunidad Xákmok Kásek v. Paraguay", 2010, párr. 86 con cita de Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C N° 79, párr. 149; Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay, párr. 118, y Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam, párr. 90.

56. FRASER, Nancy, *Iustitia Interrupta*, Bogotá, Siglo de Hombres Editores/Universidad de los Andes, 1997, p. 23. La aplicación del enfoque propuesto por Fraser para el análisis de otros casos de violación de derechos de pueblos originarios puede encontrase en: Schujman/Cardinaux/Clérico, "Derechos humanos: conceptos, problemas y desafíos", http://www.campus.cepa.edu.ar

de los pueblos originarios, sin que su voz sea escuchada en el proceso de decisión (ejemplos de este tipo de injusticia son la dominación cultural, el no reconocimiento y el irrespeto, e incluye la discriminación a pueblos originarios, entre otros, no basta con que el Estado "salga" a repartir alimentos,[57] etc., es necesario que los pueblos originarios sean escuchados para que se "respete" las condiciones que posibilitan su autoabastecimiento lo que implica escuchar sus necesidades e intereses desde otros patrones culturales que no responden al dominante del "hombre blanco occidental de clase media" que suele tener una visión mercantilista del uso y goce de los bienes).[58]

Así, los pueblos originarios no sólo son víctimas de una injusticia cultural o simbólica, sino también de una injusticia socioeconómica. La falta de consideración de sus identidades y de transferencia de sus tierras actúa conjuntamente para seguir produciendo desigualdad. Para remediarla, se requiere que las exigencias de reconocimiento cultural se integren con las pretensiones de redistribución socioeconómica. Padecen tanto la mala distribución socioeconómica como el erróneo y/o insuficiente reconocimiento cultural, sin que pueda entenderse que alguna de estas injusticias es un efecto indirecto de la otra. Por eso, ni las soluciones redistributivas ni las soluciones de reconocimiento son suficientes por sí mismas. Es decir, sólo son respetuosas de los derechos de los pueblos originarios aquellas soluciones que implican una mejor distribución de los bienes económicos y sociales, pero que a su vez los incluyan en el proceso de toma de decisiones y se tenga en cuenta su interpretación de sus necesidades, intereses y proyectos como comunidad.[59]

Ahora bien, en los tres casos contra el Estado de Paraguay las comunidades indígenas estaban viviendo fuera de ellas contra su voluntad, últimamente vivían

57. Según informes de antropólogos que trabajan en las comunidades indígenas del Chaco y Formosa, "el hambre es el resultado de un problema integral cuya solución exige que las organizaciones y los mismos indígenas sean reconocidos como protagonistas". Diario *Página 12*, "Narrar el hambre", 13/10/07.

58. Como advierte la Comisión en el caso, esto implica escuchar a los representantes de la Comunidad cuando agregan que "[l]a visión mercantilista del valor de las tierras, que es entendida únicamente como medio de producción para generar 'riquezas', es inadmisible e inaplicable cuando se aborda la cuestión indígena, pues supone una visión limitada de la realidad, al no contemplar [la] posibilidad de una concepción distinta a nuestra manera 'occidental' de ver las cosas del derecho indígena; sostener que sólo existe una forma de usar y disponer de los bienes, significaría hacer ilusoria la definición de que el Paraguay es un Estado pluricultural y multiétnico, echando por tierra los derechos de miles de personas que habitan el Paraguay y l[o] enriquecen con su diversidad". Caso "Comunidad Xákmok Kásek v. Paraguay", 2010, párr. 148.

59. CLÉRICO, L., Las otras caras de los derechos sociales: las obligaciones iusfundamentales y la desigualdad estructural, en: *La Corte y los derechos 2005/2007*, SXXI/ADC, Buenos Aires, 2008, págs. 478-494.

en condiciones de miseria a la vera de una ruta. Esta situación de miseria de los miembros de la Comunidad está estrechamente vinculada a la falta de acceso a la propiedad comunitaria de sus tierras.[60] A su vez, esto aniquila las posibilidades de autoabastecimiento y auto-sostenibilidad de sus miembros, de acuerdo con sus tradiciones ancestrales.[61] Es decir, que la combinación del derecho a la propiedad y a una existencia digna afecta el derecho a la autonomía colectiva de la Comunidad:

> "... la falta de sus tierras tradicionales y las limitaciones impuestas por los propietarios privados repercutió en los medios de subsistencia de los miembros de la Comunidad. La caza, pesca y recolección cada vez fueron más difíciles, llevaron a que los indígenas decidieran salir de la Estancia Salazar y reubicarse en "25 de Febrero" o en otros lugares, disgregándose así parte de la Comunidad ... *Todas estas afectaciones se incrementan con el transcurso del tiempo y aumentan la percepción de los miembros de la Comunidad de que sus reclamos no son atendidos*."[62]

Y como sostiene la Corte IDH esto los lleva a depender casi exclusivamente de las acciones estatales y verse obligados a vivir de una forma no solamente distinta a sus pautas culturales, sino en la miseria. Debido a las características de este caso paradigmático –conformado por los tres casos contra el Estado de Paraguay–, coincidimos con Cancado Trindade cuando advierte sobre la centralidad que adquieren las víctimas por sobre la posición del Estado que invoca circunstancias presumiblemente eximentes de su responsabilidad. Sin embargo, la Corte IDH en su posición mayoritaria considera las razones y acciones realizadas por el Estado

60. Caso "Comunidad Xákmok Kásek v. Paraguay", 2010: El Tribunal recuerda su jurisprudencia respecto a la propiedad comunitaria de las tierras indígenas, según la cual: 1) la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado; 2) la posesión tradicional otorga a los indígenas el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro; 3) el Estado debe delimitar, demarcar y otorgar título colectivo de las tierras a los miembros de las comunidades indígenas; 4) los miembros de los pueblos indígenas que por causas ajenas a su voluntad han salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales mantienen el derecho de propiedad sobre las mismas, aún a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe, y 5) los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y éstas han sido trasladadas legítimamente a terceros inocentes, tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad.

61. Ver Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C N° 79, párr. 149; Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay, párr. 118, y Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam, párr. 90.

62. Caso "Comunidad Indígena Xákmok Kásek v. Paraguay", con ref. a párr. 75 a 77, 79, 98. La afectación se incrementa pues afecta la identidad cultural de un grupo desaventajado relacionarlo con la paridad participativa.

aunque luego concluya que fueron insuficientes y violatorias de varios derechos de la Convención. Esta argumentación puede ser reconstruida en clave de examen de igualdad como prohibición de insuficiencia, aunque la Corte IDH no lo haya anunciado expresamente en su argumentación sino en clave de conclusión.

> **"**En el presente caso está establecido que la situación de extrema y especial vulnerabilidad de los miembros de la Comunidad se debe, *inter alia,* ***a la falta*** de recursos adecuados y efectivos que en los hechos proteja los derechos de los indígenas y no sólo de manera formal; la débil presencia de instituciones estatales obligadas a prestar servicios y bienes a los miembros de la Comunidad, en especial, alimentación, agua, salud y educación; y a la prevalencia de una visión de la propiedad que otorga mayor protección a los propietarios privados por sobre los reclamos territoriales indígenas, desconociéndose, con ello, su identidad cultural y amenazando su subsistencia física. Asimismo, quedó demostrado el hecho de que la declaratoria de reserva natural privada sobre parte del territorio reclamado por la Comunidad no tomó en cuenta su reclamo territorial ni tampoco fue consultada sobre dicha declaratoria. Todo lo anterior ***evidencia una discriminación de facto en contra de los miembros de la Comunidad*** Xákmok Kásek, marginalizados en el goce de los derechos que el Tribunal declara violados en esta Sentencia. Asimismo, se evidencia que el Estado no ha adoptado las medidas positivas necesarias para revertir tal exclusión. Por lo expuesto, y de conformidad con las violaciones de los derechos previamente declaradas, la Corte considera que ***el Estado no ha adoptado medidas suficientes y efectivas para garantizar sin discriminación los derechos de los miembros de la Comunidad Xákmok Kásek***, de conformidad con el artículo 1.1 de la Convención, en relación con los derechos reconocidos en los artículos 21.1, 8.1, 25.1, 4.1, 3 y 19 del mismo instrumento."[63]

La fórmula de la prohibición de insuficiencia en el examen de igualdad también dice: Es necesaria una protección "adecuada" bajo consideración de los bienes jurídicos que colisionan; será decisivo que la protección sea como tal "eficaz". Las medidas legislativas deben ser "suficientes" para alcanzar una protección "adecuada y eficaz"...[64] y así lograr un mejor trato igualitario.

La Corte IDH reitera en varios lugares de su argumentación que las acciones del estado fueron "insuficientes" o que no eran "adecuadas" pero a nuestro entender no sólo para lograr el derecho a la propiedad colectiva de sus tierras, del derecho a la existencia digna en clave de autoabastecimiento, sino también respecto del derecho a ser tratados como iguales. Para ello el Estado tiene la carga de la argumentación

63. Caso "Comunidad Indígena Xákmok Kásek v. Paraguay". Cursiva y énfasis agregado.

64. BVerfGE 88, 203 (254, 257, 265, 262).

y de la justificación agravada. Tiene que demostrar y argumentar que las acciones positivas realizadas fueron idóneas, las más adecuadas para poner a los pueblos originarios en igualdad real de oportunidades para autodeterminarse, lo que implica por lo menos el autoabastecimiento y necesariamente el acceso a sus tierras. Veamos porque las acciones estatales fueron evidentemente insuficientes y defectuosas y por qué el Estado del Paraguay violó los derechos de las comunidades indígenas.

En el examen de igualdad por insuficiencia el punto de partida del examen es, también, el examen de idoneidad/adecuación técnica. Como primer elemento se debe identificar la acción insuficiente atacada, que en el caso es compleja:

- por un lado, se trata del Decreto 1830 que declaró en estado de emergencia a la comunidad (M1') y

- por el otro lado el procedimiento administrativo para recuperar las tierras (M1'').

Respecto de ambos medios (M1' y M1'') hay que examinar si el Estado demostró y argumentó que eran acciones positivas suficientes además para mejorar la situación de desigualdad.

Respecto de la generación de condiciones de existencia para garantizar derecho a la vida digna de la Comunidad (P1), la Corte IDH avanzó identificando las variables respecto de las cuales mediría argumentativamente si el Estado cumplió con la obligación de generar esas condiciones y de respetar el derecho a la propiedad comunal de las tierras ancestrales (P1').[65]

Estas variables se leen en clave de Derechos Económicos Sociales y Culturales (DESC):

65. Caso "Comunidad Indígena Xákmok Kásek v. Paraguay", 2010: "Para determinar la existencia de la relación de los indígenas con sus tierras tradicionales, la Corte ha establecido que: i) ella puede expresarse de distintas maneras según el pueblo indígena del que se trate y las circunstancias concretas en que se encuentre, y ii) la relación con las tierras debe ser posible. Algunas formas de expresión de esta relación podrían incluir el uso o presencia tradicional, a través de lazos espirituales o ceremoniales; asentamientos o cultivos esporádicos; caza, pesca o recolección estacional o nómada; uso de recursos naturales ligados a sus costumbres, y cualquier otro elemento característico de su cultura. El segundo elemento implica que los miembros de la Comunidad no se vean impedidos, por causas ajenas a su voluntad, a realizar aquellas actividades que revelan la persistencia de la relación con sus tierras tradicionales. En el presente caso, la Corte observa que la relación de los miembros de la Comunidad con su territorio tradicional se manifiesta, *inter alia,* en el desarrollo de sus actividades tradicionales dentro de dichas tierras".

- derecho de acceso al agua,
- derecho a la alimentación,
- derecho a la salud y
- derecho a la educación.

Respecto del derecho al acceso a agua: las gestiones realizadas por el Estado a partir del Decreto N° 1830 no han alcanzado para proveer a los miembros de la Comunidad de agua en cantidad suficiente y calidad adecuada, lo cual los expone a riesgos y enfermedades.

Respecto del derecho a la alimentación: a pesar de lo demostrado por el Estado, no se superaron las necesidades nutricionales que, con anterioridad al Decreto N° 1830 existían.

Respecto del derecho a la salud: si bien se reconoce los avances realizados por el Estado, las medidas adoptadas se caracterizan por ser *temporales y transitorias*. Además, el Estado no garantizó la accesibilidad física ni geográfica a establecimientos de salud para los miembros de la Comunidad, y *no se evidencia acciones positivas para garantizar la aceptabilidad de dichos bienes y servicios*, ni que se hayan desarrollado medidas educativas en materia de salud que sean respetuosas de los usos y costumbres tradicionales. Por lo demás, miembros de la comunidad, en especial, niños y ancianos murieron por causas de enfermedades evitables[66] y que requieren tratamiento de bajo costo.[67]

Respecto del derecho a la educación: si bien algunas condiciones en cuanto a la prestación de la educación por parte del Estado han mejorado, no existen ins-

66. Ver caso Sawoyamaxa: "Como ha sido demostrado en el capítulo de Hechos Probados (párr. 73.74), la mayoría de los fallecidos en la Comunidad corresponde a niños y niñas menores de tres años de edad, cuyas causas de muerte varían entre enterocolitis, deshidratación, caquexia, tétanos, sarampión y enfermedades respiratorias como neumonía y bronquitis; todas enfermedades razonablemente previsibles, evitables y tratables a bajo costo".

67. Sobre el Decreto N° 3789, que declaró en estado de emergencia a la Comunidad Sawhoyamaxa: las medidas adoptadas por el Estado en cumplimiento de este decreto no pueden calificarse de suficientes y adecuadas. En efecto, durante más de seis años de vigencia del decreto, el Estado sólo entregó víveres a las presuntas víctimas en diez ocasiones, y medicamentos y materiales escolares en dos oportunidades, con extensos intervalos entre cada entrega (párr. 73.64 a 66). Estas entregas, así como las cantidades suministradas, son a todas luces medidas insuficientes para revertir la situación de vulnerabilidad y riesgo de los miembros de esta Comunidad y prevenir violaciones del derecho a la vida, tanto así que luego de la entrada en vigor del Decreto de emergencia al menos 19 personas fallecieron (párr. 73.74. 1, 5 a 16, 20, 22 y 27 a 30).

talaciones adecuadas para la educación de los niños. Las clases se desarrollan bajo un techo sin paredes y al aire libre. Igualmente no se asegura por parte del Estado ningún tipo de programa para evitar la deserción escolar.

En todos estos aspectos relevantes, M1 no fue suficiente ni adecuado. Al respecto, la Corte IDH evaluó el accionar estatal insuficiente, en parte, con estándares generales, por ejemplo, respecto del acceso al agua se refirió a los "estándares internacionales". Sin embargo, en "Yakye Axa" transitó claramente la ruta del reconocimiento y evaluó la falta de suficiencia de las medidas estatales en relación con la vinculación de la comunidad a su tierra[68] en clave de DESC.[69] Y en "Xákmok Kásek" realizó el examen teniendo en cuenta la "perspectiva etno-cultural".[70]

El punto fuerte del examen de la Corte IDH, en este último sentido de la igualdad, llegará de la mano del examen de M1'' respecto del derecho a la propiedad colectiva de la Comunidad, aquí sí este medio no es probado con "lo esperable en general" sino con "lo esperable atendiendo a la relación de la Comunidad con su tierra". Veamos.

Respecto de la idoneidad de M1'': la Corte reitero como en los casos de las comunidades indígenas de *Yakye Axa* y *Sawhoyamaxa*, que el procedimiento administrativo interno para la reivindicación de tierras tradicionales era *inefectivo*,

68. Caso "Yakye Axa", párr. 163: "la Corte debe establecer si el Estado generó condiciones que agudizaron las dificultades de acceso a una vida digna de los miembros de la Comunidad Yakye Axa y si, en ese contexto, adoptó las medidas positivas apropiadas para satisfacer esa obligación, que tomen en cuenta la situación de especial vulnerabilidad a la que fueron llevados, afectando su forma de vida diferente (sistemas de comprensión del mundo diferentes de los de la cultura occidental, que comprende la estrecha relación que mantienen con la tierra) y su proyecto de vida, en su dimensión individual y colectiva, a la luz del *corpus juris* internacional existente sobre la protección especial que requieren los miembros de las comunidades indígenas".

69. Caso "Yakye Axa", párr. 164: "...los miembros de la Comunidad Yakye Axa hubiesen podido abastecerse en parte de los bienes necesarios para su subsistencia de haber estado en posesión de sus tierras tradicionales. El desplazamiento de los miembros de la Comunidad de estas tierras ha ocasionado que tengan especiales y graves dificultades para obtener alimento, principalmente porque la zona que comprende su asentamiento temporal no cuenta con las condiciones adecuadas para el cultivo ni para la práctica de sus actividades tradicionales de subsistencia, tales como caza, pesca y recolección. Asimismo, en este asentamiento los miembros de la Comunidad Yakye Axa ven imposibilitado el acceso a una vivienda adecuada dotada de los servicios básicos mínimos, así como a agua limpia y servicios sanitarios."

70. "Conforme a los estándares internacionales, los Estados tienen el deber de garantizar la accesibilidad a educación básica gratuita y la sostenibilidad de la misma. En particular, cuando se trata de satisfacer el derecho a la educación básica en el seno de comunidades indígenas, el Estado debe propiciar dicho derecho con una perspectiva etno-educativa. Lo anterior implica adoptar medidas positivas para que la educación sea culturalmente aceptable desde una perspectiva étnica diferenciada."

por cuanto *no ofrecía la posibilidad real* de que los miembros de las comunidades indígenas recuperaran sus tierras tradicionales si éstas se encontraban bajo dominio privado.[71] La falta de idoneidad de M1'' que implicaría posibilidad real de acceso a sus tierras, provoca además, la ausencia de posibilidades de autoabastecimiento y auto-sostenibilidad de sus miembros, de acuerdo a sus tradiciones ancestrales, lo cual los lleva a depender casi exclusivamente de las acciones estatales y verse obligados a vivir de una forma no solamente distinta a sus pautas culturales, sino en la miseria.

La Corte IDH examina la idoneidad[72] de M1 (que incluye M1' y M1'') no en general ni en abstracto sino cotejándola con el caso concreto.[73] Se trata de una aplicación intensiva del examen de idoneidad que viene dada porque la restricción a los derechos[74] era desde el vamos extrema[75] y el accionar estatal se requería de

71. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay 2010. En virtud de que en el presente caso se trata del mismo recurso, ya que el Estado no ha modificado su legislación ni su práctica al respecto, el Tribunal reitera su jurisprudencia en relación a que el procedimiento administrativo bajo estudio presenta los siguientes problemas estructurales, que impiden que el mismo pueda convidarse efectivo: a) restricción en las facultades de expropiación; b) sometimiento del procedimiento administrativo a la existencia de un acuerdo de voluntad entre las partes, y c) ausencia de diligencias técnico-científicas tendientes a encontrar una solución definitiva del problema. *Cfr*. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, párr. 98, y *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay,* párr. 108.

72. Sobre examen de idoneidad ver CLÉRICO, L., "El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto", op. cit.

73. En este punto consideramos que en materia de DESC hay un avance en comparación con el caso "5 Pensionistas" donde evalúa las mejoras en los derechos a la pensión en general y no en concreto.

74. Los derechos de los pueblos originarios en el caso no son sólo DESC de prestación positiva en el sentido que generan obligaciones estatales de dar, de restituir, sino también obligaciones de organización y procedimiento. Por ello, si bien la Corte IDH no lo advierte expresamente aquí está interpretando el derecho como derecho de organización y procedimiento que para poder ser ejercido requiere que el Estado cumpla con sus obligaciones de establecer procedimientos administrativos y judiciales eficaces para reclamar por sus tierras. Sobre la función de prestación positiva de los derechos y, además, sobre la función de organización y procedimiento, ver ALEXY, R., *Theorie der Grundrechte*, 2. ed., Suhrkamp, Frankfurt/Main, 1994, cap. 9; CLÉRICO, L., "El derecho de las personas con discapacidad a las prestaciones de una obra social además como un derecho de organización y procedimiento: 'S.M.F' confirma la regla de 'Martín' y 'Gallardo'", Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, 2010; cfr. KINGSTON, P., "El proceso en los casos de derechos reales comunitarios de los pueblos indígenas", en ABREUTH DE BEGHER, L., (coord.) *Propiedad Indígena*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2010, pág. 133.

75. Y aún incrementada por la duración de la afectación como se señaló anteriormente: "Todas estas afectaciones se incrementan con el transcurso del tiempo y aumentan la percepción de los miembros de la Comunidad de que sus reclamos no son atendidos". Caso Comunidad Indígena

forma "urgente".[76] Por ello también tiene la carga de la prueba de la idoneidad de sus acciones.[77]

Examen del medio alternativo más suficiente

En el examen del medio alternativo en la prohibición por insuficiencia en el examen de igualdad, se examina si otros medios pudieron ser implementados para evitar o disminuir a un grado tolerable la restricción por omisión a los derechos de la comunidad indígena y con ello disminuir o hacer desaparecer la discriminación. Este examen complementa el de idoneidad porque la comparación permite determinar la medida de la acción suficiente.

Xákmok Kásek vs. Paraguay 2010.

76. V. Caso "comunidad Sawhoyamaxa vs. Paraguay" (2006): La Corte no acepta el argumento estatal referente a la responsabilidad compartida que tenían los enfermos de concurrir a los centros asistenciales para recibir tratamiento, y los líderes de la Comunidad de llevarlos a tales centros o comunicar la situación a las autoridades sanitarias. A partir de la emisión del Decreto de emergencia correspondía al INDI y a los Ministerios del Interior y de Salud Pública y Bienestar Social adoptar "las acciones que correspondan para la inmediata provisión de atención médica y alimentaria a las familias integrantes de [la Comunidad Sawhoyamaxa], durante el tiempo que duren los trámites judiciales referente a la legislación de las tierras reclamadas como parte de [su] hábitat tradicional" (párr. 73.63). Con ello, los bienes y servicios de salud específicamente dejaron de depender de la capacidad adquisitiva individual de las presuntas víctimas, y por tanto el Estado debió adoptar medidas que contribuyan a la prestación y suministro de tales bienes y servicios. Es decir, las medidas a las que el Estado se comprometió frente a los miembros de la Comunidad Sawhoyamaxa diferían ***por su carácter de urgencia*** de aquellas que el Estado debía adoptar para garantizar los derechos de la población y las comunidades indígenas en general. Aceptar lo contrario sería incompatible con el objeto y propósito de la Convención Americana, la cual requiere que sus provisiones sean interpretadas y aplicadas de tal forma que los derechos en ella contemplados sean práctica y efectivamente protegidos.

77. Es necesario que el Estado demuestre que hizo las gestiones necesarias para sacar a los indígenas del costado de la ruta y, mientras eso sucedía, que adoptó acciones pertinentes para disminuir el riesgo en el que se encontraban (párr. 163).

En el caso el medio alternativo suficiente (en comparación con M1' y M1'') es para la Corte IDH, según interpretamos, facilitar el acceso a las tierras ancestrales o alternativas pero que respeten la identidad cultural y el autoabastecimiento. En este sentido, hasta el propio Estado reconoce la existencia de este medio alternativo suficiente y adecuado, sin embargo, no demuestra acciones concretas de haberlo implementado.[78] En suma, la restricción a la igualdad por acción insuficiente pudo haber sido evitada o disminuida en un grado soportable.[79]

Examen de proporcionalidad en sentido estricto

En este punto la fórmula de la proporcionalidad, como en la prohibición por exceso; dice, cuanto más intensiva sea la restricción a la igualdad y a los derechos, en este caso, por acción insuficiente, tanto más importantes tienen que ser las razones que alegue el Estado para justificar sus omisiones. De un lado, tenemos una afectación extrema (es decir más que grave)[80] del derecho a la vida digna relacio-

78. Caso "Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay" (2010). Propiedad ancestral. Tierras "alternativas": El Estado sostuvo que el derecho de los miembros de la Comunidad se podría satisfacer con tierras alternativas a las reclamadas, ya que las tierras tradicionales no se limitan a las tierras reclamadas. No obstante, el Estado no ha indicado cuáles serían estas tierras alternativas, de igual extensión y calidad, que pudieran satisfacer el reclamo de la Comunidad. Si bien aportó una lista de propiedades disponibles en las zonas cercanas al actual asentamiento de la Comunidad, no indicó las características o cualidades de las mismas que pudieran satisfacer los requisitos de calidad necesarios para la sustentabilidad de los Xákmok Kásek. No basta con que existan otras propiedades disponibles. Tal como indicó el perito presentado por el Estado, para el otorgamiento de tierras alternativas a las reclamadas, éstas deben al menos tener ciertas "aptitudes agroecológicas" y ser sometidas a un estudio que determine su potencial de desarrollo por parte de la Comunidad. V. párr. 104-107, entre otros.

79. Ver asimismo comunidad "Comunidad indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay 2006", párr. 164: "Al respecto, la Corte nota que la principal forma que el Estado tenía para trasladar a los miembros de la Comunidad fuera del costado de la ruta era entregarles sus tierras tradicionales. No obstante, como se desprende de los capítulos anteriores, el proceso administrativo tramitado ante el INDI y el IBR no ofreció garantías de una resolución efectiva y se mostró lento e ineficiente (párrs. 93 a 112). De allí que el Tribunal estableciera que el Estado no garantizó a los miembros de la Comunidad Sawhoyamaxa el derecho a la propiedad comunitaria ni a las garantías y protección judicial en un plazo razonable (párrs. 112 y 144). En otras palabras, si bien el Estado no los llevó al costado de la ruta, tampoco adoptó las medidas adecuadas, a través de un procedimiento administrativo rápido y eficiente, para sacarlos de allí y ubicarlos dentro de sus tierras ancestrales, en donde tendrían el uso y disfrute de sus recursos naturales, directamente vinculados con su capacidad de supervivencia y el mantenimiento de sus formas de vida".

80. Ver modalidades de violación que pueden ser leídas en clave de intensidad de restricciones a los derechos de comunidades indígenas en "Comunidad indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay"

nado con el derecho a la propiedad comunitaria de una comunidad indígena. La restricción extrema incluso se incrementa por la duración de la restricción, por la urgencia de la acción estatal frente al estado de emergencia[81] y por pertenecer el grupo de afectados a un grupo vulnerable (argumento de igualdad); por ello es claro desde el vamos que poco peso le puede asistir a las razones que el Estado intentó alegar para eximirse del cumplimiento suficiente de sus obligaciones.[82] Por ejemplo, no alcanza con que alegue que las tierras reclamadas se encontraban siendo explotadas en forma racional por otros (una empresa) frente a "la especial relación de los miembros de la comunidad indígena reclamante con dicha tierra". De lo contrario, agrega la Corte IDH, "el derecho de reivindicación carecería de sentido y no ofrecería una posibilidad real de recuperar las tierras tradicionales. Limitar de esta forma la realización efectiva del derecho a la propiedad de los miembros de las comunidades indígenas no sólo viola las obligaciones del Estado derivadas de las disposiciones de la Convención relativas al derecho a la propiedad, sino que también compromete la responsabilidad del Estado en relación a la garantía de un recurso efectivo y ***constituye un trato discriminatorio que produce exclusión social***. [Tampoco alcanza,] que la expropiación de las tierras reivindicadas hubiese sido denegada arguyéndose la explotación racional de las mismas y la supuesta

(2006, voto de García Ramírez).

81. En el presente caso "las autoridades internas conocían de la existencia de una situación de riesgo real e inmediato para la vida de los miembros de la Comunidad. Consecuentemente, surgieron para el Estado determinadas obligaciones de prevención que lo obligaban –conforme a la Convención Americana (artículo 4, en relación con el artículo 1.1) y a su propio derecho interno (Decreto N° 1830)– a la adopción de las medidas necesarias que, juzgadas razonablemente, eran de esperarse para prevenir o evitar ese riesgo", caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek v. Paraguay" 2010, párr. 192. Ver caracterización de la prohibición de "exigir lo insoportable" por omitir lo esperable y la regla: (Zu) en Clérico, L., *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*. Nomos, Baden-Baden, 2001, págs. 228, 246, 347, y cap. 2.III.2.2.1.1.3, cap. 3.II.3. [hay traducción al castellano, Clérico, L. *El examen de proporcionalidad*, op. cit., cap. 3].

82. Así, en el caso Comunidad indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay (2006, párr. 155) y en caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek v. Paraguay" 2010, párr. 188, sostiene: "Es claro para la Corte que un Estado no puede ser responsable por cualquier situación de riesgo al derecho a la vida. Teniendo en cuenta las dificultades que implica la planificación y adopción de políticas públicas y las elecciones de carácter operativo que deben ser tomadas en función de prioridades y recursos, las obligaciones positivas del Estado deben interpretarse de forma que no se imponga a las autoridades una carga imposible o desproporcionada. *Para que surja esta obligación positiva, debe establecerse que al momento de los hechos las autoridades sabían o debían saber de la existencia de una situación de riesgo real e inmediato para la vida de un individuo o grupo de individuos determinados, y no tomaron las medidas necesarias dentro del ámbito de sus atribuciones que, juzgadas razonablemente, podían esperarse para prevenir o evitar ese riesgo*". Caso de la Masacre de Pueblo Bello, párrs. 123 y 124,

afectación para la unidad productiva de la empresa ..., cuando de 10.700 hectáreas reclamadas, aproximadamente un total de 7.468 hectáreas fueron extraídas de la mencionada unidad productiva, ya sea porque se vendieron a otro propietario ... o porque se encuentran dentro del área declarada reserva natural privada que establece serias restricciones a su explotación ...".[83]

En suma, de la aplicación del examen de igualdad (con sus tres pasos: idoneidad, medios alternativos y proporcionalidad) a la reconstrucción de estos casos paradigmáticos, surgen obligaciones para los Estados, entre otras, de adoptar las medidas necesarias para crear un marco normativo adecuado que disuada cualquier amenaza al derecho a la vida; establecer un sistema de justicia efectivo capaz de investigar, castigar y reparar toda privación de la vida por parte de agentes estatales[84] o particulares[85]; y salvaguardar el derecho a que no se impida el acceso a las condiciones que garanticen una vida digna[86] de las personas individuales y/o de las comunidades indígenas, lo que incluye la implementación de *medidas de acción positivas* para prevenir la violación de estos derechos que en el caso de comunidades indígenas implica establecer medios eficaces para que puedan recuperar el derecho sobre sus tierras comunales ancestrales.Por último, esta reconstrucción nos permite sostener que la insuficiencia puede provenir de la falta de distribución de bienes económicos y sociales y, asimismo, de la insuficiencia por falta de reconocimiento, esto afecta la "paridad participativa" (en términos de Nancy Fraser)[87] en términos de participación democrática que nos lleva a su vez a la consideración del siguiente caso paradigmático.

83. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay 2010, párr. 149-150.

84. Cfr. Caso de la Masacre de Pueblo Bello, párr. 120.

85. Cfr. Caso de la Masacre de Pueblo Bello, párr. 120; Caso de la "Masacre de Mapiripán", párr. 111.

86. Cfr. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa, párr. 161; Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros), párr. 144, y Caso "Instituto de Reeducación del Menor". Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C N° 112, párr. 156.

87. Y según entendemos se ve reflejada en esta cita de la Corte IDH en el caso de Comunidad Indígena c. Paraguay 2010: "la pobreza limita gravemente, en la práctica, la capacidad de una persona o un grupo de personas de ejercer el derecho de participar en todos los ámbitos de la vida cultural y de tener acceso y contribuir a ellos en pie de igualdad y, lo que es más grave, afecta seriamente su esperanza en el porvenir y su capacidad para el disfrute efectivo de su propia cultura", que toma de Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ONU, Observación General N° 21, diciembre 21 de 2009, E/C.12/GC/21, párr. 38.

IV.2 La igualdad como objetivo: reglamentación electoral y participación de grupos subrepresentados

La garantía de igual autonomía pública, entendida ésta como la igualdad de posibilidades en el acceso a las instancias de toma de decisiones políticas, es probablemente la pretensión más fundamental y a la vez la más audaz que pueda elevar un estado de derecho. Es la más fundamental puesto que sobre ésta se asienta la legitimidad del ejercicio de la coacción que se arroga el estado. Pero también la más audaz en tanto abre la posibilidad de poner en cuestión, en los ordenamientos jurídicos vigentes, todas aquellas formas de dominación que no resisten el cuestionamiento de los oprimidos,[88] y que el derecho ha ido cristalizando de acuerdo a las relaciones de fuerza concretas que jalonaron –y jalonan– el desarrollo de nuestras sociedades, opresiones que por momentos resultan difíciles de separar del estado de derecho mismo.

Parece relevante, sin embargo, trazar una distinción, cuanto menos conceptual, entre esta pretensión normativa, que nace con la Ilustración pero que la excede –en tanto permite cuestionarla–, de los modos concretos en el aparato estatal moderno intenta cumplirla. En otros términos, es preciso separar democracia de representación política, no tanto porque esta última no sea democrática, sino más bien para evitar caer en el error de pensar que la segunda agota a la primera.[89] De este modo la noción de autogobierno puede ser preservada cuanto menos como ideal regulativo, lo que nos permite, en primer lugar, establecer un criterio para evaluar los medios establecidos por los estados en este sentido, y, en segundo lugar nos permite pensar la posibilidad de reconocer otras formas de autogobierno, en un esquema que se acomoda mejor a la diversidad de culturas que la DADH se propone abarcar.

En este sentido nos interesa analizar el problema de la igualdad en el acceso a las candidaturas políticas, que en el marco la democracia representativa constituyen la forma predominante y privilegiada de participación política, haciendo de la competencia electoral entre partidos, regulada por el estado, la primera respuesta de nuestros ordenamientos jurídicos a la pregunta por la democracia.

88. Hombres sobre mujeres, propietarios sobre trabajadores, heterosexuales sobre homosexuales y occidentales sobre el resto, entre otras.

89. Lo que nos conduciría a la falsa oposición, desarrollada por el liberalismo, entre democracia y derechos fundamentales. Ver SABA, R., *op. cit*. En este sentido, lo más que puede reclamar para sí la representación y su estructura de partidos es su mayor adecuación al ideal de democracia frente a un gobierno de facto, lo que no es poco si tenemos en cuenta que el régimen representativo se inserta en un medio –el estado, centralizado, soberano y coactivo– que por trayectoria y definición le es hostil, pero no puede pretender mantener esta preponderancia frente a las demandas de la ciudadanía, sea que se articulen a través de vías informales, como la protesta o la manifestación pública, o de vías formales como el cuestionamiento en sede judicial de las leyes y las políticas públicas.

Es en esta brecha que se insertan las demandas presentadas ante la Corte IDH en los casos YATAMA vs. Nicaragua y Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos, puesto que en ambos el tribunal está llamado a pronunciarse respecto del sistema representativo; sin embargo, bajo circunstancias diferentes:

- en YATAMA se trataba de la exclusión de los candidatos a alcaldes, vicealcaldes y concejales presentados por un partido político regional indígena para una elección local.[90] Así, quedaron solo seis partidos políticos para participar en las elecciones municipales. Según informes y testimonios, en algunas zonas se registró un nivel de abstencionismo de aproximadamente 80%, dado que una parte del electorado, compuesto por miembros de comunidades indígenas y étnicas, no se encontraba debidamente representado por los partidos nacionales.[91] Los candidatos que ganaron las elecciones pertenecían a los partidos tradicionales.[92]

90. La Comisión presentó la demanda para que la Corte IDH decidiera si el Estado violó los artículos 8 (Garantías Judiciales), 23 (Derechos Políticos) y 25 (Protección Judicial) de la Convención Americana, todos ellos en relación con los artículos 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) y 2 (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno) de dicho tratado, en perjuicio de los candidatos a alcaldes, vicealcaldes y concejales presentados por el partido político regional indígena Yapti Tasba Masraka Nanih Asla Takanka ("YATAMA"). La Comisión alegaba que dichas personas fueron excluidas de participar en las elecciones municipales realizadas el 5 de noviembre de 2000 en las Regiones Autónomas del Atlántico Norte y del Atlántico Sur (en adelante "la RAAN" y "la RAAS"), como consecuencia de la resolución emitida el 15 de agosto de 2000 por el Consejo Supremo Electoral. En la demanda se indicó que las presuntas víctimas presentaron diversos recursos contra dicha resolución y, finalmente, el 25 de octubre de 2000 la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua declaró improcedente un recurso de amparo interpuesto por éstos. La Comisión señaló además que el Estado no previó un recurso que hubiese permitido amparar el derecho de dichos candidatos de participar y ser elegidos en las elecciones municipales de 5 de noviembre de 2000, como tampoco adoptó medidas legislativas o de otro carácter que fuesen necesarias para hacer efectivos tales derechos, especialmente no previó "normas en la ley electoral, en orden a facilitar la participación política de las organizaciones indígenas en los procesos electorales de la Región Autónoma de la Costa Atlántica de Nicaragua, de acuerdo al derecho consuetudinario, los valores, usos y costumbres de los pueblos indígenas que la habitan".

91. Cfr. Observación Electoral en Nicaragua: elecciones municipales 2000/Unidad para la Promoción de la Democracia, Serie Américas, N° 27, Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos y *Second Report. The Carter Center Mission to Evaluate Electoral Conditions in Nicaragua*, *November* 1-8, 2000 (expediente de anexos a la demanda, tomo II, anexos 19 y 20, folios 651 y 715).

92. Cfr. *Second Report. The Carter Center Mission to Evaluate Electoral Conditions in Nicaragua*, *November* 1-8, 2000 (expediente de anexos a la demanda, tomo II, anexo 20, folio 715); artículos periodísticos publicados en "El Nuevo Diario" titulados "YATAMA afuera" de 27 de octubre de 2000, "YATAMA preocupa a la OEA" de 28 de octubre de 2000 y "Policía cree que puede

Justamente la pregunta en el caso es si la aplicación de la Ley Electoral vigente al 2000[93] y la exigencia de los requisitos para constituir un partido político disminuyeron las posibilidades de participación de las organizaciones indígenas y étnicas convirtiéndose en una discriminación en contra de un grupo históricamente desaventajado.

- en Castañeda Gutman, en cambio, se trataba una persona conocida en la dirigencia política mexicana que pretendió sin éxito en el orden interno que se inscribiera su candidatura independiente a la Presidencia de México para las elecciones que se celebraron en julio de 2006. La pregunta en el caso giraba en torno a determinar si el Estado violaba derechos políticos de la supuesta víctima frente a la inexistencia en el ámbito interno de un recurso sencillo y efectivo para el reclamo de la constitucionalidad de los derechos políticos por el consecuente impedimento para que Castañeda Gutman se presentara como candidato por fuera de un partido político.

Los artículos en juego de la Convención Americana son en ambos casos el 23, entre otros, que garantiza a todos los ciudadanos la participación en la dirección de los asuntos públicos, ya sea de modo directo o a través de representantes, el derecho a votar y ser elegido y de acceder en condiciones de igualdad a los cargos públicos.

Aún cuando el examen de proporcionalidad se encuentra desarrollado en Castañeda (2008), los argumentos desarrollados en YATAMA (2005) son retomados en el último caso, de modo tal que es factible extraer, a partir de ambas sentencias, una regla uniforme en materia de restricciones reglamentarias a los derechos de partici-

---

controlar a los Yatama" de 31 de octubre de 2000 (expediente de anexos a la demanda, tomo II, anexo 22, folios 796, 798 y 802); y solicitud de nulidad de las elecciones en la RAAN presentada el 8 de noviembre de 2000 ante el Consejo Supremo Electoral por el Partido Frente Sandinista de Liberación Nacional (PFSLN), Partido Liberal Constitucional (PLC), Partido Movimiento de Unidad Costeña (PAMUC), el Partido Indígena Multiétnico (PIM), el Partido Camino Cristiano Nicaragüense (CCN) y el Partido Conservador de Nicaragua (PCN) (expediente de anexos a la demanda, tomo II, anexo 22, folio 846).

93. Más precisamente, el artículo 82 de la Ley Electoral de 2000 disponía como requisito para participar en las elecciones municipales que los partidos políticos presentaren candidatos al menos en el 80% de los municipios de la respectiva circunscripción territorial y respecto del 80% del total de las candidaturas. Así, el Consejo Supremo Electoral decidió no registrar a los candidatos propuestos por YATAMA. Consideró que, al quedar excluido el partido que se presentó en alianza con YATAMA, éste último, por sí solo, no cumplía el requisito de haber presentado candidatos en el 80% de los municipios de la circunscripción territorial.

pación política.[94] El examen de la Corte IDH se concentra en la reglamentación de la presentación de candidaturas para cubrir cargos políticos.

IV.2.1 Examen leve

Con el objetivo de reconstruir la fórmula y alcances del mandato de igualdad en lo que atañe a la participación política en la jurisprudencia de la Corte IDH puede resultar útil recurrir nuevamente a la distinción entre patrones de violación de los derechos humanos propuesta por García Ramírez.[95] En este sentido el examen involucra dos posibles niveles de intensidad, a saber, uno de mínima, que podríamos denominar de la democracia representativa en sentido estricto, y otro de máxima, que podríamos denominar de la democracia como autogobierno.

El examen de menor intensidad de la vigencia del mandato de igualdad en el ejercicio de los derechos políticos implica para los estados partes garantizar el derecho al voto y la estructura de partidos políticos. Así afirma la Corte IDH que la democracia representativa constituye un principio fundamental del sistema interamericano,[96] que los derechos a ser elegido y votar son las expresiones individuales y sociales de la participación política,[97] que el voto es uno de los elementos esenciales para la existencia de la democracia[98] y que los estados pueden establecer estándares mínimos para regular la participación política.[99] En el caso Castañeda Gutman la exigencia de adscripción partidaria para presentarse a una candidatura es considerada **idónea** en tanto los estados poseen un margen para la reglamentación del sistema democrático,[100] y la Corte IDH considera que en el caso concreto de México la misma apunta a garantizar el acceso de los ciudadanos al ejercicio del poder público en condiciones de igualdad y de manera eficaz.[101] En lo que hace a la **necesidad** de la medida la Corte IDH considera suficientes los argumentos presentados por el estado mexicano en el sentido de que la regulación en cuestión no implicaba un obstáculo concreto y específico para la postulación del demandante.[102]

94. No obstante algunas diferencias relevantes en los hechos son analizadas nuevamente hacia el final de la sección.

95. Ver sección IV.1 en este artículo.

96. Caso YATAMA (2005), parágrafo 192.

97. Caso YATAMA (2005), parágrafo 197.

98. Caso YATAMA (2005), parágrafo 198.

99. Caso YATAMA (2005), parágrafo 207.

100. Caso Castañeda Gutman (2008), parágrafos 180 y 181.

101. Caso Castañeda Gutman (2008), parágrafo 183.

102. Caso Castañeda Gutman (2008), parágrafo 202.

Por último, y en lo que hace a la **proporcionalidad en sentido estricto** de la restricción, y teniendo en cuenta que se trata de elecciones de nivel federal, la Corte IDH considera que, no obstante los problemas de representación que afectan a los partidos políticos, la medida se encuentra justificada, puesto que la intensidad de la vulneración del derecho del demandante no es suficiente para justificar la suspensión de la medida. Con este criterio la Corte IDH parece apuntar a que, por contraste con un gobierno de facto o bien con una democracia meramente formal, la posibilidad de participar en el proceso electoral constituye un piso mínimo de institucionalidad democrática que debe ser respetado. Esta regla, sin embargo, debe ser entendida en el contexto latinoamericano, ya no dominado –pero aún amenazado– por las sombras del golpe de estado.[103]

IV.2.2 Examen intenso

Sobre este estándar mínimo la Corte IDH elabora un examen de igualdad más intenso, según el cual la participación política puede incluir amplias y diversas actividades, realizadas de modo individual o colectivo, destinadas a intervenir ya en la designación de los representantes, ya en la formación de la política estatal de modo directo,[104] la efectivización de los derechos políticos puede a su vez requerir medidas de acción positiva por parte del estado que exceden la mera reglamentación del sistema de partidos,[105] el contenido esencial de estos derechos implica la participación efectiva de las personas en la conducción del estado.[106] Se promueve, además, el diseño de instancias destinadas a facilitar la participación de sectores específicos de la sociedad[107] y la exigencia de pertenecer a un partido político no puede obstaculizar la participación política de los ciudadanos,[108] puesto que se reconoce que existen otras formas de organización política cuya legitimidad no sólo ha sido reconocida,[109] sino que además, en los *casos de grupos subrepresentados*, se convierten en vehículos esenciales de la manifestación política legítima. A través del segundo criterio la Corte IDH introduce la **desigualdad estructural** como variable relevante, aumentando la intensidad del control en la aplicación del examen de proporcionalidad. En este sentido se tiene en cuenta la pertenencia de las víc-

103. Honduras y, más recientemente Ecuador.

104. Caso YATAMA (2005), parágrafo 196.

105. Caso YATAMA (2005), parágrafo 201.

106. Caso YATAMA (2005), parágrafo 206.

107. Caso YATAMA (2005), parágrafo 207.

108. Caso YATAMA (2005), parágrafo 208.

109. Caso YATAMA (2005), parágrafo 215.

timas a comunidades indígenas,[110] para las cuales la estructura de partidos resulta ajena,[111] que son un caso excepcional dentro de las organizaciones políticas,[112] que de negarse la presentación de dichos candidatos se estaría desconociendo el derecho a elegir de los electores indígenas,[113] que YATAMA contribuye a establecer y preservar la identidad cultural de los miembros de las comunidades indígenas y étnicas.[114] De este modo la Corte IDH toma un camino intermedio entre los extremos representados por los votos de los jueces A. Montiel Argüello y O. Jackman en la sentencia del 2005.

El primero (Montiel Argüello) sostiene una interpretación formal del principio de igualdad que lo conduce a sostener que el estado de Nicaragua "*no puede tener leyes diferentes para cada una de las etnias que lo integran cuando se trata de la elección de autoridades que ejercerán sus funciones en territorios habitados por diferentes etnias como son los Municipios de las Regiones Autónomas*."[115] Esto nos habla de una lectura miope del principio de igualdad que resulta doblemente desigualitaria. En primer lugar porque niega el trato diferencial intrínseco a una legislación, de cuyas instancias de producción los demandantes han sido sistemáticamente excluidos.[116] Trato diferencial que por otro lado surge con toda la fuerza de los hechos en el caso, toda vez que la legislación defendida por la disidencia ha producido altos niveles de abstencionismo en regiones donde las comunidades indígenas representan un 80% de la población. En segundo lugar porque, al negar las desigualdades de partida, deja en manos de los sectores sociales predominantes las instancias de producción del derecho desde las cuales estas desigualdades pueden ser solucionadas.[117] De este modo se confunde democracia como autogobierno con democracia como aquel régimen que cada estado haya adoptado, produciendo un "círculo vicioso" en términos de representación política que impide la introducción de nuevas voces al proceso democrático.

El segundo voto (Jackman), en el otro extremo, sostiene que la utilización de categorías tales como la de grupos desaventajados puede resultar problemática, en

110. Caso YATAMA (2005), parágrafo 202.

111. Caso YATAMA (2005), parágrafo 218.

112. Caso YATAMA (2005), parágrafo 219.

113. Caso YATAMA (2005), parágrafo 226.

114. Caso YATAMA (2005), parágrafo 227.

115. Caso YATAMA (2005), voto Montiel Argüello, parágrafo 5.

116. En el caso de los pueblos indígenas la miopía de la argumentación es todavía más intensa, puesto que la exclusión persistente y sistemática de los mismos es un hecho ampliamente reconocido, cuanto menos en términos simbólicos, por todas las sociedades latinoamericanas.

117. Patente en el parágrafo 10 de su voto.

tanto reduciría la protección brindada por la Convención a aquellos ciudadanos que no son reconocidos como tales.[118] Esta argumentación es similar a la comentada en el párrafo anterior en tanto se asienta en una comprensión universalista de la ciudadanía, pero desde una perspectiva que no es la mera preservación de un estado de cosas político, sino más bien la búsqueda de un aumento en la intensidad de la participación política de la ciudadanía. Que sus argumentos no formen parte del voto mayoritario permite a la vez dar cuenta de la decisión de la Corte IDH en el caso Castañeda Gutman, cuya pretensión es rechazada en tanto el demandante no logra probar que forma parte de un grupo desaventajado, aún más, siendo éste un integrante conocido de la dirigencia política mexicana.

A partir de estos dos votos es posible reconstruir y determinar los alcances de la regla establecida por la Corte IDH del siguiente modo:

- En **primer lugar**, la reglamentación del sistema electoral por parte de los estados parte de la Convención, siempre que se adecue razonablemente a los parámetros de la democracia representativa, cuenta con una presunción de legitimidad, y es objeto de un escrutinio laxo o poco intensivo por parte del tribunal, no obstante lo cual parece quedar en cabeza del demandante la carga de la argumentación respecto de la vulneración concreta del derecho.[119]

- En **segundo lugar**, la regla parece reconocer una excepción en el caso de grupos evidentemente desaventajados, de modo tal que se habilita un examen intensivo de la razonabilidad de la medida. En este caso es el estado el que debe demostrar que el medio seleccionado no vulnera el principio de igualdad.

Este "doble estándar" de la Corte puede ser interpretado a partir del criterio de "paridad participativa" desarrollado por N. Fraser.[120] En este sentido el compromiso entre la eficacia de un sistema de organización político estatal y una comprensión seria de la democracia como autogobierno puede ser saldado a favor de la segunda toda vez que aquellos que demandan puedan mostrar que su objetivo es aumentar la participación en condiciones de igualdad con el resto de la ciudadanía.

118. Caso YATAMA (2005), voto concurrente de O. Jackman, parágrafo 4.

119. En general la argumentación de la Corte IDH no parece negar de plano la posibilidad de que exista una vulneración del derecho en el caso Castañeda Gutman, sino que se limita a afirmar que el demandante no ha logrado demostrarla.

120. FRASER, N., "Justicia social en la era de la política de la identidad", *op. cit.*

Las sentencias, sin embargo, y en función de las diferentes circunstancias en las que surgen las demandas, dejan abiertos una serie de interrogantes.[121] Por ejemplo, si un grupo indígena hubiese demandado la posibilidad de participar en elecciones de nivel nacional a través de sus propias estructuras organizativas, o a la inversa, si un ciudadano hubiese demandado la posibilidad de participar en elecciones municipales por fuera de los partidos políticos ¿cuál hubiese sido la respuesta de la Corte IDH? ¿Qué ocurre con aquellos grupos que, siendo fácticamente discriminados, aún no han alcanzado una presencia simbólica suficiente firme en el espacio público y no logran, por ende, ser visibilizados como un grupo excluido? En este sentido podemos decir que ambas sentencias constituyen un avance de la jurisprudencia interamericana en términos de igualdad en la participación política, pero no por ello pueden ser considerados como una respuesta definitiva a las fricciones que se generan entre un espacio público estatal y un espacio público político propiamente dicho.

V. Conclusiones

Este trabajo no se propuso como un análisis integral de la jurisprudencia de la Corte IDH en materia de derechos indígenas,[122] no obstante se abordó la problemática en la medida en que nos permitía retomar sentencias paradigmáticas en términos de aplicación del examen de igualdad, articulándolo con las nociones de redistribución y reconocimiento. La reconstrucción y análisis de las sentencias de la Corte IDH nos sirvió para mostrar de qué modo dichas nociones resultan insumos conceptuales imprescindibles en orden a dar cuenta de la argumentación normativa relativa a la aplicación del principio de igualdad. Tanto en los casos referidos a la posesión de la tierra, como en aquellos referidos a la presentación de candidaturas la Corte IDH va más allá de los criterios de igualdad formal y material, desglosando el problema de los patrones económicos y culturales dominantes.

Como adelantamos en la sección II, las fórmulas de igualdad suponen dos clases de reclamos, a saber, (a) quien es tratado como diferente quiere ser tratado como igual, y (b) quien es tratado como igual quiere ser tratado como diferente.

121. Resulta central en la argumentación de la Corte IDH que los demandantes en el caso YATAMA integren un colectivo indígena y que en el caso Castañeda Gutman se trate de un miembro reconocido de la clase política mexicana.

122. Para lo cual remitimos a, entre otros, ABREUT DE BEGHER, L. *Propiedad Indígena*, op. cit. y GIALDINO, R., "El rescate de la diferencia. Las comunidades indígenas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en JA 2006-III-1178.

Lo que las sentencias analizadas ponen de manifiesto es que en ambos casos se trata, en realidad, de dos perspectivas sobre un mismo reclamo igualitario que deben ser distinguidas: Si en ambos casos los pueblos originarios reclaman un trato diferencial, ya sea en lo que atañe al acceso a la tierra o a las candidaturas políticas, es porque exigen gozar en igualdad de condiciones de sus autonomías privadas y públicas. Que los estados intenten, en ambos casos, defender el rechazo de ambos reclamos en nombre de una igualdad formal o material –aduciendo la mera distribución de recursos o bien la posibilidad de que presenten sus candidatos en las mismas condiciones que los partidos políticos– implica el desconocimiento de la desigualdad estructural a la que han sido –y siguen siendo– sometidas dichas comunidades.

Todo esto muestra que el derecho de los pueblos originarios a la restitución de sus tierras ancestrales se encuentra íntimamente vinculado al derecho de los mismos a una vida digna, que requiere a su vez del reconocimiento de sus patrones culturales en orden a ser adecuadamente satisfecho. De modo análogo, la reglamentación de la participación electoral no puede ser considerada válida toda vez que implique el desconocimiento de las formas de organización propias de los pueblos originarios. Es en este sentido que la Corte IDH destaca que uno de los aspectos de la insuficiencia de las acciones adoptadas por el estado de Paraguay radica en la ausencia de acciones positivas tendientes a garantizar la "aceptabilidad" de los mismos por parte de los pueblos originarios. Otro tanto puede afirmarse de la decisión de la Corte IDH en el caso YATAMA, en tanto la reglamentación de la presentación de candidaturas es atacada en tanto desconoce las formas de organización propias de las comunidades involucradas, condicionando el ejercicio de sus derechos políticos a la adaptación a estructuras partidarias que les son ajenas.

Como afirma la tesis de este trabajo, la aplicación del principio de igualdad en situaciones de desigualdad estructural no sólo requiere de un examen intenso de los argumentos del Estado. En tanto éstas implican la existencia de patrones culturales y materiales hegemónicos pero no universales, toda argumentación que tome en serio el principio de igualdad debe tomar en cuenta, de modo integrado, los déficits de redistribución y de reconocimiento. Sólo a partir del reconocimiento de ambos resulta posible conmover los patrones de dominación que atraviesan a nuestras sociedades y que no pueden por ende ser resueltos desde una perspectiva que confunda *universalidad* con *predominio*. Parafraseando a R. Alexy, el debate democrático no debe ser un debate "sobre" los ciudadanos, sino un debate "con" ellos,[123] pero para que este "con" sea posible es preciso garantizar que la

123. ALEXY, R., "Ley fundamental y teoría del discurso", en Cardinaux. N. [et al.] (coord.) *Las razones de la producción del derecho*, Facultad de Derecho-UBA, Buenos Aires, 2006.

paridad en la participación de todos, en especial, la de los afectados por la medida estatal y la de los excluidos.

Pero para que este "con" sea posible es preciso someter constantemente a revisión crítica el alcance de la paridad en la participación, revisión que sólo puede cobrar sentido a partir de la inclusión de las voces de los excluidos, y no simplemente de una interpretación de sus intereses.

CATEGORÍAS SOSPECHOSAS Y CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Guillermo F. Treacy*

Resumen: El trabajo se refiere a los criterios utilizados por la CSJN en los casos en los que se interpreta el derecho de igualdad, mostrando las reglas que subyacen en la jurisprudencia de nuestro alto tribunal. Para ello, el autor aborda los distintos tipos de análisis de constitucionalidad que se han aplicado y sus diversos grados de intensidad. Afirma que la consagración constitucional del derecho de igualdad y la incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos permiten sostener criterios de análisis más exigentes en los casos en que existe una transgresión a este derecho. El autor examina las denominadas categorías sospechosas y, en particular, se refiere a los casos judiciales relativos al tratamiento desigual de los extranjeros frente a los nacionales, con el fin de demostrar cómo el escrutinio estricto constituye un método de análisis que garantiza la efectiva realización del derecho de igualdad.

Palabras clave: Derecho de igualdad – Análisis de constitucionalidad – Principio de razonabilidad – Escrutinio estricto – Categorías sospechosas

Abstract: This work refers to the criteria applied by the Argentine Supreme Court of Justice in cases in which the right to equality is at stake and shows the rules underlying the current case law. To that effect, the author considers the different methods of constitutional analysis that have been used, each of which has a different degree of intensity. According to the author, the constitutional position of the right to equality and the incorporation of Human Rights treaties allow courts to apply a more intense level of scrutiny when there is an allegation that this right has been violated. He also refers to the so called suspect categories and focuses on the case law dealing with situations of unequal treatment towards aliens, in order to show how the strict scrutiny method of analysis can ensure the effective enforcement of this right.

Key words: Right to equality – Judicial review – Rational basis test – Strict scrutiny test – Suspect categories

* **Profesor Adjunto regular de Derecho Constitucional (Facultad de Derecho-UBA). Master of Laws (Harvard Law School). Abogado Especialista en Derecho Administrativo y Administración Pública (Facultad de Derecho-UBA).**

I. Introducción

El propósito de este trabajo es reconstruir algunas reglas utilizadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en casos en los que aparece en juego el derecho constitucional de igualdad y examinar sus modalidades de aplicación.

En buena medida, puede sostenerse que la igualdad ocupa un papel transversal en relación con otros derechos, de modo que los casos que examinaremos a menudo no presentan la igualdad en estado "puro", sino vinculada con otros derechos. En cierto modo la Ley Antidiscriminatoria N° 23.592 recoge esta idea, al referirse en su artículo 1° al "pleno ejercicio *sobre bases igualitarias* de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución", para luego referirse a ciertos motivos especialmente prohibidos de discriminación. Es decir, los casos jurisprudenciales a menudo presentan al derecho de igualdad junto a otros derechos, cuyo ejercicio se ve amenazado o lesionado por conductas del Estado o de particulares.

La Constitución Nacional ha consagrado este derecho bajo diferentes manifestaciones (igualdad ante la ley, prohibición de fueros personales, igualdad entre nacionales y extranjeros, etc.). Tal consagración se ha visto enriquecida con la incorporación de instrumentos internacionales de derechos humanos (art. 75 inc. 22 CN), que, con diversas formulaciones, permiten sostener criterios más exigentes de análisis en casos en que se alega una violación de este derecho.

En lo que sigue, examinaremos la formulación del derecho en el plano constitucional y el abordaje que se ha hecho de él por parte de los tribunales, mostrando los distintos tipos de análisis que ha empleado la Corte Suprema de Justicia de la Nación para decidir cuándo se verifica una transgresión del derecho de igualdad constitucional. Al respecto se observa que, partir de una situación de trato desigual concreto (la de los extranjeros, frente a los nacionales), la Corte ha elaborado –o, tal vez, adaptado–[1] un método de análisis más estricto (o intenso) que permite una protección más eficaz de los grupos vulnerables dentro de la sociedad.[2] Sobre esa base intentaremos reconstruir tales métodos de análisis y examinar algunas de sus

1. En rigor, la jurisprudencia de la Corte Suprema de EE.UU. reconoce un tipo de análisis que denomina "escrutinio estricto", elaborado a partir de la interpretación de la Enmienda XIV de la Constitución de aquel país, que consagra la "igual protección de las leyes". El análisis aplicado por la Corte argentina presenta similitudes con este último. Sin embargo, en el caso "Hooft" se menciona como antecedente a la jurisprudencia europea relativa a la interpretación del artículo 14 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, suscripto bajo los auspicios del Consejo de Europa.

2. En rigor, los problemas derivados de la discriminación exceden de un abordaje exclusivamente jurídico; a menudo están involucrados prejuicios y estereotipos difíciles de erradicar. Sin embargo, el Derecho puede, aun con limitaciones, aportar mecanismos para avanzar en la construcción de una sociedad igualitaria.

implicancias y problemas, a la luz de los desafíos que presenta la efectiva realización del derecho de igualdad.

II. El derecho de igualdad en el bloque de constitucionalidad federal

El artículo 16 de la Constitución Nacional consagra un principio general: "todos son iguales ante la ley". Teniendo en cuenta la doctrina de la Corte Suprema, el principio puede formularse del siguiente modo: la ley debe ser para los iguales en igualdad de circunstancias.[3] La cuestión, así planteada, obliga a ciertas disquisiciones en torno a los alcances de este derecho: ¿quiénes son "iguales"? ¿cuándo se verifica una "igualdad de circunstancias"?[4] La elaboración de un estándar de análisis de constitucionalidad claro es importante, ya que siempre es posible encontrar una diferencia fáctica entre personas o entre situaciones. De este modo, si se aceptara cualquier justificación –sin tomar en cuenta la relevancia de la distinción–, podría vaciarse de contenido el derecho de igualdad. Ello conduce el problema a establecer cuándo una distinción es relevante.

Antes de ingresar a los diferentes estándares de análisis de constitucionalidad en esta materia, conviene referirse a las normas, tanto de fuente interna como internacional, que se refieren al derecho de igualdad.

Además del mencionado artículo 16 de la Ley Fundamental, el derecho internacional de los derechos humanos ha profundizado los alcances del principio de igualdad y no discriminación. Tales desarrollos son insoslayables en nuestro derecho interno, atento a la jerarquía constitucional que poseen los principales instrumentos de derechos humanos (art. 75 inc. 22 segundo párrafo CN). En tal sentido merecen mencionarse la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (art. II), la Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 2° y 7°); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 2.1 y 26), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (arts. 2° y 3°) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 1.1 y 24). Además, tienen pertinencia para este tema una serie de instrumentos que abordan la problemática en campos específicos, como la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (arts. 2°, 3°, 5° a 16) y la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 2°). Otros instrumentos internacionales, de jerarquía supralegal en virtud del artí-

3. GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, Tomo I, Buenos Aires, La Ley, pág. 232.

4. Ver BOBBIO, Norberto, *Igualdad y libertad*, Barcelona, Paidós Ibérica, 1993, pp. 53-56, donde aborda algunos problemas conceptuales en la caracterización general de la igualdad.

culo 75 inciso 22 primer párrafo CN, también consagran este principio en ámbitos específicos, tales como la Convención relativa a la Lucha contra la Discriminación en la Esfera de la Enseñanza (adoptada bajo los auspicios de la UNESCO, 1960), el Protocolo en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Protocolo de San Salvador; art. 3°), la Convención Internacional sobre la Represión y Castigo del Crimen de Apartheid (1973), la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belem do Pará, art. 6°.a) y la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.

Sobre la base de este conjunto normativo, puede postularse el paso desde un concepto formal de igualdad a un concepto material, entendida como la necesidad de que el Estado adopte medidas tendientes a remover los obstáculos que impidan de hecho la igualdad. El constituyente ha evolucionado desde una concepción más formal, hacia una igualdad fáctica o real que obliga a tomar en cuenta los condicionantes que impiden un efectivo goce de los derechos. Se puede así hablar de un cambio en el paradigma, ya que la visión tradicional de la igualdad se ve complementada (y a veces, en tensión) con otra más moderna que advierte que la mera supresión de ciertos obstáculos normativos no se traduce necesariamente en un resultado igualitario, sino que es necesario realizar acciones positivas a fin de asegurar la igualdad real.

En cuanto a la igualdad en sentido formal, la Corte Suprema ha empleado diversas fórmulas tendientes a caracterizarla. Así ha señalado: "La verdadera igualdad consiste en aplicar la ley a los casos ocurrentes según las diferencias constitutivas de ellos" (Fallos 16:118; 101:401; 123:106; 124:122; 126:280).

> "Es un derecho a que no se establezcan excepciones y privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias" (Fallos 124:122; 126:280; 127:118; 151:359; 157:28; 184:592).
>
> "La garantía de igualdad no impide que se contemplen en forma distinta, situaciones que se consideran diferentes, siempre que la discriminación no sea arbitraria, ni responda a un propósito de hostilidad contra determinada persona o grupo de personas, o importe indebido favor o privilegio personal o de grupo".
>
> "La garantía del artículo 16 de la Constitución Nacional no impone una rígida igualdad, pues entrega a la discreción y sabiduría del poder legislativo una amplia latitud para ordenar y agrupar, distinguiendo y clasificando los objetos de la legislación, siempre que las distinciones o clasificaciones se basen en diferencias razonables y no en propósitos de hostilidad contra determinadas clases o personas" (Fallos 315:1190).

Estas fórmulas han sido utilizadas a menudo en forma negativa, es decir, para concluir que en el caso concreto no se verificaba una lesión al derecho de igualdad. Sin embargo, la reforma constitucional de 1994 ha incorporado otras dimensiones de este derecho, que obligan a superar la concepción formal de la igualdad. Ejemplo de ello son disposiciones como la del artículo 75 inciso 23 CN, en tanto faculta al Congreso a legislar en materia de medidas de acción positiva, identificando algunos grupos desaventajados como posibles beneficiarios de este tipo de tutela (mujeres, niños, ancianos, personas con discapacidad), o el artículo 43 segundo párrafo de la Ley Fundamental, en tanto prevé la acción de amparo colectivo como vía para remediar situaciones de discriminación. La jerarquización de este derecho a la no discriminación patentiza un cambio de paradigma, en el sentido de que no se limita a enfocar los problemas de igualdad desde el punto individual, sino que también ofrece una base normativa para postular que el constituyente se ha interesado en las situaciones de desigualdad estructural y en la necesidad de superarlas a través de políticas adecuadas.

Con sus limitaciones, el principio de razonabilidad permite hallar un límite a cierto tipo de argumentaciones que, sobre la base de que las personas son desiguales en alguna característica, intentan, por esa sola razón, justificar diferencias de trato entre ellas. El análisis de mera razonabilidad –una de las formas que puede asumir el análisis de razonabilidad– parece estar vinculado a este concepto de igualdad formal, al menos en cuanto a que, debido a la deferencia al criterio del legislador, muchas veces llevaba a justificar la distinción efectuada.

Sin embargo, la Corte ha ido elaborando pautas de análisis algo más exigentes, para establecer que determinadas categorías resultan incompatibles con la vigencia igualitaria de los derechos. En general, se ha tratado de discriminaciones de iure, esto es, explícitamente consagradas en las normas, ya que a criterio del Alto Tribunal, la desigualdad debe provenir del texto mismo de la ley, y no de la interpretación que le haya dado la autoridad encargada de hacerla cumplir (Fallos 294:87; entre otros).[5]

III. Un panorama de los tipos de análisis de constitucionalidad

Frente al hecho de que el legislador (en sentido amplio) realiza distinciones, colocando a las personas en diferente posición frente a la adquisición de un derecho, una exención o una obligación, corresponde establecer cuándo tal distinción puede superar el test de constitucionalidad. En tal sentido, el artículo 28 de la Constitu-

5. Esta regla tiene, sin embargo, algunas excepciones, cuyo análisis puede verse en: GARAY, Alberto F., *La igualdad ante la ley*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1989, esp. Cap. III.

ción Nacional consagra el principio de razonabilidad, que constituye un estándar genérico para establecer cuándo una restricción a un derecho resulta compatible con la Ley Fundamental. Con arreglo a este principio, los principios, garantías y derechos constitucionales "no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio".[6]

Desde el punto de vista terminológico, cabe aclarar que, bajo la denominación común de "razonabilidad" se pueden presentar diferentes tipos de análisis, que poseen diversos grados de intensidad o, si se prefiere, de deferencia hacia el criterio del legislador y correlativamente, se coloca el peso de la argumentación en mayor grado sobre el impugnante de la norma.

En lo que sigue, procuraremos ver cómo funciona este estándar frente a determinadas clasificaciones que realiza el legislador. Creemos que una suerte de "caso testigo" lo ofrecen las normas en que, por alguna razón, el legislador ha dispensado un tratamiento diferente a los nacionales y extranjeros, permitiendo a aquellos acceder a determinados derechos que deniega a estos. Del mismo modo nuestros tribunales han abordado el caso de normas que distinguen según la forma de adquisición de la ciudadanía, colocando en diferente posición a los argentinos nativos (o por opción) y a los argentinos naturalizados. Más allá de estas clasificaciones, creemos que el tipo de análisis realizado en esos casos se puede extender a otras situaciones, aún no abordadas por la jurisprudencia.

III.a. El estándar débil de revisión judicial

La Corte Suprema se ha referido tradicionalmente al control de razonabilidad, que deben superar las normas cuando se controvierte su compatibilidad con la Ley Fundamental. Un nivel de análisis (o escrutinio) judicial lo ofrece el llamado "test de mera razonabilidad". Sólo en épocas relativamente recientes la Corte ha denominado de este modo a este análisis (*mera* razonabilidad), para contraponerlo a otro tipo de examen más riguroso (o estricto o intensivo), que veremos en el siguiente apartado.

6. El principio, así enunciado, se refiere a la relación que debe existir entre los derechos constitucionales y las leyes que los reglamentan. Una emanación del mismo principio aparece en el artículo 99 inciso 2 CN, para referirse a la relación entre las leyes y los decretos reglamentarios, en tanto establece que éstos deben dictarse "cuidando de no alterar su espíritu [el de las leyes] con excepciones reglamentarias". Por su parte, el elemento *finalidad* de los actos administrativos (art. 7° inc. f) de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos permite realizar un control de razonabilidad sobre éstos, en tanto establece que el acto debe cumplir "con la finalidad que resulte de las normas que otorgan las facultades pertinentes al órgano emisor, sin poder perseguir encubiertamente otros fines, públicos o privados, distintos de los que justifican el acto, su causa y objeto. *Las medidas que el acto involucre deben ser proporcionalmente adecuadas a aquella finalidad*" (lo destacado no es del original).

Como aproximación general, puede sostenerse que el test de mera razonabilidad se caracteriza por la mayor deferencia de los tribunales hacia la validez de la norma cuya constitucionalidad se cuestiona. El análisis puede presentarse a partir de la dicotomía entre fines y medios: ambos elementos son valorados en principio desde una perspectiva favorable al criterio del legislador.

A fin de presentar una reconstrucción de esta regla, nos serviremos de la argumentación constitucional empleada por la mayoría del Alto Tribunal en el caso "Cine Callao" de 1960 (Fallos 247:121). Cabe observar que el punto de partida es la validez constitucional de la norma, presunción que puede ser revertida por el impugnante.[7] En otras palabras, este tipo de análisis exige que quien cuestione la validez constitucional de una norma acredite su irrazonabilidad, ya que, de otro modo, prevalece la posición a favor de la validez de aquélla.[8] Para ello "la repugnancia con la cláusula constitucional que se invoca [debe ser] manifiesta y la incompatibilidad inconciliable, debiendo resolverse cualquier duda a favor de la constitucionalidad, máxime si ello es posible sin violación de los textos" (considerando XIII último párrafo del fallo citado).

Establecido ese punto de partida, veamos qué debe demostrar –o sobre qué aspectos debe argumentar– quien cuestiona la constitucionalidad de la norma.

El primer aspecto es el relativo a los fines de la ley (o, más ampliamente, de la norma que se cuestiona). En el precedente analizado, el Alto Tribunal dio relevancia al hecho de que, teniendo en cuenta la "naturaleza y propósitos que le dan contenido", la norma cuestionada perseguía un objeto "de carácter inequívocamente público o general", en contraposición con normas que persiguen "el provecho de un grupo de personas obtenido merced al sacrificio patrimonial de otro grupo". Este fin se relaciona con los propósitos del poder de policía, en un sentido amplio: puede comprender no sólo la seguridad, la moralidad y la salubridad pública, sino también, la defensa y promoción de los intereses económicos de la colectividad. Por consiguiente, en la evaluación de la razonabilidad de una norma, deben considerarse en primer lugar los fines específicos perseguidos por ésta, los cuales deben conectarse con los propósitos más generales que justifican el dictado de normas de policía, que siempre serán fines de carácter público.

7. En el precedente mencionado, la Corte Suprema se refirió al principio de constitucionalidad de las leyes, "lo que, naturalmente supone la de su razonabilidad" (considerando XIX). En el Derecho Administrativo suele hablarse del principio de presunción de legitimidad del acto administrativo (recogido por el art. 12 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos), el cual es una emanación del principio más general de presunción de validez de los actos estatales.

8. Así, se sostuvo que "[c]orrespondía al impugnante…evidenciar de modo concreto y categórico la irrazonabilidad de la ley […] en su relación con las modalidades del caso; y de conformidad con las consideraciones que anteceden, es obvio que no ha dado cumplimiento a ese deber procesal" (considerando XX).

El otro aspecto del análisis de mera razonabilidad se vincula con los medios elegidos por el legislador para alcanzar el fin perseguido. En el caso, la Corte consideró que cuando se trata del desarrollo del país –un fin permisible bajo la óptica del artículo 67 inciso 16 (actual art. 75 inc. 19) CN–, el legislador está habilitado para elegir los "recursos o técnicas" que resulten *aptos* para impulsarlos, dentro de los límites constitucionales. La Corte expresa que las restricciones a los derechos (esto es, los medios escogidos por el legislador) deben ser *adecuadas* a las necesidades y fines públicos que las justifican, de manera que no aparezcan infundadas o arbitrarias. Es decir, la aptitud o idoneidad de los medios para alcanzar el fin perseguido constituye un aspecto a considerar en este análisis.

Ahora bien, existen algunos lineamientos para evaluar esa aptitud. Por un lado, está la afirmación de que los medios deben ser adoptados "con sujeción a los límites fijados por la propia Constitución" (considerando VIII). Por lo tanto, un requisito que, aunque evidente, no puede omitirse, es que los medios no estén prohibidos por la Ley Fundamental.

En este orden de ideas, uno de esos límites constitucionales consiste en la no afectación de la *sustancia* de los derechos en juego (considerando XIV), recaudo que puede conectarse con la "prohibición de alterar" los derechos por medio de su reglamentación (art. 28 CN) o, en el caso de los reglamentos, de "alterar el espíritu" de las leyes al reglamentarlas (art. 99 inc. 2 CN). Posiblemente, la alteración más grave, en cuyo caso no habría dudas de su irrazonabilidad, sería el caso en que la restricción tiene tal entidad que equivale a la supresión de un derecho.[9]

Señalado ello, aparece una limitación, ya no dirigida al legislador, sino a los tribunales y radica en que en este juicio de aptitud (del medio para alcanzar el fin perseguido) "el análisis del mérito o eficacia de los medios arbitrados para alcanzar los fines propuestos, la cuestión de saber si debieron elegirse los de la ley […] u otros procedimientos, son ajenos a la competencia de esta Corte, a la que sólo incumbe pronunciarse acerca de la razonabilidad de los medios elegidos por el Congreso, es decir, que sólo debe examinar *si son o no proporcionados a los fines* que el legislador se propuso conseguir y en consecuencia decidir si es o no admisible la consiguiente restricción de los derechos individuales afectados" (considerando XIII; lo destacado no es del original).

Esta última precisión es importante, dado que en principio parece excluir del análisis de los tribunales la cuestión de si podrían existir medios alternativos, menos restrictivos del derecho, para alcanzar los fines perseguidos. En efecto, la Corte

9. Esta idea queda ejemplificada con el temperamento adoptado en materia de restricciones a derechos en situaciones de emergencia: una *postergación* en el tiempo del ejercicio de un derecho no resulta inconstitucional (siempre que se verifique una efectiva situación de emergencia) (v. gr., "Avico c/ De la Pesa", Fallos 172:21; "Iachemet c/ Armada Argentina", Fallos 316:779; entre muchos otros).

hace referencia a que "la cuestión de saber si debieron elegirse los [medios] de la ley […] u otros procedimientos" es ajena a la competencia judicial. Más adelante, expresa que "el tribunal nunca ha entendido que pueda sustituir su criterio de conveniencia o eficacia económica o social al del Congreso de la Nación, para pronunciarse sobre la validez constitucional de las leyes". Precisamente esta prescindencia del análisis respecto de la posible existencia de otros medios alternativos, lleva a que resulten tolerables categorías sobreinclusivas y subinclusivas: el análisis de mera razonabilidad no permite descartar supuestos en que la categoría establecida por el legislador abarca más casos de los que debería o menos, ya que puede tratarse de razonables opciones legislativas.[10] En casos en que se aducía una violación del derecho de igualdad, la Corte recordó su doctrina tradicional, señalando que tal garantía "no resulta afectada cuando se confiere un trato diferente a personas que se encuentran en situaciones distintas, con tal que la discriminación no sea arbitraria u obedezca a razones de indebido privilegio de personas o grupos de personas o se traduzca en ilegítima persecución, *aunque su fundamento sea opinable*" (Fallos 315:135; 323:2054; 329:5567; entre muchos otros; lo destacado no es del original). Ello significa que la configuración de la categoría por parte del legislador no necesita ser, al menos bajo este estándar de análisis, estrictamente ajustada a la situación fáctica. Quien alega haber sido excluido de una categoría debería acreditar sus circunstancias de una manera que vaya más allá de lo meramente opinable.

Las consideraciones precedentes, que se extraen del precedente "Cine Callao" representan una formulación clásica y creemos que, en general, es válida respecto de aquellos casos en que se alega una restricción de derechos de contenido económico. En efecto, la Corte parece ser más deferente hacia la validez de normas que "regulan trabajos, comercios o industrias con fines de policía" –como las que estaban en juego en dicho precedente– o de las que establecen impuestos o tasas (v. considerando XIII, primer párrafo).

Posiblemente, el análisis exhiba una mayor intensidad, en cuanto a la evaluación de medios alternativos, cuando los derechos que están en juego no son de naturaleza económica (v.gr. derecho de enseñar y aprender, derecho a la igualdad,

10. Un ejemplo es aquél en que se establecen requisitos mínimos de edad: v. gr. para obtener la licencia para conducir vehículos o para el derecho de voto. Aun cuando una persona menor de esas edades pudiera demostrar la aptitud suficiente, el legislador puede (creemos) válidamente establecer esas edades, en la medida en que no se frustra el derecho, sino que importa una postergación temporal, cuya arbitrariedad no parece manifiesta. Una situación semejante se verifica cuando una norma impositiva distingue contribuyentes desde el punto de vista de sus ingresos, a fin de determinar las distintas alícuotas. El límite entre una categoría de ingresos y otra no siempre será justificable con precisión, pero quien alegue su inconstitucionalidad deberá argumentar que la distinción adolece de algún tipo de arbitrariedad manifiesta, ya que de otro modo prevalecerá la presunción favorable a su validez.

derechos derivados de la autonomía personal), los tribunales aparecen más dispuestos a revisar si los medios realmente guardan conexión con los fines perseguidos por el legislador, y si existen otras alternativas.[11]

A la luz de lo expuesto, podemos sistematizar el análisis de mera razonabilidad, señalando que la argumentación debe versar sobre los siguientes aspectos: a) fines compatibles con la Constitución; b) medios que sean: b1) adecuados: es decir, aptos o idóneos para el fin (sin evaluar medios alternativos) y b2) proporcionales: es decir, que no desnaturalicen el derecho, debido a la intensidad de la restricción. De este modo, en esta reconstrucción del análisis, podemos decir que la adecuación apunta a un aspecto cualitativo (aunque de alcances limitados), mientras que la proporción se refiere a un aspecto cuantitativo (la medida en que se restringe el derecho).[12] Por último, cabe señalar que el análisis de mera razonabilidad involucra una regla epistémica: en caso de que, al final del proceso argumentativo, subsistan las dudas, debe estarse a favor de la validez constitucional de la norma cuestionada.

Aunque otros fallos pueden aportar algunas precisiones, la descripción precedente es suficiente a nuestros fines. Más adelante veremos el funcionamiento de este examen en relación con el derecho de igualdad constitucional que fueron abordados desde esta óptica.

III.b. Un estándar exigente de revisión judicial

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha venido desarrollando un estándar de revisión exigente cuando el derecho en juego es el derecho de igualdad y las personas son tratadas de manera desigual a partir de determinadas características. Aunque los precedentes se refieren a la garantía de igualdad, se trata de un criterio de análisis en evolución, con lo que cabe plantearse la posibilidad de extensión de este análisis a otras hipótesis que involucran la restricción de derechos.[13]

11. Veamos algunos ejemplos. En el caso "Bazterrica" (Fallos 308:1412) la Corte sostuvo que existían medios alternativos a la criminalización de la tenencia de estupefacientes para consumo personal (como lo son los tratamientos de rehabilitación), con el fin de tutelar la salud pública, sin vulnerar el principio de autonomía personal; en "Dessy" (Fallos 318:1894) se declaró inconstitucional la ley penitenciaria entonces vigente, en tanto los medios cuestionados (la censura de correspondencia de las personas detenidas) no guardaba una vinculación razonable con los objetivos perseguidos por la ley (la seguridad de los internos y su readaptación social).

12. Optamos por diferenciar de este modo la adecuación, por un lado, y la proporción por otro, aunque en el considerando XIV parece mezclar ambos conceptos, al referirse a "la adecuación de las restricciones que se les impone [a los derechos] a las necesidades y fines públicos que los justifican, de manera que no aparezcan infundadas o arbitrarias, sino razonables, esto es, proporcionadas a las circunstancias que las originan y a los fines que se procura alcanzar con ellas".

13. En el caso "Massa" (Fallos 329:5913) la ministra Argibay desarrolla un criterio semejante

III.b.1.- El nacimiento del test

Si bien podrían hallarse antecedentes en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, este estándar de análisis se ha venido desarrollando en algunos casos de la Corte argentina con matices propios, particularmente en casos en que las personas recibían un trato desigual en virtud de su origen nacional.[14]

El primer antecedente lo hallamos en un voto en concurrencia emitido por los ministros Petracchi y Bacqué en el precedente de Fallos 311:2272.[15] En esa oportunidad se estableció que "ante los categóricos términos del art. 20 de la Constitución Nacional (…) toda distinción entre nacionales y extranjeros, en lo que respecta al goce de los derechos reconocidos en la Ley Fundamental, se halla afectada por una presunción de inconstitucionalidad". Sobre esa premisa, en este voto se señaló que "aquél que sostenga la legitimidad de la citada distinción debe acreditar la existencia de un 'interés estatal urgente' para justificar aquélla, y no es suficiente, a tal efecto, que la medida adoptada sea 'razonable'" (considerando 7°).

---

cuando se trata de evaluar la validez constitucional de un decreto de necesidad y urgencia. Al respecto, sostuvo que la prohibición de emitir disposiciones de carácter legislativo (contenida en el art. 99 inc. 3 primer párrafo CN) importa que "[c]ualquier disposición de carácter legislativo emitida por el Poder Ejecutivo debe reputarse prima facie inconstitucional, presunción esta que sólo puede ser abatida por quien demuestre que se han reunido las condiciones para aplicar la única excepción admitida en la Constitución a la prohibición general antes sentada, a saber, la descripta en los dos párrafos siguientes del art. 99 inc. 3 […]" (considerando 3 del voto mencionado).

14. Bajo esta categoría se podrían englobar dos grupos de casos: a) aquellos en que la norma daba un trato desigual a ciudadanos argentinos y a extranjeros; y b) aquéllos en que se distinguía entre argentinos nativos (o por opción), por un lado, y argentinos naturalizados, por el otro.

15. In re "Repetto, Inés María c/ Buenos Aires, provincia de s/ inconstitucionalidad de normas legales", del 8/11/1988. En el caso se debatía la validez constitucional (en particular, frente al art. 20 CN) de una norma provincial que ponía como requisito la nacionalidad argentina para acceder a un cargo docente en la enseñanza preescolar en un instituto particular.

Este voto pone de relieve el nacimiento de un tipo de test de razonabilidad distinto del que venía aplicando la Corte argentina. Al menos, aquí aparece en forma explícita la contraposición entre dos tipos de análisis: uno, en el que se presume la inconstitucionalidad de la norma y otro, en el que no rige tal presunción y examina, simplemente, la razonabilidad de la medida cuestionada. Respecto del "nuevo" estándar, no se explicita en el voto en qué casos se considera que existe un "interés estatal urgente", o "interés estatal insoslayable", como se lo denomina en otra parte del voto.[16] Este tipo de examen resulta comparable al que en la jurisprudencia norteamericana se denomina "escrutinio estricto".[17]

16. Dicha expresión es una traducción literal de la expresión "*compelling* (u *overriding*) *state interest*", que emplea la jurisprudencia norteamericana al referirse al escrutinio estricto. En cuanto al voto suscripto por los ministros Caballero y Belluscio, cabe señalar que había llegado a una conclusión similar, pero parte de un análisis distinto (el de razonabilidad). En el considerando 5°) de ese voto, tras reconocer el principio de que los derechos constitucionales (entre ellos, el desempeño por parte de los extranjeros de su empleo, industria o profesión, contemplado en el art. 20 CN) no son absolutos, sino susceptibles de reglamentación, se señala que "esa reglamentación, en lo que hace a los derechos civiles, no puede ser dictada, reglamentando entre argentinos y extranjeros, pues entonces no constituiría un ejercicio legítimo de la facultad reglamentaria, porque entraría en pugna con una norma de igual rango que la reglamentada, y no puede constituir criterio interpretativo válido el de anular unas normas constitucionales por aplicación de otras, sino que debe analizarse el conjunto como un todo armónico, dentro del cual cada disposición ha de interpretarse de acuerdo con el contenido de las demás [citas omitidas]. En efecto, si se prohibiese a los extranjeros el ejercicio el derecho a enseñar –no sólo en el ámbito estatal, sino también en el de la privada– ese derecho, o sea, el ejercicio de la profesión de maestro, les estaría totalmente vedado, lo que implicaría privar de todo efecto al art. 20 de la Constitución en cuanto les asegura los mismos derechos civiles que a los argentinos, y, en el caso, el ejercicio de la profesión de maestra con título reconocido por la autoridad competente". En los términos expuestos en el punto anterior, puede decirse que este voto considera que la restricción cuestionada era irrazonable por ser desproporcionada, al privar de contenido el derecho asegurado por el art. 20 CN.

17. En "Korematsu v. United States" 323 US 214 (1944), la Corte norteamericana aplicó este tipo de análisis en un caso vinculado con clasificaciones basadas en la raza y el origen nacional (se trataba de la reubicación de personas de origen japonés en otros centros durante la Segunda Guerra Mundial). Paradójicamente, se concluyó que la medida cuestionada era constitucional, aunque la formulación de principio parecía sugerir una respuesta diferente: "Todas las restricciones que retacean los derechos civiles de un grupo racial son inmediatamente sospechosas. Eso no significa que todas ellas sean inconstitucionales. Significa que los tribunales deben someterlas al escrutinio más estricto. Una necesidad pública imperiosa puede a veces justificar la existencia de tales restricciones; el antagonismo racial nunca puede justificarlas".

III.b.2.- El desarrollo del análisis estricto de constitucionalidad

La Corte argentina tuvo oportunidad de revisitar este test, al aplicarlo, en diferentes composiciones del tribunal, a otros casos en que estaba en juego el derecho de igualdad. Paulatinamente ha ido estableciendo los elementos que debe justificar quien defiende la constitucionalidad de una norma (se trate de una ley o cualquier otro tipo de norma general[18]). Antes de explicar el funcionamiento del análisis, conviene referenciar los casos en que la Corte ha venido haciendo aplicación de este tipo de examen.

El primer caso posterior a "Repetto" donde se aplicó un examen más estricto de constitucionalidad es "Calvo y Pesini"[19] en que se confrontó la validez constitucional de una norma provincial que exigía la nacionalidad argentina para ingresar a trabajar como psicóloga en un hospital público de la provincia de Córdoba. Aquí el Alto Tribunal consideró que la restricción era inconstitucional, en tanto la provincia demandada no había dado una "justificación suficiente" de la restricción contenida en la ley. En cambio, se advirtió que la provincia se había "limitado a una dogmática afirmación de su postura que excluye la acreditación de su razonabilidad o del interés estatal que la ampare" (considerando 9°). De ello se infiere que quien está interesado en defender la constitucionalidad de la medida debía acreditar su razonabilidad o bien el interés estatal que la justificaba. Hasta ese momento el Tribunal no proporcionó más detalles acerca del nuevo test, aunque era claro que se estaba dejando de lado la habitual presunción de constitucionalidad.

En "Hooft"[20] se cuestionaba una norma de la Constitución de la provincia de Buenos Aires que establecía que, para ser juez de cámara, era necesario ser ciudadano argentino, nativo o por opción, excluyendo de este modo a los naturalizados. La posición mayoritaria de la Corte fue la de exigir una "justificación suficiente" a la provincia, que tampoco cumplió dicha carga en este caso. En esta oportunidad, proporcionó algunos elementos adicionales para estructurar una argumentación que tome en cuenta este estándar estricto de análisis constitucional. Más adelante se volverá sobre el punto.

18. Puede tratarse de una norma reglamentaria emanada del poder administrador ("Repetto"), de una ley provincial ("Calvo y Pesini"), de una norma constitucional ("Hooft"), de una disposición reglamentaria del Poder Judicial ("Gottschau", "Mantecón Valdez"), de una ley nacional ("Reyes Aguilera").

19. In re "Calvo y Pesini, Rocío c/ Córdoba, Provincia de s/ amparo" del 24/02/1998 (Fallos 321:194). El valor del caso radica en que ya no se trató de un voto en concurrencia, sino del voto unánime de la Corte en su integración de ese momento.

20. In re "Hooft, Pedro Cornelio Federico c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad" del 16/11/2004 (Fallos 327:5118). Nos hemos referido a este caso en el artículo: "El principio de igualdad y las personas nacidas en el exterior: problemas y perspectivas", JA 2005-IV-517.

El siguiente caso fue "Gottschau",[21] donde estaba en juego la validez de una disposición del Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que exigía la nacionalidad argentina para poder concursar como secretario de un juzgado de primera instancia. La actora, de nacionalidad alemana, cuestionó la validez del requisito. Al llegar a la Corte Suprema, el tribunal consideró aplicable el "test de Hooft", exigiendo al Estado local que justificara las razones de la restricción, carga procesal que no había cumplido, por lo que la restricción cuestionada fue reputada inconstitucional.

En esta familia de precedentes, el siguiente caso es "Reyes Aguilera",[22] donde, además de una distinción normativa entre nacionales y extranjeros, estaban en juego otras características: la actora, además de extranjera (aunque con residencia en el país) era discapacitada y estaba en una situación de extrema pobreza, de modo que se presentaba una situación de vulnerabilidad que podía justificar el análisis estricto. Por ahora, nos interesa resaltar que en el voto de los ministros Petracchi y Argibay, luego de advertir que la norma en juego establecía requisitos diferentes para acceder a un beneficio de la seguridad social, según el peticionario fuera nacional o extranjero, hizo aplicación del escrutinio estricto. Ante ello, se consideró que la demandada no había podido revertir la presunción de inconstitucionalidad que pesaba sobre la norma cuestionada. En "Mantecón Valdez"[23] se discutía la validez del requisito de nacionalidad argentina para concursar para el cargo de Auxiliar en la Biblioteca de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, establecido en una resolución del Alto Tribunal y en el artículo 11 del Reglamento para la Justicia Nacional. En este punto, el fallo consideró que tal requisito era inconstitucional, por remisión al dictamen del Procurador General de la Nación, que hacía explícita aplicación del criterio sostenido en "Hooft" y "Gottschau".

21. In re "Gottschau, Evelyn Patrizia c/ Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/ amparo" del 8/08/2006 (Fallos 329:2986). Hemos abordado este caso en: "La utilización de categorías sospechosas como técnica para controlar la discriminación hacia los extranjeros", JA 2006-IV-603.

22. In re "R.A., D. c/ Estado Nacional" del 4/09/2007 (Fallos 330:3853).

23. In re "Mantecón Valdés, Julio c/ Estado Nacional – Poder Judicial de la Nación – Corte Suprema de Justicia de la Nación – resol 13/IX/04 (concurso biblioteca)" del 12/08/2008 (Fallos 331:1715). El voto mayoritario de la Corte se remitió al dictamen del Procurador General de la Nación, en cuanto analizó la constitucionalidad del requisito de nacionalidad argentina, aplicando los estándares de "Hooft" y "Gottschau".

III.b.3.- El funcionamiento del examen estricto de constitucionalidad

Tal vez en "Hooft" es donde aparecen con mayor nitidez los alcances de este tipo de análisis. Como hemos visto, las normas infraconstitucionales que distinguen entre nacionales y extranjeros o entre ciudadanos nativos (o por opción) y naturalizados, están afectadas por una presunción de inconstitucionalidad, a menos que la parte interesada en defender su validez constitucional proporcione una "justificación suficiente".

Ello obliga a una argumentación de tres pasos, que se refieren a los siguientes aspectos:

a) la existencia de fines sustanciales (y no meramente convenientes)
b) la existencia de medios que promueven efectivamente esos fines
c) la inexistencia de medios alternativos, menos restrictivos de los derechos en juego.

Resulta difícil definir a priori algunos de los conceptos que entraña la aplicación de este tipo de examen, ya que, en los casos reseñados, las autoridades públicas demandadas han omitido satisfacer la carga argumental que se les imponía. Tal vez sea posible interpretar que la locución *fines sustanciales* es equivalente a la de *interés estatal urgente* (o insoslayable) que se empleó en algunos precedentes como "Repetto", pero se trata de un concepto que puede resultar oscuro, ya que determinar si el fin es sustancial o meramente conveniente será una cuestión a evaluar en concreto.[24] Tampoco resulta claro en qué medida la Corte se sentirá satisfecha respecto de si un fin es o no sustancial.

Los recaudos relativos a los medios empleados resultan algo más simples de explicar, al menos en teoría. De todos modos su mera enunciación revela las diferencias con el tipo de análisis que exigía el examen de mera razonabilidad: el examen no se satisface con una simple apariencia de que el medio guarda *alguna* relación con el fin perseguido. Por otra parte, la evaluación de medios alternativos es en principio ajena al análisis de mera razonabilidad, como se ha visto más arriba.

Lo cierto es que este tipo de análisis conlleva una exigencia muy difícil de levantar por parte del Estado (o de quien sostenga la constitucionalidad de la norma).

24. A partir de ciertas consideraciones efectuadas por la Corte en los precedentes mencionados en el texto, puede considerarse fines sustanciales: el ejercicio de la jurisdicción (como en "Gottschau"), la promoción de políticas antidiscriminatorias ("Partido Nuevo") o el "interés superior del Estado en la educación" ("Repetto"). Sin embargo, debe recordarse que la existencia de un fin sustancial no necesariamente llevará a convalidar la distinción, toda vez que se trata de solo uno de los elementos que es necesario acreditar en cada caso.

En tal caso, debe recordarse que la regla epistémica es que, si luego de la argumentación, subsisten las dudas acerca de la validez de la norma, prevalece la presunción de que ésta es inconstitucional.

III.c. ¿Un estándar intermedio?

El examen de razonabilidad en su aplicación práctica presenta varios matices, y más allá de que importa una presunción favorable a la validez constitucional de la norma aplicada, en algunos casos este examen ha exhibido cierta vitalidad en cuanto a realizar un control más eficaz sobre normas cuestionadas como inconstitucionales. Ello ha sido así, en especial, cuando no estaban en juego derechos de contenido económico.

Ahora bien, en materia de igualdad, resulta de interés rescatar en el caso "Gottschau" el voto en concurrencia suscripto por los ministros Maqueda y Highton de Nolasco, ya que parece marcar algunos matices respecto del análisis a aplicar cuando existe un trato desigual de extranjeros. Sería prematuro indicar si el análisis allí realizado puede ser extendido a otras hipótesis de clasificaciones sospechosas, ya que las referencias normativas del voto parecen estar ligadas íntimamente a la distinción entre nacionales y extranjeros, cuando no están en juego derechos civiles. Ello, en tanto en el caso no estaba regido por el artículo 20 CN, donde la equiparación entre ambos grupos en cuanto ese tipo de derechos parece ser completa, sino por el artículo 16 CN, que consagra el derecho de todos los *habitantes* de ser admitidos en los empleos sin otra condición que la idoneidad. En este voto se reconoce explícitamente que en materia de igualdad se debe aplicar un estándar intenso de control, y se aclara que éste no es coincidente con el efectuado en el caso "Hooft".

Según este voto, sólo la distinción entre ciudadanos argentinos, por los orígenes de su nacionalidad (es decir, según sean nativos o naturalizados) acarrea la presunción de inconstitucionalidad, tal como había sido aplicada en el caso "Hooft". En cambio, la distinción entre extranjeros y nacionales para el acceso a cargos públicos es, en principio, constitucional, de modo que el legislador está habilitado a emplearla, siempre que el criterio de ponderación entre el medio elegido y los fines específicos que se persiguen con la distinción supere el test de constitucionalidad.[25] Sobre esta premisa, la cuestión a analizar se planteó en los siguientes términos: si la condición de argentino –ciudadanía que no están obligados a admitir los extranjeros, conforme al art. 20 de la Ley Fundamental– supone un requisito de idoneidad en relación directa con las funciones del cargo al que se pretende acceder, con jus-

25. El ministro Maqueda reitera esta concepción, en el sentido de que son en principio admisibles ciertas distinciones entre nacionales y extranjeros, en su voto en concurrencia en el caso "Reyes Aguilera", al que nos referimos más adelante en el texto.

tificación suficiente entre el medio elegido –requisito de nacionalidad argentina– y el fin perseguido por la norma (considerando 6°).

De este modo, el análisis aplicado en este voto particular exige:

a) que el fin perseguido por la norma represente *algún* interés estatal razonable

b) que se expongan las razones por las cuales resulta *conveniente* exigir ese requisito (la nacionalidad argentina) para alcanzar el fin perseguido.

c) la demandada es la que debe probar dicha relación (en el caso, acreditar las razones por las cuales es conveniente que dicho cargo sea desempeñado por argentinos).

Como puede verse, se trata de un examen intermedio entre el de mera razonabilidad y el escrutinio estricto. Se aproxima al primero en cuanto a que el punto de partida es la constitucionalidad de la medida (esto es, no se presume su inconstitucionalidad), pero se exige la acreditación de las razones por las cuales el medio empleado es conveniente para alcanzar el fin perseguido. De esta descripción del análisis, puede aparecer como dudoso el punto de partida: si bien no se presume la inconstitucionalidad de la medida, lo cierto es que en el voto se exige que sea *la demandada* quien acredite la razonabilidad. Si es así, parece que existe, al igual que en el caso del análisis anterior, una inversión de la carga de la argumentación.

IV. Las condiciones de aplicación del examen estricto

¿En qué casos se aplica el examen estricto de constitucionalidad? En la argumentación de la Corte ha sido clave el hecho de que el actor perteneciera a una categoría o grupo que recibía un trato diferente y ese trato provenía de una norma general.

Teniendo en cuenta los precedentes, el tratamiento diferencial entre nacionales y extranjeros (como en "Repetto", "Gottschau", "Mantecón Valdés" o "Reyes Aguilera"), o bien entre distintos tipos de ciudadanos argentinos (nativos o naturalizados) (como en "Hooft") parece dar lugar a la aplicación de este examen.

Queda abierto el interrogante acerca de qué otras distinciones (o categorías) pueden merecer una presunción de inconstitucionalidad, que invierta la carga de la argumentación –o coloque una carga de argumentación agravada– en cabeza de aquel que defiende la norma.

En el caso "Hooft" la Corte vinculó la aplicación de esta presunción a los motivos expresamente prohibidos de discriminación contenidos en instrumentos inter-

nacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 CN), refiriéndose puntualmente al artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos y al artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Ello, en tanto el "origen nacional" aparece mencionado expresamente en tales disposiciones.

Ahora bien, las disposiciones internacionales citadas mencionan otros criterios de distinción especialmente prohibidos, respecto de los cuales podría postularse la aplicación del análisis estricto. En ellas se mencionan: raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. Esta enumeración no es taxativa, sino que contiene una cláusula de apertura ("cualquier otra condición social"), que permite abarcar situaciones análogas.[26] La prohibición de determinadas categorías aparece reforzada por la inclusión, dentro del artículo 75 inciso 22 CN de ciertos tratados internacionales específicamente diseñados para proteger contra determinados tipos de discriminación. Tal es el caso de la Convención Internacional sobre Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial o la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Por otra parte, ciertas cláusulas constitucionales han sido tomadas por la Corte para justificar la fuerte presunción en contra de la validez de ciertas distinciones, como lo es el artículo 20 CN respecto de los extranjeros y su equiparación a los nacionales a los fines de los derechos civiles.[27]

26. Otros instrumentos internacionales de derechos humanos, también dotados de jerarquía constitucional, también contemplan un listado (no taxativo) de motivos prohibidos de discriminación, en general coincidentes con los mencionados precedentemente. Tal es el caso de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (cuyo art. II se refiere a la raza, el sexo, idioma, credo ni otra distinción), la Declaración Universal de Derechos Humanos (cuyo art. 2.1 se refiere a: raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (cuyo art. 2.2 contiene una enumeración semejante a la del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). En la Convención sobre los Derechos del Niño se mencionan los siguientes motivos prohibidos: raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales. En España se ha entendido que los motivos expresos contemplados en el artículo 14 de la Convención Europea en la materia no son exhaustivos, ya que el criterio ha sido no dejar afuera ninguna discriminación presente o futura. En función de ello el Tribunal Constitucional ha considerado incluidas entre las causas de discriminación a la edad o la discapacidad (FERNÁNDEZ, Encarnación, *Igualdad y Derechos Humanos*, Madrid, Tecnos, 2003, pp. 88-89).

27. Esta cláusula aparece mencionada explícitamente en "Repetto" y en "Calvo y Pesini", donde las actoras eran extranjeras y aspiraban a ejercer su profesión (una, como maestra; la otra, como

Antes de avanzar con el examen de las categorías sospechosas, cabe preguntarse cuál es la nota común a todas ellas, ya que ello permitirá reconocer situaciones en las que es factible aplicar este análisis, máxime teniendo en cuenta que las normas internacionales de derechos humanos contienen una cláusula de apertura que permite contemplar situaciones análogas. En general, puede sostenerse que la nota común es que estas categorías se refieren a un grupo vulnerable o desaventajado, en tanto encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico, en razón de circunstancias sociales, económicas, étnicas o culturales, o bien en razón de su edad, género, estado físico o mental. En el caso de los motivos de discriminación especialmente prohibidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos, existe una presunción de que quienes pertenecen a alguna de las categorías así definidas se encuentran en una situación vulnerable.

El examen estricto, con su exigencia agravada de justificación, permite que a través del control judicial se detecte si la distinción efectuada carece de justificación racional, por obedecer a prejuicios o estereotipos. En rigor, ello no necesariamente debería llevar a concluir que siempre una medida que distinga entre nacionales o extranjeros será inexorablemente inconstitucional. En tal sentido, la fuerte presunción establecida por la Corte con base en el artículo 20 CN permite vincular este análisis con la finalidad de esa cláusula, que se relacionaba con una política de fomento de la inmigración. Teniendo en cuenta que los migrantes suelen padecer situaciones de discriminación en el acceso a los derechos, este tipo de análisis puede constituir una respuesta jurídica frente a las condiciones de discriminación que suelen afectar a estos grupos. Recientemente la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha referido a la situación de los migrantes indocumentados, que es un grupo de extranjeros en condiciones particularmente vulnerables.[28]

Veamos algunas de los criterios que permiten definir categorías sospechosas de inconstitucionalidad y el abordaje de la cuestión que ha realizado la Corte Suprema de Justicia de la Nación.[29]

---

psicóloga), derecho que les era reconocido por el artículo 20 CN y que era restringido por las normas impugnadas.

28. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-18/03 del 17/09/2003 sobre "Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados".

29. Debe señalarse que en el panorama de casos que sigue se pone el énfasis en el criterio de distinción empleado, aun cuando no siempre la solución judicial utilizó el argumento igualitario en su análisis. También debe tomarse en cuenta el momento histórico en que los fallos se dictaron, ya que el problema de la discriminación o la promoción de la igualdad, que podrían haber llevado a otro tipo de argumentos, constituyen una preocupación más reciente en la jurisprudencia del Tribunal, que comenzó a manifestarse con más fuerza luego de la reforma constitucional de 1994.

a) Sexo

La distinción en razón del sexo, cuando es explícita, trasunta el acogimiento de estereotipos o prejuicios que tornan atendible la pretensión de considerar que las normas que la contengan resultan prima facie "sospechosas" de inconstitucionalidad.

En los casos en que ha sido puesta de relieve una discriminación en razón del sexo, la Corte ha acudido al análisis de mera razonabilidad. Un ejemplo de ello es el caso "Carballo",[30] en que la Corte confrontó la validez constitucional de una norma que distinguía entre el personal masculino y el femenino de la Prefectura Naval, permitiendo a aquel optar por mantener el estado policial o bien pasar a revistar como personal civil. Tal opción se denegaba al personal femenino, que debía pasar obligatoriamente a revistar como personal civil. El tribunal, sobre la base de informes agregados al expediente, consideró que la norma "carece de base que la sustente", pues "no existía razón valedera alguna que autorizara a suponer que el personal femenino, sólo por ser tal, se encontraba impedido de desempeñar sus funciones conservando aquel estado policial" (considerando 7°).

En cambio, en un voto en concurrencia en el caso "González de Delgado", en que un grupo de padres impugnaban una resolución de la Universidad Nacional de Córdoba que convertía al Colegio Nacional de Monserrat en un colegio mixto, el ministro Petracchi presenta un estándar de análisis que resulta traspolable a situaciones en las que el sexo resulta la característica diferencial, que lleva a tratar en forma diferente entre mujeres y varones.[31] En ese voto, cuyo principal fundamento normativo reposa en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, de jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 CN), se introducen consideraciones valiosas acerca de la forma de controlar la compatibilidad constitucional de disposiciones que discriminan en contra de las mujeres, acudiendo al derecho comparado. En este punto se refiere a la jurisprudencia europea, conforme a la cual una exclusión en el goce de un derecho fundada en alguna de las categorías prohibidas en el artículo 14 de la Convención Europea de los Derechos del Hombre, da lugar a una presunción de ilegitimidad que tiene por efecto el desplazamiento de la carga de la prueba. Asimismo, se refiere a la jurisprudencia norteamericana que establece un exigente estándar de revisión para juzgar las clasificaciones basadas en el sexo. Conforme a este estándar, aun cuando tales

30. "Carballo, María Isabel y otros c/ Nación Argentina (Prefectura Nacional Marítima) s/ contenciosoadministrativo", Fallos 287:42 (1973).

31. "González de Delgado, Cristina y otros c/ Universidad Nacional de Córdoba", del 19/09/2000, Fallos 323:2659 (2000). La pretensión fue rechazada, pero la postura mayoritaria lo hizo en base a fundamentos que no se vinculaban con la igualdad, sino con la competencia de la demandada para dictar esa norma.

clasificaciones no están proscriptas, no podrían utilizarse para crear o perpetuar la inferioridad legal, social o económica de la mujer.

b) Religión

Varios de los casos abordados por la Corte en esta materia se vinculan con los testigos de Jehová y la vulneración de derechos como la educación (en el caso de niños por no reverenciar símbolos patrios) y la autonomía personal (en el caso de objeciones de conciencia al servicio militar). Estos casos fueron evaluados bajo el prisma de la mera razonabilidad que, debido a la índole de los derechos involucrados, llevaron en algunos casos a soluciones favorables a la posición de los actores. En "Carrizo Coito", por ejemplo, en que se había denegado la radicación definitiva en el país de un extranjero, en razón de ser testigo de Jehová, la cuestión fue abordada desde la perspectiva de las "acciones privadas de los hombres" (art. 19 CN) y de la violación del derecho de entrar, permanecer y salir del territorio argentino.[32]

En "Lopardo", en cambio, el resultado no fue favorable a la pretensión de quien, perteneciendo a aquella confesión religiosa, alegaba la inconstitucionalidad de normas que lo obligaban a realizar el servicio militar. Aquí el enfoque se basó en una compatibilización del deber contemplado en el artículo 21 CN y el derecho de profesar libremente el culto. En este balanceo de derechos la Corte dio preeminencia a aquel deber, omitiendo toda consideración respecto de la autonomía personal en juego.[33]

En fechas más recientes, con motivo del reconocimiento de un partido político, la Corte efectuó un análisis en términos de la alegada violación del derecho de igualdad y no discriminación.[34] En esa oportunidad, al denegar el reconocimiento al Partido Nuevo Triunfo, el Alto Tribunal observó que tal decisión –tomada por la justicia electoral– superaba los cuestionamientos basados en el derecho de igualdad, "tanto desde el punto de vista del criterio amplio como del más estricto impuesto por las cláusulas antisdiscriminatorias". En tal sentido, observó que la Ley de Partidos Políticos diferenciaba a aquellas organizaciones cuyo programa político incluía la promoción del desprecio u odio racial, religioso o nacional, respecto de las demás. En función del escrutinio estricto, advirtió que ese distingo respondía a "una finalidad sustantiva que el Estado no puede en modo alguno soslayar ni demorar". Dicha finalidad se conectaba con una política estatal destinada a desalentar y

32. "Carrizo Coito, Sergio c/ Dirección Nacional de Migraciones", Fallos 302:604 (1980).

33. "Lopardo, Fernando Gabriel", Fallos 304:1524 (1982).

34. "Partido Nuevo Triunfo s/ reconocimiento – Distrito Federal" del 17/03/2009, Fallos 332:433.

contrarrestar el odio racial o religioso.[35] De este modo, entendió que la distinción realizada era constitucionalmente válida, pues no sólo era "conveniente, sino imperativo" la adopción de políticas orientadas a impedir el proselitismo de este tipo de organizaciones.

En este último caso, entonces, la Corte volvió sobre el escrutinio estricto, al enfocar la cuestión desde la perspectiva del principio de igualdad, entre otros argumentos. La aplicación de esta modalidad de análisis constitucional fue en este caso favorable a la validez constitucional de la norma, toda vez que ella se vinculaba en forma necesaria con un fin sustancial del Estado. En otras palabras, no obstante la presunción de inconstitucionalidad de la que se parte, la existencia de un fin de la mayor relevancia permitía justificar la restricción que se imponía.

c) Edad

La Corte Suprema ha abordado casos en los que se establecían límites máximos de edad para ejercer una actividad. En ellos no se consideró que se tratara de un grupo vulnerable, al menos en lo que se refería al derecho que estaba en juego y aplicó un examen de razonabilidad, con resultados variables.

Tal vez una precisión pueda hacerse en lo relativo al derecho que se encuentra en juego. Los ancianos pueden experimentar dificultades de acceso a determinados derechos de prestación (el derecho a la salud o a beneficios previsionales) y en tales casos podrían ser pensados como una categoría vulnerable, que exige un estándar más exigente de análisis que el de mera razonabilidad. Cabe señalar que el constituyente identificó a este colectivo como digno de una mayor protección, al punto que los menciona como posibles beneficiarios de medidas de acción afirmativa (art. 75 inc. 23). Algunos ordenamientos locales incluyen a la edad como motivo especialmente prohibido de discriminación.[36]

En el caso "Domínguez",[37] en que se discutía la constitucionalidad de la nor-

35. Específicamente, señaló que "[u]n fin que debe necesariamente alcanzar el Estado es, entonces, desalentar y contrarrestar el desarrollo de prácticas que promuevan el odio racial o religioso, y la sujeción o eliminación de personas por el hecho de pertenecer a un grupo definido por algunas de las características mencionadas" (esto es, los grupos nacionales o religiosos perseguidos por el nazismo) (v. considerando 7°).

36. Tal es el caso del artículo 11 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. El Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad tuvo oportunidad de referirse a la edad, fijada como requisito restrictivo de derechos, en el caso "Salgado, Graciela B. c/ GCBA" del 21/11/2001 (disponible en www.tsjbaires.gov.ar). Para una crítica de la aplicación de este análisis a las distinciones por edad, véase: SCHVARTZMAN, Sebastián, "¿Debe ser la edad considerada una categoría sospechosa?", La Ley 2002-F-455.

37. In re "Domínguez, Alberto Roberto c/ U.N.R. s/ recurso de amparo" del 15/10/1985 (Fallos

ma que impone el cese de los docentes universitarios al cumplir 65 años de edad, la Procuración General de la Nación –a cuyos fundamentos se remitió la Corte– sostuvo que "se trata de una limitación que se impone sobre la generalidad unánime del claustro, sin atender a diferencias personales de especie alguna y no obedece a ánimo persecutorio de ninguna índole, sino que está concebida al margen de su eventual grado de acierto, que no cabe aquí analizar, únicamente como una pauta no irrazonable de organización de la carrera docente universitaria". En esta oportunidad, el Tribunal siguió un estándar leve de escrutinio, deferente al criterio legislativo.

Pareció ir hacia un análisis algo más intenso –aunque sin abandonar el examen de mera razonabilidad– en el caso "Franco".[38] En esa oportunidad se discutía la validez constitucional de la normativa que exigía el retiro de los escribanos de la provincia de Buenos Aires que alcanzaran los 75 años de edad. La Corte enuncia que el estándar que aplicará es que una reglamentación es válida en cuanto guarde adecuada proporción con la necesidad de tutelar el interés público comprometido, y no desnaturalice el derecho constitucional en juego (en el caso, el derecho de trabajar). En el caso, la Corte entendió que la norma provincial cuestionada estableció una suerte de presunción iuris et de iure de que quienes alcanzaban esa edad estaban imposibilitados para ejercer la función notarial y que, por esa razón, resultaba arbitraria debido a su generalidad y falta de sustento racional, además de vulnerar el derecho de trabajar y el de igualdad ante la ley, consagrados en la Constitución Nacional y en tratados internacionales de jerarquía constitucional. Según la Corte, tal arbitrariedad radicaba en que la limitación temporal para el ejercicio de la profesión de escribano no guardaba adecuada proporción con la necesidad de tutelar el interés público comprometido, pues se entendió que el solo hecho de alcanzar los 75 años de edad no revela ausencia de condiciones para cumplir dicha función; además, la propia ley que regulaba el notariado preveía mecanismos para separar a los escribanos que eran inhábiles para desempeñar la profesión. Por tal razón, la Corte estimó irrazonable la existencia de un requisito de edad máxima para ejercer la actividad. Posiblemente ello fuera así porque, aun dentro de las limitaciones del análisis de mera razonabilidad, se consideró que la restricción cuestionada traía aparejada la total supresión del derecho, lo cual importa un umbral que, de no ser superado, acarrea la inconstitucionalidad de la restricción.

Ahora bien, en estos casos la Corte aplicó un examen de mera razonabilidad, aunque con resultados diferentes. No hizo falta acudir a un test que contemplara categorías sospechosas con la carga agravada que significa. Ello es así, en tanto la

---

307:1963).

38. Un comentario crítico al fallo puede verse en: CLÉRICO, Laura, "Las ausencias argumentativas de la Corte Suprema en el caso 'Franco': sobre las limitaciones a las concesiones de los registros públicos notariales provinciales", JA 2003-II-467.

edad no necesariamente implica la consagración de un estereotipo o la existencia de una situación de vulnerabilidad social. Ello puede ocurrir, sin embargo, en relación con el acceso a ciertos derechos, donde ciertos grupos etarios (en particular, personas mayores o niños y adolescentes) pueden verse en situación de desprotección. Ello es particularmente así en el caso del derecho a la salud o en el derecho a la educación, donde la existencia de barreras de hecho para su ejercicio por parte de esos colectivos podría justificar el empleo de un test más exigente.

Cabe agregar que, a partir de la previsión del artículo 75 inciso 23 CN, que menciona a los niños y ancianos, podría construirse la noción de que estos colectivos se encuentran en situación de vulnerabilidad y deberían conducir a la aplicación, frente a determinado tipo de derechos necesarios para el desarrollo de su personalidad, de un escrutinio estricto.

d) Pueblos originarios

Aunque no existen casos que aborden la situación de este colectivo desde el punto de vista de la igualdad, existen fuertes razones constitucionales para considerarlos un grupo vulnerable y necesitado de especial protección desde el sistema jurídico.

En rigor, algunos precedentes recientes abordan la situación de este colectivo desde la perspectiva de sus derechos más esenciales, que son desconocidos en forma sistemática. En un caso reciente, la Corte Suprema concedió una medida cautelar, ordenando al Estado nacional y a la provincia del Chaco la provisión de agua potable y alimentos a comunidades de pueblos originarios que habitaban una región de esa provincia afectada por una emergencia extrema, así como la provisión de medios de transporte y comunicación adecuados hacia los puestos sanitarios.[39] Aunque se trataba de una medida cautelar, la decisión toma en cuenta la particular vulnerabilidad de este grupo, que por sus características puede constituir una categoría sospechosa de discriminación, en tanto existe una situación de omisión o acción insuficiente por parte de los poderes públicos. Tal conducta estatal debería ser evaluada a la luz del escrutinio estricto.

Este criterio de análisis constitucional se justifica tanto más cuanto que la situación de estos pueblos ha sido objeto de especial atención por parte del constituyente. En efecto, el artículo 75 inciso 17 CN reconoce la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos y consagra una serie de derechos específicos, tales como el respeto de su identidad, la educación bilingüe e intercultural, la personería jurídica de sus comunidades, la propiedad comunitaria de sus tierras,

39. "Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional y otra (Provincia del Chaco) s/ proceso de conocimiento", del 18/09/2007, Fallos 330:134.

así como su participación en la gestión de sus recursos naturales. El reconocimiento constitucional se complementa con las disposiciones de los instrumentos internacionales de derechos humanos, que específicamente mencionan al origen étnico o racial como motivos expresamente prohibidos de discriminación.

e) Personas con discapacidad

En general, el abordaje de esta problemática resulta susceptible de ser analizado bajo los cánones del escrutinio estricto. Existen fundamentos que pueden extraerse tanto de la Constitución como de los tratados de derechos humanos. En cuanto a la primera, podría sostenerse que el constituyente considera que se trata de un grupo vulnerable, que ve seriamente dificultada su participación plena en la vida económica, social y cultural. En función de ello, se habilita al legislador a adoptar medidas de acción afirmativa a su respecto (art. 75 inc. 23 CN). Por otra parte, también puede construirse, a partir de la interpretación de los instrumentos internacionales, que la discapacidad constituye un motivo prohibido de discriminación[40]. Además, en el plano infraconstitucional, la situación de las personas con discapacidad puede vincularse con la prohibición de discriminación por caracteres físicos, que están previstos como motivos de discriminación explícitamente prohibidos en el artículo 1° de la Ley N° 23.592.

La situación de este colectivo justifica la utilización de un análisis más intensivo ante distinciones que los desfavorecen. La Corte, sin embargo, ha utilizado un criterio de mera razonabilidad que, en su aplicación al caso concreto, no impidió llegar a una solución favorable a las personas que sufrían algún tipo de restricción a sus derechos derivada de sus condiciones físicas.

El primer caso sobre el cual interesa detenerse es "Almirón",[41] en el que se cuestionaba la denegatoria de un certificado de aptitud psicofísica exigido por una resolución ministerial, a fin de ingresar al profesorado de geografía, en razón de que la aspirante carecía completamente de visión en un ojo. La Corte aplicó un análisis de mera razonabilidad, y sostuvo que "la exigencia de visión en los dos

40. En tal sentido, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Observación General N° 5, se refirió a las personas con discapacidad y entendió que estaban implícitamente protegidas por la Declaración Universal de Derechos Humanos (que sienta el principio de que todas las personas son iguales en dignidad y derechos) o el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales en su art. 2.2, al referirse a "cualquier otra condición social" permite extender sus disposiciones a este grupo de personas (v. párrafo 5). En el plano supralegal, la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, está en consonancia con esta comprensión del tema.

41. In re "Almirón, Gregoria c/ Nación Argentina", Fallos 305:1489 (1983).

ojos no guarda *relación de proporción con el objetivo* de estudiar el profesorado de geografía, y por el contrario, significa un atentado, en el caso, al pleno ejercicio de los derechos de aprender y enseñar consagrados por el artículo 14 de la Constitución Nacional" (considerando 6°; lo destacado no es del original), añadiendo que "ello se agrava aun más cuando, como surge del escrito del recurso [presentado por la dependencia estatal demandada], no se presentan argumentos que justifiquen un mayor debate sobre el tema y las razones que se esgrimen para avalar la prohibición son inconsistentes –presunta dificultad para distinguir una maqueta de relieve– e irrelevantes –eventual ceguera por la entrada de un cuerpo extraño en el ojo sano o irritación del mismo debido al polvo que se desprende del pizarrón al borrar–" (considerando 7°).

Al respecto, debe hacerse un señalamiento en cuanto a que el caso no fue abordado como una hipótesis de violación de la igualdad, sino como una restricción irrazonable del derecho de enseñar y aprender. Sin embargo, la solución puede ser construida como una restricción a la igualdad, en tanto se restringe el acceso sobre bases igualitarias del derecho de aprender en perjuicio de una persona que padece una discapacidad. En tal contexto, debe advertirse que, aun aplicando el examen de razonabilidad –todavía faltaban años para que la Corte desarrollara el escrutinio estricto como método de análisis– el Alto Tribunal pudo extraer la conclusión contraria a la validez de la reglamentación estatal, no obstante la regla epistémica que establece que, en caso de dudas, prevalece la presunción de constitucionalidad.

Otro caso que puede resultar ilustrativo presenta puntos de contacto con el anterior, en tanto se cuestionaba la misma norma general (la resolución ministerial que establecía requisitos de aptitud psicofísica para estudiar el profesorado), es "Arenzon".[42] Aquí el requisito cuestionado era la exigencia de una altura mínima para obtener el certificado pertinente. Nuevamente, aparece aquí un requisito que puede ser considerado como discriminatorio –en razón de los caracteres físicos–, en tanto impedía al actor el goce de un derecho constitucional. Al respecto, la Corte siguió un razonamiento parecido al del caso anterior, pues sostuvo que "la negativa de extender el certificado de aptitud psicofísica, fundada exclusivamente en la estatura del actor –1,48 m– *no guarda razonable relación con el objetivo* de estudiar el profesorado de matemáticas y astronomía e importa una limitación arbitraria de los derechos de enseñar y aprender, contemplados en el artículo 14 de la Ley Fundamental, que excede la facultad reglamentaria de la Administración" (considerando 5°; lo destacado no es del original). También aquí se emplea un análisis de razonabilidad y se añade que "la recurrente no puso de manifiesto a lo largo del proceso los estudios y fundamentos técnicos que invoca y que justificarían una mayor amplitud de debate o de prueba" y observó que las razones aportadas por la Administración

42. In re "Arenzon, Gabriel Darío c/ Nación Argentina", Fallos 306:400 (1984).

eran insustanciales. Aunque el caso podría ser leído en clave de violación del derecho de igualdad, nos interesa observar que el análisis de razonabilidad no prescinde de evaluar las razones que puedan justificar la medida, y que la ausencia de tales razones puede llevar a sostener que ella es inconstitucional.

f) Motivos gremiales

En fecha reciente la Corte Suprema tuvo oportunidad de referirse a un supuesto de discriminación basado en motivos gremiales. En el caso "Alvarez"[43] el Tribunal se refirió a los fundamentos del principio de igualdad y no discriminación, de conformidad con la Constitución Nacional y el derecho internacional de los derechos humanos. Dado que desde el punto de vista fáctico se consideró demostrado que la empleadora había despedido a un grupo de trabajadores en razón de su pertenencia a una entidad gremial, la cuestión se orientó hacia la aplicación de la Ley N° 23.592 al ámbito de las relaciones laborales. Dicha ley prevé como remedio, frente al acto discriminatorio, que los tribunales dispongan el cese de dicha conducta. Parte de la fundamentación del fallo radicó en establecer que era admisible la reincorporación del trabajador como remedio frente a un despido basado en causas discriminatorias. Sin embargo, en el caso no fue necesario acudir al escrutinio estricto: ante la comprobación de que la demandada había incurrido en discriminación, la cuestión se redujo a establecer cuál debía ser el remedio adecuado: la reinstalación en el puesto de trabajo –criterio que sostuvo la mayoría– o una indemnización agravada –criterio que sostuvo la disidencia.

g) Orientación sexual

En lo relativo a la orientación sexual, algunos han postulado que podría considerarse que las normas que desfavorecen a minorías sexuales deben ser valoradas a la luz del escrutinio estricto. Un fundamento normativo para ello podría extraerse de las normas internacionales que, al referirse a los motivos especialmente prohibidos de discriminación, se refieren a "cualquier otra condición social".[44] Tal posición resulta plausible, pues se verifica respecto de estos grupos una situación de vulne-

43. In re "Alvarez, Maximiliano y otros c/ CENCOSUD S.A. s/ acción de amparo", del 7/12/2010.

44. Art. 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos y art. 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Sostiene esta interpretación, por la que la orientación sexual podría ser incluida en dicha prohibición, Clérico, Laura, "El matrimonio igualitario y los principios constitucionales estructurantes de igualdad y/o autonomía" en ALDAO, Martín y CLÉRICO, Laura (coordinadores), *Matrimonio Igualitario. Perspectivas sociales, políticas y jurídicas*, Buenos Aires, Eudeba, 2010, p. 145, esp. p. 159.

rabilidad como resultado de prejuicios y estereotipos que impiden el pleno ejercicio de sus derechos.

El argumento igualitario jugó un papel sustancial en los debates acerca de la inconstitucionalidad de las normas civiles que impedían el matrimonio entre personas del mismo sexo. Buena parte de los argumentos de quienes defendían esa restricción se basaban en prejuicios o estereotipos respecto de las minorías sexuales que no podían ejercer su derecho a contraer matrimonio. Aunque el tema no llegó a debatirse en la Corte Suprema,[45] algunos fallos de instancias anteriores utilizaron un análisis estricto a fin de examinar la validez constitucional de las normas impugnadas.[46]

h) Pobreza

Existen buenos fundamentos normativos para sostener que la pobreza puede constituir una categoría sospechosa. En tal sentido, entre los motivos especialmente prohibidos de discriminación previstos en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, aparece la "posición económica". Esta categoría suele aparecer más en supuestos de discriminaciones de facto, en los que el acceso a ciertos derechos por parte de ciertos sectores de la población puede verse excluido por razones socioeconómicas.[47] Una hipótesis común es la del acceso a la justicia, derecho que a la vez es la puerta para reclamar por otros derechos: la inexistencia de servicios legales gratuitos puede ser determinante de la imposibilidad de acceder a ciertos derechos.[48]

45. Existían dos casos pendientes de tratamiento ante el Alto Tribunal: "Rachid, María de la Cruz y otro c/ Registro Nacional de Estado Civil y Capacidad de las Personas s/ medidas precautorias" (Fallos 333:1474) y "Vannelli, Alejandro Jorge y otro c/ Registro Nacional de Estado Civil y Capacidad de las Personas s/ medidas precautorias". Ante el dictado de la Ley N° 26.618 (que consagró el matrimonio igualitario) la Corte declaró inoficioso el pronunciamiento sobre la cuestión federal planteada (sentencias del 24/08/2010).

46. Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 15 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a cargo de la Dra. Gabriela Seijas, autos "Freyre, A. c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA)", del 10/11/2009.

47. Argumenta a favor de considerar a la pobreza como categoría sospechosa: Maurino, Gustavo, "Pobreza y discriminación: la protección constitucional para los más humildes", en ALEGRE, Marcelo y GARGARELLA, Roberto (coords.), *El Derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Buenos Aires, LexisNexis, 2007, p. 313.

48. Este enfoque está presente en las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de Vulnerabilidad, adoptadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana (2008), donde no sólo se menciona a la pobreza como limitante del acceso a la justicia, sino también a categorías de personas vulnerables de acuerdo con los criterios de edad, discapacidad, pertenencia a comunidades indígenas, víctimas de delitos, migrantes, género, pertenencia a minorías y privados

Las situaciones de pobreza plantean una cuestión de estrategia: podrían abordarse desde la perspectiva del derecho de igualdad (y construir a partir de ahí la existencia de una categoría sospechosa) o bien la cuestión puede ser analizada desde la perspectiva del otro derecho en juego. Así, en "Reyes Aguilera" el voto de los ministros Zaffaroni y Fayt abordó la cuestión desde el punto de vista del derecho a la seguridad social (intrínsecamente vinculado al derecho a la vida), donde tradicionalmente se ha sostenido un criterio amplio, a fin de evitar que el rigor de los razonamientos pueda llevar al desconocimiento de algún derecho. En tal sentido, el análisis de razonabilidad del requisito que se ponía en tela de juicio (la residencia en el país durante 20 años) fue considerado equivalente a la supresión del derecho, sin referirse a la cuestión como un problema de igualdad.

V. Algunas cuestiones procesales en los análisis de constitucionalidad

V.a. Argumentación constitucional y carga de la prueba

En aquellos casos en que se aplicó el escrutinio estricto la Corte habló de una inversión de la carga de la prueba (o, lo que es lo mismo, del *onus probandi*). Tal vez sea más apropiado hablar de carga de la argumentación, en la medida en que lo que se exige de quien defiende la validez de la norma es que proporcione las razones que la justifican. Ello es, en realidad, una cuestión de derecho[49], que los tribunales pueden suplir a través de los métodos habituales de interpretación jurídica, en particular, el análisis de las fuentes de la norma o de los propósitos del legislador que resulten de los debates parlamentarios, o bien de la motivación en el caso de actos de alcance general.

Al referirse a la carga de la prueba en el proceso administrativo, observa Hutchinson que el principio de presunción de legitimidad del acto administrativo no altera la obligación de probar a cargo de quien alega hechos constitutivos o los impeditivos, extintivos y excluyentes. Por ello, si el particular afirma un hecho o alega la existencia de vicios en el acto administrativo, es a él a quien corresponderá demostrarlo. Del mismo modo, si la Administración alega un hecho (por ej. que un empleado incurrió en una falta disciplinaria), también debe demostrarlo,[50] lo que

---

de la libertad.

49. Ver en este sentido, la posición de Ibarlucía, Emilio, "Acerca de los nuevos escrutinios de control de constitucionalidad", ED 2006-434.

50. HUTCHINSON, Tomás, *Derecho Procesal Administrativo*, Tomo III, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2009, pp. 57-61.

generalmente ocurrirá a través del expediente administrativo donde se debía recabar la prueba pertinente que daba sustento a su accionar.

Precisamente, en "Arenzón", en que la Administración demandada alegaba la existencia de "estudios y fundamentos técnicos" que justificaban la exigencia reglamentaria de una altura mínima en los aspirantes a estudiar un profesorado de matemática, la Corte puso de relieve que aquélla no los había puesto de manifiesto a lo largo del proceso. Tal omisión fue fatal para la suerte del recurso interpuesto por el Estado.

En este orden de consideraciones, resulta ilustrativo el dictamen del Procurador General de la Nación en el antes mencionado caso "Almirón". Allí puso de relieve que "*el Ministerio demandado debió acreditar* de manera fehaciente, contra la decisión del a quo de estimarla irrazonable, la razonabilidad de la medida en cuestión" (lo destacado no es del original). Añadió que "debe distinguirse entre la potestad excluyente del poder administrador de fijar las pautas reglamentarias en las materias de su incumbencia, de la *necesidad insoslayable que tiene de fundar*, ante los estrados de la justicia, adonde ha sido llevado a pleito, las razones tenidas en cuenta al fijar tales pautas, a fin de que el juzgador pueda valorarlas en el ejercicio de su contralor" (lo destacado no es del original). Aunque la Corte no lo expresa con igual contundencia, sí señaló que los argumentos expuestos por la demandada eran insuficientes para justificar la restricción impuesta, ya fuera por ser inconsistentes o irrelevantes.

En otras palabras, tanto en el análisis de mera razonabilidad como en el denominado escrutinio estricto, existe una *carga de argumentar* que estará a cargo de la Administración en la medida en que sea ésta quien se encuentre en mejores condiciones de brindar las razones que justifiquen su accionar. Sin embargo, no sólo las razones expuestas en el juicio tendrán relevancia, ya que, tratándose de leyes, los antecedentes parlamentarios constituyen una fuente de interpretación valiosa a fin de conocer la intención legislativa (doctrina de Fallos 325:2386; 328:2627; entre otros). En el caso de un reglamento, la motivación del acto constituirá un elemento de la mayor importancia a fin de establecer si los medios previstos resultan "proporcionalmente adecuados" a su finalidad.[51] Ello es particularmente así cuando están en tela de juicio normas que imponen restricciones a los derechos constitucionales.

51. El artículo 7° inciso e) de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, aplicable tanto a los actos administrativos de alcance general como particular, se refiere a la motivación como la expresión concreta de las razones que inducen a emitir el acto, así como de los hechos y antecedentes que sirven de causa y el derecho aplicable. Además, el artículo 7° inciso f) de dicho cuerpo legal señala que el acto debe cumplir "con la finalidad que resulte de las normas que otorgan las facultades pertinentes del órgano emisor, sin poder perseguir encubiertamente otros fines, públicos o privados, distintos de los que justifican el acto, su causa y objeto. Las medidas que el acto involucre deben ser proporcionalmente adecuadas a aquella finalidad".

Lo que variará es la mayor o menor deferencia que tendrán los tribunales hacia las razones que surjan del desarrollo argumental que tenga lugar en el proceso. En un test de mera razonabilidad, razones de conveniencia administrativa pueden desempeñar algún papel relevante, mientras que en el caso del escrutinio estricto, la carga de justificación resulta particularmente agravada.

En realidad, los dos tipos de análisis brindan cada uno una regla epistémica diferente. En el escrutinio estricto, si luego de la argumentación subsisten las dudas, la regla es que la norma es inconstitucional. En cambio, en los supuestos en que se aplica un test de mera razonabilidad, la regla es la inversa: la duda es a favor de la validez de la norma que realiza la distinción.

V.b. El objeto de la argumentación

Al presentar el análisis estricto de constitucionalidad, la Corte Suprema indica una forma de estructurar el debate constitucional cuando se alega una inconstitucionalidad.

El debate gira en torno a los fines de la medida cuya razonabilidad se cuestiona y la validez de los medios empleados para alcanzarlos. En el análisis de mera razonabilidad, los fines pueden ser convenientes, lo cual supone un examen leve o deferente, y los medios deben tener una relación adecuada con la consecución de este fin. En relación con esto último, las clasificaciones no prohibidas, aunque sean opinables, resisten el examen de mera razonabilidad. En estos casos, el juzgador puede desentenderse de que las categorías resulten sobreinclusivas o subinclusivas.

En el escrutinio estricto el test presenta mayores exigencias. Se exige un fin sustancial y medios que promuevan el fin perseguido y que no existan maneras menos restrictivas de alcanzarlo. Tal examen conlleva una presunción de inconstitucionalidad que es *casi* irrefutable.

Aunque no siempre quienes defendían la postura del Estado presentaron una argumentación que considerara los distintos extremos señalados por la Corte, lo cierto es que el planteo efectuado por el Tribunal en precedentes como "Hooft" y "Gottschau" permite encauzar el debate constitucional a partir de ciertas pautas imparciales. Es oportuno recordar, con el Tribunal Constitucional alemán, que "la interpretación, en particular del derecho constitucional, … [tiene] el carácter de un discurso, en el que se hacen valer argumentos a los que se contraponen otros argumentos, debiendo darse finalmente predominio a los mejores argumentos".[52]

En este plano de la argumentación jurídica, el planteamiento de los dos tipos de análisis –que pueden ser vistos como los extremos de un continuo, en que la

52. ALEXY, Robert, *Teoría del Discurso y Derechos Humanos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1995, p. 35, donde se cita del precedente BVerfGE 82, 30 (p. 38 ss.).

intensidad de la revisión judicial varía según los derechos en juego– permite a las partes de un proceso conocer de qué modo deben presentar las razones en que basan las respectivas posiciones.

VI. Algunas perspectivas del escrutinio estricto

VI.a. Las desigualdades de iure y de facto

Ahora bien, los casos a los que nos hemos referido plantean la existencia de una clasificación que proviene del texto de la norma. Es ésta, al imponer determinados requisitos, la que crea una distinción entre quienes lo poseen y quienes carecen de él, generando así una clasificación que, en ciertos casos especialmente previstos, puede ser considerada sospechosa de inconstitucionalidad.

Un desafío para una agenda igualitaria es combatir la discriminación que resulta de estereotipos, prejuicios o prácticas sociales, que no están expresadas en una norma. En otras palabras, cuando la norma es neutral, pero su aplicación conduce a resultados desiguales, afectando en forma desproporcionada a algún grupo desaventajado. El legislador ha procurado identificar algunos de estos ámbitos estableciendo medidas de acción afirmativa, que ahora tienen una base constitucional expresa en el artículo 75 inciso 23 CN.

Aquí la jurisprudencia de la Corte presenta alguna deficiencia, al menos cuando se trata de desigualdades en que incurre la autoridad administrativa, ya que en diversos casos ha adoptado un principio restrictivo, que sólo examina violaciones a la igualdad que surgen del texto de la norma (esto es desigualdades de iure).[53] En cambio, tratándose de particulares, la existencia del trato desigual debe ser probada. En caso de que se verifique alguno de los motivos explícitamente prohibidos, corresponderá aplicar el análisis estricto, con la carga de justificación agravada que trae aparejada. Sin embargo, es necesario que se demuestre el trato desigual, fundado en alguno de esos motivos; no basta la alegación de discriminación para que opere el escrutinio estricto.

Un caso reciente de la Corte puede ilustrar el punto. En "Alvarez, Maximiliano", ya citado, se consideró probado –o, al menos, se consideró que ello estaba firme– el hecho de que el despido del trabajador por una empresa privada había tenido su origen en motivos gremiales. En un caso con alguna arista similar –"Pellejero"–[54]

53. Ver GARAY, op. cit. en nota 5.

54. "Pellejero, María Mabel s/ amparo s/ apelación", del 7/12/2010.

el Alto Tribunal advirtió que la interpretación de normas federales estaba unida a la valoración de determinados extremos fácticos, por lo que consideró necesario examinar estos últimos. En función de ello, se señaló que "en ningún tramo del fallo se explica de qué modo o mediante qué hechos o circunstancias concretas habría quedado patentizado la conducta discriminatoria de la empleadora. Tampoco se individualizan los elementos de juicio incorporados al expediente cuya ponderación podría conducir a tener por probado ese extremo".[55]

En otras palabras, si bien la aplicación del escrutinio estricto importa una carga difícil de revertir por parte de quien defiende la validez de una clasificación, lo cierto es que, antes de llegar a su aplicación, es menester que quien alegue una situación de discriminación la demuestre fehacientemente. Sólo si tiene éxito en tal cometido, podrá exigirse a su contraria una "justificación suficiente".

En este punto, es interesante advertir que la Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer define la discriminación como "toda distinción, exclusión o restricción, basada en el sexo, *que tenga por objeto* o *por resultado* menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera" (art. 1°; lo destacado no es del original). La definición da cuenta de que la distinción, que puede provenir de una norma o de patrones socioculturales de conducta, puede tener una finalidad o, simplemente, tener un impacto discriminatorio. El planteo que realiza la Convención, y que podría extenderse a otros grupos desaventajados, pone el énfasis en remediar situaciones de discriminación, no sólo jurídica sino también, y especialmente, fáctica. En este último caso, la discriminación se considera configurada aun cuando no pueda acreditarse que los autores del acto discriminatorio hayan tenido la *intención* de discriminar. En consecuencia, a la luz de la Convención, no es exigible, ante un planteo de discriminación, que se demuestre la finalidad de discriminar a un grupo determinado, siempre que se acredite que la medida tiene un impacto discriminatorio. En este sentido, el caso "Fundación Mujeres en Igualdad c/ Freddo S.A."[56] resulta paradigmático en cuanto al reconocimiento de un grupo en situación de desventaja (en este caso, por una política empresarial que excluía a

55. Añadió la Corte que "la falta de solidez de la imputación de discriminación que se efectuó en la demanda ha quedado claramente en evidencia en la audiencia celebrada ante el Tribunal, especialmente a través de las respuestas dadas por el representante de la actora a las diversas preguntas que le fueron realizadas".

56. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala H, del 16/12/2002. Publicado en La Ley 2003-B-970.

las mujeres en la contratación de personal).[57] Ante la evidencia de una situación de desigualdad, el tribunal actuante exigió que fuera el demandado el que acreditara "con argumentos razonables" su conducta. La omisión de hacerlo llevó a que la sentencia impusiera a la demandada una modificación de sus criterios de contratación de personal.

Aquí interesa destacar que, frente a una distinción, sea ésta de iure o de facto, que se base en alguna de las categorías sospechosas, será posible la aplicación del examen estricto. Desde luego, las dificultades probatorias pueden ser mayores en el caso de las desigualdades de facto, pero el precedente mencionado revela que tal prueba no es de imposible producción. Por lo demás, cabe postular que, las medidas o prácticas que tengan como efecto perjudicar un grupo desaventajado –cualquiera fuera la intención del autor– deberían ser abordadas a la luz de este examen más exigente de constitucionalidad.

VI.b. La aplicación del análisis estricto en las relaciones privadas

En nuestro país, los derechos constitucionales tienen como característica ser bifrontes: son exigibles no sólo frente a la autoridad, sino también frente a las demás personas. La Constitución Nacional se refiere en su artículo 43 al amparo como vía procesal para remediar violaciones de derechos, tanto por parte de autoridades públicas como de particulares. Tal posición frente a los derechos había sido firmemente establecida en el caso "Kot" (Fallos 241:291), donde se sostuvo que "[n]ada hay, ni en la letra ni en el espíritu de la Constitución, que permita afirmar que la protección de los llamados 'derechos humanos' –porque son los derechos esenciales del hombre– esté circunscripta a los ataques que provengan sólo de la autoridad. Nada hay, tampoco, que autorice la afirmación de que el ataque ilegítimo, grave y manifiesto contra cualquiera de los derechos que integran la libertad, *lato sensu*, carezca de la protección constitucional adecuada […] por la sola circunstancia de que ese ataque emane de otros particulares o de grupos organizados de individuos".

En el derecho internacional de los derechos humanos se reconoce que los Estados tienen una obligación de garantizar el goce y pleno ejercicio de los derechos humanos. Tal obligación es entendida en el sentido de que los Estados tienen

57. El tribunal interviniente advirtió que en el caso sometido a su consideración "la discriminación *no se encuentra en las normas sino en los hechos*, esto es, en la conducta desplegada durante años por la demandada, prefiriendo la contratación de empleados de sexo masculino, en una proporción tan considerable que torna irrazonable el margen de discrecionalidad que cabe concederle al empleador en la selección de su personal. Más aún si se tiene presente la presunción de discriminación referida precedentemente, que se produce cuando quienes se encuentran en la situación desigual pertenecen a grupos que históricamente se encontraron en desventaja" (lo destacado no es del original).

el deber de "organizar todo el aparato gubernamental y, en general, de todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, si es posible, el restablecimiento del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de derechos humanos".[58]

Es posible interpretar que, en un sentido convergente con la interpretación de la Corte Suprema, que esta obligación de *garantizar* los derechos exige del Estado una conducta atenta en cuanto a la prevención y sanción de violaciones a los derechos (entre los cuales se encuentra, obviamente, el derecho de igualdad y no discriminación), sea que tal violación provenga del Estado o de particulares.

En el caso "Alvarez", ya mencionado a propósito de la discriminación por motivos gremiales, se planteó la aplicación de las normas antidiscriminatorias al ámbito de las relaciones laborales privadas. En tal oportunidad, luego de recordar que el principio de igualdad y no discriminación pertenece al *ius cogens*, de carácter imperativo para los Estados, acarrea para éstos entre otras obligaciones, "el ejercicio de un 'deber especial' de protección con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias" (considerando 4° del voto mayoritario).

Ello abre la perspectiva de que, frente a una situación de discriminación en el ámbito privado, se pueda aplicar no sólo el examen de mera razonabilidad, sino también, y muy especialmente, el escrutinio estricto, con su carga agravada de justificación.

VII. Consideraciones finales

La construcción jurisprudencial del escrutinio estricto, como una forma más exigente de análisis judicial, se alinea con una concepción más robusta de los derechos y con un papel más activo de los jueces en la solución de problemas de discriminación.

Hasta ahora, los casos en que fue empleado este tipo de análisis partían de una concepción individualista de la igualdad, en la que una persona, como integrante de uno de los grupos sospechosos, recibía un trato desigual frente a otras personas que no compartían esa característica. Sin embargo, este tipo de análisis tiene un poten-

58. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso "Velásquez Rodríguez", sentencia del 29/07/1988, párrafo 166.

cial valioso como una forma de combatir situaciones de desigualdad estructural, en que son grupos de personas que, en razón de su nacionalidad, sexo, origen nacional o condición económica (o, a menudo, todas ellas combinadas), padecen situaciones discriminatorias.

Una expansión posible del escrutinio estricto puede orientarse hacia la remoción de obstáculos fácticos que impidan el pleno goce de los derechos, en particular debido a la existencia de prácticas, prejuicios o estereotipos. Otro ámbito de aplicación de este test puede referirse a las relaciones privadas, en donde la desigualdad asume contornos más ambiguos. En estos casos será esencial la labor de los operadores jurídicos, en especial los litigantes, en cuanto a la presentación de casos que permitan avanzar una agenda igualitaria en línea con el mandato de no discriminación que es una exigencia no sólo constitucional sino también del derecho internacional de los derechos humanos.

IGUALDAD DE TRATO ENTRE PARTICULARES

Roberto P. Saba*

Resumen: En el presente trabajo se analiza, desde la óptica específica de las libertades de asociarse y contratar, la existencia y el alcance de obligaciones –positivas y negativas– por parte del Estado que tienden a proteger el derecho a la igualdad ante la ley de las personas frente a prácticas particulares fundadas en el ejercicio de la autonomía personal. El autor define y examina el posible conflicto que podría surgir entre los principios de igualdad –en su doble faz, igualdad como no-discriminación e igualdad como no-sometimiento– y el ejercicio de la autonomía, principios consagrados en la Constitución, para lo cual determina su contenido conceptual. Con este propósito, por un lado indaga, particularmente, sobre la faz negativa del derecho de asociación, es decir, la posibilidad de negarse a asociarse con alguien. Asimismo, en lo que refiere al derecho de contratar libremente, el autor se concentra en la posibilidad, por parte del Estado, de restringirlo con el fin de proteger el derecho a la igualdad de trato, otorgándole un enfoque especial al analizarlo a la luz del poder de policía y la emergencia.

Palabras clave: Autonomía – Libertad de contratar – Derecho de asociación – Particulares – Principio no discriminatorio – Principio de no dominación

Abstract: The present paper analyses the existence and scope of positive and negative obligations on behalf of the State that tend to protect equality before the law against practises based in the exercise of personal autonomy. In doing so the author adopts the specific perspective of freedom of association and contract. The conflict that could arise between the constitutional principles of equality –both as non-discrimination and as non-submission– and the exercise of autonomy are defined and examined, to which end their concepts are determined. It is with this purpose in mind that the article delves particularly, on the one side, on the negative aspect of right of association, meaning the possibility of refusing to associate with someone. Likewise, where freedom of contract is concerned, the author focuses on the State's capacity to restrict it with the aim of protecting the right to equality, providing a special treatment in light of police and emergency power.

* **Abogado (UBA), Master y Doctor en Derecho, ambos por la Facultad de Derecho de la Universidad de Yale. Profesor de Derecho Constitucional y de Derechos Humanos y Garantías de las Universidades de Buenos Aires y de Palermo.**

Key words: Autonomy – Freedom of contract – Right of Association – Individuals – Non-discriminatory principle – Non-domination principle

Nuestra democracia liberal descansa sobre la convicción de que es valioso que las personas tomemos decisiones libres sobre aspectos centrales y periféricos de nuestras vidas. Esa libertad se funda en el principio de autonomía personal que establece que las personas son fines en sí mismas y que tienen la capacidad moral de discernir lo que es bueno y malo para ellas de acuerdo con el plan de vida que libremente han escogido para sí. Todos los derechos, aunque quizá en algunos casos sea más evidente que en otros, se encuentran justificados en ese principio.

Un segundo principio es central en nuestra democracia liberal: el de igualdad. Frente a quienes sostienen que estos principios son contradictorios e irreconciliables, muchos autores han hecho el esfuerzo de demostrar que eso no es cierto.[1] Asumiendo que estos últimos tienen razón, posición que personalmente refrendo, existen situaciones problemáticas en las que es preciso detenerse a pensar con cuidado si aspiramos a resolverlas de modo que ambos principios sobrevivan al aparente conflicto que existe entre ellos. Me refiero a aquellas situaciones en las que parece que el ejercicio de la libertad habilita tratos entre las personas que algunos considerarían, al menos por ahora intuitivamente, contrarios a la igualdad. Veamos, por ejemplo, los casos de los derechos de contratar y asociarse libremente. Estos derechos parecen, en principio, ser dos de las expresiones más contundentes de la libertad y la autonomía personales. Si el Estado o cualquier tercero nos obligara a asociarnos con quien no queremos hacerlo, o a contratar con quien no deseamos o en las condiciones que no compartimos, en principio, es aceptable dar algún crédito a la posición que sostuviera que esa libertad y esa autonomía se encuentran altamente afectadas o incluso que, según el caso, que han dejado de existir. Sin embargo, también preliminarmente, podríamos entender a quien considerara que el rechazo de un potencial co-contratante o de un socio o asociado a raíz de su raza, de su religión o de su sexo, resulta agresivo al principio de igualdad de trato. Los defensores de la primera posición sostendrán que el ejercicio de la libertad (de contratar o de asociarse) supone una especie de "derecho a discriminar",[2] dado que al momento de asociarnos con otros para, por ejemplo, emprender un proyecto juntos, lo hacemos por nuestra mutua afinidad, rasgo de una relación que, a veces, no valoramos "racio-

1. Ver DWORKIN, Ronald, "¿Entran en conflicto la libertad y la igualdad?", en BARKER, Paul (comp.), *Vivir como iguales. Apología de la Justicia Social*, Paidós, Buenos Aires, 2000, pp. 57-80; NINO, Carlos N., "Liberalismo conservador: ¿Liberal o conservador?", en GARGARELLA, Roberto y ALEGRE, Marcelo (coors.), *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, pp. 17-44.

2. KOPPELMAN, Andrew, *A Right to Discriminate?,* Yale University Press, New Haven, 2009.

nalmente", sino que surge a partir de gustos, preferencias, confianzas y sentimientos que no podemos controlar con la razón. ¿Es posible *exigir* razonabilidad en aquellas decisiones guiadas por la confianza, el afecto o la afinidad? ¿Estaría justificado que el Estado exija a las personas que cuando toman decisiones de este tipo ellas deban respetar valores universales reconocidos constitucionalmente como el de igualdad de trato? Y si lo estuviera, ¿cuál sería el límite de esa interferencia con la libertad para no terminar definitivamente con ella? ¿Es posible deducir del reconocimiento de la libertad de contratar o de asociarse, la necesidad de admitir también la existencia de un derecho o libertad de no contratar y de no asociarse? ¿Puede el Estado obligar a las personas a asociarse o a contratar contra su voluntad en pos del respeto del principio de igualdad sin poner en riesgo la supervivencia de la libertad?

La Constitución Nacional argentina refleja un compromiso de la comunidad política de nuestro país con ambos principios: el de libertad y el de igualdad. Esta norma reconoce que todas las personas gozan de una esfera de autonomía personal que resulta protegida frente a interferencias estatales, salvo aquellas que tengan por objeto proteger a terceros –que gozan, por definición, de esa misma autonomía– o la protección del orden y la moral pública (Artículo 19), conceptos que deben ser interpretados en forma consistente con el reconocimiento de la autonomía personal, como señaló la Corte Suprema de la Nación en el caso *Bazterrica*[3] y, más recientemente, en *Arriola*[4].

Por su parte, la Constitución establece también que "todas las personas son iguales ante la ley",[5] principio a partir del cual se desprende la obligación del Estado de evitar tratos desiguales injustificados,[6] así como también la perpetuación de situaciones de exclusión o de sometimiento de grupos.[7] Está claro para la mayor parte de la doctrina y de la jurisprudencia nacional y comparada, que el Estado está impedido, a la luz de este principio, de llevar adelante prácticas o de tomar decisiones que atenten contra el derecho a ser tratado igual en ambos sentidos. Sólo por citar algunos ejemplos, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha pronunciado respecto del derecho a no ser discriminado por el Estado sobre la base de criterios irrazonables en casos tales como *Arenzon*[8] y *Repetto,*[9] mientras que en

3. *Fallos* 308:1392 (1986).

4. Corte Suprema de Justicia de la Nación, A. 891 XLIV, Causa 9080, 25 de agosto de 2009.

5. Artículo 16 de la Constitución Argentina.

6. Ver SABA, Roberto P., "(Des)igualdad estructural", en GARGARELLA, Roberto y ALEGRE, Marcelo (coords.), *El Derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007. Ver también el caso *Caille,* en *Fallos*, 153:67.

7. Saba, *supra* nota 6.

8. Corte Suprema de Justicia de la Nación, 15 de mayo de1984, publicado en *La Ley*, 1984-C, p. 183.

9. Corte Suprema de Justicia de la Nación, 8 de noviembre 1988, publicado en *La Ley*. 1989-B, p. 348.

el caso *Delgado,*[10] según el voto concurrente con el de la mayoría emitido por el Juez Petracchi, ha sostenido que existe una obligación estatal de desmantelar una situación de sometimiento y exclusión de un grupo sistemáticamente segregado de ámbitos relevantes de la vida en sociedad.

El objeto de este trabajo es determinar si existen obligaciones constitucionales del Estado dirigidas a proteger el derecho a la igualdad ante la ley de las personas frente a actos o prácticas de particulares que, fundándose en el ejercicio de la autonomía personal, tienen por efecto tratos desiguales irrazonables –en el sentido de no guardar relación entre medios y fines– o tratos cuyos efectos contribuyen a la perpetuación de situaciones de exclusión o de sometimiento de grupos. En otras palabras, me propongo determinar si derechos tales como los de expresarse libremente, contratar, asociarse, enseñar o aprender, por ejemplo, pueden ser limitados y, en caso afirmativo, con qué alcance, a fin de impedir tratos discriminatorios o desiguales.

Además de las normas constitucionales referidas, el Congreso de la Nación ha dictado la denominada Ley Antidiscriminatoria que lleva el Número 23.592. Esta norma está dirigida a regular las acciones de particulares que se funden en tratos desiguales prohibidos por ella o que tengan por efecto consecuencias asimilables a esos mismos tratos. Su artículo 1ro establece que: "Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados. A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos". La propia sanción de esta norma puede ser entendida como la manifestación por parte del Congreso de su interpretación de la Constitución, según la cual ésta establece dos cosas. Por un lado, que el Congreso está constitucionalmente facultado –o quizás obligado– a legislar regulando los derechos fundados en la protección de la libertad personal, como el de contratar o el de asociarse, en función del compromiso asumido por la comunidad política con los principios constitucionales de libertad e igualdad. Por otro lado, que esa facultad u obligación debe tener por objeto la protección de la igualdad ante la ley en el sentido de impedir tratos desiguales injustificados, algo que surge del carácter de *arbitrario* (no razonable) con el que califica la norma el trato desigual que impide, obstruye, restringe, amenaza o menoscaba otros derechos constitucionales.

Estos dos supuestos que subyacen a la Ley 23.592 podrían hacernos presumir un argumento justificatorio tendiente a determinar el alcance de la interferencia

10. Corte Suprema de Justicia de la Nación, G.653-XXXIII, 20 de septiembre de 2000.

estatal –por medio del Congreso– con el ejercicio de la libertad. Es claro que el Congreso tiene la facultad regulatoria de los derechos reconocidos en la Constitución, pero es necesario precisar cuáles son los contornos de esa facultad en general y en el caso concreto que nos ocupa. Por otro lado, también debemos determinar si el tipo de intervención que el principio de igualdad requiere del Estado respecto de las relaciones entre particulares puede fundarse en la exigencia de razonabilidad, sobre todo cuando ella se requiere en el marco del ejercicio de derechos que se definen muchas veces a partir de voluntades fundadas en confianzas, afinidades o sentimientos, como sucede con algunas situaciones relacionadas con los derechos de asociación o de contratar. Por ello, antes de examinar estos dos casos en particular en los que derechos fundados en la libertad personal entran en conflicto con la igualdad de trato –me centraré sólo en lo casos del derecho de asociación y la libertad de contratar– es preciso detenerse en dos cuestiones preliminares. Por un lado, en la justificación constitucional de las interferencias estatales con la autonomía y, por ende, con el ejercicio de los derechos referidos que no son más que manifestaciones del ejercicio de esa autonomía. Por otra parte, es necesario ofrecer un argumento convincente respecto del tipo y alcance de las obligaciones impuestas al Estado derivadas del mandato constitucional que éste debe seguir al tiempo que debe respetar los derechos establecidos en la Carta Magna, especialmente frente a amenazas provenientes de personas particulares.

Límites legítimos a la autonomía imponibles por el Estado

Desde los primeros días como estudiantes en la Facultad de Derecho, los futuros abogados y abogadas aprendemos que los derechos no son absolutos, en el sentido de que la protección constitucional de esos derechos no es contradictoria, sino todo lo contrario, con las regulaciones que el Estado imponga para su ejercicio. Probablemente el centro de nuestro estudio y formación profesional consiste en desarrollar la capacidad o la habilidad necesaria para establecer la ubicación de la borrosa línea que separa las regulaciones constitucionales de las que no lo son en casos concretos. Sin embargo, de una cosa estamos seguros y ella es que ningún derecho está exento del establecimiento de límites por parte del Estado. Así como los contornos de la forma crean la figura –la circunferencia, por ejemplo, define al círculo–, el alcance de un derecho lo define y genera su identidad.

La Constitución Nacional establece, sobre todo en los primeros 33 artículos, al menos en su versión original de 1853, pero también en muchos otros incorporados por la reforma de 1994, una serie de derechos a los que les da protección. Muchos de ellos se asocian con el ejercicio de la libertad o de la autonomía personal, que implica el reconocimiento de una esfera de decisión exenta de interferencias es-

tatales (injustificadas). Una parte importante de la doctrina[11] y de la jurisprudencia[12] entiende que la protección de la autonomía personal encuentra su manifestación de derecho positivo en el artículo 19 de la Constitución Nacional, en tanto que esta cláusula protege a la persona de la eventual interferencia de la autoridad pública con sus acciones privadas siempre que ellas no afecten a terceros. Por otra parte, este principio universal de autonomía personal se manifiesta de muchas maneras a lo largo de la Constitución, por ejemplo, cuando ésta protege el ejercicio de derechos tales como el de expresarse, asociarse, contratar, ejercer el comercio, enseñar o aprender, entre muchos otros.[13] El Estado tiene la facultad de regular los derechos constitucionales de modo que su ejercicio por una persona no conduzca a la afectación de esos mismos derechos en cabeza de un tercero, de modo de lograr que *todos* los individuos puedan ejercer *todos* los derechos sin que los planes de vida de unos atenten contra los planes de vida de otros utilizándonos mutuamente como medios para nuestros fines en detrimento de la autonomía personal. Esta tarea regulatoria que emprende el Estado está autorizada por el artículo 14 de la Constitución al establecer que los derechos se ejercerán "según las leyes que reglamenten su ejercicio" y, al emprenderla, aquél debe observar los límites que la propia Constitución le impone a través del artículo 19 y de las restricciones estipuladas en los artículos 14, 28 y 99.2. Estas cláusulas les indican a los Poderes Legislativo y Ejecutivo cuál es el alcance de su facultad regulatoria de los derechos constitucionales.[14] De este modo, además del citado artículo 14, el 28 prescribe que "los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio", y el 99.2 establece que el Presidente de la Nación tiene la atribución de expedir "las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación, cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias".

El sistema de reglas que componen estos artículos establece la supremacía de la Constitución respecto de las leyes sancionadas por el Congreso y de los decretos emitidos por el Poder Ejecutivo, pero el artículo que prescribe el alcance sustantivo que debe tener la regulación de los derechos emanada del gobierno democrático se encuentra en el mismo artículo 19. Si aceptamos que esta cláusula expresa la protección de la autonomía de la persona para diseñar su propio plan de vida, entonces es preciso admitir que esa protección, al estar fundada en un principio, debe ser de carácter universal. En otras palabras, todos tenemos derecho a ejercer nuestra autonomía y ello implica, en lo que podría aparentar ser una paradoja –pero que

11. Ver, por ejemplo, NINO, Carlos S., *Etica y Derechos Humanos*, Buenos Aires, Astrea, 1989.

12. Ver *supra* notas 3 y 4.

13. Artículo 14 de la Constitución Nacional.

14. Artículos 14, 28 y 99.2 de la Constitución Nacional.

no lo es–, que el Estado está justificado a imponerle límites con el objeto de que el ejercicio de la autonomía de unos no redunde en lesiones a la autonomía de otros. La necesidad de coherencia desprendida de la universalidad del principio y de su aplicación es lo que disuelve la aparente paradoja. Este argumento no es más que la manifestación del principio del daño introducido por John Stuart Mill[15] y que el artículo 19 expresa cuando previene acerca de la posibilidad de que el Estado imponga límites justificados a las "acciones privadas" o a la autonomía en aquellos casos en los que esas acciones produzcan un daño a terceros.

Por otro lado, el Estado está vedado de interferir con la autonomía personal de un individuo con el fin de que éste escoja un plan de vida ideal que la autoridad pública considera "mejor" o "superior" a otros, dado que ello sería la más flagrante afectación de la autonomía. Estas interferencias o regulaciones prohibidas son las que Carlos Nino llamaba *perfeccionistas.*[16] Las regulaciones o interferencias permitidas, además de las tendientes a evitar daños a la autonomía de terceros, son aquellas que buscan preservar la autonomía de la persona frente a amenazas que podrían provenir del propio individuo por decisiones que éste tomara o pudiere tomar sin contar con la debida y necesaria información (la persona desconoce las consecuencias del acto que se propone realizar) o que tome en situaciones de debilidad de voluntad (el individuo no está en control de su propio albedrío por encontrarse, por ejemplo, bajo hipnosis o los efectos de una droga). Estas interferencias se denominan *paternalistas.*[17] Si bien es cierto que a veces resulta difícil establecer con precisión la diferencia entre una interferencia perfeccionista y una paternalista –a veces la diferencia no radica en la interferencia en sí, sino en su justificación–, el derecho está plagado de interferencias paternalistas que toleramos sobre la base de que, a pesar de impedir el libre ejercicio de nuestra autonomía –viciada por la falta de información o de voluntad–, en verdad la están protegiendo. Los ejemplos que se dan recurrentemente en la literatura corresponden al uso obligatorio del cinturón de seguridad en un automóvil, del casco para conducir una motocicleta o cualquier medida que tenga por objeto *coordinar* planes de vida, como puede ser la prohibición de cruzar un semáforo con luz roja en la intersección de dos calles.

En síntesis, la libertad es un valor central de nuestra democracia constitucional, pero eso no implica que no exista la posibilidad, o incluso la obligación por parte del Estado, de establecer límites al ejercicio de nuestros derechos a través de su regulación razonable.

15. MILL, John Stuart, *Sobre la Libertad*, Alianza Editorial, Buenos Aires, 1993, Capítulo 3.

16. Ver NINO, Carlos S., *Ética y Derechos Humanos*, Buenos Aires, Astrea, 1989, pp. 205-211 y pp. 413-478. También ver caso *Bazterrica*, *supra* nota 3.

17. *Ibidem*.

Obligaciones Constitucionales Negativas y Positivas[18]

El establecimiento de derechos en la Constitución implica el reconocimiento de la existencia de responsabilidades estatales necesarias para asegurar su ejercicio y respeto. La naturaleza y alcance de esas responsabilidades dependerá, a su vez, del significado que le demos a la noción de "tener derecho a".

Una democracia constitucional es un régimen político que combina dos elementos. Por un lado, el componente de autogobierno del pueblo. Debido a la dimensión de la comunidad autogobernada moderna y a la necesaria protección de un ámbito amplio de autonomía que se le debe dejar a la persona para que desarrolle su plan de vida,[19] el ejercicio de esa autodeterminación colectiva se logra, en la mayoría de los casos, por medio de representantes. Además, como consecuencia de una imposibilidad fáctica –o por la falta de razones que así lo justifiquen desde el punto de vista de la teoría democrática– no se exige el consenso absoluto para cada decisión de autogobierno. Por ello, entendemos que la mejor manera de identificar el contenido de la voluntad del pueblo es por medio de la aplicación de la regla de mayoría a las decisiones que tomen los representantes de ese pueblo luego de un proceso deliberativo del que debe participar este último. Por su parte, es preciso asumir que esas decisiones pueden ser revisadas y modificadas por el pueblo siguiendo el mismo procedimiento, por lo que ninguna mayoría coyuntural puede cerrar el proceso deliberativo para siempre, sobre todo para las futuras generaciones de autogobernados.

El segundo elemento de este régimen político se vincula con el establecimiento de un límite –al que llamamos constitucional– que se impone a las decisiones democráticas del pueblo tomadas de acuerdo con lo que identifiqué como primer componente del sistema. El pueblo es soberano, pero sólo en la medida que no desconozca el límite establecido en la Constitución al ejercicio de su poder de autodeterminación colectiva. En este sentido, entendemos que los derechos constitucionales operan como límite a la voluntad popular –que en verdad es la voluntad (constitucional) de la mayoría luego de un proceso deliberativo– impidiendo que ella lo contradiga o vulnere con sus decisiones de gobierno.

18. La idea de esta sección fue esbozada en SABA, Roberto P., "La Constitución como Límite (Positivo y Negativo): El Caso de la Igualdad ante la Ley", en GARGARELLA, Roberto (comp.), *La Constitución 2020*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2011.

19. En el sentido de que si requerimos una participación de la ciudadanía en los asuntos públicos en un nivel de demanda tan alto que se le haga imposible a las personas desarrollar su plan de vida "privado", estaríamos frente a una interferencia perfeccionista incompatible con la autonomía personal. Ver NINO, Carlos, *La constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, 1997, Capítulo 4.

Esta concepción de la Constitución como límite a la voluntad democrática del pueblo, así como la idea de que los derechos previstos en ella operan como cartas de triunfo frente a la soberanía popular de índole gubernamental,[20] ha llevado a muchos a pensar que la Constitución y la noción de "tener derecho a" implican el reconocimiento de la existencia excluyente de obligaciones estatales *negativas*, es decir, que esas cartas de triunfo sólo servirían para derrotar al Estado –corporizado en el pueblo autogobernado– cuando sus *acciones* violaran derechos. Por ejemplo, la acción de torturar a una persona o la de prohibir la publicación de un libro, serían claras violaciones a los derechos civiles de las personas, pues ellas conducen a la imposibilidad de ejercer sus derechos. Detener la sesión de tortura o levantar la censura, son ceses de acciones estatales que conducen al inmediato reestablecimiento de los derechos afectados. Esa concepción del Estado como un enemigo que actúa interfiriendo con el ejercicio de los derechos constitucionales hace presumir a algunos que sólo por medio del *no-hacer* estatal la vigencia y el ejercicio de los derechos vulnerados son reestablecidos.[21] Detrás de esta visión del Estado como enemigo de la libertad, se encuentra una concepción de la idea de límite como *límite negativo*, que algunos identificarán con una filosofía política conservadora que requiere de un Estado pequeño y pasivo, inconsistente con las demandas de justicia –o de igualdad– defendidas desde una filosofía política progresista o liberal igualitaria.[22] Por ello, la mismísima idea de la Constitución como límite resulta a veces resistida por demócratas radicales o por partidarios de un Estado más activo, pero esa resistencia se funda en una idea de límite muy particular que considero incorrecta por ser parcial.

No hay nada en la teoría política que subyace a la justificación de un régimen de democracia constitucional que nos obligue a concebir a la Constitución y a los derechos en ella establecidos, como límites exclusivamente negativos oponibles al ejercicio democrático del autogobierno. Es cierto que las ideas liberales clásicas que rodearon a la sanción de la Constitución de 1853 concebían a la libertad como negativa y veían en el Estado un instrumento de las mayorías constituido en amenaza al ejercicio de las libertades civiles. Sin embargo, esta identificación de la libertad con la necesidad de establecer una esfera de protección *contra* el Estado es inconsistente con la idea de la Constitución como límite o, al menos, con una idea de límite que, lejos de referirse a un límite a la acción estatal, está asociada a la noción de límite

20. DWORKIN, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge, 1977, Capítulo 4.

21. Esta idea de la Constitución y de los derechos como límite negativo se corresponde con la de libertad negativa presentada por Isaiah Berlin en su ensayo "Dos conceptos de libertad", publicado en BERLIN, Isaiah, *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Alianza, Universidad, Madrid, 1988, pp. 187-243.

22. Ver NINO, *supra* nota 1.

a la voluntad democrática (mayoritaria) del pueblo o de sus representantes, que es algo muy diferente. Mientras el límite a la acción estatal conduce a una concepción de Estado mínimo y pasivo, el límite concebido como restricción a la libre decisión de la mayoría (del pueblo o de sus representantes) ofrece la opción de imponerle justificadamente a ella la obligación de tomar decisiones tendientes a provocar la *acción estatal*, como sucede, por ejemplo, con las políticas públicas requeridas para posibilitar el ejercicio de los derechos sociales,[23] pero no únicamente con ellos. La concepción de la Constitución como límite a la voluntad democrática no implica necesariamente la emergencia de un veto a la acción estatal, sino de la limitación de la libertad absoluta del colectivo para decidir democráticamente las políticas públicas, de modo que el límite opera tanto sobre la *acción* como sobre la *inacción* estatal cuando cualquiera de ellas redundara en la imposibilidad de ejercer un derecho o en su violación. En este punto, se hace necesario aclarar qué entendemos por "límite" cuando decimos que la Constitución es un límite a la democracia.

Como muchos de nuestros desacuerdos normativos, la raíz de la controversia acerca del alcance de nuestras libertades y de las consiguientes responsabilidades estatales encuentra su origen en la ambigüedad de la noción de lo que entendemos por límite. Dos concepciones diferentes –y posiblemente contradictorias– acerca de lo que significa establecer un límite al Estado –o a la voluntad democrática del pueblo– generan confusión, no sólo acerca de lo que el Estado debe hacer o dejar de hacer cuando se trata de asegurar derechos. El desacuerdo sobre la noción de límite, sobre lo que se limita con ese límite, expone un desacuerdo acerca de lo que consideramos que una constitución *es* o *debe ser.* Cuando afirmamos que la constitución es un límite a la democracia no estamos diciendo que la primera opera como límite a la acción estatal –en el sentido de que se demanda la inacción del Estado–, sino que nos referimos a una noción de límite diferente: una que lo asocia con la idea misma de constitución. Una idea de constitución que tanto conservadores como progresistas podrían compartir por las razones que esgrimo a continuación.

La pregunta acerca de lo que una constitución *es* ha ocupado y preocupado a constitucionalistas y políticos desde hace al menos cuatrocientos años. Sin embargo, hay un rasgo que la define y, por ello, le es esencial: su supremacía respecto de las decisiones de gobierno. El carácter supremo de la constitución marca la relación que existe entre ella –o, lo que para algunos es lo mismo, las decisiones constitucionales del pueblo–[24] y las decisiones que toma el gobierno, la mayoría de las veces, a

23. Ver ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Chirstian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Editorial Trotta, Madrid, 2002, principalmente los Capítulos 1 y 2.

24. La identificación de la Constitución con las decisiones constitucionales del pueblo podrían lleva a entender que la Constitución no se limita al texto constitucional, sino que ella también se encuentra expresada en decisiones legislativas decididas en lo que Bruce Ackerman llama

través de sus órganos legislativo y ejecutivo, en representación del pueblo, de acuerdo al mandato que éste le otorgó a sus representantes por medio de la misma constitución. El rasgo que se desprende de esa relación y que define la concepción misma de lo que una constitución es, es el de supremacía constitucional. En línea con el razonamiento de Marshall en el caso *Marbury v. Madison,*[25] y que se refleja en nuestra propia jurisprudencia en el caso *Sojo,*[26] la constitución es suprema respecto del resto de las normas emanadas del gobierno democrático en el sentido de que, si no lo fuera, cualquier ley emanada del gobierno y que la contradijera estaría, por lo tanto, modificándola, lo cual acabaría con la existencia de la propia constitución *qua* constitución. La noción misma constitución está definida por la idea de supremacía de las decisiones constitucionales por sobre las decisiones gubernamentales, concepción política que Bruce Ackerman define como *dualismo*.[27] Si cualquier ley del Congreso –en otras palabras, cualquier decisión del pueblo ejerciendo el autogobierno en una democracia constitucional– pudiera imponerse sobre el mandato de la constitución, entonces esta última se tornaría superflua e irrelevante. El hecho o la decisión de contar con una constitución escrita y con un procedimiento especial y exigente en términos de deliberación y consensos acumulados para lograr su reforma, indica que la voluntad de la comunidad política que adoptó para su gobierno un régimen democrático-constitucional es contraria a la superfluidad e irrelevancia del mandato constitucional. En este sentido, la idea misma de constitución se corresponde con la concepción de supremacía constitucional, que a su vez se funda en la creencia de que en una democracia constitucional existen dos niveles de decisión política: uno constitucional y otro legislativo (en sentido amplio) o de gobierno, estando este segundo nivel sujeto, para lograr su validez, a su compatibilidad con el primero. Las decisiones constitucionales, por lo tanto, limitan la voluntad legislativa en el sentido de que esas decisiones democráticas deben estar sujetas a los mandatos establecidos por las decisiones constitucionales.

Nada indica de lo hasta aquí expuesto que las decisiones constitucionales que *limitan* la voluntad democrática del pueblo deban ser *sólo* decisiones acerca de lo que el Estado *no debe hacer*. Es perfectamente compatible con la idea de constitución que acabo de defender, así como también con su inherente concepción de supremacía constitucional, que las decisiones constitucionales que condicionan y limitan al Estado –o al gobierno democrático–, sean no sólo decisiones acerca de lo que éste *debe abstenerse de hacer* –límite negativo–, sino que también pueden re-

---

"momentos constitucionales". Ver ACKERMAN, Bruce, *We the People*, Harvard University Press, Cambridge, 1991, Parte II.

25. 5 U.S. 137 (1803).

26. CJSN, *Fallos,* 32:120.

27. Ver Ackerman, *supra* nota 24.

ferirse a lo que el Estado *debe hacer*, en cuyo caso estamos ante un límite positivo. Debemos entonces descartar la idea de límite que conduce a concebir a la constitución exclusivamente como límite negativo –en el sentido de imponer restricciones a la acción estatal– y rescatar una idea de constitución como límite negativo *y* positivo, dependiendo del tipo de decisiones constitucionales que el pueblo ha tomado al sancionar la Carta Magna cuando la interpretamos en el presente.

Obligaciones constitucionales del Estado y el principio de igualdad

Si bien no lo hace en forma expresa, al menos en la versión sancionada en 1853, nuestra Constitución establece que tenemos derecho a la vida.[28] Podemos entender que este derecho es precondición de todos los demás derechos que explícitamente emergen en la Carta Magna. Es más, el derecho a diseñar nuestro propio plan de vida, que vimos surge a partir de lo establecido por el artículo 19, supone que tenemos derecho a que no nos quiten la vida, dado que sin ella no hay plan posible. Es claro que al proteger constitucionalmente nuestra vida, el Estado tiene la obligación de no interferir con su desarrollo, por ejemplo, enviando a un agente que actúe bajo su órbita a asesinarnos. Pero es pertinente preguntarnos si esta obligación *negativa* del Estado de no quitarnos la vida no se encuentra acompañada de una obligación constitucional *positiva* de tomar medidas tendientes a evitar que un tercero nos quite la vida. Los derechos constitucionales, ¿son sólo oponibles al Estado en el sentido de que sólo nos protegen frente a violaciones estatales, o son derechos que tenemos frente al Estado pero también frente a los otros particulares? Incluso cuando entendamos que los mandatos constitucionales referidos a la protección de los derechos activan obligaciones del Estado de no violarlos ¿no implica ello también que se encuentra justificada la exigencia de que éste arbitre los mecanismos necesarios para que otras personas no los afecten? Si el Estado no tomara ninguna decisión que implique que alguno de sus agentes afecte nuestra vida, pero si tampoco tomara medida alguna para evitar que un tercero atente contra ella, ¿estaría cumpliendo con su obligación de respetar y proteger nuestro derecho a la vida? Las normas del Código Penal que prohíben y sancionan a aquellas personas que atenten o terminen con la vida de un tercero, la implementación de políticas de seguridad tendientes a evitar estas situaciones, la creación de agencias de seguridad, policía y tribunales que intentan evitar que las personas acabemos con las vidas de nuestros

28. La asignación de jerarquía constitucional a los tratados internacionales de derechos humanos incluidos en el texto del artículo 75.22 luego de la reforma constitucional de 1994, permitiría decir que, a partir de esa fecha, el derecho a la vida tiene un reconocimiento explícito, por ejemplo, a través del artículo 4to de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

semejantes, son todas medidas estatales, en principio, exigidas constitucionalmente como corolario de la obligación estatal de respetar el derecho a la vida. Creo que es evidente que el Estado no tiene una *opción* de llevar a cabo o no estas medidas y políticas, pues ellas son una exigencia constitucional asociada a su obligación de respetar el derecho a la vida.[29] El Estado tiene, entonces, obligaciones negativas y positivas derivadas de la constitución tendientes a asegurar a todas las personas su derecho a la vida.

Algo similar podría sostenerse respecto de muchos otros derechos, sino de todos, como por ejemplo el de la igualdad ante la ley establecido en el artículo 16 de la constitución. Pero antes de pasar al caso específico de las obligaciones estatales surgidas a partir del derecho a la igualdad de trato, me referiré a las restricciones a algunas libertades que tienen por objeto proteger otros derechos. Tomemos como ejemplo las restricciones que el Estado impone sobre los derechos de asociación o de contratar libremente, y que parecen aceptarse sin mayores críticas. El derecho de asociación, por ejemplo, tiene restricciones impuestas por el Estado vinculadas a una evaluación de los fines de la asociación de que se trate. El Código Penal establece, en este sentido, que hay algunas asociaciones que estarán no sólo prohibidas, sino que incluso aquellos que las conformen o formen parte de ellas incurrirán en un delito.[30] Además, el Estado se reserva un trato especial para aquellas asociaciones que persigan objetivos de interés público, a las cuales inscribe en la Inspección General de Justicia y les reconoce el goce a partir de esa inscripción de algunos tratos privilegiados justificados.[31] Lo mismo sucede con el derecho a contratar libremente. El Código Civil establece que los contratos con objetos ilícitos están prohibidos.[32] Además, existen numerosas normas de orden público que limitan la libertad de contratar, como por ejemplo las surgidas a partir de la legislación laboral protectoria de los derechos del trabajador.

La cuestión que me interesa explorar en este ensayo es la que se refiere a si el derecho de igualdad ante la ley exige acciones positivas por parte del Estado a fin de evitar que personas particulares en (un supuesto) ejercicio de su libertad individual y de su autonomía afecten el derecho de igualdad ante la ley. Muy brevemente –pues desarrollaré el punto en las siguientes secciones–, de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia nacional y comparada, existen dos tipos de interferencias estatales posibles a fin de asegurar la igualdad ante la ley. El primero se relaciona con un juicio que podríamos llamar de legitimidad de fines y de razonabilidad o funcionalidad

29. Con esto no quiero decir que éstas sean las medidas correctas o que mejor logren los resultados buscados.

30. Ver más adelante notas 39 y 40.

31. *Ibidem.*

32. *Ibidem.*

de medios. El segundo se refiere a la necesidad de impedir o desmantelar situaciones de desigualdad estructural. En el parágrafo siguiente me explayaré sobre ambos tipos de interferencias y sus vínculos con dos concepciones de igualdad diferentes entre sí y, a veces, en profunda tensión. Luego analizaré en detalle dos casos en los que entran en severo conflicto dos derechos asociados con el ejercicio de la libertad individual –el de asociarse y el de contratar libremente– y el principio constitucional de igualdad ante la ley.

Igualdad como no discriminación e igualdad como no sometimiento

Antes de explorar el modo en que podría superarse o resolverse la tensión que parece existir entre el ejercicio de los derechos a asociarse y de contratar, por un lado, y el derecho a ser tratado igual, por el otro, es preciso determinar qué es lo que el principio de igualdad constitucional exige.

La igualdad de trato expresada en la Constitución Nacional en su artículo 16, debe ser interpretada para poder determinar su alcance. Ese proceso de asignación de significado a la norma requiere de la identificación del contenido del principio de igualdad para poder ser llevado a cabo.[33] En este sentido, si el principio de igualdad puede ser entendido de dos modos diferentes: como no-discriminación o como no-sometimiento, entonces la aplicación de una u otra concepción de ese principio afectará el significado que se terminará asignando a la cláusula constitucional que protege la igualdad ante la ley, arrojando, en uno u otro caso, diferentes consecuencias respecto de las obligaciones estatales y de sus alcances.[34]

El principio de igualdad como no-discriminación exige que las personas sean tratadas de un modo diferente sólo cuando ese trato se encuentra justificado en la aplicación de un criterio razonable, es decir, que guarda una relación de funcionalidad con el objeto legítimo de la decisión o práctica que motivó el trato diferente. En el caso del Estado y su obligación de trato igual, por ejemplo, la Corte Suprema ha dicho en el caso *Arenzon,*[35] refiriéndose a la obligación del Estado de respetar el derecho a la igualdad de trato, que el objetivo de proveer a los alumnos de escuelas públicas de nivel secundario con una buena educación sólo justificaba distinguir buenos de malos docentes para contratar sólo a los primeros. La Corte Suprema sostuvo que el establecimiento de una estatura mínima para poder ser elegible para

33. FISS, Owen, "Grupos y la cláusula de la igual protección", en GARGARELLA, Roberto (comp.), *Derecho y grupos desaventajados,* Gedisa, Barcelona, 1999, pp. 137-167, versión original: "Groups and the Equal Protection Clause", en *Philosophy and Public Affairs*, Volumen 5, p. 107, 1976.

34. Saba, *supra* nota 6.

35. *Supra* nota 8.

el cargo no se correspondía con un criterio razonable dado que éste no guardaba la requerida relación de funcionalidad con el fin de la regulación: la estatura del docente no indicaba nada acerca de sus cualidades pedagógicas, que son las únicas relevantes y, por lo tanto, razonables para establecer diferencias entre candidatos a esa posición. El principio de igualdad como no-discriminación está estrechamente relacionado con el estándar de razonabilidad, requiriendo dos evaluaciones para determinar si la regulación viola el principio: en primer lugar, una evaluación sobre la legitimidad del fin buscado con el establecimiento de requisitos para justificar el trato diferente y, en segundo término, la determinación de la relación de funcionalidad (o de razonabilidad) entre el criterio escogido para hacer diferencias y ese fin legítimo. Si el fin fuera ilegítimo (excluir a las mujeres de la enseñanza pública), entonces el criterio (las mujeres no serán contratadas como docentes), aunque funcional a ese fin, sería inaceptable.

Por razones que desarrollé en otro trabajo,[36] en algunas situaciones muy particulares este principio de igualdad como no-discriminación, que funciona en la mayoría de los casos, puede arrojar resultados contraintuitivos derivados del desconocimiento del contexto social en el que se aplica el estándar de razonabilidad. Por ejemplo, si para contratar músicos para desempeñarse en la orquesta municipal, se aplicara un criterio razonable, tal como el de contratar sólo a quienes sean capaces de ejecutar con destreza un instrumento musical, pero se desconoce el hecho de que los afrodescendientes o las mujeres han tenido impedido por décadas, de hecho o de derecho, el acceso a las instituciones de excelencia donde se capacita a las nuevas generaciones de músicos, el criterio razonable no hace más que perpetuar la exclusión de esos grupos de personas de las orquestas municipales, provocando una práctica que está lejos de ser percibida como respetuosa de la igualdad de trato ante la ley.[37]

El segundo principio, el de igualdad como no-sometimiento, sin desconocer la relevancia del estándar de razonabilidad para justificar el trato diferente, es sensible a las condiciones de hecho en las que opera, e incorpora el dato del contexto social en su comprensión de lo que la norma demanda. Según el principio de igualdad como no-sometimiento resulta inadmisible que se constituyan en una sociedad grupos o castas cuyos miembros gozan, de hecho o de derecho, de menos derechos que el resto de las personas, o que sufren su afectación por el *hecho* de pertenecer a esos grupos. Esta concepción de la igualdad –o de la desigualdad, a veces llamada estructural–, demanda del Estado la obligación de desmantelar esas situaciones de exclusión o de sometimiento, al punto de generar incluso el permiso –o la obligación– de realizar distinciones fundadas en criterios que no son funcionales a los fi-

36. Saba, *supra* nota 6.

37. *Ibidem.*

nes estrictos de la regulación, dando lugar a lo que se denominan acciones afirmativas. Estas acciones afirmativas resultan así incompatibles con la noción de igualdad como no-discriminación mientras que son requeridas por la idea de igualdad como no-sometimiento.[38]

La mayoría de los casos de igualdad de trato ante la ley debatidos por la Corte Suprema de Argentina se refieren a la posibilidad de limitar las facultades o decisiones del Estado –por ejemplo, de contratar personal– a fin de no contradecir su compromiso con el principio de igualdad, sea éste entendido como no-discriminación o como no-sometimiento. Sin embargo, este tipo particular de casos es muy diferente de aquél que se refiere a la posibilidad de justificar un límite similar a la libertad de contratar o de asociarse que se da entre personas particulares. Vale la pena resaltar, que, salvo algunos casos referidos a la aplicación de la ley laboral y que analizaré más adelante en este ensayo, no han llegado a la Corte Suprema casos en los que se someta a debate la aplicación del principio constitucional de igualdad de trato a relaciones entre particulares. La diferencia fundamental entre los casos de igualdad que involucran al Estado y aquellos que se refiere a relaciones entre particulares radica en que mientras el primero no contrata ni se asocia en virtud del ejercicio de un derecho, pues el Estado no es un sujeto con derechos, los particulares sí lo hacen sobre la base de que gozan de los derechos a contratar o a asociarse libremente. Por este motivo, resulta relativamente sencillo justificar la imposición de límites a las *facultades* del Estado con miras a proteger el derecho a ser tratado igual, a partir, por ejemplo, de sus obligaciones negativas en el sentido aludido en la sección anterior, mientras que se agrega un factor de mayor complejidad cuando la tensión no se da entre esas *facultades* y el derecho a la igualdad de trato, sino entre otros *derechos*, como el de contratar o el de asociarse, y el *derecho* a la igualdad de trato. Más adelante, en este artículo, analizaré posibles soluciones a este dilema que han sido desarrolladas por la legislación y por la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, que considero relevantes para este debate y cuyo aporte en materia de interpretación constitucional local ha sido ampliamente reconocido por nuestra doctrina y por nuestros jueces. Como dije más arriba, en el caso de nuestro país no hay prácticamente jurisprudencia que haya analizado este tipo de situaciones.[39]

A continuación me detendré a examinar con más detalle el modo en que los derechos a asociarse y a contratar deberían ser definidos a fin de que operen de

38. SABA, Roberto P., "Igualdad, clases y clasificaciones: ¿Qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas?, en GARGARELLA, Roberto, *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, Tomo II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, pp. 695-742.

39. La mayoría de las excepciones a este déficit jurisprudencial y doctrinario se ha dado en el campo del derecho laboral y en el caso específico del despido arbitrario, caso que analizaré más adelante en este ensayo.

modo compatible con el principio constitucional de igualdad ante la ley. Ya hemos aclarado algunos puntos referidos a cómo el principio de igualdad establecido en el artículo 16 de la Constitución genera obligaciones al Estado no sólo para que sus funcionarios lo tengan en cuenta al momento de tomar decisiones o diseñar políticas públicas previniendo que ellos mismos lo pongan en riesgo en forma directa, sino también aquellas que los compelen a evitar que personas particulares afecten el derecho a ser tratado igual. Por su parte, también incorporamos el dato de que el límite constitucional que expresa el reconocimiento y debido respeto de los derechos que opera sobre el ejercicio del autogobierno no sólo genera obligaciones negativas, sino obligaciones positivas en cabeza del Estado. Finalmente, distinguimos dos concepciones de igualdad que, si bien pueden entrar en conflicto entre sí, se encuentran por debajo de las provisiones constitucionales referidas a la igualdad ante la ley. Ahora veremos cómo este aparato conceptual nos brinda herramientas para resolver los conflictos que surgen del ejercicio de derechos fundados en el goce de la autonomía, como por ejemplo los de asociarse y de contratar, y el requerido respeto de la igualdad ante la ley, ello sin anular ninguno de los extremos de la ecuación, ni la autonomía ni la igualdad, en el proceso de resolución de este balance de principios. Si bien la tensión entre estos dos polos es común a los casos que observaré en las secciones que siguen, cada uno de ellos debe ser examinado en forma independiente dado que tienen particularidades que los hacen diferentes en un sentido relevante.

El derecho a asociarse libremente y la igualdad ante la ley

La Constitución Nacional reconoce en su artículo 14 el derecho de toda persona a "asociarse libremente con fines útiles". Vale aclarar que este derecho no requiere para su ejercicio de ninguna aprobación formal por parte del Estado, a menos que se deseen obtener algunos beneficios que en nuestro país se derivan, por ejemplo, del reconocimiento oficial de acuerdo con lo establecido por el artículo 33 del Código Civil[40] y las reglamentaciones administrativas de cada provincia y de la Ciudad de Buenos Aires. La referencia amplia que hace la Constitución a la condición de que se persigan fines útiles podría estar dirigida a conceder al Estado la facultad de prohibir asociaciones conformadas para perseguir, por ejemplo, un fin

40. Artículo 33 del Código Civil: "Las personas jurídicas pueden ser de carácter público o privado. Tienen carácter público: 1ro. El Estado Nacional, las Provincias y los Municipios; 2do. Las entidades autárquicas; 3ro. La Iglesia Católica; Tienen carácter privado: 1ro. Las asociaciones y las fundaciones que tengan por principal objeto el bien común, posean patrimonio propio, sean capaces por sus estatutos de adquirir bienes, no subsistan exclusivamente de asignaciones del Estado, y obtengan autorización para funcionar; 2do. Las sociedades civiles y comerciales o entidades que conforme a la ley tengan capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, aunque no requieran autorización expresa del Estado para funcionar".

ilícito, como por ejemplo cometer un delito.[41] El derecho a asociarse, como sucede con cualquier otro derecho, puede ser regulado por el Estado dentro de los límites impuestos por la Constitución en los artículos 14, 28 y 99.2, tal como sostuve al comienzo de este ensayo. La mayoría de los pocos casos sobre los que la Corte Suprema se ha pronunciado en referencia al alcance del derecho de asociación se refiere a la potestad estatal de otorgar reconocimiento oficial a una asociación, tal como sucedió en los casos *Comunidad Homosexual Argentina*[42] o *ALITT*[43]. Sin embargo, el tipo de suceso al que deseo referirme en este trabajo es diferente a aquél que fue materia de decisión en esos casos y se relaciona con situaciones en las que personas particulares que comparten el objetivo de asociarse entre sí niegan a un individuo o grupo de individuos la posibilidad de sumarse a esa asociación sobre la base de criterios que analizaré seguidamente pero que podrían estar en conflicto con la igualdad ante la ley. Visto desde otra perspectiva, me refiero a aquellos casos en los que una persona o varias se *niegan* a asociarse con un tercero, entendiendo que el derecho de asociación no sólo los habilita a asociarse con quienes desean hacerlo, sino que también implica el reconocimiento del derecho a asociarse *sólo* con quien desean hacerlo. La cuestión a resolver se refiere a la determinación del alcance de la protección constitucional de esa negativa frente a la posible facultad del Estado de interferir con ella en virtud de su poder regulatorio surgido a partir de su obligación de protección de otros derechos, como por ejemplo el de la igualdad ante la ley.

Los ejemplos de este tipo de situaciones abundan en nuestro país, aunque, sin embargo, pocas veces se hacen explícitas las verdaderas razones por las cuales se impide la inclusión del postulante, además de que en prácticamente ninguna

41. Artículo 210 del Código Penal: "Será reprimido con prisión o reclusión de tres a diez años, el que tomare parte en una asociación o banda de tres o más personas destinada a cometer delitos por el solo hecho de ser miembro de la asociación. Para los jefes u organizadores de la asociación el mínimo de la pena será de cinco años de prisión o reclusión". Texto originario conforme a la ley 20509, con la modificación dispuesta por la ley 20642.

Artículo 210 Bis: Se impondrá reclusión o prisión de cinco a veinte años al que tomare parte, cooperare o ayudare a la formación o al mantenimiento de una asociación ilícita destinada a cometer delitos cuando la acción contribuya a poner en peligro la vigencia de la Constitución Nacional, siempre que ella reúna por lo menos dos de las siguientes características: a) estar integrada por diez o más individuos; b) poseer una organización militar o de tipo militar; c) tener estructura celular; d) disponer de armas de guerra o explosivos de gran poder ofensivo; e) operar en más de una de las jurisdicciones políticas del país; f) estar compuesta por uno o más oficiales o suboficiales de las fuerzas armadas o de seguridad; g) tener notorias conexiones con otras organizaciones similares existentes en el país o en el exterior; h) recibir algún apoyo, ayuda o dirección de funcionarios públicos". Este artículo fue incorporado por la ley 23077.

42. *Fallos*, 314:1531 (1991).

43. *Fallos*, 311:2817 (2006).

circunstancia el afectado ha recurrido a los tribunales invocando la violación del derecho a la igualdad de trato. Sólo para ilustrar con algunos ejemplos la clase de caso a la que me refiero, es posible mencionar situaciones tales como aquellas en las que una institución privada, como el Jockey Club Argentino, el Club de Armas o del Club Universitario, todos con sede en la Ciudad de Buenos Aires, creados sobre el modelo de los "clubes de hombres" ingleses, no admiten a un cierto tipo de personas, como las mujeres, entre sus miembros plenos[44] o, cuando las admiten, por ser esposas o hijas de un socio, no les reconocen los mismos derechos y privilegios que a los miembros varones (en el Jockey Club, por ejemplo están autorizadas a ingresar al restaurant del Club pero sólo si se encuentran acompañadas del familiar que es socio); o colegios religiosos que no admiten alumnos que no profesen la misma creencia que la adoptada por la institución; u organizaciones deportivas como la Federación Argentina de Tiro, que no permitía competir a mujeres en los torneos que organizaba;[45] o barrios cerrados que tienen la práctica de no aceptar como propietarios de las viviendas que forman parte de ellos a integrantes de la comunidad judía.[46] Todos estos casos pueden encuadrarse como situaciones en las que un grupo de personas afines (varones, individuos que comparten una creencia religiosa, personas que incluso comulgan con posturas racistas) deciden relacionarse entre sí, y sólo entre sí, y no admitir en la asociación a personas que no compartan un rasgo común de la personalidad o de la identidad de sus miembros que estos últimos consideran necesario poseer para poder sumarse a la asociación. Todos los casos mencionados, sin embargo, revisten diferencias y matices que exigen ser tenidos en cuenta para poder entender el tipo de conflicto que se genera con el respeto al principio de igualdad ante la ley.

A fin de determinar si el Estado tiene la facultad o la obligación de restringir el ejercicio de la libertad de asociación fundado en el respeto del principio de igualdad, es preciso detenerse en el contenido de esa libertad y los fundamentos de su protección. Un primer argumento para justificar la protección de la decisión de asociarse se vincula, como ya mencionamos, con la protección amplia de la autonomía personal, en el sentido de que toda persona tiene derecho a diseñar su plan de vida con libertad y sin interferencias estatales inconsistentes con el principio de autonomía. El plan de vida de muchas personas tiene que ver, justamente, con

44. Ver Walter Goobar, "Bienvenidos al Siglo XXI", en http://www.waltergoobar.com.ar/frontend/contenido/tema.detalle.php?noticiaId=107

45. Ver caso *Bella*, Cámara Nacional Civil, Sala D, Revista *La Ley*, 1998-B, 626. Ver Laura Zommer, "La mejor, pero no la premiaron por ser mujer", en Diario *La Nación*, 1998, http://www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota_id=88100

46. Ver nota titulada "La discriminación en los *countries*", publicada en el Diario *Perfil*, Suplemento *El Observador* el 3 de abril de 2006.

objetivos colectivos que sólo se logran en asociación con otros individuos. También es posible que la voluntad de asociarse con otras personas afines no persiga otro objetivo que el de compartir un espacio de confort social. Las personas se asocian con otras para practicar una religión, perseguir o militar en una causa política, defender valores que creen correctos, intercambiar información, practicar hobbies o simplemente entretenerse con aquellos con quienes se sienten cómodas. El derecho de asociación, en suma, parece estar vinculado estrechamente con la decisión de seleccionar a aquellas personas con las que deseamos vincularnos y, por ende, la de excluir a otras con las que no deseamos hacerlo. El derecho a no asociarse con quienes no se desea hacerlo parece ser parte esencial del derecho de asociación, al menos en alguna de sus variantes (me referiré a esas variantes más adelante). Si el derecho de asociación estuviera condicionado a la obligación de aceptar como parte del grupo al que uno se asocia a alguien con quien no se está cómodo o alguien con quien no se comparten los fines u objetivos de la asociación, el derecho parecería, en principio, perder su razón de ser. El derecho de asociación parece tener, entonces, un corolario que sería el derecho a no asociarse con quien no se desea hacerlo. En principio, si el Estado impusiera la obligación de asociarse con alguna persona en particular o con algún tipo específico de persona, por ejemplo, una perteneciente a un grupo determinado por su raza, su sexo o su creencia política, ello podría ser interpretado como una obligación contradictoria con el ejercicio del derecho, pues éste, entendido tanto como el derecho a asociarse así como también el derecho a *no hacerlo*, no podría ser ejercido si la asociación con un tercero fuera impuesta por el Estado. Sin embargo, aquello que resulta ser valioso de la decisión y la práctica de asociarse y que redunda en su protección constitucional por medio del derecho de asociación, requiere, sin embargo, de mayor precisión y de la identificación de matices y diferencias entre diversos tipos de asociación.

Las personas se asocian con otras y establecen así lazos que pueden ser más o menos intensos constituyendo una gradación de relaciones que va desde la particular asociación que implican, por ejemplo, el matrimonio, el vínculo con una pareja o la relación con amigos, en un extremo, a la asociación con desconocidos para disfrutar de las ventajas de pertenecer a un club social que provee servicios deportivos, hedonistas o de *camping*, en el otro extremo, pasando por la adhesión a grupos religiosos, políticos o de cualquier otra índole tendientes a divulgar o a abogar por una ideología, una creencia, o una agenda particular. En este sentido, dentro de esta gradación, pueden identificarse distintos tipos de vínculos asociativos, algunos de los cuales fueron precisamente identificados y descripto por el Juez Brennan en el caso *Roberts v. United States Jaycees.*[47] Brennan sostuvo en esa decisión que esos vínculos pueden ser, al menos, de dos clases: vínculos *íntimos* y vínculos *expresi-*

47. 468 US 609.

vos. Los primeros tienen que ver, por ejemplo, con la asociación que se produce entre personas que tienen alguna afinidad personal, como sucede, por ejemplo, con una relación de pareja, con las amistades o con la familia. Los segundos son los que se estructuran en torno al hecho de que los miembros del grupo asociado comparten una visión del mundo, una idea o una creencia, y se asocian entre sí para expresarla, divulgarla o incluso persuadir a otros de sumarse al grupo una vez que acepten que comparten esas ideas o creencias. El ejercicio del derecho de asociación en este segundo sentido es equiparable al ejercicio de la libertad de expresión, de modo que el derecho de asociación se identifica con el derecho a divulgar grupalmente un mensaje.[48] Algunas asociaciones, como por ejemplo los partidos políticos o los grupos religiosos, tienen por objeto expresar y persuadir al público en general que sus ideas, creencias y valores son correctos o mejores que las de otros grupos y, por medio de la diseminación de sus mensajes, lograr convencer al mayor número de personas posible de que se sumen a sus organizaciones. Podemos agregar a esta clasificación, un tercer tipo de vínculo asociativo que se relaciona con el objetivo de gozar de ciertos bienes y servicios. Por ejemplo, al asociarnos a un club deportivo a fin de disfrutar de sus instalaciones, la membresía no parecería estar sujeta al requisito de la afinidad íntima con el resto de los socios o de la coincidencia de creencias o de ideas con los otros miembros de la asociación. Estas asociaciones se constituyen con miras a disfrutar de ciertos servicios y bienes y se caracterizan usualmente por el número elevado de miembros, la inexistencia de requisitos de entrada y por perseguir el mero fin de gozar de bienes y servicios.

El modo en que se define el alcance del ejercicio del derecho de asociación y los límites imponibles a su ejercicio por parte del Estado, dependerán sustancialmente de las motivaciones que conducen a las personas a asociarse entre sí, ya sea que se trate del caso de asociaciones íntimas, o del de las expresivas o de aquellas tendientes a gozar colectivamente de bienes o servicios. Es cierto que los límites que separan a estos tres diferentes tipos de asociaciones pueden ser difusos, pero resulta fundamental examinar en cada caso cuál es la motivación de la asociación a fin de establecer los límites al ejercicio del derecho en función de la necesidad de asegurar el respeto de la igualdad ante la ley. Veamos cada uno de estos casos con más detalle.

Resulta bastante claro que el Estado no puede imponer obligaciones en el ejercicio del derecho de asociación, es decir, negar la posibilidad de asociarse o forzar una asociación, cuando lo que motiva el ejercicio de ese derecho es la existencia de vínculos íntimos. En este sentido se pronunció la Corte Suprema de los Estados Unidos en los casos *Pierce v. Society of Sisters* (1925)[49] y *Meyer v. Nebraska*

48. *Ibidem*.

49. 268 U.S. 510.

(1923).[50] La autoridad pública no puede ordenarnos con quién debemos casarnos o con quiénes podemos reunirnos para jugar a las cartas o ir al cine, incluso cuando la persona o el grupo considere inadmisible relacionarse con personas que no compartan su raza, su creencia, su sexo o su religión, o para ir más lejos, cuando lo que motivó la composición de un grupo de esas características han sido convicciones racistas o sexistas. Que este sea un grupo cuyos valores puedan ser considerados repugnantes y al que muchos no quisiéramos pertenecer, o aunque consideremos sus ideas o creencias aberrantes, ello no justifica la intervención estatal con miras a regular las condiciones de ingreso a la asociación –aunque si estaría justificado prohibir legislativamente ciertos tipos de asociaciones de esta clase, pero ese es un caso diferente al de la admisión de miembros en asociaciones permitidas–. Sería profundamente contrario a la autonomía por ser una interferencia de tipo perfeccionista que el estado impusiera como condición para asociarnos en el caso que lo hagamos en virtud de relaciones íntimas, que lo hagamos con personas con quienes no deseamos hacerlo. La igualdad ante la ley no puede operar como límite al ejercicio de la autonomía en estos casos, pues si ello sucediera estaría negando la propia autonomía personal. El derecho a asociarse, cuando la motivación es una relación íntima, parece dar lugar a un corolario que es el derecho a no asociarse con quien no se desea hacerlo.

Cuando el fin por el que se reúnen las personas para ejercer colectivamente el derecho de asociación es el de divulgar un mensaje, los requisitos de admisión para nuevos integrantes del grupo podrían incluir, según la Corte Suprema de los Estados Unidos, el de compartir o adherir al contenido del mensaje que el grupo desea divulgar. Esta posición, en apariencia bastante lógica, fue puesta en crisis con la decisión de esa Corte en el caso *Boy Scouts of America v. James Dale,*[51] del año 2000, luego en contradicción con lo decidido por el mismo tribunal en 2006 en el caso *Rumsfeld v. Forum for Academic and Institutional Rights (FAIR)*.[52] El problema radica en determinar, por un lado, si el Estado está facultado para escrutar el contenido del mensaje que el grupo comparte y desea divulgar a fin de determinar si el derecho de asociación puede ejercerse, o si el ejercicio del derecho de asociación debe someterse al límite establecido por la igualdad ante la ley. Avanzar sobre el derecho de asociación en casos en los que la asociación gira en torno a la divulgación de un mensaje implica avanzar, quizá legítimamente, sobre el derecho a la libertad de expresión. Por ese motivo, el alcance de la interferencia estatal sobre el derecho de asociación estará en función del nivel de permisividad que el derecho nacional tenga respecto de la libertad de expresión de ciertos contenidos. Por ejemplo, en

50. 262 U.S. 390.

51. 530 U.S. 640 (2000).

52. 547 U.S. 47 (2006).

sociedades como la alemana en las cuales hay expresiones prohibidas, como por ejemplo aquellas que nieguen la existencia del Holocausto, el derecho de asociación resultará limitado en función de esa regulación de la expresión. Sin embargo, en este último caso nos estamos refiriendo a la posibilidad de ejercer el derecho de asociación en esos casos extremos, pero no a los límites estatales imponibles a las reglas que el grupo impone como requisitos de entrada al grupo de socios.

En nuestro país, por ejemplo, a partir de la sanción de la Ley Antidiscriminatoria, que lleva el Número 23.592, según su artículo tercero, se establece que "serán reprimidos con prisión de un mes a tres años los que participaren en una organización o realizaren propaganda basados en ideas o teorías de superioridad de una raza o de un grupo de personas de determinada religión, origen étnico o color, que tengan por objeto la justificación o promoción de la discriminación racial o religiosa en cualquier forma. En igual pena incurrirán quienes por cualquier medio alentaren o iniciaren a la persecución o el odio contra una persona o grupos de personas a causa de su raza, religión, nacionalidad o ideas políticas". Este artículo está en línea con la restricción que impone el artículo 13, inciso 5, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que establece que "estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional". Esta norma de derecho internacional adquirió jerarquía constitucional a partir de la sanción de la reforma constitucional de 1994 a través de la incorporación del artículo 75.22. Estas normas alejan al sistema jurídico argentino de los altos niveles de permisividad del sistema legal de los Estados Unidos y nos acercan a un nivel menos tolerante de algunas expresiones como es el alemán. Por supuesto, la Ley Antidiscriminatoria, por haber sido dictada por el Congreso, podría ser atacada poniendo en duda su constitucionalidad a la luz de la protección que la Carta Magna reconoce a la libertad de expresión. Sin embargo, la asignación de jerarquía constitucional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos abre el camino para una interpretación constitucional de esa protección en un sentido menos permisivo que el norteamericano en lo que respecta a las expresiones identificadas en el artículo citado de la ley.

En contextos en los que el nivel de interferencia estatal con la expresión es mínimo, como es el caso del régimen legal de los Estados Unidos –al menos desde la perspectiva de la jurisprudencia vigente y que ha sido duramente criticada por importantes sectores de la academia que comparten visiones de la igualdad identificadas con el principio de no-sometimiento–,[53] la restricción al derecho de asociación cuando éste se relaciona con la divulgación de un mensaje, también será

53. FISS, Owen, *The Irony of Free Speech*, Harvard University Press, Cambridge, 1996.

mínimo. Por otro lado, aún si estuviésemos en el contexto de un régimen jurídico que entiende que los límites a la libertad de expresión deben ser mínimos, resultaría problemático establecer si el Estado puede realizar un escrutinio de medio a fin evaluando si el requisito establecido por los asociados y que implica la no admisión de un aspirante, es efectivamente un requisito que entra en contradicción con el mensaje. Veamos el caso *Dale* que creo resulta interesante para analizar estas dos problemáticas.

Dale había pertenecido a la asociación católica de Boy Scouts desde que tenía cinco años. Luego de cumplir dieciocho, de acuerdo con las reglas de la organización, abandonó su calidad de miembro junior para convertirse en instructor. Una vez en la universidad, Dale comenzó a militar en organizaciones dedicadas a defender los derechos de las personas homosexuales y llegó a ocupar cargos de conducción dentro de ellas. Cuando la Asociación *Boy Scouts of America* (BSA) tomó conocimiento de la condición sexual de Dale, lo expulsó sobre la base de que la organización no aceptaba homosexuales dado que las creencias de la religión católica (el mensaje) toman esa condición como un "desvío" no admitido entre sus miembros, algo que es considerado como una contradicción entre la conducta del miembro y el mensaje de la asociación y que las autoridades de la asociación interpretaron como el rechazo de ese mensaje. La Corte Suprema compartió el criterio de BSA y no encontró contradicción alguna entre la decisión de expulsión de Dale de BSA y el principio de igualdad establecido en la *Civil Rights Act* o Ley de Derecho Civiles sancionada en 1964 en los Estados Unidos y que ha sido la fuente legal en la que se apoya la prohibición de discriminación entre particulares. La Corte aplicó lo que podríamos llamar el test del mensaje, que, en este caso, aparentemente, no exige una evaluación del mensaje en sí, sino que demanda que la no-admisión o expulsión de un miembro de una asociación sólo se relacione con la contradicción entre las ideas o la conducta del miembro, por un lado, y el mensaje de la asociación, por el otro, tal como entienda y describa el mensaje la autoridad que gobierna la asociación. En otras palabras, una asociación homofóbica o racista encontraría en la tesis del caso *Dale* fundamentos para excluir homosexuales o afrodescendientes, en la medida que esta exclusión sea consistente con el mensaje de exclusión que pregonan los miembros de la asociación. A modo de hipótesis, y siguiendo el razonamiento de la Corte de los Estados Unidos, una asociación que excluya a homosexuales, por ejemplo, pero que su mensaje no contenga posiciones homofóbicas, podría ser considerada en situación de estar violando el principio de igualdad debido a la inconsistencia que existe entre el mensaje y el criterio utilizado para excluir a un potencial miembro. El test de *Dale* parece condenar la incoherencia entre el mensaje y el requisito, pero no el trato desigual basado en requisitos que podrían ser considerados por algunos como ilegítimos *a priori* (como la raza, el sexo o la condición sexual) o, mejor, el trato desigual no sería tal como consecuencia de la decisión de excluir o no aceptar a un miembro del grupo por su condición sexual o por su raza, sino

por la inconsistencia de ser homofóbico o racista y no convertirlo abiertamente en parte del mensaje. En suma, si se entiende que el derecho de asociación, en este tipo de casos, es en realidad la manifestación del derecho a la libertad de expresión, el debate en torno a la admisión de miembros estaría supeditado, según esta doctrina, al alcance de la protección del derecho a la libertad de expresión, lo cual llevaría al Estado a realizar una doble evaluación: en primer lugar, éste debería establecer si el supuesto ejercicio de la libertad de expresión es tal o si el ejercicio de la libertad de expresión admitiría la interferencia del Estado a través de un régimen de censura en ciertos casos, como por ejemplo aquellos en los que se exprese una posición racista. En caso que el ejercicio de la libertad de expresión rechazara la interferencia estatal, como sería el caso de un régimen ampliamente permisivo de los contenidos expresados, el Estado debería evaluar si el requisito es consistente con el mensaje de la asociación, en cuyo caso, si lo fuera, estaría vedado de intervenir. En alguna medida, el alcance de la intervención estatal, en contextos de amplia permisibilidad de las expresiones en virtud de su contenido, se acercaría a la situación de las asociaciones íntimas a las que me referí precedentemente, pues la afinidad entre los miembros de la asociación parece ser determinante para el ejercicio del derecho.

Diferente es la situación de clubes deportivos o sociales, o asociaciones profesionales, por ejemplo, formados por centenares o miles de socios, a los cuales se afilian las personas para perfeccionar sus capacidades, adquirir una mejor formación técnica, estrechar vínculos profesionales con personas relacionadas con su actividad, usar instalaciones, vivir en barrios cerrados en los que ciertas condiciones de vida o servicios provistos por el complejo habitacional es lo que lleva a las personas a asociarse. Estos tipos de asociaciones no buscan divulgar un mensaje, así como tampoco resulta relevante la afinidad entre las personas que forman parte de ellas, pues no es eso lo que las llevó a reunirse, sino la posibilidad de utilizar el producto de un emprendimiento colectivo (un *camping*, las canchas de tenis, la seguridad, redes de profesionales, información, bases de datos, bibliotecas, etc.). En estos casos, la densidad de lo que podríamos identificar como *el vínculo íntimo o afectivo* que se da entre los socios en el ejercicio del derecho de asociación es extremadamente tenue o incluso inexistente, dado que el componente relacionado con el goce de beneficios, de bienes o de servicios resulta ser la prioridad del emprendimiento. El juez Brennan se refiere a este punto en *Roberts*, donde señala que hay asociaciones que se alejan de las que denominamos *íntimas* o *afectivas* (una pareja, un grupo de amigos, etc.) de modo que las relaciones personales se atenúan pudiendo llegar al extremo de que no existan. En su voto, Brennan cita el caso *Runyon v. McCrary*[54] (1976) y, en línea con lo allí decidido, sostiene que "No es necesario que identifiquemos los factores potencialmente significativos con precisión en este terreno.

54. 427 U.S. 160.

Hacemos notar sólo que los factores que podrían ser relevantes serían el tamaño, el propósito, las políticas, la selectividad, la afinidad y otras características que, en un caso particular, puedan ser pertinentes. En este caso, varias características de los Jaycees claramente sitúan a la organización fuera de la categoría de las relaciones que merecen este tipo de protección constitucional", en referencia a que la asociación que reclamaba inmunidad frente a la interferencia estatal por su política de no admitir mujeres, por reunir algunas de esas características mencionadas, no podía alegar que se tratara de una asociación fundada en las relaciones íntimas o afectivas de sus miembros. En otras palabras, cuando la asociación, por su tamaño, sus fines, los criterios de admisión, los niveles de selectividad, la afinidad entre sus miembros u otros indicios relevantes, parece no haber sido formada por la estrechez de los vínculos íntimos o afectivos entre sus socios, los altos niveles de protección constitucional que recibe el ejercicio del derecho de asociación, incluso en situaciones en las que se considere que los criterios de admisión pueden entrar en conflicto con la igualdad, caen y el Estado tiene la obligación constitucional de interferir con la libertad de asociarse para asegurar la igualdad ante la ley. La falta del componente ligado a la afinidad en las relaciones entre los miembros, o cuando sus niveles son tan bajos que podrían considerarse casi inexistentes, hace sumamente difícil o imposible defender la inmunidad de los asociados o de la asociación como persona jurídica respecto de interferencias estatales que tiendan a evitar requisitos *irrazonables* de admisión en el sentido de que ellos no encuentren relación de funcionalidad con el fin de la regulación privada que los establece. Tal es el caso de lo que sucede, por ejemplo, con los barrios cerrados que establecen requisitos fundados en la raza, religión, u orientación sexual de las personas, para convertirse en propietario de uno de sus predios, o los edificios de departamentos en los que los vecinos tienen la facultad de admitir o no a un nuevo propietario o inquilino e imponen condiciones similares. Dado que lo que conduce a esos propietarios a asociarse entre sí no es su afinidad o relación íntima, ni el hecho de compartir ideas o creencias que desean divulgar juntos, las razones que podrían justificar el rechazo de un nuevo miembro a la asociación sólo podrían estar relacionadas con aspectos centrales de la vida en común, tales como la capacidad de pagar las expensas, la adhesión a ciertas reglas de convivencia o el compromiso de no vender o alquilar la propiedad sin mediar consentimiento del consorcio. Pero sería inadmisible que requisitos tales como la raza, la religión o la pertenencia a una comunidad determinada sean excluyentes para pasar a formar parte de la asociación de vecinos. En estos casos parecería estar justificado acomodar el derecho de asociación con el principio de igualdad, recurriendo al principio de razonabilidad que la Corte Suprema argentina ya construyó para impedir tratos desiguales por parte del Estado. Al no existir las motivaciones de afinidad y de libertad de expresión que dan lugar a los tipos de asociaciones a los que me referí anteriormente, esta clase de asociaciones que podríamos llamar de goce común de servicios, admitirían la interferencia estatal necesaria para impedir

que el acceso a esos bienes y servicios (lo cual incluye relaciones profesionales, acceso a información, etc.) se vea impedido por requisitos que no sean funcionales al fin de gozar de ellos, que es lo que subyace al objeto de la asociación. El principio de razonabilidad que exige una relación de funcionalidad entre el requisito y el fin de la asociación (gozar de bienes y servicios), exigido por la concepción de igualdad como no-discriminación, se aplicaría a este tipo de asociaciones sin neutralizar el ejercicio del derecho a asociarse al tiempo que se respeta el principio de igualdad.

En resumen, la interferencia estatal con el derecho a asociarse libremente con miras a evitar tratos desiguales injustificados parece encontrar mejores fundamentos cuando las razones por las que las personas se asocian tienen menos que ver con la ambición de divulgar un mensaje que comparten o, mucho menos, con la mera afinidad de los socios entre sí, y se relacionan en realidad con el objetivo de compartir el goce de bienes y servicios. El principio de igualdad como no-discriminación, en la medida que descansa en la razonabilidad del criterio escogido para la admisión del nuevo miembro, requiere que la finalidad de la asociación no se refiera a la afinidad entre los asociados, puesto que si ella es la razón por la que decidieron unirse, en otras palabras, el derecho a excluir a personas con las que no sientan afinidad, la interferencia estatal no estaría sólo *regulando* el derecho de asociación, sino que estaría impidiendo su ejercicio. El derecho de asociación no busca sólo proteger a la gente que se reúne para lograr fines altruistas y acordes con el ideario liberal, sino que también rige para aquellos que los liberales consideramos equivocados. El límite, sin embargo, a lo sostenido en esta última proposición podría estar dado por la obligación estatal de interferir con el ejercicio del derecho de asociación fundado en la afinidad personal o en el hecho de compartir un mensaje, cuando los actos de la asociación o de sus miembros como integrantes de ella tuvieran un efecto silenciador sobre un grupo de personas. De este modo, los argumentos que admiten restricciones a la libertad de expresión sobre la base de que este derecho se funda en la necesidad de fomentar la más amplia diversidad de voces, se extiende al ejercicio del derecho de asociación de un modo análogo.[55]

Es verdad, sin embargo, que los casos que pueden presentarse no sean tan claros como para discernir cuál es la motivación de la asociación. Es posible que un grupo de personas que compartan creencias religiosas brinden a los miembros de la asociación que crearon servicios deportivos o sociales, alquilen canchas de tenis u ofrezcan cursos de literatura. Puede ser que las personas que se incorporan como copropietarios de un barrio cerrado coincidan en sus ideas políticas o creencias religiosas y que se sientan más cómodos si no fuesen vecinos de alguien a quien consideran equivocado o que vive en contradicción con las creencias que

55. FISS, Owen, ver su *The Irony of Free Speech*, Harvard University Press, Cambridge, 1996, Capítulo 1.

ellos consideran correctas. Estos son casos difíciles que requieren de una evaluación particular de cada situación. Sin embargo, lo cierto es que el poder regulatorio del Estado puede hacer distinciones en el trato de cada uno de los tipos de asociación descriptos en virtud de lo que el principio constitucional de igualdad ante la ley le exige que haga, prohíba o proteja.

El caso particular de la admisión a escuelas

Un caso particular es el que se presenta con las escuelas administradas por grupos nacionales, étnicos o religiosos. Si consideramos a estas escuelas como un servicio que la asociación que agrupa a personas de un mismo origen nacional o de una religión en particular brinda a la comunidad, entonces el nivel de interferencia estatal respecto de los requisitos impuestos a los ingresantes en virtud del respeto del principio de igualdad es máximo, como en el caso de las asociaciones formadas en torno a la aspiración de gozar de un servicio o de un bien. Por otro lado, si un grupo religioso ofrece a sus miembros, cursos, por ejemplo de literatura, diseñados probablemente de modo compatible con las creencias religiosas de sus miembros, la posibilidad de interferencia estatal será mínima, dado que ese "servicio" está fuertemente entrelazado con la motivación de afinidad que dio lugar a la creación de la asociación. El caso es, sin embargo, más complejo que los ejemplos que expuse anteriormente de los clubes sociales y deportivos, o de los barrios cerrados, pues existe, en el caso de las escuelas, un elemento adicional y que se relaciona con un interés estatal exigido por la democracia liberal que se relaciona con la formación básica que todo ciudadano o ciudadana debe tener para poder participar del régimen político democrático y que hay fundamentos para que el Estado la imponga. Esto es lo que se conoce en la literatura como *educación liberal obligatoria* y que no es más que la formación necesaria que debe recibir toda persona para poder gozar de su autonomía y ejercer su ciudadanía en una democracia liberal como la argentina.[56] Este es un tema complejo que no puedo desarrollar en el limitado espacio de este ensayo, pero en apretada síntesis puedo sostener que las democracias liberales, y la argentina se inscribe en esa familia de regímenes políticos, presumen que el pueblo autogobernado se compone de personas libres e iguales que, para llegar a serlo, requieren de una educación determinada que les permita desarrollar esa autonomía que es, a su vez, precondición de la ciudadanía. Los contenidos de esa educación básica pueden y deben ser impuestos por el Estado, algo que generalmente éste logra a

56. Para una justificación de la imposición estatal de este tipo de educación, ver GUTMAN, Amy, *Democratic Education*, Princeton University Press, Princeton, 1987. También ver SABA, Roberto P., "Neutralidad del Estado, igualdad de trato y tolerancia en materia religiosa", en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Buenos Aires, 2000.

través del establecimiento de contenidos mínimos obligatorios en el curriculum de las escuelas primarias (y, a veces, también en las de educación secundaria). En relación con el tema específico que nos ocupa en este ensayo, la tensión que se presenta entre el derecho de asociación (y de expresión, de pensamiento o de creencias religiosas) y el derecho a la igualdad, se complejiza en el caso particular de las escuelas primarias formadas, dirigidas y administradas por asociaciones, dada la existencia de un interés estatal fundamental exigido a partir del establecimiento constitucional de una democracia liberal consistente en establecer condiciones y contenidos para la impartición de una educación con contenidos particulares para los niños en edad escolar. Si asumimos, por ejemplo, que la educación liberal obligatoria requiere de diversidad en las aulas a fin de que ciertos contenidos sean trabajados con la mayor pluralidad de perspectivas posible o que la propia diversidad de personas es en sí misma una condición para desarrollar la necesaria formación de ciudadanos y personas autónomas y abiertas a la diferencia y el pluralismo, entonces surge aquí un condicionamiento relacionado con el principio de igualdad que constriñe la libertad de decisión de la asociación que imparte educación primaria en cuanto a los requisitos de admisión de alumnos.

El derecho a contratar libremente y la igualdad ante la ley

El derecho a contratar libremente se encuentra reconocido en nuestra constitución y consiste básicamente en la libertad de que las personas establezcan acuerdos con quienes desean, cuando desean y en los términos que las partes quieran.[57] Sin embargo, esta libertad, que puede ser más o menos amplia de acuerdo con la filosofía política que se adopte, siempre se encuentra limitada, en alguna medida, por

57. Artículo 14 de la Constitución Argentina. La doctrina entiende en Argentina que el derecho constitucional a *contratar* incluye su aspecto negativo, es decir, el derecho de no contratar. Germán Bidart Campos sostenía que ello estaba prescripto en el art. 33 de la Constitución Nacional, al establecerse las garantías o derechos implícitos. Ver BIDART CAMPOS, Germán, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Tomo 1, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2007, p. 444. Por su parte, Miguel Ángel Ekmekdjian sostenía que esa libertad está específicamente protegida por las garantías consagradas en el art. 14 de la Constitución Nacional. Ver EKMEKDJIAN, Miguel Ángel, *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo 1, Editorial Depalma, Buenos Aires, 2000, p. 504. Ricardo Lorenzetti, sostuvo desde la Corte Suprema, que la libertad de contratar está protegida por las garantías que emergen del art. 14 de la Constitución Nacional. Ver considerando 25 de su voto en el fallo *Massa, Juan A. c/ PEN*, decidido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 27 de diciembre de 2006. Ver también voto del juez Miguel Ángel Pirolo en el marco de la sentencia de la Cámara Laboral en el caso *Álvarez, Maximiliano y otros c. Cencosud S.A. s/ acción de amparo,* revisado luego, el 7 de diciembre de 2010, por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, publicado los archivos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en A. 1023 XLIII, Recurso de Hecho.

regulaciones estatales. Incluso las posiciones más libertarias en cuanto a la libertad de contratar admiten restricciones referidas, por ejemplo, al objeto del contrato (que no puede ser ilícito, por ejemplo)[58] o a lograr evitar las imperfecciones del mercado que impedirían el ejercicio futuro de la libertad de contratar (como por ejemplo la regulación antimonopólica)[59] o a solucionar problemas de coordinación en situaciones en las que la competencia puede terminar frustrando la autonomía de los contratantes (como sucede con el establecimiento de un salario mínimo en casos en los que la oferta de mano de obra sobrepasa en mucho la oferta de empleos). La cuestión a dilucidar es si la libertad de contratar podría limitarse desde el estado con miras a asegurar el derecho a la igualdad de trato protegido constitucionalmente en el artículo 16 de la Constitución Nacional.

El derecho a contratar libremente, de un modo similar a lo que ocurre con el derecho de asociación, está definido por la libertad del sujeto de elegir con quién quiere contratar, y, por definición, esa elección conlleva la necesaria exclusión de otros potenciales co-contratantes, la cual podría enmarcarse en una especie de derecho a no contratar. La pregunta, entonces, es cuál es –si existe– el límite constitucional a ese derecho a no contratar. A diferencia del derecho de asociación que parece afectarse cuando se nos obliga a asociarnos con quien no deseamos, muy particularmente en el caso de las asociaciones íntimas y de las asociaciones expresivas que describí más arriba, como si se tratase de un juego de suma cero donde gozamos de ese derecho cuando decidimos libremente o no gozamos de él cuando se nos impone asociar a una persona, el derecho a contratar parece ubicarse en un continuo entre dos extremos inadmisibles, pero con una variada gama de situaciones intermedias aceptables, siendo esos extremos también inadmisibles, creo, incluso para posiciones extremadamente libertarias. Los extremos inadmisibles están definidos del siguiente modo: por un lado, el establecimiento de regulaciones estatales que, por su robustez, harían desaparecer todo vestigio de la libertad de contratar, por ejemplo, imponiendo la identidad del co-contratante, las condiciones centrales de las contraprestaciones, el plazo, etc. Por el otro, la defensa de una libertad de contratar que no admitiera ningún tipo de restricción (ni siquiera la de la ilicitud del objeto del contrato, por ejemplo). Entre ambos extremos, encontramos una infinidad de interferencias estatales con la libertad de contratar que han sido reconocidas como constitucionales por nuestros tribunales y que se relacionan con situaciones

58. Articulo 953 del Código Civil Argentino: "El objeto de los actos jurídicos deben ser cosas que estén en el comercio, o que por un motivo especial no se hubiese prohibido que sean objeto de algún acto jurídico, o hechos que no sean imposibles, ilícitos, contrarios a las buenas costumbres o prohibidos por las leyes, o que se opongan a la libertad de las acciones o de la conciencia, o que perjudiquen los derechos de un tercero. Los actos jurídicos que no sean conformes a esta disposición, son nulos como si no tuviesen objeto".

59. Ver BORK, Robert, *The Antitrust Paradox*, The Free Press, New York, 1978.

de emergencia o con la regulación de los contratos de trabajo, por ejemplo. Ni unas ni otras, en la mayoría de los casos, han sido derribadas por inconstitucionales por reclamos de los particulares a los que se les han aplicado.[60]

En el derecho comparado, el fallo que marcó el debate en torno al tema de los límites constitucionales a la libertad de contratar durante la primera parte del siglo XX adoptando una posición libertaria extrema fue *Lochner v. New York,*[61] decidido por la Corte Suprema de los Estados Unidos en 1905. En él el tribunal estimó como inválida una norma del Estado de Nueva York que regulaba los contratos laborales imponiendo un límite de horas semanales al trabajo aportado por el empleado. La Corte entendió que la decisión del Congreso perseguía un fin ilegítimo al regular el derecho a contratar de este modo y que se afectaba lo que dio en llamar a partir de ese momento el *debido proceso sustantivo*. Se iniciaba así la denominada "era Lochner" que terminaría en 1937. Después de la crisis de 1929, y luego de una serie de fallos que siguieron la línea de las disidencias de los jueces Holmes y Harlan en *Lochner*, como por ejemplo la decisión tomada por la Corte en el caso *Nebbia v. New York,*[62] de 1934, que validó la imposición por el estado de precios máximos a

60. Ver, por ejemplo, lo sostenido por Miguel Ángel Pirolo en su voto en la sentencia de la Cámara Laboral en el caso *Álvarez, Maximiliano y otros c. Cencosud S.A. s/ acción de amparo* ya citado en nota 53: "Al analizar las disposiciones contenidas en el hoy derogado estatuto para el personal bancario –y su norma reglamentaria– que preveía la posibilidad de que se anulara el despido y se ordenara judicialmente el restablecimiento y mantenimiento del vínculo con el consiguiente derecho a percibir una retribución durante el lapso en el que el empleador no se aviniera a reponer en el puesto al trabajador despedido (conf. ley 12.637 y Dec.20.268/46, art. 6), la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que la intrínseca injusticia que supone un sistema que excede lo que constituye el legítimo derecho a la indemnización por despido arbitrario, afecta las bases sobre las que se apoya la libertad de contratar (que, como he dicho, se encuentra protegida por el art. 14 de la C.N.). Luego de señalar que, una disposición de esas características, también afecta la garantía al derecho de propiedad (art. 17 C.N.), la Corte dijo explícitamente que, una vez rota la relación laboral a raíz de un despido injusto, debe reconocerse el derecho a reclamar una indemnización razonablemente proporcionada al perjuicio sufrido; y concluyó descalificando la validez constitucional del sistema que contemplaba la posibilidad de reponer compulsivamente en su puesto a un empleado despedido en el marco del empleo privado (CSJN, 25-2-69, "De Luca, José y otro c/ Banco Francés del Río de la Plata s/ reincorporación", F:273:87). En numerosos precedentes dictados con posterioridad al mencionado fallo, la Corte Federal sostuvo la misma doctrina (ver: F:273:87; 278:83; 302:319; 302:1486; 304:335; 306:1208; 310:891). Al pronunciarse en los autos "Figueroa, Oscar y otro c/ Loma Negra SA" (CSJN,4-9-84) sostuvo que una disposición convencional que, por vía de una sistema de estabilidad absoluta, suprime el poder discrecional que es imprescindible reconocer a un empleador en lo concerniente a la integración de su personal, menoscaba la garantía del art. 14 de la Constitución –que consagra la libertad de comercio e industria– y lesiona la garantía al derecho de propiedad (F:306:1208)".

61. 198 U.S. 45 (1905).

62. 291 U.S. 502 (1934).

la leche, la sentencia del caso *West Coast Hotel Co. V. Parrish*[63] (1937) puso fin a la etapa en la que la Corte Suprema de los Estados Unidos interpretó que la Constitución no habilitaba al Estado a ejercer prácticamente ninguna interferencia con la libertad de contratar. Fue necesario entonces para la Corte elaborar una teoría fundada en la Constitución que habilitara al Estado federal a imponer límites a esa libertad con el objeto de asegurar la igualdad de trato. La Enmienda XIV de la Constitución de los Estados Unidos, aunque hace referencia expresa al derecho a ser tratado igual, no servía a estos fines pues está dirigida a las obligaciones del Estado respecto del trato que éste debe darle a las personas, pero no al trato que las personas deben darse entre sí.[64] En este sentido el derecho constitucional a la igualdad de trato fue interpretado como la contracara de una obligación *negativa* del Estado de no discriminar.[65] La doctrina de la Corte fue, desde los llamados Casos de Derechos Civiles (*Civil Rights Cases*) de 1883, que la Enmienda XIV sólo se refiere a las obligaciones del Estado derivadas del respeto de la igualdad ante la ley en el sentido de las obligatorias negativas a las que me referí anteriormente. Esta posición fue confirmada más recientemente en *United States v. Morrison.*[66] Ni siquiera los locales de acceso público (o *public accomodations* como los denomina la doctrina y la jurisprudencia del país del norte), como es el caso de hoteles y restaurantes, que requieren licencias del Estado para funcionar, son alcanzados, según la Corte, por la Enmienda XIV. El argumento que sirvió de justificación para la regulación estatal de los contratos entre particulares con miras a asegurar la igualdad ante la ley no emanó entonces de la famosa Enmienda constitucional referida al derecho a la igualdad de trato, sino que surgió de una particular interpretación, tanto judicial como del Congreso Federal, de la cláusula comercial (*Commerce Clause*) de la Constitución de los Estados Unidos. Ella se encuentra expresada en el Artículo 1ro,

63. 300 U.S. 379 (1937).

64. Aunque quizá con una lectura más amplia de las obligaciones estatales, entendiéndolas como negativas y positivas, podría haberse extendido la aplicación de esta cláusula a la justificación de la regulación de derechos tales como el de contratar o el de asociarse, pero esto no fue lo que hizo la Corte.

65. Enmienda XIV, Sección 1: Toda persona nacida o naturalizada en los Estados Unidos y sujeta a su jurisdicción, será ciudadana de los Estados Unidos y del estado en que resida. Ningún estado aprobará o hará cumplir ninguna ley que restrinja los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; ni ningún estado privará a persona alguna de su vida, de su libertad o de su propiedad, sin el debido procedimiento de ley, ni negará a nadie, dentro de su jurisdicción, la igual protección de las leyes.

66. 529 U.S. 598 (2000). A pesar de reconocer el poder del Congreso para regular actividades comerciales, la Corte Suprema, través de esta decisión, declaró inconstitucional la Ley de Violencia contra la Mujer por considerar que aquel poder no alcanzaba a actividades que no sean estrictamente comerciales, como por ejemplo la violencia entre las personas.

Sección 8 de la norma fundamental, y establece que el Congreso de los Estados Unidos tendrá facultades "para reglamentar el comercio con naciones extranjeras, así como entre los estados y con las tribus indias". En base a esta cláusula y a la interpretación que se asentó en los tribunales y fuera de ellos, el Congreso ha sancionado desde entonces un número importante de leyes que imponen límites a la libertad de contratar a través, por ejemplo, de la fijación de precios máximos, de la regulación de los mercados y de las transacciones económicas entre particulares, así como de otros tipos de actividades comerciales. Estas decisiones del poder político han sido validadas por la Corte Suprema en casos tales como *Gonzales v. Raich;*[67] *Heart of Atlanta Motel Inc. v. United States;*[68] *Wickard v. Filburn*[69] y *Gibbons v. Ogden*[70].

Aquellos que apoyaban las políticas de segregación racial en el siglo XIX y que defendían lo establecido por las leyes denominadas de Jim Crow[71] en el sur del país, sostenían que tenían un derecho a no realizar transacciones comerciales si no querían hacerlo, tal como era el caso de propietarios de restaurants que se negaban a proveer sus servicios a clientes de ascendencia africana, o empleadores que no querían contratar trabajadores con esas mismas características, o propietarios de inmuebles que no querían vendérselos. La interpretación referida de la Cláusula Comercial habilitó al Congreso a partir del 1937 a dictar normas que limitaron la otrora absoluta libertad de contratar reclamada por los segregacionistas del sur. Estos, sin embargo, exigían la aplicación de la Enmienda X en virtud de la cual defendían la libertad de los Estados de la Unión para tener sus propias regulaciones comerciales. Esta cláusula sostiene que "las facultades que esta Constitución no delegue a los Estados Unidos, ni prohíba a los estados, quedan reservadas a los estados respectivamente o al pueblo". Esta norma proveía (y provee en la actual coyuntura política mientras escribo estas líneas) a los sectores más conservadores de los Estados Unidos con el argumento necesario, de acuerdo con su interpretación, para defender la inconstitucionalidad de las medidas dictadas por el Congreso en virtud de la lectura referida de la Cláusula Comercial, y que se entienden como una interferencia inválida sobre la libertad de las personas, como es el caso, sostienen, de la ley de servicios de salud sancionada sobre la base de la propuesta del Presidente Barack Obama. Entre fines del siglo XIX[72] y 1937, la Corte Suprema de los Estados Unidos interpretó

67. 545 U.S. 1 (2005).

68. 379 U.S. 241 (1964).

69. 317 U.S. 111 (1942).

70. 22 U.S. (9 Wheat.) 1 (1824).

71. Se llama "leyes Jim Crow" a aquellas normas de contenido racista sancionadas a partir de mediados del siglo XIX en los Estados Unidos y que tenían por objeto segregar a las personas descendientes de africanos en los espacios, locales o medios de transporte públicos.

72. Hasta 1870, año en que decidió *United States v. Dewitt*, 76 U.S. (9 Wall.) 41, la Corte Suprema

restrictivamente las facultades del Congreso para interferir justificadamente con las relaciones entre particulares, pero luego de ese último año reconoció el poder del estado federal para tomar medidas económicas tendientes a paliar una crisis como la padecida durante la Gran Depresión de la década del 30. Fue en base a esta lectura de la Constitución que el Congreso dictó la Ley de Derechos Civiles (*Civil Rights Act*) de 1964, cuyos Títulos II y VII establecen restricciones a la libertad de contratar entre privados en virtud de la protección de la igualdad ante la ley.[73] En *Gonzales v. Raich*[74], decidido en 2005, la Corte Suprema fue incluso más lejos y afirmó que el Congreso tenía facultades para regular actividades económicas que "afecten sustancialmente el comercio interestatal". En base a este poder se entiende que el Congreso puede tomar medidas que tengan por objeto eliminar la discriminación surgida a partir de actividades comerciales. El Juez Clarence Thomas, sin embargo, opuesto a esta última visión, rescata aquella posición conservadora previa a 1937 y sostiene en sus opiniones vertidas en los casos *López*, *Morrison* y *Raich*, que esta interpretación de la Cláusula Comercial es contraria al mandato de la Constitución de los Estados Unidos. De acuerdo con este argumento, incluso podría sostenerse que la propia Ley de Derechos Civiles de 1964 debería ser considerada contraria a la Constitución dado que ese argumento que Thomas cree inconstitucional es la razón sobre la que se funda esa importante norma. De hecho, el movimiento conservador denominado *Tea Party* milita en estos días contra la Ley de Salud sancionada en 2009 por el Presidente Obama con el argumento de que ella es inconstitucional sobre la base de argumentos alineados con los de Thomas. De tener éxito ese movimiento conservador y sus aliados en el Congreso y los tribunales en desplazar la interpretación dominante de la Cláusula Comercial, muchas leyes del *New Deal* o

---

no declaró inconstitucional ninguna ley del Congreso en ejercicio de su poder derivado de la Cláusula Comercial, en lo que podría entenderse como la consecuencia de la adopción de una postura marcadamente deferente hacia el Poder Legislativo en material de regulación comercial. Ver Ian Milhiser, Doomed to Repeat History, Julio de 2010, en http://www.americanprogress.org/issues/2010/07/judicial_extremism.html

73. El Título VII prohíbe la discriminación en el empleo, servicios de hotelería, servicios brindados por el gobierno y en establecimientos educativos. De acuerdo con esta norma, el empleador está impedido negarse a contratar o a promover, despedir a una persona en base a criterios discriminatorios que la propia ley enumera y que son la raza, el color, el sexo, la religión o la nacionalidad de origen. El empleador no puede segregar o clasificar a los empleados o postulantes a un empleo de modo que implique privarlos de él o negarles oportunidades laborales debido a la raza, color, sexo, religión ó nacionalidad de origen. Por su parte, la Orden Ejecutiva 11.246 prohíbe que los contratistas y subcontratistas del Gobierno Federal discriminen en base la raza, color, religión, sexo ó nacionalidad de origen de las personas y exige la implementación de acciones positivas para asegurar igualdad en las oportunidades de empleo.

74. 545 U.S. 1 (2005).

la misma Ley de Derechos Civiles de 1964 estarían en peligro de ser consideradas inconstitucionales. Sin embargo, prácticamente todos los expertos pronostican que ello no es factible pues anticipan que la mayoría de la Corte estaría de acuerdo en sostener la doctrina afirmada en su jurisprudencia desde 1937.

En síntesis, en los Estados Unidos, la normativa que restringe la libertad de contratar con miras a asegurar el trato igualitario entre particulares, se encuentra en decisiones legislativas tales como la Ley de Derechos Civiles (Títulos II y VII) que el Congreso dictó en virtud de la interpretación de la Cláusula Comercial que le permite regular la actividad económica interestatal. En nuestro país, sin embargo, pese a contar con una cláusula comercial de similares características (el artículo 75, inciso 13) ella no ha sido leída de modo tal que permita extraer similares conclusiones respecto del poder del Congreso para regular las actividades comerciales. Sin embargo, sobre todo luego de la reforma constitucional de 1994, se han incorporado a la Constitución Nacional dos cláusulas que le confieren al Congreso facultades regulatorias tendientes a asegurar la igualdad y que podrían ser utilizadas en una estrategia interpretativa similar a la que describí que tuvo lugar en los Estados Unidos con la Cláusula Comercial. Me refiero a lo previsto en el artículo 75, cuando enumera las facultades del Congreso de la Nación, en los incisos 19 ("proveer al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social… la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna") y 23 ("legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos…"). Es necesario destacar que estas normas no han sido aún interpretadas por los tribunales en el sentido aquí propuesto, así como tampoco han sido utilizadas por el Congreso de la Nación para avanzar en línea similar desde su facultad legislativa. Veamos cómo se estructura en el presente el régimen de protección de la igualdad en el marco de las relaciones contractuales entre particulares en Argentina.

Poder de policía y la emergencia

En nuestro país, a partir de 1930, se desarrollaron doctrinas jurisprudenciales similares a las sostenidas en la misma época en los Estados Unidos a favor de la justificación del poder de policía del estado dirigido a limitar la libertad de contratar con la finalidad de proteger el interés público o los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Nacional. Entre 1880 y 1930, si bien de un modo diferente y, a veces, atenuado, la Corte Suprema de Argentina defendió posiciones que podrían ser consideradas como emparentadas con la doctrina de *Lochner*, aunque este caso nunca fue citado por el Alto Tribunal local dado que las situaciones debatidas no se relacionaban con regulaciones laborales que en Argentina surgieron en tiem-

pos muy posteriores a aquellos en los que se sancionaron en los Estados Unidos y que datan de 1920 en adelante. En este sentido, *Hileret c. Provincia de Tucumán,*[75] decidido en 1903, por ejemplo, es considerado una expresión canónica de la jurisprudencia antirregulatoria de la Corte argentina. En este caso, el estado provincial imponía un cupo de oferta para cada productor de azúcar a fin de influir sobre los precios que, dada la restricción sobre la oferta, tenderían a subir, lo cual implicaría más ganancias para los productores. De acuerdo con la norma provincial, aquellos que no respetaran el cupo pagarían un impuesto que operaba como sanción. Un productor afectado por la medida y alcanzado por la obligación impositiva se sintió agraviado en sus derechos de trabajar y ejercer una industria lícita, así como el de igual protección de la ley, establecidos en los artículos 14 y 16 de la Constitución Nacional. La Corte le dio la razón, aunque admitió que la provincia podía ejercer el poder de policía estableciendo regulaciones que persiguieran estrictamente el objetivo de proteger el orden público, la moral y la higiene, o los derechos de terceros.

Un solo caso se aparta de la línea libertaria de la Corte durante esta etapa jurisprudencial que va de 1880 a 1930. Se trata de *Ercolano c. Lanteri de Renshaw.*[76] En él, la Corte Suprema entendió que era constitucional una ley que establecía el congelamiento de los alquileres comerciales y residenciales. El argumento se basó en el carácter "esencial" de la vivienda, "consideraciones de humanidad y justicia social" además de buscar paliar los efectos de la suba de alquileres en el bienestar general y en la economía.[77] El caso fue excepcional y la Corte asoció este desvío a la escasez de mano de obra y de materiales a raíz del impacto de la Primera Guerra Mundial. Además, dejó en claro que la justificación de la intervención era en función de su carácter provisional. Los casos *Mango c. Traba,*[78] de 1925, y *Horta c. Harguindeguy,*[79] de 1922, también sobre control de alquileres, pero decididos en contra de la regulación, demuestran el estricto carácter excepcional de *Ercolano*.

A partir de la crisis de 1930 y durante la década que le siguió, la Corte Argentina, seguramente mirando con atención lo decidido por la Corte Suprema de los Estados Unidos en *Nebbia* (1934), volvió sobre la doctrina que fuera excepcional en *Ercolano*, para convertirla en regla, como lo demuestra la decisión tomada en *Avico c. De la Pesa*[80] declarando constitucional una moratoria hipotecaria y la reducción de los intereses pactados en esos préstamos. El fallo contiene largas citas y traduc-

75. *Fallos*, 98:20 (1903).

76. *Fallos*, 136:161 (1922).

77. *Idem*, p. 176.

78. *Fallos*, 144:219 (1925).

79. *Fallos*, 137:47 (1922).

80. *Fallos*, 172:21 (1934).

ciones de *Nebbia* y de *Home Building and Loan Association v. Blaisdell,*[81] el otro caso clave del *New Deal* de la era post-*Lochner*. En *Avico c. De la Pesa* la Corte entendió que la libertad de contratar puede ser limitada por regulaciones estatales siempre que éstas estén dirigidas a atender "razonablemente" el fin de lograr el beneficio general de la sociedad.[82]

Desde 1930 hasta nuestros días, la Corte Suprema argentina ha fallado en numerosas ocasiones en el sentido de considerar válidas las interferencias estatales con la libertad de contratar pero, sin embargo, esas regulaciones tuvieron siempre lugar en contextos de emergencia que parecían ser la justificación que le permitía al tribunal decidir a favor de su validez constitucional. Diferente fue el caso, excepcional por cierto, de *Cine Callao,*[83] de 1960. El caso surge a partir de la imposición que el estado depositaba en cabeza de los dueños de salas de cine de contratar actores para la realización de los llamados "números vivos", que eran breves obras teatrales que tenían lugar antes de la proyección de la película en los horarios vespertinos. La Corte entendió en esta causa que existía un interés legítimo del estado en darle empleo a los actores que, de otro modo y por razones coyunturales, no tenían ocupación, considerando este fin como legítimo y la obligación de contratar como funcional al fin buscado. Sin embargo, fuera de este caso, fue casi siempre el contexto de emergencia el que motivó las sentencias a favor de la interferencia estatal con el derecho a contratar libremente en nuestro país.

El derecho laboral, la igualdad y la libertad de contratar

Otro espacio en el que el estado argentino ha avanzado con regulaciones que limitan el derecho a contratar libremente y que han motivado algunas pocas sentencias de la Corte Suprema y un cierto debate en la doctrina,[84] ha sido el de las

81. *Jurisprudencia Argentina*, Tomo 45, Sección Jurisprudencia Extranjera, p. 43 (1934).

82. Para una análisis exhaustivo de esta jurisprudencia ver MILLER, Jonathan, "Control judicial de constitucionalidad y estabilidad constitucional: Sociología del modelo estadounidense y su colapso en Argentina", publicado en http://www.urbeetius.org/newsletters/19/news19_miller.pdf y cuya versión original en inglés fue publicada en *Hastings International & Comparative Law Review*, Volume 21, N° 1, Fall 1997, pp. 77-176.

83. *Fallos,* 247:121 (1960).

84. Ver, por ejemplo, MAZA, Miguel Ángel, "El despido discriminatorio: una pequeña derogación con grandes consecuencias jurídicas", revista *Lexis Nexis Laboral y Seguridad Social*, 2004, Nº 9, págs. 546 y ss. "El despido discriminatorio…", oportunidad en la que expresé que la sanción prevista en ese régimen jurídico resulta más dura y radical que la establecida en la ley laboral (en alusión al art. 11 de la ley 25.013) ya que llega a la remoción del acto discriminatorio, "es decir, a la nulidad del despido injusto y discriminatorio…" (Ob. cit. pág. 546), "la sanción contra el despido discriminatorio puede ser, a solicitud de la persona afectada, la nulidad del acto más la

relaciones laborales. Además de los principios emergentes de la Constitución y de los tratados internacionales, el artículo 17 de la Ley de Contrato de Trabajo dispone expresamente que "Por esta ley se prohíbe cualquier tipo de discriminación entre los trabajadores por motivo de sexo, raza, nacionalidad, religiosos, políticos, gremiales o de edad." Asimismo, el artículo 1ro de la ley 23.592, como ya se mencionó, dispone que "quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados".

Estas normas han dado lugar a algunos escasos reclamos judiciales de personas que se han considerado afectadas en su derecho a la igualdad de trato y que, por ese motivo, litigaron casos que provocaron decisiones de los tribunales. Sin embargo, el número de casos es muy reducido y, mucho más reducido si consideramos los que llegaron a la Corte Suprema de Justicia de la Nación.[85] Algunos de los casos en los que se ha debatido judicialmente la igualdad de trato y su tensión con el derecho a contratar se relacionan con el empleo de las mujeres, cuya situación de discriminación en el mercado de trabajo está bien documentada.[86] Un caso relevante en este sentido es *Fernández, Estrella c/ Sanatorio Güemes, S.A.*,[87] en el cual, según el voto conjunto, pero separado del de la mayoría, de los jueces Petracchi y Bacqué, el principio de igual remuneración por igual tarea establecido en el artículo 14 bis de la Constitución es expresión del principio de igualdad entendido, como lo ha hecho la Corte en reiteradas ocasiones, como igualdad de trato en igualdad de circunstancias, en línea con *Dardanelli de Cowper, Ana I. M. c. Aerolíneas Argentinas, S.A.*,[88] y con las disidencias en *Ursini, Paola Cassia c/ Geddes, Gloria y otros.*[89] El fallo

---

reparación de los daños y perjuicios generados" (Ob. cit. pág. 548).

85. La baja litigiosidad de este tipo de casos parece deberse a que los incentivos no parecen estar dispuestos de modo que se favorezca la interposición de demandas judiciales. En otros países, como en los Estados Unidos, por ejemplo, la mayoría de los casos de igualdad en el empleo son llevados ante los estrados judiciales por los sindicatos en defensa de sus asociados, algo que no sucede en nuestro país, quizá a consecuencia de que los sindicatos locales no representan a desempleados, que son los que habitualmente sufren la discriminación al intentar ingresar a los empleos.

86. PAUTASSI, Laura, FAUR, Eleonor y GHERARDI, Natalia, *Legislación laboral en seis países latinoamericanos. Avances y omisiones para una mayor equidad*, Serie Mujer y Desarrollo, N° 56, CEPAL, Santiago de Chile, 2004.

87. *Fallos*, 311:1602, p. 1613 (1988).

88. Corte Suprema de Justicia de la Nación, D.290.XIX, sentencia del 18 de octubre de 1984

89. *Ursini, Paola Cassia c/ Geddes, Gloria y otros*, U. 21. XXXIII, Recurso de hecho, Corte Suprema de Justicia de la Nación Buenos Aires, 5 de octubre de 1999.

más reciente de la Corte Suprema sobre igualdad de trato y contratos de empleo es el dictado en el caso *Álvarez*, en diciembre de 2010,[90] al que me referiré en extenso más adelante.

El principio de "Calificaciones Ocupacionales de Buena Fe"

Antes de avanzar es preciso establecer una premisa de un modo algo dogmático. En línea con lo que sostuve en una sección anterior de este ensayo, entenderé que los derechos reconocidos en la Constitución Nacional son derechos que las personas *tienen* por el sólo hecho de ser tales y que no son sólo restricciones frente a la acción estatal. En este sentido, si sostenemos que la Constitución establece que las personas tenemos derecho a la vida, eso no implica solamente que el Estado, por medio del accionar de sus funcionarios, está impedido de poner nuestra vida en riesgo. El reconocimiento del derecho a la vida obliga al Estado a articular los medios necesarios a fin de impedir que otras personas pongan en riesgo o acaben con mi vida. La prohibición y penalización del homicidio por parte del Estado, la implementación de una política de seguridad y el establecimiento de un sistema de justicia para hacer cumplir esas normas y desarrollar esa política, forman parte de las obligaciones positivas del Estado derivadas de su compromiso de respetar la constitución, en particular su mandato de proteger y no afectar el derecho a la vida.[91] De modo similar, el reconocimiento del derecho a la igualdad de trato ante la ley impone obligaciones al Estado que van más allá de no tomar decisiones o realizar acciones que afecten la igualdad, y que comprenden la realización de acciones que eviten el cercenamiento de ese derecho por parte de terceros, lo cual incluye las obligaciones positivas de tomar decisiones y de realizar acciones tendientes a evitar que otras personas afecten mi derecho a la igualdad de trato. La complejidad que se suscita en este segundo grupo de obligaciones tiene que ver con que esas acciones positivas implementadas por el Estado no pueden desconocer o agredir los derechos de las personas que se desprenden del ejercicio de su autonomía personal, tales como los derechos de contratar o de asociarse libremente. Hecha esta aclaración preliminar, pasemos a analizar posibles respuestas a este dilema que enfrenta el Estado en cuanto al alcance de su facultad regulatoria de la libertad con miras a proteger la igualdad.

90. *Álvarez, Maximiliano y otros c. Cencosud S.A. s/ acción de amparo,* decidido el 7 de diciembre de 2010 por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, publicado los archivos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en A. 1023 XLIII, Recurso de Hecho.

91. SABA, *supra* nota 18. Ver también TUSHNET, Mark, "State action in 2020", en BALKIN, Jack M. and SIEGEL, Reva B. (editors), *The Constitution in 2020*, Oxford University Press, 2009, pp. 69-77.

Una estrategia posible para guiar la regulación de la libertad de contratar con miras a evitar que el derecho a la igualdad de trato sea afectado por particulares es la de extender a la contratación entre particulares un estándar derivado del de razonabilidad que solemos aplicar al Estado. La doctrina de los Estados Unidos lo ha llamado *Bona Fide Occupational Qualification* (*BFOQ*)[92] o Calificación Ocupacional de Buena Fe y consiste en exigir al empleador que al momento de contratar personal observe, por un lado, la legitimidad del fin de la contratación y, por el otro, la razonabilidad de los requisitos impuestos para la selección de los contratados, en el sentido de que esos requisitos estén vinculados a criterios que guarden una relación de funcionalidad con el fin legítimo buscado, que, en el caso de los contratos laborales, debe estar relacionado con el fin de la actividad que desarrolla la empresa que contrata. Este estándar fue desarrollado por la jurisprudencia de los Estados Unidos, sobre todo a partir litigios llevados a cabo por los sindicatos a fin de evitar tratos desiguales injustificados propinados a sus afiliados. Uno de los sindicatos más activos en desafiar la libertad de contratar cuando en conflicto con la igualdad, fue históricamente el sindicato de los empleados y empleadas de empresas aeronáuticas comerciales en la década del 60. El surgimiento de la aeronavegación comercial para el transporte de pasajeros se caracterizó por una estrategia de *marketing* de las compañías aéreas en los Estados Unidos que apuntaban a relacionar el viaje en avión con un símbolo de alto status social.[93] Las empresas aeronáuticas contrataban a sus azafatas –siempre mujeres– imponiendo como requisito el que su apariencia física se correspondiera con el estereotipo femenino de belleza del momento, lo que en la doctrina los autores denominan *lookism.*[94] Establecidos ciertos parámetros de belleza física, tales como una cierta estatura, peso o color de cabello, las mujeres que no se acomodaran a ellos no eran contratadas. En el caso *Griggs v. Duke Power*[95] y especialmente en *International Union, United Auto., Aerospace and Agric. Implement Workers of America v. Johnson Controls, Inc.*[96] la Corte de los

92. POST, Robert C., "Prejudicial Appearances: The Logic of American Antidiscrimination Law", en POST, Robert C. et al., *Prejudicial Appearances: The Logic of American Antidiscrimination Law*, Duke University Press, Durham, 2003, p. 17.

93. A fin de ilustrar ese rasgo de la industria, ver la caracterización que se hace de la misma en la película *Atrápame si puedes* de 2002, basada en la vida de Frank Abagnale Jr., dirigida por Steven Spielberg y protagonizada por Leonardo Di Caprio. Ver especialmente la secuencia en la que el personaje principal simula ser un piloto de avión que burla los controles del aeropuerto gracias a la distracción que provoca el grupo de azafatas que lo acompañan, todas ellas de apariencia similar, misma estatura, peinado, y contextura física, de acuerdo con el estándar o estereotipo de belleza femenino de ese momento.

94. Post, *supra* nota 89.

95. 401 U.S. 424, 436 (1971).

96. 499 U.S. 187, 203 (1991). Ver también *Dothard v. Rawlinson*, 433 U.S. 321, 333 (1977), y

Estados Unidos sostuvo que los requisitos que la empresa podía imponer a los postulantes para esos empleos debían limitarse a aquellos que guardaban una relación de funcionalidad con los fines de la actividad que desempeñaría ellos y la empresa (la "esencia" o "la misión central del negocio del empleador"), y que en este caso se referían a transportar personas de un lugar a otro del país para lo cual la apariencia física de las azafatas no era en absoluto relevante.

De esta forma, de un modo semejante a lo establecido por la Corte Suprema de los Estados Unidos en *Palmore v. Sidote*[97] y en *McLaughlin v. Florida*[98] respecto de las obligaciones de igualdad de trato del Estado, y en sus paralelos decididos por la Corte Suprema argentina, *Arenzon* y *Repetto,*[99] la Corte del norte estableció que debía escrutarse el contenido y la legitimidad del fin buscado y, luego, determinar la relación de funcionalidad entre el requisito impuesto a las postulantes y aquel fin.

Algo similar sucedió en el caso *Freddo,*[100] decidido en nuestro país por la Cámara Nacional Civil en 2002. En este caso la empleadora, una empresa de producción y venta de helados artesanales al público por medio de una cadena de locales distribuidos en diferentes locaciones de la Ciudad de Buenos Aires, no contrataba mujeres para formar parte de su personal dedicado a la atención a los consumidores. La Asociación Mujeres en Igualdad (AMI) interpuso un amparo colectivo en virtud de la legitimación que le reconoce el artículo 43 de la Constitución Nacional. En él la AMI sostuvo que la empresa imponía el requisito de ser varón para poder ser contratado como empleado para desempeñarse en el mostrador y que ello violaba la igualdad ante la ley establecida en la Constitución en su artículo 16. El tribunal le dio la razón a la amparista argumentando que el sexo de los postulantes era un requisito irrazonable dado que el objeto de la contratación era contar con personas que expendan helados en los locales de la compañía. La empresa, aceptando la lógica del principio de igualdad como no-discriminación basado en un estándar similar al de *BFOQ*, sostuvo que la razonabilidad del requisito residía en que los recipientes de helado contenían varios kilos de esa sustancia y que ellos debían ser manipulados por los empleados. Dado que eran muy pesados, sólo podían ser acarreados por varones. Las mujeres, según la empresa, no eran capaces, en virtud de su contextura física, de realizar esa tarea. El tribunal desestimó ese argumento sobre la base de que para poder evaluar la capacidad de manipular y transportar esos recipientes alcanzaba con una prueba a tales efectos en lugar de establecer el requisito de la

---

Western Airlines v. Criswell, 472 U.S. 400, 413 (1985).

97. 466 U.S. 429 (1984).

98. 379 U.S. 184, 196 (1964).

99. *Supra* notas 9 y 10.

100. Cámara Nacional Civil, Sala H, *Fundación Mujeres en Igualdad y otro c/Freddo SA s/ amparo*, 16 de diciembre de 2002.

pertenencia al sexo masculino. Como dijo la Corte de Estados Unidos en *Griggs*, el Título VII expresaba la voluntad del Congreso de que cualquier test para contratar debía evaluar si la persona podía realizar el trabajo para el que se la contrataría y no a la persona en abstracto.[101]

En síntesis, si aceptamos la premisa de que la igualdad de trato es un derecho reconocido constitucionalmente que requiere no sólo obligaciones del Estado respecto de su propio accionar, sino también obligaciones dirigidas a evitar que el derecho sea violado por terceros, entonces se podría justificar la interferencia estatal con la libertad de contratar limitándola a velar por la aplicación del estándar de razonabilidad a las contrataciones. Sin embargo, esta solución al problema del trato igual entre privados da lugar a algunas situaciones problemáticas. En primer lugar, le reconoce al Estado y a los jueces una potestad demasiado amplia para determinar la razonabilidad de los requisitos impuestos a la contratación en función de lo que se defina como el fin de la actividad que realiza la empresa, la "esencia" del negocio, como sostuvo la Corte Suprema de los Estados Unidos en *Griggs*. En el caso de las empresas aeronáuticas que sólo contrataban azafatas que respondiera al estándar de belleza de la época, éstas podrían aducir que su objeto comercial no es estrictamente y excluyentemente transportar pasajeros de un punto a otro del país, sino que su estrategia comercial apunta a conquistar un nicho de mercado formado por personas que desean viajar en avión pero que, además, puestos a elegir la compañía, prefieren hacerlo en aquella que les provee una sensación de pertenencia a tendencias glamorosas asociadas a ciertos estándares de belleza en particular representados por las azafatas. Es cierto que el juez puede descartar ese objeto por no considerarlo legítimo, pero esta definición implica que los jueces deberían evaluar en cada caso en particular cuál es el fin de la actividad que desarrolla la empresa, algo que no siempre es fácil de establecer.

Fuera del ámbito laboral, algo similar podría suceder con otros tipos de contratos, como por ejemplo los de alquiler, cuando el propietario se niega a rentar un inmueble a personas que pertenezcan a determinados grupos religiosos, nacionales, o de otra clase. Un ejemplo en este sentido es el que brinda el caso *Hertzriken, Luciano y otro c/ Sanfuentes Fernández, Magdalena s/ daños y perjuicios*, decidido por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala J, en Buenos Aires, el 11 de octubre del 2006. El caso se refiere a la situación en que la propietaria de un departamento en alquiler se negó a rentarlo a un posible futuro inquilino por ser judío. Según la evidencia aportada al caso por una testigo, la persona de la inmobiliaria contratada por la dueña del inmueble más precisamente, la propietaria manifestó que no quería alquilarle la propiedad a judíos, chinos u homosexuales. La Cámara entendió que la decisión de la propietaria había sido irrazonable y que debía com-

101. *Supra* nota 92.

pensar al frustrado inquilino por el daño moral producido. Es de destacar que entre los fundamentos del fallo se encuentran precedentes de la Corte Suprema de los Estados Unidos, como *Weimberger v. Wiesenfeld;*[102] *Califaro v. Goldfarb;*[103] *United States v. Virginia States and Virginia Military Institute,*[104] a pesar de que todos ellos se refieren a situaciones en las que las decisiones de tratos desiguales sobre la base de criterios irrazonables fueron tomadas por el Estado y no por particulares, lo cual es una cuestión radicalmente diferente. La sentencia de la Cámara no obligó a la propietaria a contratar a un inquilino que no deseaba, sino a compensarlo por el daño moral ocasionado a raíz de no haber querido alquilarle, lo cual no implica una restricción a la libertad de contratar en un sentido estricto, sino que aquellas personas que no deseen contratar sobre la base convicciones que tengan efectos discriminatorios pueden hacerlo siempre que estén dispuestas a pagar por las consecuencias de su decisión, sin que se les exija contratar a la persona con la que no desean hacerlo sobre la base de criterios prohibidos. Sin embargo, es posible interpretar el artículo 1ro de la Ley Antidiscriminatoria Número 23.592 en un sentido más estricto, pues cuando él establece que "quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, *será obligado*, a pedido del damnificado, *a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización* y a reparar el daño moral y material ocasionados. A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos".[105] Si la negativa de contratar *es* el acto discriminatorio, entonces *dejarlo sin efecto* o *cesar en su realización* podría implicar, no la compensación por el daño moral, sino alquilar el inmueble al demandante.

Es posible reconocer en el caso de los contratos algunos matices de algún modo similares a los que señalé en el caso del de derecho de asociación. No parece que requieran el mismo tipo de tratamiento contratos de diferente tenor como por ejemplo el que realizan los padres al solicitar los servicios de una niñera para sus hijos, o el que lleva a cabo una propietaria con sus inquilinos, o un hotel con sus huéspedes, o un restaurant con sus clientes. Existen diferencias entre estas relaciones contractuales similares a las que reconocimos entre las asociaciones íntimas, las expresivas, y las que se articulaban en torno al goce de un bien o servicio. Si el contrato se basa en la confianza que la persona tenga en la contraparte, por ejemplo, la confianza que

102. 420 US 636 (1975).

103. 430 US 199 (1977).

104. 518 U.S. 515 (1996).

105. El énfasis es mío.

los padres deben tener en una persona para encargarle el cuidado de sus hijos, es diferente al contrato que surge a partir de la oferta pública de alimentos por dinero, como sucede con un restaurant. Ofrecer alimento, alojamiento, vivienda o entretenimiento a cambio de dinero en establecimientos abiertos al público, convierte a la actividad a la cual está asociada el contrato en un servicio ofrecido en forma abierta que no parece poder quedar supeditado a que el co-contratante (el cliente, el usuario, el consumidor o el inquilino) cumpla con requisitos que no sean razonables, es decir, funcionales con el fin del contrato o del servicio o bien brindado. Este es el estándar que establece el Título II de la Ley de Derechos Civiles de 1964 en los Estados Unidos cuando crea la categoría de instalaciones públicas o *public accommodations*. La ley mencionada, y también la legislación de algunos estados, prohíben la discriminación de ciertos grupos especificados en la norma tanto en el ámbito laboral como en lugares considerados públicos. Si bien el tipo de establecimientos que entran bajo esta categoría varía de acuerdo con la norma federal o estatal de que se trate y el tipo de discriminación que pudiera tener lugar, como por ejemplo racial o basada en discapacidades físicas, las llamadas *public accommodations* son generalmente, pero no exclusivamente, establecimientos comerciales o empresariales, o edificios abiertos al público general o donde se ofrecen servicios a este último. Establecimientos en los que se venden alimentos, o en los que se ofrece alojamiento, combustible para automóviles o entretenimiento, son considerados *public accommodations.* En el caso particular del trato que se brinda a personas con discapacidad, según la ley específica sobre el tema a nivel federal (la *American with Disabilities Act*), el concepto es más abarcativo e incluye cualquier edificio abierto al público, sin importar el tipo de actividad que se desarrolle en él.

El concepto de *public accommodation* abre el camino para la aplicación del principio de razonabilidad, en el sentido de relación funcional entre el criterio que gobierna el trato de una persona y el fin buscado. Un establecimiento abierto al público para vender alimentos, como un restaurant, admite el ingreso de personas que puedan pagar esos alimentos y que se comporten de acuerdo con ciertas reglas de civilidad o convivencia. El dueño del local podría impedir el ingreso de quienes no estén dispuestos a pagar el precio establecido por esos alimentos o de quienes no se comporten debidamente. Sería pues *razonable* que no permita el acceso de estas personas y, por lo tanto, no estaría realizando un acto discriminatorio contrario a la igualdad ante la ley. Sin embargo, si en el mismo contexto, prohibiera el ingreso de afrodescendientes, entonces, por no ser ese requisito o criterio *funcional* al servicio ofrecido, sería entonces un criterio prohibido por *irrazonable* y, por ende, en conflicto con la igualdad ante la ley. Distinguir, y tratar de un modo diferente, a los *buenos clientes* de los que no lo serán –de acuerdo a indicios fehacientes– o no lo son, es razonable. Negar el servicio a un buen cliente sobre la base de su pertenencia a un grupo que el dueño de local detesta, no es compatible con la igualdad ante la ley.

Esta restricción del derecho de contratar (y el de no contratar), ha motivado la virulenta reacción de sectores libertarios y racistas en los Estados Unidos, al tiempo que la consideran también un avance sobre el derecho de propiedad sobre la base del argumento de que del mismo modo en que una persona puede decidir sobre quién entra a su casa, debería poder decidir quién entra a su establecimiento (restaurant u hotel).[106] Sin embargo, surge de la legislación descripta, de la jurisprudencia relevante y de desarrollos académicos en el derecho comparado, que existen razones que justifican hacer una distinción entre el ámbito estrictamente privado del hogar y el de los establecimientos abiertos al público.[107] No es lo mismo que un grupo de amigos aficionados a la cocina inviten a algunos comensales a una velada privada, incluso si les cobraran por esos alimentos, que un establecimiento sea abierto al público en general para venderle alimentos. Este caso del grupo de amigos guarda cierta similitud con aquellos de las asociaciones afectivas que recibirían un trato más permisivo a la hora de sopesar una posible interferencia estatal para proteger el derecho de igualdad de trato.

Suficiente hasta aquí para lo que se refiere a la aplicación del principio de razonabilidad a una específica clase de contratos. Existe, además, otro tipo de situación en la que incluso, mediando razonabilidad en las distinciones realizadas al momento de seleccionar co-contratantes, o existiendo un permiso para no ser razonable al momento de contratar utilizando criterios no funcionales a los fines de la actividad, el trato diferente entre particulares no resultaría admisible por formar parte de una práctica generalizada que arroja por resultado la exclusión de un grupo de personas de ámbitos relevantes para el desarrollo de sus planes de vida. Incluso en el caso hipotético en el que el conservador, racista y libertario triunfe imponiendo su posición respecto de la existencia de un derecho a ejercer la más absoluta y radical libertad para contratar, el tipo de situaciones a las que me referiré ahora daría paso a una justificación diferente de la interferencia estatal con esa libertad en ese tipo de casos.

Supongamos que existe una práctica extendida entre los propietarios de departamentos de no alquilárselos a personas que pertenezcan a una determinada raza, religión, condición sexual o nacionalidad, la imposibilidad de los miembros de ese grupo de ejercer plenamente sus derechos o el derecho a la igualdad de trato sólo sería revertida con una contundente intervención estatal que impidiera que las per-

106. VANCE, Laurence, "Discrimination and a Free Society", en http://www.lewrockwell.com/vance/vance205.html

107. No infiero, sin embargo, de esta distinción, que en el ámbito privado no sea posible en ningún caso admitir la intervención estatal. Por el contrario, hay muy buenas razones para evitar esta clásica y tajante distinción entre lo público y lo privado que ha conducido a censurables consecuencias.

sonas tomaran decisiones individuales, aparentemente desconectadas entre sí, pero que agregadas condujeran a cerrar prácticamente todas o casi todas las puertas que conducen a la posibilidad de ejercer derechos. Es preciso hacer una distinción que se encuentra implícita en el ejemplo que acabo de dar: no es lo mismo que existan casos aislados de negativas de alquilar departamentos a personas de un grupo específico (contratos que estarían basados en diferencias irrazonables o inconsistentes con el principio de funcionalidad entre medios y fines) y que se desarrolle una práctica generalizada, por ejemplo, de exclusión de un grupo racial de la posibilidad de alquilar una vivienda en un barrio o ciudad determinada, lo cual se vincula con las exigencias que se desprenden del principio de igualdad como no-sometimiento. En este tipo de situaciones, las demandas de intervención estatal para asegurar la igualdad ante la ley, entendida como no-sometimiento, no pueden detenerse en el respeto de la libertad de contratar, pero tampoco en la aplicación desnuda del principio de razonabilidad. La exigencia constitucional establecida a partir del principio de igualdad como no sometimiento se dirige a lograr que el Estado desmantele las estructuras sociales que redundan en la exclusión del grupo segregado y excluido. En este sentido, y como veremos seguidamente en el debate acerca de los remedios enervado por el caso *Álvarez*, estas situaciones de desigualdad estructural no serían revertidas por los limitados efectos parcialmente disuasivos de la aplicación de una compensación debida por el contratante que discrimina a favor de la víctima del trato discriminatorio. En este sentido, sólo la obligación de contratar (que no es más que la de impedir que el "derecho de admisión" se extienda hasta el extremo de bloquear el ingreso a un establecimiento abierto al público por pertenecer a una raza, un credo, una nacionalidad o una condición sexual, cuando esa raza, credo, nacionalidad o condición sexual se identifican con las características de un grupo excluido). Parece ser claro que ni la ley, ni la Constitución, ni los tratados internacionales suscriptos por Argentina que establecen el derecho a la igualdad de trato aspiran a una situación de ese tipo.

Es preciso señalar que, dado que los límites a la libertad de contratar, desde esta perspectiva, tienen por objeto desmantelar situaciones de exclusión sistemática y de discriminación estructural, la aplicación de este estándar no es simétrica. En otras palabras, no recibiría el mismo trato un establecimiento que brinde servicios de bar que no admita el ingreso de homosexuales, que aquél que *sólo* admita homosexuales. Mientras que el primero contribuye con una práctica generalizada de excluir a las personas homosexuales de los ámbitos públicos que comparten los heterosexuales (que se suma a la exclusión de estas personas de muchos otros ámbitos como los laborales, educativos, culturales, etc.), en el segundo caso, los efectos de esa admisión parcializada de consumidores no generan la exclusión sistemática de los heterosexuales de la mayoría de los ámbitos relevantes para desarrollar sus planes de vida convirtiendo a los heterosexuales en un grupo segregado. Nótese que la aplicación del principio de igualdad como no discriminación, y de su corolario, el

principio de razonabilidad, tendría un alcance simétrico respecto de ambas situaciones, mientras que el principio de igualdad como no sometimiento tendría el alcance asimétrico que esbocé en el ejemplo de este párrafo. Me referiré específicamente a los efectos simétricos y asimétricos de ambos enfoques más adelante.

El caso *Álvarez* y la igualdad de trato en las relaciones laborales

En 7 de diciembre de 2010 la Corte Suprema de Justicia de la Nación decidió el caso *Álvarez,*[108] un fallo sumamente relevante en el que se avocó en profundidad a tratar la relación que, según el tribunal, debe darse en nuestro derecho constitucional entre la igualdad ante la ley y el derecho a contratar entre particulares en la situación específica de una relación de empleo. Veamos los hechos del caso. Un grupo de empleados de la empresa Cencosud S.A. creó un nuevo sindicato, el de Empleados Jerárquicos de Comercio y seis de ellos formaron parte de su comisión directiva. Luego de que el presidente de esa comisión intimó a la empresa al pago de las diferencias salariales correspondientes a la categoría, uno de los gerentes de la empleadora le solicitó la lista de integrantes de la comisión. Pocos días más tarde, todos ellos fueron despedidos sin causa. Los seis empleados demandaron a la empresa por considerar que el despido había sido un acto discriminatorio y exigieron la reinstalación en los cargos y una reparación económica. La Sala II de la Cámara de Apelaciones del Trabajo, por mayoría, confirmó el fallo de primera instancia favorable a ambas pretensiones fundando la decisión en el artículo 1ro de la Ley Antidiscriminatoria Número 23.592. La Corte Suprema denegó el recurso extraordinario interpuesto por la demandada, lo cual dio lugar a la interposición de la queja. Tres cuestiones fundamentales fueron objeto de tratamiento en el fallo. En primer lugar, si la Ley Antidiscriminatoria y otras normas protectorias de los derechos humanos –sobre todo en el marco del derecho internacional– son aplicables a tratos que tuvieran lugar entre particulares y, específicamente, entre empleadores y trabajadores. En segundo lugar, la Corte debió analizar si la libertad de contratar estaba, como consecuencia de la aplicación de esas normas, limitada por la obligación de respetar el derecho a ser tratado igual establecido en el artículo 16 de la Constitución Nacional. Finalmente, en tercer término, el Tribunal dirigió su atención a la situación en la que si el despido hubiere violado el derecho a la igualdad de trato, si el remedio que debían aplicar los jueces tenía ser el de la reinstalación de los trabajadores en sus empleos (además de una compensación por los daños sufridos) o si, en el caso que la reinstalación fuera rechazada por el empleador o no estuviera prevista en leyes

108. *Álvarez, Maximiliano y otros c. Cencosud S.A. s/ acción de amparo,* decidido el 7 de diciembre de 2010 por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, publicado los archivos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en A. 1023 XLIII, Recurso de Hecho.

específicas, debía este último indemnizar a los despedidos en forma agravada. El voto de los siete miembros del tribunal coincidió en las dos primeras cuestiones, pero se dividió respecto del tercer punto.

Todos los magistrados estuvieron de acuerdo en que existe en el derecho argentino, tanto por vía del derecho constitucional, como por los múltiples compromisos internacionales asumidos por el Estado Nacional, una clara obligación del Estado de respetar (obligación negativa) y hacer respetar por terceros (obligación positiva) el derecho a no ser discriminado. Esta segunda obligación de tomar medidas positivas para hacer respetar la igualdad ante la ley es lo que, según la Corte, habilita al Estado a tomar decisiones que regulen las relaciones entre particulares, entendiendo que la Ley Antidiscriminatoria, Número 23.592, constituye una manifestación del ejercicio de esa facultad derivada de la obligación positiva requerida por el derecho a ser tratado igual. En efecto, los siete miembros del tribunal adhirieron a esta postura. El fallo enfatiza sobre todo que el fundamento de este mandato se encuentra en las obligaciones internacionales contraídas por el Estado argentino en materia de derecho laboral como por ejemplo lo establecido por el Convenio N° 111 de la OIT sobre Discriminación en el Empleo y Ocupación de 1958, ratificado por Argentina en 1968. Por medio de este compromiso internacional, sostuvo la Corte que, de acuerdo con lo estipulado en su artículo 2, "el Estado se obligó a formular y llevar a cabo una política nacional que promueva, por métodos adecuados a las condiciones y a la práctica nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con el objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto". La Corte también cita como fundamento de esta obligación del Estado argentino, la Declaración Socio-Laboral del Mercosur, de 1998, según la cual todo trabajador "tiene garantizada la igualdad efectiva de sus derechos, tratamiento y oportunidad en el empleo y ocupación […] en conformidad con las disposiciones legales vigentes", y que, según lo establece en su artículo 1ro, las partes "se comprometen a garantizar la vigencia de este principio de no discriminación". Finalmente, la Corte Suprema también se apoya en la Opinión Consultiva Número 18 de 2003 (OC-18) de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre la *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados,* en la que el tribunal regional se refiere específicamente al principio de igualdad y no discriminación en el ámbito de las relaciones de trabajo. La OC-18 establece que el principio acarrea obligaciones tanto para los Estados como para los particulares, debiendo los primeros, por un lado, abstenerse de realizar acciones que directa o indirectamente crearan situaciones de discriminación *de jure* o *de facto*, al tiempo que les imponen la obligación de adoptar medidas positivas tendientes a revertir o cambiar situaciones discriminatorias que pudieran tener lugar en una sociedad y el "deber especial" de protección de las personas respecto de prácticas de terceros "que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias".[109]

109. Del voto de la mayoría en *Álvarez* (Considerando 4).

En lo que se refiere al derecho nacional, la Corte, por medio del voto de la mayoría, también utilizó como fundamento de su argumento el Anexo II del Pacto Federal del Trabajo, ratificado por la Ley 25.212 que identificó entre las infracciones más graves las "decisiones del empleador que impliquen cualquier tipo de discriminación en el empleo o la ocupación por motivos de: raza, color, ascendencia nacional, religión, sexo, edad, opinión política, origen social, gremiales, residencia o responsabilidades familiares" (artículo 4.a). Sin embargo, el énfasis de la justificación normativa de la decisión de la Corte Suprema respecto de la obligación de los particulares de respetar el derecho a la igualdad de trato se centró en las obligaciones internacionales, particularmente en acuerdos referidos a derechos humanos y a derechos de los trabajadores. El Tribunal no hace una referencia enfática a cláusulas constitucionales que podrían ser también una valiosa fundamentación de su argumento como aquellas incluidas, por ejemplo, en la reforma de 1994. Como he sostenido previamente en este ensayo, esa enmienda ha adoptado una serie de cláusulas referidas a las facultades del Congreso de la Nación que proveen de fundamentos incluso más sólidos que aquellos a los que la Corte Suprema de los Estados Unidos debió echar mano cuando interpretó, no sin algo de esfuerzo, la Cláusula Comercial. Como ya se mencionó, al menos dos incisos del artículo 75 de la Constitución Nacional, el 13 y el 19, referidos a las atribuciones del Congreso, hacen referencia a las facultades regulatorias del Poder Legislativo Nacional en función de asegurar la igualdad ante la ley, o el derecho a no ser discriminado. En suma, respecto de la tensión entre la obligación de no discriminar (y la consiguiente facultad regulatoria del Estado expresada en la Ley 23.592) y la libertad de contratar, tanto la mayoría como el bloque disidente entienden que la Ley Antidiscriminatoria es parte de la exigencia constitucional y que es aplicable a las relaciones entre particulares, en especial a la que es objeto de disputa en el caso y que se da a través de un contrato de trabajo. La decisión no ofrece un mayor desarrollo argumental sobre la justificación de la facultad del Estado, en particular del Congreso, de interferir con la libertad de contratar (o con la autonomía personal establecida en el artículo 19 de la Constitución Nacional), aunque lo da por supuesto. La Corte Suprema, tanto a través de la mayoría y de la minoría en este caso, aceptan como dada la facultad del Parlamento de regular la libertad de contratar en función de la obligación de proteger y hacer respetar el derecho a la igualdad de trato o la justifican en compromisos internacionales del Estado argentino. El esfuerzo que la Corte Suprema de los Estados Unidos hizo a partir de 1937 de fundar esa facultad regulatoria –expresada en su jurisprudencia y, luego, por ejemplo, en la Ley de Derechos Civiles de 1964–, a partir de la interpretación de la Cláusula Comercial de la Constitución de ese país, no encuentra paralelo en el fundamento que el Congreso dio a la Ley 23.592 o el que la Corte Suprema exhibe para justificar su decisión en *Álvarez*. Sin embargo, la Constitución parece proveer un marco normativo fecundo para desarrollar una justificación constitucional sólida de la facultad de sancionar normas regulatorias que limiten la

libertad de contratar en función de permitir un ejercicio completo de la igualdad de trato, pero ello no es mencionado por el Alto Tribunal en forma explícita.

En resumen, todos los jueces coinciden en que existen suficientes fundamentos de derecho positivo respecto del primer punto referido a si la obligación de trato igual alcanza, además de al Estado, a los particulares. Respecto del segundo punto, el referido a la tensión entre el derecho a la libertad de contratar y el derecho a la igualdad de trato, y si este último impone límites al ejercicio del primero, una vez más, los siete jueces están de acuerdo con la respuesta afirmativa a esa cuestión, aunque tienen diferencias que se expresaran en el tratamiento que la mayoría y la minoría le dan al alcance de las obligaciones del empleador en su deber de no afectar la igualdad ante la ley de los trabajadores. De este modo, la división de la Corte en dos bloques disidentes, uno mayoritario y otro minoritario, se suscita en cuanto al remedio que puede ordenarse. Mientras que los cuatro jueces que conforman la mayoría decisoria del fallo, Carlos S. Fayt, Enrique Petracchi, Juan Carlos Maqueda y Eugenio R. Zaffaroni, se pronuncian a favor de exigir la reinstalación de los empleados en sus puestos de trabajo en todos los casos en los que el despido hubiera estado fundado en un acto discriminatorio, los restantes tres magistrados emiten una disidencia parcial –pues difieren en el punto del remedio– y sostienen que si el empleador se rehusara a la reinstalación, entonces deberá imponérsele la carga de una indemnización agravada por haber fundado el despido en una decisión discriminatoria.

El bloque mayoritario expresa con claridad su posición en el Considerando séptimo de su voto concurrente:

> "cabe juzgar que tampoco puede verse incompatibilidad alguna entre la reinstalación del trabajador víctima de un distracto discriminatorio y el derecho a contratar y ejercer toda industria lícita del art. 14 de la Constitución Nacional, que invoca el apelante con arreglo al caso *De Luca*, de 1969 (*Fallos*: 273:87). Esto es así, por muy variados motivos. En primer lugar, la *ratio decidendi* del precedente se circunscribe, sin dudas, a una cuestión distinta de la antedicha, como lo fue la relativa al art. 17 de la Constitución Nacional y el derecho de propiedad en su nexo con los "salarios" o "remuneraciones" materia de examen en esa oportunidad. En segundo término, el *sub examine*, contrariamente a *De Luca*, no pone en la liza un régimen general de estabilidad propia o absoluta como protección contra todo despido arbitrario, sino la reincorporación, para el litigo y en el litigio, derivada del singular motivo de ruptura del contrato de trabajo: la discriminación".

Y luego agrega, citando el caso *Prattico*, que:

> "toda vez que la libertad de contratar del empleador entre en conflicto con la libertad contra la opresión del empleado u obrero, esta última debe prevalecer sobre aquélla,

> porque así lo requieren los principios que fundan un ordenamiento social justo. No otro es el sentido de la cláusula que los Constituyentes de 1957 agregaron a continuación del art. 14 de la Ley Fundamental" (*Fallos*: 246:345, 349, con cita de la sentencia *West Coast Hotel Co. v. Parrish* de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América). Y ello también condujo, en *Roldán c/ Borrás*, a rechazar las invocaciones del derecho de propiedad y la libertad de contratar formuladas para impugnar constitucionalmente las prestaciones impuestas al empleador en favor del empleado en razón de los hijos de éste, destacando el Tribunal que 'el fundamento valorativo de la solución' reposaba 'en inexcusables principios de justicia social (*Fallos*: 181:210; asimismo: Fallos: 189:234; 246:345 y otros) y en la ponderada estimación de las exigencias éticas y condiciones económico-sociales de la colectividad a la que se aplica' (*Fallos*: 250:46, 48/50)".

Finalmente, para la mayoría del Tribunal, la reinstalación equivale a la "plena reparación",[110] y, citando lo dicho por la Corte Suprema de los Estados Unidos en *Milliken v. Bradley* (1977),[111] sostiene "que las reparaciones (*remedies*) a las 'víctimas de una conducta discriminatoria' deben orientarse lo más cerca posible para 'reponer' a éstas 'en la posición que hubiesen ocupado en ausencia de dicha conducta"[112] a lo que agrega "que sólo un entendimiento superficial del artículo 14 bis llevaría a que la 'protección contra el despido arbitrario' implicara una suerte de prohibición absoluta y permanente a toda medida de reinstalación".[113] Sin embargo, vale aclarar que en el caso que esta interpretación sea correcta, ello no implica que la no existencia de una prohibición absoluta derive necesariamente en una exigencia constitucional de reinstalación en todos los casos, como luego lo señalará la disidencia parcial.

Los restantes tres jueces, Ricardo L. Lorenzetti, Elena I. Highton y Carmen Argibay, están en desacuerdo con la mayoría en este punto, y proponen un desarrollo diferente respecto del remedio adecuado cuando se detecta un "acto discriminatorio" en los términos de la Ley 25.592. Estos magistrados dirigen su atención a la necesidad de considerar la protección constitucional que recibe la libertad de contratar (y su corolario, como reclamaban los segregacionistas norteamericanos, la libertad de *no contratar*). Así, los disidentes reconocen los límites que el Estado tiene al proponerse interferir con la libertad de contratar y entienden que ellos se relacionan con la imposibilidad de *obligar* al agente que discrimina a contratar con quien no desea hacerlo. En conclusión, ellos proponen resolver la tensión a través de la determinación del remedio a aplicar, *respetando* el derecho a no contratar

110. Ver Considerando octavo del voto de la mayoría.

111. 433 U.S. 267

112. Ver Considerando octavo del voto de la mayoría.

113. Ver Considerando noveno del voto de la mayoría.

(pues no obliga a la empresa a hacerlo), pero agravando la compensación hacia el trabajador discriminado, obligando al empleador a pagar una suma que va más allá de lo debido en un despido sin justa causa. En este sentido, sostienen que la reinstalación sólo procedería en los casos expresamente establecidos por la ley,[114] o en los casos en los que el empleador aceptara llevar a cabo la reinstalación.[115] En todas las restantes situaciones, cabría una indemnización agravada. Es preciso decir que esta solución, ceñida a los hechos del caso no resuelve la tensión entre la igualdad de trato y la libertad de contratar al momento de incorporar nuevos empleados, dado que la decisión de la Corte y, en particular, la disidencia parcial se pronunciaron sólo respecto de la libertad de contratar ejercida al momento de finalizar una relación contractual. De acuerdo con el razonamiento de los disidentes, parecería que si una empresa –o el propietario de un inmueble en alquiler, para citar otro ejemplo fuera del ámbito laboral– rechazara potenciales trabajadores –o inquilinos– basándose en sus convicciones racistas, ello implicaría también una obligación de compensar pero no de contratar. En el caso *Hertzriken*, mencionado más arriba, la decisión de la Cámara fue la de condenar a la demandada a compensar económicamente al inquilino no deseado a causa de su religión o pertenencia comunitaria por el daño moral ocasionados, lo cual nos lleva a preguntarnos si es posible desprender de la posición de la disidencia en *Álvarez* que la obligación del Estado de hacer respetar el derecho a ser tratado igual por otros particulares se limita a establecer un régimen de compensaciones agravadas en lugar de, o en adición a, un límite *real* a la obligación de contratar que obligue a hacerlo con quien no deseen hacerlo. La solución de la tensión entre la libertad de contratar y la obligación de no discriminar por medio de la aplicación de una especie de sanción económica implica una elevación del costo de discriminar, pero no su prohibición. Es más, tal como sucede en políticas similares referidas a prácticas industriales contaminantes del medioambiente, en las que se "paga por contaminar",[116] esta solución aplicada al campo de la discrimina-

114. Ver Considerando décimo sexto del voto de la disidencia.

115. Ver Considerando décimo octavo del voto de la disidencia.

116. MIRANDA, Marisa A., "Ambiente y proceso judicial en sede civil (Articulación entre los medios tradicionales y los requerimientos sociales respecto a la protección ambiental", publicado en *La Ley Online*. La autora dice: "El principio 'contaminador-pagador', que se origina a partir del análisis económico del derecho, ha sido aplicado en los países de avanzada desde al menos 30 años atrás. Dicho principio sostiene, resumidamente, que quien causa un determinado deterioro debe hacerse cargo de los gastos requeridos para su corrección. Según Cano (1978) es posible inferir que el que resulte responsable distribuirá este costo adicional de producción entre los que compran sus productos o son usuarios de sus servicios. Se produce lo que en términos económicos se conoce como internalización de las externalidades. Esto supone una 'socialización' de los incrementos de los costos de producción, que no es fácilmente justificable. La genuina equidad se lograría si no se ven afectados (económicamente) los que no producen el deterioro o no se benefician con dicha

ción parece llevar a una política de "pagar por discriminar", pero no a impedir la discriminación. Esto podría, quizá, ser admisible en casos aislados de tratos discriminatorios por arbitrarios y no razonables, pero sería inadmisible en casos de discriminación estructural desde la perspectiva de la igualdad como no-sometimiento. Podría deducirse entonces que los disidentes parciales no quisieron avanzar sobre la libertad de contratar tanto como el Congreso y la jurisprudencia de los Estados Unidos lo hiciera desde 1937, y en particular con la sanción de los Títulos II y VII de la Ley de Derechos Civiles de 1964, o como finalmente lo hicieron los integrantes de la mayoría en *Álvarez*.

Pese a las diferencias obvias y contundentes entre los dos bloques de jueces, creo, sin embargo, que ambos se mueven en cierta forma en torno al mismo paradigma: el de la igualdad como no-discriminación y no el de la igualdad como no-sometimiento. El voto de la mayoría equipara la reinstalación con la plena reparación individual del empleado despedido, mientras que el voto de la minoría entiende que la reinstalación como reparación debe limitarse a algunos casos excepcionales mientras que, para los restantes, en pos de preservar el derecho a la libertad de contratar, es necesario agravar la indemnización pero no hacer lugar al pedido de reinstalación. Ambos bloques de jueces están en desacuerdo en el modo en que debe operarse la reparación, pero no disienten en que el remedio a ordenarse debe constituir algún tipo de reparación al empleado despedido. En ningún momento los magistrados de uno u otro bloque hacen referencia a la posibilidad de que el despido discriminatorio se dé como consecuencia de una situación de sometimiento de los trabajadores por ser miembros de un grupo sojuzgado y la necesidad de desmantelar estructuras de desigualdad estructural, quizá porque éste no era el caso de los trabajadores despedidos en el caso *Álvarez*. Es cierto que hay una referencia al concepto de *opresión* cuando la mayoría, citando el caso *Prattico,*[117] sostiene que:

> "en orden a lo que, dentro del derecho constitucional argentino, puede llamarse salario mínimo vital, toda vez que la libertad de contratar del empleador entre en conflicto

situación (. . .). Así expuesto, el PCP parte de un par de hipótesis de dudosa o nula legitimidad: los recursos naturales son inagotables, y sus componentes son compartimientos exentos de interrelaciones. Miranda (1997), en vista de ello, propone estudiar el contenido ético del PCP, un precepto que esencialmente otorga el derecho de contaminar a cambio de un resarcimiento pecuniario. La imposición de multas a los ofensores no parece garantizar la preservación del medio ambiente o su saneamiento en caso de hallarse polucionado. Tal multa o sanción pecuniaria es un elemento que ingresa en la relación costo/beneficio del contaminador, y que decide desde su simple absorción por parte de la empresa al cese de actividades con despido del personal. El PCP es, por ende, moralmente inaceptable. Así lo reafirma De Arenaza (1983), proponiendo su rechazo, en tanto que significa legislar la noción de "dañe y pague".

117. *Fallos*, 246:345

con la libertad contra la opresión del empleado u obrero, esta última debe prevalecer sobre aquella, porque así lo requieren los principios que fundan un ordenamiento legal justo. No otro es el sentido de la cláusula que los constituyentes de 1957 agregaron a continuación del art. 14 de la Ley Fundamental".

Sin embargo, esta noción de "opresión" de los trabajadores por parte de los empleadores, parece tener más que ver con el desequilibrio entre las partes contratantes típico de las relaciones de empleo, que con la idea de grupo sometido en el sentido que definían Fiss, Post, o Siegel. En síntesis, las posiciones de los dos bloques de jueces son radicalmente opuestas en lo que concierne a los remedios, pero comparten el paradigma de la igualdad como no-discriminación. Mientras la mayoría considera que la reinstalación como plena reparación debe imponerse en todos los casos (con el consiguiente límite extremo a la libertad de contratar), la minoría disidente parcial considera que, salvo excepciones previstas en la ley, la reinstalación no puede proceder prácticamente en ningún caso (con el consiguiente daño eventual a la igualdad de trato de grupos estructuralmente desiguales o desde la igualdad entendida como no-sometimiento). Esta discrepancia profunda, no obstante, se reclina sobre lo que ambas posiciones comparten: que lo que está en juego es la reparación individual por el despido arbitrario basado en causas discriminatorias de los empleados expulsados de sus trabajos, pero no hacen referencia alguna a la concepción de igualdad que busca evitar tratos identificados con el sometimiento de grupos. Creo que esta segunda visión de la igualdad podría haber ofrecido una posición diferente a las dos articuladas por la mayoría y la minoría en *Álvarez*, de modo de considerar a la reinstalación como exigida en casos de tratos asociados a situaciones de desigualdad estructural, y la indemnización agravada en los casos en los que el despido haya sido fundado en discriminación como trato irrazonable. La libertad de contratar es un derecho constitucional que requiere ser protegido, tanto como la igualdad ante la ley, por lo que la máxima intromisión sobre el primero –en el sentido de compeler a alguien a contratar con quien no tiene voluntad de hacerlo– debe estar justificada en la obligación del estado de desmantelar situaciones de sometimiento de grupos o de desigualdad estructural,[118] las cuales, al ser provocadas por extendidas prácticas sociales, sólo pueden ser revertidas por

118. Es posible articular razones para justificar otras interferencias estatales con la libertad de contratar diferentes de las que tienen por objeto proteger la igualdad como no-sometimiento, como por ejemplo las que podrían aplicarse a casos como *Álvarez* con miras a proteger el derecho de los trabajadores a sindicalizarse, pues si el despido con indemnización agravada en este tipo de situaciones fuera permitido, ese derecho se vería prácticamente impedido en su ejercicio pues los sindicatos nuevos verían severamente obstaculizada la posibilidad de conformarse. Agradezco a Víctor Abramovich por ayudarme a ver este punto que, a pesar de ser sumamente importante, me excuso de desarrollar por no ser materia central de análisis en este ensayo.

una fuerte intervención estatal, que en este caso se expresa en la obligación de contratar. Por su parte, los tratos desiguales irrazonables, como los despidos arbitrarios no asociados a situaciones de desigualdad estructural de grupos histórica o sistemáticamente tratados de modo excluyente, merecerían, desde esta perspectiva propuesta, ser atendidos con un nivel de interferencia menor sobre la libertad de contratar de modo que estaría justificada la indemnización agravada pero no la obligación de contratar con quien no se desea.[119] Creo que de este modo se evitarían los riesgos a los que ambas posiciones articuladas en *Álvarez* parecen someter a los derechos en juego. Por un lado, la mayoría considera que todo despido fundado en criterios irrazonables constituye una violación de la igualdad que permite interferir drásticamente con la libertad de contratar prácticamente fulminándola en todos los casos. Por otro lado, la reticencia de los jueces disidentes a avalar una intrusión más profunda en el ejercicio de la libertad de contratar no parece percibir que algunos despidos arbitrarios pueden ser parte de una práctica generalizada de exclusión de un grupo específico del mercado de trabajo –como por ejemplo las mujeres– que jamás podría revertirse si no a través de imponer la obligación a los empleadores a contratar a los miembros de ese grupo. No todos los despidos arbitrarios son parte de prácticas de segregación de grupos, pero algunos sí lo son. Si tratamos a todos los despidos contrarios a la igualdad de trato del mismo modo corremos el riesgo de, o bien impedir el ejercicio de la libertad de contratar en situaciones que podrían resolverse con medidas menos intrusivas como la indemnización agravada –como sucede con el voto de la mayoría–, o bien no tomar las debidas medidas desde el Estado para desmantelar situaciones de desigualdad estructural provocadas por la práctica generalizada de exclusión de un grupo –como sucede con el voto de los disidentes–. Ambas posiciones esgrimidas por los dos bloques de jueces de la Corte Suprema pierden de vista las situaciones de desigualdad estructural y tratan a todos los despidos como arbitrarios y de impacto individual, desde una visión relacionada con la idea de igualdad que maneja y que constituye la concepción dominante en la tradición jurisprudencial del tribunal: la igualdad como no-discriminación. Como sostuve anteriormente, la igualdad como no-discriminación se relaciona con el principio de razonabilidad que surge como principio rector en las relaciones de los particulares con el Estado y que luego se extiende a las relaciones entre particulares por medio de doctrinas tales como la de *BFOQ*. Sin embargo, la aplicación del principio de razonabilidad aplicado a la libertad de contratación obliga al estado –y al juez– a una permanente evaluación de los fines empresarios o los objetivos de los contratos, y la consiguiente estimación de la adecuación de los criterios de contratación a esos fines. La amenaza de una posible desaparición de la libertad de contratación es demasiado grande y, sin duda, preocupa a los liberales que quieren conciliar igualdad

119. Con excepción de situaciones como la aludida en la nota al pie número 118.

y libertad en estos casos. Esto no quiere decir que la razonabilidad no sea un criterio adecuado para juzgar relaciones entre particulares, pero en casos como los de la libertad de contratar, en los que los derechos se definen por la libertad de decidir de acuerdo a criterios no siempre ni necesariamente racionales (como la confianza, la afinidad o el sentimiento de afecto), el alcance del límite basado en la razonabilidad es más acotado y da lugar, a lo sumo, a una compensación económica si medió un daño, pero no puede forzar la contratación, tal como sostuvo la minoría en *Álvarez*.

La concepción de la igualdad como no-sometimiento provee un aparato conceptual más limitado (en el sentido de que alcanza a menos casos), pero más profundo en cuanto al nivel de intervención, pues podría llegar a obligar al empleador –o al propietario de un inmueble en alquiler– a contratar incluso con quien no quiere y no sólo a compensar por el rechazo como co-contratante. Analizaré este argumento en la siguiente sección.

Igualdad como No-Sometimiento y Trato Igual entre Particulares

La autonomía personal es un valor demasiado importante y tan fundamental en una democracia liberal que la interferencia estatal con ella debe estar fuertemente justificada y, en alguna medida, esa justificación debería estar relacionada con la protección de la propia autonomía personal.

El recurso al principio de igualdad como no-discriminación para interpretar el alcance de la norma constitucional tiene dos efectos que podrían ser objeto de crítica. Por un lado, el juicio sobre la razonabilidad del criterio escogido, en el caso del derecho a contratar, por ejemplo, obliga a evaluar e incluso a definir el objeto o "esencia" de la actividad que realiza la compañía acusada de trato desigual inconstitucional. ¿Es la finalidad de la actividad de la aerolínea comercial *sólo* la de transportar pasajeros? ¿Es ese tipo de finalidad lo único que importa al momento de evaluar sus decisiones de contratación de personal? ¿No es la decisión sobre la apariencia o presencia y estilo de los empleados parte de una estrategia comunicacional o de marketing de la empresa? ¿Es posible interferir con decisiones de imagen empresarial? Algo parecido sucede con el derecho de asociación, sobre todo cuando las asociaciones entre personas se producen, como vimos más arriba, a partir de afinidades o para divulgar un mensaje en forma colectiva. El requerimiento de razonabilidad en el establecimiento de requisitos para realizar contratos o para asociarse en los casos mencionados invade la esfera de autonomía de la persona de un modo que podría incluso desplazarla completamente. Obligar a una persona a asociarse con quien no quiere no es una mera regulación de la libertad de diseñar el propio plan de vida, de acuerdo con lo establecido en el Artículo 19 de la Constitución Nacional, sino que podría, dependiendo del caso particular, implicar la anulación completa de ese aspecto del plan de vida. Un caso claro de este último tipo estaría dado por la particular asociación entre dos personas que deciden casarse. Por ese motivo, la

interferencia con la autonomía personal debería darse sólo en casos extremos en los que el valor en juego sea tan relevante como para justificar esa enorme interferencia. Quizá, incluso, ese valor en juego debería estar relacionado con la protección de la autonomía misma de terceros para que la interferencia esté justificada.

El segundo problema que enfrenta el recurso al principio de igualdad como no-discriminación, y su corolario, el estándar de razonabilidad, es que éste último estaría bloqueando la posibilidad de establecer políticas de acción afirmativa en situaciones que involucren a particulares, dado que esas políticas, por definición, recurren a requisitos que no son funcionales a los fines buscados con el establecimiento de criterios de admisión (en el empleo, por ejemplo), sino con otros fines, tales como la inclusión en cierta actividad de grupos histórica o sistemáticamente excluidos de ella.[120] Desarrollaré este punto más adelante.

Los problemas que señalo se relacionan con las peculiaridades del principio de igualdad como no-discriminación y su derivado, el test de razonabilidad como única forma de detectar decisiones, acciones o prácticas violatorias del derecho de igualdad de trato. Este principio parece operar sin inconvenientes en situaciones en las que no existen desigualdades estructurales, tratos desiguales injustificados y grupales sostenidos en el tiempo y naturalizados. Si la selección de músicos para la orquesta que mencioné más arriba tuviera lugar en un contexto en el que las mujeres y los afrodescendientes no fueran histórica y sistemáticamente excluidos de ellas y de otras esferas de la vida cultural, social o política, el estándar de razonabilidad o la *neutralidad* (en el sentido de la ceguera) del selector, sería lo justificado. Sin embargo, en contextos de trato desigual histórico y sistemático de grupos específicos, el principio de igualdad como no-sometimiento y el test de razonabilidad, no parecen operar correctamente por ignorar la relevancia del contexto.

El principio de igualdad como no-sometimiento, en cambio, parece funcionar mejor en esas situaciones. Este principio se apoya sobre una idea de igualdad que rechaza el sometimiento de grupos, su exclusión o su segregación. Se opone, en síntesis, a la cristalización de lo que el Juez Brennan de la Corte Suprema de los Estados Unidos llamó en el caso *Plyler v. Doe* un sistema de castas.[121] Si consideramos que una sociedad se encuentra tolerando una situación de este tipo respecto de algún grupo, existe una obligación constitucional del Estado en virtud de su compromiso con la igualdad ante la ley –en el sentido de igualdad como no-sometimiento–, de desmantelar esa situación, objetivo que no puede ser alcanzado por aquellos que son parte de la práctica, como víctimas o como responsables de ella. Estas situaciones de segregación o exclusión de grupos tienen lugar, muchas veces, más allá de lo

120. SABA, *supra* nota 38.

121. 457 U.S. 202 (1982). Ver también voto del Juez Brennan en *Hernández v. Texas*, 347 U.S. 475 (1954). También ver FISS, *supra* nota 33.

que las regulaciones estatales establezcan. Ellas son el producto de hábitos o costumbres sociales, que surgen a partir de miles de pequeñas decisiones individuales tomadas por personas particulares que incluso no deben necesariamente estar de acuerdo entre sí ni perseguir, individual o colectivamente, el objetivo de segregar a un grupo. Estas prácticas pueden simplemente *suceder*, pero las obligaciones positivas del Estado respecto de los derechos reconocidos constitucionalmente exigen que el Estado no permanezca pasivo, sino que intervenga para asegurar el respeto de esos derechos. La cristalización de un sistema de castas atenta contra la igualdad entendida como no-sometimiento e implica la destrucción de la autonomía personal de las personas que, habiendo perdido control sobre sus planes vida, viven de acuerdo con los mandatos de un sistema de exclusión y segregación que no pueden modificar por sí solos o por medio de acciones individuales. Esta situación es de tal gravedad y de tamaña contradicción con el principio de autonomía mismo, que la interferencia estatal con las decisiones particulares que contribuyen a generar esa situación no son una opción para el Estado, sino un mandato constitucional.

Efectos Simétricos y Asimétricos

La justificación del derecho a ser tratado igual en el marco de relaciones entre particulares puede construirse, entonces, sobre la base del principio de igualdad como no discriminación o a partir del mandato del principio de igualdad como no sometimiento. Los efectos y consecuencias de basar el derecho en uno u otro principio arroja resultados divergentes en cuanto a lo que podríamos llamar los efectos de la aplicación de la regla de igualdad ante la ley, pues ellos serían simétricos o asimétricos dependiendo de la versión del principio de igualdad que adoptemos.

El principio de igualdad como no discriminación requiere de tratos razonables, en el sentido de tratos que no pueden basarse en criterios o requisitos que no sean funcionales al fin buscado al hacer la distinción en el trato. El sexo de la personas, por ejemplo, sería un criterio irrazonable para contratar empleados en una heladería y, entonces, el efecto de la aplicación de este estándar sería *simétrico* para varones y mujeres, pues el principio de igualdad es interpretado como un obstáculo para tratar a las personas en virtud de su sexo, cualquiera sea.

Por su parte, el principio de igualdad como no sometimiento conduce a interpretar las obligaciones estatales en el sentido de reconocer el deber de desmantelar situaciones de exclusión de grupos estructuralmente discriminados como, por ejemplo, las mujeres. Ello justificaría la sanción de regulaciones estatales tendientes a contribuir con ese desmantelamiento, como por ejemplo aquellas que establecen restricciones a la libertad de contratar o de asociarse que tengan por objeto evitar la perpetuación de la situación de exclusión o discriminación del grupo en cuestión. De este modo, la justificación de la interferencia estatal con la libertad de contratar o de asociarse no permite un alcance *simétrico* a ambos sexos, sino *asimétrico*, pues si

bien existirían razones que justifican las restricciones a la libertad de contratar para revertir la situación de desigualdad estructural de las mujeres, no habría razones que justifiquen una interferencia similar referida a la contratación de varones, pues estos últimos no forman parte de un grupo sistemáticamente excluido del ejercicio de sus derechos, como por ejemplo el derecho a trabajar. En otras palabras, el caso *Freddo*, en el cual la empresa sólo contrataba varones, no sería resuelto igual, a la luz del principio de igualdad como no-sometimiento, que un caso en el cual una empresa tuviera una política según la cual sólo contratara mujeres. Según el principio de igualdad como no sometimiento, existirían razones para que el Estado interfiriera con la libertad de contratar de *Freddo*, con miras a desmantelar una situación de desigualdad estructural de trato que afecta a las mujeres en el mercado de trabajo, pero no se podrían aplicar esas mismas razones para autorizar la interferencia estatal con la libertad de contratar de aquella empresa que, al no contratar varones, no estaría contribuyendo a la perpetuación de exclusión de grupo alguno, pues los varones no forman parte de un grupo segregado del mercado de trabajo.

De acuerdo con esta visión de la igualdad como no sometimiento, el contexto es relevante y es preciso examinar cada caso en particular para poder establecer si en una situación determinada la decisión individual de una persona en ejercicio de su libertad de contratar forma parte de una practica de exclusión social que arroja como resultado la conformación de una casta o la exclusión sistemática de grupos de personas de la posibilidad de ejercer sus derechos o de desarrollar su autonomía. En este sentido, es preciso hacer una distinción que se encuentra implícita en el ejemplo de los contratos laborales –o en los de contratos de alquiler– que acabo de dar: no es lo mismo que existan casos aislados de negativas de contratar empleados en una empresa o alquilar departamentos a personas de un grupo específico (contratos que estarían basados en diferencias irrazonables o inconsistentes el principio de funcionalidad entre medios y fines) y que se desarrolle una práctica generalizada, por ejemplo, de exclusión de un grupo racial de la posibilidad de trabajar o de alquilar una vivienda en un barrio o ciudad determinada.

El compromiso de la Constitución con la igualdad

En resumen, es claro, especialmente desde la reforma de 1994, que la Constitución Nacional expresa un compromiso con la igualdad de trato que se extiende tanto respecto de la protección del derecho frente a tratos estatales, como a su protección frente a tratos de particulares. Por otro lado, he tratado de argumentar a favor de una noción de obligaciones estatales que resulte abarcativa tanto de aquellas decisiones y prácticas que el Estado no debe llevar adelante para asegurar el ejercicio de derechos, como de aquellas que debe realizar para que las personas puedan gozar de ellos. A ello he llamado límites constitucionales negativos y positivos respectivamente. El respeto de esos límites positivos se logra por medio de

medidas estatales que aseguren, por ejemplo, la igualdad ante la ley frente a tratos contrarios a ella llevados adelante por otros particulares. Esas medidas pueden ser desarrolladas por cualquiera de los poderes del Estado, pero fundamentalmente por los Poderes Legislativo y Ejecutivo. El Congreso de la Nación, por ejemplo, ha sancionado la Ley Antidiscriminatoria como manifestación del respeto a ese límite positivo, imponiendo regulatoriamente restricciones a la libertad individual que se manifiesta, por ejemplo, a través de los derechos de contratar y de asociarse.

Por otro lado, existen al menos dos modos en los que el Estado puede ejercer esa interferencia: asegurando la razonabilidad del trato, por un lado, o desmantelando situaciones de desigualdad estructural, por el otro. El primer tipo de intervención estatal, si se la entiende sin indagar en los matices (como los que surgen de las distinciones que deberían realizarse entre los diferentes tipos de asociaciones que pueden existir) podría tener un impacto tan fuerte sobre la libertad (de asociarse o de contratar) que nos llevaría a correr el riesgo de llegar a anularla y destruirla (como sucedería con los casos de las asociaciones íntimas o las expresivas; o, en el caso de la libertad de contratar, si se obligara a una empresa familiar de tres empleados a contratar a quienes sus directivos no desean).[122] Esto no quiere decir que, en ciertas situaciones, el principio de razonabilidad no pueda aplicarse (como por ejemplo en las asociaciones organizadas en torno al objetivo de disfrutar colectivamente de bienes y servicios; o a la obligación de compensar económicamente a quien no fue contratado como empleado o a quien no se aceptó como inquilino en virtud de criterios irrazonables identificados como tales por el Congreso en ejercicio de sus facultades constitucionales). Sin embargo, la limitada aplicación del principio de igualdad como no discriminación y de la razonabilidad como estándar, debe complementarse con la aplicación del principio de igualdad como no sometimiento a fin de evitar la cristalización de situaciones de discriminación estructural. Miles de decisiones de individuos particulares, incluso sin ponerse de acuerdo, pueden contribuir a una situación de afectación estructural de los derechos de un grupo de personas que sólo puede revertirse con la intervención de un tercero, el Estado, que además tiene la obligación constitucional de hacerlo.

En nuestro país no hay una gran cantidad de casos decididos por nuestros tribunales ni tampoco una frondosa producción académica que se ocupe de estas problemáticas. Este trabajo es una humilde contribución a la generación de ideas e intercambios en este sentido planteando, aunque más no sea, algunas nuevas preguntas.

122. En estos casos, por ejemplo, podría establecerse un número mínimo de empleados a partir del cual la empresa empiece a ser obligada por el derecho de los contratos con miras a impedir tratos irrazonables violatorios de la igualdad ante la ley.

Igualdad de género y sexualidad

LA IGUALDAD EN ESPERA: EL ENFOQUE DE GÉNERO

Laura Pautassi*

Resumen: Las diversas medidas implementadas en los últimos años en América Latina con el objetivo de garantizar la igualdad entre varones y mujeres han operado sobre un concepto de igualdad meramente formal lo que revela su marcada insuficiencia para alcanzar la igualdad material. La falta de acceso al ejercicio pleno de los derechos de ciudadanía por parte de las mujeres obliga a repensar el funcionamiento de las estructuras de poder asimétricas desde un enfoque de género.
El artículo se divide en tres partes: la primera, analiza los principales tratados internacionales que han sido ratificados por la Argentina y que gozan de jerarquía constitucional, analizando el impacto de los mismos en las políticas públicas. La segunda, aborda la interrelación entre el mundo de lo público y de lo privado. Finalmente, se presentan propuestas de políticas públicas tendientes a alcanzar la igualdad material, a partir de la implementación de la transversalización como eje central de las políticas públicas respetuosas de la equidad social y de género.

Palabras clave: Enfoque de género – Ciudadanía – Derechos económicos, sociales y culturales – Igualdad de oportunidades – Transversalización

Abstract: The diverse measures implemented in Latin America in recent years aimed at guaranteeing equality between men and women have worked on a purely formal concept of equality, revealing its failure to reach material equality. Lack of access to full exercise of citizenship rights on behalf of women forces us to rethink how asymmetric power structures work bearing in mind a gender perspective.
This article is structured in three sections: the first analyses the main international treaties ratified by Argentina and which were granted constitutional hierarchy, evaluating their impact on public policies. The second deals with the interrelation between public and private spheres. Finally, the author presents proposals of public policies tending to attain material equality by implementing mainstreaming as a central axis of public policies mindful of social and gender equality.

*** Investigadora del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET), Investigadora permanente del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Directora del Proyecto UBACYT - MS 10 "Políticas sociales, enfoque de derechos y marginación social en Argentina (2003 - 2009).**

Key words: Gender approach – Citzenship – Economic, Social and Cultural Rights – Equal opportunities – Mainstreaming

Uno de los ámbitos en el cual se han concentrado mayor cantidad de esfuerzos, reformas constitucionales y legislativas, planes y plataformas de acción, medidas de acción positiva tanto a nivel internacional como regional, ha sido en torno a garantizar la igualdad entre mujeres y varones. Sin embargo y tal como analizaré a lo largo del presente trabajo, este reconocimiento de la igualdad entre los sexos fue quedando anclado a garantías de igualdad formal con escasos avances en materia de igualdad material. La sola conceptualización de la igualdad como fundante del conjunto de los derechos humanos fundamentales, y por ende del acceso al ejercicio de la ciudadanía, desnudó los límites que la incorporación de la igualdad de oportunidades entre mujeres y varones no resulta suficiente para lograr su materialización en la realidad.

Estos límites se hacen visibles debido a la falta de acceso efectivo de las mujeres al ejercicio pleno de los derechos de ciudadanía que se constatan a partir de evidencia empírica irrefutable, que da cuenta de diversas exclusiones –en el empleo, en la participación política, en la división sexual del trabajo, en el ejercicio de derechos reproductivos, en la educación, en la persistencia de la violencia doméstica–; y por las demandas para que se logre la pretendida universalidad desde un enfoque de género, es decir, a partir de deconstruir el concepto identificando la presencia de una estructura de poder asimétrica que otorga distintos valores, lugares, capacidades a mujeres y varones, de modo que la promoción de la igualdad no implique únicamente una equiparación de derechos y oportunidades entre ambos sexos sino que la misma se integre dentro de un proceso de revisión de las estructuras de poder que han provocado situaciones de asimetría y de desigualdad entre ambos sexos.

Pero, ¿qué define el género? El género como categoría del campo de las ciencias sociales es una de las contribuciones teóricas más significativas del feminismo contemporáneo. El concepto de género define aquello que ya formaba parte de la vida cotidiana y comienza de este modo una amplia producción de teorías e investigaciones que reconstruyen las historias de las diversas formas de ser mujer y de ser varón. Este marco teórico inédito promovió un conjunto de ideas, metodologías y técnicas que permitieron cuestionar y analizar las formas en que los grupos sociales han construido y asignado papeles para las mujeres y para los varones, las actividades que desarrollan, los espacios que habitan, los rasgos que los definen y el poder que detentan. En conjunto, estas ideas y técnicas proponen una nueva mirada a la realidad, definida como "enfoque de género", que se instituye como un prisma que permite desentrañar aquellos aspectos que de otra manera permanecerían invisibles.[1]

1. Si bien el género en los primeros años se utilizó para enfrentar el "determinismo biológico",

No basta saber qué hacen y qué tienen las mujeres y los varones de un grupo social determinado, sino que resulta imprescindible comprender el significado de esta división, las formas en que culturalmente se legitima, las vivencias que produce y las identidades que construye. Por ello el análisis comprende dimensiones que aluden tanto al trasfondo cultural de las relaciones de género como a su carácter político (Pautassi, 2007a). Transformar dichas relaciones significa cuestionar y replantear poderes, tanto en la vida cotidiana como en las esferas más amplias de la sociedad, incluyendo especialmente la política y la economía. En rigor, el enfoque de género da cuenta de la presencia de una estructura de poder asimétrica que asigna valores, posiciones, hábitos, diferenciales a cada uno de los sexos y por ende estructura un sistema de relaciones de poder conforme a ello, el cual se ha conformado como una lógica cultural, social, económica y política omnipresente en todas las esferas de las relaciones sociales.

Durante siglos la diferencia sexual fue utilizada como el fundamento para que mujeres y varones tuviéramos destinos "por naturaleza" diferenciados, necesidades y habilidades dispares. De este modo, "la desigualdad social, política y económica de las mujeres en relación con los hombres se justificó como resultado inevitable de su asimetría sexual" (Lamas, 2002). La sexualidad biológica se va transformando en productos de la actividad humana, dando cuenta del hecho que las formas de ser mujer y de ser varón son una construcción social histórica y, por lo tanto, cambiante, diferente en cada grupo social y en cada momento histórico.

La construcción de esta noción, que hoy parece elemental y obvia, requirió el derrumbamiento de la creencia de que las diferencias entre mujeres y varones eran naturales y que era inamovible lo "propio" de cada sexo. El hecho genérico es dinámico y dialéctico. El ser mujer o ser varón se transforma aun dentro de un tipo de organización genérica dada, por lo mismo, el contenido de ser mujer no es obligatorio y no está naturalmente determinado sino estructurado desde la historia y las relaciones de poder, y por lo tanto es modificable (Pautassi, 2007a).

Aceptar que el sujeto no está dado, sino que es construido en sistemas de significados y representaciones culturales, implica aceptar que cada persona está encarnada en un cuerpo sexuado, que adoptará características propias de cada etapa del ciclo vital, las que a su vez se caracterizarán por rasgos biológicos y por construcciones genéricas. Allí comienza a operar las asimetrías de poder que construyen

---

en la actualidad el concepto ocupa un lugar central en los debates sobre lenguaje, literatura, historia, arte, educación, política, sociología, psicología, ciencia, medicina, geografía, hábitat, derecho, trabajo y economía. En las ciencias sociales la temática de género ha sido convalidada, en los últimos treinta años, como "conocimiento válido", y con entidad propia, posteriormente se incorpora en la economía y es aún más reciente en las denominadas ciencias duras, BENERÍA (1994). Para un estado del arte de la incorporación en el ámbito del derecho, ver el volumen 3 de 2005 de la Revista Academia de la Universidad de Buenos Aires.

relaciones entre las personas a partir de ciertas características, expectativas, capacidades y oportunidades particulares (dependiendo de su sexo biológico) así como la apropiación que cada persona hace de éstas (identificación). En otros términos, "lo invariable no es el sexo sino la *diferencia sexual*" (Lamas, 2002) a partir de lo cual se establecen numerosas y complejas interrelaciones e interacciones humanas donde lo biológico, lo psíquico y lo social se entrelazan.

Efectivamente, debido a que las diferencias biológicas –en toda su amplitud y asumiendo la duplicidad biológica básica del sujeto– por sí solas no provocan determinados comportamientos, sino aquello que produce un tratamiento diferencial entre ambos sexos es la concepción acerca de las capacidades y potencialidades de uno y otro sexo, devaluando las de uno y sobrevaluando las de otros, o simplemente asignándoles competencias a unos y negándoselas a otros. Este tratamiento se tradujo históricamente en diversas asimetrías en los derechos, en el acceso a recursos, al poder y en los comportamientos sociales, políticos y económicos. Por ende, lejos se encuentra de garantizar esferas de igualdad.

A continuación busco dar cuenta de cómo un supuesto ciertamente igualitario como el hecho de garantizar la igualdad de oportunidades y de trato entre mujeres y varones ha desembarcado en los hechos en una compleja trama de asimetrías, discriminaciones y desigualdades que lejos parecen estar de superarse. La Argentina es lamentablemente un ejemplo ilustrativo al respecto, en donde conviven importantes avances legislativos, como la recientemente sancionada ley de reconocimiento del matrimonio igualitario[2], con normativas impregnadas de sesgos de género y relaciones sociales que contribuyen fuertemente a ello. En la primera parte del artículo analizo la evolución de los tratados y compromisos internacionales de corte igualitario, con especial énfasis en la incorporación de los mismos en las políticas públicas en Argentina, como también en la legislación, para en un segundo momento, analizar los límites que la disposición actual entre lo público y privado atenta contra el desarrollo de la autonomía de las mujeres. Finalmente dejo planteado algunos interrogantes en relación con escenarios posibles en pos de un ejercicio efectivamente igualitario entre diversas identidades sexuales.

I. Enfoque y compromisos internacionales

Siguiendo el argumento desarrollado, precisamente el enfoque de género ha permitido constatar que si bien la igualdad es una precondición para el ejercicio de la ciudadanía, las desigualdades económicas, políticas y sociales se retroalimentan e impiden el ejercicio de los derechos ciudadanos. Por lo tanto, la presencia de cual-

2. Ley 26618 sancionada en octubre de 2010.

quier tipo de asimetría –desde las más visibles en el ámbito de acceso a los puestos de conducción, la toma de decisión o debido a la continuidad de los modelos sexistas de reparto del trabajo que ha llevado al aumento de la carga total de trabajo de las mujeres (trabajo productivo y de cuidado) hasta las asimetrías producidas en el marco de programas sociales asistenciales[3] consolidan modelos en donde difícilmente se pueda acceder al ejercicio de una ciudadanía en condiciones de plenitud.

Del mismo modo, el género, además de ser uno de los más poderosos principios de diferenciación social que existe es al mismo tiempo un brutal productor de desigualdades y discriminaciones (Lamas, 2009). Y así podríamos continuar la lista de situaciones que van consolidando estas asimetrías que se traducen en una discriminación social y por lo tanto cercioran el principio de igualdad.

El propio reconocimiento del conjunto de derechos humanos, especialmente en el caso de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), como inherentes a la calidad humana y la ciudadanía como estatus y que tiene como elemento fundante a la igualdad, fueron los hitos que permitieron el posterior reconocimiento de las necesidades y demandas de aquellos que si bien se encuentran formalmente incluidos, están excluidos de su materialización (exclusión de facto). La respuesta a los límites del ideal de universalidad de los derechos humanos es el proceso que se inicia a partir de la cual la única forma de garantizar su universalidad es a partir de la particularidad en su consagración legal (Rico y Marco, 2010).

Por caso, la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres (CEDAW)[4] marcó un hito fundamental en la conceptualización de la igualdad y la no discriminación y tuvo una notable influencia en las legislaciones en América Latina, especialmente en las reformas constitucionales de las últimas décadas. Incorpora la noción de discriminación al considerar que: "*toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural, civil o en cualquier otra esfera*" (art. 1 CEDAW).

3. Cabe mencionar que el clientelismo político, como práctica habitual en los programas sociales asistenciales constituye una violación del principio de igualdad de oportunidades y de trato entre las personas.

4. La CEDAW fue aprobada en 1979 y entró en vigencia durante la Década de la Mujer de las Naciones Unidas (1975-1985) como respuesta a la evidencia de prácticas discriminatorias contra las mujeres, poniendo énfasis en la regulación de las relaciones entre varones y mujeres en el mundo de lo público y desde esta visión, propone pautas para la igualdad en todos los campos, incluyendo la esfera económica en general y en el empleo en particular. Ha sido ratificada por todos los países de América Latina.

De esta forma, es la primera convención internacional que, a diferencia de otros tratados de derechos humanos, no se erige como neutral en términos de género sino que promueve la creación de medidas de acción afirmativa para aumentar las oportunidades de participación económica, social, cultural, civil y política de las mujeres. Asimismo establece que los derechos de las trabajadoras deben ser protegidos de potenciales discriminaciones originadas por matrimonio y/o maternidad de las mujeres, y los Estados deben tomar medidas adecuadas para prohibir y sancionar este tipo de prácticas discriminatorias, a la vez que deben proteger la maternidad a través de licencias remuneradas, prevención de ejecutar trabajos que puedan perjudicar a la trabajadora durante el embarazo, prestación de servicios de cuidado infantil y otras medidas que permitan combinar las responsabilidades laborales y familiares de los padres (art. 11-2). Es importante notar que la CEDAW no se refiere en este acápite a la doble responsabilidad de "la madre" sino que alude a "los padres", dando por sentado que varones y mujeres deben compartir la responsabilidad de la esfera doméstica y de crianza tanto como la esfera económica y productiva (Pautassi, Faur y Gherardi, 2004).

También la Convención es sumamente relevante por su definición de discriminación indirecta, al incorporar la idea de discriminación "por resultado", lo cual ha sido más frecuente que se utilice en denuncias, demandas judiciales o impugnaciones normativas que para ser incorporado en el núcleo central de la política pública. Al respecto, cabe dar cuenta de la alarmante situación que se vive en la provincia de Jujuy (Argentina), en donde a la fecha no se ha sancionado una ley de cupo que garantice la presencia de un mínimo numero de mujeres en el poder legislativo provincial y en los legislativos municipales (los consejos deliberantes) cuando en la mayoría de las provincias existe ley de cupo pero que además surge de la propia Constitución nacional de 1994, que en su art. 37 establece: "*La igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios se garantizará por acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y en el régimen electoral"*. En el caso de la provincia de Jujuy, durante más de 15 años el Poder Legislativo se resistió a considerar el tratamiento de una ley de cupo, situación que fue denunciada a través de una acción de amparo presentada por un grupo de mujeres buscando que se condene a los poderes públicos de la provincia a arbitrar las medidas que sean necesarias para hacer efectivos los derechos a una igualitaria participación de las mujeres en los cargos electivos en todo el territorio provincial, estableciendo en las normas que rigen el proceso electoral el sistema denominado de cupos o cuotas.[5]

5. Se trata del caso Zigarán, María Inés, Sandoval Patricia y otros c/Estado Provincial s/acción de amparo. Expediente 206.443/09 reseñado en el Informe sombra CEDAW, en ELA et al (2010).

Tal como se denuncia en el informe sombra presentado ante el Comité de la CEDAW por un grupo de organizaciones de la sociedad civil (ELA et al, 2010) en mayo de 2010 se hizo lugar a la acción de amparo y el tribunal decidió: "condenar al Poder Ejecutivo y Legislativo de la provincia para que den cumplimiento con el mandato constitucional del art. 37 último párrafo, y disposición transitoria segunda de la Constitución de la Nación, sancionando y promulgando la ley reglamentaria allí prevista, en el plazo de tres meses, bajo apercibimiento de aplicar sanciones conminatorias". Consecuencia de esta sentencia, un grupo de legisladores provinciales pertenecientes a la coalición gobernante, impulsaron un juicio político en contra de los magistrados que firmaron la sentencia, como medida a partir de su desacuerdo con la sentencia por ellos establecida, dando cuenta de la falta de institucionalidad absoluta y de la utilización de vías –en este caso si llega a prosperar el *jury* de enjuiciamiento– contraria a los principios de independencia del poder judicial y tutela judicial efectiva, (ELA et al, 2010). Claramente se trata de un caso de discriminación directa, indirecta e institucional[6] y donde se pone a la luz los mecanismos que operan debido a las asimetrías de poder existentes.

Retomando la evolución que han tenido los tratados internacionales, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó en 1999 el Protocolo Facultativo a la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Este protocolo ha sido firmado hasta el momento por 79 Estados y ratificado por 100 Estados, entre ellos Argentina, lo cual tiene un importante impacto en tanto coloca a la CEDAW en igualdad de condiciones respecto de otros instrumentos internacionales debido a que establece procedimientos para las denuncias al Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, así como para las investigaciones sobre violaciones graves o sistemáticas cometidas por un Estado Parte y que pudieran ser iniciadas por el Comité. De tal modo, el mismo refuerza los mecanismos internacionales de control y seguimiento de la CEDAW, y a la vez permite fortalecer el conocimiento y la aplicación de sus postulados por parte de personas, grupos de personas y Estados.[7]

6. MCCRUDDEN (1982) identifica como discriminación institucional a aquellas prácticas o comportamientos tan institucionalizados que el individuo que las cumple ya no se encuentra en la necesidad de ejercer una elección para actuar de una manera discriminatoria. El individuo sólo debe cumplir con las normas, las reglas y procedimientos institucionalmente aplicables "toman las decisiones" y discriminan en nombre del individuo.

7. En cuanto a los procedimientos para hacer una presentación ante el Comité, el Protocolo Facultativo establece que las comunicaciones pueden ser presentadas por "personas o grupos de personas que se hallen bajo la jurisdicción del Estado Parte" (Art. 2). Pueden hacerlo a título personal, alegando la violación de un derecho propio o en representación de una tercera persona, con su consentimiento. Al existir un mecanismo de seguimiento a nivel internacional, y en la medida en que los Estados ratifican su adhesión a este instrumento, se ven en la obligación de

Por lo mismo, debe recordarse que no solamente la CEDAW aborda cuestiones de discriminación, sino que varios de estos instrumentos internacionales contemplan la igualdad y la equidad entre mujeres y varones. En primer término, hay que destacar el avance en materia de estándares de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, surgidos principalmente del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales –órgano de aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)–, y los relatores especiales de las Naciones Unidas, a partir de la interpretación realizada de los tratados internacionales de derechos humanos en esta materia. De la misma manera, se puede mencionar la progresiva interpretación que hizo el Comité de Derechos Humanos con relación al derecho de las mujeres a no sufrir discriminación en el marco del Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

Así lo señala concretamente el PIDESC como también el Protocolo de San Salvador, que es el protocolo específico en materia de DESC del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, que afirman que *"Los Estados Partes en el presente Protocolo se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en el se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social"* (art. 2.2, PIDESC, y art. 3, Protocolo de San Salvador).

Y sin duda la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena de 1993 fue sumamente relevante no solo al establecer, en su artículo quinto, que *"todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales"*; sino que además el art. 18 esta íntegramente dedicado a garantizar que "*Los derechos humanos de las mujeres y de la niña son parte inalienable, integrante e indivisible de los derechos humanos universales. La participación plena e igualitaria de las mujeres en la vida política, civil, económica, social y cultural en los planos nacional, regional e internacional, y la erradicación de toda forma de discriminación por razón de sexo son objetivos prioritarios de la comunidad internacional. La violencia de género y todas las formas de acoso y explotación sexuales, incluidas las derivadas de prejuicios culturales y el tráfico*

---

acelerar las reformas legales e institucionales que tiendan a la eliminación de cualquier tipo de discriminación basado en el género.

internacional, son incompatibles con la dignidad y el valor de la persona humana, y deben ser eliminadas. Esto puede lograrse con medidas legislativas y con actividades nacionales y la cooperación internacional en esferas tales como el desarrollo económico y social, la educación, la maternidad y el cuidado de la salud, y apoyo social. Los derechos humanos de la mujer deben formar parte integrante de las actividades de las Naciones Unidas los derechos humanos, incluida la promoción de todos los instrumentos de derechos humanos relativos a las mujeres". Es decir, establece en la universalidad la especificidad de la protección y garantía de los derechos de las mujeres.

Dentro del Sistema Interamericano, cabe señalar que la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, –Convención de Belem do Pará (1994)– establece que toda forma de violencia ejercida contra la mujer impide y anula el conjunto de derechos civiles, políticos y sociales (art. 5), al mismo tiempo que establece que "*el derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye, entre otros: a) el derecho de la mujer de ser libre de toda forma de discriminación; b) el derecho de la mujer de ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamientos y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación"(*art. 6). A ello se suma que la Convención incluye el compromiso de los Estados no solo de no discriminar sino también de aplicar medidas y políticas públicas que busquen erradicar la violencia contra las mujeres.

En síntesis, el principio de igualdad y no discriminación ha sido interpretado por los órganos del sistema de Derechos Humanos como un principio absoluto, que no admite excepciones, y por lo tanto, aquellas normas, políticas o programas que establecen distinciones arbitrarias fundadas en categorías tales como el sexo, raza, religión, idioma, opinión política o posición económica del individuo, deben interpretarse con los alcances descriptos respecto de las normas y medidas regresivas en materia de derechos sociales. Es decir, la ley, programa o política en cuestión se presume inválida, y es el Estado quien debe demostrar la necesidad y racionalidad de tal distinción.

II. Enfoque e institucionalidad: reduciendo brechas

Nuevamente, la amplitud de situaciones que pueden ser discriminatorias, por acción u omisión del Estado, es prácticamente infinita, en tanto comprende desde situaciones de discriminación por raza hasta los criterios de asignación del gasto público social al interior de un Estado o la falta de enfoque de género en los presupuestos estatales. De allí su necesario tratamiento como eje transversal a toda acción de monitoreo y cumplimento de los derechos sociales y los límites que pueden presentarse en el proceso de verificación de cumplimiento (CIDH, 2008).

Y si de acciones transversales se trata, no es menor el avance que significó la IV Conferencia Mundial de la Mujer en Beijing que en 1995 estableció en su plataforma de acción que "*los gobiernos y otros actores tienen que apoyar una política activa y visible que integre de manera coherente una perspectiva de género en todos los programas y en todas las políticas. De esta manera, se podrán analizar las posibles repercusiones de las decisiones sobre mujeres y hombres antes de las tomas de éstas*". Este compromiso en pos de la transversalidad fue firmado por 189 estados del mundo, y se comenzó a impulsar el programa de *gender mainstreaming*, buscando que el mismo se integre en la "corriente principal del desarrollo" y entendido como "proceso de examinar las implicancias para mujeres y hombres de cualquier tipo de acción pública planificada, incluyendo legislación, políticas y programas, en cualquier área. Asimismo, es una herramienta para hacer de los intereses y necesidades de hombres y mujeres una dimensión integrada en el diseño, implementación, monitoreo y evaluación de políticas y programas en todos los ámbitos políticos, sociales y económicos" (Naciones Unidas, 1997).

La recomendación de su implementación por parte de los gobiernos del mundo forma parte de la Plataforma de Acción de Beijing que señala: *"el Mecanismo nacional para el avance de la mujer es la unidad central coordinadora de políticas dentro del gobierno. Su principal tarea es apoyar la transversalización gubernamental de una perspectiva de igualdad de género en todas las áreas de política"* (párrafo 201). El otro gran aporte de esta conferencia es que establece un concepto innovador para el discurso de la igualdad que es el empoderamiento (*Empowerment*), entendido como una noción que tiene en cuenta las dificultades de erradicar las discriminaciones y que reenvía a una dinámica de acceso de las mujeres al poder, a los recursos y a los procesos de toma de decisión y verdadero ejercicio de la autonomía[8]. De este modo se produce un salto conceptual del discurso asociado al hecho que las mujeres ya no son simples víctimas de discriminación sino que se transforman en actoras de su propia historia (Marques Pereira, 2007).

El compromiso en pos de la transversalidad también fue asumido explícitamente por los Estados en América Latina y el Caribe y ha quedado reflejado en las diversas conferencias regionales de la Mujer.[9] En cada uno de los países, la trans-

8. El concepto de empoderamiento ha sido desarrollada ampliamente por la teoría feminista, relacionándolo con una nueva concepción del poder, basado en relaciones sociales más democráticas y en el impulso del poder compartido entre varones y mujeres. Se promueve explícitamente que el empoderamiento se convierta en un poder sustentable y que las relaciones entre varones y mujeres permitan integrar lo micro y lo macro, lo privado y lo publico, lo productivo y lo reproductivo, lo local y lo global. A su vez, el empoderamiento de las mujeres implica una alteración radical de los procesos y estructuras que reproducen la posición subordinada de las mujeres como género, Pautassi (2010).

9. Se trata de las once Conferencias que se han celebrado en la región, desde el año 1977 a la

versalidad ha sido un mandato directo hacia los mecanismos para el adelanto de la mujer –desde Ministerios a Oficinas de la Mujer– que en muchos casos, definen su accionar a partir de planes nacionales para la igualdad de oportunidades y de trato. El efecto que han tenido ha sido variado en toda la región, ya que entre otros factores ha influido el grado de participación y concertación política y social que se logró en el proceso de la elaboración del plan nacional, además del grado de organización y conciencia ciudadana que pueda exigir la adopción de políticas y de resultados concretos en materia de equidad de género, como en algunos casos el rol que desempeñan las organizaciones de mujeres.

En una evaluación de la experiencia de las oficinas de adelanto de la mujer en América Latina se concluye que las mismas no han podido desarrollar fuertes redes de apoyo a lo largo del espectro político, lo cual las hace vulnerables a los cambios políticos. Otro de los obstáculos es la falta de compromiso de funcionarios gubernamentales y legisladores ya que el género se considera como "no relevante" en áreas como macroeconomía, gasto público, empleo, seguridad social, defensa (Daeren: 2001). Agregan las evaluaciones que la dificultad no se encuentra solo en la instancia para impulsar el proceso transversal, sino que además, a pesar de que contiene ciertas reglas y metodologías explícitas, no se logra captar su significado vinculado a la idea de "acciones integrales y transversales" en todos los ámbitos de intervención del Estado: normativo, legislativo, políticas públicas, Poder Judicial, producción económica, entre otros.

En el caso argentino podemos señalar que el proceso de transversalidad de género lejos está de cumplirse, no solo por la falta de incorporación del mismo en la corriente central del desarrollo sino por la baja institucionalidad que el mismo presenta en Argentina. El organismo encargado a nivel nacional de llevar a cabo el proceso es el Consejo Nacional de la Mujer, que ha ido perdiendo jerarquía institucional, presupuestaria y temática. En el informe sombra presentado ante el Comité

---

fecha, cuya Secretaria Ejecutiva está bajo responsabilidad de la División de Asuntos de Género de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), y la última se celebró en Brasilia en julio 2010, la cual tuvo como lema *¿qué Estado para que igualdad?* (CEPAL, 2010) y en el Consenso que firmaron los países miembros se destacó la importancia de redistribuir la carga total de trabajo de la sociedad (esto es el trabajo remunerado y no remunerado) entre hombres y mujeres y también entre Estado y mercado; y en el punto 3 del Consenso asumen como compromiso "ampliar la participación de las mujeres en los procesos de toma de decisiones y en las esferas de poder" buscando aumentar los "espacios de participación igualitaria de las mujeres en la formulación e implementación de las políticas en todos los ámbitos del poder público, y adoptar todas las medidas que sean necesarias, incluidos cambios a nivel legislativo y políticas afirmativas, para asegurar la paridad, la inclusión y la alternancia étnica y racial en todos los poderes del Estado, en los regímenes especiales y autónomos, en los ámbitos nacional y local y en las instituciones privadas, a fin de fortalecer las democracias de América Latina y el Caribe, con una perspectiva étnico-racial" (http://www.eclac.cl).

de la CEDAW por organizaciones de la sociedad civil (ELA et al, 2010) se señala que el organismo también "carece de un fuerte liderazgo a nivel nacional, así como de recursos humanos y económicos suficientes para llevar adelante políticas concretas, ya que no son destinatarios de fondos suficientes del Estado nacional" para la ejecución de diversos programas y acciones al respecto. Mucho menos los habilita para iniciar un proceso de tamaña complejidad como instalar el enfoque de género en todos los ámbitos de producción política, legislativa y, claro está, judicial.[10] Hasta ahora su labor se ha concentrado en acciones aisladas, principalmente en relación con salud sexual y reproductiva y violencia doméstica. Si bien al ser Argentina un Estado federal, todas las provincias cuentan con algún mecanismo al respecto –en general denominado como área de la mujer– y del mismo modo a nivel municipal o local, las situaciones se repiten en las demás jurisdicciones. Inclusive más, en aquellas áreas que se ha concentrado el accionar del Consejo –violencia y salud sexual y reproductiva (SSR)– no ha impulsado por ejemplo el desarrollo de sistemas de recolección de información y producción, contado solo con datos y estadísticas por jurisdicciones –la más desarrollada y casi única es la Ciudad Autónoma de Buenos Aires– y el resto del país se desconoce absolutamente la situación al respecto. En el caso de SSR, donde la transversalidad con otros ministerios como salud es un imperativo, tampoco se ha alcanzado, mostrando acciones desarrolladas por una u otra dependencia con escasa articulación entre ambas, y a la vez con las instancias provinciales y locales.

Lo anterior da cuenta de una falta de voluntad política para efectivamente instalar el enfoque de género en todos los ámbitos de intervención del Estado. Si bien el proceso de transversalización demanda capacidad técnica y recursos –que no se ha desarrollado en Argentina– el segundo requisito fundamental para impulsar el proceso es la voluntad política. Sin decisión política, que se ha manifestado en la ratificación de los Pactos Internacionales analizados, en la firma de los Consensos en el marco de las conferencias regionales de la mujer, pero a la hora de la traducción doméstica de estos compromisos, queda en evidencia la ausencia de su ingreso en la agenda pública. Como señala Montaño (2010) el factor determinante en las políticas de igualdad es la voluntad política y requiere que el Estado tenga un enfoque multidimensional en el que se combinen aspectos como gobernanza, democracia y la capacidad de ejecución de políticas públicas. Nuevamente Argentina se encuentra lejos de estar reconsiderando estos aspectos y de promover acciones institucionales para incorporar el enfoque de género en el conjunto del accionar del Estado.

10. En un análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina se verifica que el máximo tribunal "no ha optado por realizar un desarrollo sustantivo de las cláusulas de igualdad y no discriminación respecto de cuestiones de género" (Rodríguez, 2007: 276). Para una mayor conocimiento de las sentencias judiciales y género, ver el Observatorio de Sentencias Judiciales de ELA (www. Ela.org.ar).

En contrapartida, los logros alcanzados, tanto a nivel de Pactos y Tratados internacionales como los avances en los países han sido promovidos fuertemente por el accionar de los movimientos de mujeres. En toda América Latina la lucha y demandas de las mujeres han significado un factor fundamental en muchas de las reformas alcanzadas, ya se trate de reclamos por violación de derechos humanos como en términos de SSR, violencia doméstica y visibilización en general de las demandas de género. Asimismo los movimientos de mujeres han permitido a sus integrantes la construcción de una identidad colectiva y adquirir una visibilidad en el espacio público traducido en nuevas formas de ejercicio de la ciudadanía, en especial a partir de politizar lo corporal, a hacer público lo privado o más aún, a politizar lo social, cuestionado la calidad democrática y el propio principio de igualdad y libertad (Marques Pereira, 2007).

III. Público y privado: la cuestión olvidada

Como hemos visto precedentemente, la adopción de Pactos y tratados internacionales, y en el caso argentino su posterior incorporación con jerarquía constitucional, no fueron suficientes para iniciar sistemáticamente acciones y adoptar medidas tendientes a alcanzar la igualdad material entre mujeres y varones.

De este modo, las iniciativas gubernamentales para asegurar la igualdad y la no discriminación que busquen garantizar la autonomía para las mujeres, tanto en el plano físico, económico y político, han resultado de carácter residual, inclusive en el caso de algunas acciones positivas sumamente innovadoras, como la Ley de Cupo en el ámbito legislativo que se sancionó en 1991 (Ley 24.012), por la cual Argentina se convirtió en el primer país de la región en aplicar por ley un sistema de cuotas que garantiza la participación de las mujeres en el Congreso Nacional. Esta ley y su decreto reglamentario que cumple ya veinte años, establecieron que se deben incorporar como mínimo un 30% de mujeres en las listas de candidatos a cargos electivos de diputados, senadores y constituyentes nacionales. El impacto de esta acción positiva fue más que importante: un 5,4% de mujeres sobre el total ocupaba la Cámara de Diputados antes de la sanción de la norma y en marzo del 2010 la representación alcanzaba al 38.5% de mujeres (ELA et al, 2010). En el caso del Senado, antes de la ley solo existía un 8% de mujeres en el total de senadores, mientras que en la actualidad representan el 36%. Si bien el avance es claro, trasluce que el 30% que se concibió como un piso terminó conformando un techo que impide que se sobrepase el 40% de representación femenina (ELA; 2009). Actualmente sólo hay una mujer como vicepresidenta segunda de la Cámara de Diputados, mientras que no hay ninguna mujer entre las autoridades del Senado. Esta situación se replica en las provincias, con agravantes que en muchas de ellas, la incorporación de más mujeres a las legislaturas provinciales se ha visto frustrada en los hechos

por la operación de las normas sobre sistemas electorales, que son definidas localmente. En consecuencia, los últimos resultados electorales dan cuenta que menos mujeres integran los poderes legislativos provinciales, y el aumento que se verifica de diecinueve legisladoras en algunas cámaras respecto al año 2004, es anulado por la pérdida de treinta y dos mujeres en otras cámaras, dejando un balance negativo, (ELA et al, 2010).

En rigor, la incorporación de mujeres en los cargos públicos y de toma de decisión da cuenta de la enorme dificultad que encuentran las mujeres para lograr su inserción en ámbitos de toma de decisión política, situación que se replica en los casos del Poder Ejecutivo y Judicial –que en general no cuentan con normas de cupo– con importantes disparidades según jurisdicciones. Ahora bien ¿qué factores impiden que las mujeres participen en el mundo público? ¿Estas barreras se relacionan con las propias mujeres, con un desinterés de ellas mismas por lo público y lo político por que son menos "aptas" o se relacionan con problemas de la estructura de poder asimétrica que impide su desarrollo autónomo?

El impulso de políticas que efectivamente habiliten a las mujeres para un acceso al mundo público, tanto en relación con el ejercicio de cargos representativos como para su ingreso al trabajo productivo remunerado solo se logrará si se reconocen –social y políticamente– las barreras que enfrentan por su condición de género y que las mismas constituyen un atentado al principio de igualdad. La experiencia recorrida una vez más nos enseña que no es suficiente con un importante avance en la aceptación de la participación de las mujeres en cargos de decisión, que varias mujeres lleguen a la presidencia de los países de la región, las leyes de cupo, el acceso masivo al mercado de trabajo, los mayores niveles educativos alcanzados, sino que es necesario adoptar medidas que transformen las asimetrías de género.

Y en estas asimetrías es fundamental el reconocimiento de la íntima relación entre el mundo público y privado, recuperando la histórica consigna del feminismo "*lo privado es público, lo personal es político".* Nuevamente, estas demandas y la politización de la vida cotidiana no garantiza en sí misma una transformación de las relaciones sociales de género. Marques Pereira (2007) señala que el riesgo es que la valorización social que representa la participación femenina puede constituir una proyección de su rol doméstico que impide la individuación, acentuando la tensión entre igualdad y diferencia, en tanto si se revindica el acceso al espacio público en nombre de la igualdad, las mujeres adquieren una ciudadanía que las asimila a los varones y que en definitiva universaliza lo masculino; o la otra situación es que el acceso al espacio público y político es reivindicado en nombre de la diferencia y las mujeres adquieren una ciudadanía de segunda clase. Esta tensión ha caracterizado el desarrollo histórico de la ciudadanía y persiste en la actualidad, especialmente en América Latina.

En este sentido, resulta crucial ampliar el principio de igualdad de oportunidades más allá de lo formal o de acciones positivas o de las garantías de acceso de las mujeres al mercado laboral –medidas todas muy necesarias por cierto– pero

además es fundamental reconocer la íntima relación que tiene este acceso –y la trayectoria posterior, sea esta política, educativa o laboral– con el mundo privado de la reproducción y del cuidado. Si no se formaliza este reconocimiento difícilmente se produzca la transformación en las relaciones de género. Nuevamente no es que las mujeres no quieran ingresar a la política o desempeñar una trayectoria laboral competitiva y exitosa, o sean menos "aptas" que los varones, sino que el mundo de la reproducción sigue asignado casi exclusivamente a las mujeres sin un involucramiento de los varones en las obligaciones y tareas de cuidado de los miembros dependientes del hogar, como también de todo lo atinente a lo reproductivo. Y ello amparado por legislaciones laborales impregnadas con sesgos de género en donde las políticas de conciliación del trabajo con responsabilidades familiares son reconocidas solo para mujeres.[11]

Este es un tema de especial centralidad, no solo porque ha estado históricamente invisibilizado lo atinente a la economía del cuidado o el trabajo reproductivo, que comprende todas aquellas actividades no remuneradas realizadas en el hogar y que podrían ser asumidas por alguna persona distinta de aquella que habitualmente lo realiza en su calidad de miembro de la familia. Este trabajo, que históricamente ha permanecido invisible y devaluado, se denomina trabajo reproductivo por la similitud que tienen estas actividades con las tareas destinadas a garantizar la reproducción social, que comprenden desde la tareas específicas vinculadas a la maternidad y paternidad, los cuidados que se les imparten a los miembros del grupo familiar a lo largo del ciclo de vida, el cuidado de enfermos y todo lo vinculado con las personas adultas mayores, como también las tareas relacionadas a la limpieza del hogar, el suministro de alimentos, la elaboración del alimento del hogar.[12]

Esto significa que el sesgo de género se expresa tanto en términos cuantitativos (por ejemplo en las diferencias salariales entre hombres y mujeres) como en términos cualitativos (por ejemplo entre el trabajo remunerado que es reconocido como productivo y el trabajo no remunerado que no lo es). La relación entre el trabajo productivo y el reproductivo es un delicado equilibrio que no puede ser regulado a través de contratos individuales y relaciones monetarias (Elson, 1992).

11. Por caso solo reconocen licencias parentales en el momento del nacimiento del hijo/a y restringidas a dos o tres días según los países, pocas de ellas se aplican en caso de adopción, o la obligatoriedad de guarderías empieza a correr para los empleadores a partir de una cantidad de trabajadoras mujeres, asumiendo que los hijos/as son solo de las trabajadoras. Al respecto, ver el análisis de la legislación laboral en seis países de América Latina desde una perspectiva de género, desarrollado en PAUTASSI et al (2004).

12. Quienes se dedican al cuidado al interior de sus hogares aun aparecen en las estadísticas como población económicamente "inactiva" o la conocida figura de la "ama de casa", razón por la cual las cuentas nacionales no contemplan todavía el aporte de este trabajo, y lo más importante, el mismo sigue siendo responsabilidad casi exclusiva de las mujeres, (PAUTASSI, 2007a).

Estos comportamientos políticos, económicos y sociales diferenciados, esperados dentro de determinado patrón cultural, reafirman la desigualdad que produce esta estructura de poder y reproducen –a su vez– la estructuración económica desigual con claras consecuencias tanto en términos de empleo remunerado como en el ingreso, en el sistema productivo y en los mercados. Las fronteras entre lo público (las relaciones económicas, el mercado, la política) y lo privado (el ámbito doméstico) se refuerzan o resignifican de acuerdo a los contextos. A su vez, las relaciones de género estructuran la economía, pero también la división sexual del trabajo al interior del hogar, reforzando las asimetrías señaladas.

En la actualidad ya se ha alcanzado consenso en considerar que estas tareas de cuidado, crianza y actividades domésticas en general, desarrolladas al interior de los hogares, constituyen un trabajo generador de valor, pasible de ser medido y contabilizado; y que a su vez produce un conjunto de bienes y servicios denominados economía del cuidado (Rodríguez Enríquez, 2005). El punto que aún no logra discutirse en el ámbito de la política pública –y al interior de muchos hogares y arreglos familiares– es precisamente su redistribución y su incorporación en las cuentas nacionales y por ende un aumento de la inversión estatal.

Estas situaciones que provocan enormes tensiones, las que se hicieron aún mas visibles a partir de la incorporación masiva de las mujeres en el mercado de trabajo remunerado en América Latina a partir de mediados de los años ochenta; no se solucionan solamente con dotar de mejores servicios y dispositivos para que las mujeres puedan "conciliar" su vida familiar con las responsabilidades de trabajo productivo, sino que se deben considerar las responsabilidades de los varones, del Estado y de los empresarios en este ámbito.

En consecuencia, el tema central pasa a ser el de la redistribución y reconocimiento (Fraser, 2007) de las tareas de cuidado entre todos los miembros de la sociedad, de modo de romper con el supuesto que las encargadas "naturales" son las mujeres. O por lo mismo, y en tanto las principales medidas de conciliación trabajo-familia se encuentran solo garantizadas para asalariados formales, es decir, el acceso se encuentra condicionado a la inserción asalariada formal, excluyendo de este modo a quienes no tienen un contrato de trabajo registrado, situación que afecta aproximadamente al 45% de las mujeres en América Latina, a lo cual se suman diversas situaciones de discriminación laboral, particularmente la discriminación salarial que se ubica en una brecha cercana a un 30%; y aún más alarmante es el hecho que en América Latina, en zonas urbanas la población masculina sin ingresos es del 22% mientras que la femenina es del 43%, dando cuenta de la falta de autonomía económica de las mujeres (CEPAL, 2009).

En otros términos, la mayor participación laboral de las mujeres no garantiza automáticamente mayores niveles de igualdad, sino aún mas grave, en muchos países de la región, una alta tasa de participación laboral femenina se acompaña de altos niveles de inequidad y discriminación de género. En rigor, el empleo femenino

no asegura en si mismo la autonomía económica para las mujeres sino que ésta dependerá del ejercicio de los derechos del trabajo, de la distribución del tiempo y del empoderamiento de las mujeres en el interior de sus hogares para operar sobre la división sexual del trabajo; y de la disponibilidad de servicios de cuidado, todo lo cual repercutirá en sus derechos económicos, sociales y culturales (Rico y Marco, 2010).

De allí que operativizando la plataforma de acción de Beijing, en una combinación de empoderamiento de mujeres y varones, sumado a un enfoque transversal, se impone el reconocimiento del cuidado como un derecho propio, no asociado a ninguna categoría laboral (asalariado formal) ni restringida a las mujeres. Se trata del "*derecho a cuidar, a ser cuidado y a cuidarse*" que tiene su correlato en la obligación de cuidar; y por lo tanto implica un conjunto de obligaciones negativas, características de los derechos económicos, sociales y culturales, como no entorpecer los servicios de guarderías infantiles, no impedir el acceso de un adulto mayor al sistema de salud; pero principalmente incluye obligaciones positivas, que se enrolan en proveer los medios para poder cuidar, en garantizar que el cuidado se lleve adelante en condiciones de igualdad y sin discriminación y que no solo se concedan para un grupo reducido –por caso vinculado al empleo asalariado formal– sino que sean garantizados a todas las ciudadanas y los ciudadanos (Pautassi, 2007).

IV. La igualdad en la agenda pública.

A lo largo del artículo he buscado identificar los límites que las acciones igualitarias han tenido en América Latina, y en particular en Argentina, tanto en relación a promover el aumento de la autonomía de las mujeres, particularmente en el caso de la autonomía económica, como también a partir del análisis en un plano estrictamente normativo, donde se ha identificado un núcleo central de obligaciones jurídicas de los Estados que se encuentran pendientes de cumplimiento. Entre otros, no ha ingresado como premisa de una política igualitaria el desarrollo de mecanismos que articulen las demandas productivas, las obligaciones jurídicas y la provisión extendida, adecuada y accesible de servicios de cuidado para varones y mujeres.

Del mismo modo, ¿cuál es la razón que medidas de acción positiva como la ley de cupo se hayan transformado en el límite de representación femenina? Es posible que una de las respuestas a la inercia en el cambio de las relaciones sociales de género imperantes sea la ausencia de una política de reconocimiento o política cultural que impacte en los diversos órdenes simbólicos. Si bien el impulso de un proceso de cambio cultural y simbólico no ha sido estimulado desde el Estado, y la mayor cantidad de acciones al respecto se han desarrollado desde los movimientos de mujeres, especialmente el feminismo ha realizado aportes sumamente valiosos al respecto. Sin embargo, aun no se ha internalizado que el enfoque de género no es un enfoque para las mujeres, si bien son quienes luchan principalmente para su in-

corporación en todas las esferas de actuación del Estado, sino que beneficia a todos y a todas. Es un enfoque para la democracia y para la sociedad.

En rigor, la igualdad de género es un indicador de cuán democrático es un sistema político (Montaño, 2010). La evidencia empírica indica además que son necesarias políticas públicas de mayor envergadura y con objetivos más amplios que la mera búsqueda de igualdad de oportunidades entre mujeres y varones en el ámbito público. En este sentido cabe discutir la posibilidad de implementar nuevas medidas y políticas en América Latina, que sean superadoras de la segmentación de género del mercado laboral, la ausencia de involucramiento de los varones en las tareas de cuidado, la distribución del tiempo, las asimetrías de clase y género, el clientelismo político y el asistencialismo estatal como límites del ejercicio de la autonomía; la ausencia de información y de datos desagregados por sexo y género como violatorios del derecho al acceso a la información pública, nuevas formas de estimulo para la participación política, la paridad como objetivo de política, entre otros tantos temas que integran una agenda en pro de la igualdad de género.

Tal como señala la Comisión Económica para América Latina y el Caribe de Naciones Unidas (2010) no se puede obviar que una agenda de igualdad no puede ni debe reducirse a enunciar o postular objetivos a alcanzar, sino que claramente debe partir por reconocer las transformaciones que han operado en términos sociales, familiares, de división sexual del trabajo y de participación política.

La operatividad del principio de igualdad, siempre considerando que se alcanza a partir de la sumatoria de igualdad formal y material, da cuenta de la necesidad de incorporar las dimensiones señaladas, las que a su vez incluyen una variedad y diversidad de elementos que trascienden las meras fórmulas igualitarias. A su vez, este principio es rector en materia de diseño de toda política o legislación respetuosa de los derechos humanos, por lo que contiene un aspecto transversal aplicable a todos los niveles del Estado, que incluye la división de poderes y que se debe incorporar, no como sumatoria de acciones y planes de igualdad, sino como un principio intrínseco al desarrollo de la función pública.

Solo en la medida que el Estado decida liderar el proceso de transversalización, con una resguardada participación de las organizaciones de mujeres, pero también de otros colectivos o sectores hoy discriminados, y un compromiso ciudadano será posible alcanzarlo y aproximar medidas igualitarias. De lo contrario, se seguirán ensayando medidas antidiscriminatorias pero sin encarar el núcleo duro de producción de desigualdad. En rigor, el enfoque de género constituye una herramienta sumamente útil para poder expandir las acciones para la satisfacción de derechos a través de las políticas públicas, y como toda política igualitaria no solo beneficia a las mujeres sino al conjunto de la sociedad. El tiempo de espera ha concluido.

Referencias Bibliográficas

Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires, Buenos Aires. Facultad de Derecho, N° 6, primavera de 2005, UBA.

Alegre, M. y Gargarella, R. (coord.): *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario,* Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007.

Benería, Lourdes: "Towards a Greater integration of Gender in Economics", Salt Lake, Ponencia presentada en *Second Meeting on Gender, Adjustment and Macroeconomic Models*, junio 25-26, 1994 (mimeo).

CEPAL: *¿Qué Estado para que igualdad?,* XI Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y el Caribe, Santiago de Chile, Comisión Económica para América Latina y el Caribe, 2010.

CEPAL: *Panorama Social de América Latina.* Santiago de Chile, Comisión Económica para América Latina y el Caribe, 2009.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, (CIDH): *Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales,* Washington, en: www.cidh.org, 2008.

Daeren, L.: Enfoque de género en la política económica-laboral. El estado del arte en América Latina y el Caribe. Serie *Mujer y Desarrollo 29*, CEPAL, Santiago de Chile, 2001.

ELA (Equipo Latinoamericano de Justicia y Género), COHRE (Center on Housing Rights and Evictions); Programa "Género, Sociedad y Universidad", Secretaría de Extensión de la Universidad Nacional del Litoral (Programa de Género), ADN (Acción por los derechos en el Noroeste), Asociación por los Derechos Civiles (ADC), Centros de estudio de la República Argentina: *Informe sombra para el comité de la convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*; 46º período de sesiones, julio de 2010, disponible en http://www.ela.org.ar/

ELA: *Informe sobre género y derechos humanos. Vigencia y respeto de los derechos de las mujeres en Argentina (2005-2008)*, Equipo Latinoamericano de Justicia y Género, Editorial Biblos, Buenos Aires, 2009.

Elson, Diane: "From survival strategies to transformation strategies: women's needs and structural adjustment", en Lourdes Benería y Shelley Feldman (eds.), *Unequal burden. Economic crises, persistent poverty, and women's work, Westview* Press, Boulder, San Francisco, Oxford, 1992.

Fraser, Nancy: *Justice Interruptus: Critical reflections on the "Postsocialist" condition*, Routledge, Londres, 1997.

Lamas, Marta: El enfoque de género. En Comisión de derechos Humanos del Distrito Federal (org) *Hacia una política de Estado con enfoque de Derechos Humanos y Género*, México DF, 2009.

Lamas, Marta: *Cuerpo: diferencia sexual y género*, Taurus, México, 2002.

Marques-Pereira, Bérengère: "*La ciudadanía política de las Mujeres. Un juego de espejos entre Europa Occidental y América Latina"* Trabajo presentado en V Congreso Europeo Ceisal de Latinoamericanistas, Bruselas, Abril 11-14 2007.

McCrudden, C.: "Institutional Discrimination", en *Oxford Journal of Legal Studies*, Oxford University Press, 1982.

Montaño, S.: "El cuidado en acción: a propósito del Consenso de Quito" En Montaño S. y Calderón, C. (coord.) *El cuidado en acción. Entre el derecho y el trabajo*, Santiago de Chile, CEPAL, 2010.

Naciones Unidas: *Incorporación de la perspectiva de género en todas las políticas y programas del sistema de Naciones Unidas*, Informe del Secretario General (E/1997/66), período de sesiones sustantivo de 1997, Ginebra, Consejo Económico y Social, 20 de junio a 25 de julio.

Pautassi, L.: "Indicadores en materia de derechos económicos, sociales y culturales. Más allá de la medición", en Abramovich, V. y Pautassi, L. (comps) *La Medición de Derechos en las Políticas Sociales,* Editores del Puerto, Buenos Aires, 2010.

Pautassi, L.: *¡Cuánto Trabajo Mujer! El género y las relaciones Laborales*. Colección Claves para Todos, Capital Intelectual, Buenos Aires, 2007a.

Pautassi, L.: "El cuidado como cuestión social desde un enfoque de derechos", en *Serie Mujer y Desarrollo,* Nº 87, CEPAL, Santiago de Chile, 2007b.

Pautassi, L.; Faur, E. y Gherardi, N.: "Legislación laboral en seis países latinoamericanos. Límites y omisiones para una mayor equidad", en *Serie Mujer y Desarrollo,* Nº 56, CEPAL, Santiago de Chile, 2004.

Rico M. y Marco F.: "Autonomía económica y derechos del trabajo. Implicancias para el diseño y análisis de indicadores de género". En Abramovich, V. y Pautassi, L. (comps) *La Medición de Derechos en las Políticas Sociales,* Editores del Puerto, Buenos Aires, 2010.

Rodríguez, M.: "Entre la justicia real y la justicia formal: la discriminación por género en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en Argentina" En: Alegre, M. y Gargarella, R. (coord.) *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario,* Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007.

Rodríguez Enríquez, Corina: Economía del cuidado y Política Económica. Una aproximación a sus interrelaciones. Documento presentado en la Trigésima Octava Reunión de la Mesa Directiva de la Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y el Caribe, Mar del Plata, 7 y 8 de septiembre de 2005, CEPAL.

Lecciones y Ensayos, nro. 89, 2011
Melo, Adrián y Raffin, Marcelo, *La literatura y el cine como espacios de resistencia al paradigma héteronormativo,* ps. 299-316

LA LITERATURA Y EL CINE COMO ESPACIOS DE RESISTENCIA AL PARADIGMA HÉTERONORMATIVO

Adrián Melo* y Marcelo Raffin**

Resumen: El presente trabajo presenta al discurso literario y al género cinematográfico como campos de batalla en donde se cuestionan las categorías dominantes y se producen imágenes alternativas respecto al paradigma héteronormativo instalado por el psicoanálisis, el derecho y otras ciencias normativas. Los autores focalizan su atención en la figura del gaucho, arquetipo de la virilidad y el ser nacional y, paradójicamente, también lugar desde el cual se cuestiona e incluso invierte la noción moderna de masculinidad. Para ello, trazan una breve genealogía del ser varonil en la literatura nacional, para luego finalizar con un pormenorizado análisis del gaucho en Martín Fierro, La Vuelta de Martín Fierro, Don Segundo Sombra y Vidalita.

Palabras claves: Heteronormatividad – Gaucho – Literatura – Cine – Ser nacional

Abstract: This writing presents cinema and literary discourse as fields where not only dominant categories are questioned, but also, alternatives to the heteronormative paradigm created by psychoanalysis, law and other sciences, are suggested. The authors put forward that the gaucho, while archetypical figure of virility and national being, also allows for the modern notion of masculinity to be subverted. After a brief genealogy of this concept in national literature, the writing concludes with a detailed analysis of the gaucho character in Martín Fierro, La Vuelta de Martín Fierro, Don Segundo Sombra and Vidalita.

Keywords: Heteronormatvity – Gaucho – Literature – Cinema – National being

* **Profesor Adjunto Regular e Investigador del Instituto Gino Germani de la UBA. Doctor en Ciencias Sociales por la misma Universidad.**

** **Profesor Titular Regular de Filosofía (Facultad de Ciencias Sociales-UBA) y Profesor Adjunto Regular de Filosofía del Derecho (Facultad de Derecho-UBA). Es Investigador del Instituto Gino Germani de la UBA y Doctor en Filosofía por la Universidad de París 8. Asimismo, se desempeña como Director del Centro Franco-Argentino de Altos Estudios de la UBA por dicha Universidad.**

I. Introducción

El paradigma héteronormativo se consolida merced a la confluencia de una serie de discursos principalmente médicos, psiquiátricos, biologicistas y psicológicos pero también judiciales, morales, religiosos, científicos políticos, entre otros, que, en el siglo XIX, clasifican a los seres humanos de acuerdo al uso de sus placeres y consagran la sexualidad reproductiva dentro del matrimonio entre un hombre y una mujer como el sexo normal a la vez que relegan a las otras sexualidades al campo de las perversiones.

El mismo movimiento que eleva a la familia heterosexual al estatus de modelo y sanidad fija los roles que los hombres, las mujeres, las niñas y los niños deben cumplir en la misma, formas de comportamiento y los criterios de masculinidad y femineidad, entre tantos otros, que se enmarcan en lo que Pierre Bourdieu denomina dominación masculina.

Para Foucault, el dispositivo de sexualidad que fija las normas y la hegemonía del paradigma héteronormativo se aplica en primer lugar y con mayor rigurosidad en la familia burguesa. Desde finales del siglo XIX la nueva política por fuera de la pastoral cristiana de la carne, relega al sexo como asunto eclesiástico y lo convierte en objeto médico, pedagógico, económico y estatal. Pesan tres responsabilidades sobre la pareja procreadora: económica (frenos o incentivos a la fecundidad), política (responsabilidad biológico, moral y social) y médica (control de nacimientos). En este contexto, el despliegue de la sexualidad burguesa coincide con la legítima opción conyugal.

De esta manera el paradigma héteronormativo legitima y consagra la desigualdad en diferentes planos y con diferentes tipos de especificidad. La burguesía del siglo XVIII se afirma a sí misma, y con ello a todo su proyecto económico y político (lo cual explicaría en buena parte su hegemonía), no solo por ideología o conciencia de clase, sino 'físicamente' al autorreproducirse y autovalorarse como cuerpo sexual conforme a un modelo de salud y fuerza, a una *scientia* sexuales. Es decir, la burguesía se diferencia de las otras clases sociales subalternas, dándose a sí misma una sexualidad sana, normal, reproductiva y controlada. Al mismo tiempo, se consagra dentro de la familia la desigualdad de género y se instituye la noción de homosexualidad como ficción normativa paradigmática que nombra y señaliza a una clase de individuos cuya existencia se define como indeseable, volviéndolos candidatos a correcciones, curas o directamente eliminaciones.

En este contexto discursivo aparentemente monolítico aparece como significativo y queríamos destacar en el trabajo el hecho de que el discurso literario en ese siglo XIX primero y el género cinematográfico con posterioridad hayan producido imágenes alternativas respecto a los géneros, las masculinidades y las familias. Y eso sucedió precisamente en un tópico particularmente asociado a la construcción de la masculinidad y de los roles de género en Argentina tal como es la figura del gaucho.

Efectivamente, el Gaucho ha sido en Argentina una figura paradigmática en la construcción de la masculinidad y de la nacionalidad. Afirmada por discursos dispares como la historiografía, la cinematografía y muy particularmente la literatura, sus caracterizaciones arquetípicas aparecen vinculando las nociones de virilidad y Nación.

La figura del gaucho como encarnación del ser nacional comienza a tomar significación a partir de la década del 10 del siglo XX cuando escritores nacionalistas intentaron bucear en las raíces de la argentinidad lejos de la ciudad corrupta e invadida por los inmigrantes. Asimismo, valores tales como el coraje, la lealtad con los amigos y la propensión a la lucha para defender el honor son constitutivos del ser gaucho. A su vez, esos valores son preponderantes para caracterizar la masculinidad hegemónica y sentar las bases de la dominación masculina.

En los discursos literarios paradigmáticos de la creación del gaucho como prototipo de la virilidad y del ser argentino, es posible encontrar ciertas fisuras mediante las cuales a la vez que se afirma la masculinidad tal como fue pensada y construida durante la modernidad, se la cuestiona e incluso se la invierte.

Por un lado, como todas las comunidades exclusivamente de hombres, no puede obviarse en las comunidades de gauchos el contenido afectivo homoerótico que une a sus integrantes entre sí y con el jefe o valor arquetipo al que se hayan ligado.

Por el otro, son particularmente pertinentes para pensar estos universos los análisis que Eve Kosofsky Sedwick lleva a cabo en *Between Men* respecto del deseo triangular y de la aplicación de la noción de homosocialidad. Sedgwick se centra en los efectos opresivos sobre las mujeres y los hombres de un sistema cultural en que el deseo intermasculino se hizo fundamentalmente inteligible mediante su desviación hacia relaciones triangulares que implicaban a una mujer. Con el concepto de homosocialidad Kosofsky Sedwick se refiere a las comunidades masculinas que se definen por la exclusión de las mujeres, que están regulada por el pánico homosexual manifestado en la homofobia pero que presentan intensidades afectivas homoeróticas que son plausibles de convertirse en homosexuales.

En estas claves se leerán obras tales como *Martín Fierro* y *La vuelta del Martín Fierro* de José Hernández, *Don Segundo Sombra* de Ricardo Güiraldes, así como la película *Vidalita* (Luis Saslavsky, 1949) que resulta totalmente subversiva al modelo hegemónico propuesto para la tipología gaucha.

De esta manera se pondrá de manifiesto el hecho de que tanto el discurso cinematográfico como el discurso literario son a menudo campo de batalla en donde se cuestionan las categorías dominantes y campos de resistencia frente a otros discursos hegemonizadores como el psicoanálisis, el derecho y otras ciencias normativas. Aunque también veremos que, tal como señala Didier Eribon se trata de un juego complejo en el que el cuestionamiento puede coexistir con el reconocimiento de los valores del mundo dominante. Pero también siguiendo a Eribon, "tanto la literatura como la teoría son también unos de los lugares que los defensores del orden

establecido utilizan, invocando, por ejemplo, la 'ciencia' contra la 'locura' de los excluidos, bien sea, (antaño pero también hoy) para intentar curarlos o bien (tanto hoy como ayer) para oponerse a sus reivindicaciones e intentar anular los efectos de su toma de palabra".[1]

Veremos circular por esas páginas, amores intensos entre hombres, amistades, lealtades masculinas hasta la muerte e inversiones de género que ponen en tela de juicio la masculinidad hegemónica y por lo tanto ciertos criterios de desigualdad social y de género.

Para dar cuenta de la importancia de esta figura central de la mitología y del imaginario social argentino se hace necesario trazar una breve genealogía de los lazos entre masculinidad y nación y la manera en que la figura del gaucho se inserta en dicha relación.

II. Genealogía de la masculinidad

La masculinidad moderna aparece asociada a la idea de patriotismo y nacionalidad. En *L´image de l´homme. L´invention de la virilité moderne*, George Mosse analiza la manera en que la invención de la virilidad en la modernidad está ligada a la nueva sociedad burguesa que se consolida hacia finales del siglo XIX y a la creación de los Estados - Nación.

El ideal masculino que impregna la cultura occidental redefine en la modernidad sus cualidades de voluntad, sangre fría, potencia, honor y coraje. Particularmente durante el siglo XIX y la primera mitad del siglo XX, la exhortación a "ser un hombre" deviene un lugar común por excelencia y ese ideal de hombre viene asociado a la posibilidad de crear un ideal de nación. En las guerras civiles latinoamericanas, recurrentemente, los bandos enfrentados luchaban también simbólicamente por el monopolio de la masculinidad.

En este sentido, en Argentina, la ficción literaria, contribuyó fuertemente a crear las imágenes que asociaban virilidad y Nación. Así, en *El matadero* de Esteban Echeverría, impuesto oficialmente como el primer cuento argentino, el ideal de hombre y de patriota es descripto en la figura del unitario que a sus cualidades de juventud y buena estampa se la agregan las de valentía, masculinidad y honor. De hecho, su muerte sobreviene, casi espontánea, ante la posibilidad de perder la honra, de ser desnudado y eventualmente violado por los carniceros federales del matadero.

De igual manera, en la primera escena de *Amalia* –declarada oficialmente la primera novela argentina–, el ideal de hombre y de patriota, Eduardo Belgrano –que

1. ERIBON, Didier, *Herejías. Ensayos sobre la teoría de la sexualidad*, Belaterra, Barcelona, 2004, p. 16

ya connota patriotismo desde su mismo nombre que lo emparenta con Manuel Belgrano, quien junto con San Martín los militares por antonomasia de la guerras de la independencia–, se enfrente él solo a cuatro hombres armados. No casualmente esos hombres hieren a Belgrano en uno de sus muslos, cerca de la zona genital y reproductiva. Es la recuperación de esa herida lo que lleva al joven –conocido desde las primeras páginas de la novela como el joven de la espada– a la casa de Amalia, la viuda virtuosa, ideal de mujer. Teniendo en cuenta la función de las novelas fundacionales latinoamericanas que describiera Sommer como verdaderos manuales de pedagogía erótica y patriotismo, *Amalia* puede ser leída también como la espera de Amalia para que cicatrice la herida de Eduardo y éste recupere plenamente los atributos que permitan dar luz a los nuevos y sanos hijos de la Nación.

Como en todo proceso de creación de estereotipos, al mismo tiempo que se construyen y se cristalizan socialmente las imágenes de la masculinidad y el patriotismo, se hace necesario caracterizar a aquellos que no formaban parte de ese orden viril y nacional. En ese sentido, los parias, los enfermos nerviosos, los extranjeros, los judíos, los homosexuales, los locos, los criminales y los vagabundos devinieron las contrafiguras ideales de aquello que no debía ser.

En este contexto, la literatura contribuyó también a la conformación de estos estereotipos y prejuicios. Así, en la literatura paradigmática de la generación del ochenta, las sexualidades desviadas y las enfermedades nerviosas así como las herencias degenerativas se concentraron tan pronto en la figura del inmigrante italiano (*¿Inocentes o culpables?,* –1884– de Antonio Argerich o *En la sangre* –1887– de Eugenio Cambaceres), asociado a ideas enfermas y contaminantes tales como el anarquismo, el socialismo y el sindicalismo como en la del judío (Julián Martel, *La bolsa,* 1891).

Siguiendo cierta tendencia de la cultura europea, hacia fines del siglo XIX, el prejuicio antisemita hace coincidir el estereotipo del judío y el del homosexual. El afeminamiento, la cobardía, la falta de virilidad y de carácter y la condición de paria, eran, entre otros, los rasgos comunes que los volvían incapaces de comprender el sentido del honor nacional y mucho menos de defenderlo. Descriptos como un "estado dentro del estado", afeminados y judíos complotaban contra el Estado - Nación.

III. Gaucho, masculinidad y Nación

Escritores nacionalistas argentinos como Leopoldo Lugones, Ricardo Rojas o Manuel Gálvez trataron, a partir de la década del 10 del siglo XX, de recrear la esencia de la nación y de la argentinidad en la figura del gaucho. El más significativo y perdurable de esos discursos es el pronunciado por Lugones bajo el nombre de *El payador* y que termina de catapultar al gaucho como el prototipo del ser argentino, de la masculinidad y también de la sabiduría encarnada, en principio, en el Viejo

Vizcacha. Ello ocurre recién cuando el jinete libre, héroe de las guerras de independencia se está convirtiendo en un proletariado rural a costa de su libertad.

La representación del gaucho hace entonces un giro de ciento ochenta grados desde la personificación del gaucho malo, enemigo del Estado y amigo de los indios, en la época fundacional de la nacionalidad hasta su integración al mundo de la familia, el Estado y el mercado laboral como trabajador de la riqueza en la Argentina Agroexportadora en *La vuelta del Martín Fierro*. Luego, la novela *Don Segundo Sombra* (1926) de Ricardo Güiraldes terminará de consolidar la figura del gaucho como paradigma del ser hombre y argentino. En *Don Segundo Sombra*, el protagonista aprende e incorpora las virtudes de la masculinidad para terminar la novela dominando en un mundo de hombres.

IV. El gaucho rebelde: Martín Fierro

Como destaca Sommer, *Martín Fierro* logró mayor perdurabilidad en el imaginario social popular que *Amalia*. Es lo que el pueblo argentino llama su "épica". El extenso poema sigue la tradición de un género ya existente de poemas con connotaciones políticas.

Antes de José Hernández, la figura del gaucho había sido utilizada en la literatura como personaje cómico. Hernández es el primer intento de presentar al gaucho en sus connotaciones dramáticas, como un ser humano inmerso en un contexto socioeconómico esquivo al sistema capitalista y unas políticas estatales que, lejos de protegerla, lo sometían y tendían a su eliminación.

El *Martín Fierro* denuncia la ineficacia del Estado para asimilar y proteger al gaucho, ineficacia que va de la mano de la corrupción de los jueces y de los funcionarios, del voto fraudulento y de la violencia de los policías. Lo que termina revelando son las condiciones de funcionamiento de un Estado que se va a instaurar bajo el signo de la dominación oligárquica y que precisa por ello, de la exclusión de amplios sectores de la población. Martín Fierro es un gaucho trabajador que vive sosegado en su rancho con su mujer e hijos. Sin embargo, el juez de paz que lo tenía entre ojos porque en la última votación se hizo el remolón y no fue a votar, lo obliga vía fuerza policial a reclutarse como soldado y a partir a la frontera para defenderla de los indios.

En la frontera, Hernández describe en la figura de Martín Fierro una situación real: las penurias de los gauchos reclutados, desnudos, desarmados y hambrientos a merced de los malones y de las arbitrariedades y maltratos gubernamentales. No aguantando esta vida, dos años más tarde, Fierro se escapa. A su regreso a las poblaciones "desertor, pobre y desnudo", encuentra que su hacienda fue vendida y que su mujer lo abandonó "por un gavilán" y se llevó a sus hijos.

Esas desventuras son las que lo llevan a recorrer el camino de gaucho manso que se dejó apresar por la policía en una fiesta a gaucho matrero que se abre en la vida a fuerza de cuchillazos. Después de provocar y matar a un negro y a un guapo, es rodeado por la policía, una noche en que, alejado de las poblaciones contempla las estrellas.

Lejos de entregarse, Fierro enfrenta con su cuchillo a la partida policial. Y, en una escena memorable, que recuerda el arrojo de Daniel Bello para salvar la vida de su amigo Eduardo Belgrano en *Amalia*, el sargento Cruz se separa de la fuerza policial e identificándose con el destino del bandido Fierro, se coloca de su lado al grito de:

"Cruz no consiente
Que se cometa el delito
De matar ansí un valiente".[2]

En su artículo *Eroticism and Homoeroticism in Martín Fierro* Gustavo Geirola, se centra en las connotaciones homoeróticas presentes en la relación entre Fierro y Cruz. La llegada mesiánica de Cruz a la vida de Fierro lo lleva a arriesgar su vida por un desconocido en lo que puede describirse como un enamoramiento a primera vista. Cuando inmediatamente, Cruz le relata a Fierro los padecimientos de su vida de gaucho desgraciado, desde la felicidad conyugal a la infidelidad de la mujer amada que lo lleva a errar por las calles, que no difieren de las del protagonista, hace explícita su misoginia:

"Las mujeres desde entonces
Conocí a todas en una.
Ya no he de probar fortuna
Con carta tan conocida
Mujer y perra parida
No se me acerca ninguna".[3]

Al fin del relato de sus peripecias, queda sellada la amistad eterna, cuando Cruz le dice:

"Ya conoce, pues, quien soy
Tenga confianza conmigo,
Cruz le dio mano de amigo

2. HERNÁNDEZ, José, *Martín Fierro*, Kapeluz, Buenos Aires, 1987, p. 46.
3. *Ibid.*, p. 52.

Y no lo ha de abandonar.
Justos podemos buscar
Pa' los dos un mesmo abrigo.

Andaremos de matreros,
Si es preciso pa' salvar
Nunca nos han de faltar
Ni un güen pingo para juir,
Ni un pajal ande dormir,
Ni un matambre que ensartar".[4]

Los destinos de ambos se confunden y eso le da pie a Fierro para decirle:

"Ya veo que somos los dos
Astillas del mismo palo
Yo paso por gaucho malo
Y usté anda del mismo modo".

Los amigos deciden proyectar una vida juntos, cruzando la frontera, lejos de las arbitrariedades de la ley, el gobierno y la policía. De esa manera, sus destinos se confunden también con los de los indios adonde tampoco "alcanza la facultá del gobierno". Lo que no alcanza tampoco a gauchos e indios es el dispositivo de sexualidad. Eso permite a los gauchos amigos la proyección del hogar alternativo, excluidos de la confortabilidad de la vida civilizada y burguesa. "Fabricaremos un toldo, /Como lo hacen tantos otros", le dice Fierro, antes de que juntos roben una tropilla de caballos y se pierdan en el desierto.

V. El gaucho domado: La vuelta de Martín Fierro

Es clásico referirse al cambio de tono y al viraje político que hace José Hernández desde la primera hasta la segunda parte de los poemas que narran las desventuras de Fierro.

La aparición en 1879 de *La vuelta de Martín Fierro* hizo explícito desde el mismo prólogo el cambio de posicionamiento político de su escritor José Hernández. Si, en la primer parte del poema, Fierro huye de la sociedad y prefiere ubicarse en el papel del vencido y del maldito, en *La vuelta*…, pide desde el canto I, la reinserción en la vida social, un regreso al "estado idílico de trabajo, familia y re-

4. *Ibid.*, p. 56.

creación del que gozara –fuera de campo– en el momento anterior a sus desdichas, antes de tener que ponerse a cantar sus penas.

Si en la primera parte del poema, vivir con los indios era preferible a seguir sufriendo las políticas estatales, en la segunda, cuya ficción se ubica dos años después desde el momento en que culmina *Martín Fierro* se nos describen las peripecias que los amigos Cruz y Fierro tuvieron que sufrir con los salvajes.

"Al final de la primera parte del *Martín Fierro*, los gauchos Fierro y Cruz habían tenido que adoptar una solución desesperada, escapando a territorio indio, huyendo de la 'civilización'. En la segunda parte, Hernández hizo que Martín Fierro regresara del desierto, demostrando que la solución había sido peor que el problema, y, al final de la misma, encuentra otra solución para la familia gaucha: separarse e integrarse al seno de la sociedad con nuevas identidades. El personaje recorre alegóricamente una trayectoria paralela a la del poeta, que en su rebeldía antisarmientina escapó al Uruguay, para después regresar a Buenos Aires. Ante el clima conciliatorio de la política de Avellaneda, se integró a la vida política nacional con una posición más moderada." (Pérez, 234).

Aggiornandose a los nuevos tiempos, Hernández viró del federalismo progresista y antiporteño, a aprobar la federalización de la ciudad de Buenos Aires ya como diputado del Partido Autonomista Nacional y a adherir al año siguiente, al nuevo oficialismo liderado por el general Julio Argentino Roca, quien un año antes había consumado el extermino de los indígenas en la autodenominada campaña del desierto.

Cuando en la primera parte del poema los personajes sufren un progresivo proceso de marginalización que los lleva a escaparse del territorio nacional, en la segunda Fierro busca ser asimilado al status quo actual. Si en Martín Fierro, Fierro y Cruz huían al desierto porque "los caciques amparan a los cristianos"; en La vuelta de Martín Fierro, Hernández revela la enorme crueldad de los indios y sus instintos criminales.

En este retorno conservador de Hernández, no parece casual que la reinserción de Martín Fierro a la sociedad precise de la muerte de Cruz, el exclusivo mundo de sus afectos que había reemplazado al cariño por su esposa e hijos. El lamento de Fierro por la muerte de Cruz retoma imágenes literarias utilizadas en lo que podríamos llamar una tradición homoerótica: la desmesura del dolor de Fierro por la muerte de su amigo es similar a la que expresa Aquiles por la muerte de Patroclo en la versión homérica, contiene elementos de la célebre elegía de David por la muerte de Jonatán y de la histérica tristeza narrada por San Agustín en sus confesiones tras la muerte de su compañero amado.

"Faltó a mis ojos la luz,
Tuve un terrible desmayo;
Caí como herido del rayo
Cuando lo ví muerto a Cruz.

Aquel bravo compañero
En mis brazos expiró;
Hombre que tanto sirvió,
Varón que fue tan prudente,
Por humano y por valiente
En el desierto murió.

Y yo, con mis propias manos,
Yo mesmo lo sepulté;
A Dios por su alma rogué,
De dolor el pecho lleno,
Y humedeció aquel terreno
El llanto que redamé.

(...)

Andaba de toldo en toldo
Y todo me fastidiaba;
El pesar me dominaba,
Y entregao al sentimiento,
Se me hacía a cada momento
Oir a Cruz que me llamaba.

Cual más, cual menos, los criollos
Saben lo que es la amargura
En mi triste desventura
No encontraba otro consuelo
Que ir a tirarme en el suelo
Al lao de su sepultura.

Allí pasaba las horas
Si haber naides conmigo
Teniendo a Dios por testigo,
Y mis pensamientos fijos
En mi mujer y en mis hijos,
En mi pago y en mi amigo.
Privado de tantos bienes
Y perdido en tierra ajena
Parece que se encadena
El tiempo y que no pasara,
Como si el sol se parara

A contemplar tanta pena."
(Versos 550 a 558)

Se podría decir de la amistad de Fierro y Cruz lo que dice Sergent, de la amistad entre Aquiles y Patroclo tal como es narrada por Homero. Si bien no se señala una relación erótica entre ambos, la profundidad de la relación y la desmesura del dolor por la muerte del amigo no pueden pensarse en otros términos que no sean los de una relación amorosa.

La amistad entre gauchos es tradicionalmente uno de los elementos de la poesía gauchesca. Fierro y Cruz tiene sus correlato en Juan Moreira y Julián en Juan Moreira de Eduardo Gutiérrez y ambos sus antecedentes en Santos Vega y Carmona. A su vez, el punto cúlmine en la amistad viril es el de Don Segundo Sombra y el joven Fabio Cáceres en la novela de Ricardo Güiraldes.

¿Por qué incluir la amistad de Fierro y Cruz como paradigma de la inversión de la masculinidad tal como fue pensada durante gran parte del siglo XX como exclusión de la homosexualidad? Por más homoeróticas y contundentes que sean éstas imágenes de hombres solos –parafraseando lo que Hemingway decía respecto de las novelas de Hermann Melville, la literatura gauchesca es una literatura de hombres sin mujeres– que reemplazan la vida familiar por la amistad incondicional de otro hombre al que consideran el universo monolítico de sus afectos, es claro que las descripciones sexuales no forman parte de la literatura gauchesca.

Sin embargo, no supone un hecho menor que en la literatura gauchesca analizada, el recorrido de los protagonistas vaya desde la separación de la familia monogámica a la errancia, la amistad masculina, las pasiones violentas, el vicio y el asesinato como todas caras de una misma moneda. Errancia, pasiones violentas, vicio y criminalidad van de la mano de las amistades apasionadas masculinas, es decir encuentran en esas relaciones el escenario propicio para desarrollarse.

También es interesante recordar que, en sus últimos escritos y entrevistas, Michel Foucault insiste en la cuestión de la amistad. Para el filósofo francés, la amistad entre hombres como una forma de vida ofrece una imagen más perturbadora y subversiva que la de dos hombres teniendo sexo. Y que esa es una forma de escapar al dispositivo de sexualidad. Para ejemplificar esa noción de la amistad como forma de vida, en unas bellas páginas que le deben seguramente mucho a los relatos de la experiencia en las trincheras de Dumézil, Foucault afirmaba:

> "Sucedía algo así en los campos de prisioneros. Había ahí soldados, jóvenes oficiales que pasaban meses, años juntos. Durante la guerra del 14, los hombres vivían totalmente juntos, unos sobre otros, y para ellos esto no era cualquier cosa en la medida en que la muerte estaba presente y que a final de cuentas la devoción del uno por el otro, y el servicio prestado, eran sancionados por un juego de vida y muerte. Fuera de algunas

declaraciones sobre la camaradería, la fraternidad espiritual, y de algunos testimonios muy parcelarios, ¿que sabemos de los huracanes afectivos, de las tempestades sentimentales que pudieron producirse en esos momentos? Y podemos preguntarnos qué permitió que en esas guerras absurdas, grotescas, en esas masacres infernales, la gente haya, pese a todo, resistido. Se debió sin duda a un tejido afectivo. No digo que siguieran combatiendo por estar enamorados unos de otros, pero sí que el honor, el valor, el no quedar mal, el sacrificio, el salir de la trinchera con el amigo, frente al amigo, todo ello implicaba una trama afectiva muy intensa. No es por decir: '¡Ah, he ahí la homosexualidad!'. Detesto ese tipo de razonamiento. Pero hay sin duda ahí una de las condiciones, no la única, que permitió esa vida infernal en la que los individuos, durante semanas, se atascaran en el lodo, los cadáveres, la mierda, y murieran de hambre y estuvieran ebrios por la mañana, a la hora del ataque".[5]

VI. El gaucho capitalista: Don Segundo Sombra

Don Segundo Sombra (1926) de Ricardo Güiraldes es ampliamente reconocido como un clásico de la literatura argentina y es, en el siglo XX, el exponente por excelencia de la literatura gauchesca. Podemos encontrar y rastrear en sus páginas ciertas huellas de homoerotismo que marcan una continuidad con la literatura gauchesca analizada.

Organizada simétricamente, en tres partes de nueve capítulos cada una, en la primera, un huérfano de catorce años, que no conoce a sus padres y vive con sus tías, vaga como pícaro por las calles de un pueblo de la provincia de Buenos Aires y se siente súbitamente fascinado por la aparición del gaucho Don Segundo Sombra. Decide entonces escaparse de la casa e iniciarse en "el más macho de los oficios": arrear animales por las pampas.

En la segunda parte, ubicada cinco años más tarde que la primera, el protagonista narrador afirma que don Segundo le ha convertido en un gaucho. En los capítulos de esta sección se describen escenas costumbristas campesinas que exaltan las virtudes de los gauchos, la lealtad, el compañerismo romántico de la vida entre hombres y una recurrente misoginia (Es comparada la desconfianza hacia las mujeres con la desconfianza hacia la bebida, entre numerosos ejemplos). Se narra, entre otras, una escena en donde Fabio duerme bajo las estrellas en medio de dos mocetones de veinte años. "Uno alto, aindiado, lampiño. El otro rubio y flaco, con ojos sesgados de gato pajero". Don Segundo Sombra, particularmente aparece como un tipo ideal de virtudes: excelente narrador de cuentos, popular, valiente.

5. FOUCAULT, Michel: *De l'amitié comme mode de vie*. Entrevista de Michel Foucault a R. de Ceccaty, DANET, J. e LE BITOUX, J., publicada en *Gai Pied*, Nº 25, abril de 1981, pp. 38-39.

En este tramo de la novela, el muchacho tiene una premonición: oye o cree oír que de peón pasará a ser patrón. Finalmente, en la tercera parte, se cumple la premonición. Se descubre que Fabio es hijo de un estanciero y hereda su nombre y sus propiedades. Ello implica la necesaria separación de su maestro ideal en el arte de la gauchería. La despedida es de de una tristeza conmovedora:

> "'Sombra', me repetí. Después pensé casi violentamente en mi padre adoptivo. ¿Rezar? ¿Dejar sencillamente fluir mi tristeza? No sé cuantas cosas se amontonaron en mi soledad. Pero eran cosas que un hombre jamás se confiesa.
> Centrando mi voluntad en la ejecución de los pequeños hechos, di vuelta a mi caballo y, lentamente, me fui para las casas.
> Me fui, como quien se desangra".[6]

Don Segundo Sombra se constituye en novela de iniciación, de aprendizaje: el protagonista aprende e incorpora, sobre todo, las virtudes de la masculinidad para dominar en un mundo en donde impera la dominación masculina. En gran medida, la novela es la historia de las vicisitudes y los esfuerzos de Fabio para construir una subjetividad masculina. Al final de la novela, aunque se sienta incómodo, por su herencia logra una posición de poder en este sistema, que, en términos de Sedgwick podríamos denominar homosocial. De esta manera, en la novela, el cuerpo de la masculinidad se conforma al mismo tiempo que el cuerpo de la burguesía: ser hombre, definitivamente, para Fabio implica separarse del mundo exclusivamente masculino y vagabundo de los gauchos y ser burgués.

Por otra parte, como novela de iniciación Don Segundo Sombra, presenta ciertas características de los ritos de pederastia descriptos, entre otros autores, por Bernard Sergent. La novela puede leerse como un ritual amoroso que sigue las etapas de la institución pederástica: alejamiento del hogar del púber, errancia por la Pampa y aprendizaje de la mano de un hombre adulto barbudo de valores que posibilitan, en la etapa final la entrada al mundo de la adultez, de la política, de la clase social y eventualmente del matrimonio.

Sin embargo, así como en la institución de la pederastía en Grecia los lazos afectivos de esta comunidad de hombres pueden adquirir tan intensidad al punto de tornarse peligrosos. Una cita de Güiraldes advierte sobre la peligrosidad latente de estos lazos eróticos intensos entre hombres: "En la voluntad de matar que ya estaba en nosotros, nacía el sentimiento de una amistad fuerte. Dos hombres suelen salir de un peligro tuteándose, como una pareja después del abrazo".[7]

6. GÜIRALDES, Ricardo, *Don Segundo Sombra*, Espasa Calpe, Madrid, 1979, p. 254.
7. *Ibid.*, p. 87.

Christopher Leland es quién más ha hecho hincapié en los signos de una tendencia homoerótica en la novela. Para Leland, la intensidad física de ciertos pasajes es erótica y no se puede soslayar el hecho de que la pampa es presentada como un sitio de actividades y valores de una masculinidad agresiva en donde la mujer está excluida. Aún más: en esa comunidad, las mujeres son denigradas como si estuvieran interfiriendo y obstruyendo lo que los hombres tienen que hacer. Es corriente que los gauchos de la novela le digan mujer al hombre que quieren humillar y cualquier comparación de hombres y mujeres es insultante. Asimismo, se las trata con aire de superioridad y Fabio y otros gauchos les temen como agentes domesticadores.

Particularmente Fabio se muestra muy preocupado ante la capacidad de las mujeres que pueden terminar por atraparlo y acabar con su libertad. Las mujeres son percibidas como la muerte del mundo gaucho. Son utilizadas como objetos para saciar los deseos sexuales pero están excluidas de la posibilidad de otro tipo de vínculos.

En este último sentido, las mujeres –como objetos sexuales– ocupan un rol fundamental ya que ponen un límite preciso a la intensidad de los sentimientos y las pasiones entre hombres. El otro límite esta marcado por las características mismas de todo lazo homosocial tal como lo describe Sedgwick: una homofobia intensa y un temor y odio a la homosexualidad. Los lazos masculinos homosociales precisan de estos sentimientos para ser distinguidos de la homosexualidad. Sin embargo, son términos análogos y hay en la mayoría de las situaciones propensión o plausibilidad de ser intercambiables. Sedgwick se centra en los vínculos sociales entre hombres y define el deseo homosocial masculino como un continuo iterativo de prácticas sociales que fluctúa entre lo homosocial y lo homosexual. Explica que, aunque análogos, estos términos no deben tomarse como sinónimos y aclara que el uso que le da a la palabra "deseo" hace referencia a una fuerza social más que a un impulso específicamente físico. Advierte también que los vínculos afectivos masculinos se caracterizan por la homofobia, que sirve para regular las relaciones entre hombres. He allí la clave. Sedgwick demuestra como, en sociedades modernas de Occidente, los lazos afectivos masculinos se establecen al posicionarse éstos en contra de la pasión/del deseo por los del mismo sexo. En otras palabras, el deseo homosocial masculino es un modo de regular las prácticas afectivas entre hombres y, también, de subrayar la forma en que las relaciones masculinas se organizan dentro del sistema patriarcal.

Situada en el contexto de la modernización de la Argentina y en el momento previo a la transformación de una economía basada en el modelo agroexportador al modelo de industrialización por sustitución de importaciones, *Don Segundo Sombra* es quizás, la novela que representa la desaparición de la forma de vida gaucha y la conformación y la consolidación definitiva del modelo burgués y del cuerpo de la burguesía representado en el personaje de Fabio. Fabio, en ese sentido y siguiendo las prerrogativas del dispositivo de sexualidad ligado al cuerpo de la burguesía

planteado por Foucault, no debe presentar ambivalencias respecto de su sexualidad. Debe alejarse de toda sexualidad polimorfa o perversa.

Como señala Archetti:

> "Los hombres despliegan su virilidad en contextos cuyos elementos constitutivos son el origen de clase, las experiencias históricas, los rituales y los discursos aceptados o subversivos. Las diferencias de género tanto sociales como culturales excluyen así la consideración explícita de una masculinidad 'hegemónica' en la sociedad argentina".[8]

Por ello, al final del relato, cuando Fabio, ya hombres se despide de Don Segundo Sombra experimenta sentimientos que un hombre jamás se confiesa. Porque es hombre es incapaz de revelarse a sí mismo o manifestar explícitamente esos sentimientos. Sin embargo, en el "me fui como se desangra" que produce la despedida entre los dos hombres y con la cuál se cierra la novela, se termina revelando algo de la intensidad de la sentimientos presentes en la relación entre Don Segundo Sombra y Fabio.

Don Segundo Sombra puede leerse asimismo en relación a lo que Josefina Ludmer considera la nacionalización –la identificación con la nación– del gaucho ya presente en *La vuelta del Martín Fierro* a través de los proverbios del anciano, que, simbólicamente lo pacifica y legaliza en su nuevo papel de "trabajador de la riqueza de la Argentina agroexportadora", en forma coincidente con la apertura de mercados del estado liberal. Don Segundo Sombra guarda continuidad con ese gaucho, expresando en el itinerario social de Fabio Cáceres la incorporación definitiva al sistema capitalista. En la creación de los arquetipos de Don Segundo Sombra y de Fabio es posible vislumbrar el objetivo político de la novela de fijar los nuevos estereotipos de aquellos que pueden y deben formar parte de la comunidad imaginada de la nación. Tal como refiere Archetti:

> "El año 1926 fue significativo para la literatura gauchesca debido a la publicación de *Don Segundo Sombra*. La novela, escrita por Ricardo Güiraldes, describe el encuentro entre Fabio, un joven de la ciudad, y Don Segundo Sombra, un gaucho honesto, valiente y fuerte que llevaba la vida tradicional de la pampa. Fabio, un tipo de la metáfora de la Argentina nueva y moderna, entra al campo para conocer las virtudes argentinas fundamentales, representados en el modo de vida gaucho. Valores como la generosidad, la falta de interés por las cosas materiales, el conocimiento del complicado arte del dominio del caballo, la perseverancia del duro trabajo físico y la aceptación de una sociedad jerárquica, son centrales en la cosmología de Don Segundo Sombra. El

8. ARCHETTI, Eduardo, *Masculinidades. Fútbol, tango y polo en la Argentina*, Antropofagia, Buenos Aires, 2003, p. 292.

gaucho descripto por Güiraldes –un terrateniente aristocrático– representaba muchas de las mejores y más heroicas cualidades de la nación que los nacionalistas imaginaban amenazadas por la inmigración y la modernización".[9]

VII. El gaucho invertido: Vidalita

La historiografía argentina construyó un imaginario cultural que tendrá larga data: el de la hombría de los gauchos que aparecen como valientes y rebeldes en el Ejército de la patria en las guerras de independencia y en el de soldados del Estado contra el indio de las fronteras.

Con su película de 1949, *Vidalita*, que narra la historia de un "gaucho amujereado prendado" de un capitán del ejército, el director argentino Luis Saslavsky socava los valores centrales de este relato fundante de la argentinidad a la vez que pone en tela de juicio y parodia los valores de la dominación masculina.

En *Vidalita*, el personaje homónimo interpretado por la actriz Mirtha Legrand, es una bella joven que se trasviste y se comporta como un muchacho "gaucho" para ser aceptada por su abuelo al que ve por primera vez en plena juventud y que siempre supuso que tenía un nieto varón al que además precisa para el manejo de la estancia.

En ese sentido, *Vidalita*, puede ser leída como la versión invertida de *Don Segundo Sombra*. La novela de Güiraldes constituye una novela de educación, en donde el protagonista, Fabio Cáceres, un muchacho de catorce años, de padres desconocidos, aprende de un viejo resero, Don Segundo Sombra, las enseñanzas que le posibilitan ser hombre. Al finalizar la novela, el protagonista descubre que su padre es el dueño de la estancia y que él es el heredero. En la película de Saslavsky, Vidalita parte de ser presuntamente el heredero, y ya no se trata de un muchacho de padres desconocidos, sino de una muchacha desconocida por su abuelo. Ella intenta de la mano de su abuelo y un capataz ladino, aprender los oficios y los valores que le permitan heredar la herencia y al prácticamente aprenderlos se burlara de la supuesta superioridad masculina.

Aún más: en el transcurso de la película, Vidalita pondrá en jaque la virilidad de los machos al enamorar al capitán del fortín Mariano de Sucre (Fernando Lamas) que decide casarse con ella aún con la incertidumbre de su sexo, duda que el joven resolverá en la noche de bodas ("–¿Será varón o mujer? –Cuando se oculte la luna el novio, lo va a saber.").

Con su historia sobre una mujer que se trasviste de hombre, Saslavsky se inscribe en una tradición que, al presentar a la masculinidad como espectáculo y

9. *Ibid.*, p. 67.

por lo tanto como parodia, provoca y desestabilizas de las normas jerárquicas del sistema de género y las convenciones establecidas que fijan en el parámetro de la dominación masculina. Vidalita se burla de los estereotipos y lejos de los roles fijos e inmutables y despliega para cada uno de los personajes una multiplicidad de identidades. Tal como señala Emilio Bernini a propósito de la película:

> "*Vidalita* constituye la exacerbación de la idea de identidad: en la secuencia inicial que tiene lugar en la fiesta de carnaval, ella es, a la vez, una mujer que anhela estar con un hombre, un muchacho para el enviado de su abuelo, un ladrón para un militar que la confunde con un primo, una adolescente extraviada para las monjas que la acompañan, un caballero de barba y bigotes que baila con una muchacha, una mujer tras un velo recién llegada de un convento de Chuquisaca que encanta a ese militar; y más adelante, es un patrón en la estancia y un (a) adolescente que suspira por el capitán Sucre; pero cuando es patrón seduce a las chinitas, y en ello compite, como un hombre, con Laureano Sánchez, el ahijado del abuelo. Como la fiesta del carnaval induce a considerarlo, todas las vestiduras, uniformes, trajes, hábitos de las monjas, representan las identidades de quienes la portan, pero sobre todo son, al mismo tiempo, susceptibles de no hacerlo, de esconder a alguien que en ellos se oculta o de aparentar algo de aquel que con ellos se muestra. *Vidalita* parece señalar que la identidad es transformación y es reinvención, pero muestra también que esa mutación solo es posible en los límites de las identidades dadas o impuestas …".

Quizás, porque todavía las identidades sexuales no estaban tan cristalizadas como lo estarán años más tarde y porque es una película que se burla de los estereotipos y deshace géneros, la película *Vidalita* nos lega algunas de las imágenes más sensuales del homoerotismo cuando Vidalita vestida de hombre conversa a la luz de la luna con el comandante del fortín que suspira por sus ojos y está a punto de besarla aunque cree que es un hombre. En ese momento, el abuelo, casi celebra burlonamente: "¡El capitán está a punto de hacerle el amor a mi nieto!".

Todo entra en el campo de la probabilidad y todo es celebrable en el universo de *Vidalita*. Nada es reprochable. Un hombre puede enamorarse de otro hombre y aún casarse con él ("Total, sino, se anula todo y listo. Y no será la primera vez", dice uno de los personajes). Un abuelo conservador rememora los tiempos de pecados juveniles en que se disfrazaba de mujer. Se presagian tiempos de suegros con polleras de percal. Es el país de Cucaña, el triunfo definitivo del tiempo del carnaval y del cumplimiento de los sueños de igualdad.

VIII. Bibliografía

Archetti, Eduardo: *Masculinidades. Fútbol, tango y polo en la Argentina*, Antropofagia, Buenos Aires, 2003.

Argerich, Antonio: *¿Inocentes o culpables?*, Hyspamérica, Buenos Aires, 1984.

Cambaceres, Eugenio: *En la sangre*, Plus ultra, Buenos Aires, 1993.

Eribon, Didier: *Herejías. Ensayos sobre la teoría de la sexualidad*, Belaterra, Barcelona, 2004.

Foucault, Michel: *De l'amitié comme mode de vie*. Entrevista de Michel Foucault a R. de Ceccaty, J. Danet e J. le Bitoux, publicada en *Gai Pied*, Nº 25, abril de 1981, pp. 38-39.

Geirola, Gustavo: *Eroticism and Homoeroticism* in "Martín Fierro", Hispanic Issues, 1994.

Güiraldes, Ricardo: *Don Segundo Sombra*, Espasa Calpe, Madrid, 1979.

Halperín Donghi, Tulio: *José Hernández y sus mundos*, Sudamericana, Buenos Aires, 1985.

Hernández, José: *Martín Fierro*, Kapeluz, Buenos Aires, 1987.

Melo, Adrián: *El amor de los muchachos. Homosexualidad y literatura*, Lea, Buenos Aires, 2005.

–(compilador): *Otras historias de amor. Gays, lesbianas y travestis en el cine argentino*, Lea, Buenos Aires, 2008.

Millington, Mark: *Hombres in/visibles. La representación de la masculinidad en la ficción latinoamericana*, 1920-1980, Fondo de Cultura Económica, México, 2007.

Mosse, George L. : *L'image de l'homme. L' invention de la virilité moderne*, Abbeville, París, 1997.

LA NIÑA PROLETARIA[1]

Sabrina A. Cartabia[*]

Resumen: El presente trabajo se propone trazar un paralelo entre el cuento de Osvaldo Lamborghini "El niño proletario", el cual, según la autora del ensayo, introduce al lector en la lucha de clases y el sometimiento de los/as proletarios/as, que sufren las mujeres, en particular a través de la violencia sexual. De esa forma la autora se pregunta si el poder que ciertas clases detentan sobre otras no influye también sobre el sometimiento de la mujer. El ensayo analiza además cómo la violencia sexual es una herramienta que constituye la base de la desigualdad, el sometimiento y la degradación de la mujer, al igual que constituye una herramienta de opresión de otros grupos vulnerables como los niños y niñas.

Palabras clave: Feminismo radical – Marxismo – Violencia sexual – Opresión de género – Catharine Mackinnon

Abstract: The current paper aims to draw a parallel between Osvaldo Lamborghini's short story "El niño proletario", which, as the author suggests, introduces the reader to the class struggle and the proletarian men and women's subjection, and the subjugation suffered by women, particularly through sexual violence. This way, the author asks herself if the power held by certain classes, does not also have an influence over women's subjugation. Moreover, the essay also analyses how sexual violence works as a tool that constitutes the foundation of the inequality, the subjugation and the degradation of women, as well as an instrument of oppression of other vulnerable groups, such as children.

Key words: Radical feminism – Marxism – Sexual violence – Gender oppression-Catharine Mackinnon

[*] **Abogada feminista (UBA).** **Agradezco los comentarios que me han hecho todos mis amigos y todas mis amigas, especialmente los de Cecilia M. Hopp, gran amiga y compañera en la lucha por la igualdad. Su estímulo académico y fraternal es invalorable.**

1. El título de este ensayo debería ser: "La niña proletaria, blanca y heterosexual", ya que no se analizarán otras variables que influyen generando discriminación como la raza y la orientación sexual. El eje a lo largo de este artículo estará puesto sobre el sexo y la clase social.

Lecciones y Ensayos, nro. 89, 2011
Cartabia, Sabrina A., *La niña proletaria,* ps. 317-326

"La mujer es el negro del hombre".
YOKO ONO

Por medio de la metáfora del ataque sexual, Lamborghini, de la manera más cruel que uno/a pueda imaginarse, nos introduce en la lucha de clases y en el sometimiento de los/as proletarios/as. Por momentos nos obliga a apartar la vista. Genera rechazo y golpea hasta lo más íntimo de nuestro ser.

Lo que en 1973 fue escrito como metáfora, en nuestro país, es la realidad de la niña proletaria. En su persona, la discriminación que produce la diferencia de clases se ve profundizada por el género. En este punto cabe preguntarse si el poder que ciertas clases detentan sobre otras, no influye también sobre el sometimiento de la mujer.

Encontramos un claro ejemplo de esta realidad en la muerte de María Soledad Morales, Leila Nazar y Patricia Villalba. Muertes imputadas a los hijos del poder del interior de la República, relacionadas con drogas, violaciones, ultraje de los cuerpos y entorpecimiento de las investigaciones.

Resulta innegable el paralelo que podemos trazar entre los hechos del cuento de Lamborghini y la realidad. Se presenta ante nuestros ojos obligándonos a cuestionar las causas de la desigualdad. Porque es ella la que permite la discriminación, y, en consecuencia, la deshumanización de la persona, que en su extremo cosifica al/ a la individuo/a, ignorando su autonomía, convirtiéndolo/a en un medio para la obtención de una finalidad, en este caso el placer. Dicho sometimiento es propio del régimen capitalista. En esta línea se inscribe la valorización negativa de la mujer en razón del género.[2]

La exponente del feminismo radical,[3] Catharine Mackinnon, en su libro *Hacia una teoría feminista del estado,* establece un paralelo entre sexualidad y trabajo,

2. El sistema económico capitalista, mediante la racionalización de los procesos productivos, busca que todos los sujetos sean fungibles, nótese que ya no se habla de trabajadores sino de recursos humanos. De esta manera los hombres y las mujeres pierden su autonomía, entendida como ser un fin en sí mismo, convirtiéndose en herramientas de la producción (Encontramos un desarrollo extenso de este punto en ACKERMAN, Mario: *Si son humanos no son recursos; pensando en las personas que trabajan*, Hammurabi, Buenos Aires, 1996.). En el caso de la opresión de género esto se aplica al asignar, a las mujeres, una serie de funciones sociales: la maternidad, el cuidado y la satisfacción sexual masculina. De esta manera, se relega su plan de vida en función del cumplimiento del mandato cultural patriarcal.

3. Se entiende por feminismo radical a la rama de este movimiento político que equipara la liberación de la mujer al desarrollo de una contracultura femenina que, según se espera, reemplazará a la cultura dominante. Para un recorrido extenso sobre el desarrollo del feminismo radical ver: "El ello domado: la política sexual feminista entre 1968-83" de ECHOLS, Alice en *Placer y peligro explorando la sexualidad femenina*, VANCE, Carol S. Vance (Comp.), Editorial Revolución, Madrid, 1989, pp. 79 a 113.

por el que la primera es al feminismo lo que el segundo al marxismo.[4] Con esta premisa como base, se puede sostener que la división entre hombres y mujeres radica en la totalidad de las relaciones sociales y, a su vez, esa división constituye una construcción social estructurada sobre ficciones. Lo biológico determina la subordinación, así como la acumulación originaria determina la clase y la división del trabajo. Ambas justificaciones se nos presentan como falaces construcciones sociales alienantes. Ninguna responde a la naturaleza y, por lo tanto pueden ser modificadas mediante la acción política.[5] De la misma manera que la expropiación del trabajo define la clase proletaria, la expropiación de la sexualidad define a la mujer. Este esquema es notoriamente injusto, debido a que se presentan como naturales e inmutables categorías que han sido construidas para fundamentar la opresión de determinados grupos, asegurando el dominio de otros. Es por esta razón que marxismo y feminismo constituyen teorías del poder, de sus consecuencias sociales y de su injusta distribución. Las dos corrientes de pensamiento sitúan su visión sobre grupos oprimidos, teorizan sobre la desigualdad y sus alcances nocivos.[6]

Las mujeres sufrimos una doble opresión: primero en razón del género, luego en razón de la clase social. Se nos impide desarrollarnos. Aún cuando logramos espacios públicos relevantes, no somos tratadas con igualdad. Un claro ejemplo de esto es la diferencia existente en la remuneración por igual tarea. En este sentido vale citar: "Hoy la cultura imperante está atravesada por construcciones de género que determinan la contratación, promoción y oportunidades brindadas a las mujeres en términos de capacitación y procesos de evaluación de desempeño. Esta discriminación se expresa en brechas identificables entre la situación de los varones y de las mujeres en materia de trabajo. Entre estas brechas se encuentran: primero, un menor nivel de ingreso en términos de la cantidad de mujeres que se incorporan al mercado del trabajo remunerado; segundo, un menor salario promedio de las mujeres frente al de los varones, por el mismo trabajo; tercero, una menor cantidad de mujeres que ascienden a puestos de dirección en proporción a los varones; cuarto, la circunstancia de que las mujeres en promedio, acceden menos a las oportunidades de capacitación laboral; y quinto, el hecho de que el tipo de empleo al que acceden las mujeres da cuenta de una segmentación por género del mercado laboral".[7] Las diferencias en el acceso al trabajo, marcan obstáculos en el acceso a los recursos y

4. MACKINNON, Catharine A.: *Hacia una teoría feminista del estado*. Madrid, Cátedra, 1995, p.23.

5. A los fines de este texto entendemos que el término política se refiere a la lucha por la influencia sobre la distribución del poder.

6. MACKINNON, Catharine A.: *Hacia*…, cit., p. 24.

7. BERGALLO, Paola y GHERARDI, Natalia: "Trabajo" en MOTTA, Cristina, y SÁEZ, Macarena, *La mirada de los jueces,* Biblioteca universitaria, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2008, p.132.

a la propiedad. "Las mujeres constituyen la mitad de la población mundial, ocupan una tercera parte de los registros oficiales de la fuerza laboral, realizan dos terceras partes del trabajo, pero ganan sólo una décima parte del ingreso mundial y poseen sólo el 1% de la propiedad en el mundo".[8]

El género determina las oportunidades en la vida. Esto impone el lugar a ocupar, disminuyendo la autonomía y la libertad tanto de hombres como de mujeres.

En el contexto social actual, la sexualidad se encuentra limitada por las ficciones que oprimen a las mujeres. Muchas de nosotras nos vemos obligadas a tener relaciones sexuales sólo cuando los hombres lo desean y no cuando ellas así lo prefieren. Las relaciones intersexuales de pareja reflejan una relación de posesión, enmarcada en la cosificación de la mujer. Mi experiencia como mujer, junto con la que he obtenido de la voz de otras mujeres,[9] me revela que ninguna de nosotras ha podido evadir la violencia sexual, en la que se enmarcan todas las formas de violación y otras clases de abuso o acosos sexuales con o sin contacto, que abarcan desde la violación en banda hasta las llamadas obscenas, las propuestas sexuales no deseadas en la vía pública, las intrusiones no deseadas en nuestro cuerpo (por ejemplo, en el transporte público o aquellas que suceden en un tumulto de gente); todas estas formas de ataques sexuales producen angustia porque invaden nuestra esfera íntima más profunda ya que se nos expropia de nuestra autonomía personal. En muchas ocasiones, el esquema patriarcal imperante les resta importancia e, incluso, considera a algunas de ellas como naturales dentro del rol sexual masculino. Es por esta razón que tanto hombres como mujeres tienden a no considerar ciertas acciones como violencia sino como sexo olvidando que la intrusión agresiva se da sobre aquéllos que tienen menos poder: las mujeres y los niños y las niñas. Los actos de dominio son considerados estimulantes en el plano sexual, es decir, como sexo propiamente dicho.

En este punto la sexualidad se vuelve una cuestión política, en que lo sexual se propaga en la totalidad de las relaciones, y la división de roles según el género es la muestra palmaria de esto. Existe una teoría sexual de lo político en la que las categorías de género son fundamentales. Lo masculino es percibido como lo activo y, en un Estado capitalista, la actividad está emparentada con la riqueza y

8. DEERE, Carmen Diana y LEÓN DE LEAL, Magdalena: *Género, propiedad y empoderamiento: tierra, Estado y mercado en América Latina,* Bogotá, TM Editores, 2000, p.2.

9. El citar la experiencia de las mujeres se corresponde con la metodología feminista, en ésta el lema rector es "lo personal es político" y nace como reacción a la orientación epistemología dominante, que ha sido creada bajo pautas masculinas que invisibilizan la existencia de las mujeres. Es por eso que se propone un cambio de paradigma. Lo que caracteriza a la existencia de un método es su capacidad predictiva, en este sentido se pede afirmar que todas las mujeres han sufrido la clase de eventos que se describen en párrafo señalado y que mientras se mantengan las condiciones vigentes los seguirán sufriendo.

la posesión de bienes. Es por esta razón que el sistema capitalista es concordante con el patriarcado.

La opresión sexual es la base de la desigualdad, de la subordinación de la mujer. El sometimiento se da sobre su cuerpo y es éste, a su vez, el que determina la opresión. Al igual que la burguesía se impone frente al proletariado, los hombres se imponen sobre las mujeres.

Las mujeres somos relegadas por el lugar que la sociedad asigna a nuestras capacidades reproductivas. Sin importar nuestra clase social nos encontramos oprimidas, pero el cercenamiento es aún más profundo si se es proletaria porque, además de sufrir discriminación en razón de su sexo, la limitación ocurre en razón de su clase social. La mujer proletaria es la esclava del esclavo; es en este sentido que cabe citar: "…desde los albores de la sociedad humana la mujer se halló en un estado de esclavitud en relación con algún hombre".[10] En la sociedad patriarcal es el hombre el que materializa al burgués, que oprime y se beneficia del trabajo y de la sexualidad de la mujer. El cuerpo, así como la propiedad de los medios de producción, es el que adquiere una significación social y el que divide roles.

En nuestra sociedad, la perspectiva de género –entendida como la toma en consideración de las diferencias entre mujeres y hombres en cualquier actividad o ámbitos– no está inscripta en el núcleo de nuestra organización social. Es por esta razón que poco importa nuestra voluntad. Esto acarrea consecuencias muy graves, ya que la individualidad y el plan de vida no son respetados. Somos deshumanizadas, pasamos a constituir un valor utilitario. Somos reducidas a un objeto que satisface diversas necesidades masculinas, tales como el cuidado de los hijos, la atención del hogar y la satisfacción sexual, entre otras. Es en este punto que empieza a dilucidarse la estrecha relación que la violación mantiene con la desigualdad y el sometimiento y cómo ésta puede profundizarse cuando entra en juego la clase social.

La mujer y la niña proletarias son reducidas a objetos que satisfacen los deseos sexuales de las clases altas. Los más poderosos penetran a quienes se encuentran en una situación de inferioridad, y el placer está centrado en el sometimiento, tal como lo presenta Lamborghini. El dominio sobre la sexualidad, así como sobre la vida de la persona, resulta sexualmente excitante. Es en ese acto en el que se ejerce la jerarquía de clases y de géneros.

La violencia sexual hacia las mujeres atraviesa todo el mundo y las diferentes clases sociales. El abuso sexual se encuentra presente, en diferentes medidas, en la vida de casi todas las mujeres. El poder sexual masculino no sólo existe de hecho sino que además nos somete. Está formado por relaciones sociales de poder que reproducen las desigualdades de género. En esta línea vale la pena citar: "*La*

10. MILL, John Stuart: "La sujeción de la Mujer", *Ensayos sobre igualdad sexual* Barcelona, Ediciones Península, 1973 p. 125.

Lecciones y Ensayos, nro. 89, 2011
Cartabia, Sabrina A., *La niña proletaria,* ps. 317-326

sexualidad es una esfera omnipresente de la vida social, que se propaga a la totalidad, una dimensión en la que el género ocurre y a través de la cual se constituye socialmente el género; es una división en la que se expresan parcialmente otras divisiones sociales, como la raza y la clase".[11]

La violación se nos presenta claramente como violencia. En las sociedades desigualitarias, la violencia es ejercida sistemáticamente sobre quienes son considerados inferiores. Dicha concepción se encuentra asentada sobre la idea rectora que postula que hombres y mujeres, proletarios y burgueses, no son iguales y por ende no tienen los mismos derechos. En este punto podemos descubrir la relación que se traza entre la izquierda y la derecha, entendida según el esquema de Bobbio,[12] en el que se plantea que ambas facciones políticas se diferencian en cuanto al concepto de igualdad que postulan. Para la primera, la izquierda, los hombres y las mujeres son iguales, para la segunda, no.

En el abuso sexual la víctima es obligada a satisfacer a su atacante. Toda autonomía es aniquilada. En este sentido, se puede trazar un paralelo con la explotación laboral, en la que se esclaviza al proletario, obligándolo a trabajar para satisfacer al capitalista (si es que desea subsistir). Es allí donde se logra, por medio de mecanismos perversos, la alienación de la persona. Es justamente la capacidad de someter al otro lo que define a las clases sociales así como también al género.

En el cuento de Lamborghini observamos cómo el odio, la discriminación, el ultraje, la violencia y, por último, la muerte son componentes de la sexualidad. El sometimiento es lo que genera excitación sexual, y la posibilidad de obligar a otro en un contexto de poder es lo que erotiza.

La violencia es sexualizada. En la trilogía perversa compuesta por posesión, crueldad y deshumanización, la mujer constituye una cosa para el mero uso sexual. Esto realza el poder masculino y su base se encuentra en la realidad social que lo construye y lo sostiene. Ese poder masculino encuentra su placer en la victimización, el daño y la explotación; es el dominio lo que genera placer.[13] Es útil resaltar que el cuadro que presenta Lamborghini no es percibido como algo habitual, quizás por esa razón impacta tanto. No es fácil imaginar a un grupo de niños como protagonistas de

11. MACKINNON, Catharine A.: *Hacia*…, cit., p 230.

12. BOBBIO, Norberto: *Derecha e Izquierda*, Ed. Taurus, Madrid, 1995.

13. "En la práctica, follar es un acto de posesión, simultáneamente un acto de propiedad, de tomar, de fuerza; es una conquista; expresa en la intimidad poder sobre y contra algo, cuerpo a cuerpo, persona a cosa. (…) Se actúa sobre la mujer, el hombre actúa y a través de la acción expresa su poder sexual, el poder de la masculinidad. Follar exige que el macho actúe sobre alguien que tiene menos poder y esta valoración es tan profunda, está tan completamente implícita en el acto que el ser a quien se folla queda estigmatizado como femenino durante el acto aunque anatómicamente no sea una mujer.", DWORKIN, Andrea, *Pornography: Men Possessing Women,* New Cork, Plume Book, 1989, p. 23.

una situación de violencia sexual tan extrema. Sin embargo, la violencia y la violación contra la mujer, especialmente dentro del hogar,[14] es parte de nuestro día a día porque el sometimiento está naturalizado. En este sentido, una parte de la doctrina considera que el acceso carnal obtenido por medio del uso de la fuerza y la violencia en el contexto de un matrimonio no configura un hecho típico de violación. De esta forma, cabe destacar a Sebastián Soler: "No existe violación cuando media débito conyugal; pero, por lo mismo, el matrimonio no excluye la posibilidad de violación, ya que esta puede producirse por actos contra natura, que no son debidos. Puede también haber oposición legítimamente fundada en la necesidad de evitar el contagio de un mal. Vencer esa resistencia constituiría violación".[15]

Ser sexualmente cosificado impone un significado social a la persona, la mujer es vista como algo que se puede utilizar sexualmente. La mujer siempre debe ceder frente al deseo masculino, porque esa es su función y razón de ser. Ser sexualmente explotada es una característica inherente a ser mujer, en este sentido vale cabe mencionar: "No es solo que las mujeres sean el blanco principal de la violación, que, por definición conservadora, le ocurre prácticamente a la mitad de las mujeres en algún momento de su vida. No es sólo que más de una tercera parte de las mujeres sufran acoso sexual de algún miembro masculino de la familia, mayor que ellas y en el que confían, o de amigos o figuras de autoridad como precoz encuentro sexual interpersonal, tal vez iniciático. No es sólo que, al menos, ese mismo porcentaje, como mujeres adultas, sufran la violencia en el hogar en manos de sus parejas masculinas. No es solo que aproximadamente una quinta parte de las mujeres estadounidenses hayan sido o sean prostitutas y que la mayoría no pueda dejarlo. No es sólo que el 85% de las mujeres trabajadoras sigan padeciendo acoso sexual en el trabajo, muchas físicamente, en algún momento de su vida laboral. Todo ello documenta el alcance y el ámbito del abuso y la agresión sexual efectivamente sin límites y sistemática de menos de la mitad de la población contra más de la mitad. Sugiere que básicamente está permitido".[16]

14. La mayoría de los ataques se producen en la cocina o dentro de la habitación. "la violencia de género se desencadena por la negativa de la mujer a acceder a requerimientos de género (…) Casi todos los incidentes ocurren en el hogar la mayor parte de ellos en la cocina o en la alcoba. La mayoría de las mujeres asesinadas son asesinadas por sus esposos, y la mayor parte de ellas en la alcoba" MACKINNON, Catharine A.: *Hacia*…, cit., p. 238. Por otra parte según un informe de la Oficina de Violencia Doméstica (OVD), dependencia inaugurada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en septiembre de 2008, en el 85% de los casos la relación de pareja (parejas, ex parejas, concubinos, cónyuges y novios) es la predominante entre las personas afectadas y las denunciadas. Consultado el 06/09/2010. Disponible en URL: http://www.cij.gov.ar/nota-4763-Violencia-domestica--el-85--de-los-casos-denunciados-involucra-a-relaciones-de-pareja.html

15. SOLER, Sebastián: *Derecho penal argentino*, Buenos Aires, La Ley, Buenos Aires, 1945, p. 345.

16. MACKINNON, Catharine A.: *Hacia*…, cit., p 253.

Lecciones y Ensayos, nro. 89, 2011
Cartabia, Sabrina A., *La niña proletaria,* ps. 317-326

Las mujeres son violadas por el Estado, por sus empleadores, sus educadores, por la estructura familiar machista y por el pene. La violencia es ejercida por no cumplir el rol que se le asigna al género; puede tratarse de una golpiza por no servir la comida lo suficientemente caliente, la degradación basada en su forma de pensar, de vestir o de sentir y la violación, porque la mujer existe para satisfacer los impulsos sexuales masculinos. Nos encontramos ante un acto sistemático, orientado a someter a una parte de la población. En este sentido, aplicamos el relato de Lamborghini como metáfora: el sexo forzado es el paradigma de la cosificación de la mujer. La desigualdad es sexualizada, cuanta más jerarquía y más desigualdad, mayor es la excitación sexual, siendo la muerte su punto cúlmine, por medio de la que se da en forma acabada la transformación de la persona en cosa.[17]

La violencia contra las mujeres es sexual. Son golpeadas, violadas, abusadas y muertas por ser mujeres, porque son percibidas como objetos cuya función es ser sometidos por el poder masculino. Quien accede demuestra su poder, ya que es quien decide abusar, recordándole a quien es accedido que él nunca podrá decidir la iniciación ni el curso de la relación sexual. Tan poca decisión tiene el vejado, que su muerte tiene lugar luego de la violación. De esa manera, se corona la idea "sexy" de que él es un ser todopoderoso, superior a la persona humana, mientras que la otra parte (ella) ha quedado reducida a un objeto descartable.

De la misma manera, se degrada a la clase proletaria por ser lo que es. El valor de las personas queda disminuido, así como su sufrimiento. El proletariado está acostumbrado a sufrir, no se le permite alimentarse adecuadamente, ni vestirse, ni educarse; su función se reduce a trabajar. Sus valores sociales, morales y culturales no son tomados en cuenta. Se identifica a las clases bajas con la vagancia, en el caso de que no acepten continuar trabajando bajo malas condiciones laborales; con la falta de higiene, cuando no pueden aspirar a una vivienda digna que tenga acceso al agua potable y caliente, ventanas, pisos, etc.; se los considera descuidados en su salud, cuando el sistema sanitario se encuentra imposibilitado de brindar una adecuada atención médica, viven en áreas altamente contaminadas y sus trabajos son insalubres; sus pasatiempos y formas de ocio son catalogadas como actividades de bajo nivel cultural.

La liberación de las mujeres se convierte en condición previa para la emancipación general de la sociedad. Cuestionar la división de roles femenino-masculino o proletario-burgués es el primer paso para lograr la igualdad. Esto es fundamental para lograr una sociedad democrática sin relaciones de dominación y más igualitaria. La liberación de las mujeres es básica para lograr la transformación social. No se podrá respetar la diversidad, mientras se continúe desvalorizando la subjetividad femenina y (mientras) no se comprenda que tanto hombres como mujeres son igual-

17. MACKINNON, Catharine: A. *Hacia…*, cit., p 248.

mente valiosos y, por ende, se favorezca el desarrollo de sus capacidades sin acotarlas a un estereotipo dicotómico de lo femenino y lo masculino. Si ésta no es tenida en cuenta a la hora de generar un modelo de sociedad, no tendremos una comunidad pluralista. Si la pluralidad no se constituye como base de la organización social, no se tendrá adecuadamente en cuenta al plan de vida de gran parte de la población, por lo tanto, la autonomía de muchos seres humanos será solamente un discurso ficcional. En este sentido vale citar: "Si no se logra que las mujeres tengan un papel independiente no sólo en la vida política en general sino también en el servicio público diario y universal, no tiene sentido hablar de una democracia plena y estable…".[18]

Los Estados se definen como capitalistas, y la realidad social, a su vez, los muestra como sexistas. Ambas teorías proponen dominación; por lo tanto, se basan en la desigualdad y la injusticia. En este punto, se puede afirmar que el cambio debe ser político, ya que sólo por medio de Estados comprometidos con los DDHH, en los que la igualdad es el pilar básico, las desigualdades serán justiciables.[19]

Es fundamental reconocer que la realidad social se encuentra definida por la desigualdad y que ésta causa conflictos. Es justamente la imposibilidad de reflejarse en el otro como un igual la que posibilita la deshumanización y, en consecuencia, la objetivación de la persona. La objetivación implica en forma directa atribuir muerte a lo que se encuentra con vida. Ser humano comprende el respeto y la posibilidad de sentir dolor, (por lo que) si estas cualidades no son vistas como variables universalmente válidas, no es posible fomentar y sostener la primera en consecuencia no se puede evitar la segunda. La degradación de la persona destruye su humanidad.[20] En el caso de la violación, la persona es privada de ambas características y es justamente tal degradación la que proporciona estímulo sexual. El abuso pierde sentido en una situación igualitaria, ya que de no existir dominio, fuerza y sumisión, no habrá excitación.

Basta con extirparle su condición de humano a una sola persona para que toda la humanidad sufra ese perjuicio; es por esa razón que sí no se atacan las causas de la desigualdad, el género humano en su conjunto estará en peligro.

18. LENIN, Vladími I.: "The task of the proletariat in our revolution", *The collected Works of Lenin*, vol. 24, Nueva York, Pathfinder Press, 1970, p. 60.

19. "La sexualidad está regulada en buena medida por el derecho penal, en ocasiones por el criminal, en ningún caso por razones de igualdad. El control de la reproducción, de forma similar, se h juzgado básicamente como cuestión de intimidad." MACKINNON, Catharine A.: *Hacia*…, cit., p 392.

20. Con esta lógica se han cometido crímenes aberrantes contra la humanidad, en este sentido vale la pena citar la siguiente frase de Adolf Hitler **"**Es indudable que los judíos son una raza, pero no son humanos".

Lecciones y Ensayos, nro. 89, 2011
Cartabia, Sabrina A., *La niña proletaria,* ps. 317-326

La igualdad, entendida en términos aristotélicos, consiste en tratar de manera igual a los iguales y desigualmente a los desiguales.[21] Esta premisa dentro de la tradición de los Derechos Humanos, debe enmarcarse en el principio *pro homine* que exige la búsqueda de las condiciones más favorables a la persona. Los seres humanos somos igualmente diferentes, pero no somos igualmente autónomos.

Cuestionar la actual concentración del poder es el puntapié inicial para la construcción de una sociedad equitativa.[22] La discriminación genera imposibilidad de tomar decisiones porque se asienta sobre la inequidad de oportunidades. En este sentido, es importante destacar que no todos los seres humanos tienen acceso a la alfabetización y quienes son más perjudicados son las mujeres, los pobres y las minorías étnicas. La biología y la clase tienen una significación social que define la distribución del poder, porque, en primer lugar, se presentan como un criterio de distribución de los derechos. Buscar una sexualidad igual sin transformación política es buscar la igualdad en condiciones de desigualdad.

Sobre la clasificación peyorativa de la diferencia se asientan la desigualdad, la discriminación, la inequidad, la exclusión y, finalmente, la objetivación que lleva a la muerte. Esta situación es reversible, porque si bien la diferencia es real en razón del sexo, su valoración negativa y el rol de jerarquía que se asigna sobre la base de ella pertenece al plano de la ficción.

Quienes merecen un tratamiento más igualitario son aquellos a los que se le han negado sus derechos humanos. Si esto no se lleva a la práctica, la solución se transforma en perversa. Esto se debe a que se ha creado un sistema en el que lo diferente es inferior y luego se exige un trato de iguales a quienes, de hecho, no pueden serlo debido a los obstáculos que la misma sociedad genera. De esta manera, el *statu quo* permanece inalterable, conservándose las estructuras de dominación social, que a su vez se legitiman y se vuelven invisibles.

Buscar una sexualidad igual sin transformación política es buscar la igualdad en condiciones de desigualdad. Sin feminismo no hay socialismo.

21. "La naturaleza exige que haya el mismo derecho y el mismo rango necesariamente entre todos aquellos que son iguales por naturaleza", ARISTÓTELES, *Política*, Madrid, Gredos, 1995, p. 101.

22. El poder es entendido como económico, cultural y geopolítico. Es innegable que los hombres blancos y ricos son quienes toman decisiones que influyen sobre la gran mayoría de los seres humanos.

Igualdad y derechos sociales

Lecciones y Ensayos, nro. 89, 2011
Gargarella, Roberto y Maurino, Gustavo, *Vivir en la calle. El derecho a la vivienda en la jurisprudencia del TSJC,* ps. 329-350

VIVIR EN LA CALLE. EL DERECHO A LA VIVIENDA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TSJC

Roberto Gargarella* y Gustavo Maurino**

Resumen: En el artículo se analizan críticamente dos recientes decisiones del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires referidos a la política pública seguida por el Poder Ejecutivo local, en relación con el marco habitacional de las personas que viven en "situación de calle". A través del examen de estas decisiones particulares, los autores reflexionan sobre algunas cuestiones más generales de teoría constitucional, relacionadas con el control judicial en el área de los derechos sociales; el lugar normativo de los pactos internacionales de derechos humanos; y las tensiones entre activismo judicial y democracia.

Palabras clave: Derecho a la vivienda – Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales – Constitución- Derechos Humanos – Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires – División de poderes – Control de constitucionalidad – Democracia

Abstract: In this essay, two recent decisions of the Buenos Aires City Superior Court concerning the local executive public policies as to 'the homeless' access to housing will be critically examined. By discussing the government measures described in these cases, broader questions on constitutional theory will arise, such as court control in the social rights' field, the legal nature of international conventions on human rights and the contradictions between judicial activism and democracy.

Keywords: Housing Rights – Judiciability of Economic, Social and Cultural Rights – Constitution – Human Rights – Buenos Aires City Superior Court – Division of powers – Constitutionality control – Democracy

* **Abogado (UBA), Lic. En Sociología (UBA), Doctor en Derecho (UBA y University of Chicago), Estudios postdoctorales (Oxford University), Profesor Titular regular de Derecho Constitucional (UBA). Investigador del Christian Michelsen Institute (CMI) y del CONICET.**

** **Abogado (Universidad Nacional de Córdoba), director ACIJ, docente y coordinador de la Clínica Jurídica de Interés Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo. Profesor Adjunto de "Teoría de la Decisión y Organizaciones" en la Universidad Nacional de Tucumán.**

Recientemente, el Tribunal Superior de Justicia de la ciudad de Buenos Aires –en adelante, TSJ– dictó dos fallos trascendentes, en los cuales debió evaluar si la política pública establecida por el Poder Ejecutivo local para brindar asistencia habitacional a personas que se encuentran en "situación de calle" era consistente con el derecho a la vivienda, consagrado en el Art. 31 de la Constitución de la Ciudad, y que cuenta con jerarquía constitucional en virtud de su reconocimiento en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, "PIDESC").[1]

En dichos precedentes se ha conformado una mayoría provisional integrada por los votos y remisiones cruzadas realizada por los jueces Lozano, Casás y Conde, alrededor de ciertas doctrinas interpretativas que merece la pena discutir con profundidad, pues apuntan a cuestiones fundamentales de teoría constitucional que, a nuestro modo de ver, arrojan respuestas inadecuadas para la construcción de una práctica constitucional comprometida con la efectividad de los derechos fundamentales.

I. Sobre los derechos, las políticas públicas, el gobierno y el poder judicial. Cómo (no) entender la separación de poderes y la democracia.

En los fallos analizados, los jueces de la mayoría han realizado una serie de reflexiones sobre la relación entre el Poder Judicial y el gobierno en una democracia constitucional. La formulación más básica de esa visión puede encontrarse acaso en el siguiente pasaje del voto de los jueces Ana María Conde y Luis Francisco Lozano, en "Alba Quintana":

> "…en ejercicio de sus propias competencias ni el Poder Ejecutivo (vgr. art. 104, inc. 17, de la CCBA) ni el Poder Judicial (art. 106 CCBA) pueden asumir las elecciones privativas del Legislador. Solamente en el ámbito legislativo puede establecerse el modo de afectar y distribuir recursos. Esa elección, en materia de vivienda debe observar las prioridades contempladas en el art. 31 de la CCBA así como aquellas otras que determine el legislador y resulten compatibles.

1. El programa en cuestión estaba regulado por el Decreto Nº 690/06. Uno de los fallos –"*Ministerio Público - Asesoría General Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c/ GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad*" (en adelante, "AGT")– resolvió una acción declarativa abstracta de inconstitucionalidad, interpuesta de conformidad con lo dispuesto por el Art. 113 de la Constitución local, en la que se cuestionaban las reformas implementadas al programa en cuestión en 2008, por resultar regresivas para el derecho a la vivienda. En el otro caso –"*Alba Quintana, Pablo c/ GCBA y otros s/ amparo*" (en adelante, "Alba Quintana")– se resolvió una acción individual en la que una persona beneficiaria del programa reclamaba la extensión de la cobertura económica originalmente prevista, luego de su vencimiento, en virtud de que su situación de emergencia habitacional continuaba.

A su turno, es evidente que no corresponde al Poder Judicial seleccionar políticas públicas ni expedirse en torno a su idoneidad o conveniencia. Mucho más evidente surge la falta de medios para asumir tal tarea. Esos medios faltan precisamente porque no atañe al Poder Judicial asumir la misión de elaborar un plan de gobierno. La ausencia de representatividad de los órganos permanentes del Poder Judicial no es el único ni el principal motivo por el cual los jueces no están llamados a cumplir la misión enunciada. En realidad, si los temas propuestos pudieran ser resueltos por los jueces, los efectos de la cosa juzgada implicarían que las políticas de estado dispuestas, en esta hipótesis por los jueces, adquirirían la estabilidad propia de ese instituto. Ello, claro, resulta incompatible con la mutabilidad que debe tener en nuestro sistema la selección de las políticas públicas, por ello depositada en el legislador. Dispuesta la afectación de recursos por los jueces, el compromiso quedaría petrificado en el tiempo, al margen de la realidad presupuestaria y de la elección que en ese terreno el sistema democrático atribuye al órgano representativo.

Sin embargo, lo dicho no importa negar al Poder Judicial toda intervención posible en la materia que nos ocupa. Para evitar que las decisiones de los jueces alteren el principio de división de poderes, sus sentencias deben aplicar en el caso concreto los estándares susceptibles de ser descubiertos en las normas. En ese orden de ideas remitimos a Baker v. Carr (369 U.S. 186, 217), cuya doctrina fue recogida por la CSJN en autos "Zaratiegui Horacio" registrados en Fallos 311:2580. Si en lugar de descubiertos y aplicados, esos estándares fueran fijados por los jueces, éstos magistrados vendrían a violar la división de poderes y, en última instancia, el principio de la soberanía del pueblo del art. 33 de la CN, al que remite el art. 10 de la CCBA. Ello así, porque en el marco de dicho principio compete al pueblo –sujeto portador de la voluntad general roussoniana– adoptar las reglas generales que ciñen las soluciones particulares. En nuestro sistema, el juez, tiene el deber de ser fiel al programa legislativo y el orden jurídico presente no tolera, por razones de política muy claras, que el juez se emancipe de las soluciones de la ley y se lance con su programa legislativo propio [cf. TSJ *in re* "Barila Santiago c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido" y su acumulado Expte. nº 6542/09 "GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Barila Santiago c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA), Expte. nº 6603/09', sentencia de este Tribunal del 4 de noviembre de 2009]".[2]

Los párrafos citados dejan entrever, con claridad, los presupuestos teóricos principales que distinguen a esta mayoría, que nos refieren a una cierta lectura sobre la idea de la división de poderes y a un cierto modo de pensar la democracia. A continuación, quisiéramos examinar con algún detalle los fundamentos de lo allí

2. La sustancia de este pasaje es repetida por el Juez Casás en "Alba Quintana" (Cons. 5 y 6 de su voto) y en "AGT" (Cons. 2.14). A su vez, en "AGT", el juez Lozano adhirió al voto del Juez Casás.

sostenido, dada su importancia. Vayamos entonces, por partes, sobre estos dos argumentos que, por lo demás, resultan habitualmente citados por aquellos jueces que resisten la asunción de un papel más comprometido en el área de los derechos sociales.

i) *El argumento de la separación de poderes.* Conforme a este argumento, el Poder Judicial no debe involucrarse en cuestiones relacionadas con la aplicación de los derechos sociales, porque ello implicaría dejar que la justicia tomase el lugar de los legisladores, que son los constitucionalmente encargados de resolver cuestiones que tienen que ver el presupuesto.[3] Si el poder judicial comenzara a ocuparse de este tipo de cuestiones –continúa la objeción– sus integrantes pasarían a legislar en el área más crucial de las que se encargan al Congreso, y la justicia se distraería así de la realización de tareas que sí le competen. Lo que es más importante, de este modo se quebraría el principio de división de poderes, con lo cual los riesgos de abusos de poder –que el sistema de separación quería evitar– se incrementarían.

ii) *El argumento democrático.* El argumento democrático que vamos a examinar se encuentra directamente vinculado con la anterior, y nos refiere a la falta de legitimidad de la justicia para resolver cuestiones relacionadas con el presupuesto o, en particular, con el diseño de políticas públicas específicas. La idea de falta de legitimidad se refiere al hecho según el cual cuestiones como las referidas deben ser organizadas y definidas por la ciudadanía, directamente o a través de sus representantes, y no por personas que carecen de esas credenciales democráticas. Es verdad que el Poder Judicial deriva su autoridad del poder democrático, pero también lo es que su legitimidad, en dicho terreno, resulta débil en relación con las alternativas políticas disponibles, ya que sus miembros no son directamente elegidos, ni pueden ser removidos, a partir de una votación popular. Este rasgo, relacionado con la separación existente entre jueces y ciudadanos, puede ser valioso por una diversidad de razones pero, al mismo tiempo, justifica que ciertas tareas sean asignadas prioritariamente al legislador y no al juez, y viceversa.

3. Esta crítica descansa sobre premisas polémicas, como la que señala que los derechos sociales –y sólo los derechos sociales– involucran gastos cuantiosos que los tornan diferentes de los demás derechos. Por ahora, concederemos este presupuesto, el que, en verdad, consideramos difícil de sostener.

Aunque muy habituales, ambas argumentaciones resultan frágiles y vulnerables, por lo cual no llegan a afectar verdaderamente la idea de que los jueces tienen mucho por hacer en torno a la efectivización de los derechos sociales. Fundamentalmente, ambas objeciones son susceptibles de una misma y sencilla réplica, que prueba ser letal frente a ellas. Si la réplica que planteamos tuviera éxito, por lo demás, quedaríamos enfrentados a una situación curiosa, dada la constante insistencia con que se presentan dichas objeciones, que ya llevan décadas de vida. La réplica en cuestión parte, muy simplemente, de una pregunta como la siguiente: ¿Cuál es la concepción que Ud. –crítico de la judiciabilidad de los derechos sociales– tiene en mente, cuando se refiere a las ideas de "separación de los poderes" o de "democracia"?

Según entendemos, apenas nos adentramos en alguna respuesta frente a este tipo de interrogantes, advertimos que las objeciones del caso resultan menos atractivas de lo que en un primer momento podrían parecer. Vayamos entonces por partes.

I.a. *Sobre la separación de poderes*

En primer lugar, y de modo muy notable, nos encontramos con que la noción de separación de poderes que predomina en la literatura sobre los derechos sociales, resulta habitual e indisolublemente atada a una idea que es simplemente contradictoria con la que se emplea permanentemente dentro del derecho constitucional (muy en especial –aunque no exclusivamente– en el derecho constitucional construido por la tradición norteamericana), y desde hace más de doscientos años. El punto, en todo caso, no es meramente "histórico", ya que hay buenas razones para favorecer una aproximación como la que hoy predomina, en la medida en que se enfaticen –como puede bien hacerse– sus aspectos dialógicos.

Para comenzar, la idea de separación de poderes que aparece como presupuesta en la objeción señalada, es aquella según la cual cada poder tiene funciones específicas, y ninguno de ellos debe entrometerse en las tareas de los demás poderes, bajo el riesgo de romper el equilibrio buscado, y disparar un grave riesgo de opresión y abuso de poder. Los jueces que conformaron la mayoría en los fallos analizados, por caso, postulan esta idea, cuando advierten contra la posibilidad de que, con sus decisiones en la materia, los "magistrados" puedan *"violar la división de poderes y, en última instancia, el principio de la soberanía del pueblo*".

Esta visión de la división de poderes es la que en su momento se denominó "separación estricta", y que fue presentada y defendida, de modo habitual, por el pensamiento "antifederalista" estadounidense, a su vez inspirado por el pensamiento revolucionario francés, y parte del radicalismo inglés (como en el caso de Thomas Paine).[4]

4. Ver, por ejemplo, GARGARELLA, Roberto: *Los fundamentos legales de la desigualdad*, Siglo

Para bien o para mal, dicha idea de la "separación", sin embargo, resultó duramente derrotada en los tiempos de la Convención Federal estadounidense y, desde entonces, es difícil que se piense en ella, tanto cuando se pretende describir los sistemas constitucionales vigentes en América, como cuando se teoriza sobre ellos. De allí que resulte llamativo que sea ésta la noción de "separación" que reaparece cuando se trata de la cuestión de los derechos sociales. Sin embargo, el hecho es que es ésta –la postura derrotada– la visión que se utiliza en la objeción bajo estudio, que sostiene que los jueces no deben "interferir" con la actuación de los legisladores, ni "invadir" al Congreso, ni ocuparse de tareas que están centralmente a cargo de las ramas políticas.

Como resulta obvio, la concepción "dominante" sobre la separación de poderes no es otra que la que popularizó James Madison, en su propuesta de un sistema de "frenos y contrapesos". Así, en los papeles de *El Federalista*, Madison comenzó su encendida defensa del sistema que había contribuido a crear, acusado por entonces de "mezclar (los poderes de las distintas ramas) de modo tal de, al mismo tiempo, destruir toda la simetría y belleza de formas (del sistema institucional), y exponer a algunas de las principales partes del edificio institucional al peligro de ser destruidas por el peso desproporcionado que se le otorga a las otras partes". La respuesta de Madison ante las críticas recibidas fue que "a menos que los diversos departamentos se encuentren conectados y parcialmente mezclados como para darle a cada uno un control constitucional frente a los demás, el grado de separación exigido…, necesario para un gobierno libre, no puede ser mantenido".[5]

Es decir, en el núcleo de la idea de los "frenos y contrapesos" –en su misma esencia, expuesta por su principal defensor– se encontraba instalada la idea según la cual cada una de las ramas de gobierno debía tener el poder suficiente para interactuar con las posibles intromisiones de las demás,-y ser capaz de contrarrestarlas. La idea de "frenos y contrapesos" significa, desde un principio, fundamentalmente eso: la capacidad de mutua interferencia de un poder sobre otro, la idea de que cada poder cuenta con las armas suficientes y necesarias para resistir los seguros embates de los demás.[6]

XXI, Buenos Aires, 2008.

5. HAMILTON, Alexander y otros: *El Federalista*, Nº 47, Fondo de Cultura Económica, México, 2001.

6. Cabe notar, por lo demás, que Madison construyó esta noción de los "frenos y contrapesos" en diálogo con la noción "antifederalista" de la "separación estricta", y en crítica directa contra ésta. Para él, defender el modelo de los "frenos y contrapesos" era una manera de dejar en claro que estaba en contra de la alternativa de la "separación estricta". De allí que resulte tan llamativo que una mayoría de los defensores del esquema madisoniano aparezcan luego críticos del papel de los jueces en materia de derechos sociales, invocando exactamente la noción de "separación estricta" que Madison –y ellos mismos– tienden a sostener en abstracto.

En conclusión, y para lo que nos interesa, resulta sorpresivo que se objete a la judicialización de los derechos sociales diciendo que, de ese modo, los jueces "invaden" el lugar de los legisladores, se inmiscuyen en tareas para las que no están preparados, y amenazan con tomar el lugar de los políticos. Esta objeción, en principio, resulta inconcebible desde la idea de "frenos" que convive, esencialmente, con la "mutua interferencia" entre los poderes. El problema, en todo caso, puede surgir si no tomamos cuidado en las formas y casos de esa intervención judicial en un área que corresponde, en principio, y fundamentalmente, al legislador pero nunca simplemente a partir del hecho de que estemos frente a dicha intervención. Este punto resulta iluminado, de modo especial, cuando se examina de cerca la llamada "objeción democrática", sobre la que ahora concentraremos nuestra atención. Las reflexiones sobre la democracia, que comenzaremos a repasar ahora, nos ayudarán a ver mejor los aspectos normativos implícitos en este primer punto.

I.b. *Sobre la idea de democracia*

En su formulación habitual, el argumento de la "separación de poderes" va de la mano de la crítica democrática, que califica y agrava la anterior: lo que está en juego, según parece, no es sólo una actitud "invasiva" del poder judicial, que genera el riesgo del abuso de poder, sino una directa afrenta a nuestros compromisos democráticos. Finalmente, si asignamos ciertas funciones al Congreso, antes que a los jueces, no es por el mero deseo de distribuir funciones de algún modo, sino por razones que tienen que ver con una "legitimidad diferencial" entre ambos poderes. Pensamos, por caso, que es apropiado que los legisladores se ocupen del presupuesto, porque creemos que las cuestiones distributivas merecen discutirse colectivamente, con representantes de todas las ideologías, y de todas las secciones del país. Una interferencia judicial en ese terreno resulta entonces, en principio y por tales razones, inaceptable: los jueces carecen de la representatividad que consideramos crucial para que puedan llevarse a cabo tales discusiones de modo tal de conseguir decisiones más imparciales.

Dicho lo anterior, necesitamos dar algunas precisiones antes de darle la victoria a esta objeción. Nuevamente, y frente a ella, cabe preguntarse desde qué concepción de la democracia podemos decir que un escenario como el descripto ofende a sus principios. Más precisamente, por qué una intervención judicial, sobre cuestiones que tienen que ver, por caso, con el presupuesto, resultaría insultante para el modo en que entendemos la democracia. Por ejemplo, en el diseño de cualquier presupuesto intervienen –en forma de equipos técnicos– abogados, economistas y contadores que no tienen ninguna legitimación democrática, pero nadie advierte el mínimo problema en dicha intervención. Ello así, porque la autoridad final de los legisladores es la que prima, frente a la de tales asesores. El punto es simple, pero sugiere algo importante, y es que, en principio, no hay ningún problema con la "in-

terferencia" de otras personas (sin credenciales democráticas, o con credenciales muy débiles) en el proceso de creación legislativa, y dependiendo de los modos o el lugar que ocupe esa intervención (i.e., sería un problema si ella no estuviera adecuadamente subordinada a la autoridad superior de los legisladores).

La resistencia a la actividad judicial en cuestiones que atañen centralmente al presupuesto surge entonces, y finalmente, de visiones sobre la democracia que podríamos describir como implausibles. Se podría pensar la democracia, por caso, de acuerdo con una visión *roussoniana* más radical y extrema, según la cual la voluntad soberana y mayoritaria del pueblo se expresa únicamente a través del Legislativo, que debe ser, por tanto, obedecido por los demás poderes.

No es común defender esta visión de la democracia, en la teoría, y mucho menos en la esfera judicial. Sin embargo, esta es la visión que parecen defender tanto los Jueces Lozano y Conde, como el Juez Casás, en sus respectivos votos, al hablar, reiteradamente, de la voluntad soberana del pueblo o, de modo más explícito en el caso de los primeros, del pueblo como "*sujeto portador de la voluntad general roussoniana*", y representado en esa voluntad por el Parlamento.

Ahora bien, concediendo por el momento que éste fuera el mejor modo de entender la democracia, cabría reconocer, a continuación, que dicha visión no requiere la abstinencia del Poder Judicial frente al Legislativo, ni mucho menos la abstinencia del Poder Judicial a la hora de pensar en medidas relacionadas con la satisfacción de derechos sociales básicos.

En primer lugar, entonces, no resulta obvio que esta fuerte preferencia por la regla mayoritaria no sea capaz de abrir lugar alguno a la intervención judicial. Por el contrario, aún en el momento más extremo y "mayoritario" de la Revolución Francesa, se pensó en el diseño de mecanismos de comunicación entre ambos poderes, en donde –en los hechos– el poder judicial intervenía para "activar" la intervención legislativa. Así, luego de que el Diputado Bergasse presentara su reporte sobre el poder judicial, ante la Asamblea Nacional, se decidió la creación de la institución del *referee legislatif* (que luego sería incorporada al texto constitución de 1791, y que subsistiría, con modificaciones, hasta 1837). El poder judicial fue obligado, entonces, a reenviar la ley cuestionada al Congreso, a fin de que éste zanjara, con autoridad final, el asunto en cuestión. Ello ocurría, por lo demás, luego de la intervención previa de tres tribunales.[7] El ejemplo simplemente respalda la intuición conforme a la cual, salvo que adoptemos una versión más bien caricaturesca de la democracia, resulta difícil concebir un sistema que

7. Conforme al texto constitucional de 1791 se estableció que, en aquellos casos en que "después de dos casaciones el fallo del tercer tribunal fuera atacado por los mismos medios que los dos primeros, la cuestión no podrá ser planteada nuevamente al tribunal de casación sin haber sido sometida al cuerpo legislativo, que emitirá un decreto declaratorio de la ley, al que el tribunal de casación tendrá necesariamente que ajustarse".

obstinadamente requiera negar cualquier intervención judicial en torno al proceso legislativo, y en diálogo con éste.[8]

Por otro lado, y para no quedarnos exclusivamente con una historia antigua, convendría decir que dos de los principales críticos contemporáneos del control judicial, desde una perspectiva populista –como la defendida por Mark Tushnet– o mayoritaria –como la que propone Jeremy Waldron– defienden formas sustantivas de la intervención judicial, en materia de derechos sociales.[9] Lo que autores como los citados sostienen, en la actualidad (del mismo modo que toda una corriente de autores inscripta dentro de lo que se ha dado en llamar el "constitucionalismo popular") no es un rechazo directo al control judicial, sino una crítica a una *cierta modalidad* del control judicial, que es la que implica dejarle la *última palabra* institucional a los jueces, en lugar de a los legisladores.[10] Es decir, aún los críticos más férreos del control judicial –los críticos que reivindican una postura radical-democrática– parecen abrir cierto lugar para la interferencia judicial en el ámbito de los derechos sociales (en el caso de Tushnet, de modo muy explícito[11].

En definitiva, ni siquiera partiendo de la visión más extrema e inhabitual posible de la democracia –una visión radical *roussoniana,* raramente asumida en decisiones judiciales– tendríamos razones para concluir, con la Justicia porteña, que "*en ejercicio de sus propias competencias ni el Poder Ejecutivo (vgr. art. 104, inc. 17, de la CCBA) ni el Poder Judicial (art. 106 CCBA) pueden asumir las elecciones privativas del Legislador. Solamente en el ámbito legislativo puede establecerse el modo de afectar y distribuir recursos*".

Las cosas serían todavía más distintas si el Poder Judicial optara por no fundar sus juicios en una concepción *roussoniana*, como en este caso, sino en concepciones alternativas de la democracia, tales como la deliberativa, conforme a la cual las decisiones democráticas se justifican cuando son el resultado de una discusión amplia entre "todos los potencialmente afectados" por ellas.[12] Se trata,

8. Por lo demás, alguien podría señalar, razonablemente, que una postura especialmente preocupada por la intervención política activa de la ciudadanía debería asegurar, por ello mismo, procesos de control destinados a asegurar la preservación de las condiciones de ciudadanía (condiciones que incluyen, muy especialmente, el respeto de los derechos sociales).

9. Ver, por ejemplo, WALDRON, Jeremy: **"Refining the question about judges' moral capacity",** *Int J Constitutional Law* 7: 69-82, 2009; o TUSHNET, Mark: *Weak Courts, Strong Rights,* Princeton U.P., 2008.

10. Ver KRAMER, Larry: *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford University Press, 2005.

11. Op. Cit.

12. BOHMAN, J.: *Public Deliberation: Pluralism, Complexity, and Democracy*, MIT Press, Cambridge, MA., 1996; BOHMAN, J. and REHG, W. (eds): *Deliberative Democracy*, MIT Press, Cambridge, MA.,1997; COHEN, J.: "The Economic Basis of a Deliberative Democracy", en

entonces, de un proceso democrático caracterizado por dos rasgos fundamentales, relacionados con la *inclusión social*, y la *deliberación política.* Ambos elementos aparecen aquí como condiciones necesarias e indispensables para la creación de decisiones imparciales.

Si el fundamento democrático que aceptáramos fuera uno relacionado con la democracia deliberativa, los resultados en la materia resultarían, previsiblemente, muy diferentes de los examinados, tanto en términos justificativos, como en términos propositivos. En efecto, los jueces se encuentran, en términos institucionales, en una excelente posición para favorecer la deliberación democrática. El poder judicial es la institución que recibe querellas de los que consideran haber sido tratados indebidamente en el proceso político de toma de decisiones. A sus miembros se les exige, como algo cotidiano, que observen el sistema político, con atención especial en sus debilidades, fracasos y rupturas. Más aún, los jueces se encuentran institucionalmente obligados a escuchar a las diferentes partes del conflicto –y no sólo a la parte que reclama haber sido maltratada.

Por lo dicho hasta aquí, los jueces no sólo se encuentran bien situados para enriquecer el proceso deliberativo y ayudarlo a corregir algunas de sus indebidas parcialidades, sino que además cuentan con herramientas que facilitan esa tarea a su disposición. Al mismo tiempo, tienen amplias posibilidades de actuar de manera respetuosa hacia a la autoridad popular: ellos poseen suficientes técnicas y medios procedimentales a su alcance para actuar en consecuencia. Pueden bloquear la aplicación de una cierta norma y devolverla al Congreso, forzándolo a repensarla; pueden declarar que algún derecho fue violado, sin imponer a los legisladores una solución concreta; pueden establecer que una violación de derechos debe corregirse en un tiempo límite, sin ocupar el lugar del legislador ni decidir cuál remedio particular debería ser aprobado; pueden sugerir al legislador una serie de soluciones alternativas, dejando la decisión final en manos del último.

De este modo, la justicia podría participar de un modo dialógico en la construcción del derecho, y ayudar así a las demás ramas del poder y a la ciudadanía en general, en este continuo proceso de reflexión constitucional. Al actuar de este modo, la justicia podría, a la vez, escapar de las dos principales líneas de acción alternativas con las que aparece tradicionalmente asociada: ya sea la *imposición* de su autoridad y voluntad, por encima de la de los órganos democráticos, ya sea el *silencio* cómplice, que ampara las violaciones de derechos (por acción u omisión) cometidas por los demás poderes, y que suele ocultarse bajo el ropaje de un poder

---

Social Philosophy and Policy, Vol. 6(2), pp. 25-50, 1989; HABERMAS, J.:, *Between Facts and Norms*, (Original *Faktizität und Geltung*), MIT Press, Cambridge, MA., 1996; NINO, C.S.: *The Ethics of Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 1991, y *The Constitution of Deliberative Democracy*, Yale University Press, New Haven, 1996.

judicial –según se alega– "estrictamente ceñido" a las exigencias del derecho, y por lo tanto funcional al poder legislativo.

Sólo para pensar en algunos caminos específicos, podríamos señalar que, en casos como los citados, los tribunales podrían: i) "establecer que un derecho constitucional ha sido violado, sin demandar remedios específicos"; ii) "declarar que un derecho constitucional ha sido violado, y pedirle al Estado que provea el remedio: a) sin especificar cómo y sin fijar un período límite; b) sin especificar cómo, pero demandando que se efectúe en un cierto tiempo"; iii) "establecer que un derecho constitucional ha sido violado, exigirle al gobierno la provisión de remedios, y especificar qué clase de remedios pueden usarse, cómo y cuándo".[13] De hecho, la acción declarativa abstracta regulada en la Constitución de la Ciudad, con sus mecanismos de reenvío cuando la norma impugnada sea considerada inconstitucional es una de estas herramientas, cuya operatividad en la ciudad requiere la intervención activa, en lugar de la autoexclusión y el silenciamiento del poder judicial en el diálogo institucional.

II. Fundamento, contenido y satisfacción progresiva de los derechos sociales. Cómo (no) entender el derecho a la vivienda

La posición mayoritaria adoptada en los fallos comentados también merece ser discutida en relación con la sustancia y el alcance asignado al derecho a la vivienda –y de los derechos sociales en general.

El recorrido interpretativo de los jueces Lozano, Casás y Conde tiene la siguiente forma:[14]

> "…establecer el alcance del derecho a la vivienda contemplado en el art. 11 [del PIDESC], …supone asumir, entre otras reglas, la de la progresividad prevista en el art. 2, ambos del Pacto Internacional en cuestión. Ello así, porque, aunque no ha sido puesto en tela de juicio que el art. 31 de la CCBA cumple con dicho pacto, la interpretación que de él se haga servirá necesariamente de pauta para la de la norma local, por aplicación de la regla hermenéutica…la Observación General 3 del Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1990, "La índole de las obligaciones de

13. FABRE, C.: *Social rights under the Constitution. Government and the Decent life*, Oxford University Press, Oxford, 2000; GLOPPEN, S.: "Analyzing the Role of Courts in Social Transformation", en GARGARELLA R. *et al*. (eds), *Courts and Social Transformation in New Democracies*, Ashgate, Londres, 2006.

14. Seguimos el desarrollo del voto de los jueces Lozano y Conde en "Alba Quintana". El juez Casás se suscribió explícitamente dicho estándar en su voto en "AGT" –Conf. Ap. 2 de su voto.

> los Estados Partes", Artículo 11 [2], en adelante OG3), suministra una visión que nos sirve indudablemente de guía y que ha sido tenida en cuenta a la hora de formular la interpretación del art. 31 vertida *infra*…".

En esta cláusula, la CCBA engloba un aspecto inexorablemente colectivo –hábitat adecuado– con otro que, como regla, implica, directamente o de modo indirecto, como puede ocurrir en los planes autogestionados, asignaciones individuales de recursos, y sólo podemos imaginarlo como atendido por bienes colectivos en situaciones excepcionales en las que una escasez insuperable impone compartir el techo.

> "…Las obligaciones de los estados son en buena medida de medios no de resultados (OG3 punto 1) y las de medios llegan a la máxima medida de los recursos disponibles. Los recursos disponibles limitan aun la progresividad en el cumplimiento pleno de los compromisos emergentes del PIDESC…la Ciudad de Buenos Aires no está obligada a proporcionar vivienda a cualquier habitante del país, o incluso del extranjero, que adolezca de esa necesidad. Su obligación se concreta en fijar programas y condiciones de acceso a una vivienda, dentro de las capacidades que sus posibilidades le permitan conforme el aprovechamiento máximo de los recursos presupuestarios disponibles…"
>
> "…La progresividad del art. 2 [del PIDESC] constituye en ese sentido una salvaguarda para los estados cuando no pueden cumplir inmediatamente los deberes asumidos. Empero…los gobiernos sobre los que pesa el deber de cumplir el pacto deben adoptar medidas que conduzcan al pleno cumplimiento…"
>
> "[para analizar la progresividad en la satisfacción de un derecho]…, no cabe medir la mejora según lo que toque a cada individuo, tal como parece ser la concepción del *a quo*, sino que debe serlo globalmente para toda la población. Tampoco cabe pensar separadamente los derechos contemplados en el PIDESC sino que hay que pensarlos en conjunto, según se desprende de que los recursos disponibles lo son para el conjunto… Las medidas deben ser las mejores que permitan los recursos de que se dispone…."
> "…Una segunda obligación de resultado surge del PIDESC en la concepción de la Observación General 3, punto 10: los estados deben asegurar un piso a los derechos que deben tutelar…En la interpretación del Comité, el parador estatal destinado a brindar "abrigo" aparece como la expresión mínima del derecho a la vivienda…".

Los jueces de la mayoría del TSJ presentan una reconstrucción del derecho a la vivienda que debe ser discutida en varios aspectos. En este comentario nos ocuparemos de dos cuestiones –el contenido mínimo y el principio de progresividad– que nos interesan especialmente por ser representativas de una visión dema-

siado débil de los derechos sociales que en buena medida termina por privarlos de potencia y relevancia constitucional.

II.a. *Sobre el contenido mínimo del derecho a la vivienda*

Según la mayoría del Tribunal Superior, dos cuestiones resultan claras sobre el contenido esencial del derecho a la vivienda, garantizado por el Art. 31 de la Constitución cuando dice "La Ciudad reconoce el derecho a una vivienda digna": ***(1)*** *"No existe un derecho subjetivo de cualquier persona para exigir en forma inmediata y directa de la Ciudad de Buenos Aires la plena satisfacción de su necesidad habitacional…[**(2)**]Sí, en cambio, para que el universo de destinatarios a quienes el GCBA debe asistir, pueda requerir la cobertura habitacional indispensable –sea a través de hogares o paradores…"*

Los jueces afirman que la expresión mínima del derecho a la vivienda consagrado en la Constitución Local, debería buscarse en la OG Nº 3,[15] y concluyen que "En la interpretación del Comité, el parador estatal destinado a brindar 'abrigo' aparece como la expresión mínima del derecho a la vivienda".[16]

Un primer problema en la interpretación analizada consiste precisamente en el hecho de que Tribunal recurra a estos materiales de interpretación y, particularmente, a una interpretación restrictiva de ellos, en vez de precisar el alcance de las peculiares obligaciones del poder público local a la luz de la exigente Constitución de la Ciudad. Para aclarar lo dicho, piénsese en el siguiente ejemplo: tenemos una norma local –una Constitución– en una Ciudad rica –pongamos Oslo– que reconoce numerosos derechos para sus habitantes –derechos a los que, de modo explícito, considera directamente operativos–. Por otro lado, imaginemos que existe una norma internacional cualquiera, que pretende ser aplicada en los contextos más diversos, desde países muy ricos hasta otros muy pobres. Es dable esperar que, en debido respeto a esta diversidad, tanto como por respeto frente a la autoridad democrática

15. Dicha Observación General, resulta pertinente destacar, no se refiere en particular al derecho a la vivienda, sino, en general al modo de entender el tipo de obligaciones que el pacto, tal como fue redactado, establece para los estados.

16. "On the basis of the extensive experience gained by the Committee, as well as by the body that preceded it, over a period of more than a decade of 85 examining States parties reports the Committee *is* of the view that a minimum core obligation to ensure the satisfaction of, at the very least, minimum essential levels of each of the rights is incumbent upon every State party. Thus, for example, a State party in which any significant number of individuals is deprived of essential foodstuffs, of essential primary health care, of basic shelter and housing, or of the most basic forms of education is, prima facie, failing to discharge its obligations under the Covenant, if the Covenant were to be read in such a way as not to establish such a minimum core obligation, it would be largely deprived of its raison d'etre."

de las diversas localidades en donde el tratado del caso pretende aplicarse, la norma internacional sea en su texto –y lo sean también las interpretaciones del mismo– muy prudentes respecto de las obligaciones correspondientes a cada país firmante. Finalmente, resultaría injusto que la norma en cuestión sea leída exactamente del mismo modo en un país con enormes recursos, como Noruega, que en otros como Haití, un país devastado por la pobreza. Por ello mismo, y en respeto a esa heterogeneidad, es dable esperar que a nivel internacional se piense en "pisos mínimos", de forma tal que las obligaciones básicas del caso puedan ser cumplidas aún por sus miembros más desfavorecidos. Ahora bien, sería absurdo, en dicho contexto, que Noruega quisiera eximirse de sus obligaciones básicas, afirmando que ya ha cumplido con estándares como los que cumple Haití.

Esta parece ser, sin embargo, la lectura que propone el Tribunal de la Ciudad de las obligaciones asumidas por la ciudadanía de Buenos Aires, a través de su demandante Constitución. En los votos analizados se hace un largo excurso para asociar al derecho a la vivienda –a partir de una frase de la OG Nº 3– con el de "techo" o "abrigo"; que pasa a ser entendido, desde allí, como su "expresión mínima". Sin embargo, todo ese camino resulta, por lo demás, extraño, cuando pensamos en el carácter sumamente exigente de la Constitución de la Ciudad; reconocemos el nivel de compromiso allí mismo asumido por los Convencionales Constituyentes, a través del Art. 10; y consideramos, a la vez, que la Capital Federal es el área más rica de todo el territorio del país. En este marco jurídico-político, la tarea de la justicia debe ser la de cooperar con el poder público en el reaseguro del respeto de los derechos de todos. Sin embargo, encontramos que el fallo deja de lado, en buena medida, el peso decisivo de la legislación local en la decisión del conflicto del caso (algo para lo cual la normativa local bastaba y sobraba); aborda –innecesariamente– la discusión de los estándares internacionales; y escoge, luego, una lectura que termina por minimizar, antes que a expandir o precisar, el peso de las exigencias fijadas por el derecho local.

En segundo lugar, pero con idéntico grado de importancia, advertimos que incluso en los propios términos del recurso interpretativo utilizado por le TSJ –la exploración en las palabras del Comité DESC para determinar el alcance de los compromisos de la Ciudad– se comete un error en la exégesis de las fuentes internacionales, en virtud de que los jueces han omitido toda consideración a la Observación General Nº 4 sancionada por dicho Comité en 1991 –el año siguiente a la OG Nº 3– y referida específicamente a la explicitación del contenido del derecho a la vivienda del PIDESC. En el apartado 7º de dicha Observación, se dice textualmente: "En opinión del Comité, el derecho a la vivienda **no se debe interpretar en un sentido estricto o restrictivo que lo equipare, por ejemplo, con el cobijo que resulta del mero hecho de tener un tejado por encima de la cabeza** o lo considere exclusivamente como una comodidad... la referencia que figura en el párrafo 1 del artículo 11 **no se debe entender en sentido de vivienda a secas, sino de vivienda**

adecuada…el concepto de 'vivienda adecuada'... significa disponer de un lugar donde poderse aislar si se desea, espacio adecuado, seguridad adecuada, iluminación y ventilación adecuadas, una infraestructura básica adecuada y una situación adecuada en relación con el trabajo y los servicios básicos, todo ello a un costo razonable…".

La reconstrucción del TSJ sobre el contenido "mínimo" o "básico" del derecho a la vivienda –acceso a un parador que de abrigo– no sólo resulta implausible –por acudir de manera formalista a una fuente jurídica inapropiada sin ponderarla con los más exigentes compromisos locales– sino que además reconstruye equivocadamente los estándares establecidos en dicho ámbito jurídico internacional.

Lamentablemente, las complicaciones con la interpretación realizada por el TSJ no terminan allí. A nuestro juicio, un problema todavía más serio se encuentra en la ausencia de una teoría normativa que explicite qué es lo que protege el derecho a una vivienda adecuada y por qué éste debe ser considerado un derecho fundamental –es decir, una teoría sobre los fundamentos del derecho en cuestión-.

Sin una teoría explícita sobre los fundamentos de los derechos, no es posible responder con inteligibilidad a la pregunta sobre su contenido –mínimo, o máximo, nuclear o periférico, etc.– y resulta asimismo imposible resolver motivadamente –en base a razones públicas– conflictos entre derechos, o entre derechos y decisiones públicas regulatorias.

En la teoría constitucional contemporánea, tanto de inspiración europea continental como americana, la discusión sobre el alcance de los derechos está indisolublemente unida a otra sobre los fundamentos, particularmente los filosóficos, morales y políticos, que dan justificación y sentido a la consagración constitucional.[17] Es desde la discusión acerca de los fundamentos, y en diálogo reflexivo con ella, que se construye la justificación y la determinación acerca del contenido de los derechos, sobre la base de la cual se definen las argumentaciones relativas al alcance concreto de los derechos en un caso dado. Sin fundamentos públicos e inteligibles, la definición del contenido de un derecho y la respuesta a los conflictos entre derechos terminan en mera decisión discrecional, sin la clase de argumentos necesarios para sostenerla.

La respuesta acerca de la aceptabilidad o inadecuación constitucional de una regulación particular de emergencia habitacional, frente al derecho a la vivienda, queda vacía sin una explicitación –aunque sea básica o brevemente articulada– acerca de los principios y valores que inspiran tal derecho. ¿Cómo es posible decidir

17. Los aportes teóricos de Ronald Dworkin –ver, *Freedom's Law*, Harvard University Press, Cambridge MA; 1996-, y su teoría sobre la "lectura moral de la constitución" – y Robert Alexy –ver *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2008– son acaso los más influyentes, a un lado y otro del océano, de este modo de trabajo interpretativo, del cual el llamado *neoconstitucionalismo* resulta tributario.

si el Estado cumple o no con sus obligaciones de esforzarse hasta el máximo de los recursos disponibles para la satisfacción del derecho a la vivienda sin que el punto de partida sea la afirmación de alguna concepción sustantiva acerca de la conexión, a nivel de fundamentos, entre tal derecho y los compromisos de justicia social o distributiva que inspiran nuestros arreglos constitucionales?

En los casos analizados, la idea adoptada por la mayoría del TSJ acerca del contenido del derecho a la vivienda –como derecho a un parador o un albergue para quienes no tienen dónde dormir– hace muy difícil identificar algún valor o principio de justificación de este derecho fundamental. Más aún, resulta difícil determinar si para los jueces de la mayoría el derecho a la vivienda opera realmente como un derecho fundamental en la estructura constitucional: su contenido básico ha sido tan minimizado que cuesta hacerlo compatible con teorías valiosas sobre los derechos.

Ciertamente, el derecho a la vivienda podría vincularse con diversos principios que inspiran teorías robustas sobre los derechos, como la autonomía o la igualdad.

El ideal de la autonomía personal puede ser descripto como el compromiso del estado constitucional con la creación y aseguramiento de condiciones que promuevan y garanticen la libre elección y adopción de planes de vida personales por parte de los habitantes. Dicho principio constituye la base sobre la cual se funda la obligación del Estado de garantizar derechos de gran envergadura, en la medida en que provee las condiciones normativas y fácticas que le den sentido a tal autonomía.[18] Si se suscribe este principio a nivel de fundamentos, resulta claro que el acceso a condiciones de vivienda digna, para la vida individual y familiar –con seguridad en la tenencia y funcionalidad adecuada en cuanto soporte material de la organización de dicha vida personal y familiar– debe incluirse como uno de los bienes fundamentales a ser garantizados. Esa garantía de vivienda adecuada y segura desde la cual las personas puedan tomar decisiones y llevar adelante sus propias vidas demanda algo muy diferente a un techo o albergue para que quienes no los tienen puedan soportar las inclemencias del tiempo; es decir, no demanda "algo más", sino "algo diferente". La seguridad en la tenencia es un elemento que, en sí mismo, los

18. La autonomía, seriamente considerada, no resulta de ninguna manera garantizada mediante condiciones normativas (normas que prohíban su lesión), sino que demanda condiciones también materiales. Tampoco resulta lesionada solamente por el incumplimiento de deberes de abstención, sino que demanda el cumplimiento de deberes de acción y se lesiona por su falta de realización efectiva. Una tesis que pretenda afirmar el valor de la autonomía, pero la reduzca a condiciones normativas y deberes negativos es, lisa y llanamente, una mala teoría sobre la autonomía y, en rigor de verdad, una tesis libertaria y conservadora. Para un desarrollo de estos argumentos, ver NINO, Carlos: "Liberalismo Conservador: ¿liberal o conservador?", "Autonomía y Necesidades Básicas", y "Sobre los Derechos Sociales", en *Los Escritos de Carlos S. Nino: Derecho Moral y Política II*, Gedisa, 2007.

paradores y albergues no contemplan, y mucho menos la adecuación a las funciones hogareñas y familiares que la vivienda debe cumplir como ámbito material en el cual damos forma a nuestras vidas. Los albergues y paradores no representan un "mínimo", sino la vulneración a una idea del derecho a la vivienda entendido como un bien fundamental requerido por una constitución comprometida con el ideal de la autonomía personal.

El otro gran principio de fundamentación de los derechos, el ideal de igualdad, –sea que lo entendamos como una dimensión de igualdad política para el ejercicio de la ciudadanía de una democracia participativa como la que proclama la constitución de la ciudad en su artículo 1º; o como una dimensión de igualdad social o económica que garantice un piso mínimo de inclusión– también presenta una clara demanda de acceso a ciertos bienes de "dignidad" y "autorrespeto", entre los cuales una vivienda segura en la tenencia y adecuada funcionalmente queda comprendido, junto con otros que han sido consagrados en los llamados derechos sociales –tales como educación básica, protección de la salud, acceso a la vida cultural, etc–. Quienes carezcan de estos bienes en una comunidad política determinada, no cuentan con condiciones significativas de igualdad ciudadana básica; no puede decirse que sean moral, política ni socialmente iguales a quienes sí gozamos de ellos.

En síntesis, para una comunidad comprometida con ideales robustos de igualdad y autonomía –como merece ser vista la Ciudad de Buenos Aires, y la Argentina como nación constitucional– y que ha consagrado expresamente en sus textos constitucionales el derecho a una vivienda adecuada como parte de las promesas fundamentales, no resultan aceptables las propuestas interpretativas que, como las adoptada por la mayoría del TSJ, resultan tan minimalistas que acaban desintegrando el bien sobre el que recae este derecho.[19]

El escueto contenido mínimo del derecho a la vivienda que se ofrece en los fallos analizados sólo podría explicarse sobre la base de una teoría constitucional según la cual el acceso seguro a una vivienda adecuada no fuera en realidad un derecho constitucional exigible al Estado. Ciertamente, ello privaría de sentido al propio pacto constitucional de la Ciudad sobre este tema; pero, además, sólo quedaría avalado por teorías normativas inaceptables sobre la justicia distributiva, que defendieran, por ejemplo, la idea de que cada uno debe procurarse como pueda sus condiciones materiales de dignidad, liberando al Estado de los deberes de creación

19. El ideal de la fraternidad o la solidaridad también proveería una justificación al reconocimiento del derecho a la vivienda, probablemente menos intenso que el demandado por la autonomía y la igualdad –pues podría resultar más sensible a compensaciones interpersonales y a consideraciones agregativas ante la escasez– pero seguro más exigente que el estándar adoptado por el TSJ, en la medida que dicha fraternidad está obviamente asociada con niveles decentes de dignidad humana.

efectivos de igualdad y autonomía.[20] Bajo esa clase de concepciones, eventualmente, podría explicarse que el único deber constitucional fuerte –en el sentido de emerger directamente de la constitución y no quedar abierto radicalmente a las políticas legislativas o administrativas– fuera el de proveer un parador a quien esté en la calle. Difícilmente pueda imaginarse un deber de acción más estrecho que éste, pero ese tipo de teorías no resultan aceptables en un estado constitucional que se tome en serio los compromisos con los derechos sociales afirmados por el Estado argentino en general y la Ciudad de Buenos Aires en particular.

Correlativamente, la aversión a dotar al derecho a la vivienda de sustancia es injustificable para un acuerdo constitucional comprometido con la realización igualitaria de las personas; al igual que lo sería una concepción análoga respecto del derecho a la salud, a la educación y a la seguridad social, por citar los casos más obvios. Los arreglos constitucionales conservadores de 1853 posiblemente podrían encontrar consistencia con tales teorías –que reconocen pocos derechos, básicamente construidos como libertades normativas– pero, sencillamente, ya no puede encajar con los compromisos constitucionales adoptados en nuestro país y en la Ciudad a través de las reformas constitucionales consagradas luego de le recuperación democrática.

No se nos escapa que el reconocimiento de un contenido robusto al derecho a la vivienda (que lo asocie, por ejemplo, con algo genuinamente parecido a un "derecho a la vivienda") implicaría una serie de deberes de parte del Estado que difícilmente puedan ser, en términos operativos, garantizados o satisfechos en el corto plazo, o cuya realización, en todo caso, no podría alcanzarse plenamente sin que la fisonomía del estado y de sus políticas públicas deban cambiar radicalmente.[21] Evidentemente, la manera de afrontar esos desafíos no debe consistir en debilitar el derecho en cuestión, sino –en primer lugar– en afirmar su normatividad y activar una evaluación intensa sobre las políticas del Estado. Es sabido que, en nuestro país,

20. Algo parecido al entendimiento abiertamente conservador que se postulaba en nuestra doctrina constitucional del siglo XIX. Para una reconstrucción de esta perspectiva, que afirmaba que las desigualdades sociales y naturales no requerían neutralización por parte del Estado, ver MAURINO, G.: "Pobreza y discriminación: la protección constitucional para los más humildes", en GARGARELLA R. y ALEGRE M. (Coords.): *El derecho a la igualdad: aportes para un constitucionalismo igualitario*, Lexis-Nexis Argentina, Buenos Aires, 2007.

21. Las villas de emergencia deberían ser urbanizadas, y se debería proveer un sistema legal de seguridad en la tenencia a sus habitantes; ponerse en marcha programas de vivienda, tanto a través de la gestión estatal como de la regulación del desarrollo inmobiliario urbano; promoverse o facilitarse asistencia crediticia para quienes carecen de capacidad económica suficiente para proveerse vivienda por sus propios medios; producirse y actualizarse gran cantidad de información pública, de gran calidad a fin de organizar las políticas públicas a largo plazo, etc. Lamentablemente, nada de esto es parte de la fisonomía de la Ciudad en relación con las políticas habitacionales.

ni siquiera los derechos y garantías más clásicos, incondicionales y universalmente consolidados, como el derecho a no ser víctima de torturas o apremios ilegales por parte de las autoridades policiales, o la garantía de que las cárceles sean sanas y limpias, están siquiera cerca de ser satisfechos o garantizados de manera general y sustantiva. Sin embargo, el camino para lidiar con estas ofensas institucionales –y las que resultan, en general, de una sociedad desigual y excluyente– no debe ser el de negarlas, desnaturalizando los derechos cuya violación las denuncia.[22]

II. *Sobre la progresividad y el máximo de los recursos disponibles para realizar el derecho a la vivienda*

Los votos que han formado la mayoría en los fallos comentados reconocen y explicitan los conceptos dogmáticos del sistema internacional de los derechos humanos, y afirman que la satisfacción del derecho a la vivienda es un proyecto realizable progresivamente, que debe satisfacerse al ritmo de los recursos disponibles. Sin embargo, la propia argumentación que se desarrolla termina por privar de relevancia normativa a tales estándares de evaluación del comportamiento estatal.

El estándar de progresividad tiene dos instancias de trascendencia jurídica: en primer lugar, constituye un mecanismo para evaluar, a través de los informes de los estados, el desarrollo de sus obligaciones internacionales. En este sentido, en que el grado de cumplimiento de los derechos sociales se evalúa externa y globalmente, la progresividad es una herramienta significativa a nivel diplomático, aunque de poca relevancia para el poder judicial doméstico, en la medida en que su intervención está limitada a examinar casos específicos y concretos, y no la situación general de cumplimiento de los derechos.[23] Un nivel diferente en el que la progresividad opera como estándar de evaluación, y que sí es relevante a los fines de la decisión de causas judiciales locales, se encuentra en su proyección para analizar normas o prácticas estatales concretas que impactan sobre un determinado derecho. Las normas y

22. La argumentación conservadora, adversa a reconocer un genuino derecho al acceso a la vivienda adecuada suele presuponer que existe una identificación o asimilación entre "vivienda" y "propiedad privada inmobiliaria". Sin embargo, el derecho a la vivienda tal como resulta fundamentado por el principio de autonomía, o también por diversas concepciones de la igualdad, no implica ni conceptual, ni normativamente dicha asimilación; pues el acceso a la tenencia segura de una vivienda adecuada puede honrarse mediante variados arreglos jurídicos aceptables que no implicaran propiedad privada inmobiliaria.

23. Ciertamente, la evaluación del grado de progresividad –y no regresividad– global y agregada sobre los derechos en general o sobre la situación de algún derecho en particular puede ser relevante en el análisis judicial relativo a causas, pues podría dar un punto de partida –un argumento *prima facie*– a favor o en contra del estado, cuando se alegue una vulneración a un determinado derecho, pero poco más.

prácticas estatales específicas pueden analizarse en su dimensión de progresividad o regresividad, tal como el caso de la AGT lo reclamaba, y como efectivamente lo utilizaron los jueces Lozano y Casás al evaluar la impugnación del decreto que modificaba el programa de emergencia habitacional.

Sin embargo, en "Alba Quintana" los mismos jueces de la mayoría, en sentido contrario a lo que habían señalado en "AGT", afirmaron que el análisis judicial de la progresividad no puede hacerse en un caso concreto o en relación con el impacto concreto de una política pública, sino que debería hacerse de manera global y agregada, en relación con todas las políticas públicas y con todos los derechos –como ocurriría cuando el Comité DESC evalúa el desempeño de los estados–. Es de esperar que esta contradicción sea resuelta en el sentido de afirmar y no negar la relevancia de la "progresividad" como estándar para evaluar situaciones, prácticas y regulaciones concretas –como en el caso "AGT"– y que la afirmación de "Alba Quintana" quede en el olvido, para que al estándar de progresividad pueda seguir operando con utilidad en la evaluación de la protección judicial de los derechos sociales.

Si la relevancia interpretativa del estándar de progresividad ha quedado dañada en las inconsistentes argumentaciones reseñadas, el estándar del máximo de los recursos disponibles ha quedado lisa y llanamente fulminado.

La satisfacción de los derechos sociales implica una intensa agenda redistributiva respecto de las condiciones generales del *statu quo* en sociedades tan desiguales e injustas como la argentina, y dicha agenda está condicionada por la asignación de recursos. Nadie debería negar esto, así como también debería admitirse que el sistema internacional de tutela de derechos sociales ha concedido que la escasez de recursos puede constituir una justificación aceptable frente a la deficiente satisfacción de éstos por parte de un Estado en términos de su desempeño global y agregado a la cual hemos hecho referencia –aunque no podría funcionar como una excusa válida ante una vulneración concreta y específica que resulta judicializada.[24]

En todo caso, para que el estándar del "máximo de los recursos disponibles" tuviera una función operativa, la escasez de recursos sólo podría ser invocada como una excepción justificativa para el Estado incumplidor –que, como tal, debería ser probada fuera de toda duda por éste– pero no como una especie de norma de habilitación general para que el estado elija cuándo y cómo avanzar en la satisfacción del derecho. Si se pretende que los derechos signifiquen algo más que un catálogo aspiracional, el estándar en cuestión no puede transformarse en una especie de autorización *a priori* para que los gobiernos obren discrecionalmente al respecto.

24. Resulta valioso, en este sentido, el claro estándar fijado por la CSJN diversos precedentes, al dejar claro que las carencias presupuestarias no podían justificar el incumplimiento de los derechos fundamentales. El fallo "Badin, Ruben c/Provincia de Buenos Aires" (Fallos 318:2002), de 1995, fue el primer precedente en el que se afirmó claramente el estándar.

Cuando se cuestionan las limitaciones de una política pública por no llegar a satisfacer integralmente cierto derecho, la dependencia de los recursos y la progresividad sólo deberían poder funcionar como excusa de la responsabilidad del gobierno en remediar dicha situación ante un reclamo concreto, si existiera una prueba fuerte –que debe rendir el estado que la invoca, claro– de una situación de excepción en la que sus recursos presupuestarios no permitan la plena satisfacción. Todos los estados administran escasez, pero si la escasez se transforma en habilitación para la postergación en la satisfacción de los derechos, en ese mismo momento, los derechos en cuestión quedan pulverizados; y eso es lo que termina pasando con el derecho a la vivienda en la senda que marca la interpretación de la mayoría del TSJ.

Para invocar la indisponibilidad de mayores recursos en un caso concreto, el gobierno debería demostrar la existencia de una particular y aguda crisis financiera que, transitoriamente, le impida cumplir con sus obligaciones. Pero si la argumentación se hiciera pasar por la situación estructural de escasez o déficit económico del estado –y así es como toman la cuestión los votos de la mayoría del TSJ al construir su estándar–, entonces la excusa sólo debería considerarse plausible si el estado probara, por lo menos, lo siguiente: (1) que una mejora en el nivel de satisfacción del derecho sólo puede lograrse mediante mayores recursos (2) que todos los recursos presupuestarios asignados a tales derechos han sido empleados (3) que la organización y distribución del presupuesto prioriza adecuadamente la satisfacción de los derechos fundamentales antes de ocuparse de políticas genéricas de bienestar general (4) que el estado carece de posibilidades de incrementar sus ingresos mediante mecanismos excepcionales, como los créditos o las contribuciones especiales.

La existencia de "dificultades económicas" o "políticas" para avanzar en el cumplimiento de los compromisos constitucionales no puede aceptarse como excusa válida por los tribunales, del mismo modo en que resulta inaceptable la invocación de ese tipo de dificultades por parte de un deudor que manifiesta que "no puede" cumplir sus obligaciones. Si las obligaciones en cuestión se refieren a la satisfacción de derechos fundamentales, con mayor razón, éstas deberían ser descartadas. Pero el daño más fuerte no resulta cuando dichas afirmaciones se utilizan como excusa para el Estado, sino cuando sirven para afirmar que el derecho en cuestión no existe.

En todo caso, si algo debe hacer el Poder Judicial es evaluar las razones y pruebas que aporte el gobierno y evaluar su plausibilidad, considerando la trascendencia de los bienes y derechos en juego –partiendo, como dijimos, de una teoría congruente con el carácter fundamental de tales bienes y derechos–. Pero nada de esto puede encontrarse en el análisis de los fallos comentados. Ninguno de ellos contiene una exploración o consideración concreta de argumentos o informaciones acerca de las decisiones presupuestarias del gobierno, ni del impacto presupuestario de compromisos más exigentes con el derecho a la vivienda. No ha existido diálogo, ni razones, ni pruebas, sino la sola afirmación de que la satisfacción de los derechos

sociales demanda recursos, que los recursos son escasos, y luego la conclusión de que el Poder Judicial debe ser prescindente sobre esos aspectos.

Al final del día, el entendimiento inadecuado que los jueces del TSJ han construido sobre su propio rol en el sistema constitucional y en el diálogo democrático –asunto sobre lo que presentamos nuestros primeros comentarios– termina mostrando aquí otra faceta de su negativo impacto en la doctrina que transforma lo que debe ser un severo estándar de excepción en una norma general de habilitación para incumplir con los derechos fundamentales.

LA DESIGUALDAD EN EL ACCESO A LA EDUCACIÓN UNIVERSITARIA ARGENTINA

EZEQUIEL NINO*

Resumen: El presente trabajo pretende abordar la temática de la (des)igualdad en la Argentina tomando como paradigma la situación actual de la educación pública universitaria. En este sentido, el autor analiza la educación pública desde la perspectiva de su pretendida función niveladora de las desigualdades pre-existentes en la sociedad. A lo largo del trabajo, el autor nos revela las particulares características de las altas casas de estudio argentinas que evidencian en suma una situación insatisfactoria respecto de la pretendida igualdad de oportunidades en el ámbito universitario. Finalmente señala la existencia de estudios que demuestran y explican los efectos sociales positivos del acceso de las personas de bajos recursos al nivel universitario, realzando en consecuencia la importancia de la inversión en educación superior.

Palabras clave: Desigualdad social – Educación pública – Sistema educativo argentino – Educación superior – Becas

Abstract: The present paper endeavours to tackle (in)equality in Argentina bearing in mind the present situation of higher education at state universities. The author analyses public education from the perspective of its alleged levelling function regarding pre-existing inequalities in society.
Throughout this paper, the particular characteristics of Argentina's higher education institutions are revealed, shedding light on the overall unsatisfying situation concerning the supposed equality of opportunities in university spheres. Furthermore, the author refers to existing studies which show and explain the positive social effects of access to university for underprivileged people, thus highlighting the importance of investment in higher education.

Key words: Social inequality – Public education – Argentine education system – Higher education– Scholarships

* **Co-Director de la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ), Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Palermo.**

Introducción

El ex presidente de Brasil, Fernando Henrique Cardoso, sostuvo, hace algunos años, que su país no es pobre sino que es desigual. Esa frase es perfectamente aplicable a varios de los países de América Latina, la región más inequitativa del planeta, incluida Argentina.

Algo paradójico sobre nuestro país, en esta materia, es que se transformó en uno de esos estados tan desiguales al mismo tiempo en que modificaba su Constitución Nacional para incluir, entre otras cosas, a los tratados internacionales de derechos humanos –que incorporan el derecho a la igualdad de diversas maneras– y otorgarles jerarquía constitucional. A su vez, pese a que en la década del 2000 volvió a transformarse en uno de los graneros del mundo –por la creciente necesidad alimenticia del planeta, especialmente de China e India que crecieron durante las últimas décadas a tasas agigantadas– continúa con una parte de su población que no obtiene lo suficiente para alimentarse adecuadamente.

A nivel jurídico no son muchos los trabajos que apuntan a vincular aspectos económicos y sociales concretos de nuestra situación con el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 16 de la Constitución Nacional y en los pactos internacionales con jerarquía constitucional. Las distintas disciplinas –entre las que se encuentran el derecho constitucional– mantienen conversaciones cerradas a las que no se suele ingresar sin ciertos conocimientos técnicos necesarias para aprehenderlas. Esos lenguajes ocultan la escasa voluntad de interactuar que mantienen cada uno de los espacios y, en consecuencia, la dificultad de obtener una perspectiva más integral del problema en cuestión. Este escrito apunta a intentar aplicar principios legales, y especialmente de derechos, a una situación específica del contexto argentino y, en consecuencia, habrá de tener en consideración cuestiones sociales y económicas que suelen estar alejadas de este tipo de evaluaciones.

Su intención principal consiste en examinar distintos aspectos de la educación universitaria argentina a fin de evaluar si cumple con el criterio de igualdad de oportunidades para todos/as los/as jóvenes que, en teoría debería asumir como corolario ineludible del derecho a la igualdad reforzado por la reforma constitucional de 1994. Un concepto que parece estar demasiado arraigado, incluso, entre los propios actores involucrados en el sistema, consiste en afirmar que el modelo de educación universitaria pública y gratuita es inclusivo pues posibilita el acceso de cualquier persona a las aulas. Este concepto será puesto bajo análisis de aquí en adelante.

Estas son épocas en las cuales, tanto a nivel político como en los medios de comunicación masiva, se discuten conceptos generales sobre la distribución de la riqueza de los argentinos. Sin embargo, no existen tantos ámbitos académicos en los que esa conversación se traduzca en formas más específicas sobre las maneras de atacar ese desigual reparto del producto bruto interno. La educación –como se sabe– es una de las maneras más directas de enfrentar el problema, por lo que resulta clave

entender si se está frente a políticas adecuadas para mejorar el servicio que reciben los sectores más postergados. Una educación de calidad es la llave que tienen esos grupos para escapar del estado en el que se encuentran. Si bien no es el único factor que se exige para obtener empleos bien retribuidos,[1] representa la adquisición de capacidades mínimas necesarias para desenvolverse en un marco de relaciones tan complejas como es el que rige la vida moderna de las sociedades. Visto desde otra perspectiva, la educación "es esencial para la posibilidad de elegir libremente planes de vida e ideales del bien".[2]

Lo destacable de estas ideas es que representan un ámbito de deliberación en el que existe cierta coincidencia entre los igualitarios y los libertarios pues ambas posturas sostienen que el punto de partida entre los individuos –desde el cual desarrollar su plan de vida– tiene que ser lo más equitativo posible. Para los primeros, la intervención estatal tiene que ir incluso más allá de garantizar esa igualdad inicial y para los segundos se tiene que limitar solamente a ello para que desde ahí queden todos/as librados/as a la libre competencia social. Sin embargo, pese a esa coincidencia básica entre estas posturas disímiles, las políticas gubernamentales no suelen enfrentar el problema con las soluciones que pregonan. El desafío, por lo tanto, no consiste en examinar detenidamente los distintos principios teóricos aplicables sino más bien en una identificación de las razones por las cuales las políticas públicas no se encuentran bien dirigidas. La discusión académica debe concentrarse –por ende– en la identificación de esas fallas, en las barreras que impiden la efectiva concreción del derecho y en los sectores que, evidentemente, pujan para que no se hagan realidad las decisiones que podrían marcar las posibilidades de las generaciones futuras. En definitiva, si el derecho constitucional pretende constituirse, como debiera, en la disciplina que promueva la satisfacción de los derechos constitucionales, habrá de examinar, en concreto, las trabas que impiden que ello ocurra efectivamente.

I. El efecto de la educación terciaria en la igualdad

La posibilidad de pasar por la universidad es, para los jóvenes de la región, un trampolín hacia mejores salarios. Un estudio realizado por Londoño y Szekely demuestra que los salarios son sustancialmente mejores para quienes tienen formación superior y que –incluso– durante el período neoliberal de los 90 se distanciaron aún más los ingresos de unos y otros. Es decir que es posible relacionar la desigualdad imperante en la región y la desigual distribución de la educación. Si bien es cierto

1. Sabemos bien que las relaciones sociales de la persona y, principalmente, de la familia a la que pertenece influyen determinantemente también para la obtención de oportunidades.

2. NINO, C.: *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Editorial Astrea, 1992, p. 293.

que la educación inicial también es profundamente inequitativa, la diferencia aparece con mayor claridad en la comparación entre ingresos de quienes tienen y quienes no tienen educación terciaria. Por otra parte, entre los universitarios, las tasas de desempleo y los períodos que dura también son menores.[3]

Debe advertirse, por supuesto, que el nivel económico de una población no proviene exclusivamente del nivel de educación y que –por su parte– la correlación entre ambas variables no es unidireccional. Las familias más aventajadas envían a sus hijos al colegio y a la universidad y, a su vez, éstos no reciben únicamente sus ingresos a partir de los salarios que obtengan sino que lo hacen, también, a través de las ayudas familiares, herencias u oportunidades económicas que tengan a partir del grupo de pertenencia.

Otro aspecto que debe considerarse también es que una mayor cantidad de población con educación superior no implica necesariamente que los salarios continuarán al mismo nivel que en la actualidad, sino que –de acuerdo a la organización económica que se produzca en ese escenario futuro– pueden reducirse por la mayor oferta de profesionales. Como consecuencia de ello, podría provocarse una disminución en los índices de desigualdad pues los salarios de quienes no tienen estudios terciarios no serían tan abismalmente distintos de los que los tienen, como sucede ahora.[4]

Pese a todas las salvaguardas, hay indicios concretos que indican que, por un lado, los conocimientos, experiencias, contactos y habilidades adquiridos en la universidad sirven para mejorar las condiciones de quienes atraviesan ese nivel educativo[5] [6] y, por el otro, que una mayor masa de trabajadores así formados pueden generar mayores ingresos generales a partir, por ejemplo, de una mayor innovación, y con ello, mejorar sus respectivos salarios.

3. CHAPMAN, B.: "Conceptual Issues and the Australian Experience with Income Contingent Charges for Higher Education", *The Economic Journal*, Vol. 107, Nº 442, *Blackwell Publishing for the Royal Economic Society*, 1997.

4. Esto ha sido demostrado matemáticamente en el artículo por GARCÍA PEÑALOSA, C. y WALDE, K.: "Efficiency and equity effects of subsidies to higher education", *Oxford Economic Papers*, 2000; vol. 52, Oxford University Press, disponible en http://oep.oxfordjournals.org/cgi/content/abstract/52/4/702

5. GREGORIO, D., JOSÉ D. y JONG-WHA, L.: "Education and Income Distribution: New Evidence from Cross-Country Data," *Development Discussion Paper,* N° 714, Harvard Institute for International Development (HIID), 1999, disponible en http://www.hiid.harvard.edu/pub/pdfs/714.pdf

6. AHLUWALIA, M.: "Income Inequality: Some Dimensions of the Problem" en CHENERY, H. y otros, *Redistribution with Growth*, Oxford University Press, 1974.

II. El efecto social del acceso de los pobres a la universidad

Hay muchos estudios que demuestran los efectos positivos del ingreso de personas de bajos recursos al mundo universitario. Algunos se han concentrado en que la interacción con compañeros/as de distintos ámbitos amplía la vida social de todos los estudiantes, lo cual incluso genera mejores efectos en los resultados académicos.[7] Otros han develado que, de este modo, se generan discusiones abiertas sobre cuestiones raciales y socio-económicas.[8] Algunos se han enfocado en que la interacción conlleva mayores inquietudes cívicas[9] y posibilita las amistades entre los grupos (una vez superada la etapa de la adolescencia los jóvenes son menos aislacionistas).[10] Otros, en el mejoramiento de la resolución de problemas y pensamiento crítico[11] y en las capacidades de liderazgo.[12] Por último, se han descubierto mayores tasas de graduación[13] y mayor satisfacción con la experiencia educativa.[14] La variedad de aspectos positivos examinados y la calidad de la evidencia tienen tal magnitud que resulta innecesario abundar sobre ellos. Lo relevante es la comprobación empírica de que existen claras ventajas sociales que se suman a las económicas y que las consecuencias positivas de este tipo de experiencias (que en Estados Unidos comienzan a ver sus frutos luego de muchos años) se verían en América Latina recién en el mediano y largo plazo.

7. CHANG, M., ASTIN, A. y KIM, D.: "Cross-Racial Interaction Among Undergraduates: Some Consequences, Causes, and Patterns", *Research on Higher Education*, vol. 45, N° 5, 2004 y BOW, D. y BOWEN, W.: "The Shape of the River: Long term consequences of considering race in college and university admissions", Princeton University Press, 1998.

8. CHANG, M.: "Diversity and the influence of friendship groups in college", *Review of Higher Education*, vol. 25, N° 1, 2001.

9. GURIN, P., DAY, E., HURTADO, S. y GURIN, G.: "Diversity and Higher Education: Theory and Impact on Educational Outcomes", *Harvard Educational Review*, vol. 72, N°3, 2002.

10. ANTONIO, A.: "Developing Leadership Skills for Diversity: The Role of Interracial Interaction", *Education Resources Information Center*, disponible en http://eric.ed.gov/ERICWebPortal/custom/portlets/recordDetails/detailmini.jsp?_nfpb=true&_&ERICExtSearch_SearchValue_0=ED443321&ERICExtSearch_SearchType_0=no&accno=ED443321

11. PASCARELLA, E., PALMER, B., MOYE, M., PIERSON, C.: "Do Diversity Experiences Influence the Development of Critical Thinking?", *Journal of College Student Development*, vol. 42 Nº 3 pp. 257-271, May-Jun 2001.

12. TOUTKOUSHIAN, R. y SMART, J.: "Do Institutional Characteristics Affect Student Gains from College?" en *The Review of Higher Education*, Vol. 25, N°1, Otoño 2001.

13. LUO, J. y JAMIESON-DRAKE, D.: "A Retrospective Assessment of the Educational Interaction Across Racial Boundaries), *Journal of College Student Development*, Vol. 50, N° 1, Ene - Feb, 2009.

14. CHANG, M.: op. cit. 23.

III. Para garantizar la igualdad de oportunidades también hace falta concentrarse en la universidad

En general, se tiende a pensar que las reformas que deben iniciarse para permitir una movilidad social relevante deben realizarse desde abajo hacia arriba, es decir desde la escuela primaria hasta los estudios terciarios. La visión consiste en afirmar que concentrando energías en ese nivel se podrá permitir que accedan más personas de bajos recursos a la educación secundaria y así sucesivamente. Un cambio que procede solamente desde abajo (desde la primaria) hacia arriba (la universidad) es demasiado lento y no mira la pata del sistema educativo que puede sacar directamente a los jóvenes de la pobreza. Esa postura es incompleta desde varias perspectivas. Entre otras razones, porque como ese proceso es tan largo y con perspectivas tan inciertas no se permite que los pobres accedan a los estudios superiores. Además, porque no se generan los incentivos para que los grupos desaventajados perciban que hay un camino para recorrer que puede generar resultados muy concretos y satisfactorios. Por otra parte, no debe afirmarse que se trata de gastos sociales excluyentes. De hecho, los estados destinan recursos a materias menos prioritarias. Afortunadamente, numerosos gobiernos de la región se han comprometido públicamente y en foros internacionales a dedicar una porción cada vez más relevante del presupuesto público a la educación (de hecho, nuestro país mediante la Ley Nº 26.075 de financiamiento educativo asumió el objetivo de subirlo hasta el 6% en el año 2010). Si a ello le sumamos el crecimiento del presupuesto general derivado del crecimiento económico de muchos de los países de la región en la década que termina apreciamos que existen recursos crecientes que aplicados debidamente podrían generar posibilidades de mejoras en todos los niveles educativos públicos.

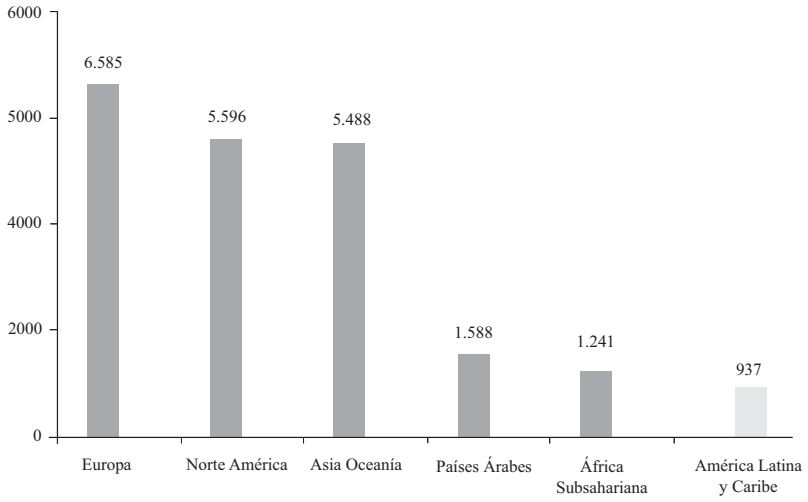
Una política que contemple un desarrollo desde abajo-arriba y también desde arriba-abajo mejoraría las posibilidades de ser exitosa. Los padres de niños/as y jóvenes de bajos recursos que aprecien que existen medidas para facilitar el acceso a la universidad de sus hijos/as pondrán los mejores esfuerzos para que ello se concrete pues son conscientes de las oportunidades que a futuro representa la posibilidad de ingresar a ese nivel de estudios. A su vez, los propios beneficiarios de la política tendrán otra perspectiva de desarrollo personal en el nivel secundario si identifican que existe un horizonte mejor que el que tuvieron sus progenitores accediendo a la universidad. Por otra parte, si en zonas desfavorecidas comiencen a frecuentar historias de jóvenes que han logrado entrar a una carrera terciaria –y mejor aún, a culminarlas– se podrá producir un efecto imitación que actualmente no existe. Los ejemplos que los niños/as de sectores postergados ven actualmente son, en general, historias que no generan expectativas favorables. Además, si las becas económicas que se otorguen para ellos/as están basadas no solo en la necesidad sino también en los méritos académicos se generarán competencias virtuosas para obtener las mejores calificaciones.

En consecuencia, una política con estas características podrá, además de producir mejoras concretas, generar elementos simbólicos que pueden influir positivamente en la relación entre los jóvenes y padres/madres y la escuela.

IV. La inversión en educación superior no es prioritaria en nuestra región

Bajo la idea de que para nivelar el terreno de juego para que los pobres comiencen progresivamente a insertarse en los distintos ámbitos educacionales, América Latina ha puesto el énfasis en la escuela primaria y, probablemente, ha descuidado que también se puede mejorar la igualdad de oportunidades concentrando energías y recursos, debidamente focalizados en la educación superior. En relación al PBI de cada país, el presupuesto destinado a educación superior es el más bajo. En el promedio de los países de la OCDE, el porcentaje llega al 1,7%, con países como Canadá, Noruega o Nueva Zelanda que destinan más del 2,5% del PBI. En América Latina, mientras tanto, el promedio ronda el 0,7%, de acuerdo a datos de 2006. Argentina dispone 0,6%, Brasil 0,7%, Chile 0,3%, Uruguay 0,2%. Las excepciones son Bolivia que aporta 1,4% y Cuba 2,2%. El siguiente cuadro indica también claramente que el subcontinente está por detrás del resto en cuanto a inversión por estudiante universitario. Tanto Asia como África –que concentran la mayoría de los países más pobres del planeta– destinan más presupuesto a cada participante de este nivel académico.

Gráfico 1: gasto público per cápita en Educación Superior (Us$)



Por otra parte, existe la idea de que la educación masiva de América Latina le abre las puertas, precisamente, a quienes no tienen acceso a otras casas de estudios. Por un lado, es cierto que se produjo un aumento en la población estudiantil durante las décadas del 60 y 70. En 1950 solo 2,5% de los jóvenes entre 18 y 23 años tenían acceso a ese nivel mientras que en 1980 el porcentaje había subido a 11,1%.[15] Sin embargo, esa cantidad de personas no pertenecen, en general, a sectores de bajos recursos, sino que, incluso las universidades públicas son pobladas por estudiantes de sectores medios, e incluso, altos.

Los siguientes cuadros muestran que la universidad actual en América Latina es clasista y reproduce las peores inequidades de la sociedad.

Gráfico 2

Fuente: Infografía publicada por el diario *La Nación* de Buenos Aires el 14/7/05.

15. DER BOR, V. y SHUTE, J.: "Higher education in the third world: status symbol or Instrument for Development", *The International Journal for Higher Education and Continued Education*, Springer Publisher, vol. 22, N° 1, 1991.

En Argentina, la desagregación en quintiles evidencia la clara vinculación entre nivel económico y acceso a un título superior. No solo se percibe el perjuicio del quintil más postergado sino también una relevante diferencia entre las posibilidades de la clase media y el quintil más favorecido.

Cuadro 1: Argentina 2000. Jóvenes de 18 a 30 años por nivel educativo alcanzado, asistencia y quintil de ingreso per cápita familiar (IPCF) e indicador de deserción (en porcentaje.

Indicador	**Quintiles de IPCF**					**Total**
	1	**2**	**3**	**4**	**5**	
1. Secundario [a]	58,7	50,4	43,0	33,4	21,0	34,8
2. Desertor educación superior [b]	9,2	8,9	8,1	8,3	10,9	9,3
3. Estudiante educación superior	28,2	35,1	42,1	47,5	46,5	43,3
4. Graduado educación superior	3,9	5,4	6,5	10,8	21,8	12,6
Total	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0
Indicador deserción	22.2	18.1	14.3	12.4	13.8	14.2

Fuente: SIDEAL (Sistema de Información de Tendencias de América Latina), A. García de Fanelli, "Acceso, abandono y graduación en la educación superior argentina", disponible en http://especiales.universia.net.co/dmdocuments/Educacion_Superior_acceso_permanencia.pdf

El último estudio sobre la composición social en las universidades públicas argentinas fue realizado por la consultora privada EPM, sobre datos comparativos de TGI-IBOPE entre 2005 y 2010. El estudio indica que la cantidad de jóvenes de entre 20 y 25 años que estudian descendió un 15% en ese lapso. Al analizar los porcentajes por nivel socioeconómico surge que en los sectores bajos el descenso fue del 34% y en los medios, del 18%. En los altos, en cambio, hubo un aumento del 7%. La encuesta, sobre 1200 casos en ciudades de más de 50.000 habitantes de todo el país, revela que el Norte argentino y Cuyo son las regiones donde esta realidad pega más fuerte. En el promedio del país, estudian 2 de cada 10 jóvenes de nivel socioeconómico bajo y 5 de cada 10 de nivel medio. La proporción trepa a casi 8 en el nivel alto.[16]

16. Diario *Los Andes*, "Universidad: casi inaccesible para los sectores más pobres", 24/10/10, http://www.losandes.com.ar/notas/2010/10/24/universidad-casi-inaccesible-para-sectores-pobres-523014.

Este resultado es paradojal en un sistema de educación superior en el que existen los incentivos para ingresar pese a no provenir de un estrato social privilegiado. De hecho, la mayoría de las altas casas de estudios argentinas tienen una combinación de gratuidad e ingreso irrestricto, lo cual es casi único a nivel mundial. En una alta proporción de países –incluidos los de nuestra región– para ingresar a una universidad hace falta rendir un examen excluyente y hay que abonar una cuota no simbólica. Incluso, en muchos países, la elección de la carrera está basada en el puntaje otorgado por los exámenes de ingreso. Aunque pueda parecer sorprendente, en lugares como Italia o España el Estado selecciona la cantidad de ingresantes a cada carrera de acuerdo a sus prioridades estratégicas y a las posibilidades de los graduados de obtener empleos al finalizar sus estudios. Más allá de que los actuales índices de desempleo parecen indicar que se trata de medidas no exitosas, lo cierto es que para estudiar ciertas carreras en esos ámbitos se requiere tener los puntajes más altos de las pruebas de oposición y antecedentes que se llevan adelante cada año para los aspirantes a estudiantes de tercer grado.

En nuestro país, esta combinación de factores debería tener un efecto positivo sobre la incorporación de estudiantes de menores recursos a la universidad. Por un lado, la gratuidad hace asequible el costo de estudiar (los gastos están relacionados con el transporte, los apuntes, libros y otros materiales). Por el otro, la ausencia de exámenes definitivos de ingreso posibilita que quienes tuvieron formación más pobre en sus colegios de orígenes tengan mayor posibilidad de nivelarse con quienes tuvieron mejor preparación. Los niveles iniciales que existen en varias universidades del país –como el Ciclo Básico Común en la Universidad de Buenos Aires, la más grande de Argentina y una de las más grandes de la región– no tienen esa característica pues sus exámenes no son eliminatorios. En otras palabras, quien reprueba una evaluación puede recursar la materia en varias oportunidades. De hecho, los requisitos de cantidad de materias aprobadas por año que mantienen las facultades son muy bajos –en general, no se exige más de dos asignaturas por año.

Sin embargo, tal como ilustran las estadísticas, los resultados en materia de igualdad de oportunidades son insatisfactorios. No solo ingresan pocos estudiantes de bajos recursos sino que, además, los índices de graduación son muy bajos. De acuerdo a datos oficiales, cada año ingresan 110.000 estudiantes a la Universidad de Buenos Aires (UBA) y la mitad abandona los estudios durante el primer año. Por otra parte, de acuerdo con informaciones originadas en el Ministerio de Educación, sólo el 11% de los estudiantes universitarios que iniciaron una carrera la concluye y el tiempo promedio de duración de los estudios alcanza a 7 años y 7 meses. El lapso puede extenderse hasta una década para quienes la cursan más lentamente (10%

---

asp, Diario *Clarín*, “Historias de voluntad y vocación”, “Estudia solo el 20% de los jóvenes pobres”, 6/11/10, http://www.clarin.com/sociedad/Estudia-solo-jovenes-pobres_0_367163345.html

del total de los que se gradúan).[17] Entre los motivos de abandono de las carreras se destacan la pérdida de oportunidades laborales, la ausencia de tutorías para quienes presentan dificultades, los costos de cursar las asignaturas, la falta de preparación adecuada previa y escasez de becas económicas.[18]

V. Programas de becas existentes

Hasta el año 2009 las becas universitarias que otorgaba el Gobierno Nacional eran escasas. El Programa Nacional de Becas Universitarias –dirigido a personas de escasos recursos[19] y promedio de 7 en el colegio secundario– otorgó en 2009 unas 11.000 becas, hace cinco años la cantidad era la mitad, lo cual es muy inferior a las becas otorgadas por Brasil, México y Chile, entre otros. El monto otorgado es muy bajo ($240.- por mes) y no aumentó con el tiempo pese a la alta inflación de los últimos años.

En 2009, sin embargo, comenzó un programa denominado Becas Bicentenario, dirigido a una población similar,[20] pero destinado a cursar carreras prioritarias (en general, vinculadas a la ingeniería, física, matemática). Se ha previsto otorgar 30.000 becas durante el curso 2009 y la dotación económica es mayor (alrededor de $600.- para los dos primeros años hasta $1000.- para los últimos años). Para renovar las becas los alumnos deben aprobar un mínimo de 2/3 de las asignaturas del plan de estudios.

Las disposiciones legales[21] que crean el programa no establecen un número mínimo de ayudas económicas por año sino que las supeditan a la disponibilidad de recursos. Por ende, no es claro cómo continuará el programa. En enero de 2009, el entonces Ministro de Educación manifestó públicamente que el plan apuntaba a otorgar –en un plazo de cinco años– alrededor de 150.000 becas a la vez. Sin embargo, será difícil llegar a tal cifra pues, por un lado, supondría que ninguno de los becarios dejara de estudiar o de cumplir los requisitos de la beca (lo cual tratándose de las carreras más arduas no es probable) y, por otro lado, porque es difícil que haya tantos interesados en postularse. Para la primera convocatoria –que

17. ISEC, "Aumenta el índice de la deserción universitaria", disponible en http://www.isec.edu.ar/newsletter_desplegado.php?nronewsletter=12&id=174

18. GARCIA DE FANELLI, A.: "Acceso, abandono y graduación en la educación superior argentina", SIDEAL (Sistema de Información de Tendencias de América Latina), disponible en http://especiales.universia.net.co/dmdocuments/Educacion_Superior_acceso_permanencia.pdf

19. La exigencia es que el grupo familiar no disponga de ingresos mayores a unos USD 800.-.

20.El ingreso máximo por grupo familiar es de alrededor de USD 1000.-.

21. Decreto 99/09 PEN y Resolución 855/09 del Ministerio de Educación.

incluía a estudiantes de todos los años– se inscribieron 42.000 personas, de las cuales muchos no cumplían los requisitos. Ello revela que no hay tantos potenciales estudiantes de las carreras prioritarias. A su vez, el presupuesto fijado para 2009 era de 145 millones de pesos y parece improbable que se pueda quintuplicar en cinco años. El total del presupuesto de educación superior para 2009 es de 7951 millones de pesos. Las universidades reclaman un presupuesto de casi el triple de esa cifra.

Además de las becas Bicentenario se han incorporado las becas TICS. Estas últimas están destinadas a carreras orientadas a la informática y a las telecomunicaciones. Es similar en todos los aspectos, con la diferencia de que las reciben directamente quienes provienen de colegios técnicos públicos.

A estas ayudas hay que agregar la política de abrir universidades en sitios del interior o Gran Buenos Aires que no contaban con instituciones de ese tipo. El objetivo, se apunta, es facilitar el acceso a quienes viven en esas zonas. Los críticos sostienen que el Poder Ejecutivo intenta así disminuir el poder de las grandes universidades, como la UBA, que muchas veces tienen conducciones opuestas a aquél.

Además de estas iniciativas del Estado Nacional algunas universidades cuentan con otras que tienden –aunque en pequeña escala– a facilitar el acceso y la permanencia en ese nivel educativo. Entre varias otras, la Universidad de La Plata mantiene un programa de becas de bajos montos, un comedor escolar mediante el cual 4000 estudiantes pueden almorzar por $ 5.- por día, ayudas para madres solteras que deban abonar guarderías para sus hijos, etc. En general, las casas de estudios cuentan con un presupuesto ínfimo para estas medidas pues éste se destina, casi en su totalidad, a abonar salarios y efectuar un mínimo mantenimiento de la infraestructura.

VI. Análisis de las becas

Aunque si bien es cierto que el aumento de las becas generales y la creación de las becas del Bicentenario y TICS representa un avance muy importante, se percibe que no se ha diseñado detalladamente un sistema que permita modificar la estructura de la población estudiantil y, sobre todo, graduada.

En primer lugar, esta nueva política (aunque es muy reciente se percibe que está en línea con otros países de la región, por lo que podría suponerse que está siendo promovido por distintos organismos internacionales) no es acompañada por medidas de acompañamiento a los estudiantes que cursan la carrera o a los aspirantes, es decir los alumnos de los últimos años del secundario.

El Ministerio de Educación realiza convenios con las universidades para difundir la política y orientar a los interesados en inscribirse mientras dura el proceso (el Reglamento contiene un modelo de convenio con casas de altos estudios). Sin embargo, los colegios secundarios no participan de la iniciativa y, por ende, no ofre-

cen ni información a los estudiantes ni apoyo en el proceso de toma de decisión e inscripción, tal como debería hacerse con un programa que contempla una decisión de elección de carrera. Aunque se hace una mención genérica, la norma no contempla la incorporación de programas de apoyo pedagógico a quienes están por ingresar o están cursando las carreras.

La circunstancia de que se hayan previsto las nuevas becas para las carreras técnicas le agrega ambición pues apunta a resolver dos problemas con una sola medida. Los números de la primera inscripción revelan que no hay tantas personas de los sectores desaventajados que puedan acceder a las becas. Se trata, además de las carreras más difíciles y, por ende, es más factible que generen una dificultad mayor. Sin complementos no podrán cumplirse los objetivos propuestos.

Como se dijo, es improbable que pueda cumplirse con el objetivo de otorgar simultáneamente 150.000 becas en este tipo de carreras. Por un lado, haría falta un financiamiento que es muy difícil que esté disponible (sobre todo con la actual crisis) y, por el otro lado, por la escasez de postulantes.

En relación a la escasez de postulantes podría incrementarse el número de carreras incluidas que ahora es muy limitado y, sobre todo, debería proporcionarse un programa de asistencia pedagógica a quienes quieran ingresar a la universidad y a quienes se encuentran ostentando las becas.

Otra de las falencias es que la norma no contempla ningún compromiso estatal de continuidad. A diferencia de la Ley de Financiamiento Educativo que prevé mínimos presupuestarios, ni el decreto presidencial ni la resolución ministerial que crean estas becas adoptan un financiamiento para los años sucesivos. Los recursos dependerán de la mera voluntad de la administración.

Además, si bien los programas están destinados a estudiantes de "bajos recursos", no cuenta con herramientas suficientes para garantizar que se presenten alumnos de villas de emergencia, que son las personas de menores recursos de Argentina. Los montos establecidos –si bien no son altos– son fácilmente manipulables sobre todo por el tamaño de la economía informal. Además de adoptar recaudos para evitar fraudes,[22] deberían tomarse medidas proactivas para posibilitar que entren habitantes de esos barrios marginales.

En otras palabras, aún es temprano para evaluar las nuevas políticas aunque los datos iniciales revelan que se está ante una política que debe mejorarse pues corre riesgos de ser defectuosa. El solo hecho de que la mayoría de las facultades no reciba a este tipo de estudiantes parece indicar que la respuesta que se quiere

22. Este control resulta fundamental para garantizar el éxito del programa. Para muchas personas de clase media no resulta difícil acreditar que los ingresos familiares no alcanzan el monto máximo (sobre todo los autónomos gozan de controles laxos para facturar por los servicios que prestan). En consecuencia, debe ordenarse una verificación *in situ* de las condiciones de vida.

brindar es solo parcial.

VII. Consideraciones finales

Las discusiones públicas que se han sucedido a lo largo de los años sobre la gratuidad de la educación universitaria suelen ser inadecuadas. No ponen el foco en la clave de este asunto, la posibilidad de que las personas de bajos recursos accedan a la educación superior. En general, están basadas en intereses sectoriales –como ocurre cuando los estudiantes defienden la educación gratuita para no ser los destinatarios de un arancel– y no en el interés público –que en este caso, es defender el derecho a la igualdad de los sectores más postergados–. A causa de ello, se ha mantenido un sistema que vulnera claramente estos principios constitucionales tan férreamente defendidos en el orden jurídico implantado desde 1994. En cambio, países como Uruguay han tenido deliberaciones más productivas que han generado soluciones más sabias.

En ese país, desde 1994 se creó un Fondo de Solidaridad mediante el cual los profesionales de universidades públicas realizan un aporte anual que se destina íntegramente a becas para estudiantes de bajos recursos. Actualmente lo reciben alrededor de 5700 personas –el 90% de ellos son del interior del país y estudian en Montevideo– quienes perciben alrededor de 120 dólares mensuales. La contribución al fondo, para quienes estudiaron carreras de cinco años o más, es de alrededor de USD 300.- anuales y están exceptuados de hacerlo quienes perciben salarios bajos (por debajo de unos USD 350.- mensuales).[23]

Este ejemplo muestra a las claras la poca flexibilidad de nuestro sistema educativo –y de la sociedad en general– para lograr cambios beneficiosos para el interés público. Ciertamente se percibe algún tipo de injusticia cuando se identifica que personas de los más altos estratos cursan gratuitamente sus carreras universitarias y, a la vez, quienes menos tienen no logran traspasar la puerta de estas casas de altos estudios pero esas elucubraciones no pasan de ser conversaciones informales, quedan muy lejos de los ámbitos legislativos o ejecutivos.

Quienes deben elaborar las políticas innovadoras para obtener resultados más justos, equitativos y eficientes no solo no se animan a proponer medidas de esta naturaleza sino que tampoco ponen a disposición de los ciudadanos propuestas serias para que sean evaluadas por éstos. A su vez, la participación pública se ve restringida por estas falencias propositivas e informativas, retroalimentándose un círculo vicioso que solo sirve para mantener el *status quo*.

En definitiva, como ocurre –por ejemplo– en materia energética y de transpor-

23. Diario *La Nación*, Buenos Aires, 22/8/08, disponible en http://www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota_id=1042088

te, los pobres terminan no siendo los destinatarios de los recursos esenciales. Las clases medias y altas urbanas pagan menos por la luz, gas, agua, transporte –que en el interior del país es más costoso– y también son beneficiarios de la educación universitaria pública gratuita y de calidad. En consecuencia, no solo cuentan con más oportunidades sino que también se benefician de las políticas estatales mal dirigidas. Que en la universidad pública se debatan mejor estos asuntos no es un mal paso hacia un futuro más igualitario.

El escaso debate sobre esta materia está lamentablemente basado en intereses sectoriales y no en principios de derecho constitucional, donde como suele suceder, las minorías tienen voces poco robustas para defenderlas.

A poco tiempo de finalizar este trabajo, la ensayista Beatriz Sarlo publicó, en una nota de opinión en un diario de circulación masiva, una fuerte crítica al modelo de universidad no igualitario que nos rige. Entre otras cosas sostuvo que "estamos acostumbrados, en cambio, a contar con una universidad voluntarista, donde prevalecen los que tienen increíbles reservas de esfuerzo; una universidad marcada por el origen social, donde eligen qué quieren estudiar aquellos cuyos padres les pagan veinte años de educación, y una universidad donde el resto va donde puede, llevado por modelos del mercado, por el imaginario adolescente, por el déficit de una cultura científica en las etapas anteriores. La universidad es gratuita sólo en el sentido en que no se paga matrícula. Pero es un lugar poco igualitario para elegir y permanecer allí".[24] Sin embargo, sus argumentos principales estaban basados en la falta de promoción de las carreras de ingeniería y científicas, que son las que podrían generar mayores promociones sociales de las clases más débiles. De todas maneras, este tipo de aportes son muy escasos e infrecuentes.

En la década del 90 la discusión pública provino del Consenso de Washington, la necesidad de cortar gastos no prioritarios y la gratuidad de la enseñanza. Desde aquellas defensas a la universidad pública –en ese contexto, justificadas, por cierto– no se generaron otros espacios de deliberación para mejorar el *status quo*. Sin siquiera ellos tendremos cada vez menos posibilidades de generar una sociedad más igualitaria dentro de las próximas generaciones. En líneas demasiado generales, el Estado está relativamente ausente en esta materia –con la salvedad de las becas que se han venido promoviendo pero que tienen falencias considerables–, los profesores no asumen a la universidad pública como un ámbito en el que pueden influir en el tipo de sociedad que deseamos, los estudiantes asumen defensas de sus intereses sin observar que quienes los acompañan no corresponden a las clases sociales que podrían cambiar su condición de estar presente en esos ámbitos y los graduados consideran a la universidad parte de su pasado (no es casual el ínfimo nivel de donaciones por parte de aquellos más exitosos, a la inversa de aquellos países donde

24. Diario *La Nación*, 4/11/10.

son muy frecuentes pese a que, en muchos casos, son aranceladas).

Los principios de la Reforma Universitaria de 1918 generaron enormes avances en materia de acceso de las clases medias, autonomía, gratuidad, libertad de cátedra y cogobierno. Adoptar medidas a favor del ingreso de las clases bajas sería una manera de defender esos ideales.

Lecciones y Ensayos, nro. 89, 2011
Monti, Ezequiel, *Democracia deliberativa y derechos sociales: ¿Qué deben hacer los jueces?,* ps. 367-403

DEMOCRACIA DELIBERATIVA Y DERECHOS SOCIALES: ¿QUÉ DEBEN HACER LOS JUECES?

Ezequiel Monti*

Resumen: Recientemente, el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires (TSJ) dictó dos sentencias en materia de derechos sociales que son de enorme trascendencia, "Asesoría General Tutelar c/ GCBA" ("AGT") y "Alba Quintana c/ GCBA y otros s/ amparo". Entre las consideraciones que realiza el Tribunal, las más destacadas (y potencialmente controversiales) se refieren al rol del Poder Judicial en la efectivización de los derechos sociales.
Mi intención en este trabajo es evaluar la postura del TSJ a la luz de la concepción deliberativa de la democracia. Para ello será necesario considerar las eventuales similitudes y diferencias entre los derechos civiles y políticos (DCP) y los derechos económicos, sociales y culturales (DESC). Este análisis conducirá, en última instancia, a un problema de suma relevancia en la teoría de la democracia, a saber, *la paradoja de las precondiciones de la democracia*. Se procurará, entonces, encontrar una vía de solución a la paradoja a través de dos criterios que permitan allanar el camino a la distinción entre derechos *a priori* y derechos *a posteriori.*

Palabras clave: democracia deliberativa – Poder Judicial – derechos económicos sociales y culturales – derechos civiles y políticos – precondiciones de la democracia

Abstract: Two recent rulings by the City of Buenos Aires High Court of Justice (HCJ) have taken on added importance for their implications on the subject of social rights. They are "Asesoría General Tutelar c/ GCBA" ("AGT") and "Alba Quintana c/ GCBA y otros s/ amparo", and the most striking –and potentially controversial– points made by the judges regard the role of the Judiciary in granting social rights real-world effectiveness.
This writing aims to assess the stance adopted by the HCJ in light of deliberative democracy theory. To that end, the author elaborates on the differences and similarities to be found between 'civil and political rights' (CPR) and 'economic, social and cultural rights' (ESCR); analysis which leads him to examine *the paradox of the preconditions of*

* **Estudiante de Derecho (UBA) y Filosofía (UBA).**

democracy. Ultimately, the writer's aim is to find a solution to the paradox by means of a double criterion, thus allowing for a distinction between *a priori* and *a posteriori* rights.

Keywords: deliberative democracy – Judiciary – economic social and cultural rights – civil and political rights – preconditions of democracy

0. Plan de trabajo

Procederé según el siguiente diagrama. En el primer apartado, realizaré una breve narración de los hechos y peticiones que dieron lugar a los pronunciamientos del Tribunal y una reconstrucción de los argumentos de la mayoría en lo que atañe específicamente a la intervención del Poder Judicial en materia de derechos sociales. En el segundo apartado, señalaré ciertos problemas en la argumentación del TSJ, a raíz de los cuales se evidenciará la necesidad de analizar si existen o no diferencias entre ambas categorías de derechos. A ello dedicaré los apartados tercero y cuarto, desde un punto de vista jurídico normativo y filosófico político, respectivamente. En el último apartado abordaré, finalmente, el problema fundamental de este trabajo: ¿Cuáles son los alcances del control judicial en una democracia deliberativa? ¿Pueden los jueces invalidar las decisiones de los órganos políticos por considerar que violentan derechos sociales de jerarquía constitucional?

1. Las decisiones del Superior Tribunal de Justicia

En los dos casos objeto de análisis, se solicitó al Superior Tribunal de Justicia que declare la inconstitucionalidad de ciertos aspectos de la política pública adoptada por el Poder Ejecutivo local en materia habitacional por considerar que resultaban violatorios del derecho a la vivienda consagrado en el art. 31 de la Constitución de la Ciudad y en el art. 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC).

En "AGT", la Asesora General Tutelar de la Ciudad interpuso acción en los términos del art. 113 de la Constitución local a los efectos de que se declare la inconstitucionalidad y pérdida de vigencia de diversas disposiciones del decreto 960/08. Invocó en tal sentido el principio de no regresividad, señalando que las modificaciones implementadas implicaban "retrocesos en la política pública destinada a proteger el derecho a la vivienda adecuada". El Tribunal hizo lugar en forma parcial a la acción deducida, declarando la inconstitucionalidad de los arts. 2 y 4 de la citada norma.

En "Alba Quintana", el accionante, que ya había recibido un subsidio habitacional cuya extensión le fuera denegada por la Administración, interpuso acción de

amparo a fin de que se lo (re)incorporara efectivamente al programa habitacional entonces vigente. Solicitó además que, en caso de otorgarse el subsidio, el monto le permitiera abonar íntegramente el costo del lugar en el que se aloje. Asimismo, planteó la inconstitucionalidad de los arts. 5 y 6 del decreto 690/06 y "de toda otra norma que implicase restringir el derecho a acceder a los planes de emergencia habitacional que encuentren igual fundamento".

El juez de primera instancia hizo lugar a la acción de amparo y la Cámara confirmó el pronunciamiento. Sin embargo, el Superior Tribunal decidió revocar la sentencia de Cámara. Para así resolver sostuvo que "El bloque normativo que regula el derecho a la vivienda no brinda derecho inmediato e irrestricto a obtener una vivienda, los subsidios son medios paliativos que pueden ostentar carácter parcial y temporario sin que corresponda a los jueces asignarlos".

No obstante, aclaró que si bien no era función de los jueces asignar subsidios, sí correspondía a ellos "asegurar que esa asignación respete las prioridades previstas en el art. 31 de la CCBA, pudiendo presumirse que la vigencia del beneficio debe mantenerse cuando el accionante cumple con la carga de probar su situación prioritaria en relación con otros posibles destinatarios del régimen".

Asimismo, consideró que aún en caso de que no resulte pertinente otorgar un subsidio al accionante, corresponde a los jueces expedirse en torno a la obligación de brindar "abrigo" mediante paradores estatales como expresión mínima del derecho a la vivienda contemplado en el bloque normativo aplicable (CCBA, CN y PIDESC).

Sin embargo, dado que ambos puntos requerían el análisis de cuestiones de hecho y prueba ajenas a la vía intentada, decidió remitir la causa nuevamente a la Cámara para que se pronuncie sobre ellos.

En ambos pronunciamientos el TSJ realizó diversas consideraciones relativas al alcance del derecho a la vivienda, su carácter, contenido, etc. Sin embargo, en el presente trabajo mi objetivo es centrarme en ciertas reflexiones vinculadas a la relación entre el Poder Judicial y el gobierno en una democracia constitucional y las consecuencias que de ella se derivan en lo que respecta a la justiciabilidad de los DESC. Al respecto, en "Alba Quintana", los jueces Lozano y Conde (a cuyo voto contiene numerosas remisiones textuales el voto de Casás) observaron que:

> "El Legislador […] es a quien le corresponde reglamentar los derechos acordados por la Constitución […] es él quien debe elegir la política así como los mecanismos para dar satisfacción, en este caso, a las necesidades de vivienda y hábitat adecuado."
> "[N]o corresponde al Poder Judicial seleccionar políticas públicas ni expedirse en torno a su idoneidad o conveniencia. Mucho más evidente surge la falta de medios para asumir tal tarea […] La ausencia de representatividad de los órganos permanentes del Poder Judicial no es el único ni el principal motivo por el cual los jueces no están llamados a cumplir la misión enunciada."

> "Sin embargo, lo dicho no importa negar al Poder Judicial toda intervención posible en la materia que nos ocupa. Para evitar que las decisiones de los jueces alteren el principio de división de poderes, sus sentencias deben aplicar en el caso concreto los estándares susceptibles de ser descubiertos en las normas. […] En nuestro sistema, el juez tiene el deber de ser fiel al programa legislativo."

Cito *in extenso* este pasaje porque pone de manifiesto con claridad los presupuestos teóricos fundamentales a partir de los cuales los magistrados conciben su función. En los párrafos citados se superponen y sostienen mutuamente consideraciones relacionadas con la división de poderes y la legitimidad democrática de las decisiones de gobierno. La idea central es que corresponde a los órganos políticos de gobierno, y fundamentalmente al Poder Legislativo, determinar las políticas públicas que deben adoptarse para lograr la plena efectividad de los derechos sociales. El Poder Judicial no puede ni debe juzgar la idoneidad de tales políticas ni apartarse de ellas. Si lo hiciera estaría inmiscuyéndose en las funciones propias y más características de aquéllos. Por cierto, tal repartición de tareas no es ni arbitraria ni inútil: el Poder Legislativo es el más idóneo para llevarlas a cabo, entre otras cosas, aunque no exclusivamente, por su representatividad y su legitimidad democrática. La única función que compete al Poder Judicial es la de aplicar los estándares "susceptibles de ser descubiertos" en las normas, manteniéndose "fiel" al programa legislativo.

La mayoría se refiere, en principio, a tres estándares que habilitan el control judicial de las políticas públicas, a saber: la regla de prioridad del art. 31 de la CCBA, la garantía de igualdad y la satisfacción de la garantía mínima que nace del PIDESC a un techo o albergue básico en un parador estatal.

El Tribunal entiende que el art. 31 "impide subsidiar al grupo menos necesitado sin subsidiar al que lo está más conforme a los parámetros adoptados por el bloque normativo aplicable". En este sentido, puede entenderse que, a juicio del Tribunal, el art. 31 importó la consagración constitucional del principio de diferencia *rawlsiano*. Este principio establece que "las desigualdades sociales y económicas deben redundar en un mayor beneficio de los miembros menos aventajados de la sociedad" lo que significa simplemente que "tenemos que comparar los esquemas de cooperación viendo cómo les va a los menos aventajados en cada esquema, y seleccionar entonces el esquema en el que los menos aventajados están mejor".[1] En este orden de ideas, en la visión del Tribunal, el control judicial es procedente si el programa de redistribución gubernamental no concede al menos los mismos beneficios a los más desaventajados que a cualquier otro beneficiario.

En relación al segundo estándar, si bien el Tribunal no realiza mayores precisiones, debe vinculárselo a la obligación de no discriminación, a cuyo respecto, el

1. RAWLS, John: *La justicia como equidad*, Paidós, Buenos Aires, 2004, p. 93.

Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales señaló, en la Observación General N° 3 (OG 3, un instrumento fundamental en la interpretación del Tribunal), que se trataba de una obligación con efecto inmediato.

El tercer estándar está vinculado a la satisfacción de ciertos requisitos mínimos asociados al derecho a la vivienda que el Tribunal extrae de una peculiar interpretación de la OG 3 que examinaré más adelante.

El Tribunal se refiere asimismo a un cuarto estándar de revisión: el principio de no regresividad. A este respecto, la mayoría señaló, tanto en "AGT" como en "Alba Quintana" que el análisis judicial de progresividad no debe hacerse en un caso concreto o en relación con el impacto concreto de una política pública sino de manera global y agregada en relación con todas las políticas públicas y con todos los derechos.

2. ¿Por qué deben limitarse los jueces cuando están en juego derechos sociales? Algunos problemas en la argumentación del TSJ

La posición que adopta la mayoría en los fallos comentados tiene, sin embargo, diversos problemas. Uno de los puntos de partida del Tribunal es la afirmación de que "No existe un derecho subjetivo de cualquier persona para exigir en forma inmediata y directa de la Ciudad de Buenos Aires la plena satisfacción de su necesidad habitacional" aunque sí exista el derecho a exigir acceso a un hogar o parador estatal (contenido mínimo). Éste es un punto fundamental en la argumentación del Tribunal. En efecto, parecería que sólo en virtud de esta interpretación puede excluir de los estándares normativos que, a su juicio, habilitan el control judicial, el efectivo acceso a la vivienda por parte del accionante.

Sin embargo, la interpretación que el Tribunal realiza en este punto conlleva ciertas dificultades porque, o bien se basa en un estándar normativo que luego llamativamente omite en sus consideraciones acerca del control judicial, o bien se funda en una interpretación implausible acerca del contenido del derecho a la vivienda.

El art. 11 del PIDESC establece categóricamente que "Los Estados Partes en el presente pacto reconocen el derecho de *toda persona* a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia". La afirmación de que de esta disposición no se sigue ningún derecho subjetivo necesita, ciertamente, una justificación. El Tribunal ofrece la siguiente: el Pacto establece numerosas obligaciones (lo que implica un derecho correlativo de los individuos); sin embargo, tales obligaciones son, como ha señalado el Comité en la OG 3, mayormente obligaciones de *medios o de comportamiento* (no de resultado) y las obligaciones de medios "llegan a la máxima medida de los recursos disponibles". Sin embargo, de ello se sigue, como reconoce el propio Tribunal, que "para que cada Estado Parte pueda atribuir su falta

de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar el máximo de los recursos que están a disposición para satisfacer sus obligaciones". ¿No constituye éste un estándar normativo? ¿Por qué no deberían los jueces controlar que los órganos políticos hayan de hecho utilizado "el máximo de los recursos disponibles"? Por supuesto, uno se siente tentado a recordar las reflexiones del Tribunal sobre la división de poderes y la voluntad general, pero son precisamente ellas las que originan el problema. La conclusión a la que arriba al Tribunal es, como dijimos, la siguiente: el juez debe controlar que el accionar de los órganos políticos se adecue a los parámetros normativos (constitucionales, convencionales o legales). El manotazo de ahogado podría ser el siguiente: ello es así, *salvo* que la aplicación de dichos estándares impliquen modificar el modo que aquéllos disponen de los recursos estatales; en este caso, los jueces deben abstenerse de intervenir pues se trata de una facultad privativa y excluyente de aquéllos.

No obstante, este manotazo de ahogado resulta, como habitualmente sucede, infructífero.

En primer lugar, este argumento parecería comprometer al Tribunal con una noción de la separación de poderes ajena a la predominante en nuestra tradición constitucional. La noción de división de poderes está tradicionalmente ligada a la idea de "frenos y contrapesos". En este sentido, se niega que implique una separación estricta, esto es, un sistema en el que cada poder tiene funciones específicas que resolver, sin que ninguno de ellos pueda interferir en las funciones de los demás. Por el contrario, el núcleo de la idea de frenos y contrapesos es que cada una de las ramas de gobierno puede, y debe, contrarrestar los posibles excesos de las demás. En este orden de ideas, parece asistirle razón a la juez Ruiz cuando señala que "el uso de los recursos por parte del Estado ha pasado a ser un espacio sujeto al control jurisdiccional. Y tanto es así que el Estado debe justificar […] que ha utilizado el máximo de sus recursos para solucionar el problema sometido a decisión del juez". En definitiva, el solo hecho de que, en nuestro esquema constitucional, la disposición de recursos sea, en principio, una facultad de los órganos políticos, no implica *per se* que el juez deba abstenerse de controlar que el ejercicio de dicha facultad sea conforme al orden constitucional.[2]

En segundo lugar, el argumento parece aplicarse por igual a los restantes estándares normativos que el Tribunal sí considera que corresponde aplicar. En este sentido, el Tribunal explícitamente señala que si la política pública implementada otorga beneficios a ciertos individuos, el juez debe otorgar iguales beneficios a to-

2. Esta idea está detalladamente desarrollada en GARGARELLA, Roberto y MAURINO, Gustavo: *Vivir en la calle. El derecho a la vivienda en la jurisprudencia del TSJC*, inédito.

dos los que se encuentren en peores condiciones que aquéllos. ¿No es esto una clara intervención en el modo en que se dispone de los recursos?

A mi entender, es claro que, a diferencia de lo que sostuvieron otros comentaristas, el Tribunal en ningún momento se compromete con el argumento de que la disposición de recursos estatales es un área absolutamente ajena al control judicial. Sin embargo, no queda en absoluto claro por qué el Poder Judicial no debe aplicar el estándar del máximo de los recursos disponibles.

Existe, empero, otra lectura de la posición del Tribunal. Al referirse al estándar del máximo de recursos disponibles, el Tribunal lo vincula a las obligaciones "mínimas" que, a su juicio, se derivan del PIDESC. Por otro lado, considera que el cumplimiento de estas obligaciones mínimas sí puede ser exigido judicialmente. En este orden de ideas, podría colegirse que el estándar del máximo de recursos disponibles sólo debe considerarse al momento de evaluar si el Estado ha cumplido con sus obligaciones mínimas. Esta salida es ciertamente atractiva porque explica la supuesta omisión del Tribunal. Sin embargo, acarrea dos problemas.

El primer problema es que todo el peso del argumento del Tribunal recae en la interpretación que realiza de las obligaciones "mínimas" que surgen del Pacto, y ésta es, debe decirse, altamente implausible. En efecto, en la exégesis que realiza la mayoría se omite toda consideración a la Observación General N° 4 (OG 4) referida específicamente a la explicitación del contenido del derecho a la vivienda. El único fundamento de la interpretación del Tribunal es una curiosa pirueta semántica vinculada a los términos "*shelter*" y "*lodgement*" que aparecen en el pasaje de la OG 3 en el que se mencionan a las obligaciones mínimas. Ese débil argumento no parece tener fuerza alguna frente a ciertas afirmaciones categóricas que el Comité realiza en la OG 4: "En opinión del Comité, el derecho a la vivienda no se debe interpretar en un sentido estricto o restrictivo que lo equipare, por ejemplo, con el cobijo que resulta del mero hecho de tener un tejado por encima de la cabeza o lo considere exclusivamente como una comodidad. Debe considerarse más bien como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte. […] el concepto de 'vivienda adecuada'... significa disponer de un lugar donde poderse aislar si se desea, espacio adecuado, seguridad adecuada, iluminación y ventilación adecuadas, una infraestructura básica adecuada y una situación adecuada en relación con el trabajo y los servicios básicos, todo ello a un costo razonable".

El segundo problema es que, para resultar exitosa, la argumentación del Tribunal parece necesitar ciertas justificaciones adicionales. En efecto, la postura del Tribunal podría sintetizarse en los siguientes términos: el PIDESC establece diversas obligaciones; entre ellas, el Comité ha destacado ciertas obligaciones mínimas: sólo ellas resultan exigibles judicialmente. Esta postura merece algunas consideraciones. Lo primero que cabe preguntarnos es ¿qué implicancias tiene la distinción del Comité entre obligaciones "mínimas" y otras obligaciones? Si el Estado debe cumplir sólo con las primeras, entonces no parecería adecuado hablar de "obliga-

ciones" respecto de las que no son mínimas. Si el Estado debe cumplir con ambas por igual ¿a qué apunta la distinción? Una sugerencia plausible es la que adopta el TSJ: las obligaciones mínimas son de resultado, las restantes son de medios. Sin embargo, esta interpretación es también inadecuada pues el propio Comité sostiene que "se ha de advertir que toda evaluación en cuanto a si un Estado ha cumplido su obligación mínima debe tener en cuenta también las limitaciones de recursos que se aplican al país de que se trata". Quizás, lo que subyace a la distinción, es la idea de que la evaluación ha de ser más severa si lo que está en juego es el cumplimiento de las obligaciones mínimas. Pero, entonces, ¿qué justifica que los jueces se abstengan de controlar el cumplimiento de las restantes obligaciones? Ciertamente, el control debiera, en ese caso, ser menos severo, pero menos severo no implica ausencia de control.

Las reflexiones del TSJ acerca de la relación entre el Poder Judicial y los órganos mayoritarios con las que inicié este trabajo parecen apuntar a que la intervención de aquél en el ámbito de los derechos sociales debe limitarse en algún sentido. El criterio del Tribunal de que el control judicial procede si y sólo si existen parámetros normativos es, en principio, atractivo. Sin embargo, como he intentado mostrar, no parece, *per se*, limitar la intervención de los jueces en ningún sentido relevante. Hasta aquí, por ende, mi argumentación podría leerse no como una impugnación del criterio del Tribunal sino más bien del modo en que lo aplica, la omisión solapada de ciertos estándares normativos, etc.

No es esa, empero, mi intención. Yo creo que el alcance del control judicial cuando están en juego derechos sociales debe restringirse. El problema de la posición del Tribunal es que –quizás por razones atendibles– omite abordar lo que, a mi entender, es el núcleo del problema: ¿Por qué, si admitimos una intervención judicial activa en materia de derechos civiles y políticos, debiéramos restringir su alcance cuando se trata de derechos sociales? A diferencia de buena parte de la literatura sobre el tema, considero que la asimetría de tratamiento está justificada. Y, como sugiere el Tribunal, considero que las principales razones están vinculadas al rol que corresponde a los jueces en una democracia constitucional, por un lado, y a la ausencia de "estándares normativos", por el otro. No obstante, es preciso estudiar con cierta precisión la idea de democracia y de "estándares normativos" que se están presuponiendo para no caer en las objeciones que hemos señalado. En los apartados que siguen, me dedicaré a la justificación de esta asimetría entre derechos civiles y políticos, por un lado, y derechos económicos, sociales y culturales, por el otro. Las razones serán de dos órdenes, normativas (apartado 3) y filosófico políticas (apartado 4).

3. Razones normativas que justifican la asimetría

Lo primero que deberíamos preguntarnos es por qué, si no existen diferencias relevantes entre ambas categorías de derechos, se han adoptado *dos* pactos distintos. Existe, por supuesto, una explicación intuitiva: la intención de establecer derechos y obligaciones cuyos alcances, estructura y funcionamiento difieren en aspectos relevantes. Esta intuición resulta confirmada por un análisis comparado de diversas disposiciones de los instrumentos respectivos. Me detendré aquí en tres aspectos que considero de especial importancia a los propósitos de este trabajo: (1) el alcance de las obligaciones asumidas; (2) ciertos rasgos estructurales de la conducta estatal contenido de aquéllas; y (3) su justiciabilidad.

3.1 El alcance de las obligaciones asumidas.

A este respecto, mientras que el PIDCP establece categóricamente la obligación *incondicional* de los Estados Parte de adoptar las medidas necesarias para hacer efectivos los derechos allí reconocidos [art. 2.1], en el PIDESC la obligación de adoptar medidas está modalizada por la referencia a la disponibilidad de recursos y a la realización progresiva de la efectividad de los derechos [art. 2.1].

Ciertamente, debe tenerse en cuenta la observación del Comité de que "Aunque algunas veces se ha hecho gran hincapié en las diferencias entre las formulaciones empleadas […] no siempre se reconoce que también existen semejanzas importantes. En particular, aunque el Pacto contempla una realización paulatina y tiene en cuenta las restricciones derivadas de la limitación de los recursos con que se cuenta, también impone varias obligaciones con efecto inmediato. De éstas, dos resultan particularmente importantes para comprender la índole exacta de las obligaciones contraídas por los Estados Partes. Una de ellas […] consiste en que los Estados se "comprometen a garantizar" que los derechos pertinentes se ejercerán "sin discriminación...". La otra consiste en el compromiso […] de "adoptar medidas", compromiso que en sí mismo no queda condicionado ni limitado por ninguna otra consideración".

La advertencia del Comité es de fundamental importancia por dos razones. En primer lugar, confirma la exégesis que sugiere que no todas las obligaciones del PIDESC tienen "efecto inmediato". En segundo lugar, por las obligaciones con efecto inmediato que considera: "no discriminación" y "adopción progresiva de medidas".

Otra diferencia relevante en cuanto al alcance de las obligaciones es la siguiente: mientras el PIDCP prescribe que los Estados se comprometen a "respetar y garantizar *a todos los individuos* que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos" [art. 2.1], el PIDESC omite el cuantificador universal ("todos") y aclara expresamente que "Los países en vías de desarrollo, teniendo debidamente en cuenta los derechos humanos y su *economía nacional,* podrán determinar en qué medida garantizarán los derechos económicos reconocidos en el presente Pacto a personas que no sean nacionales suyos" [art. 2.3].

3.2 Rasgos estructurales de la conducta estatal requerida

Se advierten también ciertas diferencias estructurales en cuanto a la especificidad y carácter de los derechos reconocidos en uno y otro caso. En este sentido, las prescripciones contenidas en el PIDCP son, más allá de la vaguedad propia de cualquier texto normativo, relativamente claras y específicas en cuanto al accionar estatal que exigen. Así, por ejemplo, la regulación de la pena de muerte (art. 6), la prohibición categórica de la tortura y otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (art. 7), de la esclavitud (art. 8), la prohibición de ser sometido a detención o prisión arbitrarias y de ser privado de la libertad por causas no fijadas por ley o por procedimientos distintos de los previstos (art. 9), la detallada regulación del debido proceso adjetivo (art. 14) y de la libertad de pensamiento, de conciencia, de religión y de expresión (arts. 18, 19 y 20), etc. Por otro lado, cabe advertir que se trata, fundamentalmente, de limitaciones al poder estatal. En términos generales, se establecen ciertos cursos de acción que el Estado debe abstenerse de adoptar o, en su caso, los específicos procedimientos y razones que debe esgrimir para llevar a cabo ciertas acciones (por ejemplo, el art. 19 establece que la libertad de expresión sólo puede ser restringida por ley y en virtud de ciertas razones –aseguramiento del derecho o reputación de terceros, etc.).

Por el contrario, las disposiciones del PIDESC, en general, no delimitan con precisión cuál es el accionar estatal que prescriben sino que tienden a establecer ciertas razones para la acción. En este sentido, *prescriben razones para actuar y no acciones determinadas*. La disposición del art. 11 es paradigmática al respecto: "Los Estados Parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia". Aun suponiendo que pueda especificarse qué debe entenderse por "nivel de vida adecuado", la disposición no impone ningún accionar estatal en particular sino que fija una serie de fines y deja al Estado la decisión de cuáles son las medidas adecuadas para alcanzarlos. En este sentido el Comité se ha expedido categóricamente: "El Comité observa que el compromiso de "adoptar medidas... por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas" ni exige ni excluye que cualquier tipo específico de gobierno o de sistema económico pueda ser utilizado como vehículo para la adopción de las medidas de que se trata, con la única salvedad de que todos los derechos humanos se respeten en consecuencia. Así pues, en lo que respecta a sistemas políticos y económicos el Pacto es neutral y no cabe describir lealmente sus principios como basados exclusivamente en la necesidad o conveniencia de un sistema socialista o capitalista, o de una economía mixta, de planificación centralizada o basada en el *laissez-faire*, o en ningún otro tipo de planteamiento específico".

La referencia al *laissez-faire* tiene, en este contexto, importancia fundamen-

tal. El Comité reconoce que aún la omisión de regulación legal puede llegar a ser un remedio adecuado a los efectos de "lograr la plena efectividad" de los DESC. No estoy sugiriendo que ésta sea la mejor vía (de hecho, muy por el contrario, considero que el Estado debe tener una activa intervención como agente de redistribución) pero pone de manifiesto que la evaluación de si una determinada medida o programa estatal es o no acorde con el Pacto, o de si es regresiva o progresiva, es en muchos casos bastante más compleja que lo que la mayoría de los juristas han estado dispuestos a admitir hasta el momento. En la concepción de los estudiosos del derecho dar subsidios es siempre bueno y quitarlos o reducirlos es siempre malo. Ello puede ser efectivamente así, pero el Pacto no prejuzga al respecto. De manera que aquí la idea de ausencia de estándares normativos que denuncia el TSJ parece comenzar a comprenderse desde otra perspectiva: el PIDESC contiene numerosas obligaciones pero no está en absoluto claro qué acciones u omisiones en particular quedan vedadas al Estado. El deber de los Estados consiste en actuar deliberadamente para la plena satisfacción de los derechos reconocidos y señalar las razones acerca de por qué consideran que las medidas adoptadas sirven a tal fin. En este sentido, el Comité aclaró que "Si bien cada Estado Parte debe decidir por sí mismo qué medios son los más apropiados de acuerdo con las circunstancias y en relación con cada uno de los derechos contemplados, la 'propiedad' de los medios elegidos no siempre resultará evidente. Por consiguiente, conviene que los Estados Partes indiquen en sus informes no sólo las medidas que han adoptado sino también en qué se basan para considerar tales medidas como las más 'apropiadas' a la vista de las circunstancias. No obstante, corresponde al Comité determinar en definitiva si se han adoptado o no todas las medidas apropiadas".

Pueden, en resumen, advertirse dos diferencias estructurales fundamentales entre ambas categorías de derechos: mientras que el PIDCP es preciso y veda ciertos cursos de acción o limita el tipo de razones que pueden invocarse para realizar determinadas acciones, el PIDESC es más vago en sus prescripciones y se limita a formular, en términos generales, ciertas razones positivas para la acción estatal.

Estas diferencias pueden analizarse a partir de la distinción entre reglas de acción y reglas de fin desarrollada por Atienza y Ruiz Manero. En este sentido, las reglas referidas a derechos civiles constituirían, en general, reglas de acción, esto es "pautas específicas de conducta que establezcan mandatos o permisiones";[3] las reglas referidas a derechos sociales, por su parte, constituirían, mayoritariamente, reglas de fin, que se diferencian de aquéllas "únicamente en que el consecuente establecen el deber o la permisión no de realizar una determinada de acción, sino

3. ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J.: *Ilícitos atípicos. Sobre el abuso de derecho, el fraude de ley y la desviación de poder*, Madrid, Trotta, 2000, p. 16.

de dar lugar a un cierto estado de cosas"[4] de manera que "para cumplir esta regla, el destinatario tiene una variedad de medios entre los cuales puede optar".[5]

3.3 La justiciabilidad de los DCP y de los DESC conforme a la normativa internacional.

La asimetría entre ambas categorías de derechos también se manifiesta respecto de las disposiciones de sendos Pactos respecto a su justiciabilidad. En este sentido, el PIDCP cuenta con una prescripción categórica: "Cada uno de los Estados Partes en el presente pacto se compromete a garantizar que […] *Toda persona* cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados *podrá interponer un recurso efectivo"*, aclarando que "Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso" [art. 2.3].

El PIDESC, en cambio, carece de una prescripción semejante. A pesar de ello, el Comité señaló que "Entre las medidas que cabría considerar apropiadas, además de las legislativas, está la de ofrecer recursos judiciales" (OG 3). Esta consideración del Comité ha sido invocada hasta el hartazgo para justificar la justiciabilidad de los DESC. Sin embargo, la cita es siempre parcial y tergiversa la opinión del Comité. En efecto, el Comité expresamente aclara que la obligación de brindar recursos judiciales se limita a los derechos que, de acuerdo con el sistema jurídico nacional, pudieran considerarse justiciables. Así, lejos de reducir la asimetría entre ambas categorías de derechos, el Comité la confirma en tanto reconoce explícitamente que no *todos* los derechos consagrados en el PIDESC son necesariamente justiciables, relegando tal decisión a los ordenamientos domésticos.

El Comité observa sin embargo que la obligación de que las medidas adoptadas no sean discriminatorias es una de las obligaciones que se fomentaría adecuadamente mediante la posibilidad de interponer recursos judiciales; aclarando que los Estados Parte del PIDCP están obligados a proveer un recurso en esos casos. Y luego agrega que "Además, existen en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales varias otras disposiciones, entre ellas las de los artículos 3, 7 (inciso i.) del apartado a.)), 8, 10 párr. 3.), 13 (apartado a.) del párrafo 2 y párrafos 3 y 4.) y 15 párr. 3.), que cabría considerar de aplicación inmediata por parte de los órganos judiciales y de otra índole en numerosos sistemas legales nacionales".

Es relevante atender a la índole de las obligaciones que el Comité considera que deberían ser justiciables porque todas presentan características comunes que permiten

4. Ídem, p. 17.

5. Ídem, p. 18.

discernir un criterio subyacente.

El art. 3 se refiere al compromiso de dispensar igual trato a hombres y mujeres, por lo que en rigor, forma parte de la obligación general de no discriminación y queda amparada por el PIDCP.

El art. 7, ap. (a), inc. (i), reconoce el derecho de todos los trabajadores a un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie (en especial, sin distinción entre hombres y mujeres); nuevamente, la obligación que surge de esta disposición forma parte de la obligación general de no discriminación.

El art. 8 reconoce el derecho a la libertad sindical y el derecho a huelga, derechos estrechamente vinculados (si no asimilados) con las libertades civiles y políticas, y similares a éstos en sus rasgos estructurales (constituyen frenos al accionar estatal).

El art. 10 párrafo tercero establece que "Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil". Aquí la justiciabilidad parece referirse a los siguientes aspectos: no discriminación, explotación económica y social de adolescentes y niños, su empleo en trabajos nocivos, y su empleo a sueldo por debajo de los límites legales. Esta disposición, a diferencia de otras contenidas en el Pacto, establece con precisión la conducta que el Estado debe adoptar en la materia. No sólo se provee de una razón para la acción sino que se señala específicamente cuál es la acción que debe adoptarse.

El art. 13, párrafo segundo, apartado (a) dispone que "La enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente"; como en el caso anterior, la prescripción es clara en cuanto al accionar estatal exigido. El artículo podría haberse limitado a consagrar (como lo hace el párrafo primero) el derecho de toda persona a la educación y dejar la elección de las medidas apropiadas al efecto a los Estados Parte pero, en lugar de ello, estableció como obligatoria una medida concreta y específica: enseñanza primaria obligatoria y gratuita.

El párrafo tercero consagra la libertad de los padres respecto a la elección de la escuela en donde estudiarán sus hijos y a la educación religiosa o moral que recibirán. El párrafo cuarto consagra, por su parte, la libertad de individuos y entidades particulares para establecer y dirigir instituciones de enseñanza (defiende, pues, la enseñanza privada). En ambos casos, se trata, nuevamente, de frenos al accionar estatal.

Por último, el art. 15 párrafo tercero consagra el respeto por la libertad para la investigación científica y para la actividad creadora. Se trata de una libertad asociada a las libertades políticas y civiles clásicas, en particular, a la libertad de pensamiento y de expresión.

Al final del recorrido, las obligaciones que el Comité considera justiciables son de dos clases: (1) o bien constituyen frenos al accionar al estatal (y en este sentido, quedan enmarcadas –o se asemejan– a las obligaciones vinculadas a las libertades civiles y políticas clásicas) (2) o bien se trata de obligaciones que exigen del Estado la adopción de una medida claramente especificada a los fines de la satisfacción de los derechos que, en términos generales, consagra el PIDESC.

Las diferencias que los textos normativos establecen en cuanto a los alcances, estructura y justiciabilidad de las obligaciones asumidas por el Estado en materia de DCP y DESC suelen ser subestimadas por numerosos autores especialistas en el tema. Considero que los argumentos que se ofrecen en tal sentido no son buenos argumentos –a ello me dedicaré en el apartado siguiente–. No obstante, es preciso, por el momento, destacar que tales diferencias atraviesan ambos textos normativos y la interpretación que del PIDESC hace el Comité. Más aún, todas están estrechamente vinculadas entre sí. Las obligaciones del PIDESC no son incondicionales sino que dependen de los recursos disponibles. Las medidas que el Estado puede adoptar para cumplir tales obligaciones son diversas: el PIDESC no prejuzga acerca de ellas salvo en contadas ocasiones en las que especifica el accionar estatal requerido. Precisamente por ello, la justiciabilidad es también limitada. Los jueces, según surge de las enumeración realizada por el Comité, sólo deberían intervenir en los casos en que o bien se veda cierto curso de acción al Estado o bien se establece con precisión el accionar estatal exigido.

4. Razones filosóficas que justifican la asimetría

Ahora bien, el modo en que se interprete el material normativo variará sustancialmente según la teoría política a la que se recurra al efecto.[6] Por supuesto, no cualquier teoría política podrá acomodarse a dicho material (así, por ejemplo, una concepción libertaria extrema difícilmente podrá hacer lugar a los DESC; por otro lado, una concepción totalitaria, difícilmente pueda conciliarse con los DCP). Sin embargo, muchas teorías políticas que difieren en numerosos aspectos relevantes (rol del Estado, del Poder Judicial, etc.) son, a grandes rasgos, compatibles con una lectura razonable y consistente de ambos instrumentos y su interrelación.

6. Dworkin señala en este sentido que la interpretación jurídica debe satisfacer dos dimensiones: por un lado, debe acomodarse al texto normativo y a su tradición interpretativa y, por otro, debe constituir la mejor interpretación, en términos de teoría política, de dicho material. Ver especialmente: DWORKIN, Ronald: "Law as interpretation" en *Critical Inquiry*, Vol. 9, N° 1, The Politics of Interpretation (Sep 1982), pp. 179-200.

La cuestión es, pues, la siguiente: ¿se justifica, desde el punto de vista filosófico político, la referida asimetría entre ambas categorías de derechos? ¿Nuestra interpretación debe tender a diluir la distinción? ¿O debemos, por el contrario, reforzar la asimetría sugerida normativamente?

4.1 El principal argumento en contra de la distinción

Muchos autores especialistas en la materia, y, en forma destacada, Courtis y Abramovich, optan por la primera vía. Uno de los argumentos principales en tal sentido radica en demostrar que la característica en la que suele fundarse la distinción dista de permitir una clasificación tajante.

Tradicionalmente se distingue a los derechos económicos, sociales y culturales de los civiles y políticos, señalándose que mientras que estos últimos implican obligaciones negativas o de no hacer, los primeros implican obligaciones positivas o de hacer. A juicio de C. y A., dicha distinción está basada en "una visión totalmente sesgada y 'naturalista' del papel y funcionamiento del aparato estatal, que coincide con la posición decimonónica del Estado mínimo, garante exclusivamente de la justicia, seguridad y defensa".[7] Éste es el primer movimiento retórico-argumental: aceptar la distinción es comprometerse con el Estado mínimo. El segundo movimiento está inmediatamente después: ni siquiera Adam Smith y David Ricardo se comprometían con la distinción. Por ende, aceptar la distinción es no sólo comprometerse con el Estado mínimo sino hacerlo sin respetar su ilustre tradición. Y, finalmente, la estocada: ya para aquellos insignes pensadores resultaba "más que obvia la interrelación entre las supuestas obligaciones negativas del Estado […] y una larga serie de obligaciones positivas, vinculadas con el mantenimiento de las instituciones políticas, judiciales, de seguridad y defensa, necesarias como condición del ejercicio de la libertad individual".[8] Éste es el núcleo del argumento. Es simplemente falso que los derechos civiles y políticos impliquen excluyentemente obligaciones negativas así como también lo es que los derechos económicos, sociales y culturales implican excluyentemente obligaciones positivas. Más bien, todo derecho constituye un entramado complejo de obligaciones positivas y negativas, siendo imposible establecer diferencias cualitativas sobre esa base.

Este argumento merece numerosas consideraciones. En primer lugar, el argumento parece eludir más que enfrentar el núcleo de la objeción tradicional. Cier-

7. ABRAMOVICH V. y COURTIS C.: "Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales", en la *Aplicación de los Tratados sobre Derechos Humanos por los Tribunales Internacionales,* Editoriales del Puerto, Buenos Aires, 1997, p. 285.

8. Ídem, pp. 285-286.

tamente, si la objeción pretende fundarse en la existencia de un par de relaciones biunívocas (i.e., DCP/obligaciones negativas, DESC/obligaciones positivas) está condenada al fracaso. Sin embargo, tal no parece ser el núcleo de la objeción tradicional; en efecto, ésta no descansa tanto en caracterizar a los derechos económicos, sociales y culturales como derechos que establecen obligaciones puramente positivas (o la inversa) sino que se asienta en la distinción entre obligaciones positivas y negativas. Todo el punto puede resumirse brevemente: existe una diferencia cualitativa entre las obligaciones de hacer y las de no hacer tal que sólo las segundas pueden configurar un "verdadero" derecho frente al Estado. Esta afirmación, que permanece incólume a la argumentación de C. y A., arroja una visión de los DESC menos robusta de lo que pretenden sus defensores. En nada afecta a la objeción el hecho de que también los derechos civiles y políticos impliquen obligaciones positivas. Esto se clarificará si se especifica el sentido en el que se está utilizando el término "derecho" en el marco de esta discusión.

Al respecto, C. y A. señalan que "Considerar a un derecho económico, social o cultural como derecho es posible únicamente si –al menos en alguna medida– el titular/acreedor está en condiciones de producir mediante una demanda o queja, el dictado de una sentencia que imponga el cumplimiento de la obligación que constituye el objeto de su derecho".[9] Ahora bien, tal como afirman C. y A., todo derecho abarca obligaciones positivas y negativas, por lo que "el objeto del derecho" variará según la obligación exigida sea del primer tipo o del segundo. El enfoque tradicional señala que los derechos civiles y políticos constituyen verdaderos derechos pero sólo porque implican mayormente obligaciones negativas. Por el contrario, cuando lo que está en juego son obligaciones positivas ya no se sostiene que sean exigibles. Pensemos, por ej., en el derecho de propiedad y en las obligaciones positivas a las que aluden C. y A., v. gr., las funciones de policía, seguridad, defensa y justicia por parte del Estado. El derecho de propiedad constituye un verdadero derecho en la medida en que ofrece una acción jurídica cuando resulta vulnerado, sea por una acción positiva del Estado o de otros particulares. Sin embargo, no constituye un derecho que permita exigir las aludidas obligaciones positivas: no puedo, invocando mi derecho de propiedad, solicitar judicialmente que se incluyan policías en mi cuadra, o que se empleen más jueces para acelerar el funcionamiento de la justicia, etc. Resulta pues que los derechos civiles y políticos no tienen ningún status privilegiado en el enfoque tradicional, salvo el que se deriva, precisamente, de la distinción que C. y A. no cuestionan (i.e. entre obligaciones positivas y negativas).

La fuerza persuasiva del argumento de C. y A. deriva de que constantemente se desplaza entre diferentes planos discursivos, utilizando ambiguamente las expre-

9. Ídem, p. 297.

siones "derecho" y "obligación". Un primer plano discursivo está referido al rol del Estado y se vincula con la discusión entre abstencionismo e intervencionismo estatal. Un segundo plano discursivo se refiere a las acciones jurídicas que los ciudadanos poseen frente a los poderes políticos y se vincula a la discusión entre abstencionismo y activismo judicial. En el primero, la afirmación de que el Estado tiene una "obligación" (p. ej., la de garantizar ciertas necesidades básicas a todos los ciudadanos), significa que, entre sus funciones, se halla la de proveer tal servicio. Sin embargo, adoptar una posición intervencionista en este plano no nos compromete, como pretenden C. y A., a adoptar una posición activista en la segunda discusión. Es posible sostener simultáneamente, sin inconsistencia alguna, las siguientes tesis: (1) el Estado está obligado a (tiene la función de) garantizar una vivienda digna a todos los individuos sometidos a su jurisdicción; y (2) el Estado no está obligado a (los ciudadanos no tienen una acción judicial para exigir la realización coactiva de) proveer una vivienda digna a cada uno de los individuos sometidos a su jurisdicción. Si hay, como señalan C. y A., una falacia tradicional (la existencia de un par de relaciones de biunívocas DCP/obligaciones negativas y DESC/obligaciones positivas), podemos advertir ahora una segunda falacia que consiste en la supuesta relación de implicación lógica entre intervencionismo estatal y activismo judicial.

Soslayadas estas confusiones usuales, debemos ahora plantearnos si hay buenas razones para sostener lo que hemos denominado el núcleo de la objeción tradicional, a saber, la distinción entre obligaciones positivas y negativas para fundar la exigibilidad de las segundas y la no exigibilidad de las primeras. A ello nos dedicaremos en el apartado que sigue. Procederé en dos pasos. En primer lugar, se analizará si hay o no razones para asignar relevancia a la distinción entre obligaciones positivas y negativas. En segundo lugar, se analizará si las eventuales razones que se aduzcan en tal sentido justifican o no –y en qué medida– un tratamiento diverso en cuanto a su exigibilidad.

4.2 ¿Es lo mismo actuar y omitir?

Comencemos, pues, con la primera cuestión:[10] ¿existen razones moralmente relevantes que justifiquen la asimetría entre obligaciones positivas y obligaciones negativas? Por lo pronto, la tesis afirmativa parece contar con un gran punto a su favor: en nuestra práctica discursiva efectivamente solemos valorar en forma diversa los actos positivos y las omisiones que tienen los mismos efectos perjudiciales.

Sin embargo, esta tesis de sentido común ha recibido numerosas objeciones recibiendo el demoledor epíteto de "prejuicio". Así, autores como Singer y Glover,

10. Las reflexiones que siguen constituyen una breve reconstrucción de la argumentación de NINO, Carlos Santiago: *Ética y Derechos Humanos,* segunda edición ampliada y revisada, Astrea, Buenos Aires, 2007, pp. 317-355.

por ejemplo, consideran que ninguna de las razones usualmente aducidas en defensa de la asimetría es satisfactoria, llegando a la conclusión de que si un individuo A causa un resultado dañoso B, es indiferente desde el punto de vista moral, si lo causó por acción u omisión.

Esta tesis presupone, empero, que es posible atribuir efectos causales a una omisión. Este presupuesto presenta ciertas dificultades vinculadas a la distinción entre causas y meras condiciones de un resultado. En este orden de ideas, tanto en el marco de la argumentación jurídica como en nuestra práctica discursiva cotidiana, no identificamos la causa de un evento con sus condiciones necesarias, sino que seleccionamos entre éstas aquélla o aquéllas que, conforme algún criterio, revistan cierta relevancia. Hart y Honoré señalan que el criterio más usual en este sentido se vincula a la "normalidad" o "anormalidad" de las condiciones. Dichos autores explican que en la vida cotidiana y en el derecho no estamos interesados en explicar regularidades sino acontecimientos extraordinarios. Por ello, esperamos identificar como la causa de dicho acontecimiento a factores que no estén usualmente presente en nuestro ambiente físico y social sino a un factor que "haya hecho la diferencia". Al aplicar este análisis del concepto ordinario de causa al caso de las omisiones, Hart y Honoré comienzan señalando que lo que es tomado como "normal" no sólo depende del curso de la naturaleza sino que, a veces, resulta también de hábitos, costumbres o convenciones humanas. Cuando tales condiciones normales originadas en el hombre están establecidas, la desviación de ellas es considerada excepcional y puede ser vista como la causa del daño. En numerosas ocasiones la desviación consistirá en una omisión, esto es en la abstención de actuar como lo prescribe la norma convencional que configura "el curso normal". Así, por ejemplo, es posible señalar que un jardinero causó la muerte de las plantas al omitir regarlas porque existe una expectativa fundada en nuestras convenciones de que el jardinero regará las plantas. En cambio, difícilmente podrá afirmarse que alguien que vive en la otra manzana causó la muerte de las plantas al omitir regarlas, pues no existe ninguna expectativa en tal sentido.

Este análisis permite clarificar los alcances de la tesis de sentido común. En este orden de ideas, el punto de vista común no implica sostener que las omisiones son, en términos generales, menos malas que los actos positivos con las mismas consecuencias sino que, por el contrario, distingue entre conductas activas o pasivas que causan un daño y aquellas que no. Así, el diferente peso moral de la acción y la omisión se vincula a la noción de causa y, a su vez, ésta se explica en términos de expectativas definidas fundadas en regularidades o normas sociales. La existencia de una asimetría de sentido común entre acciones y omisiones se reduce entonces a la circunstancia de que las expectativas de comportamiento activo son sensiblemente menores a las expectativas de comportamiento pasivo.

Ahora bien, uno podría preguntarse si tenemos o no buenas razones para distribuir nuestras expectativas de ese modo. Si ello es así, entonces tendremos tam-

bién buenas razones para sostener la asimetría entre actuar y omitir. De lo contrario, la asimetría continuaría siendo un "prejuicio".

Nino ha señalado una razón fundamental para que nuestras expectativas de actos positivos sean menores. En este sentido, señala que lo que subyace a la asimetría es el valor de la autonomía. La idea es que mientras el deber de abstenerse de cierta acción sólo cierra un camino de los múltiples posibles, el deber de realizar cierta acción cierra todos los caminos posibles menos uno. De allí que, si se expandieran notablemente nuestras obligaciones positivas, ello derivaría en una restricción inaceptable de nuestra libertad para elegir y llevar a cabo nuestro propio plan de vida. Sin embargo, es preciso tener en cuenta que, dado que el valor que subyace a la distinción es la autonomía, la expansión de los deberes positivos es legítima cuando ello lleva a una expansión de la autonomía. Esto es lo que le permite a Nino aceptar la existencia de obligaciones positivas (en el sentido débil de función) en cabeza del Estado y rechazar posiciones liberal conservadoras como la de Nozick.

5. La exigibilidad de los DESC en una democracia deliberativa

Lo que deberíamos indagar ahora es si la mentada asimetría entre actuar y omitir tiene alguna influencia en lo que respecta a la procedencia del control judicial de constitucionalidad. Asumiré, a este efecto, una teoría deliberativa de la democracia.

Una de las justificaciones más atractivas y persuasivas de la democracia deliberativa se funda en su valor epistémico. La idea es que la discusión y la decisión intersubjetivas constituyen el medio más confiable para tener acceso a la verdad moral; ello así porque, entre otras cosas, ayuda a satisfacer el requerimiento formal de atención imparcial a los intereses de todos los afectados.

Ahora bien, desde tal perspectiva, "surgen dudas acerca de por qué el Poder Judicial, siendo un órgano aristocrático, debería tener la última palabra en determinar el alcance de los derechos individuales, dirimir los conflictos que se generen entre los poderes del gobierno e interpretar las reglas referidas al proceso democrático".[11]

De esta manera, la teoría de la democracia deliberativa pone en jaque al control de constitucionalidad y lo mira con recelo. Sin embargo, suelen admitirse diversas excepciones en los que aquél resultaría procedente. En la teoría de Nino, las más relevantes están vinculadas con (a) las precondiciones o prerrequisitos de la democracia y (b) el ámbito de validez de las decisiones democráticas.

Comencemos por considerar (b). Brevemente, la idea es que la deliberación y decisión democráticas sólo legitiman una imposición coercitiva cuando se refieren

11. NINO, Carlos Santiago: *La constitución de la democracia deliberativa,* Gedisa, Barcelona, 2003, p. 259.

a principios morales intersubjetivos (esto es, que valoran acciones por sus efectos sobre los intereses o el bienestar de otros individuos) pero no cuando se refieren a ideales morales de excelencia personal (esto es, que valoran acciones por sus efectos sobre la calidad de vida o carácter moral del agente mismo). Ello así porque el requerimiento de imparcialidad sobre el que se funda tal valor epistémico no es relevante para la validez de estos últimos. Resulta pues que las decisiones democráticas carecen de todo valor epistémico cuando se refieren a ideales de excelencia personal y, por tanto, se justifica que los jueces intervengan para impugnar la medida coercitiva en la medida que ésta ha perdido su fundamento de legitimidad. Esta excepción protege a los individuos contra la coacción del Estado cuando ésta se funda en razones perfeccionistas. Los derechos civiles y políticos derivan su justiciabilidad de este principio en numerosos supuestos (el caso paradigmático, es el de la protección de la privacidad, pero cualquier otra restricción de la libertad que se funde en razones perfeccionistas queda vedada; así, por ej., si se limitara la libertad de acceder a divulgaciones comunistas sobre la base de que pervierten el carácter). Lo mismo no parece suceder respecto de los derechos económicos, sociales y culturales; éstos involucran siempre principios de moral intersubjetiva. Parece pues que si su exigibilidad puede ser justificada, ello debe hacerse a partir del supuesto de excepción (a).

5.1 ¿Son los derechos sociales derechos a priori?

En el caso de (a) el argumento a favor del control de constitucionalidad es, en resumidas cuentas, como sigue: el valor epistémico del proceso democrático requiere que se cumpla con ciertos prerrequisitos; muchas de estas condiciones involucran derechos que, por esta razón, pueden ser considerados derechos *a priori*. Se trata de derechos que constituyen *condiciones de validez del proceso democrático*: su valor no se encuentra determinado por el proceso sino que está presupuesto por éste. En este orden de ideas, si una decisión democrática vulnerara dichos derechos entonces socavaría, al mismo tiempo, las propias bases de su legitimidad. Ello, se arguye, justifica la procedencia del control de constitucionalidad. Claro que el problema consiste en determinar qué derechos son derechos *a priori* y cuáles derechos *a posteriori*.

La determinación de los derechos *a priori* conlleva numerosas dificultades. La dificultad principal radica en lo que se ha denominado *la paradoja de las precondiciones de la democracia*. Ésta puede formularse en los siguientes términos: cuanto mayor la cantidad de derechos que consideremos derechos *a priori*, esto es, cuanto mayor sea la cantidad de precondiciones que exijamos para otorgar valor epistémico al proceso democrático, menor será la cantidad de cuestiones a resolver por la democracia.

El problema es tanto más alarmante precisamente una vez que reconocemos que, potencialmente, los derechos en cuestión pueden involucrar tanto obligaciones

negativas como positivas. Debemos, por tanto, ser cuidadosos al momento de establecer qué derechos constituyen derechos *a priori*: una lista demasiado estrecha acarrea el riesgo de una reducción inaceptable del valor epistémico de la democracia, mientras que un exceso acarrea el riesgo de que el debate se vea reducido a cuestiones limitadas y, en definitiva, intrascendentes.

La cuestión se reduce pues a la siguiente ¿son los derechos sociales derechos *a priori*?

Yo creo que, en términos generales, los derechos sociales no son derechos *a priori*. Existen dos razones fundamentales que justifican esta respuesta.

5.1.1 Argumento de la eficacia epistémica de los derechos civiles y políticos en relación al ámbito democrático de toma de decisiones

La primera razón está vinculada a la distinción entre actuar y omitir desarrollada en el apartado 4.2. En efecto, allí se puso de manifiesto que las obligaciones positivas implican una restricción mayor a la autonomía de los individuos que las obligaciones negativas. En este orden de ideas, mientras que la aceptación de derechos negativos a priori reduce el margen de acción de los órganos democráticos en un grado mucho menor que los derechos positivos, en principio, ambos contribuyen en igual grado al valor epistémico de sus decisiones.

Esta consideración permite justificar la tesis de que, *prima facie*, las obligaciones positivas no son justiciables (estén vinculadas a un DCP o a un DESC). No obstante, no se trata de una restricción absoluta. En efecto, es posible que la utilidad marginal (en términos de valor epistémico) que se deriva de aceptar una obligación constitucional positiva sea tan alta que esté justificada no obstante significar una restricción mayor del ámbito democrático de decisión. En este sentido, no se afirma que ninguna obligación constitucional positiva es exigible sino, simplemente, que tal posibilidad debe evaluarse restrictivamente.

5.1.2 Argumento de las restricciones epistémicas en materia de derechos sociales

La segunda razón está vinculada a lo que denominé "rasgos estructurales" de los DESC. En ese sentido, señalé que muchas de las disposiciones del PIDESC establecían derechos que operaban como razones para la acción sin que se estableciera específicamente qué acción debía adoptar el Estado para lograr su plena satisfacción. Es más, señalé que el PIDESC era extremadamente abierto a políticas de la más diversa índole sin prejuzgar por ninguna de ellas. Esta circunstancia no responde exclusiva ni fundamentalmente a la vaguedad con que se expresaron los

redactores del Pacto sino a ciertas *restricciones epistémicas*[12] vinculadas a la determinación de cuáles son los medios idóneos a los efectos de alcanzar un estado de cosas en el que los derechos que consagra encuentren plena satisfacción. En este sentido, ciertas observaciones de Rawls respecto al segundo principio de justicia (esto es, aquél vinculado a la justicia distributiva y, por ende, a los DESC) resultan aquí especialmente iluminadoras.

Rawls considera que el segundo principio de justicia –a diferencia del primero, que consagra las libertades civiles y políticas básicas– no debiera considerarse una "esencia constitucional". Esta distinción se funda, principalmente, en dos razones.

La primera es que existe relativo acuerdo acerca de las restricciones que importan las libertades civiles y políticas, "parece posible alcanzar el acuerdo sobre cuáles deberían ser esas esencias, no en todo detalle, por supuesto, pero sí en líneas generales"[13]. La segunda razón se vincula a lo que he denominado "restricciones epistémicas". En este sentido señala: "Que se cumplan o no los objetivos del segundo principio es algo mucho más difícil de determinar. En cierta medida, estos temas están siempre abiertos a diferencias razonables de opinión; dependen de la inferencia y el juicio en la evaluación de información social y económica compleja".[14] Sin embargo, no suele ocurrir lo mismo con las libertades civiles y políticas protegidas por el primer principio: "Con frecuencia es clara y evidente la violación de la igualdad de las libertades. Estas violaciones no sólo son injustas, sino que claramente puede verse que lo son".[15]

El debate acerca de qué medidas debe adoptar el Estado es complejo e involucra gran cantidad de información así como espinosas cuestiones técnico económicas y valorativas (el rol del merecimiento, la eficiencia, qué balance debe realizarse entre los sacrificios de hoy y los beneficios de mañana, etc.). No se trata meramente

12. Esta idea puede ser precisada en términos de probabilidad. En este orden de ideas, cuanto mayores sean las restricciones epistémicas que afectan a determinada decisión, menor es la probabilidad de que se decida correctamente. No se trata, empero, de que el concepto de restricciones epistémicas *signifique* tal reducción de probabilidades. El concepto de restricciones epistémicas alude a ciertas circunstancias de hecho que *determinan* tal reducción. En los que sigue haré referencia a ciertas restricciones epistémicas relativas a una materia en particular (derechos sociales) y a un procedimiento de decisión particular (el judicial). Con respecto a cada una de ellas la siguiente afirmación debería ser verdadera: "Si tal circunstancia de hecho no se diera, entonces aumentaría las probabilidades de que un juez decida correctamente en materia de derechos sociales". El objeto de la argumentación será demostrar que tales restricciones no afectan en igual grado (o no afectan en absoluto) al procedimiento democrático de toma de decisiones.

13. RAWLS, John: *La justicia como equidad. Una reformulación*, Paidós, Buenos Aires, 2004, p. 80.

14. Ídem, p. 80.

15. RAWLS, John: *Teoría de la justicia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1993, p. 231.

de determinar si el individuo que acciona judicialmente debería o no tener un hogar adecuado, digno, etc. Sobre este punto, esto es, sobre el estado de cosas moralmente exigible, no hay mayores controversias. Las controversias se incrementan al momento de determinar si el Estado tiene la función de lograr ese estado de cosas y qué costos puede o debe imponer al resto de los ciudadanos para alcanzarlo. Pero éste es aún un problema menor. El problema central es qué medidas son eficientes para lograrlo y, en este punto, es preciso valorar todas las consecuencias que se derivan de ellas, y resolver los problemas morales a los que tales decisiones nos enfrentan. Así, por ejemplo, al momento de conceder un beneficio social, no deberíamos reducir nuestra evaluación a la situación de quien recibe el beneficio en el corto plazo sino que es preciso considerar también sus consecuencias respecto de aquéllos que no lo reciben, el nivel de empleo, la inversión, la producción, etc.

Hasta aquí he destacado que las restricciones epistémicas se refieren a cuestiones técnico-económicas y morales. En lo que sigue, intentaré mostrar en qué medida estas restricciones afectan al proceso de decisión judicial y por qué los procesos de decisión de los órganos democráticos son epistémicamente más adecuados. Sin embargo, antes de acometer tal tarea, me detendré en ciertos problemas epistémicos específicos que surgen a raíz del contexto institucional en el que los jueces deciden las controversias que se les presentan.

5.1.2.1 El contexto institucional de decisión judicial y sus problemas en materia de derechos sociales

El juez se enfrenta a un proceso judicial, en principio, particular y, también en principio, planteado en términos jurídicos. Ello acarrea ciertos problemas. Existe, primero, un problema de disponibilidad de información. El juez desconoce el número de personas que se encuentran en situaciones similares, cuáles en condiciones aún más urgentes, sea respecto a este derecho o a otros derechos. Podrían, por supuesto, proponerse diversos mecanismos para resolver este tipo de dificultades. Los jueces podrían auxiliarse con peritos, realizar investigaciones acerca de la situación social en su jurisdicción, y, de esta manera, comenzar a recabar la información relevante. Ignoremos por un momento las dificultades en términos de eficiencia que estos mecanismos podrían acarrear (expansión considerable del gasto público en actividades que ya realizan otras agencias estatales, aumento de la labor judicial, etc.). Estas consideraciones resultan, en cierta medida, irrelevantes;[16] existe un segundo

16. La protección de cualquier derecho tiene costos. El argumento en contra de la justiciabilidad de los DESC no podría basarse en esta sola observación a menos que se realice un análisis de los costos de protección de cualquier derecho, la prioridad de proteger ciertos derechos y no otros, etc. No es éste el camino que intentaré aquí, ni me parece viable una argumentación de este tipo.

problema, más difícil, de coordinación. Supongamos que un juez cuenta con esa asistencia y que funciona eficazmente, y que, además, cuenta con conocimientos de economía que le permiten juzgar la pertinencia del beneficio social que se le exige en términos de derechos sociales (veremos, más adelante, que esto tiene sus problemas, pero, por ahora, los ignoraré). Evaluando la información disponible llega a la conclusión de que, dadas las circunstancias actuales, el acto de otorgar el beneficio social no sólo mejoraría la situación del accionante sino que, además, no pondría en juego la de otros individuos que se encuentran "en estado de vulnerabilidad", ni en el corto ni en el largo plazo. Decide, por ende, que la omisión del estado al no otorgar dicho beneficio lesiona los derechos del accionante y ordena conceder el beneficio. Es más, usualmente, se pensará que otorgar *un* beneficio difícilmente causará graves perjuicios. El problema es que la información que el juez tiene disponible es limitada, pues no puede prever cuántos otros jueces estarán tomando decisiones similares a las suyas. Las razones que determinan que es correcto otorgar un beneficio social en estas circunstancias a este individuo A pueden verse afectadas si el mismo beneficio u otros se conceden a B, C, D, E. Esto podría conducir a que se tomen medidas que no son justificables a la luz de los estados de cosas que el PIDESC establece como exigencias y, por ende, en última instancia, contrarias a derecho. Esto implica que para determinar la juridicidad de su decisión el juez debería coordinar su accionar con el de los restantes jueces, pero ello implicaría, en cierta medida, olvidarse del caso que se le presenta: los jueces deberían decidir todos los casos sopesando unos casos con otros, evaluando las medidas más eficientes, etc. Aquí aparece un segundo problema. El proceso judicial y la práctica judicial están diseñados a los efectos de que se tomen cierto tipo de decisiones que involucran cierto tipo de problemas y cierto tipo de argumentación; ese proceso y esa práctica deberían reformarse radicalmente para dar cabida al tipo de consideraciones que deberían realizarse a los efectos de que los jueces puedan determinar si el accionar del estado es adecuado o no a los efectos de realizar los derechos sociales. No es imposible, empero, que tal reforma se realice –probablemente, por cierto, debiéramos repensar nuestra práctica argumentativa por razones independientes–. Tampoco el problema de coordinación es irresoluble. Una forma eficaz de coordinar el accionar judicial podría ser concentrar la competencia en esta materia en un solo tribunal e, incluso, favorecer la presentación de acciones colectivas más que la consideración de casos particulares.

Estas consideraciones, más que señalar un obstáculo insalvable, alertan sobre la necesidad de realizar ciertas modificaciones institucionales si se quiere avanzar en la judicialización de los DESC: los problemas institucionales admiten soluciones institucionales. La solución institucional a estos problemas parecería residir en la creación de un tribunal con las siguientes características: 1. Competencia exclusiva en materia de derechos sociales. 2. Asistencia de equipos técnicos preparados en investigación social y economía. 3. Un proceso deliberativo que modifique el modo

en que tradicionalmente se argumenta frente a los tribunales, para receptar consideraciones de eficiencia, de impacto de la decisión sobre otros sectores vulnerados, en el largo y en el corto plazo, etc. 4. Mecanismos de acciones colectivas eficaces que permitan realizar consideraciones globales sobre los intereses y derechos en juego. Cada uno de estos rasgos puede presentar problemas de diseño, discrepancias acerca de cómo satisfacerlos, etc. Por lo pronto, debe asumirse, entonces, que si se desea avanzar en la judicialización se necesita instrumentar un proceso adecuado al efecto y que tal tarea difícilmente puede ser realizada por los propios jueces. Supongamos, empero, que los jueces logran resolver estas dificultades por sí mismos: restarían aún ciertos problemas epistémicos y de legitimidad en su accionar que analizaré a continuación.

5.1.2.2 Problemas de la decisión judicial: el conocimiento técnico-económico

Comencemos por las restricciones epistémicas referidas a cuestiones técnico-económicas. Peter Schuck señala, con relativo acierto, que "los jueces se han formado como abogados generalistas, en general como litigantes, no como especialistas en el diseño de políticas […]. Es improbable que adquieran o sepan aprovechar el tipo de información requerida para analizar políticas".[17]

El acierto de esta observación es relativo porque si bien probablemente sea verdadera como cuestión *de hecho,* es insuficiente como argumento en contra de la justiciabilidad de los derechos sociales. En este sentido, la respuesta de Grosman parece plenamente satisfactoria: "Sin duda, los jueces deben recurrir al asesoramiento de profesionales dentro y fuera del Estado. Sería una tontería no hacerlo. Sin embargo, tal asesoramiento es habitual en el proceso judicial; no se trata de una peculiaridad propia de los derechos sociales".[18]

Sin embargo, los problemas son más profundos que los señalados por Schuck y resueltos por Grosman.

El argumento de Schuck es, brevemente, que los jueces, dado que son incompetentes en materia de políticas públicas, no pueden evaluar las políticas diseñadas por los órganos mayoritarios. El contraargumento de Grosman puede, también, sintetizarse: es irrelevante que los jueces sean incompetentes en materia de políticas públicas, también lo son, por ej., para analizar el grado de incapacidad resultante de un accidente automovilístico; para analizar tales cuestiones fácticas es que está

17. SCHUNCK, Peter: "El poder judicial en una democracia", en AA.VV., *Los límites de la democracia*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005, p. 14.

18. GROSMAN, Lucas S.: *Escasez e Igualdad. Los derechos sociales en la Constitución*, Libraria Ediciones, Buenos Aires, 2008, pp. 120-121.

prevista la institución de los peritos cuya utilización es usual en cualquier controversia jurídica.

Sin embargo, las cuestiones fácticas involucradas en el análisis del grado de incapacidad de la víctima y en la determinación de la violación de derechos sociales son diferentes en aspectos relevantes. En el primer caso, está en juego un problema relativo a la ciencia médica. En el segundo, en cambio, están en juego numerosas problemáticas (médicas, sociales, etc.), pero, fundamentalmente, se trata de un problema de teoría económica. Entre la medicina y la economía hay, por cierto, una distancia considerable.

En primer lugar, el grado de disenso existente en la comunidad científica de la economía es considerablemente mayor. Existen numerosas teorías y métodos en economía y tales teorías y métodos difieren tanto uno del otro que dos economistas pertenecientes a "escuelas" distintas difícilmente puedan ponerse de acuerdo. Esto no implica, por supuesto, que no existan desacuerdos en medicina. Sin embargo, existe en medicina un programa de investigación científica mayoritariamente aceptado, las diferencias internas pueden resolverse con referencia a dicho marco, y las diferencias con medicinas alternativas son menores en profundidad y alcances que los que separan a las "escuelas" económicas.

Esta circunstancia plantea serias dificultades a la respuesta de Grosman. Las proyecciones acerca del impacto de ciertas medidas económicas sobre, digamos, el sector más desaventajado de la sociedad, variarán considerablemente de un economista a otro, de un perito a otro. De manera que si el juez acude a un perito, la resolución del caso (esto es, en última instancia, el accionar estatal) dependerá de la teoría científica que abrace ese perito en particular. Por lo tanto, no es razonable que el perito sea elegido al azar. Sin embargo, tampoco puede exigirse que las partes acuerden en un perito (es probable que si acuerdan en este sentido la cuestión no se hubiera sometido al tribunal en primer lugar).

La cuestión se reduce entonces a determinar la racionalidad y legitimidad de que sea el juez quien determine la teoría económica a luz de la cual debe analizarse la juridicidad de la conducta estatal. Para decidir esta cuestión debe tenerse en cuenta que, en principio, las virtudes epistémicas que se atribuyen a la democracia, en principio, no juegan aquí ningún papel relevante. En efecto, cabe recordar que el valor epistémico de la democracia está dado por la virtualidad de aproximarse a la exigencia de imparcialidad, más que por maximizar la racionalidad y el conocimiento de los hechos, y que tal exigencia sólo tiene relevancia epistémica en materia moral pero no, en principio, en discusiones científicas.

Aún así, existen buenas razones para priorizar la decisión de los órganos mayoritarios. Creo que un ejemplo puede ilustrar el caso a favor de esta creencia. Atendamos al marco de nuestra práctica argumentativa cotidiana. Supongamos que dos legos discuten acerca de la causa de que la pelota "vaya con efecto". En el marco de esta discusión, podrán acudir a argumentos intuitivos de diversa índole. Sin em-

bargo, sería un muy buen argumento apelar a la opinión de la comunidad científica. Si los dos apelaran a teorías científicas, difícilmente podrían resolver la cuestión defendiendo o atacando las teorías respectivas porque carecen de las aptitudes necesarias para hacerlo. Sin embargo, sería un buen argumento que la posición que sostiene uno de ellos debe privilegiarse por ser la aceptada mayoritariamente. Por supuesto, ese argumento no sería un buen argumento en el marco de una discusión *entre científicos*, quienes sí deben resolver la cuestión en función de las virtudes y defectos de las teorías respectivas.

De la misma manera, en el marco de la discusión en un proceso judicial, dadas dos teorías rivales, no puede privilegiarse a una de ellas en función de criterios técnicos o científicos, simplemente porque no están las condiciones dadas para –ni es conveniente que– una controversia científica se dilucide en ese marco. En ciertas ocasiones, empero, las partes invocan teorías rivales y la resolución del caso depende de cuál de ellas prevalezca. ¿Qué debe hacer el juez? Como en el caso cotidiano, el juez debería, en la medida de lo posible, acudir a razones no técnicas para privilegiar una de las dos teorías. En este sentido, son numerosos los argumentos que podrían desarrollarse para privilegiar la teoría de adoptada por los órganos mayoritarios por sobre la del particular. Me referiré a dos brevemente.

1) Podría sostenerse que, excluida la posibilidad de argumentar sobre las virtudes o defectos de una teoría, siempre es conveniente, *ceteris paribus,* adoptar la posición mayoritaria (una argumentación de este tipo podría basarse en teoremas como el de Condorcet).

2) Habiendo el Estado tomado una decisión fundada (vía funcionarios o representantes especialmente designados al efecto) no tiene sentido que revea su propia decisión (lo que implica repetir el proceso de toma de decisión, con la erogación de fondos que eso supone), a menos que sea contraria a derecho (si tal circunstancia puede determinarse independientemente de las teorías científicas) o infundada. En este contexto, una decisión estatal es infundada en caso de que no exista una teoría científica que la sustente habiendo teorías científicas disponibles.

Con todo, la medicina y la economía difieren en otro aspecto relevante. La teoría económica está estrechamente vinculada a intereses egoístas y prescripciones morales. Me interesa aquí concentrarme en el segundo problema. En efecto, muchas veces es sumamente dificultoso discernir cuándo un economista está emitiendo un juicio de hecho y cuándo un juicio de valor. En este sentido, cuando un economista se pronuncia sobre la racionalidad de cierto accionar, los alcances de tal proposición no son siempre claros. ¿Está emitiendo un juicio de hecho acerca de la eficiencia, en

términos netos de riqueza, de ese acto? ¿O está señalando que, por ejemplo, ciertos objetivos que usualmente se persiguen con tal medida, no pueden, en realidad, ser alcanzados? ¿O está sopesando ese accionar con otros valores? ¿En qué medida afectan a nuestras teorías económicas nuestras creencias acerca de la igualdad y la libertad? En mayor o menor medida, nuestras discusiones teóricas en economía dependen de nuestras concepciones morales y políticas (y a la inversa). No está claro dónde acaban unas y comienzan las otras. Esto sea, quizás, un defecto de nuestras teorías económicas. Pero es, en todo caso, una circunstancia que no podemos corregir de inmediato.

Esta circunstancia pone de manifiesto que la elección de una teoría económica no está libre (como habíamos supuesto inicialmente en pos de la argumentación) de implicancias morales. Esto es, no es posible adoptar una teoría económica para juzgar las consecuencias de hecho de una determinada conducta y luego juzgar moralmente esa conducta "desde cero", por así decirlo: las teorías económicas están entremezcladas con teorías morales o, peor aún, con juicios de valor que no forman parte de un sistema moral articulado. Esto no quiere decir que estas cuestiones no sean susceptibles de ser divorciadas pero la cuestión acerca de qué constituye un juicio de hecho y qué un juicio de valor estará sometida a controversia. Si consideramos que el proceso democrático tiene determinadas aptitudes epistémicas en temas morales debiéramos ser muy cuidadosos al juzgar si cabe desplazar sus juicios invocando proposiciones económicas que se presentan como moralmente asépticas.

5.1.2.3 Problemas de la decisión judicial: las controversias morales.

Ahora bien, supongamos que hemos salvado tal dificultad, que hemos sido perfectamente precavidos y que estamos seguros de haber "depurado" nuestra teoría económica de juicios morales. Supongamos también que hemos logrado resolver los problemas referidos a cómo determinar la teoría económica que debiera regir nuestras consideraciones referentes al accionar estatal (por ej., porque la comunidad científica ha alcanzado un acuerdo unánime). Aún en estas condiciones idealizadas, de aceptarse la justiciabilidad de los DESC, los jueces estarían obligados a decidir sobre cuestiones relevantes en condiciones epistémicas relativamente desfavorables (en comparación con el proceso democrático de toma de decisiones).

El PIDESC consiste fundamentalmente en reglas de fin. Como señalé, tales reglas no establecen el deber de realizar determinada acción sino el de dar lugar a un cierto estado de cosas: en este caso, un estado de cosas tal en que todos los ciudadanos tengan acceso a ciertos bienes y servicios –educación, vivienda, salud, etc.

Sin embargo, bajo la hipótesis de que hemos resuelto el problema de qué acciones son conducentes a tal fin, la distinción entre reglas de acción y reglas de fin parece desvanecerse. Si S tiene la obligación de dar lugar al estado de cosas

EC (Regla de Fin 1) y existe acuerdo acerca de que EC se alcanza por medio de la acción A-EC (Acuerdo 1), de la regla de fin se infiere una regla de acción "Es obligatorio que S realice la acción A-EC" (Regla de Acción 1). De esta manera, los problemas epistémicos a que daba lugar este rasgo estructural de los DESC quedan aparentemente eliminados.

La cuestión es, empero, un poco más compleja. El razonamiento precedente es válido sólo bajo dos supuestos adicionales: (1) A-EC es el único medio jurídicamente permitido para alcanzar EC y (2) la Regla de Fin 1 es la única regla de fin o las acciones requeridas por las distintas reglas de fin son compatibles.

El primer requisito es más o menos evidente. Si para lograr el estado de cosas EC, puede adoptarse la conducta A-EC o la conducta A2-EC, entonces no es posible inferir: "Es obligatorio que S realice la acción A-EC" sino, meramente, "Es obligatorio que A realice, o bien A-EC, o bien A2-EC". Tratándose de una regla de fin, la elección entre estas dos alternativas recae sobre el obligado. Dado que en este caso el obligado es el Estado, es preciso determinar sobre cuál de sus órganos recae tal facultad. Las propias reglas no son concluyentes al respecto (conf. *ut supra* apartado 2). No obstante, existen buenas razones para atribuir esta decisión, en primera instancia, al órgano democrático por excelencia, el Congreso.

Supongamos, ahora, que efectivamente, el único medio para dar lugar a EC al que S tiene acceso es A-EC e imaginemos que existe otra regla según la cual S tiene la obligación de dar lugar al estado de cosas EC2 (Regla de Fin 2) y que existe acuerdo acerca de que EC2 se alcanza únicamente por medio de la acción A-EC2 (Acuerdo 2). Siguiendo nuestra línea de razonamiento previa, se sigue la regla de acción "Es obligatorio que A haga A-EC2" (Regla de Acción 2). Los problemas surgen, empero, si A-EC y A-EC2 son *incompatibles*.

La incompatibilidad puede ser de diversos tipos. Si se trata de una incompatibilidad *lógica* el sistema normativo en cuestión es lógicamente inconsistente[19] a menos que exista una tercera regla que, en caso de conflicto, priorice a una de las anteriores. Si no existe tal regla, quien pretenda exigir (fundado en derecho) una de las dos conductas, deberá priorizar una regla de fin sobre la otra. Nuevamente, entonces, es necesaria una decisión, esta vez entre dos reglas de fin (y no, como en el caso anterior, entre dos medios). Si bien, las proposiciones normativas "Es obligatorio que S realice la acción A-EC" y "Es obligatorio que S realice la acción A-EC2" son verdaderas, no puede exigirse fundadamente (en derecho) ni sólo A-EC ni sólo A-EC2, sin que medie una decisión [fundadamente sólo puede exigirse a S "Debes, desde el punto de vista jurídico, hacer o bien A-EC o bien A-EC2"].

19. Tengo dudas acerca de si cabe calificar a esta inconsistencia como un supuesto de inconsistencia lógica pues la inconsistencia depende de tesis empíricas (los acuerdos) que permiten la inferencia de regla de fin a regla de acción. Si me decidí por calificarla así fue por razones expositivas.

Las incompatibilidades empíricas, por su parte, pueden ser de dos tipos, a saber, incompatibilidad en sentido estricto o incompatibilidad temporal.

La incompatibilidad empírica en sentido estricto implica que, o bien se realiza A-EC, o bien se realiza A-EC2, pero fácticamente, no pueden realizarse ambas. Las consecuencias en este caso son similares al supuesto de incompatibilidad lógica: una de las dos reglas deberá priorizarse.

La incompatibilidad temporal implica que A-EC y A-EC2 no pueden llevarse a cabo simultáneamente, pero nada impide que sean realizadas sucesivamente o mediando determinado período de tiempo. En este caso, la cuestión es sensiblemente diferente. Las exigencias de A-EC y A-EC2 están justificadas jurídicamente pero, dadas las limitaciones temporales, debe tomarse una decisión acerca de qué acción se realizará primero. Nuevamente aquí aparece la necesidad de una elección.

Teniendo en cuenta estas circunstancias, se ve fácilmente que, aún bajo condiciones ideales en términos de conocimientos económicos, las dificultades epistémicas no desaparecen. En efecto, la decisión entre un medio y otro, o entre una regla de fin y otra (sea definitiva o temporal), involucran diversos problemas morales y técnicos.

Nuestro ordenamiento jurídico contiene numerosas reglas de fin. Muchas de ellas, además, revisten jerarquía constitucional (promover el bienestar general, garantizar la libertad, garantizar el acceso a ciertos bienes y servicios –derechos sociales–, etc.). Algunas resultarán, por lo menos, empíricamente incompatibles en el corto plazo. Es más, siendo los recursos escasos, probablemente sólo las reglas de fin referentes a derechos sociales, analizadas desde el punto de vista de una teoría económica cualquiera, impliquen exigencias empíricamente incompatibles en el corto plazo. Asimismo, y también desde una misma teoría económica, es probable que cada regla de fin admita varios medios igualmente eficientes en términos de derechos sociales pero acerca de los cuales tengamos discrepancias morales. O, incluso, puede que no obstante que un medio sea más eficiente que otro en términos de derechos sociales, existan razones morales para priorizar este último. Por ejemplo, quizás si se obligara a trabajar a ciertas personas en, digamos, la industria de alta tecnología, en lugar de dejar a su libre arbitrio esa decisión, se produciría un aumento neto de riqueza, que permitiría satisfacer ciertas necesidades sociales. Por su parte, el valor epistémico de la democracia se vería incrementado. No obstante, quizás haya quienes consideren que tal decisión no es justificable desde el punto de vista moral. Otra controversia moral de este tipo podría ser la siguiente: supongamos que para reducir la pobreza sea más eficiente atender primero a aquellos pobres que se encuentran en las situaciones más ventajosas (comparativamente con el resto de los individuos en situación de pobreza).[20] No obstante ello, podríamos considerar

20. Esta posición ha sido, de hecho, sostenida por FARRELL, Martín Diego, en *Filosofía del*

que hay razones morales para aliviar primero a quienes están en peores condiciones.

Estos son sólo algunos ejemplos pero los dilemas morales a los que nos enfrenta la distribución de recursos escasos son múltiples. ¿Quién debe resolver esos dilemas? Si se acepta que el proceso democrático de toma de decisiones tiene ciertas virtudes epistémicas de las que carecen otros, como la reflexión individual, entonces, la cuestión debe resolverse a favor de los órganos democráticos.

5.1.3 El alcance de la revisión judicial

Las razones expuestas (5.1.2 y 5.1.3) determinan el alcance de la revisión judicial. Las obligaciones negativas son, en principio, exigibles. Por el contrario, las obligaciones positivas son, en principio, no-exigibles. Esta restricción a la exigibilidad de las obligaciones positivas cede si y sólo si existe una norma tal que explicite el accionar estatal requerido, esto es, si, además de una regla de fin, existe una **regla de acción,** de manera que –para bien o para mal– las dificultades epistémicas han sido eliminadas. En este caso, el juez debe exigir que los órganos políticos actúen en el sentido prescripto por ésta.

A mi entender, esta concepción se adecua a las consideraciones realizadas por el Comité en la OG 3 respecto a la justiciabilidad de los DESC.

En cuanto a los estándares de revisión que admite el TSJ caben las siguientes reflexiones. Claramente la solución aquí propugnada implica mantener los estándares de igualdad y no discriminación y, con igual claridad, rechazar el estándar de no regresividad y el vinculado a las obligaciones mínimas. La situación no es tan clara, empero, respecto del estándar del art. 31 de la CCBA. Aquí me limitaré a señalar que lo considero pertinente pero sin dudas la cuestión merece una reflexión más profunda y depende, en parte, de la aplicación que los tribunales hagan de dicho estándar en lo sucesivo.

5.2 Una consideración global de la argumentación realizada.

Uno de los argumentos principales que desarrollé en los apartados anteriores para justificar el alcance limitado de la revisión judicial está vinculado a las restricciones epistémicas existentes en materia de derechos sociales y a las virtudes epistémicas de las decisiones democráticas.

El argumento es, brevemente, que la satisfacción de los derechos sociales depende de la consideración de numerosos problemas de teoría económica y morales y que, en ambos órdenes, las decisiones democráticas están epistémicamente mejor

---

Derecho y Economía, La Ley, Buenos Aires, 2006.

situadas. En este sentido, uno de los principales objetivos es combatir una visión ingenua según la cual hacer efectivos los derechos sociales sería una tarea relativamente sencilla si el gobierno accediera a ello.

Sin embargo, alguien podría admitir las dificultades e insistir en que son los jueces quienes deben tener la última palabra en la materia. Esta es, por ejemplo, la posición de Grosman. En su excelente libro sobre el tema, Grosman desarrolla una teoría compleja, robusta y controversial de la igualdad, que, según él, es la que incorpora nuestra constitución y, en consecuencia, la que deben imponer los jueces. Los problemas morales son, entonces, resueltos por dicha teoría. Las eventuales dificultades para determinar qué acciones son, de hecho, efectivas para realizar esa concepción de la igualdad, recaen también, en última instancia, en el Poder Judicial: "El tribunal, no el Gobierno, es responsable del diseño del remedio adecuado. Más aún, cualesquiera sean las virtudes que el juez debe exhibir en este proceso, ciertamente no contaría la pasividad entre ellas. Hace falta un tribunal muy activo para modificar la estructura social mediante la implementación de los derechos sociales, como pretende el paradigma del escasez".[21]

Creo, sin embargo, que una teoría de este tipo no se toma en serio las virtudes epistémicas de la democracia. No se trata meramente de determinar quién implementará una teoría moral y un programa económico dados. Si ése fuera el caso, quizás existirían buenas razones para que sean los jueces quienes asuman la tarea.

Sin embargo, el problema es bastante más complejo. Todo lo que tenemos como dato son ciertas reglas de fin y ciertas reglas de acción: cómo alcanzar los estados de cosas prescriptos, qué medidas económicas debe adoptarse, cómo deben sopesarse los distintos medios y fines, etc., son cuestiones que alguien debe decidir racionalmente. Si uno confía en el proceso democrático de tomas de decisiones debería participar activamente en él y, de ser el caso, admitir que, aún cuando las decisiones resultantes difieran de las propias, tienen mejores credenciales epistémicas.

5.2.1 ¿Es circular el argumento?

Alguien podría objetar que he realizado un sutil, pero no por eso menos injustificado, movimiento de prestidigitación. En primer lugar, acepté que el problema consistía en determinar si los derechos sociales deben o no ser considerados condiciones de validez del procedimiento democrático de toma de decisiones (derechos *a priori*). En segundo lugar, señalé ciertos problemas epistémicos vinculados a los derechos sociales y la relativa superioridad, en tal sentido, de las decisiones demo-

21. GROSMAN, Lucas S.: *Escasez e Igualdad. Los derechos sociales en la Constitución*, Libraria Ediciones, Buenos Aires, 2008, pp. 120-121.

cráticas. Consideré esta circunstancia como un argumento a favor de la posición que niega el carácter *a priori* de los derechos sociales. Así reconstruido, pareciera que he incurrido en una petición de principio. El argumento se funda en el valor epistémico de la democracia pero el problema es, precisamente, qué condiciones deben satisfacerse para que las decisiones democráticas sean epistémicamente valiosas.

Sin embargo, no hubo ningún truco en la argumentación precedente. El argumento, simplemente, no ha sido correctamente reconstruido. El problema es, efectivamente, determinar si los derechos sociales son derechos *a priori*. Pero la dilucidación de ese problema implica, según hemos visto, ciertas consideraciones adicionales. Conviene, ahora, explicitarlas. Al comenzar el apartado 5.2 hice referencia al problema de la *paradoja de las precondiciones de la democracia*. La paradoja asume, según vimos, la forma de un dilema. Maximizar el valor epistémico de la democracia implica minimizar el ámbito democrático de decisiones. Maximizar el ámbito democrático de decisiones implica minimizar el valor epistémico de la democracia. En cualquiera de estos casos la teoría de la democracia deliberativa deviene irrelevante. En el primero, no hay nada que decidir. En el segundo, no hay razones para tomar una decisión democráticamente y no, más bien, por otros procedimientos de decisión. Por ende, si ha de sostenerse la teoría de la democracia deliberativa, debe asumirse una solución de compromiso. No es posible maximizar el valor epistémico y el ámbito de decisiones simultáneamente. Debe, entonces, garantizarse un óptimo de valor epistémico excluyendo del ámbito de decisión ciertas cuestiones y "aprovechar" el valor epistémico obtenido para resolver las restantes. Es necesario, entonces, explicitar ciertos criterios que nos permitan seleccionar qué cuestiones deben incluirse y cuáles excluirse (del ámbito democrático de decisión). En este trabajo he propuesto dos:

1. Dadas dos cuestiones cualesquiera, si una restringe en mayor medida el ámbito democrático de decisión, entonces, *ceteris paribus,* es racional excluir ésta si y sólo si se ha aceptado también la exclusión de la otra.

2. Dadas dos cuestiones cualesquiera, si respecto de una de ellas las probabilidades de alcanzar una decisión correcta por medio de otros procedimientos de decisión son menores, entonces, *ceteris paribus,* es racional excluir ésta si y sólo si se ha aceptado también la exclusión de la otra.

Estos dos criterios son, creo, razonables. Su aceptación, por otro lado, no implica ninguna petición de principio. El segundo criterio, es cierto, sólo resulta *relevante* si la aplicación de ambos criterios da como resultado una distribución entre cuestiones incluidas y cuestiones excluidas que otorga a las decisiones de-

mocráticas *cierto* valor epistémico (tal que supere a procedimientos decisionales alternativos); sin embargo, su *validez* no depende de esta circunstancia.

5.2.2 La relevancia jurídica de los DESC

Ahora bien, podría objetarse a esta posición que implica "pulverizar" a los derechos económicos, sociales y culturales, constituyendo, por ende, una interpretación irrazonable del PIDESC: si la interpretación vacía absolutamente de contenido a un derecho entonces, más que interpretándose ese derecho, se lo está derogando.

Considero que una objeción de esa índole sería infundada, por varias razones.

En primer lugar, parece fundarse en una visión demasiado estrecha de lo que constituye un derecho. En este sentido, la fórmula es: derecho=judicialización (fórmula que encuentra su correlato en la noción kelseniana de obligación jurídica). Sin embargo, creo que no existe vínculo conceptual alguno entre la existencia de un derecho y la existencia de un Poder Judicial. En este sentido, observa acertadamente Nino que "Es enteramente cierto que si alguien tuviera derecho a x, este derecho, por definición, no podría ser desplazado por el hecho de que los intereses de la mayoría se verían promovidos si esa persona fuera privada de x. Pero de esta proposición no podemos inferir que los derechos sean barreras contra todas las decisiones mayoritarias. No sería una inconsistencia lógica sostener que la única autoridad competente para reconocer y poner en vigencia los derechos es la autoridad basada en su origen mayoritario".[22]

En segundo lugar, debe tenerse en cuenta que negar la exigibilidad judicial de las obligaciones positivas que surgen de los DESC no implica reducirlas, sin más, a la nada. Por lo pronto, como dijimos, siguen siendo derechos, sólo que las autoridades encargadas de ponerlos en vigencia son los órganos mayoritarios. Por otra parte, debe considerarse que el Estado está internacionalmente obligado a cumplir con dichas obligaciones independientemente de que se las considere o no exigibles en el ámbito local; en este sentido, si los órganos mayoritarios incumplen o cumplen deficientemente con sus obligaciones el Estado podría eventualmente incurrir en responsabilidad internacional. Asimismo, debe tenerse en cuenta que he argumentado aquí en favor de una presunción general en contra de la exigibilidad de las obligaciones positivas y no de una posición absoluta: si la obligación está consagrada explícitamente (regla de acción) procede su exigibilidad frente a los tribunales locales.

22. NINO, Carlos Santiago: *La constitución de la democracia deliberativa,* Gedisa, Barcelona, 2003, p. 270.

En tercer lugar, como bien señalan C. y A., todo derecho constituye un complejo de obligaciones positivas y negativas. El argumentado presentado aquí en forma sintética ofrece razones para considerar inexigibles a las primeras pero no a las segundas.

Por último, considero que ciertas medidas que tengan efectos claramente regresivos o contradistributivos podrían ser eventualmente cuestionadas judicialmente aunque al sólo efecto de que los órganos mayoritarios expresen las razones pertinentes. Sin embargo, creo que los reclamos judiciales son un mecanismo inadecuado para dar curso a estos reclamos de justificación pues están dirigidos a fortalecer la deliberación pública cuando las medidas adoptadas por los órganos mayoritarias parezcan atentar contra los principios igualitarios que informan nuestro ordenamiento jurídico y no a la satisfacción de una pretensión concreta.

6. Reflexiones finales

Tras haber leído este trabajo, el lector comprometido con los derechos sociales y su efectivización, se sienta quizás desilusionado. Podría pensar, por caso, que mi trabajo plantea un dilema, irresoluble, entre democracia y derechos sociales. La desilusión está, empero, injustificada. La intención de este trabajo ha sido, precisamente, socavar las bases que podrían subyacer a una desilusión de ese tenor. En efecto, ésta sólo tendría sentido si se aceptaran una serie de tesis, la demostración de cuya falsedad ha sido el objeto de este trabajo, a saber, entre otras, (1) que hay una relación lógica entre la defensa de los derechos sociales y la defensa de su judicialización (2) que la distinción entre DCP y DESC es infundada (3) que la efectivización de los DESC está libre de obstáculos epistémicos, etc.

Una vez que se ha advertido la falsedad de (1) la pregunta de quienes estamos comprometidos con los derechos sociales ha de ser ¿contribuye o no a la efectivización de los derechos sociales su judicialización? Este trabajo ha pretendido poner de manifiesto que no. En este sentido, la falsedad de (3), conjugada con una tesis que asigne valor epistémico a las decisiones democráticas, pone de manifiesto que los derechos sociales resultan mejor protegidos a través de éstas. No hay pues ningún dilema. Nuestro compromiso con los derechos sociales refuerza nuestro compromiso con la democracia y no a la inversa.

El trabajo tiene, sí, una víctima: el sueño dogmático de que cuantos más derechos sean justiciables más cerca estaremos de garantizarlos. Es esta idea la que entra en tensión con la democracia. En efecto, quienes sostienen esta concepción optan, casi siempre irreflexivamente, por uno de los cuernos del dilema de la *paradoja de las precondiciones de la democracia* (a saber, aquel que elimina, prácticamente, el ámbito democrático de decisión). Nino ha expresado los problemas de la creciente judicialización en los siguientes términos:

"Muchos proponen que una reforma constitucional debe ampliar la "ejecutividad" de los derechos sociales, pero si "ejecutividad" quiere decir control judicial de constitucionalidad, incluso por omisión, esto llevaría a un inmenso desplazamiento de facultades de los órganos democráticos a los jueces; un juez que está completamente al margen del debate público, y que no se hace responsable en ese debate ante sus conciudadanos, podría perfectamente torcer las conclusiones a que se haya llegado en el proceso político democrático acerca de la política social y económica preferible, acerca de la distribución de recursos y de los mecanismos e instituciones para proceder a esa distribución, ordenando que el gobierno proceda a tal o cual prestación".[23]

Por supuesto que la solución no es optar por el otro cuerno del dilema pues, en ese caso, no tendríamos razones para asignar a las decisiones democráticas ningún valor. El punto es, entonces, alcanzar una solución que compatibilice ambas aspiraciones óptimamente. Uno de los puntos principales de este trabajo ha sido exponer dos criterios en función de los cuales tal solución puede alcanzarse, a saber, la reducción del ámbito democrático de decisión y las probabilidades de alcanzar soluciones correctas por procedimientos de toma de decisiones alternativos. En este orden, si consideráramos como derechos *a priori* a los derechos sociales estaríamos dejando en manos de los jueces las cuestiones sobres las que mantenemos nuestras más intensas discusiones, sobre las que existen mayores disensos y mayores dificultades para llegar a juicios consolidados (por la cantidad de información involucrada, por la complejidad de las especulaciones económicas y sociales, por los espinosos dilemas morales a que dan lugar), esto es, estaríamos privándonos de las virtudes epistémicas de la deliberación democrática precisamente allí donde más las necesitamos.

Este tema merece ciertamente muchas más consideraciones que las que los límites de este trabajo me han permitido realizar. Incluso las observaciones realizadas requieren de una elaboración y una meditación más profundas. Sin embargo, he querido defender aquí algunas intuiciones fundamentales: por un lado, que existen razones de peso para dispensar un tratamiento distinto a las obligaciones positivas y a las negativas en lo que respecta a su exigibilidad y, por otro, que tomarse en serio a los DESC no implica diluir sus diferencias con los DCP sino, por el contrario, asumir sus particularidades y, a partir de allí, diseñar las estrategias más adecuadas para asegurar su efectividad.

23. NINO, Carlos S.: *Fundamentos de derecho constitucional*. *Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992.

Igualdad y niñez

LA PROTECCIÓN DE LOS NIÑOS Y LAS POLÍTICAS DE LA DIFERENCIA

Mary Beloff*

Resumen: En este trabajo la autora analiza los sistemas legales de protección a la infancia que implementaron los Estados latinoamericanos con posterioridad a la adopción de diversos instrumentos internacionales sobre los derechos de la niñez. Así, se señala que si bien a raíz de aquéllos el modelo tutelar clásico con sesgos discriminatorios fue reformado, las nuevas legislaciones no han logrado aún efectivizar la protección especial expresada en el concreto respeto de los derechos económicos, sociales y culturales de las niñas y los niños en la región.

Palabras clave: Infancia – Modelo tutelar clásico – Paternalismo injustificado – Derechos de los niños – Derechos económicos, sociales y culturales – Paternalismo justificado

Abstract: In this article, the author analyses the child protection systems implemented by the Latin-American states after the adoption of several children's rights international documents. The author points out that, even though the old protection system based on an unjustified discrimination approach was indeed reformed, the legislative reforms, have not yet achieve the full realization of economic, social and cultural rights of children.

Key words: Childhood – Protective system – Justified paternalism – Rights of children – Economic, Social and Cultural Rights – Unjustified paternalism

* **Profesora de la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.** **Una versión anterior de este texto fue publicada en BRAYLAN, Marisa (comp.): Informe sobre antisemitismo en la Argentina, Buenos Aires, DAIA, pp. 231-243.**

"(...) el proyecto (...) pretende constituir una sustancial modificación de fondo, en los modos y en los conceptos con que hasta el presente se han enfocado legislativamente los problemas de los niños y los jóvenes. (...)
En este proyecto ya no se piensa en los niños y los jóvenes como incapaces (...) como no tendría sentido intentar fundamentar por qué no se sigue concibiendo como incapaces a las mujeres. El proyecto (...) constituye al niño y al joven como sujetos de derecho en un sentido integral del término. Sujetos de derecho que tienen obligaciones y facultades especiales y restricciones también especiales, provenientes del grado de desarrollo y maduración que han alcanzado.
Pero sujetos de derecho que, como tales, conservan y están en condiciones de ejercer sus opciones y de adquirir un lugar significativo como partícipes de la construcción del país que ambicionamos, mucho antes de la mayoría de edad (...)
Reemplazar el autoritarismo
ligado a los esquemas paternalistas por el establecimiento de un modo significativo, de derechos y obligaciones en un marco de libertad, es la forma que en este proyecto concebimos para asegurar el porvenir."
(Proyecto de Código de Código del Menor de 1988)[1]

I. La relación de la ley con los niños ha sido, desde los tiempos modernos, una relación de discriminación; discriminación paternalista, discriminación positiva, discriminación basada sobre "buenas razones", pero discriminación al fin. Una vez que la infancia fue percibida de forma diferenciada respecto del mundo adulto por parte del derecho, esa diferencia se expresó en una compleja combinación entre discriminación y protección.

Los diferentes movimientos de protección a la infancia desvalida desde sus lejanos comienzos en tiempos de la industrialización –más allá de sus contradicciones en otros órdenes– coincidieron en señalar que los niños tenían derecho a la educación, vivienda, comida y familia, entre otras cuestiones básicas.[2] Los debates, a lo largo de los años, giraban en torno de quién era el obligado a garantizarlos y con qué alcances, en otras palabras, qué significaba proveer a un niño de "familia", "vivienda" o "educación", etc.; pero no se discutía que proteger a un niño tuviera que ver

1. Extracto del Punto 8 de las Conclusiones de la Exposición de Motivos del Proyecto de Código del menor en el mensaje N° 535 del Poder Ejecutivo Nacional enviado al Congreso el 29 de abril de 1988, casi dos años antes de la aprobación por las Naciones Unidas de la Convención Internacional sobre Derechos del Niño (en adelante CIDN) suscripta el 20 de noviembre de 1989.

2. PLATT, Anthony: *Los "salvadores del niño" o la invención de la delincuencia*, Siglo XXI, México, 1982.

con esos componentes básicos que, en la terminología actual, integran el conjunto de los llamados derechos "económicos, sociales y culturales" (en adelante, DESCs).

No obstante, en aquellos tiempos, para garantizar estos derechos fue preciso definir categorías de niños vulnerables; puesto en los términos de este artículo, se juzgó necesario *discriminar*, dentro del universo de la infancia, a los niños carentes y desvalidos hacia quienes debían dirigirse, principalmente, los afanes tuitivos del Estado y de la sociedad civil. Así, el comienzo de la instalación de una preocupación por proteger a la infancia sólo focalizó en un grupo de niños, aquellos que se encontraban en situación de enorme desventaja social y familiar. Significó también –y paradójicamente– el comienzo de los "problemas con la ley" de ese segmento de la infancia.[3] Esta dinámica se encuentra reflejada en la Argentina desde las primeras leyes que advirtieron la necesidad de implementar políticas especiales de protección a los menores de edad especialmente vulnerables, por excelencia, la Ley de Patronato de Menores N° 10.903[4] de 1919 que institucionalizó la cultura tutelar clásica hacia los menores desamparados en el país.

II. Con el surgimiento y consolidación de los Estados de Bienestar décadas después, los derechos "sociales" de los niños fueron reconocidos y aún garantizados tanto en los países desarrollados cuanto en parte de los entonces llamados países "en vías de desarrollo" (en ocasiones bajo un formato de Estado populista, por lo menos en América Latina), por décadas; pero la protección seguía planteándose en términos discriminatorios, protección a partir de la definición de una categoría de niño diferente: el menor abandonado, en riesgo moral o material. Además, el precio que tuvo que pagar la infancia por ser protegida, como ha sido señalado en otra oportunidad, fue muy alto: brevemente, la pérdida de sus derechos de ciudadanía. Ciertamente, no se hablaba entonces de derechos económicos, sociales y culturales, ni siquiera de derechos de los niños con el alcance que a la expresión se le da hoy; pero todos en el mundo de los adultos asumían que el contenido de lo que hoy llamamos

3. Ibidem.

4. Ley N° 10.903 de Patronato de menores, sancionada 29 de setiembre de 1919, promulgada el 20 de octubre de 1919. Esta ley –en aquello que es el derecho público local– fue derogada por partida doble de hecho al quedar sin ámbito de aplicación en 1994 a partir de la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires y con la derogación de los edictos policiales en 1996; de derecho en 1998, porque la Ley N° 114 de la Ciudad de Buenos Aires la derogó expresamente. En el ámbito federal fue derogada por la Ley N° 26.061 sancionada el 28 de setiembre de 2005 y promulgada de hecho el 21 de octubre del mismo año. Sobre el tema ver BELOFF, Mary: "Quince años de vigencia de la Convención del Niño en la Argentina" en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída (Directora), *La familia en el nuevo derecho. Homenajea a Cecilia Grosman, Rubinzal-Culzoni*, Santa Fe, 2009, pp. 131-184.

DESCs debía garantizarse a todos los niños sin distinción[5], aunque con un lenguaje diferente (en todo caso, no en un lenguaje de *child rights*, sino de *child protection*).

Como entonces no se percibía tan nítidamente como en la actualidad que los niños tuvieran derechos –reitero, con el sentido fuerte que hoy tiene la expresión "tener derechos"–, la forma en la que se garantizaba que un niño comiera, recibiera una educación o atención de su salud, fuera protegido de abuso, malos tratos y explotación o adquiriera una familia, frecuentemente implicaba violentar derechos de ciudadanía, derechos de lo que suele llamarse, en la jerga propia del derecho internacional de los derechos humanos, derechos de primera generación. En ese sentido, no se reconocía a los niños ni –sobre todo– a los jóvenes como sujetos capaces, como ciudadanos en una extensión amplia de la noción de "ciudadanía".

De forma resumida, la protección como discriminación (negativa) creó un sistema todavía culturalmente vigente –aunque las leyes se hayan modificado– conforme el cual la infancia pobre o, más precisamente, cierto tipo de niño pobre y carente asociado con la marginalidad,[6] era percibido como un dato patológico y disfuncional, y como tal, peligroso. Estos adolescentes o menores legalmente considerados incapaces y necesitados de protección y ayuda eran percibidos como "potenciales" o "futuros delincuentes". En otras palabras, la convicción era que si no se "ayudaba" y "protegía" a tiempo, ellos se convertirían en criminales.

En un marco teórico en el que el positivismo etiológico era hegemónico, naturalmente no se encontraba mejor remedio para esta "enfermedad social" que separar al niño de su grupo familiar y eventualmente institucionalizarlo –de acuerdo con esta concepción que asociaba peligrosidad con marginalidad y potencial criminalidad–. Similar "solución" se instrumentaba respecto de los niños sin familia, los huérfanos pobres.

No hace falta desarrollar mucho más el punto para dejar claro entonces que la "desprotección" (el niño en la calle por ejemplo) fuera una alternativa menos nociva que la protección como discriminación (en el sentido tutelar negativo arriba indicado).

III. La idea de que separar a un niño de su familia cuando ésta no es "idónea" es una medida adecuada que no ha sido privativa de los sistemas de protección de menores latinoamericanos; es frecuente tanto en el mundo anglosajón[7] cuanto en los

5. Cfr., en el ámbito universal, Declaración de los Derechos del Niño aprobada por la Asamblea General del 20 de noviembre de 1959 por Resolución 1386 (XIV), art. 25.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948; y en el ámbito regional, art. VII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, entre otros.

6. Cfr. DONZELOT, Jacques: *La police des families*, Les Éditions du Minuit, París, 1977.

7. La película "Ladybird, Ladybird", del director británico Ken Loach, da magistralmente cuenta de ello.

países de la Europa continental. Por lo tanto, es claro que la cultura tutelar clásica basada en estos presupuestos –entre otros– atraviesa a más de un modelo de Estado. El modelo de respuesta del Estado a la protección de los niños, o sea, cómo un Estado determinado interpreta que se debe proteger a los niños, es antes que nada, una cuestión cognitiva, una manera de mirar, de aprehender y de reaccionar frente a una parte determinada de la infancia pobre y marginal y, al mismo tiempo, frente a todo el universo de la infancia.

En este sentido, tal como indiqué en el punto 2, los sistemas de protección que llamo tutelares (de la discriminación en el primer sentido, negativo) no intervenían respecto de todos los niños pobres sino respecto de aquéllos que, dentro de ese grupo, eran considerados peligrosos, disfuncionales, en riesgo, etc.. Si bien tampoco ésta era una característica exclusiva de los sistemas latinoamericanos, sí es muy notable en ellos respecto de los sistemas de bienestar para niños en otras latitudes. La conexión entre falta de "idoneidad" o "disfuncionalidad" de la familia y pobreza es probablemente el punto crítico característico del funcionamiento de estos sistemas en los países de América Latina en general y de la Argentina en particular.

IV. Existe además otra característica problemática de estos sistemas de protección. Establecían, respecto de los menores de edad, que eran inimputables, incapaces e irresponsables por los delitos en los que se veían involucrados. Bajo la estructura tutelar clásica, el Estado adoptaba la misma respuesta en estos casos que respecto de aquellos que necesitaban "solamente" protección pero que no habían cometido ninguna infracción. ¿Bajo qué argumentos? La justificación era que el delito sería el síntoma de un trastorno, de una desviación más general, de una situación de riesgo o peligro respecto de la cual el Estado debía intervenir para evitar que en el futuro se repitieran estos hechos y para lograr que el adolescente se reintegrara socialmente; pero igual justificación se daba, reitero, a la intervención cuando el menor, encontrándose en situaciones problemáticas –básicamente desamparo material y familiar–, no cometía ningún delito. Este fue probablemente el punto medular de la crisis de justificación de los sistemas tutelares clásicos.

En síntesis, la respuesta estatal característica por décadas en América Latina (sobre todo mientras los Estados latinoamericanos tuvieron recursos para ello) fue el encierro de niños en instituciones para su cuidado, ayuda y reeducación, sin mayores diferencias si se trataba de un infractor o de quien en similar situación de desventaja social no cometía ningún crimen. En rigor, el fenómeno de los niños de la calle en América Latina, característico de los años 80, puede ser leído como una expresión de la crisis de la cultura del encierro, pero no por razones de principios, sino por falta de recursos estatales para sostenerlo frente al crecimiento exponencial de la pobreza y la marginalidad.

Es claro entonces que la idea de que era algo adecuado encerrar a niños bajo la excusa de su protección fueran o no infractores de la ley penal, tuvo un sesgo

discriminatorio muy particular. Se trataba, una vez más, de una política social focalizada *sui generis* orientada al control social discrecional de determinados grupos poblacionales –básicamente aquéllos en completa desventaja económica, social y familiar–, siendo irrelevante un dato básico del Estado moderno cual es que cualquier reacción estatal coactiva sea proporcionada y esté motivada por una infracción penal probada.

V. Las dificultades para superar esta idea que no puede distinguir entre obligaciones de prestación positiva del Estado (por ejemplo, para garantía de los DESCs a la infancia en general y no para un segmento de ella) y un Estado que actúa de manera limitada y acotada frente a situaciones delictivas están presentes aún hoy cuando todas las leyes se han modificado en el continente latinoamericano, y se advierten también aunque de manera indirecta en la propia jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Las leyes que derogaron la cultura tutelar en la región en general y en la Argentina en particular advirtieron estos problemas y, con mucha demora, reconocieron los derechos de primera generación a niños y jóvenes;[8] pero olvidaron, más

8. La Ley de la Provincia de Mendoza Nº 6.354 del 7 de diciembre de 1995 fue la primera ley provincial dictada luego de la ratificación de la CIDN por la Argentina; en Chubut la Ley Nº 4.347 de Protección integral de la niñez, la adolescencia y la familia, aprobada el 16 de diciembre de 1997; en Neuquén la Ley Nº 2.302 de Protección integral del niño y el adolescente, del 7 de diciembre de 1999; en la Ciudad de Buenos Aires la Ley Nº 114 de Protección Integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes, aprobada el 3 de diciembre de 1998; en Tierra del Fuego la Ley Nº 521 de Protección integral de los derechos de niños, niñas, adolescentes y sus familias, aprobada el 28 de noviembre de 2000; en Río Negro la Ley Nº 3.097 de Protección integral y promoción de los derechos del niño y del adolescente; en Salta la Ley Nº 7.039 aprobada el 8 de julio de 1999; y en San Juan la Ley Nº 7.338 de Protección integral de los niños y adolescentes, aprobada el 5 de diciembre de 2002, que derogó la anterior Ley Nº 1156; en la Provincia de Buenos Aires se aprobaron dos leyes: la Ley Nº 12.607 y la Ley Nº 13.298. Con otra técnica legislativa se encuentran en Misiones la Ley Nº 3.820 de Protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes, aprobada el 6 de diciembre de 2001, y prorrogada su entrada en vigencia por la Ley Nº 3.883; en Jujuy la Ley Nº 4.722 de Protección a la Minoridad, aprobada el 4 de noviembre de 1993, expresamente adhirió a la Ley Aprobatoria de la Convención sobre Derechos del Niño Nº 23.849 (art. 2); en la Rioja la Ley Nº 7.590 de Protección integral del niño-a y del adolescente el 20 de noviembre de 2003 que fue vetada por el decreto 991 del 5 de diciembre de 2003; en la provincia del Chaco la Ley Nº 4369 aprobada el 12 de diciembre de 1996 denominada "Estatuto Jurídico del Menor de Edad y la Familia", que si bien es posterior a la ratificación, mantuvo intactos dispositivos tutelares clásicos (arts. 6, 7, 9, 53 y siguientes) combinados con normas de garantía (art. 21 entre otros); y en la provincia de Córdoba la Ley N° 9.053 del 30 de octubre de 2002 que revela una sofisticada técnica legislativa –característica de la provincia mediterránea– y aborda gran cantidad de aspectos vinculados con la materia; pero que se concentra en las funciones judiciales, sin desarrollar los aspectos vinculados con la promoción y garantía de los derechos de

allá de los enunciados, aquello que no era materia de discusión: la garantía concreta para los niños de una vida digna de ser vivida.[9]

Ésta es la paradoja que pretende plantear este texto, nuclear en cualquier discusión actual sobre el sentido y alcances de la noción de protección a la infancia, que ni siquiera ha sido resuelta por las recientes (y extensas) decisiones del sistema interamericano al respecto:[10] *el precio que pagó la infancia en la Argentina para*

---

niños, niñas y adolescentes en general. Entre Ríos (Ley Nº 9.324 y concordantes) y Santa Fe (Ley **N**º 11.452 aprobada el 29 de noviembre de 1996) han introducido importantes reformas en materia de organización judicial y procesal, pero no han dictado una ley general de protección a los niños. En un sentido tradicional, la reciente ley de San Luis Nº 5.573 aprobada el 22 de abril de 2004 que crea Juzgados de Familia y Menores, con competencia para aplicar el art. 18 de la Ley Nº 10.903 y otros supuestos idénticos a los abordados por esa ley. A nivel federal, con mucha demora, el 28 de septiembre de 2005 el Congreso Nacional aprobó a libro cerrado la "Ley de Protección integral de los derechos de las niñas, los niños y adolescentes" bajo el registro Nº. 26.061. Fue promulgada de hecho el 21 de octubre del mismo año.

9. Del primer caso del sistema interamericano en el que se interpretó el art. 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dedicado a los derechos del niño, denominado "Caso de los 'Niños de la Calle' (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala" (Serie C No. 63 - Sentencia) resuelto el 19 de noviembre de 1999; el parágrafo de trascendencia desde el punto de vista jurídico (más allá del valor simbólico de la sentencia) es el Nº 194. Allí la Corte estableció que debe utilizarse la Convención sobre Derechos del Niño para interpretar el art. 19 de la Convención Americana. Si bien la Corte Interamericana es muy reticente a interpretar tratados del ámbito universal, señaló en este caso que para entender qué significa proteger a un niño en el ámbito regional es necesario recurrir al instrumento universal. La Corte no avanzó más, pero fijó un criterio preciso a partir del cual la Convención sobre Derechos del Niño se incorpora al derecho regional (si bien poco ayuda esta interpretación en materia de exigibilidad de DESCs, como señalé). Otro aspecto importante de la sentencia en el mismo caso tiene que ver con el estándar que fija respecto del derecho a la vida, al superar la definición liberal clásica (obligación del Estado de no privar arbitrariamente de la vida a sus habitantes) e incorporar una definición que incorpora la obligación del Estado en términos de prestación positiva: el Estado está obligado a asegurar condiciones para vivir una vida digna de ser vivida. Este no es un estándar menor. Constituye un avance de la máxima trascendencia para los niños de la región. Al fijar el estándar del deber del Estado de garantizar "condiciones dignas", se da mayor exigibilidad a los DESCs cuando se trata del grupo vulnerable por excelencia: la infancia, sobre todo la que vive en la calle (la cual presenta mayor vulnerabilidad), por lo que la obligación del Estado se intensifica. Como se advierte, es posible establecer pautas muy altas de protección del derecho a la vida digna (de ser vivida) a partir de una sistemática interpretación de estas sentencias. Un análisis crítico de esta sentencia se encuentra en BELOFF, Mary: *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, Buenos Aires, del Puerto, Cap. III, Buenos Aires, 2004.

10. Se trata de los casos contenciosos: "'Niños de la Calle' (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala" , ya cit.; "Instituto de Reeducación del Menor v. Paraguay" (Serie C N° 112 - Sentencia) resuelto el 2 de septiembre de 2004; "Niñas Yean y Bosico v. República Dominicana" (Serie C N° 130 - Sentencia) resuelto el 8 de septiembre de 2005; solicitud de medidas provisionales presentada por la

ser reconocida en sus derechos de primera generación (superación de la discriminación negativa) fue el debilitamiento de sus derechos sociales y culturales (discriminación positiva).

VI. En este sentido, el referido trato diferenciado a los niños ha sido plasmado por la comunidad internacional en diversos instrumentos de derechos humanos (universales y regionales por igual) tales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante PIDCP)[11] y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH).[12]

Como se señaló en el punto 2, es posible tomar como punto de inicio de este proceso contemporáneo a la Declaración de Ginebra,[13] que recoge de modo general el principio de no discriminación, aunque sin mayores referencias concretas, en los siguientes términos: "El niño debe ser puesto en condiciones de desarrollarse normalmente desde el punto de vista material y espiritual".[14]

Tres décadas más tarde, la Declaración Universal de los Derechos del Niño[15] consideró al principio de no discriminación de manera más específica:

> "El niño disfrutará de todos los derechos enunciados en esta declaración. Estos derechos serán reconocidos a todos los niños sin excepción alguna ni distinción o discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento u otra condición, ya sea del propio niño o de su familia".[16]

Comisión Interamericana respecto de Brasil en el caso "Niños y adolescentes privados de libertad en el Complexo do Tatuapé de FEBEM", resuelta el 17 de noviembre de 2005; tampoco lo ha hecho en ejercicio de su competencia consultiva en la Opinión Consultiva N° 17 "Condición jurídica y derechos humanos de la niñez", emitida el 28 de agosto de 2002. En este sentido, ver BELOFF, Mary: "Fortalezas y debilidades del litigio estratégico para el fortalecimiento de los estándares internacionales y regionales de protección a la niñez en América Latina", en ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro y CORREDORES LEDESMA, María Belén (Editores): *Derechos y garantías de la niñez y adolescencia: hacia la consolidación de la doctrina de la protección integral*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la República de Ecuador, 2010, pp. 623-658.

11. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), del 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor el 23 de marzo de 1976, de conformidad con su artículo 49.

12. Suscripta en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, aprobada por la República Argentina mediante la Ley 23.054 (publicada en el BO el 27/03/84).

13. Adoptada por la V Asamblea de la Sociedad de las Naciones Unidas el 24 de setiembre de 1924.

14. Declaración de Ginebra, art. 1.

15. Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de Noviembre de 1959.

16. DUDN, punto 1°.

Ya en términos universales, el PIDCP traduce de forma más amplia este principio, al disponer que:

> "Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social".[17]

En esta línea, agrega que:

> "Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social".[18]

Este mandato relativo a la no discriminación en el ámbito regional ya surgía también del texto de la CADH cuando dispuso que:

> "Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social".[19]

La Convención sobre Derechos del Niño[20] es otro instrumento internacional de derechos humanos –específico y que también goza de jerarquía constitucional en nuestro país conforme lo establece el artículo 75, inc. 22 de la Constitución Nacional– que recoge el principio de no discriminación. Al respecto dispone que:

17. PIDCP, art. 2, apartado 1.

18. PIDCP, art. 26.

19. CADH, art. 1, apartado 1°.

20. Convención sobre los Derechos del Niño, A.G. res. 44/25, anexo, 44 U.N. GAOR Sup. (N° 49) p. 167, ONU Doc. A/44/49 (1989), entrada en vigor 2 de septiembre de 1990. Ratificada en Argentina por la ley 23.849, sancionada el 27 de septiembre de 1990 y promulgada de hecho el 16 de octubre de 1990.

"Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales".[21]

En cuanto a las obligaciones de cada Estado Parte, expresa que:

"(…) tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares". [22]

Y agrega:

"Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. *En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional*".[23]

21. Convención sobre los Derechos del Niño, art. 2.1.

22. Convención sobre Derechos del Niño, artí. 2.2. El Comité de Derechos del Niño, mediante la Observación General N° 10, Los derechos del niño en la justicia de menores (2007), se expidió sobre los alcances de este artículo, pero limitado a los infractores juveniles: "Los Estados Partes deben adoptar todas las medidas necesarias para garantizar la igualdad de trato de todos los niños que tengan conflictos con la justicia. Debe prestarse atención especial a la discriminación y las disparidades existentes de hecho, que pueden deberse a la falta de una política coherente y afectar a grupos vulnerables de niños, en particular los niños de la calle, los pertenecientes a minorías raciales, étnicas, religiosas o lingüísticas, los niños indígenas, las niñas, los niños con discapacidad y los niños que tienen constantes conflictos con la justicia (reincidentes). A este respecto, es importante, por una parte, impartir formación a todo el personal profesional de la administración de justicia de menores y, por la otra, establecer normas, reglamentos o protocolos para garantizar la igualdad de trato de los menores delincuentes y propiciar el desagravio, la reparación y la indemnización" (parr. 6).

23. Convención sobre los Derechos del Niño, art. 4. La Corte IDH precisó que se debe realizar el mayor esfuerzo, de manera constante y deliberada, para asegurar el acceso y disfrute de los niños a esos derechos y para evitar retrocesos y demoras injustificadas, mediante la asignación a este fin de los mayores recursos disponibles (Corte IDH, Opinión Consultiva N° 17, Condición Jurídica y Derechos Humanos de los Niños, párr. 81). Por su parte, el Comité de los Derechos del Niño clarificó que deben asignarse el máximo de los recursos disponibles en los ámbitos nacional,

Precisamente, al determinar que en supuestos en los cuales la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos y el nacimiento sean usados como argumento para intentar justificar un trato no igualitario, aparece la presunción de la afectación al derecho a la igualdad.[24]

La Convención sobre Derechos del Niño dispone por ello un deber del Estado de evitar toda discriminación ejercida por la sociedad contra los niños,[25] lo que implica implementar medidas positivas para que los niños que se encuentren dentro de alguna "categoría sospechosa" puedan acceder, sin restricciones ni dificultades de ninguna índole, al mismo nivel de disfrute de derechos que el resto de los niños que no se encuentran en esas situaciones particulares.[26]

Es de destacar, asimismo, que la aludida Convención, si bien es el primer tratado universal que reconoce derechos de primera generación a los niños (aunque con sus limitaciones), restringe considerablemente y debilita la exigibilidad de los derechos de segunda y tercera generación.

---

provincial y municipal, especialmente en las esferas de la salud, la educación, el bienestar social y la seguridad y recomendó que se determine la cantidad y la proporción de recursos que se dedican a los niños en los planos nacional y local para evaluar los efectos de los gastos realizados en la esfera de la infancia. Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/15/Add. 187, 9 de octubre de 2002, Observaciones al informe de la Argentina, párr. 20.

24. En sentido similar, el Comité de Derechos Humanos de la ONU, en la Observación General Nª. 18, No discriminación, (1989) señaló que; "Si bien esas convenciones se refieren sólo a un tipo específico de discriminación, el Comité considera que el término 'discriminación', tal como se emplea en el Pacto, debe entenderse referido a toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas" (párr. 7).

25. La Corte Interamericana de Derechos Humanos también reconoció el deber de adoptar por parte del Estado medidas positivas a favor de los grupos sociales discriminados: "Los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias", Corte IDH, Opinión Consultiva N° 18 (2003), solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, párr. 104.

26. El Comité sobre los Derechos del Niño desarrolló ciertos casos específicos de discriminación que sufren los niños. En este sentido, ver Observación General Nº 3 (2003), El VIH/SIDA y los derechos del niño, y la Observación General Nº 9 (2006), Los derechos de los niños con discapacidad. En el orden nacional, CSJN, Fallos 327:2413.

Seguramente tal redacción se deba a las concesiones requeridas para la amplia aceptación –prácticamente universal– de este tratado;[27] pero debe también reconocerse que hasta la fecha poco se ha hecho en el sistema universal o en el sistema interamericano para resolver esta dificultad, aún cuando existe un tratado regional sobre derechos económicos, sociales y culturales (el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales conocido como "Protocolo de San Salvador"),[28] aprobado con anterioridad a la Convención sobre Derechos del Niño, cuyo uso podría intensificarse cuando de niños y niñas se trata. En el mismo sentido, podrían utilizarse otras herramientas del sistema como las medidas cautelares en la protección de estos derechos de la infancia, herramientas que sólo recientemente comienzan a ser exploradas por quienes desarrollan litigio estratégico ante el sistema.

Curiosamente, y sólo por dar un ejemplo diferente que indica que es posible una lectura más integral y amplia de las normas internacionales enunciadas, en el orden nacional el concepto de protección especial a la niñez ha sido reconocido de manera clara por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, para la cual la Convención sobre Derechos del Niño revalida y profundiza todas las protecciones que otros textos internacionales habían enunciado respecto de los niños –ya que da por presupuesto que los niños gozan de los derechos que le corresponden, en tanto que personas humanas, más una protección especial.[29]

Insisto en que la infancia ha pagado un precio excesivo para que se le reconozcan sus derechos de ciudadanía, aquéllos conocidos tradicionalmente como derechos "de primera generación". Tal vez se esté una vez más frente a otra victoria pírrica de los derechos de la niñez.

27. Sobre las razones de la extendida y rápida aceptación de la Convención sobre Derechos del Niño ver BELOFF, Mary: *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, Buenos Aires, Ediciones del Puerto, 2004, Capítulo 1.

28. Adoptado por la Asamblea General de la OEA en el Décimo Octavo Período Ordinario de Sesiones, entró en vigor el 16 de noviembre de 1999. Cfr. art. 16: Derecho de la Niñez: "Todo niño sea cual fuere su filiación tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. Todo niño tiene el derecho a crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres; salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no debe ser separado de su madre. Todo niño tiene derecho a la educación gratuita y obligatoria, al menos en su fase elemental, y a continuar su formación en niveles más elevados del sistema educativo".

29.Así, "dicha protección especial importa reconocer lo que todo niño es, vale decir, un sujeto pleno de derechos, y, por consiguiente, configurar la 'protección especial' en términos de concretos derechos, libertades y garantías, a las que los Estados deben dar 'efectividad', adoptando todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole, requeridas a tal fin", (Fallos 331:2691, del considerando tercero del voto de la mayoría).

VII. Actualmente todos los países de América Latina y la Argentina a nivel federal y provincial, cuentan con leyes que incorporan explícitamente estándares del derecho internacional de los derechos humanos –más allá de la diversa calidad de la técnica legislativa utilizada en cada caso–, a diferencia de las leyes de menores vigentes hasta la década del 80. La pregunta que se impone seguidamente es: ¿con leyes más adecuadas, los niños están mejor en América Latina que lo que estaban antes? La respuesta es afirmativa, porque las reformas son fines en sí mismos y se justifican por razones elementales de justicia. Resuelto ese punto, es necesario explicar la baja incidencia en la transformación de la realidad concreta de este considerable proceso de reformas legales. De algo no hay dudas: una legalidad adecuada (buenas leyes y/o mejor jurisprudencia) es una condición necesaria para mejorar la calidad de vida de los niños.

Hoy existe un escenario ideal en términos del éxito comunicacional del discurso sobre la vigencia del derecho internacional de los derechos humanos de los niños; todo el mundo se expresa en términos de protección de derechos de los niños (no más en términos de necesidades), pero en la realidad poco o nada ha cambiado.

Para que los cambios legales no representen una victoria pírrica y cumplan la función de "efecto placebo" en el ámbito de los derechos humanos, la pregunta fundamental que los intérpretes deben formularse a la hora de aplicar las normas sobre DESCs que se encuentran en gran parte de las nuevas leyes latinoamericanas es cómo se hacen efectivos esos derechos sin reproducir el dilema de la diferencia.[30] Las nuevas leyes argentinas de protección a la niñez, al igual que las latinoamericanas, desarrollan los mismos derechos que ya se encuentran en la Convención sobre los Derechos del Niño y en otras normas del derecho internacional de los derechos humanos. Es infrecuente que los desarrollen en profundidad, o bien, que establezcan nuevos derechos, pero ello ha ocurrido en algún caso particular. Por otro lado, en la jurisprudencia federal y provincial hace tiempo que ya no se discute que los tratados son de aplicación directa en el país.

Por lo tanto ¿por qué reiterarlos en las leyes nacionales? La respuesta que generalmente se da contradice lo señalado en detalle en el punto 6 y en el párrafo anterior: los derechos están en los tratados, pero no se respetan, entonces quizás si se los incluye en una ley sí se los reconozca y aplique. El argumento es poco convincente. Un ejemplo de esa situación ocurre en la Argentina, país en el que a fines del año 2005 se aprobó una ley federal de protección a los niños. Esta norma legisla sobre competencia locales sin mayores justificaciones (la Argentina es un país federal) y repite la Convención sobre Derechos del Niño a la letra, cuando el

30. MINOW, Martha: *Making all the difference. Inclusion, exclusion and American law*, Cornell Universtiy Press, 1990.

tratado ya está incluido en el texto de la Constitución Nacional y cuando las legislaciones provinciales (locales) son mucho más avanzadas y contienen mejores dispositivos de satisfacción y garantía de los derechos contenidos en la Convención sobre Derechos del Niño. Es evidente que esta ley no debería tener mayor impacto normativo; sin embargo, ha sido ampliamente difundida y, curiosamente, ha generado algunos cambios institucionales y legales a pesar de su cuestionable calidad jurídica.

La pregunta que la forma en la que se ha legislado en América Latina en general y en la Argentina en particular sobre la protección a la infancia impone es si se están tomando en serio los derechos humanos de la niñez en este continente. Se aprueban los tratados y se modifican las leyes; pero las leyes no mejoran ni desarrollan las cláusulas convencionales. Más grave aún, tampoco contienen mecanismos de exigibilidad. Ello es particularmente evidente en materia de DESCs: las leyes nacionales repiten la Convención sobre Derechos del Niño sin incorporar mecanismos de garantía de los DESCs. Del mismo modo, lo hace la jurisprudencia del sistema interamericano.

¿Cómo se logra entonces aplicar estas nuevas leyes que reiteran los derechos reconocidos por los tratados sin desarrollarlos ni contener mecanismos que permitan su garantía efectiva? ¿Para qué se las aprueba?

En países como los latinoamericanos, de dilatada cultura jurídica positivista, no debería hacer falta reiterar que los derechos incluidos en las leyes son derechos y, como tales, exigibles. Un breve repaso normativo de los nuevos Códigos y leyes latinoamericanos permite concluir que estos derechos son derechos fuertes en los sistemas normativos de la región, a pesar de la debilidad que tienen en la Convención sobre Derechos del Niño (y en el sistema interamericano de protección de derechos humanos).[31] Sin embargo, algo de la manera en la que estas nuevas leyes latinoamericanas de protección a la infancia están estructuradas en esta materia impone recordarlo.

¿Qué significa proteger a un niño en la Argentina? ¿Es posible institucionalizar a un niño que vive en la calle para protegerlo de su familia abusiva? ¿Es esto "protección al niño"? ¿Es posible sacar a un niño de su familia y darlo en adopción internacional porque éste se encuentra en total desventaja social?[32] ¿En

31. FREEDMAN, Diego, "Funciones normativas del interés superior del Niño", en *Revista ¿Más Derecho?* N° 4, año 4, Fabián Di Plácido Editor, Buenos Aires, 2004.

32. Este problema presenta niveles dramáticos en particular en América Latina, particularmente en Guatemala y hasta hace algún tiempo atrás en Paraguay. En la región se estableció un estándar preciso, a partir del Estatuto del Niño y del Adolescente de Brasil del año 1988, que afirma que ningún niño por razones de pobreza puede ser separado de su familia o se puede suspender o sustituir la patria potestad. Todas las leyes latinoamericanas contienen el estándar que ha generado muchos problemas (o, más bien, soluciones) en situaciones de tráfico de niños. Por ejemplo, en

qué supuestos? ¿Con qué límites? ¿Cuáles son los alcances del maternalismo/paternalismo justificado hacia la infancia en América Latina[33]? ¿Por qué sigue sin ser definido? ¿Cómo se protege sin violentar derechos fundamentales? ¿Por qué los niños han tenido que pagar un precio tan alto para ser reconocidos en sus derechos de primera generación?

"Cada niño que, por un motivo o por otro, le toca estar frente a un juez o a un funcionario público, indica con su presencia que algo en su vida, y por lo tanto en la sociedad, no funciona. Sus historias llevan en la espalda una *saga trágica* de desatención de los otros, de la familia, de la comunidad que lo rodea o de las instituciones públicas. A menudo estas historias se presentan con el rostro de una necesidad (por ejemplo una guerra, la pobreza, toda clase de miserias) en la que parece que todos son responsables y, por ello, ninguno en el fondo resulta serlo. Es trágica la historia del menor que se encuentra frente a las instituciones y es otro tanto *trágica* la decisión que hay que tomar; pero no es posible no tomar una decisión. Al decidir sobre algo que no se puede remediar (por ejemplo un estado de abandono, una violencia ya sufrida, un conflicto traumático entre los padres), se decide no para restablecer la felicidad o el bienestar, sino para intentar evitar malestares posteriores. Cada decisión es *necesitada*, en el sentido de que se inserta en un circuito en el cual mucho ya está comprometido, por lo cual se debe elegir el mal menor; pero cada decisión es a la vez *trágica* en el sentido de que necesita *resolver* el caso mediante una incidencia sobre la vida de un niño en el presente para el futuro, sin poder controlar ni prever hoy cuáles serán los efectos de esta decisión a largo plazo. El niño necesita decisiones en tiempos rapidísimos porque su tiempo no espera, necesita la aceleración, pero cada decisión se encaminará y tendrá efectos en su vida a largo plazo y, por lo tanto, inverificables. Y, al resolver, se destinan recursos, se elige por él poniéndose en su lugar: es trágica cada decisión, se decía, en el sentido de que como hacemos nos equivocamos. Estamos obligados a decidir sin poder hacerlo. Este conocimiento no siempre está presente y es bueno que lo recordemos, al menos con más frecuencia."[34]

Guatemala, fue preciso aprobar dos códigos de la Niñez en diez años por la resistencia provocada respecto de este tema, y mucha gente ha sufrido enormemente por esta causa; al día de hoy no existe una ley de adopción acorde a los estándares internacionales allí. ¿Qué dijo al respecto la Corte Interamericana en la Opinión Consultiva 17? Sostuvo que la pobreza no podía ser la única causa para separar a un niño de su familia.

33. GARZÓN VALDÉS, Ernesto, "Desde la modesta propuesta de "Swift" hasta las casas de engorde. Algunas consideraciones respecto de los derechos del niño", en *Revista Doxa*, Alicante, N° 15-16, 1994, pp. 731-743; GONZALEZ CONTRÓ, Mónica, "Paternalismo justificado y derechos del niño", en *Revista Isonomía*, N° 25, 2006, pp. 103-135.

34. RESTA, Eligio: *L´infanzia ferita*, Bari, Gius, Laterza & Figli, 1998, pp. 62-63, destacado en el original; en español *La infancia herida*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2008.

Los juristas (incluida la Corte Interamericana de Derechos Humanos) que trabajamos en estos temas no hemos sido capaces de resolver esta paradoja o una nueva versión del dilema de la diferencia que refleja, en definitiva, una incapacidad política producto de una debilidad teórica. En términos de discriminación (al revés) positiva, la infancia tiene derecho a una protección especial que, hasta la fecha, los adultos no hemos sido capaces de brindarle.

Igualdad y Pueblos Indígenas

Lecciones y Ensayos, nro. 89, 2011
Zimerman, Silvina, *Sobre el surgimiento de los derechos indígenas, las tensiones con el Estado-Nación y la consiguiente necesidad de repensar el diseño de nuestras instituciones,* ps. 423-452

SOBRE EL SURGIMIENTO DE LOS DERECHOS INDÍGENAS, LAS TENSIONES CON EL ESTADO-NACIÓN Y LA CONSIGUIENTE NECESIDAD DE REPENSAR EL DISEÑO DE NUESTRAS INSTITUCIONES*

Silvina Zimerman**

Resumen: El presente trabajo aborda la problemática del surgimiento y reconocimiento de los derechos indígenas. Para ello –y luego de sintetizar brevemente las corrientes iusfilosóficas que enmarcarán el desarrollo– la autora analiza en primera instancia el lugar que ocupó el sujeto indígena en tres momentos fundamentales: el modelo colonial, el modelo republicano del Estado-nación y el modelo contemporáneo vigente desde mediados del S.XX. Sostiene a continuación que el status actual de los derechos indígenas es un fiel reflejo de las estructuras político-culturales inherentes al Estado-nación moldeado por –y a la medida– del ciudadano burgués occidental. La autora finaliza planteando la necesidad de resignificar la noción de igualdad, entendiendo a los derechos como construcción social y a la luz de una propuesta pluralista tendiente a la edificación de un Estado intercultural, comprensivo de una sociedad más igualitaria y más justa.

Palabras claves: Derechos indígenas – Estado-Nación – Pluralismo – Igualdad

Abstract: This writing deals with the issue of the emergence and recognition of indigenous rights. After a brief synthesis of the iusphilosophical postures that underline the article, the author analyses the indigenous subject at three distinct and fundamental stages: the colonial paradigm, the republican model of Nation state and the contempo-

* Este trabajo forma parte de la investigación doctoral que estoy desarrollando actualmente sobre la construcción de pautas para crear mecanismos legales adecuados para hacer efectivos los derechos territoriales indígenas.

Mi trabajo acompañando reclamos territoriales indígenas me llevó a incluir las reflexiones que realizo en este trabajo en un intento de comprender los múltiples obstáculos y resistencias jurídicas, políticas y culturales que se manifiestan a la hora de intentar hacer realidad los derechos indígenas.

**** Profesora Adjunta de la materia Derechos Humanos y Garantías de la Facultad de Derecho, UBA. Doctoranda en derecho internacional público. Becaria Tipo 1 del CONICET**

rary state of affairs –mid XXth century onwards–. It goes on to affirm that the current status of indigenous rights faithfully mirrors the political and cultural structures inherent to the bourgeois-shaped Nation state. The author concludes bringing forward a redefinition of the notion of equality, an understanding of rights as a social construct, and a proposal for an intercultural State, in the light of pluralism and a fairer, more egalitarian society.

Keywords: Indigenous Rights – Nation state – Pluralism – Equality

I. Introducción

Una de las últimas grandes revoluciones en el derecho internacional de los derechos humanos ha sido el reconocimiento de derechos de naturaleza colectiva, entre los que se encuentran los derechos de los pueblos indígenas.

Paralelamente a este reconocimiento internacional, en las últimas décadas, se han consagrado también, sobre todo en los países de América Latina, derechos específicos de estos pueblos a nivel constitucional.

Pese al reconocimiento normativo, los pueblos y comunidades indígenas se enfrentan con innumerables resistencias y obstáculos institucionales, simbólicos, sociales, culturales y políticos que retrasan o directamente impiden la implementación efectiva de sus derechos.

Tales resistencias llegan, a veces, a un punto tal, que diversos sectores sociales, entre los que se destacan operadores políticos y jurídicos, niegan directamente la existencia de los derechos indígenas.

Con el fin de realizar un aporte para combatir dichas resistencias, este trabajo tiene distintos objetivos.

En primer lugar, destacar que no tiene sentido ni negar ni justificar los derechos indígenas. Pues, los derechos indígenas son un fenómeno que surge como resultado de múltiples luchas sociales y procesos históricos que modificaron conceptos, valores y cosmovisiones. Para visualizar estos cambios, se analiza el lugar que ocupó el sujeto indígena, y sus derechos, en tres momentos diferenciados: la colonia, la constitución de Estados independientes y desde mediados del siglo XX. En esta última etapa, el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos funcionó como plataforma para que ciertos grupos indígenas se fueran consolidando como actores relevantes en distintos escenarios internos e internacionales. Esto, sumado al ascenso y fortalecimiento de algunas corrientes de pensamiento y de nociones tales como las de “relativismo cultural”, “multiculturalismo”, “pluralismo jurídico y cultural”, “interculturalidad” y “Estado intercultural”, pusieron en jaque antiguas visiones asimilacionistas e integracionistas y contribuyeron enormemente al desarrollo de los derechos indígenas.

En segundo lugar, al hacer ese recorrido, pretendo visualizar que el Estado-Nación fue diseñado en occidente a la medida de cierto tipo de sujeto (el burgués). Por lo tanto, las instituciones que regulan la vida social en la actualidad resultan completamente ajenas a la forma de vida de los pueblos y comunidades indígenas. Por esta razón, muchas de las demandas indígenas, la retórica que utilizan, y las modificaciones que pretenden, generan un profundo rechazo, porque cuestionan las bases mismas del Estado y sus instituciones.

Finalmente, los derechos indígenas, marcan la necesidad de resignificar el alcance de la noción de igualdad. Hoy por hoy, ya no alcanza con proteger de manera específica a los pueblos indígenas. Nos encontramos en la puerta de una era en la que es necesario lograr el efectivo reconocimiento de la diferencia, la autonomía de los pueblos indígenas y un diálogo abierto que permita la discusión sobre los espacios y mecanismos de interacción entre la forma de vida indígena y la no indígena e, inevitablemente, sobre el diseño integral de nuestras instituciones.

II. El fenómeno de los derechos indígenas

En la actualidad, muchos sectores sociales, especialmente operadores del derecho, se pronuncian expresamente en contra de que los pueblos indígenas sean titulares de derechos específicos, llegando, a veces, a negar su propia existencia. Estas posturas, lejos de ser inofensivas, tienen una enorme influencia pues, aún cuando no logren frenar el reconocimiento normativo de los derechos indígenas, obstaculizan, en muchos casos, su efectivo ejercicio.

Por tal razón, cobra sentido reflexionar sobre la pregunta: ¿por qué los pueblos indígenas son titulares de derechos específicos?

Preguntarse por el fundamento de los derechos indígenas nos ubica, casi inevitablemente, en la necesidad de revisar cómo explica la filosofía del derecho la existencia de derechos en general, y de los derechos humanos en particular.

En la teoría del derecho, la respuesta al interrogante por el origen de los derechos fue tradicionalmente respondida desde dos abordajes principales: el iusnaturalismo y el iuspositivismo. Estas dos corrientes, recreadas a lo largo de los años en diferentes versiones, ocuparon un lugar indiscutido en la filosofía occidental para explicar el contenido de los derechos y el funcionamiento del sistema normativo.

Sin embargo, para pensar los derechos indígenas tiene más sentido indagar en las teorías que fundamentan los derechos humanos. En primer lugar, porque los derechos humanos comparten la misma estructura que los derechos indígenas. En ambos casos se trata de derechos que son exigibles al Estado y que recibieron un fuerte impulso e impronta desde el derecho internacional. En segundo lugar, porque el desarrollo de derechos específicos de los pueblos indígenas se produjo, en gran medida, dentro del marco del derecho internacional de los derechos humanos.

En tal sentido, la mayor parte de los filósofos contemporáneos, juristas y políticos entienden a los derechos humanos como derechos morales y los fundamentan a partir de la teoría de los derechos naturales. Pensar los derechos humanos con fundamento exclusivo en el derecho positivo[1] carecería de sentido "pues ellos ofrecen justamente el marco dentro del cual es posible la crítica de las leyes o instituciones del derecho positivo".[1] En efecto, "cuando un orden jurídico positivo otorga derechos humanos, en realidad no hace otra cosa que reconocer derechos ya preexistentes e independientes de lo que establece el orden jurídico en cuestión".[2]

La posición iusnaturalista sostiene una tesis según la cual existe un conjunto de principios morales y de justicia que son universales y asequibles a la razón humana. Al mismo tiempo, para esta tesis, ninguna norma puede ser reputada como jurídica si contradice aquellos principios.

El problema de esta teoría es que se emparenta con el realismo moral o una ética objetiva, es decir, plantea la objetividad en materia de valores.[3] En efecto, para los que sostienen esta posición, "el análisis del concepto de derecho nos llevaría a reconocer ciertas propiedades morales objetivas que debieran integrar necesariamente cualquier sistema de derecho, independientemente de su origen en una fuente social. Esta manera de pensar es propia de aquellos que participan de las diversas y variadas corrientes iusnaturalistas.[4]

1. BULYGIN, E.: "Sobre el status ontológico de los derechos humanos", en *Revista Ideas y Derecho,* 2008, N° 6, p. 6.

2. Ibídem, p. 79.

3. Históricamente, "la principal tradición de la filosofía moral mantuvo la pretensión de objetividad de los valores morales. Esto se puede verificar en Platón, Kant y Sidwick" (BARBAROSCH E.: *Teorías de la Justicia y la Metaética contemporánea*, Buenos Aires, La Ley, 2007, p. 23). Así, durante mucho tiempo, el objetivismo moral, que sostiene que los valores morales están fuera del sujeto, tienen entidad propia y pueden conocerse, lideró este terreno. Para esta tesis, los valores forman parte del mobiliario del mundo y tienen un valor intrínseco, más allá de las creencias de las personas. En la actualidad, el realismo moral es una versión de esta tesis ampliamente sostenida. A partir del siglo XX argumentos metaéticos desafiaron las teorías morales y mostraron la debilidad de sus postulados desde el punto de vista científico, básicamente porque no podían demostrar que los valores existen por fuera del hombre y tampoco cómo conocían esos valores. Esta posición de segundo orden tuvo tanto eco que desde 1930 a 1960 algunos auguraban la muerte de la filosofía política y se llegó a sostener que la filosofía moral perdía rigurosidad científica si se aventuraba a asumir compromisos de ética normativa. De este modo, el escepticismo moral se abrió camino pues ya no era posible aceptar de manera asertiva la verdad moral y tampoco la verdad de las concepciones de justicia. (Ibíd, p. 2).

4. BARBAROSCH, E.: "Algunas reflexiones sobre los distintos sentidos del positivismo jurídico y el colapso del positivismo jurídico incluyente en el derecho natural", en LACLAU. M.: *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007, XXVI, p. 206. Como la teoría del derecho natural indaga en la raíz de los derechos, en la propia ontología del ser humano, impone

Como se puede apreciar, posturas como estas constituyen un obstáculo para incluir la diversidad cultural porque plantean un esquema cerrado de verdad moral. Para estas vertientes, los valores morales son únicos y los mismos en todo tiempo y lugar. Por lo tanto, se presentan como doctrinas autoritarias e intolerantes que no pueden admitir diferentes formas de ver el mundo y valorarlo, tal como lo requieren los derechos indígenas. Sostener esta teoría es, en cierta medida, propiciar una forma de imperialismo cultural y, a la vez, negar toda forma de relativismo cultural.[5]

Por otro lado, la corriente del derecho natural se desarrolla especialmente en el siglo XVII, porque "era menester legitimar el mundo moderno".[6] En consecuencia, los derechos naturales fueron una herramienta para justificar la forma de vida burguesa, es decir, la forma de vida europea, masculina y occidental.[7] Como se explicará más adelante, las nuevas sociedades políticas que nacen con las revoluciones burguesas se edificaron con valores e instituciones que, en principio, impedían que los pueblos indígenas pudieran reivindicar su peculiar forma de vida.

Por todas estas razones, la teoría del derecho natural padece de serias limitaciones para justificar la existencia de derechos indígenas.[8]

En este contexto, con todas las limitaciones de estas teorías, muchos autores plantean la necesidad de renunciar a la fundamentación de los derechos humanos y plantean la necesidad de entender los derechos humanos como fenómeno sociohistórico. Pensadores como Norberto Bobbio, Imre Szabo, Eduardo Rabossi y Marcelo Raffin adhieren a esta posición iusfilosófica.

---

una visión estática que privilegia la naturaleza esencial de los derechos, la caracterización de sus rasgos distintivos (RABOSSI, E.: "Cómo teorizar acerca de los derechos humanos", en PIERINI, A.: *Pensamiento crítico sobre derechos humanos*, Buenos Aires, Eudeba, 1996, p.33).

5. Como afirma Marcelo Raffin, "las diferentes formas de vida en una misma sociedad y en sociedades diferentes, así como las operaciones de inclusión y exclusión ejercidas por el poder que inerva las relaciones humanas, nos muestran y demuestran la necesidad de atenernos al carácter conflictivo y variado de los seres humanos. Estas ideas, que fueron formuladas, entre otras imágenes, bajo el nombre metafórico de 'aporías de la modernidad', se traducen en la paradoja de conciliar lo mismo y lo diferente, el universalismo y particularismo, en un mismo punto, en una misma entidad: el ser" (RAFFIN, M.: *La experiencia del horror: subjetividad y derechos humanos en las dictaduras y post-dictaduras del Cono Sur,* Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006, p. 50).

6. RAFFIN, M.: *La experiencia del horror: subjetividad y derechos humanos en las dictaduras y post-dictaduras del Cono Sur,* Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006, p. 10.

7. Ibídem, p. 16.

8. Sin perjuicio de ello, resulta interesante pensar que desde el momento en que la tesis del derecho natural permitió el desarrollo de los derechos del hombre y la noción de derechos humanos, es probable que, sin ella, no se hubiera producido el proceso global de creación normativa indígena. Pues, como se mencionó, fue precisamente el marco del derecho internacional de los derechos humanos el que permitió tal desarrollo.

Norberto Bobbio fue uno de los primeros en señalar que el intento de encontrar un fundamento absoluto para los derechos humanos es una ilusión y, por tal motivo, hay que renunciar a ello. Para sostener esta posición Bobbio brinda cuatro principales objeciones. La primera es la de la indeterminibilidad, es decir, las dificultades para poder señalar, con certeza, cuáles son los derechos humanos. La segunda objeción es la relativista, es decir, el hecho de que los derechos humanos cambian en cada momento histórico y se modifican constantemente. La tercera objeción es la heterogeneidad. Los derechos que engloba la categoría de derechos humanos son tan disímiles, tan distintos entre sí, que sería una utopía pretender encontrar un único fundamento irresistible común a todos ellos. La última objeción es la de las antinomias, es decir, la posibilidad de que se produzcan conflictos entre los mismos derechos humanos.[9]

Para Imre Szabo, por su parte, "los derechos humanos solo pueden 'deducirse' de las relaciones sociales de las que han surgido".[10]

En la literatura filosófica argentina, Rabossi se convirtió en uno de los principales impulsores de la idea de los derechos humanos como fenómeno. Según él, los derechos humanos son un "fenómeno específico, históricamente dado, sumamente complejo, extraordinariamente dinámico, de alcances universales y de consecuencias revolucionarias".[11] Rabossi sitúa la aparición de este fenómeno en 1948 y le atribuye historicidad. Es decir, asume que es un fenómeno que está sujeto a transformaciones permanentes producto de la influencia de distintos factores que van desde los adelantos tecnológicos, las modalidades del ejercicio del poder, las necesidades, las condiciones económico-sociales hasta los intereses.[12]

Finalmente, Marcelo Raffin afirma: "más que concebir a los derechos humanos como algo que ya está dado de una vez y para siempre, como un objeto fijo y del que se busca el fundamento último y absoluto, su quintaesencia, se los podría pensar acaso como algo que se hace, se construye y es construido a lo largo de la

9. BOBBIO, N.: *El tiempo de los derechos*, Madrid, Editorial Sistema, 1991, pp. 89-90.

10. SZABO, Imre: "Fundamentos históricos de los derechos humanos y desarrollos posteriores", en VASAK, Karel, *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*, Barcelona, Ed. SERBAL-UNESCO, 1983, vol. 1, p. 42.

11. RABOSSI, E.: "El fenómeno de los derechos humanos y la posibilidad de un nuevo paradigma teórico", en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1989, N° 2, pp. 323-343. Versión electrónica: 132.247.1.49/bibliotecadigital/collect/diplomad/index/assoc/.../doc.pdf (al 17 de diciembre de 2010), p. 7. Este autor explica que, al haberse logrado un consenso universal sobre un conjunto de valores o principios morales, no se visualiza qué es lo que podría tener sentido fundamentar. El aporte de los filósofos debería dirigirse a resolver los problemas de gestión, promoción y aplicación de los derechos humanos, más que a lidiar con su fundamento (p. 12 de la versión electrónica).

12. Ibídem. p. 14 de la versión electrónica.

historia, en el corazón mismo de la trama de las relaciones humanas. Los derechos humanos como 'fenómeno', como 'acontecimiento' (…) y expresamente como acto político".[13]

Así, pensar los derechos indígenas desde este marco teórico, es decir, como construcción social y política, impone la indagación de los procesos históricos, las luchas sociales y las corrientes de pensamiento que permitieron y abonaron su desarrollo.

En los títulos siguientes intentaré repasar, de manera sintética, el camino que recorrieron los derechos indígenas hasta alcanzar el actual consenso internacional, plasmado primordialmente en el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes[14] y en la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas.[15] Con ese fin, desarrollaré la situación de los pueblos indígenas y sus derechos en tres etapas históricas diferentes: la colonia, el Estado-Nación y desde mediados del siglo XX.

1. El modelo colonial

La colonización en América latina se llevó adelante a través de los virreinatos españoles de Nueva España o México, Perú, Nueva Granada y el del Río de la Plata, que se establecieron entre 1535 y 1776. Raquel Yrigoyen Fajardo, una de las principales expertas en derecho indígena, siguiendo tipologías desarrolladas por Marzal, señala que durante la época de la colonización existieron tres grandes modelos o situaciones que marcaron la definición de políticas con los pueblos indígenas: "a) Naciones indígenas colonizadas en el siglo XVI, b) Naciones Indígenas no sometidas con las que la Corona firmó tratados, y c) Naciones Indígenas no colonizadas hacia donde la Corona enviaba misioneros",[16] en tanto la conquista no era posible

13. RAFFIN, M., op. cit, p. 51. En el siglo XIX Karl Marx ya había señalado que: "La idea de los derechos humanos no fue descubierta para el mundo cristiano sino hasta el siglo pasado. No es una idea innata al hombre, sino que éste la conquista en lucha contra las tradiciones históricas en las que el hombre había sido educado antes. Los derechos humanos no son, pues, un don de la naturaleza, un regalo de la historia anterior, sino el fruto de la lucha contra el azar del nacimiento y contra los privilegios, que la historia, hasta ahora, venía transmitiendo hereditariamente de generación en generación. Son el resultado de la cultura, y sólo puede poseerlos quien haya sabido adquirirlos y merecerlos". (MARX, K.: *Sobre la cuestión judía*, Braunschweig, 1843).

14. Adoptado en 1989 por la Organización Internacional del Trabajo y ratificado por el Estado argentino en el año 2000.

15. Adoptada por la Asamblea General el 13 de septiembre de 2007.

16. YRIGOYEN FAJARDO, R.: "Hitos del Reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino", en BERRAONDO, M., *Pueblos Indígenas y derechos humanos,* Bilbao, Universidad de Deusto, 2006, p. 539.

porque los indígenas se internaban en la selva. Las primeras colonias fueron sometidas y reducidas a pueblos de indios; las segundas, firmaron tratados y parlamentos para mantener relaciones de paz y comercio; las últimas, fueron colonizadas propiamente en el siglo XIX.

Pese a tales diferencias, la intención del proyecto colonial era la ocupación del territorio latinoamericano y el sometimiento de los pueblos indígenas. Desde el siglo XVI hasta principios del siglo XIX "los indígenas fueron reducidos en *pueblos de indios*, y sujetos a cargas coloniales (tributo, trabajo forzoso, penas especiales) bajo un régimen legal diferenciado".[17] Allí, sin embargo, todavía se permitía el ejercicio de algunos niveles de autonomía institucional, mediante el reconocimiento de autoridades indígenas que podían resolver conflictos comunitarios internos.

Para consolidarse y cristalizarse, este proyecto colonial necesitó y se sirvió del derecho internacional, que comienza a desarrollase sobre el sistema interestatal desde 1648 en adelante.[18]

En efecto, "las doctrinas positivistas sobre la ocupación efectiva del territorio y el reconocimiento de tal ocupación por la familia de naciones ofrecieron los mecanismos jurídicos para la consolidación de la soberanía territorial de los Estados colonizadores sobre los territorios indígenas".[19]

Uno de los principales instrumentos jurídicos que se utilizaron para legitimar el dominio colonial fue la doctrina *terra nullius*. Según ella, "las tierras que no tuvieran dueños podían pasar a manos de naciones que tuvieran la intención de apropiárselas". A partir de esta teoría, muchas tierras se consideraron deshabitadas y, por lo tanto, apropiables, pese a que se encontraban habitadas por pueblos indígenas.

17. Íbidem, p. 540.

18. La literatura coincide en general en ubicar el surgimiento del sistema interestatal en 1648, cuando las potencias europeas suscriben el Tratado de Westfalia. Este tratado puso fin a la Guerra de los Treinta Años y terminó con el liderazgo de la Iglesia católica. Se trata de un hecho histórico relevante en lo que hace al funcionamiento del Estado y las relaciones con los otros Estados, que ha contorneado la regulación del derecho internacional público. En efecto, "los principios que la literatura deriva usualmente de este acuerdo son tres: la soberanía de los Estados y su derecho a la autodeterminación, la igualdad legal entre Estados y la no intervención en los asuntos internos de otro Estado. Éstos son los principios que rigen aún hoy el derecho internacional, por lo que el sistema interestatal actual suele denominarse "sistema westfaliano" (MALAMUD, A.: "Integración Regional en América Latina: Teorías e Instituciones Comparadas", en *Revista Argentina de Ciencia Política*, Buenos Aires, Eudeba, 2002, N° 5/6). Este autor señala que actualmente existen posiciones revisionistas de esta cuestión que niegan la derivación de los principios mencionados del Tratado de Westfalia.

19. ANAYA, J.: *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, Barcelona, Editorial Trotta, 2005, p. 68.

En el caso de la conquista española, la doctrina de Francisco de Vittoria cumplió un papel central. Si bien sostuvo que los pueblos indígenas eran los legítimos dueños de la tierra de acuerdo con el *ius gentium*, también manifestó que, según el derecho natural, los españoles tenían derecho a usar las tierras, comerciar y enviar misioneros. Si los indígenas se oponían al ejercicio de estos derechos, entonces podía recurrirse a las armas para alcanzar dichos objetivos.[20]

Así, el derecho internacional, producto de la sociedad europea, moldeó doctrinas, teorías, una forma de organización e instituciones dirigidas exclusivamente a esa sociedad.

Los resultados de la conquista son abrumadores. Según el ex relator de Naciones Unidas para los pueblos indígenas, "la población total de las Américas disminuyó en un 95% en los 150 años posteriores al primer encuentro".[21]

2. El modelo republicano del Estado-nación ¿Igualdad de derechos?

A comienzos del S. XIX surgieron los procesos de independencia y comenzaron a formarse los Estados que existen hoy día. Con la aparición del Estado como formación social se universalizó un determinado modelo, económico, político y cultural. Este modelo implicó el reconocimiento de derechos de carácter individual (de un individuo frente al Estado) y desarrollos políticos, económicos, jurídicos y burocráticos alrededor de la propiedad privada. Los reclamos indígenas vienen a poner en crisis estos rasgos distintivos del Estado-nación y, a través de ello, producen una resignificación de la idea de igualdad.

2.1 ¿Derechos para todos?

El Estado de Derecho que emergió de las revoluciones burguesas desarraigó de prerrogativas al poder real y al clerical que fueron absorbidas por el principal actor de estas revoluciones: la burguesía. La población no está ya sometida a los designios del rey sino que existe un gobierno que administra en representación de todos. Con la nueva configuración social y política aparecen las Declaraciones de Derechos, primero, y las Constituciones, después, como herramientas para organizar el poder, estableciendo derechos y garantías para los ciudadanos del Estado.

20. ORELLANA, M.: "Pueblos Indígenas, Minería y Derecho Internacional", en *Revista Virtual Redesma*, Red de Desarrollo sostenible y Medio Ambiente, Bolivia, CEBEM-REDESMA, 2009, Vol. 3(1), p. 23.

21. STAVENHAGEN, R, citado en ORELLANA, M., op. cit., p. 23.

Los derechos que se consagran con las primeras constituciones son los derechos del burgués: "el *citoyen* del que se exaltan los derechos no es otro que el sujeto *bourgeois* (...) un sujeto individual, emancipado, dueño de sí mismo y de sus bienes y, en cierto modo, ilustrado; es también europeo, masculino y mayor".[22] Basta para verificarlo observar cuáles son los derechos naturales e inalienables de la persona según la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano del 27 de agosto de 1789. En su artículo 2 establece: "La finalidad de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Tales derechos son la libertad, la *propiedad*, la seguridad y la resistencia a la opresión".

Así, el Estado de los siglos XVIII y XIX proclamó derechos universales pero, en la práctica, las mujeres, los niños, los pobres, y, por supuesto, los indígenas, fueron excluidos del ejercicio de estos derechos.

En este modelo el hombre se ubica en el centro de la escena. Se trata de un modelo antropocéntrico en el que todo gira alrededor del ser humano y su razón, más lejos de Dios y la religión. De la mano, y aún admitiendo que en su época fueron conquistas revolucionarias, se impuso un enfoque liberal e individualista de los derechos.

Como consecuencia de esta visión, hoy por hoy, "la doctrina clásica afirma que en la medida en que los derechos humanos son individuales, de la persona, las colectividades no pueden ser sujetos de los derechos humanos. Tendrán otros derechos, pero los 'derechos humanos' en sentido estricto no son propios de los grupos sociales, cualesquiera que sean sus características".[23] Para esta tradición, es imposible pensar en la titularidad de los derechos por parte de un *grupo*. En buena medida, porque en las sociedades modernas ha ocupado un lugar destacado el binomio Estado-individuo: "Los derechos humanos se inscriben en la trayectoria histórica del desmoronamiento de las sociedades pre-modernas y el surgimiento de la 'sociedad civil' moderna. En ésta, no debe existir ninguna mediación institucional o grupal entre el individuo libre y soberano y el Estado que, a su vez, es emanación de la libre voluntad de todos los ciudadanos".[24]

22. RAFFIN, M., op. cit., p. 20. Karl Marx en su obra *Sobre la cuestión judía* se ocupa de remarcar este hecho del siguiente modo: "La constitución del Estado político y la disolución de la sociedad civil en individuos independientes –cuya relación es el derecho, mientras que la relación entre hombres clasificados en clases y gremios era el privilegio– se lleva a cabo en un solo y mismo acto. Ahora bien, el hombre, en cuanto miembro de la sociedad civil, el hombre no político, aparece necesariamente como el hombre natural. Los *droits de l'homme aparecen como droits naturels (...)*. Mientras el hombre político sólo es el hombre abstracto, artificial, el hombre como una persona alegórica, moral. El hombre real sólo es reconocido bajo la forma del individuo egoísta, el verdadero hombre sólo bajo la forma del citoyen abstracto" (MARX, K., op. cit., p. 39).

23. STAVENHAGEN, R., op. cit., p. 118. Disponible en www.cervantesvirtual.com, consultado el 12 de febrero de 2009.

24. Ibídem.

Todo el orden jurídico occidental está asentado en la dupla Estado-individuo. Y, por ello, la sociedad "no presta atención a la gran variedad de formas de asociación intermedias o alternativas que pueden encontrarse en otras culturas humanas, ni está ideada para adscribir a dichos grupos otros derechos que los que puedan deducirse de las libertades del individuo o de las prerrogativas del Estado".[25]

Frente a esta visión, lentamente, fue ganando terreno el pensamiento a favor del reconocimiento de derechos colectivos o de grupo pues, "la historia de los últimos cien años ha demostrado, a veces en forma dramática, que el goce de los derechos individuales resulta ilusorio o cuando menos problemático en sociedades altamente estratificadas, con grandes desigualdades socio-económicas y regionales, y con fuertes divisiones étnicas (culturales, lingüísticas, religiosas y/o raciales)".[26]

Para muchos grupos o colectividades no hay derechos individuales que ejercer si previamente no se reconocen sus derechos como grupo.

En el caso de las comunidades indígenas, la tensión entre los derechos individuales y los colectivos se agrava porque el ejercicio de estos últimos está relacionado con la autodeterminación, con ser los directores de su propio destino, de acuerdo con sus normas y sus instituciones. Sin lugar a dudas, en este caso "los derechos colectivos suponen (...) un cuestionamiento de los elementos claves de la soberanía estatal, especialmente celosa en cuestiones relativas a la organización social y política, cuestiones que se supone pertenecientes al ámbito de la autoridad estatal".[27]

2.2 Un sistema edificado sobre la propiedad privada

En forma paralela al reconocimiento de derechos, en el siglo XVIII los países europeos se sumergen en un proceso de crecimiento económico acelerado y comienza el denominado "capitalismo industrial" denominado así porque la industria es el nuevo centro de producción del capital.

Hay quienes directamente sostienen que el Estado constitucional fue el elemento necesario para asegurar la economía liberal y, por ese motivo, es que se reconoce como derecho natural la propiedad privada y la libertad de contratación: "Desde el siglo XIX los conocimientos científicos fueron aplicados a la producción, dando lugar a nuevas tecnologías, innovaciones en la industria textil, mecánica, generación de energía, etc. Esto conllevó el aumento de la producción, la reducción de costos y el incremento de ganancias, dando origen a la revolución industrial y ésta, a su vez, significó una disminución de los tiempos y costos para el desplazamiento

25. ANAYA, J., op. cit., p.50.

26. STAVENHAGEN, R., op. cit., p. 119.

27. ANAYA, J., op. cit., p. 100.

de mercados y personas. Estos cambios produjeron: la aparición de la economía mundo (...) y el paso de la feria al mercado-nación (...). Para que fuera posible el mercado era necesario garantizar: primero, la seguridad, luego, la propiedad privada y la libertad de contratación (...). Para que la economía liberal sea viable fue necesario el Estado".[28]

La propiedad privada se convirtió en la gran vedette del siglo XIX y, alrededor de ella, se produjo una intensa actividad legislativa de manera de crear los institutos que la protegieran, al tiempo que se montó una gran burocracia administrativa y judicial. La idea de que el derecho a tener bienes es superior al poder del Estado y pertenece al hombre por el hecho de ser hombre y que la persona nace con este derecho, se ha naturalizado completamente en nuestras sociedades. Semejante afirmación es hoy prácticamente incuestionada. En efecto, "el concepto de la propiedad privada es la base del todo el sistema económico occidental (...) no solo es la base sino también el motor de las sociedades capitalistas. La ambición por tener será la que mueva los resortes sociales hacia el progreso. Se trata, pues, de una clase cultural occidental".[29]

Por eso, cuando los pueblos indígenas demandan sus derechos territoriales, que en muchas legislaciones han sido reconocidos como el 'derecho a la posición y propiedad comunitaria de las tierras tradicionales',[30] se enfrentan con un régimen legal que ha sido desarrollado durante años y años, con valores culturales muy determinados y con una lógica que deja pocos resquicios para incorporar una nueva visión de la propiedad.

El sentido de propiedad para los pueblos indígenas tiene muy poco que ver con el derecho de un individuo a usar y gozar en forma discrecional un bien. En el caso de los pueblos indígenas "el territorio se vincula más bien al pueblo que al individuo y nadie piensa que puede disponer de él a su antojo", se trata de una "propiedad colectiva que no es co-propiedad ni ninguna otra cosa reconocible, unas formas de tenencia que transitan, de acuerdo con la ocasión, entre lo colectivo, lo individual, lo supracolectivo (lo político, lo religioso); espacios de todo y espacios de nadie; un derecho generalizado de uso sobre bienes de propietario indeterminado,

28. GIROTTI, M.: "Globalización, Constitucionalismo, Poder Constituyente, Democracia y DDHH", en BERCHOLC, J., *El Estado y la Globalización*, Buenos Aires, Ediar, 2008, p. 254-255.

29. GARCÍA HIERRO, P.: "Territorios indígenas: tocando a las puertas del derecho", en *Revista de Indias*, Instituto de Historia del CSIC, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, LXI, N° 223, 2001, p. 622. Esto mismo puede observarse en la Constitución de la Nación Argentina: "Estos derechos (art.14 CN) –junto con el de usar y disponer de la propiedad y la libertad contractual– constituyen el compendio de las libertades económicas. La ampliación o restricciones de aquéllos dieron el perfil que, en los hechos, tuvo el sistema económico liberal diseñado en la Constitución de 1853/60".

30. Ver art. 75 inc.17 de la Constitución Nacional argentina.

incluso de carácter espiritual o anímico; derechos de antiguas y futuras generaciones, en lo que el sujeto actual está restringido y obligado; en fin (...) nada que ver con la institución de la propiedad en sentido ortodoxo (sentido fuera del cual, las instituciones jurídicas dejan de ser lo que son para pasar a ser otra cosa)".[31]

En efecto, la propiedad indígena no está relacionada con la propiedad privada: con la divisibilidad, la seguridad en las transacciones comerciales o la circulación mercantil. Probablemente, uno de los aspectos que más debe haber interesado a los pueblos indígenas para reclamar sus territorios en términos de propiedad es el carácter de herramienta de defensa contra los particulares o las autoridades estatales que pretenden destruir las tierras o sus recursos.

Desde esta óptica, el sentido de la noción de territorio indígena enfrenta las bases mismas del sistema jurídico occidental, asentado sobre la propiedad privada.

Como derivación de ello, existen fuertes resistencias a incorporar mecanismos legales adecuados que reflejen la visión del territorio desde el punto de vista indígena. Hay quienes intentan simplificar las distintas formas que los indígenas tienen para relacionarse con la tierra y resolver todo por el Código Civil, dejando afuera todo aquello que no encaje en los cánones predeterminados.[32] Sin embargo, "reducir al Código Civil, toda la cuestión, en una desesperada imposición prescriptiva de una verdad jurídica única que dista mucho de la concepción pluricultural (...) es pretender que una cultura representa lo natural y las demás lo anómalo y justificar la imposición en el primitivismo de los demás. Se rechaza aquello que contradice el sistema o los valores a los que responde. Cuando esto ocurre, la norma deja de ser un instrumento regulador de realidades sociales para convertirse en un instrumento de represión del más fuerte (...) Es un *continuum* en la violencia histórica de las luchas por las tierras en América".[33]

3. Los indígenas y sus derechos en el S.XX

Durante fin del S.XX y los albores del S.XXI muchos grupos indígenas lograron posicionarse como actores destacados en distintos escenarios.

31. GARCÍA HIERRO, P., cit., p. 623.

32. Pensar en el Código Civil para resolver los problemas territoriales indígenas es inútil. Básicamente porque el Código Civil regula relaciones que no existen en la vida interna de las comunidades indígenas. Los pueblos indígenas no celebran ni extinguen los contratos como lo establece la ley civil, no adquieren la propiedad según los modos que allí se disponen, tampoco pueden seguir las reglas de administración de los bienes de los incapaces o de la sucesión porque tienen otro concepto de bienes, ni las reglas de matrimonio o parentesco porque tienen otra forma de concebir al matrimonio y las relaciones de parentesco.

33. GARCÍA HIERRO, P., cit., p. 623.

Pese a las críticas que puede merecer el concepto de derechos humanos, nacido en occidente y al calor de los vencedores de la II Guerra Mundial, los derechos indígenas encontraron los intersticios de los sistemas de protección internacional de los derechos humanos, que les permitieron desplegarse y conseguir aceptación a escala global.

En forma paralela, nociones y teorías que se venían desarrollando desde otras ciencias, cumplieron un rol excepcional, pues pusieron en duda antiguas visiones asimilacionistas e integracionistas respecto de los pueblos indígenas, favoreciendo la consagración de derechos específicos.

A continuación, realizaré un breve repaso del surgimiento de los derechos indígenas en el derecho internacional de los derechos humanos. Seguidamente, señalaré las corrientes y conceptos que, a mi juicio, resultaron fundamentales para impulsar el reconocimiento de derechos específicos de los pueblos indígenas.

3.1 Los derechos indígenas en el derecho internacional de los derechos humanos

La finalización de la II Guerra Mundial, con un saldo de 55 millones de muertos y el exterminio de más de 6 millones de judíos, creó el marco propicio para el desarrollo del concepto de derechos humanos. La inclusión de esta noción en la Carta de las Naciones Unidas abrió la puerta para el desarrollo de un sistema de derechos humanos que se expresó en distintas normas (entre las que se destacan las declaraciones y los tratados de derechos humanos), órganos y mecanismos de protección de los derechos humanos. Tanto en el ámbito universal como en los regionales se produce, desde entonces, una progresiva evolución de la noción de derechos humanos y aparecen nuevas dimensiones y formas en las que la persona recibe protección desde el ámbito internacional.

3.1.1 Teoría de la protección específica: hacer más por los que están en peor situación

La teoría de las obligaciones en el derecho internacional de los derechos humanos establece que la firma y ratificación de un tratado implica la asunción de un conjunto de obligaciones que el Estado no puede luego desconocer. Así, desde el momento en que un tratado entra en vigor para el Estado, sus tres poderes, deben cumplir cabalmente con tales obligaciones sin necesidad de contar con una decisión u opinión de sus órganos de supervisión.

A título de ejemplo, en su primera sentencia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) manifestó que los Estados tienen tres diferentes niveles de obligaciones frente a los tratados de derechos humanos: obligación de respeto, de garantía y de adoptar medidas.[34]

Además de estas obligaciones genéricas, de manera paulatina, el derecho internacional de los derechos humanos ha ido estableciendo obligaciones específicas a favor de determinados *grupos sociales*. En tal sentido, aquellas personas que se enfrentan con mayores dificultades que el resto de la sociedad a la hora de ejercer sus derechos (situación de vulnerabilidad social) o que han sido históricamente excluidas u objeto de prácticas discriminatorias, deben recibir *protección específica* por parte del Estado.

En el derecho internacional de los derechos humanos, esta idea de hacer más por aquéllos que se encuentran en peor situación tiene una íntima vinculación con el alcance del *derecho a la igualdad y a la no discriminación.*[35]

Es muy frecuente confundir el contenido normativo de este derecho creyendo que, para asegurarlo, basta un reconocimiento genérico de la igualdad de trato. A partir de allí, se construyen falsos postulados, pues la idea misma del trato a todos por igual esconde las diferencias de origen y, por ello, alienta la reproducción de situaciones de desigualdad. Por el contrario, el derecho internacional de los derechos humanos no solo permite el trato diferenciado sino que, en muchos casos, directamente lo requiere. Según la Corte IDH,[36] el Comité de Derechos Humanos y muchos otros órganos de derechos humanos, la igualdad de trato implica el trato igual en igualdad de circunstancias. Cuando se detecta una situación de desigualdad, el Estado deberá adoptar medidas específicas para intentar igualar la situación. Por tal motivo, desde la propia creación de los sistemas de protección de los derechos humanos se viene desarrollando toda una normativa a favor de determinados grupos como las mujeres, los niños, los migrantes y los pueblos indígenas, respecto de los cuales los Estados han detectado y consensuado la existencia de una situación histórica de desigualdad. Los tratados particulares sobre mujeres, niños, migrantes, personas con discapacidad e indígenas les piden a los Estados que traten diferente a cada uno de estos grupos, adoptando medidas específicas a su favor.[37]

34. Corte IDH, "Velásquez Rodríguez vs. Honduras", Fondo, sentencia del 29 de Julio de 1988, Serie C, N° 4, cons.165-167.

35. Reconocido, entre otros, en los artículos 1 y 24 de la CADH.

36. Corte IDH, "Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados", Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003, Serie A, N° 18, especialmente el desarrollo efectuado entre los párrafos 70 a 110.

37. Entre muchos otros tratados de esta naturaleza puede mencionarse la Convención para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, la Convención de Derechos del Niño, la

3.1.2 La protección específica de los pueblos indígenas en el derecho internacional

A partir de la teoría reseñada, el desarrollo de protección específica a favor de los pueblos indígenas comenzó a visualizarse en diversos pronunciamientos de los órganos de derechos humanos que permitieron la incorporación progresiva del respeto por la diversidad cultural.[38]

Al respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH o Comisión Interamericana) manifestó que: "la protección de las poblaciones indígenas constituye tanto por razones históricas, como por principios morales y humanitarios, un sagrado compromiso de los Estados[39] [...] El Derecho Internacional, en su estado actual y tal como se encuentra cristalizado en el Art. 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce a los grupos étnicos el derecho a una protección especial para el uso de su idioma, el ejercicio de su religión y, en general, de todas aquellas características necesarias para la preservación de su identidad cultural".[40]

En el mismo sentido: "la Organización de los Estados Americanos ha establecido como acción prioritaria para los países miembros, la preservación y fortalecimiento de la herencia cultural de los grupos étnicos y la lucha en contra de la discriminación que invalida su potencial como seres humanos a través de la destrucción de su identidad cultural e individualidad como pueblos indígenas".[41]

Las concepciones desarrolladas por los órganos internacionales impulsaron la creación de nuevos arquetipos jurídicos y generaron la plataforma necesaria para cristalizar la obligación de completar el pasaje de políticas estatales tradicional-

---

Convención sobre los Derechos de los Trabajadores Migrantes y sus familias, entre otros.

38. El derecho a la identidad cultural (que es la respuesta jurídica y política a la idea de respeto de la diversidad cultural) ha sido definido por Osvaldo Ruiz Chiriboga como "el conjunto de referencias culturales por el cual una persona o un grupo se define, se manifiesta y desea ser reconocido; implica las libertades inherentes a la dignidad de la persona, e integra en un proceso permanente la diversidad cultural, lo particular y lo universal, la memoria y el proyecto. Es una 'representación intersubjetiva que orienta el modo de sentir, comprender y actuar de las personas en el mundo'. En su artículo "*El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas y las minorías naciones. Una mirada desde el sistema interamericano*" este ex abogado de la Corte Interamericana de Derechos Humanos analiza la evolución que sufrió la protección de la noción de diversidad cultural. Disponible en www.ejournal.unam.mx/bmd/bolmex118/BMD000011807.pdf (al 13/02/11).

39. CIDH, "Protección de las poblaciones indígenas", en OEA (1973), *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos* (OEA/Ser.P/AG/doc.305/73), Washington, D.C., 1973, p. 89. Citado en CIDH, "Yanomami c. Brasil", Resolución relativa a casos individuales Nº 12/85, Caso N° 7615, dictada el 5 de marzo de 1985, párr. 8,

40. Ibídem, párr. 7.

41. Ibídem, párr. 10.

mente asimilacionistas o integracionistas hacia políticas de Estado que reconozcan al indígena como un sujeto diferente y que le permitan existir, y llegar a las generaciones futuras, sus propias pautas de organización social y política, sus sistemas de subsistencia económica, de medicina tradicional, de resolución de conflictos.

Desde el punto de vista normativo, una de las primeras convenciones internacionales relativa a los pueblos indígenas fue el Convenio 107 sobre la Protección e Integración de los Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes, adoptado por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en 1957. Sin embargo, este convenio, como su nombre lo indica, respondiendo todavía a un signo de época, formuló una visión integracionista respecto de los pueblos indígenas.[42]

La adopción del Convenio 169 en 1989 por la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales (en adelante "el Convenio 169"),[43] marcó un punto de inflexión en relación al reconocimiento de los derechos indígenas, pues constituye el instrumento obligatorio más avanzado en la materia. Reconoce un amplio plexo de derechos indígenas entre los que se destaca el derecho a la tierra, el territorio, los recursos, a decidir su propio desarrollo, a la consulta y participación, a regirse por las propias instituciones y procedimientos, entre otros. Sin embargo, pese a que fue y sigue siendo una pieza fundamental para el avance de los derechos indígenas, recibió algunas críticas desde diversos sectores. Mientras que el preámbulo contempla "las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven", el art.1.3 aclara expresamente que "la utilización del término pueblos en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional".

Con posterioridad, en 1992, la Asamblea General de Naciones Unidas adoptó la Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas.[44] Si bien no se trata de un instrumento específico de derecho indígena y, mucho menos, de uno que reconozca la autonomía indígena, significó cierto avance en relación con el deber de brindar protección especial.

42. La OIT fue el primer órgano que, a nivel internacional, se ocupó de los pueblos indígenas. Este fenómeno ocurrió porque la OIT, al ocuparse de la situación de los trabajadores a nivel global, comenzó a visualizar la especial situación de explotación que atravesaban los trabajadores aborígenes. Al respecto ver SALGADO, J.: *El convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas (comentado y anotado),* Neuquén, EDUCO, Universidad Nacional del Comahue, 2006; y el sitio web: http://es.pro169.org/?page_id=11.

43. Aprobado por la Ley 24.071 y ratificado por nuestro país en el año 2000.

44. Aprobada por la Asamblea General en su resolución 47/135 del 18 de diciembre de 1992. A.G. res. 47/135, annex, 47 U.N. GAOR Supp. (N° 49) p. 210, ONU Doc. A/47/49 (1993).

Finalmente, fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas entre los que se incluye el voto afirmativo de la Argentina. Esta Declaración, aunque de carácter no vinculante para los Estados, constituye un nuevo paso hacia la efectiva protección de los derechos de los pueblos indígenas pues reafirma la necesidad de brindar las herramientas para que estos pueblos puedan llevar a cabo su propio desarrollo político, económico, social, cultural y espiritual a través del control de sus instituciones y la plena expresión de sus formas de vida. Por tal motivo, se erige como norma fundamental para contribuir a la diversidad y riqueza de las civilizaciones y culturas.

Desde el punto de vista de la actuación de los órganos de derechos humanos de la ONU, en 1970, la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías del Consejo Económico y Social impulsó el estudio del problema de la discriminación contra los pueblos indígenas. Esto permitió que, en 1971, se creara, en el marco de la ex Comisión de Derechos Humanos, el *Relator Especial sobre la situación y las libertades fundamentales de los indígenas*. El exhaustivo informe producido por el primer relator de indígenas, José Martínez Cobo, derivó en el año 1982 en la creación del *Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas* que funciona hasta la actualidad.[45]

En el año 2000, el Consejo Económico y Social estableció el *Foro Permanente para las Poblaciones Indígenas,* formado por 16 expertos, que funciona como órgano subsidiario del ECOSOC.[46]

Paralelamente, los órganos de tratados de Naciones Unidas, en especial desde la década del 90, realizaron importantes aportes, incorporando estándares específicos en materia de derechos de los pueblos indígenas, a través de sus observaciones o en decisiones sobre casos. Así, en su Observación General 7 sobre el derecho a

45. El grupo de trabajo fue establecido por Resolución 1982/34 del Consejo Económico y Social, como órgano subsidiario de la subcomisión, con un mandato para examinar los acontecimientos relativos a la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales de las poblaciones indígenas y prestar atención especial a la evolución de las normas relativas a los derechos de las poblaciones indígenas. Está compuesto por 5 expertos independientes, uno por cada región geopolítica. En 1985 se creó el Fondo de Contribuciones Voluntarias para las Poblaciones Indígenas de Naciones Unidas con el objetivo de proporcionar asistencia financiera a los representantes de las comunidades y organizaciones indígenas que deseen participar en las deliberaciones del Grupo de Trabajo. Para ampliar la información sobre este órgano, visitar el sitio web: http://www2.ohchr.org/spanish/issues/indigenous/groups/wgip.htm#mandate.

46. Para mayor información acerca del Foro Permanente sobre Cuestiones Indígenas, visitar el sitio web,http://www.cinu.org.mx/prensa/especiales/indigenas/. Para ampliar conocimiento acerca de la documentación sobre las cuestiones indígenas, visitar la página web http://www.un.org/spanish/Depts/dpi/boletin/indigenas/pages/ documents.html

una vivienda adecuada de 1997,[47] el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) estableció que los Estados deben adoptar medidas específicas para revertir la situación de discriminación que afecta de manera desproporcionada a los indígenas, en los casos de desalojos. Interpretaciones similares en las que se resalta la condición de indígenas para orientar una particular actuación en la esfera estatal pueden encontrarse en las observaciones de este mismo órgano sobre los derechos a la alimentación, educación, salud, alimentación y sobre derechos de propiedad intelectual.

Asimismo, tanto el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW) como el Comité de los Derechos del Niño (CRC) se han ocupado de la situación de los pueblos indígenas. En el primer caso, introduciendo la perspectiva de género y prestando especial atención a los derechos de la mujer indígena en lo relativo a la salud[48] y, en el segundo, a través de la emisión de una observación general específica sobre los niños indígenas.[49]

Párrafo aparte merece la actuación del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD) que, en 1997, emitió su Observación General 23, "Derechos de los Pueblos Indígenas". Allí resaltó la discriminación de que son objeto los pueblos indígenas en el mundo, subrayó que tanto los colonizadores, como el Estado, las empresas y otros actores, arrebataron las tierras de los pueblos indígenas y exhortó a los Estados para que respeten el idioma, las tierras, los territorios, los recursos y, en general, todos los aspectos relativos a la identidad cultural de los pueblos y comunidades.[50]

47. CDESC, "El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto): los desalojos forzosos" (E/1999/22), Observación General Nº 7, 16º período de sesiones, 1997, anexo IV. Disponible en http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/%28Symbol%29/CESCR+Observacion+general+7.Sp?OpenDocument). En esta observación el Comité puntualizó: "10. Las mujeres, los niños, los jóvenes, los ancianos, los pueblos indígenas, las minorías étnicas y de otro tipo, así como otros individuos y grupos vulnerables, se ven afectados en medida desproporcionada por la práctica de los desalojos forzosos. En todos estos grupos las mujeres son particularmente vulnerables a causa de la discriminación jurídica y otras formas de discriminación que suelen darse en materia de derecho de propiedad (incluida la propiedad de una vivienda) o del derecho de acceso a la propiedad o a la vivienda, y de su particular vulnerabilidad a los actos de violencia y abuso sexual cuando se quedan sin hogar. Las disposiciones contra la discriminación del párrafo 2 del artículo 2 y del artículo 3 del Pacto imponen a los gobiernos la obligación adicional de velar por que, cuando se produzca un desalojo, se adopten medidas apropiadas para impedir toda forma de discriminación".

48. CEDAW, "La mujer y la salud" (A/54/38/Rev.1), Recomendación General N° 24, 20° período de sesiones, 1999, cap. I.

49. CRC, "Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención" (CRC/C/GC/11), Observación General N° 11, 50° período de sesiones, 2009.

50. CERD, "Derechos de los Pueblos Indígenas" (ONU A/52/18), Recomendación General N°23, 51° período de sesiones, 1997, anexo V.

En este relato sobre la consolidación de los derechos indígenas en el ámbito de la ONU, es necesario mencionar la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (Cumbre para la Tierra) de 1992, pues marcó un momento histórico para los pueblos indígenas. Varios representantes indígenas de todo el mundo hablaron directamente desde el estrado de la Asamblea General. En esa ocasión, expresaron sus preocupaciones ante el deterioro de sus tierras y del ambiente y subrayaron la necesidad de que los países del mundo asuman un compromiso común para mejorar la calidad de vida de los pueblos indígenas. Además, se aprobó un conjunto de normas (como el Programa 21 y el Convenio sobre Diversidad Biológica) que protege los derechos de los pueblos indígenas en relación con el ambiente.[51]

Finalmente, la Asamblea General proclamó 1993 como el "Año Internacional de las Poblaciones Indígenas del Mundo", la década de 1995-2004 como el "Decenio Internacional de las Poblaciones Indígenas del Mundo" y la de 2005-2015 como un segundo decenio.

Por su lado, en el ámbito de la OEA, desde su creación en 1959, la CIDH ha contribuido significativamente a la protección y promoción de los derechos de los pueblos indígenas mediante visitas al terreno, informes, acuerdos amistosos, peticiones individuales y medidas cautelares.

En los '80 la CIDH comenzó a ocuparse de la situación de algunas comunidades y pueblos indígenas en sus Informes de País y en los Informes Anuales sobre la Situación de los Derechos Humanos.[52] Los primeros pasos de la CIDH estuvieron vinculados con la realización de operaciones militares sobre territorios indígenas.[53] Con posterioridad, su actuación en el marco de peticiones individuales fue la punta de lanza para la protección de los pueblos indígenas en las Américas, cumpliendo un rol fundamental para el desarrollo de una profusa doctrina sobre los derechos territoriales indígenas. A título de ejemplo, ya en 1985, la CIDH recomendó que el gobierno de Brasil estableciera y demarcara las fronteras del Parque Yanomami en el Bosque Amazónico tras determinar que la autorización para explotar los recursos del subsuelo de territorios indígenas había originado numerosas violaciones a los derechos humanos de estas comunidades. Por su parte, desde los años 90, la CIDH

51. Cfr. www.ohchr.org/Documents/Publications/GuideIPleaflet10sp.pdf .

52. La CIDH ha elaborado varios informes especiales referidos a la situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas en los países miembros, entre los que se incluye Colombia (1993, 1997), Guatemala (1993, 2001, 2003), Ecuador (1997), Brasil (1997), México (1998), Perú (2000), Paraguay (2001) así como también la situación de los Miskitos en Nicaragua (1984) y la de las Comunidades de Pueblos en Resistencia en Guatemala.

53. CIDH, "Informe sobre la situación de los derechos humanos en la República de Colombia" (OEA/Ser.L/V/II.53 doc. 22), 1981, cap. VII. Disponible en http://www.cidh.org/countryrep/Colombia81sp/Capitulo7.htm.

viene otorgando diversas medidas cautelares a favor de los pueblos indígenas las que, incluso, permitieron extender la tradicional noción de las medidas cautelares de modo de proteger el territorio indígena. Finalmente, la Corte Interamericana cuenta con varias sentencias en las que se expide sobre los derechos de los pueblos indígenas.[54]

Así, la actuación de la CIDH y la Corte IDH resultó fundamental tanto para visibilizar las graves violaciones de las que fueron y aún son objeto muchos pueblos indígenas en el continente americano y para avanzar, de manera sustantiva, en la definición de contenidos y estándares concretos sobre los derechos indígenas.

3.2 El desarrollo de determinadas nociones o corrientes de pensamiento

Paralelamente al reconocimiento de derechos, otras disciplinas como la antropología, la sociología o la ciencia política desarrollaron ideas y conceptos que contribuyeron decididamente al avance de los derechos indígenas. Producto de ello, hoy por hoy, existe un diálogo permanente entre el derecho y otras disciplinas para tratar los asuntos indígenas.[55]

3.2.1 El relativismo cultural

La idea de relativismo cultural empezó a desarrollarse en la antropología hacia fines del S.XIX, debido a la necesidad del antropólogo de evitar hacer juicios de valor sobre las culturas que investigaba.

Con el relativismo cultural se buscaba dejar en claro que todas las culturas son iguales (porque no existen absolutos desde donde valorarlas) y, sobre todo, poner en

54. Entre otros, pueden revisarse los siguientes fallos: Corte IDH, "Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni", Fondo, reparaciones y costas, sentencia del 31 de agosto de 2001, Serie C, N° 79; Corte IDH, "Caso Yatama Vs. Nicaragua", Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 23 de junio de 2005, Serie C, N° 127; Corte IDH, "Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay", Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 17 de junio de 2005, Serie C, N° 125; Corte IDH, "Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam", Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 15 de junio de 2005, Serie C, N° 124; Corte IDH, "Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay", Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 29 de marzo de 2006, Serie C, N° 146; Corte IDH, "Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam", Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 28 de noviembre de 2007, Serie C, N° 172; Corte IDH, "Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay", Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 24 de agosto de 2010, Serie C, N° 214.

55. Ese diálogo puede visualizarse, por ejemplo, en diversas sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

jaque la concepción evolucionista de la historia que postulaba un progreso lineal y progresivo y que ubicó a la cultura europea en la cúspide.[56]

Durante años se criticó y acusó al relativismo cultural de hacer una "apología de la neutralidad valorativa". El relativismo, sin embargo, no niega los valores sino que señala que ellos solo pueden ser interpretados en el ámbito de sus propias relaciones culturales y que, en todo caso, no pueden ser juzgados a través de valores externos.

Sin entrar a estudiar los problemas del relativismo, lo cierto es que, muchas veces, sus críticos no logran desligarse de su propio centro. Como afirma Miguel Bartolomé: "El antirrelativismo que cuestiona los aspectos negativos de otras culturas, lo suele hacer desde el marco de modelos ideales de las propias normas, que no se resisten a la confrontación con las prácticas reales de Occidente, responsable de los mayores crímenes contra la humanidad derivados del colonialismo y el imperialismo, tales como la misma conquista de América, la esclavitud, la colonización de África o la antigua y reciente brutalidad imperial en el Oriente Medio".[57]

Sin perjuicio de ello, el relativismo enfrenta serias limitaciones para construir un conocimiento de validez universal y criterios que sirvan para pensar y resolver las desigualdades interculturales.[58]

3.2.2 Pluralismo cultural, multiculturalismo, interculturalidad y Estado intercultural

La noción de pluralismo cultural surge dentro de una corriente de pensamiento que buscaba confrontar las políticas asimilacionistas e integracionistas implementadas por el Estado-Nación de América Latina.

El *pluralismo cultural* implica que cada cultura tiene un valor en sí misma, que cada persona debe poder realizar sus propios 'objetivos existenciales', vivir sus experiencias individuales y colectivas, y que no hay una única forma de ser ciudadano de un Estado. Hace referencia al hecho mismo de la existencia de diferentes culturas en una misma formación social. Pero es, al mismo tiempo, una manifestación a favor del derecho a la existencia, reproducción y permanencia de las distintas culturas".[59]

56. GARCÍA CANCLINI, N.: *Las culturales populares en el capitalismo*, Méjico, Editorial Nueva Imagen, 1982, p. 28.

57. BARTOLOMÉ, M.: *Procesos interculturales. Antropología política del pluralismo cultural en América Latina*, México, Siglo XXI, 2006, p. 112.

58. GARCÍA CANCLINI, N., op. cit., p. 37.

59. BARTOLOMÉ, M., op. cit., p. 107.

Aceptar que cada uno debe poder vivir como quiera vivir, de acuerdo con sus prácticas, costumbres y cosmovisión es aceptar también la idea del *pluralismo jurídico*: "El respeto a la cultura de un pueblo, incluye no sólo el reconocimiento a los derechos a su idioma, religión, educación, medicina, sino también su derecho a su derecho, es decir, a respetar su sistema de normas y de aplicación de las mismas".[60]

La noción de *multiculturalismo,* nacida al calor de la escuela de estudios culturales en los Estados Unidos es una de las más complejas, porque es utilizada con diversos sentidos en diferentes contextos. Por tal razón, es fuertemente criticada desde distintos sectores, incluso por corrientes visiblemente contrapuestas.[61]

En uno de sus sentidos, el multiculturalismo se asimila al pluralismo pues es una forma más de referirse a las sociedades plurales. Sin embargo, el multiculturalismo aparece, por lo general, más ligado a la pluralidad social como producto de las migraciones, y el pluralismo, a la diversidad cultural, atendiendo a la existencia de grupos que existían con anterioridad a la formación de los Estados.

Para el profesor Parekh, el "multiculturalismo (o el pluralismo) es una perspectiva de la vida humana basada en tres ideas centrales: 1) Todos los seres humanos poseemos una cultura desde cuyo interior contemplamos el mundo, aunque podamos ser críticos con ciertos aspectos de la misma; 2) Las diferentes culturas representan distintos sistemas de significados y de sentidos para la vida, cada una de las cuales satisface una gama limitada de capacidades, posibilidades y emociones humanas; y 3) Toda cultura es internamente plural, dinámica y está en constante diálogo con sus diferentes tradiciones y corrientes de pensamiento".[62]

La *interculturalidad,* por su parte, puede ser definida como "la puesta en relación de miembros de diferentes culturas, así como a los mecanismos sociales necesarios para lograr una comunicación eficiente, sin que ninguno de los participantes se vea obligado necesariamente a renunciar a su singularidad para lograrlo".[63] Hoy por hoy, especialmente en aquéllos países que se han definido como Estados pluriculturales y plurinacionales, la puesta en práctica de mecanismos de interacción intercultural adecuados y aceptables se presenta como uno de los mayores desafíos.

60. GONZÁLEZ GALVÁN, J. A.: "El Estado pluricultural de derecho: los principios y los derechos indígenas constitucionales", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, UNAM, 1997, N° 88, p. 173.

61. BARTOLOMÉ, M., op. cit., p. 116. Una interesante crítica a la noción de multiculturalismo puede encontrarse en ŽIŽEK, S.: "Multiculturalismo o la lógica cultural del capitalismo multinacional", en JAMESON, F., ŽIŽEK, S. (1998), *Estudios Culturales. Reflexiones sobre el multiculturalismo,* Buenos Aires, Paidos, 1998, pp. 137-188. Disponible en http://caosmosis.acracia.net.

62. BARTOLOMÉ, M., op. cit., p. 117.

63. Íbidem, p. 124.

Ahora bien, ¿cómo deben interpretarse las consecuencias de este pluralismo jurídico y cultural? ¿El Estado no debe entrometerse de ninguna forma para que los pueblos indígenas puedan desarrollar su proyecto de vida? La solución no es reivindicar un Estado ausente pues "el *multiculturalismo* así pensado oculta las desigualdades sociales, dejando intactas las instituciones y estructuras sociales que privilegian la cultura hegemónica (…) Por el contrario, la *interculturalidad* (…) inquiere desarrollar interacciones equitativas entre pueblos, personas, conocimientos y prácticas culturalmente diferentes. Se trata de una interacción que parte del conflicto inherente a las asimetrías sociales, económicas, políticas y del poder".[64]

A partir de todos estos conceptos, el diseño del Estado-Nación, hecho a la imagen y a la medida del hombre blanco, europeo y occidental, se ha puesto en cuestión. Y se ha visibilizado la necesidad de pasar de un *Estado monocultural* a un Estado pluricultural y de construir un *Estado intercultural* en los que las instituciones que regulan la vida los ciudadanos hayan sido pensadas, discutidas y decididas entre los diferentes grupos.[65]

III. A modo de cierre. Hacia la igualdad cultural

Las estructuras básicas que regulan las sociedades de occidente han sido construidas y definidas a través del sometimiento de diversas culturas bajo los valores y concepciones de la cultura que logró instalarse como modelo hegemónico dominante. El nacimiento del propio Estado-Nación implicó la búsqueda de identidades y simbologías comunes que permitiera el afianzamiento de comunidades o naciones políticas. Las fronteras que se trazaron para los Estados-Nación modernos permitieron ubicar un orden jurídico y político sobre un determinado territorio, pero gran parte de ellos albergan, hasta hoy, grupos humanos con diferentes prácticas sociales,

64. SÁNCHEZ BOTERO, E.: "Pluralismo Jurídico, Interculturalidad y Derechos Humanos Indígenas", en *Constitución y Pluralismo Jurídico*, Instituto de Derecho Público Comparado, Quito, Corporación Editora Nacional, 2004, pp. 99-100.

65. Ver en tal sentido GONZÁLEZ GALVÁN, J. A., op. cit. Al respecto también se puede consultar la obra de RAMÍREZ, S.: "Derechos de los Pueblos indígenas: protección normativa, reconocimiento constitucional y decisiones judiciales", en GARGARELLA, R., *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008. En nuestros días, con el fin de encontrar los mecanismos para realizar un diálogo intercultural, algunos autores (como el antropólogo Cardoso de Oliveira citado por Miguel Alberto Bartolomé) intentan aplicar las propuestas de la teoría de la argumentación discursiva, por ejemplo el procedimiento discursivo de Jurgen Habermas, a la comunicación intercultural entre indígenas y no indígenas. Aunque resulten de dudosa aplicación práctica, constituyen reflexiones interesantes para reafirmar, aún desde el punto de vista exclusivamente teórico, la construcción de un Estado intercultural.

valores culturales, costumbres, formas de relacionarse y lenguas distintas.[66] A su vez, el modelo que se creó con el Estado-Nación implicó un sistema de derechos basado en una lógica binaria entre el Estado y el individuo, que en principio no admitía derechos colectivos o de grupo, y un sistema político, jurídico y económico edificado sobre la propiedad privada.

Discutir la estructura básica de la sociedad, o sea, el modo en que las instituciones sociales distribuyen los derechos y deberes fundamentales y determinan la división de las ventajas provenientes de la cooperación social, es discutir sobre los principios de justicia que regulan una sociedad y, por lo tanto, sobre el alcance de la noción de igualdad. Se trata de un asunto de especial trascendencia, porque la estructuración de las grandes instituciones influye directamente sobre los planes y perspectivas de vida de los ciudadanos.

La situación que atraviesan los pueblos indígenas en la actualidad constituye una buena fotografía de las consecuencias de la forma en que Occidente y la modernidad han incorporado lo "indígena" a la escena cultural.[67] Marcelo Raffin señala que "la conformación misma de las sociedades latinoamericanas –donde se mezclan las dimensiones de la nación, la clase y la etnia–, nace con su consecuente definición del universo de la ciudadanía y su atribución de derechos a partir de una serie de operaciones básicas entre las cuales los pueblos indígenas son incluidos como tales a partir de una exclusión. Como lo resume Rodolfo Stavenhagen, la opresión indígena en las nuevas repúblicas fue doble: la del emplazamiento de los indígenas en una posición subalterna mediante el desplazamiento y/o el exterminio y la del no reconocimiento de su identidad socio-cultural como parte de la sociedad nacional sometiéndolos así a un modelo cultural hegemónico".[68]

Aún cuando el ideario político de la época estaba fundado en valores de libertad, igualdad y autonomía, las conquistas concretas en este terreno pudieron alcanzar apenas una "tenue igualdad". Sólo el paso del tiempo y la evolución de corrientes de pensamiento permitieron incorporar al indígena como sujeto con derechos diferenciados. Pero, por largo rato, fue restringido al ámbito específico de las minorías o grupos definidos siempre por oposición a un cierto discurso o a un cierto punto de vista hegemónico. En efecto, "la consagración de derechos y mecanismos

66. MALAMUD, A., "Estado", en AZNAR, L., DE LUCA, M., *Política, Cuestiones y problemas,* Buenos Aires, Emecé, 2007, p.87.

67. Para estudiar la grave situación de los pueblos indígenas en la Argentina puede consultarse: CARRASCO, M.: "Una perspectiva sobre los Pueblos Indígenas en Argentina", en *Derechos Humanos Argentina*, Buenos Aires: CELS/Siglo XXI, 2002.

68. RAFFIN, M.: "La cuestión indígena en la praxis de los derechos humanos: una aproximación desde el derecho internacional", Seminario de Derechos Sociales, Económicos y Culturales, Facultad de Derecho de la UBA, 2004.

específicos, encierra una aporía (...) los derechos humanos como parte de la cultura y la política modernas, no pudieron dejar de instituir al indígena, a lo indígena, como otro subalterno y subordinado, como imagen invertida de su orden, como un espejo en el que la propia civilización occidental conseguía delinear sus límites".[69]

Si bien fue la matriz de los derechos humanos la que precisamente abrió la puerta a los derechos indígenas, muchos instrumentos internacionales que reconocen estos derechos, al imponer como limitación la no vulneración de los derechos fundamentales, muestran las secuelas de una historia de dominación cultural.

Algunas nociones como las de pluralismo cultural y jurídico, interculturalidad y Estado intercultural, sirven para cuestionar las estructuras básicas del Estado-Nación moderno, hacer una relectura de la noción de igualdad, no solo desde una dimensión filosófica, económica y moral sino, especialmente, desde el punto de vista cultural y, necesariamente, jurídico.

Los problemas de desigualdad no son solo problemas de desigualdad económica y los problemas de articulación de las diferencias no son solo problemas de ensamble entre prácticas culturales diversas.[70] La idea de hacer más por los más desaventajados, como una especie de concesión a quien se identifica como sujeto susceptible de tutela o protección, se presenta como insuficiente para materializar las ideas de pluralismo o interculturalidad.

El "pluralismo, que ha sido acusado de negar la unidad de la humanidad, es precisamente un profundo reconocimiento del carácter universal de lo humano, en la medida en que reconoce que cada cultura es parte de la experiencia de nuestra especie".[71] Una sociedad plural implica, entonces, encontrar los mecanismos necesarios para: 1) el respeto pero también el mantenimiento de las diferencias; 2) la desarticulación de las relaciones de poder entre los diferentes grupos culturales, especialmente para desterrar las imposiciones culturales y la reproducción de prácticas culturales hegemónicas; y 3) el desarrollo de procesos articulatorios pacíficos entre grupos sociales con diferentes formas culturales.

Sólo si se redefinen las lógicas del Estado contemporáneo será posible ubicar a los pueblos indígenas en un plano de autonomía y de igualdad. Por tal razón, tiene sentido manifestar la necesidad política de revisar el actual diseño institucional.

En efecto, es necesario que las instituciones que regulan la vida social y los principios morales socialmente aceptados no sean el resultado de la imposición de una cultura hegemónica sobre otra, sino que hayan sido decididos desde el diálogo intercultural entre los diferentes pueblos y culturas. El resultado de este diálogo no

69. Ibídem.

70. GARCÍA CANCLINI, N.: "Representaciones e interculturalidad", en *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, Barcelona, CIDOB, 2004, N° 66-67, p. 115.

71. Ídem, p. 108.

podría ser visto jamás como verdad moral pero sí como un postulado ético normativo acerca de las instituciones y los principios que deben estructurar una comunidad política.

Finalmente, una propuesta pluralista tendiente a la edificación de un Estado intercultural implica echar por tierra las concepciones que sostienen que el hombre, en un estado presocial, tenía derechos naturales y reemplazarla por una que entienda a los derechos como construcción social y, por ende, como espacio de lucha capaz de producir las transformaciones necesarias para alcanzar sociedades más igualitarias y más justas.

IV. Fuentes consultadas

Bibliografía:

Anaya, J.: *Los pueblos indígenas en el derecho internacional,* España, Editorial Trotta, 2005.

Barbarosch, E.: *Teorías de la Justicia y la Metaética contemporánea*, Buenos Aires, La Ley, 2007.

Barbarosch, E.: "Algunas reflexiones sobre los distintos sentidos del positivismo jurídico y el colapso del positivismo jurídico incluyente en el derecho natural", en LACLAU. M., *Anuario de Filosofía Jurídica y Social,* Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007, XXVI.

Bartolomé, M.: *Procesos interculturales. Antropología política del pluralismo cultural en América Latina*, México, Siglo XXI, 2006.

Bobbio, N.: *El tiempo de los derechos*, Madrid, Editorial Sistema, 1991.

Bulygin, E.: "Sobre el status ontológico de los derechos humanos", en *Revista Ideas y Derecho,* Buenos Aires, Anuario de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, 2008, N° 6.

Carrasco, M.: "Una perspectiva sobre los Pueblos Indígenas en Argentina", en *Derechos Humanos Argentina*, Buenos Aires, CELS/Siglo XXI, 2002.

García Canclini, N.: *Las culturales populares en el capitalismo*, México, Editorial Nueva Imagen, 1982.

García Canclini, N.: "Representaciones e interculturalidad", en *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, Barcelona, CIDOB, 2004, N° 66-67.

García Hierro, P.: "Territorios indígenas: tocando a las puertas del derecho", en *Revista de Indias*, Instituto de Historia del CSIC, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 2001, LXI, N° 223.

Girotti, M.: "Globalización, Constitucionalismo, Poder Constituyente, Democracia y DDHH", en BERCHOLC, J. (2008), *El Estado y la Globalización,* Buenos Aires, Ediar, 2008.

González Galván, J. A.: "El Estado pluricultural de derecho: los principios y los derechos indígenas constitucionales", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, UNAM, 1997, N° 88.

Habermas, J.: *Conciencia moral y acción comunicativa*, Barcelona, Península, 2008.

Kymlicka, W.: *Ciudadanía multicultural*, Barcelona, Paidós, 1995.

Malamud, A.: "Integración Regional en América Latina: Teorías e Instituciones Comparadas", en *Revista Argentina de Ciencia Política*, Buenos Aires, Eudeba, 2002, N° 5/6.

Malamud, A.: "Estado", en Aznar, L., De Luca, M., *Política, Cuestiones y problemas,* Buenos Aires, Emecé, 2007.

Marx, K.: *Sobre la cuestión judía*, Braunschweig, 1843.

Orellana, M.: "Pueblos Indígenas, Minería y Derecho Internacional", en *Revista Virtual Redesma*, Red de Desarrollo sostenible y Medio Ambiente, Bolivia, CEBEM-REDESMA, 2009, Vol. 3(1).

Rabossi, E.: "El fenómeno de los derechos humanos y la posibilidad de un nuevo paradigma teórico", en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1989, N° 2.

Rabossi, E.: "Cómo teorizar acerca de los derechos humanos", en PIERINI. A., *Pensamiento crítico sobre derechos humanos*, Buenos Aires, Eudeba, 1996.

Raffin, M.: "La cuestión indígena en la praxis de los derechos humanos: una aproximación desde el derecho internacional", Seminario de Derechos Sociales, Económicos y Culturales, Facultad de Derecho de la UBA, 2004.

Raffin, M.: *La experiencia del horror: subjetividad y derechos humanos en las dictaduras y post-dictaduras del Cono Sur*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006.

Ramírez, S.: "Derechos de los Pueblos indígenas: protección normativa, reconocimiento constitucional y decisiones judiciales", en Gargarella, R., *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008.

Salgado, J.: *El convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas (comentado y anotado),* Neuquén, EDUCO - Universidad Nacional del Comahue, 2006.

Sánchez Botero, E.: "Pluralismo Jurídico, Interculturalidad y Derechos Humanos Indígenas", en *Constitución y Pluralismo Jurídico*, Instituto de Derecho Público Comparado, Quito, Corporación Editora Nacional, 2004.

Stavenhagen, R.: "Los derechos indígenas: algunos problemas conceptuales", en *Revista Nueva Antropología*, México D.F., Nueva Antropología A.C., 1992, XIII, N° 043.

Szabo, Imre: "Fundamentos históricos de los derechos humanos y desarrollos posteriores", en Vasak, Karel, *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*, Barcelona, Ed. SERBAL-UNESCO, 1983, vol. 1.

Yrigoyen Fajardo, R.: "Hitos del Reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino", en Berraondo, M., *Pueblos Indígenas y derechos humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2006.

Žizek, S.: "Multiculturalismo o la lógica cultural del capitalismo multinacional", en Jamenson, F., Žizek, S., *Estudios Culturales. Reflexiones sobre el multiculturalismo,* Buenos Aires, Paidos, 1998.

Jurisprudencia:

CDESC, "El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto): los desalojos forzosos" (E/1999/22), Observación general Nº 7, 16º período de sesiones, 1997, anexo IV.

CEDAW, "La mujer y la salud" (A/54/38/Rev.1), Recomendación General N° 24, 20° período de sesiones, 1999, cap. I.

CERD, "Derechos de los Pueblos Indígenas" (ONU A/52/18), Recomendación General N°23, 51° período de sesiones, 1997, anexo V.

CIDH, "Informe sobre la situación de los derechos humanos en la República de Colombia" (OEA/Ser.L/V/II.53 doc. 22), 1981, cap. VII.

CIDH, "Protección de las poblaciones indígenas", en OEA, *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos* (OEA/Ser.P/AG/doc.305/73), Washington, D.C., 1973.

CIDH, "*Yanomami c. Brasil"*, Resolución relativa a casos individuales Nº 12/85, Caso N° 7615, dictada el 5 de marzo de 1985.

Corte IDH, "Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay", Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 29 de marzo de 2006, Serie C, N° 146.

Corte IDH, "Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay", Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 24 de agosto de 2010, Serie C, N° 214.

Corte IDH, "Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam", Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 15 de junio de 2005, Serie C, N° 124.

Corte IDH, "Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam", Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 28 de noviembre de 2007, Serie C, N° 172.

Corte IDH, "Caso Yatama Vs. Nicaragua", Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 23 de junio de 2005, Serie C, N° 127.

Corte IDH, "Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay", Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 17 de junio de 2005, Serie C, N° 125.

Corte IDH, "Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni", Fondo, reparaciones y costas, sentencia del 31 de agosto de 2001, Serie C, N° 79.

Corte IDH, "Velásquez Rodríguez vs. Honduras", Fondo, sentencia del 29 de Julio de 1988, Serie C, N° 4.

Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003, Serie A, N° 18.

CRC, "Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención" (CRC/C/GC/11), Observación General N° 11, 50° período de sesiones, 2009.

Igualdad y Filosofía Política

Lecciones y Ensayos, nro. 89, 2011
Benente, Mauro, *Los problemas desigualitarios de la Teoría de la Justicia de John Rawls. Una mirada desde Hannah Arendt,* ps. 455-474

LOS PROBLEMAS DESIGUALITARIOS DE LA TEORÍA DE LA JUSTICIA DE JOHN RAWLS. UNA MIRADA DESDE HANNAH ARENDT

Mauro Benente

Resumen: En el presente artículo desarrollo los principios de justicia esbozados por el filósofo norteamericano John Rawls y presento las críticas que desde perspectivas igualitarias han efectuado Ronald Dworkin, Amartya Sen y Gerald Cohen. Finalmente presento las objeciones que podrían trazarse a la teoría de Rawls desde la obra de Hannah Arendt, críticas que no apuntan a los criterios de distribución de bienes sino al presupuesto de la sociedad entendida como sistema cerrado.

Palabras clave: Justicia – igualdad – derechos – capacidades – sociedad cerrada – refugiados

Abstract: In the present article I will analyze thoroughly the justice principles sketched by the American philosopher John Rawls and I will indicate the critics advanced from equalitarian perspectives mainly by Ronald Dworkin, Amartya Sen and Gerald Cohen. Finally, I will introduce the possible objections that could be made to Rawls' theory from Hannah Arendt's work which donnot point at the goods distribution criteria but to the idea that conceives society as a closed system.

Key words: Justice – equality – rights – capabilities – closed society – refugees

Introducción

En el presente trabajo intento desarrollar de modo muy breve los principales ejes de la *Teoría de la Justicia* de John Rawls, para luego reseñar, también de modo muy escueto, las objeciones que desde puntos de vista igualitaristas, han expuesto Ronald Dworkin, Amartya Sen y Gerald Cohen.

Presentado lo anterior, me interesará sugerir un problema desigualitario en la teoría de Rawls. Esta dificultad, a diferencia de los argumentos de Dworkin, Sen y Cohen, no se detectó como respuesta, o en diálogo con los trabajos de Rawls, sino que había sido detectado, paradójicamente, antes de que la obra de Rawls fuese escrita: Hacia la década de 1950 Hannah Arendt advertía sobre las consecuencias desigualitarias de hacer descansar los derechos humanos en los derechos ciudada-

nos. Esta problemática, según diré, no sólo no se resuelve en la obra de Rawls, sino que, incluso, nuestro autor se encarga de reproducir. Según me interesará remarcar, uno de los grandes problemas desigualitarios no se encuentran –o no se encuentran exclusivamente– en los criterios de distribución, sino en los presupuestos mismos de su teoría, en particular, en el presupuesto de la *sociedad como sistema cerrado*.

1. La Teoría de la Justicia de John Rawls

A poco de iniciada la quinta década de vida es que el filósofo estadounidense John Rawls publica, hacia 1971, su *Teoría de la Justicia,* una obra que ha sido y continúa siendo muy leída, analizada y criticada dentro de la filosofía política y que se ha transformado en un lectura obligatoria dentro de la tradición del liberalismo igualitario. El mismo Rawls –o tal vez otro Rawls– es quien dos décadas más tarde ha reformulado algunos de sus postulados en una obra titulada *Liberalismo Político*, que compila diversas conferencias dictadas por el autor. No obstante, y según veremos hacia el final del trabajo, el presupuesto que torna desigualitaria toda su teoría, no sólo no fue reformulado sino que fue explicado con mayor detalle.

Como destaca Roberto Gargarella, los principios esbozados por Rawls no se orientan a resolver problemas cotidianos, a casos particulares de justicia, sino que están destinados a aplicarse a la denominada *estructura básica de la sociedad*.[1] Rawls es muy tajante en este sentido, ya que en la misma introducción del capítulo primero de *Teoría de la Justicia* aclara que el objeto primario de la justicia es la *estructura básica de la sociedad* por la gran influencia que ella tiene, desde el comienzo, sobre la vida de las personas.[2] Tanto las oportunidades como las expectativas de las personas están fuertemente condicionadas por elementos no elegidos por éstas, y estos elementos, en gran parte, son los que conforman dicha *estructura básica de la sociedad*.[3] Para Rawls "la justicia es la primera virtud de las instituciones sociales, como la verdad lo es de los sistemas de pensamiento. Una teoría, por muy atractiva y esclarecedora que sea, tiene que ser rechazada o revisada si no es verdadera; de igual modo, no importa que las leyes e instituciones estén ordenadas y sean eficientes: si son injustas han de ser reformadas o abolidas".[4]

1. GARGARELLA, Roberto: *Las teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política*, Ed. Paidós, Barcelona, 1999, p. 35.

2. RAWLS, John: *Teoría de la Justicia* (traducción de María Dolores González), Ed. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 1993 [1971], pp. 23-24.

3. NAGEL, Thomas: "La compasión rigurosa de John Rawls: Una breve biografía intelectual" (trad. de Pablo R. Arango y Leonardo G. Jaramillo) en *Revista Praxis filosófica* Vol. 0, N° 16, Cali, septiembre 2003 [1999], p. 30.

4. RAWLS, John: *Teoría de la Justicia* (traducción de María Dolores González), Ed. Fondo de

Rawls entiende por *estructura básica de la sociedad* al "modo en el que las instituciones sociales más importantes distribuyen los derechos y deberes fundamentales y determinan la división de las ventajas provenientes de la cooperación social".[5] El autor nacido en Baltimore avanza aún más y aclara que "por instituciones más importantes entiendo la constitución política y las principales disposiciones económicas y sociales. Así la protección jurídica de la libertad de pensamiento y de conciencia, la competencia mercantil, la propiedad privada de los medios de producción y la familia monogámica son ejemplos de las instituciones sociales más importantes".[6]

Ya determinado el objeto de la justicia, es importante destacar dos limitaciones que el mismo Rawls propone para sus investigaciones: una concepción de la *sociedad como un sistema cerrado*, aislada de otras sociedades y; una *sociedad bien ordenada*, entendida como aquella en la que: "1) cada cual acepta y sabe que los otros aceptan los mismos principios de justicia, y 2) las instituciones sociales básicas satisfacen generalmente estos principios y se sabe generalmente que lo hacen".[7]

Ahora bien, para llegar a los principios de justicia que debieran regir la *estructura básica de la sociedad*, Rawls invoca un particular contractualismo. Si bien, al igual que la mayoría de los contractualistas, Rawls apela a un contrato que es hipotético, en su modelo los sujetos no son supuestos de "carne y hueso" tal como son en su cotidianeidad, sino que apela a una idea de sujeto también hipotético. En este sentido, y tal como destaca Adela Cortina, "Rawls, considerando la autonomía como fundamento en que concordarán las sociedades democráticas, no extrae los principios de la justicia a partir de consensos fácticos entre individuos reales, sino a

---

Cultura Económica, Buenos Aires, 1993 [1971], p. 19. Aun luego de la reformulación de su teoría, en *Liberalismo Político* Rawls mantiene su posición respecto de la estructura de la sociedad como objeto de la justicia. Así, expresa que "una característica esencial de la concepción de la justicia es que la estructura básica de la sociedad es el primer objeto de la justicia" (Rawls, 1993, 243)

5. RAWLS, John: *Teoría de la Justicia* (traducción de María Dolores González), Ed. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 1993 [1971], p. 23.

6. RAWLS, John: *Teoría de la Justicia* (traducción de María Dolores González), Ed. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 1993 [1971], p. 23.

7. RAWLS, John: *Teoría de la Justicia* (traducción de María Dolores González), Ed. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 1993 [1971], p. 21. Es importante destacar que en obras posteriores, Rawls ha admitido el carácter poco realista de la idea de "sociedad bien ordenada", cuestión que lo ha llevado a reformular gran parte de su obra. En este sentido, afirma nuestro autor que "(e)l que exista una pluralidad de doctrinas comprensivas razonables, pero incompatibles entre sí –es decir la existencia de un pluralismo razonable–, demuestra que, tal como se emplea en mi *Teoría de la Justicia,* la idea de una sociedad bien ordenada, una en que haya justicia como imparcialidad, es poco realista". RAWLS, John: *Liberalismo Político* (trad. de Sergio René Madero Báez), Ed. Fondo de Cultura Económica, México D.F., 2003 [1993], p. 12.

partir de un *contrato ideal* entre los individuos revestidos con los *caracteres ideales* con los que delineamos nuestro concepto de persona moral".[8]

Un segundo rasgo diferencial de la propuesta rawlsiana se relaciona con el objetivo mismo de su propuesta y de su particular contrato. Mientras que para la gran mayoría de los contractualistas "clásicos" la apelación al contrato apuntaba a legitimar cierto orden político, o a brindar cierto fundamento de obediencia a la autoridad, la teoría rawlsiana centra su objetivo en la arquitectura de una igualitaria *estructura básica de la sociedad*.[9]

Sin perjuicio de lo anterior, lo característico del contractualismo rawlsiano es el marco en el cual el contrato se celebra. Rawls propone un acuerdo celebrado en una posición original –necesaria para hablar de *justicia como imparcialidad* y de la cual surgirían los principios de justicia–. En ésta, nuestro autor supone sujetos racionales y auto interesados –pero no egoístas– que por estar detrás de un *velo de ignorancia,* no conocen su posición dentro de la estructura de la sociedad en cual desearán regirse por los principios de justicia. Rawls destaca que "entre los rasgos esenciales de esta situación [la posición original], está el de que nadie sabe cuál es su lugar en la sociedad, su posición, clase o *status* social; Nadie conoce tampoco cuál es su suerte con respecto a la distribución de ventajas y capacidades naturales, su inteligencia, su fortaleza, etc. (…) Los principios de la justicia se escogen tras un velo de ignorancia. Esto asegura que los resultados del azar natural o de las contingencias de las circunstancias sociales no darán a nadie ventajas ni desventajas al escoger los principios".[10]

8. CORTINA, Adela: *Ética Mínima. Introducción a la Filosofía Práctica,* Ed. Taurus, Madrid, 1986, p. 186. Cursivas en el original. Si bien no es motivo del trabajo, el supuesto de sociedades democráticas preocupadas por la protección de la autonomía, tiene un sustento en la relación necesaria que para Rawls hay entre liberalismo y democracia. Para otros autores contemporáneos como Michelangelo Bovero, en cambio, mientras la democracia no puede existir sin un mínimo grado de liberalismo, éste último no implica un sistema democrático –algo que puede detectarse, por ejemplo, los trabajos de Immanuel Kant –. Cfr. BOVERO, Michelangelo: *Una gramática de la democracia. Contra el gobierno de los peores* (trad. de Lorenzo Córdoba Vianello)*,* Ed. Trotta, Madrid, 2002 [2000], pp. 103-107.

9. RODILLA, Miguel Ángel: "Presentación" en RAWLS, John, *Justicia como equidad. Materiales para una teoría de la justicia,* Ed. Tecnos, Madrid, 1999, p. 27.

10. RAWLS, John: *Teoría de la Justicia* (traducción de María Dolores González)*,* Ed. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 1993 [1971], p. 29. Un atisbo de esta posición original puede rastrearse en un artículo publicado cuatro años antes que la *Teoría de la Justicia*. En *Justicia distributiva,* Rawls ya sostenía que "(u)n velo de ignorancia evita que nadie resulte beneficiado o perjudicado por las contingencias de clase social y de buena o mala fortuna; de ahí que los problemas de negociación que surgen en la vida diaria no afecten la elección de los principios". RAWLS, John: "Justicia distributiva" en *Justicia como equidad. Materiales para una teoría de la justicia* (trad. de Miguel Ángel Rodilla)*,* Ed. Tecnos, Madrid, 1999 [1967], p. 125.

Presentados los caracteres de la *posición original*, estamos en condiciones de reseñar los dos principios de justicia que, entiende Rawls, los sujetos acordarían en tal situación. Si bien Rawls intenta demostrar racionalmente las causas por las cuales los sujetos adscribirían los dos principios que enunciará, en algún sentido hay una suposición de cuáles serían esos los principios adoptados, en un contrato que *no es* un contrato.[11] Es el mismo Rawls, en el marco de un debate con Jürgen Habermas, quien postula que la *posición original* no es más que un mecanismo analítico que tiene como objeto la formulación de una conjetura, según la cual "cuando preguntamos cuáles son los principios más razonables de la justicia política para una democracia constitucional cuyos ciudadanos son considerados como libres e iguales, razonables y racionales, la respuesta es que estos principios vienen dados por un mecanismo de representación en el cual las partes racionales (entendidas como fideicomisarios de ciudadanos, uno por cada ciudadano) están situados en condiciones razonables y limitados por estas condiciones de modo absoluto".[12]

De acuerdo con el filósofo estadounidense, pues, "el primero [de los principios] exige la igualdad en la repartición de derechos y deberes básicos, mientras que el segundo [conocido como *principio de diferencia*] mantiene que las desigualdades sociales y económicas, por ejemplo las desigualdades de riqueza y autoridad, sólo son justas si producen beneficios compensadores para todos y, en particular, para los miembros menos aventajados de la sociedad".[13] Ahora bien, dentro de la teoría

11. En este sentido, tal como sugiere Dworkin, "Rawls no supone que haya habido algún grupo que entró en un contrato social tal como él lo describe. Lo único que sostiene es que si un grupo de seres racionales se encontrara en la situación estipulada por la posición original, su contrato abarcaría los dos principios (…) Un contrato hipotético no es simplemente una forma desviada de un contrato real; lisa y llanamente no es un contrato." DWORKIN, Ronald: *Los derechos en serio* (trad. de Marta Guastavino)*,* Ed. Ariel, Barcelona, 2002 [1977], p. 235.

12. RAWLS, John: "Réplica a Habermas" (trad. de Gerar Vilard Roca) en HABERMAS, Jürgen, RAWLS, John, *Debate sobre el liberalismo político,* ed. Paidós, Barcelona, 1998 [1995], pp. 84-85.

13. RAWLS, John: *Teoría de la Justicia* (traducción de María Dolores González)*,* Ed. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 1993 [1971], p. 32. Es nuevamente en *Justicia distributiva* donde puede encontrarse una primera formulación de estos principios. Allí, Rawls los enuncia en estos términos: "primero, toda persona que toma parte en una institución o se ve afectada por ella tiene un igual derecho a la más amplia libertad compatible con una similar libertad para todos; y segundo, las desigualdades, en tanto que definidas o alentadas por la estructura institucional, son arbitrarias a no ser que sea razonable esperar que redunden en provecho de todos". RAWLS, John: "Justicia distributiva" en *Justicia como equidad. Materiales para una teoría de la justicia* (trad. de Miguel Ángel Rodilla)*,* Ed. Tecnos, Madrid, 1999 [1967], p. 126. En la *Teoría de la justicia*, y en un pasaje más avanzado de la obra al citado en el párrafo principal, Rawls ensaya una nueva formulación –aunque provisoria– de los mismos principios. Así afirma que "*(p)rimero:* Cada persona ha de tener un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas iguales que sea compatible con un esquema semejante de libertades para los demás. *Segundo:* Las desigualdades

de Rawls, estos principios no tienen igual jerarquía sino que están presentados de acuerdo con un orden *lexicográfico*. En este caso, el principio de diferencia no podría ser aplicado a menos que el primero de los principios haya sido completamente satisfecho o no sea susceptible de ser aplicado. Nuestro autor postula, entonces, que "como un caso especial importante, propondré una ordenación de este tipo [lexicográfica] situando al principio de igual libertad en una jerarquía anterior al principio regulador de las desigualdades económicas y sociales. Esto quiere decir realmente que la estructura básica de la sociedad habrá de disponer las desigualdades de riqueza y de autoridad de modo que sean consistentes con las libertades iguales exigidas por el principio anterior".[14]

De acuerdo con Gargarella, el primer principio manifiesta el compromiso de Rawls con la idea de libertad, mientras que el segundo demuestra un compromiso con la noción de igualdad.[15] Es real que, de acuerdo con Rawls, la distribución de libertades también debe ser igualitaria, pero en tanto la distribución se da en el plano formal y no fáctico o material, es posible que no logre resolver los déficits desigualitarios que anteceden el ejercicio de la libertad. En este sentido, es posible distribuir de manera igualitaria los derechos políticos, pero en la práctica su ejercicio depende

---

sociales y económicas habrán de ser conformadas de modo tal que a la vez que: a) se espere razonablemente que sean ventajosos para todos, b) se vinculen a empleos y cargos asequibles para todos". RAWLS, John: *Teoría de la Justicia* (traducción de María Dolores González), Ed. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 1993 [1971], p. 82. Una similar formulación a la expuesta en *Teoría de la Justicia* es ensayada por Rawls en *Las libertades fundamentales y su prioridad*, una conferencia pronunciada en 1981 en la Universidad de Michigan. Cfr. RAWLS, John: "Las libertades fundamentales y su prioridad" (trad. de Guillermo Valverde Gefall) en RAWLS, John, SEN, Amartya, *et. al.*, *Libertad, igualdad y derecho,* Planeta-Agostini, Barcelona, 1995 [1981], p. 13. Finalmente, en *Liberalismo Político* Rawls reformuló parcialmente sus dos principios que, manteniendo el orden *lexicográfico*, fueron desarrollados en estos términos: "*a*. Cada persona tiene igual derecho a exigir un esquema de derechos y libertades básicos e igualitarios completamente apropiado, esquema que sea compatible con el mismo esquema para todos; y en este esquema, las libertades políticas iguales, y sólo esas libertades, tienen que ser garantizadas en su valor justo; *b*. Las desigualdades sociales y económicas sólo se justifican por dos condiciones: en primer lugar, estarás relacionadas con puestos y cargos abiertos a todos, en condiciones de justa igualdad de oportunidades; en segundo lugar, estas posiciones y estos cargos deberán ejercerse en el máximo beneficio de los integrantes de la sociedad menos privilegiados". RAWLS, John: *Liberalismo Político* (trad. de Sergio René Madero Báez), Ed. Fondo de Cultura Económica, México D.F., 2003 [1993], p. 31.

14. RAWLS, John: *Teoría de la Justicia* (traducción de María Dolores González), Ed. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 1993 [1971], p. 63.

15. GARGARELLA, Roberto: *Las teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política*, Ed. Paidós, Barcelona, 1999, p. 39.

de determinadas condiciones materiales de vida.[16]

Reseñadas, trazadas con lápiz grueso las líneas que dibujan, que delinean el camino de la *Teoría de la Justicia*, exhibiré algunas propuesta teóricas –casi tan clásicas como la teoría de Rawls– que muestran el recorrido del filósofo estadounidense como insuficientemente igualitario. No obstante lo que desarrollaré a continuación, vale recordar, tal como lo hace Nagel, que gran parte de quienes han trabajado críticamente los postulados de Rawls, no han abordado asuntos anclados en los déficits igualitarios de su teoría sino que se han preocupado por cuestiones atinentes a la tolerancia y la libertad.[17]

2. Críticas a la Teoría de Rawls desde perspectivas igualitarias

2.1. La posición de Ronald Dworkin

Ronald Dworkin se ha mostrado preocupado por defender una posición liberal –basada en su famosa concepción de los derechos individuales como *cartas de triunfo* frente a decisiones mayoritarias–,[18] pero también ha expuesto su propuesta igualitaria. Si bien en lo que a igualdad se refiere, el profesor de la Universidad de Oxford comparte la mayoría de los postulados rawlsianos, también ha marcado determinados ejes de diferenciación. Asimismo, y aunque excede a los límites de este trabajo, Dworkin ha sostenido que la teoría de Rawls si bien brinda argumentos para obedecer instituciones justas, no logra brindar argumentos para explicar el deber de obediencia de las instituciones de la comunidad a la cual los sujetos pertenecen.[19]

Como destaca Gargarella, Dworkin entiende que la teoría de la justicia de Rawls "resulta demasiado insensible a las dotaciones propias de cada persona, y

16. Cfr. RIVERA LÓPEZ, Eduardo: "Igualdad política y desigualdad económica. Algunas reflexiones y propuestas aplicadas al principio de diferencia de Rawls", en *Revista Isonomía* N° 4, México D.F., 1996.

17. NAGEL, Thomas: "La compasión rigurosa de John Rawls: Una breve biografía intelectual" (trad. de Pablo R. Arango y Leonardo G. Jaramillo) en *Revista Praxis filosófica* Vol. 0, N° 16, Cali, septiembre 2003 [1999], p. 35.

18. Cfr. DWORKIN, Ronald: *Los derechos en serio* (trad. de Marta Guastavino), Ed. Ariel, Barcelona, 2002 [1977].

19. Así, afirma que "(a)un aquellos que rechazan el método general de Rawls, tal vez acepten el deber de admitir instituciones justas o casi justas. Ese deber, sin embargo, no proporciona una buena explicación de la legitimidad, porque no une lo suficientemente unida la obligación política a quienes pertenecen a una comunidad en particular; no muestra por qué los británicos tienen algún especial deber de admitir las instituciones de Gran Bretaña". DWORKIN, Ronald: *Law´s Empire,* Harvard University Press, London, 1986, P. 193.

no suficientemente sensibles a las ambiciones de cada uno".[20] Anticipando que sólo reseñaré la primera de las críticas, parecería que al medirse la posición social en términos de recursos primarios, la propuesta de Rawls permitiría que los sujetos se encontrasen en posiciones de desventaja por situaciones que no controlan. Citando un ejemplo de Will Kimlikca, es posible afirmar que de acuerdo con la teoría de Rawls, una persona con ingresos algo mayores que otra, pero con graves problemas de salud, estaría en mejor posición que la otra, aún cuando sus ingresos no sean suficientes para cubrir los gastos en medicamentos.[21]

De acuerdo a lo expuesto, pues, Rawls propone una distribución igualitaria de los recursos pero, y el ejemplo expuesto lo demuestra, situaciones por las cuales los sujetos no son moralmente responsables continúan repercutiendo en sus condiciones personales de vida. Habría, en este caso, una debilidad en uno de sus principales objetivos la teoría de Rawls: la morigeración de los efectos de la *lotería natural*.

La crítica de Dworkin –no su propuesta–, muy brevemente aquí reseñada, puede relacionarse con el embate de Amartya Sen, para quien no es atractivo centrar de modo exclusivo la propuesta igualitaria o el plano de la igualdad en la distribución de recursos.

2.2. Las críticas de Amartya Sen

Si bien Amartya Sen se ha enrolado dentro del denominado liberalismo igualitario, ha desplegado una interesante crítica al discurso de los derechos propio del liberalismo. En este sentido, comienza su análisis destacando que es posible trazar tres consideraciones acerca de los derechos.

La primera perspectiva, que denomina *instrumental* –y que sería propia de los enfoques utilitaristas–, prescribe que los derechos son instrumentos valiosos para alcanzar otros objetivos. De acuerdo con una segunda perspectiva, es posible hablar de derechos como *restricciones* con respecto a lo que otros sujetos, entre ellos el Estado, pueden hacer o no hacer. Desde esta perspectiva, y a diferencia de la primera, los derechos tendrían una importancia intrínseca. Por último, puede considerarse a los derechos como *metas* hacia las cuales se debiera aspirar. De acuerdo con esta concepción, dice nuestro autor, los derechos son considerados como intrínsecamente importantes pero, y aquí radicaría la diferencia con la concepción *restrictiva,* no

20. GARGARELLA, Roberto: *Las teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política*, Ed. Paidós, Barcelona, 1999, p. 72.

21. Ejemplo citado en GARGARELLA, Roberto: *Las teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política*, Ed. Paidós, Barcelona, 1999, p. 72.

sólo implican deberes de abstención por parte del Estado sino que también involucra deberes positivos.[22]

Si bien Sen se ha mostrado atraído por defender una concepción de los derechos como *metas,* su preocupación fundamental estuvo marcada por instalar el discurso de las *capacidades*. Como destaca Martha Nussbaum, las *capacidades* aluden a aquello que las personas pueden ser o hacer.[23] Como sostiene Gargarella, la noción de capacidades guarda una íntima relación con la noción de *desempeños* o *funcionamientos –functionings–* individuales. Al decir del profesor argentino, y refiriéndose a Sen, "(l)a capacidad de una persona, conforme a su opinión, viene a conjugar los distintos desempeños que alguien puede alcanzar: tener una cierta capacidad es ser capaz de alcanzar una serie de 'desempeños'. En este sentido la idea de 'desempeños' representa el concepto más primitivo de su propuesta, al vincularse a las distintas cosas que la persona logra hacer o llegar a ser en el desarrollo de su vida".[24]

Para el economista bengalí, entonces, "(q)uizá la noción más primitiva de este enfoque se refiere a los 'funcionamientos'. Los *funcionamientos* representan partes del estado de una persona: en particular, las cosas que logra hacer o ser al vivir. La *capacidad* de una persona refleja combinaciones alternativas de los funcionamientos que esta puede lograr".[25] Además, y esto representa un embate al discurso económico predominante, Sen aclara que su enfoque "se basa en una visión de la vida en tanto combinación de varios 'quehaceres y seres', en los que la calidad de vida debe avaluarse en términos de la capacidad para lograr funcionamientos valiosos".[26]

22. SEN, Amartya: "Pobreza y Hambre" (trad. de Lelio Fernández) en *Revista Precedente*, Ed. Centro de Investigaciones Sociojurídicas, Cali, 2001 [1988]. Es posible conjeturar que bajo esta concepción de deberes de abstención y de acción estatal subyace la clásica diferenciación filosófica-política entre libertades negativas y positivas o libertades modernas y pre-modernas. Los primeros elementos de ambos binomios aluden a ámbitos de libertad respecto del Estado, mientras que los segundos aluden a la posibilidad de participar en la cosa pública. Para una aproximación a la libertad negativa –o moderna– y positiva –o premoderna– ver BARBERIS, Mauro: "Libertad y liberalismo", *Revista Isonomía*, Nº 16, México, abril de 2002 y BERLIN, Isaiah: "Dos conceptos de libertad" (trad. de Julio Bayón) en *Cuatro ensayos sobre la libertad,* Ed. Alianza, Madrid, 1988 [1958].

23. NUSSBAUM, Martha: *Capacidades como titulaciones fundamentales: Sen y la justicia social* (trad. de Evelardo Lamprea Montealegre), Departamento de Publicaciones de la Facultad Externado de Colombia, Bogotá, 2005 [2003], p. 17.

24. GARGARELLA, Roberto: *Las teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política*, Ed. Paidós, Barcelona, 1999, p. 77.

25. SEN, Amartya: "Capacidad y bienestar" (trad. de Roberto Reyes Mazzoni) en NUSSBAUM, Martha y SEN, Amartya (comps.), *La Calidad de Vida,* Ed. Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1996 [1993], pp. 55-56.

26. SEN, Amartya: "Capacidad y bienestar" (trad. de Roberto Reyes Mazzoni) en NUSSBAUM,

De acuerdo con Sen y sus seguidores, el discurso de las *capacidades* alude a una propuesta más igualitaria en comparación de aquellos esfuerzos teóricos que plantean una igual distribución de recursos ya que estos esfuerzos no pueden "considerar el hecho de que los individuos, para alcanzar el mismo nivel de capacidad de funcionamiento, necesitan diferentes niveles de recursos".[27] Como ejemplifica el propio Sen, si se desea una igualdad en los niveles de desplazamiento, una persona en silla de ruedas necesita más recursos relacionados con la movilidad que los que necesita una persona que puede caminar sin dificultades.[28]

El discurso de las *capacidades*, desplaza la atención desde los bienes hacia el modo en que ellos repercuten en las personas y los que estás pueden llegar a hacer a partir de aquellos, algo que si bien no parece ser advertido en la obra de Rawls, podría verse como un complemento. Así, el mismo Sen sugiere que "(e)l interés por las capacidades básicas puede verse como una extensión natural de la preocupación de Rawls por los bienes primarios, desplazando la atención de los bienes, a lo que los bienes suponen para los seres humanos. Rawls mismo justifica el juzgar la favorabilidad en función de los bienes primarios por referencia a las capacidades, aunque sus criterios acaben por centrarse en los bienes pos sí mismos: en los ingresos, y no en lo que haces esos ingresos, en las 'bases sociales de la propia estima', en vez de en la misma propia estima, etc. Si los seres humanos fueran muy similares, esto no tendría mucha importancia, pero la experiencia indica que la conversión de los bienes en capacidades cambia de una persona a la siguiente sustancialmente, y la igualdad de lo primero puede estar alejada de la igualdad de lo segundo". [29]

2.3. Las objeciones de Gerald Cohen

Tanto las críticas de Ronald Dworkin cuanto las de Amartya Sen apuntan, centran el foco de su atención, al insuficiente contenido igualitario del modo de distribución de los bienes primarios. Gerald Cohen, en un principio, también ha-

---

Martha y SEN, Amartya (comps.), *La Calidad de Vida,* Ed. Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1996 [1993], p. 56.

27. NUSSBAUM, Martha: *Capacidades como titulaciones fundamentales: Sen y la justicia social* (trad. de Evelardo Lamprea Montealegre), Departamento de Publicaciones de la Facultad Externado de Colombia, Bogotá, 2005 [2003], p. 20.

28. Citado NUSSBAUM, Martha: *Capacidades como titulaciones fundamentales: Sen y la justicia social* (trad. de Evelardo Lamprea Montealegre), Departamento de Publicaciones de la Facultad Externado de Colombia, Bogotá, 2005 [2003], p. 21.

29. SEN, Amartya: "¿Igualdad de qué?" (trad. de Guillermo Valverde Gefall) en RAWLS, John, SEN, Amartya, *et. al.*, *Libertad, igualdad y derecho,* Planeta-Agostini, Barcelona, 1995 [1979], p. 153.

bía trabajado sobre este tipo de objeciones[30] –principalmente sobre el principio de diferencia– pero en sus últimos trabajos ha ido más allá. Como destaca el autor canadiense, "según Rawls y la mayoría de los liberales, los principios de justicia se aplican a la estructura básica de la sociedad, y no a las elecciones que las personas realizan dentro de tal estructura".[31]

El planteo de Cohen, uno de los máximos exponentes del marxismo analítico, es algo más radical ya que sostiene que en una sociedad justa, la justicia no sólo debiera imperar sobre al estructura básica de la sociedad sino que debiera estar presente en todas y cada una de las elecciones de los agentes. Mientras para Ronald Dworkin no habría que eliminar las consecuencias desigualitarias emergentes de las elecciones individuales,[32] para Cohen, resulta "necesaria la noción de justicia en las elecciones personales, dentro de un ethos justo, para que la sociedad pueda ser calificada como justa".[33]

No obstante, es importante destacar que si bien Cohen se enrola entre los igualitaristas que intentan neutralizar los efectos del azar, el imperio de justicia en el marco de las elecciones humanas se enmarca dentro de corrientes igualitaristas que centran, preponderantemente, la idea de igualdad –y también de libertad– como no-dominación.[34]

Este tipo de corrientes, generalmente asociadas a tradiciones con perfiles más republicanos que liberales, podrían afirmarnos que las desigualdades producto de elecciones personales debieran ser inadmisibles porque podrían devenir en relaciones de dominación y, justamente, los igualitaristas debieran preocuparse por minimizar las relaciones de dominación entre las personas. En este orden de ideas, y trabajando con una noción de libertad como no-dominación, Philip Pettit sostiene

30. Para una reseña de las críticas ver GARGARELLA, Roberto: *Las teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política*, Ed. Paidós, Barcelona, 1999, pp. 79-85.

31. COHEN, Gerald A.: "Si usted es igualitario, ¿cómo puede ser tan rico?" (Trad. de Martín HEVIA), Ponencia presentada en el Seminario sobre Derecho y Filosofía Política en la Universidad Torcuato Di Tella el 25 de noviembre de 1996 y publicada en *Revista argentina de teoría jurídica*, N° 1, vol. 1, 1999 [1996].

32. DWORKIN, Ronald: "What is Equality? Part 2: Equality of Resources", en *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 10, N° 4, autumn 1981.

33. COHEN, Gerald A.: "Si usted es igualitario, ¿cómo puede ser tan rico?" (Trad. de Martín HEVIA), Ponencia presentada en el Seminario sobre Derecho y Filosofía Política en la Universidad Torcuato Di Tella el 25 de noviembre de 1996 y publicada en *Revista argentina de teoría jurídica*, N° 1, vol. 1, 1999 [1996].

34. Para una aproximación sobre las diferencias entre estos modos de concebir la igualdad puede consultarse ALEGRE, Marcelo: "Igualitarismo, Democracia y Activismo Judicial" en ALEGRE, Marcelo, GARGARELLA, Roberto (Coord.), *El derecho a la igualdad*, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007.

que un agente tiene poder de dominación sobre otro cuando "1- tiene capacidad para interferir 2- de un modo arbitrario 3- en determinadas elecciones que el otro pueda realizar".[35] Así, y atento a este anclaje de la no-dominación en el marco de las relaciones intersubjetivas, el filósofo australiano postula que "alguien disfruta de no-dominación, podemos decir, cuando vive entre personas que no satisfacen las tres condiciones".[36]

3. El problema de la sociedad cerrada y la igualdad

Mientras que las críticas de Dworkin y Sen tienen su eje en los criterios distributivos de la teoría de Rawls, las objeciones de Cohen radican en el olvido de la aplicación de los parámetros igualitarios en el marco de las relaciones intersubjetivas. A continuación me interesará abordar un obstáculo desigualitario que, según creo, se encuentra depositado en los intersticios de uno los presupuestos de la teoría de Rawls: *la sociedad como un sistema cerrado.*

Tal como he reseñado, en las primeras líneas de *Teoría de la Justicia,* Rawls erige a la sociedad concebida como un *sistema cerrado* como uno de los límites a los alcances de sus postulados. Según entiendo, no se trata de un límite menor, sino que a medida que éste es trazado, emergen los problemas desigualitarios. En aquellos granos que salpican en la arena cuando en las playas se demarcan territorios, esos granos que emergen del trazado mismo, tomarán cuerpo en la teoría de Rawls, y serán en esos cuerpos donde se volverán patentes las desigualdades que llevan en sus bolsillos los presupuestos de la teoría rawlsiana. A medida que en la arena de la costa Rawls va trazando los límites de la *sociedad como sistema cerrado*, aquellos granos que salpican del trazado, por estar fuera de su *sistema cerrado*, serán la muestra más lacerante de los problemas desigualitarios de su teoría.

En su *Teoría de la Justicia*, Rawls explicaba que la limitación de la sociedad como un sistema cerrado debía entenderse como una sociedad aislada de otras sociedades y que por ello, en principio, sus desarrollos no atendrían a las relaciones internacionales interestatales.[37] No obstante, en la primera conferencia que se incluye en *Liberalismo Político*, los alcances de la sociedad como un sistema cerrado parecen ser otros.

35. PETTIT, Philip: *Republicanismo. Una teoría sobre la libertad y el gobierno* (trad. de Toni Doménech)*,* Ed. Paidós, Barcelona, 1999 [1997], p. 78.

36. PETTIT, Philip: *Republicanismo. Una teoría sobre la libertad y el gobierno* (trad. de Toni Doménech)*,* Ed. Paidós, Barcelona, 1999 [1997], p. 96.

37. RAWLS, John: *Teoría de la Justicia* (traducción de María Dolores González)*,* Ed. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 1993 [1971], pp. 24-25.

En el inicio de esta primera conferencia se encuentra una pregunta sumamente compleja, no sólo por la respuesta sino por los términos de su formulación. Rawls, en lo que considera una pregunta fundamental respecto de la justicia en el marco de una sociedad democrática, se interroga "¿cuál es la más apropiada concepción de la justicia para especificar los términos justos de la cooperación social entre ciudadanos considerados libres e iguales, miembros de una sociedad con la que cooperan plenamente durante toda una vida, de una generación a la siguiente?".[38] A continuación Rawls incluye el asunto de la tolerancia dentro de una sociedad plural, para redefinir su interrogante en estos términos: "¿Cómo es posible que exista durante un tiempo prolongado una sociedad justa y estable de ciudadanos libres e iguales, los cuales permaneces profundamente divididos por doctrinas razonables, religiosas, filosóficas y morales?".[39]

Para dar respuesta al primer interrogante, Rawls ensayará dos principios similares a los enunciados en la *Teoría de la Justicia*, a los que mantendrá en orden *lexicográfico*. Asimismo, recordará que sus principios se aplican sobre la *estructura básica de la sociedad*, que ahora Rawls supone como una democracia constitucional moderna. Además, aclara suponer que "la estructura básica es la de una sociedad cerrada; es decir, la consideraremos en contenida en sí misma y sin tener relaciones con otras sociedades. Sus integrantes ingresan a ella sólo por nacimiento, y salen de ella sólo para morir".[40]

Ya en la misma pregunta que inicia la conferencia se encuentra la chispa del estallido que se produce con la *sociedad como sistema cerrado*. En la misma pregunta, Rawls se interroga sobre la concepción de justicia entre *ciudadanos*, no entre *hombres y mujeres*, entre *cuerpos*. La distribución de derechos que Rawls propone se realiza entre los *ciudadanos*, entre los que ingresan a esa sociedad solamente por el nacimiento. En ese dibujo de la sociedad perfecta que se traza en la arena y que protege frente a la potencia de las olas, aquellos granos que saltaban de la realización del trazo mismo, van tomando cuerpo en aquellos que *no son ciudadanos*, en los que no pueden ingresar a la *sociedad cerrada* porque no han nacido dentro de sus límites.

A continuación, pues, me interesará reseñar las consecuencias que Hannah Arendt detectó en un momento histórico en el cual los proclamados *derechos humanos* habían quedado reducidos a *derechos ciudadanos*. Momento en el cual aquellos

38. RAWLS, John: *Liberalismo Político* (trad. de Sergio René Madero Báez), Ed. Fondo de Cultura Económica, México D.F., 2003 [1993], p. 29.

39. RAWLS, John: *Liberalismo Político* (trad. de Sergio René Madero Báez), Ed. Fondo de Cultura Económica, México D.F., 2003 [1993], p. 29.

40. RAWLS, John: *Liberalismo Político* (trad. de Sergio René Madero Báez), Ed. Fondo de Cultura Económica, México D.F., 2003 [1993], p. 36.

que estaban fuera de los límites de la *sociedad cerrada* eran eso y nada más que eso: los que estaban fuera de la *sociedad cerrada*. Los granos de arena, aquellos que sólo con su cuerpo debían hacerle frente a la fuerza del mar.

3.1. Hannah Arendt y los refugiados

Hannah Arendt debió huir del régimen nazi en 1933, y tras pasar por Karlovy Vari, Génova y Ginebra se estableció en la ciudad de Paris. En 1937 el régimen nazi le quitó su nacionalidad y hacía 1941 debió abandonar Francia, aunque afortunadamente llevó entre su equipaje las *Tesis sobre filosofía de la historia* de Walter Benjamin. Tras un fugaz paso por Lisboa, se radicó finalmente en Nueva York. En esos mismos años en los cuales huía de la persecución totalitaria, Rawls cumplía con su labor de marinero en el Pacífico sur en el marco de la Segunda Guerra Mundial.

En los Estados Unidos, Arendt escribió dos interesantes trabajos sobre la temática de los refugiados y los apátridas. El primero, *We the refugees* –Nosotros los refugiados– data de enero de 1943 y fue publicado en una revista judía de lengua inglesa llamada *The Menorah Journal.* El segundo trabajo corresponde al Capítulo IX del segundo volumen de *Los orígenes del totalitarismo –Imperialismo–,* capítulo titulado "La decadencia del Estado-Nación y el final de los derechos del hombre", cuya primera edición data de 1951, año en que adoptaría la nacionalidad estadounidense tras ser durante 14 años una apátrida.

El primero de los trabajos es un escrito que podríamos denominar testimonial, que intenta dar cuenta de experiencias comunes de emigrados judíos de la Alemania Nazi. Narrado con una poderosa carga emotiva, se trata de un testimonio de quienes rehusaban de autodenominarse *refugiados* y preferían el de *recién llegados* o *inmigrantes*.[41] Este artículo, en apretada síntesis, es una descripción del infierno que acosaba a quienes escapaban del nacionalsocialismo, un infierno "que ya no es una creencia religiosa ni una fantasía, sino algo tan real como las cosas, las piedras y los árboles".[42]

Dentro de esta narración testimonial ya aparece un atisbo de aquello que será profundizado años más tarde en el citado capítulo de *Los orígenes del totalitarismo*, y que refiere a la desprotección legal que los judíos sufrían al emigrar. En este sentido, la autora narra que "(s)i empezáramos contando la verdad de que no somos sino judíos, ello supondría exponernos al destino de los seres humanos que, sin la pro-

41. ARENDT, Hannah: "Nosotros, los refugiados" en *Una revisión de la historia judía y otros ensayos* (trad. de Miguel Candel), Ed. Paidós, Buenos Aires, 2005 [1943], p. 1.

42. ARENDT, Hannah: "Nosotros, los refugiados" en *Una revisión de la historia judía y otros ensayos* (trad. de Miguel Candel), Ed. Paidós, Buenos Aires, 2005 [1943], p. 3.

tección de ninguna ley o convención política concreta, no son nada más que seres humanos",[43] para luego afirmar que "los pasaportes o los certificados de nacimiento, y a veces incluso los recibos del impuesto sobre la renta, ya no son papeles oficiales sino cuestiones de distinción social".[44] Años más tarde, y retomado algunos de estos vestigios, Arendt profundizará sus reflexiones.

Nuestra autora dirá que la emergencia de los tratados sobre protección de minorías étnicas y/o nacionales celebrados con posterioridad a la Primera Guerra Mundial, se erigía como una muestra clara de lo que otrora no era más que un indicio, una huella, algo que solamente estaba implícito: sólo los nacionales podían ser ciudadanos y sólo éstos podían gozar de una completa protección legal.[45] Esta descripción de Arendt se ajusta con los límites que Rawls que imponía a su teoría: en la sociedad de Rawls, "sus integrantes ingresan a ella sólo por nacimiento",[46] los que parece implicar "que sólo los nacionales podían ser ciudadanos, que sólo las personas del mismo origen nacional podían de la completa protección de las instituciones legales".[47] Los que no están dentro de la *sociedad cerrada* están desprotegidos, "no son nada más que seres humanos",[48] son los granos de arena.

La descripción de Arendt se intensifica cuando sus desarrollos se trasladan del análisis de la situación de las minorías, hacia la problemática de los refugiados y apátridas, momento en el cual los derechos supuestamente *inalienables* mostraban a todas luces que sólo podían ser disfrutados por los ciudadanos de las naciones más prosperas.[49] Los apátridas y refugiados eran una denuncia viva, una falla materiali-

43. ARENDT, Hannah: "Nosotros, los refugiados" en *Una revisión de la historia judía y otros ensayos* (trad. de Miguel Candel), Ed. Paidós, Buenos Aires, 2005 [1943], p. 13.

44. ARENDT, Hannah: "Nosotros, los refugiados" en *Una revisión de la historia judía y otros ensayos* (trad. de Miguel Candel), Ed. Paidós, Buenos Aires, 2005 [1943], p. 14.

45. ARENDT, Hannah: *Los orígenes del totalitarismo. II Imperialismo* (trad. de Guillermo Solana), Madrid, Alianza, 1982 [1951], p. 352.

46. RAWLS, John: *Liberalismo Político* (trad. de Sergio René Madero Báez), Ed. Fondo de Cultura Económica, México D.F., 2003 [1993], p. 36.

47. ARENDT, Hannah: *Los orígenes del totalitarismo. II Imperialismo* (trad. de Guillermo Solana), Madrid, Alianza, 1982 [1951], p. 352.

48. ARENDT, Hannah: "Nosotros, los refugiados" en *Una revisión de la historia judía y otros ensayos* (trad. de Miguel Candel), Ed. Paidós, Buenos Aires, 2005 [143], p. 13.

49. Así, Arendt sugiere que "(n)inguna paradoja de la política contemporánea se halla penetrada de una ironía tan punzante como la discrepancia entre los esfuerzos de idealistas bien intencionados que insistieron tenazmente en considerar como 'inalienables' aquellos derechos humanos que eran disfrutados solamente por los ciudadanos de los países más prósperos y civilizados y la situación de quienes carecían de tales derechos." Para luego sentenciar con una poderosa y escalofriante deriva de los apátridas, cuya "situación empeoró intensamente, hasta que el campo de internamiento –que antes de la segunda guerra mundial era la excepción más que la norma para loa apátridas– se

zada en sufrimiento, de un discurso que hacía alusión a los derechos humanos, pero que sólo funcionaban como derechos ciudadanos. Cuando los derechos humanos fueron puestos a prueba, cuando debieron aplicarse a los apátridas, a aquellos que ya no tenían otro atributo que su pertenencia a la humanidad, los derechos humanos quedaron reducidos a los derechos ciudadanos.[50]

La identidad, la reducción de los derechos del hombre a los derechos del ciudadano privaba a los no-ciudadanos del derecho a tener derechos, estaban por fuera del derecho, e incluso –y esto muestra la crudeza del problema–, el modo de entrar al ámbito de la ley era por vía del delito. En este sentido, Arendt sugiere trazar un escalofriante *test*: "(e)l mejor criterio por el que decidir si alguien se ha visto expulsado del recinto de la ley es preguntarle si se beneficiará de la realización de un delito. Si un pequeño robo puede mejorar, al menos temporalmente, su posición legal, se puede tener la seguridad de que ese individuo ha sido privado de sus derechos humanos. Porque entonces un delito ofrece la mejor oportunidad de recobrar algún tipo de igualdad humana, aunque sea como reconocida excepción a la norma".[51]

De aquello que Arendt intenta dar cuenta, en definitiva, es que mientras los derechos del hombre se habían consagrado como inalienables e independientes de todo Gobierno, al momento en que los seres humanos carecieron de su propio Gobierno, carecieron también de sus derechos.[52]

Sin dudas que el relato histórico que realiza Arendt resulta sumamente importante, pero sus líneas no son únicamente una narración empírica, sino también una manifestación de principios. De acuerdo con lo expuesto por Balibar en el marco del coloquio *Hidden Tradition - Untimely Actuality*?, celebrado en ocasión de la conmemoración de los 100 años del nacimiento de Arendt, lo potente de los postulados de nuestra autora radica en que "no equivale únicamente a afirmar que a nivel de los 'principios' o del ideal moral de los derechos humanos restan concebibles como el fundamento de los derechos del ciudadano, cuya evolución los contradice de *facto*. El sentido de la argumentación es exactamente el inverso, y es por ello que parece una provocación (un poco a la manera en que las argumentaciones *sofísticas* aparecían para los Antiguos como provocaciones a la razón y la tradición): si

---

convirtió en la solución rutinaria para el problema del domicilio de las 'personas desplazadas'" ARENDT, Hannah: *Los orígenes del totalitarismo. II Imperialismo* (trad. de Guillermo Solana), Madrid, Alianza, 1982 [1951], p. 356.

50. AMIEL, Anne: *Hannah Arendt. Política y acontecimiento* (trad. de Rogelio Paredes), Buenos Aires, Nueva Visión, 2000, p. 28.

51. ARENDT, Hannah: *Los orígenes del totalitarismo. II Imperialismo* (trad. de Guillermo Solana), Madrid, Alianza, 1982 [1951], p. 354.

52. ARENDT, Hannah: *Los orígenes del totalitarismo. II Imperialismo* (trad. de Guillermo Solana), Madrid, Alianza, 1982 [1951], p. 370.

la abolición de los derechos del ciudadano significa también la destrucción de los derechos del hombre, es porque en realidad los segundos reposan sobre los primeros y no a la inversa".[53]

Según entiendo, en la propuesta de Rawls no se produce este reposo resaltado por Balibar de los derechos humanos sobre derechos ciudadanos porque, lo que proclama Rawls, son *ya siempre* derechos ciudadanos. Los derechos que consagra Rawls *ya siempre* excluyen a los que no son ciudadanos, a aquellos que no acceden a la sociedad por el nacimiento en su seno. En el castillo de arena construido por Rawls, el discurso que le sirve de andamio no tiene pretensiones universales. Los granos de arena que quedan fuera, quedan, sencillamente, fuera.

Si de lo que se trata es de analizar la propuesta de Rawls desde una mirada igualitaria, desde este prisma no puede dejar de advertirse la problemática que genera dejar *ya siempre* fuera de los principios de justicia a aquellos que no son ciudadanos. Más allá de que al momento de la aplicación de principios existan algunos problemas desigualitarios –y entiendo que por aquí esbozan sus críticas Dworkin, Sen y Cohen–, según creo, el conflicto igualitario está más acá. No se encuentra en la problemática que podría generar la aplicación de los principios de justicia, sino que se presenta en aquellos que quedan fuera de estos principios.[54] No debemos olvidar que una de las pocas reglas que los nazis respetaron durante la *solución final*

53. BALIBAR, Etienne: "La impolítica de los derechos humanos. Arendt. El derecho a tener derechos y la desobediencia cívica" (trad. de D. Sarkys Fernández), en *Revista Erytheis* Nº2, 2007 [2006]. En el mismo orden de ideas, Agamben recuerda que "(e)n el sistema del Estado-nación, los denominados derechos sagrados e inalienables del hombre se muestran desprovistos de cualquier tutela desde el momento mismo que ya no es posible configurarlos como derecho de los ciudadanos de un Estado. Esto es algo que, si bien se mira, está implícito, en la ambigüedad del propio título de la Declaración: *Déclaration des droits de l´homme et du citoyen*, donde no está claro si los dos términos designan dos realidades distintas o forman endíadis, en la que el primer término está, en realidad, contenido siempre en el segundo". AGAMBEN, Giorgio: "Más allá de los derechos del hombre" (trad. De A.G. Cuspniera) en *Medios sin fin. Notas sobre la política,* Ed. Pre-textos, Valencia, 2001 [1996], pp. 24-25. En la misma línea ver también AGAMBEN, Giorgio: *Homo Sacer I. El poder soberano y la nuda vida* (trad. de Antonio Gimeno Cuspinera), Pre-textos, Valencia, 1998 [1995], pp. 160-171.

54. Realizando un paralelismo, cabe resaltar que Arendt sugería que situación de los que quedaban fuera de la protección gubernamental no implicaba una desigualdad ante la ley, sino un escenario tal vez más trágico: implicaba que estaban fuera de la ley. Así, proponía que "(l)a calamidad de los fuera de la ley no estriba en que se hallen privados de la vida, de la libertad y de la prosecución de la felicidad, o de la igualdad ante la ley y de la libertad de opinión –fórmulas que fueron concebidas para resolver problemas *dentro* de las comunidades dadas–, sino que ya no pertenecen a comunidad alguna. Su condición no es la de no ser ya iguales ante la ley, sino la de que no existe ley alguna para ellos. No es que sean oprimidos, sino que nadie desea siquiera oprimirlos". ARENDT, Hannah: *Los orígenes del totalitarismo. II Imperialismo* (trad. de Guillermo Solana), Madrid, Alianza, 1982 [1951], p. 370.

fue no enviar a los judíos y gitanos a los campos de exterminio sin que antes fuesen desnacionalizados. Así, "(c)uando sus derechos ya no son derechos del ciudadano, el hombre se hace verdaderamente *sagrado,* en el sentido que tiene este término en el derecho romano arcaico: consagrado a la muerte".[55]

Estos hombres *sagrados*, se parecen mucho, tal vez demasiado, a aquellos granos de arena que en la costa, al momento en que se trazaba la *sociedad como sistema cerrado* eran salpicados, despedidos, consagrados a la muerte.

4. Bibliografía citada

Alegre, Marcelo: "Igualitarismo, Democracia y Activismo Judicial" en Alegre, Marcelo y Gargarella, Roberto (Coord.), *El derecho a la igualdad*, Ed. Lexis Nexis, Bs. As, 2007.

Agamben, Giorgio [1995]: *Homo Sacer I. El poder soberano y la nuda vida* (trad. de Antonio Gimeno Cuspinera), Pre-textos, Valencia, 1998.

[1996] "Más allá de los derechos del hombre" (trad. De A.G. Cuspniera) en *Medios sin fin. Notas sobre la política,* Ed. Pre-textos, Valencia, 2001.

Amiel, Anne: *Hannah Arendt. Política y acontecimiento* (trad. de Rogelio Paredes), Buenos Aires, Nueva Visión, 2000.

Arendt, Hannah [1943]: "Nosotros, los refugiados" en *Una revisión de la historia judía y otros ensayos* (trad. de Miguel Candel), Ed. Paidós, Buenos Aires, 2005.

[1951], *Los orígenes del totalitarismo. II Imperialismo* (trad. de Guillermo Solana), Madrid, Alianza, 1982.

Balibar, Etienne [2006]: "La impolítica de los derechos humanos. Arendt. El derecho a tener derechos y la desobediencia cívica" (trad. de D. Sarkys Fernández), *Revista Erytheis* Nº 2, 2007

Barberis, Mauro: "Libertad y liberalismo", *Revista Isonomía*, Nº 16, México, abril de 2002.

Berlin, Isaiah [1958]: "Dos conceptos de libertad" (trad. de Julio Bayón) en *Cuatro ensayos sobre la libertad,* Ed. Alianza, Madrid, 1988.

Bovero, Michelangelo [2000]: *Una gramática de la democracia. Contra el gobierno de los peores* (trad. de Lorenzo Córdoba Vianello), Ed. Trotta, Madrid, 2002.

55. AGAMBEN, Giorgio: "Más allá de los derechos del hombre" (trad. De A.G. Cuspniera) en *Medios sin fin. Notas sobre la política,* Ed. Pre-textos, Valencia, 2001 [1996], p. 27.

Cohen, Gerald A. [1996]: "Si usted es igualitario, ¿cómo puede ser tan rico?" (Trad. de Martín HEVIA, Ponencia presentada en el Seminario sobre Derecho y Filosofía Política en la Universidad Torcuato Di Tella el 25 de noviembre de 1996 y publicada en *Revista argentina de teoría jurídica*, N° 1, vol. 1, 1999.

Cortina, Adela: *Ética Mínima. Introducción a la Filosofía Práctica,* Ed. Taurus, Madrid, 1986.

Dworkin, Ronald [1977]: *Los derechos en serio* (trad. de Marta Guastavino)*,* Ed. Ariel, Barcelona, 2002.

"What is Equality? Part 2: Equality of Resources", *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 10, N° 4, autumn 1981.

Law´s Empire, Harvard University Press, London, 1986.

Gargarella, Roberto: *Las teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política,* Ed. Paidós, Barcelona, 1999.

Nagel, Thomas [1999]: "La compasión rigurosa de John Rawls: Una breve biografía intelectual" (trad. de Pablo R. Arango y Leonardo G. Jaramillo) en *Revista Praxis filosófica* Vol. 0, N° 16, Cali, septiembre 2003.

Nussbaum, Martha [2003]: *Capacidades como titulaciones fundamentales: Sen y la justicia social* (trad. de Evelardo Lamprea Montealegre)*,* Departamento de Publicaciones de la Facultad Externado de Colombia, Bogotá, 2005.

Pettit, Philip [1997]: *Republicanismo. Una teoría sobre la libertad y el gobierno* (trad. de Toni Doménech)*,* Ed. Paidós, Barcelona, 1999.

Rawls, John [1967]: "Justicia distributiva" en *Justicia como equidad. Materiales para una teoría de la justicia* (trad. de Miguel Ángel Rodilla)*,* Ed. Tecnos, Madrid, 1999.

[1971]: *Teoría de la Justicia* (traducción de María Dolores González)*,* Ed. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 1993.

[1981]: "Las libertades fundamentales y su prioridad" (trad. de Guillermo Valverde Gefall) en Rawls, John, Sen, Amartya, *et. al.*, *Libertad, igualdad y derecho,* Planeta-Agostini, Barcelona, 1995.

[1993]: *Liberalismo Político* (trad. de Sergio René Madero Báez)*,* Ed. Fondo de Cultura Económica, México D.F., 2003.

[1995]: "Réplica a Habermas" (trad. de Gerar Vilard Roca) en Habermas, Jürgen, Rawls, John, *Debate sobre el liberalismo político,* ed. Paidós, Barcelona, 1998.

Rivera López, Eduardo: "Igualdad política y desigualdad económica. Algunas reflexiones y propuestas aplicadas al principio de diferencia de Rawls", en *Revista Isonomía* N° 4, México D.F., 1996.

Rodilla, Miguel Ángel: "Presentación" en Rawls, John, *Justicia como equidad. Materiales para una teoría de la justicia,* Ed. Tecnos, Madrid, 1999.

Sen, Amartya, [1979]: "¿Igualdad de qué?" (trad. de Guillermo Valverde Gefall) en Rawls, John, Sen, Amartya, *et. al.*, *Libertad, igualdad y derecho,* Planeta-Agostini, Barcelona, 1995.

[1988]: "Pobreza y Hambre" (trad. de Lelio Fernández) en *Revista Precedente*, Ed. Centro de Investigaciones Sociojurídicas, Cali, 2001.

[1993]: "Capacidad y bienestar" (trad. de Roberto Reyes Mazzoni) en Nussbaum, Martha y Sen, Amartya (comps.), *La Calidad de Vida,* Ed. Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1996.

Lecciones y Ensayos, nro. 89, 2011
Prieto, Martín, *La función del estado de naturaleza en El origen de la desigualdad entre los hombres,* ps. 475-487

LA FUNCIÓN DEL ESTADO DE NATURALEZA EN *EL ORIGEN DE LA DESIGUALDAD ENTRE LOS HOMBRES*

Martín Prieto*

Resumen: En este trabajo pretendo exponer y analizar la figura teórica del estado de naturaleza tal como es presentada en *El origen de la desigualdad entre los hombres* de Jean Jacques Rousseau, para determinar qué intención tiene y qué papel juega en el desarrollo del argumento de esta obra, y en su relación con el propósito general que allí comienza y que realizará sobre todo en *El contrato social*. Argumentaré la inviabilidad de interpretaciones de corte histórico, antropológico y psicológico, debilitando la importancia del aspecto descriptivo sobre la naturaleza humana que aun está presente en el texto, y concluiré que el principal impulso de esta figura teórica, construida filosóficamente, es el de proponer las bases argumentativas para un modelo político, y su contenido ha de tomarse como la disposición de los elementos prescriptivos que darán forma a su ambición ética y política.
Más concretamente, argumentaré en contra de la posición de John Scott, quien sostiene una interpretación de tipo psicologista del Segundo Discurso, pero a la vez sugiero que la naturaleza prescriptiva de este tratado no anula el valor especulativo del mismo. Para ello, utilizaré la teoría de Aristóteles de la poesía y las consideraciones de Ricoeur sobre la narración para realizar una defensa de la capacidad de la figura del estado de naturaleza de ofrecer una imagen de la naturaleza humana en relación a sus posibilidades políticas, basada en otra forma de entender la historia y la filosofía política del iusnaturalismo.

Palabras clave: Antropología – Estado de naturaleza – Rousseau

Abstract: This work is aimed at developing and analyzing the theoretical concept of the state of nature, as described by Jean Jaques Rousseau in *On the origin of inequality,* determining the intention underlying such concept, its role in the essay's argument and its relation with the author's general objective, more thoroughly developed in *The social contract*. Further, I will explain the reasons why I consider that historical, anthro-

*** Profesor de Enseñanza Media y Superior en Filosofía (UBA).** **Quiero agradecer especialmente a Silvia Gabriel, mi buena profesora de filosofía política.**

pological and psychological interpretations are unfeasible, playing down the importance of human nature's description still included in the text. Finally, I will come up with the conclusion that this theoretical concept, grounded on philosophical considerations, is intended to be the basis of a political model that, from a prescriptive view, will shape ethical and political ambitions.
Particularly, I will provide arguments against John Scott's position, who supports a psychologist interpretation of the Second Discourse but, at the same time, I will suggest that its speculative value was not impaired by its prescriptive nature. Finally, I will use Aristotle's theory on poetry and Ricoeur's considerations on writing, in order to defend the state of nature's capacity to reflect mankind's political possibilities, based on the jusnaturalist view of history and political philosophy.

Keywords: Anthropology – State of nature – Rousseau

I

"*El hombre ha nacido libre y por todas partes se encuentra encadenado*",[1] con esta categórica frase abre Rousseau la argumentación de *El contrato social*. Prosigue: "*alguno que se cree el dueño de los demás no es menos esclavo que ellos. ¿Cómo se ha producido este cambio? Lo ignoro. ¿Cómo puede volverlo legítimo? Creo poder resolver esta cuestión*". Como se anuncia en este segundo interrogante, en el resto de la obra, el filósofo se ocupará de discurrir sobre los orígenes y los límites de la autoridad legítima en la organización social. Lo que sugiere Rousseau aquí es que la humanidad se halla ya en un estado de relación interpersonal artificial, deshonesto, en el que ha perdido una supuesta libertad originaria. Mostrará que la única forma virtuosa de salir de esta situación es reformar las bases de la vida social e instaurar una nueva república, basándose en la fundamental figura del contrato. Allí recuperará la libertad y la igualdad que alguna vez le han correspondido felizmente.

En este párrafo que cito aparece brevemente también una cuestión de máxima importancia filosófica para la prosecución de la teoría política desarrollada en *El contrato social*: el hombre no es naturalmente un ser social, político, siendo la otra figura teórica que media en esta relación la del estado de naturaleza, estado originario del hombre, de cuyo idílico gozo provenimos. En el descubrimiento y análisis del estado de naturaleza podremos observar la verdadera naturaleza del hombre, que libre de las cadenas de la sociedad en la que se encuentra lo gobiernan sus más íntimas leyes. Partir de un estudio de la pura naturaleza del hombre es el primer paso para diseñar la sociedad que deberá justamente gobernarlo.

1. ROUSSEAU, J. J.: *El contrato social,* Buenos Aires, Losada, 2003, cap. I, p. 35.

Entonces, la ignorancia declarada sobre la primera pregunta podría resultar paradójica, puesto que en su obra anterior *El origen de la desigualdad entre los hombres*, donde al comienzo ya se prefiguran los contenidos de *El contrato social*, es justamente el propósito de Rousseau esclarecer este funesto paso del estado de naturaleza, libre e igual, al estado social donde reina la desigualdad y la esclavitud. Es su opinión que el estado de sociedad nace cuando la vida en el estado de naturaleza se ha vuelto intolerable, y esto porque el hombre ya se encontraba inmerso en grados elevados de socialización. De todo este margen se ocupa este discurso.

Mi intención en este trabajo es elucidar la función argumentativa que tiene la figura del estado de naturaleza en el segundo discurso, en la medida en que su análisis es decisivo para concluir que las desigualdades son civiles, no naturales. En la medida en que en el texto se desarrollan y confluyen líneas políticas, filosóficas, antropológicas, psicológicas e históricas, me interesará determinar cómo se relacionan entre ellas y en función de qué propósitos o sentidos.

II

La primera que debemos descartar es la intención histórica.[2] Rousseau presenta en los comienzos del texto la metáfora de la antigua estatua de Glauco, que, castigada y deformada por el tiempo, se asemeja más al perfil de un monstruo que a la de la excelsa y armónica divinidad. Algo así, según Rousseau, ocurrió con el alma humana. Hay que remover entonces las arenas del tiempo para rescatar del monstruo social humano su original hermoso.

Resulta que el hombre que encuentra Rousseau allí es similar a un animal silvestre. Solitario, instintivo, frugal, no desea más que lo que necesita para sobrevivir. No ambiciona posesiones, puesto que la naturaleza ofrece todo en abundancia, no ambiciona conocimiento puesto que no recibe estímulos para el cambio, transcurriendo sus días en tranquila inocencia. No es gregario. Si bien vive rodeado de peligros, sus adversidades son fatales pero simples. El hombre natural no es ni bueno ni malo, es neutro. El amor de sí y la piedad, sus dos únicos principios, le confieren sin embargo una cierta nobleza. La piedad lo impulsa a asistir y evitar el sufrimiento del prójimo, alejándose una vez que haya prestado ayuda. El amor de sí es su instinto de autoconservación y bienestar, siendo éste a su vez un instinto peligroso, puesto que sumado al deseo,

2. Será importante aclarar que la noción de historia que aquí se utiliza es la más común y la que resulta del trabajo de cierto tipo de historiografía que pretende describir lo que sucedió efectivamente, más o menos objetivamente, en tiempos pasados. Más adelante en el trabajo se hará alusión a otra forma de concebir la historia.

engendra los vicios que llevarán al hombre a emprender el fatídico camino de la historia.

Para Rousseau, el hombre es libre en la medida en que es indeterminado, en que posee una voluntad que puede sobreponerse a la naturaleza. Esta libertad se funda metafísicamente como conciencia de su libertad, momento que lo distingue del resto de los animales-máquina, y el carácter de apertura de su voluntad es lo que determina la perfectibilidad del hombre, que puede tanto pervertirse como perfeccionarse. Su diferencia con las bestias no está en su ser racional, puesto que todos los animales poseen algún tipo de entendimiento, sino en su ser libre: el hombre es libre porque puede obrar contra sus instintos naturales, si tal es su voluntad. Por eso afirma Rousseau: "*la voluntad continúa hablando aun después de que la naturaleza ha callado*".[3] El camino de la historia, aquel que lo ha llevado a abandonar el estado de naturaleza, fue posible por obra de sus propias facultades que alguna vez hubieron despertado, según una contingencia, lo que de potencialmente malo y peligroso hay en el hombre.

Las circunstancias a las que refiere Rousseau, que podrían nunca haberse dado, se podrían resumir de la manera que sigue: Por un azar, empiezan a cambiar las condiciones del entorno natural en las que vive el hombre, y además la población crece considerablemente. Estos cambios exigieron una nueva industria para satisfacer las necesidades, diversas según el ambiente, por lo que aparecen nuevas tecnologías como el fuego. El hombre comienza a entender que puede dominar la naturaleza, lo que lo impulsa cada vez más a la observación y reflexión[4] y le suscita un sentimiento creciente de orgullo y ambición. La economía naciente hace necesario el aumento y la división del trabajo. Así, el hombre se asocia por necesidad con otros hombres, puesto que advierte que así puede incrementar su bienestar, pero ineludiblemente surgen en él sentimientos de competencia, envidia y desconfianza. Lentamente éste va sistematizando su vida, organizándose en familias, las primeras unidades sociales, y adoptando una vida más sedentaria. Esta vecindad permanente suscita relaciones entre familias e individuos. Surge el deseo de estimación pública, celos, discordia, preferencias. En la medida en que los hombres comenzaron a apreciarse mutuamente surgieron los primeros deberes impuestos por la civilización. Empieza también a introducirse la idea de moralidad y de ley.[5]

3. ROUSSEAU, J. J.: *El origen de la desigualdad entre los hombres,* Buenos Aires, Leviatán, 1992, p. 36.

4. *"...que el estado de reflexión es un estado contra natura y que el hombre que medita es un animal depravado"* Ibid, p. 33.

5. En este punto de socialización se encontrarían los salvajes contemporáneos a Rousseau según eran descriptos por los viajeros. El hecho de que la mayoría de los pueblos del Nuevo Mundo se encontraran en este estado indicaría, según Rousseau, que éste ha sido el más feliz y el más acorde

Finalmente, las artes de la agricultura y la metalurgia conllevaron la repartición de las tierras y de bienes, lo que instauró definitivamente la propiedad, relación desigual por excelencia. Las desigualdades aumentan y el olvido de la piedad natural, ya ahogada por el deseo de sobresalir y dominar, posibilita la guerra. En una cruda síntesis de Rousseau: *"...desde el instante en que un hombre tuvo necesidad del auxilio de otro, desde que se dio cuenta de que era útil a uno solo tener provisiones para dos, la igualdad desapareció, la propiedad fue un hecho, el trabajo se hizo necesario y las extensas selvas se transformaron en risueñas campiñas que fue preciso regar con el sudor de los hombres, y en las cuales viose pronto la esclavitud y la miseria germinar y crecer al mismo tiempo que germinaban y crecían las mieses...*".[6] El conflicto, siendo desfavorable para los ricos, lleva a la instauración de un primer pacto, donde el poderoso impulsa la creación de un gobierno que asegure sus propios intereses. Así, gestado bajo condiciones de negociación desiguales, nace la sociedad civil, donde el pobre cede su libertad a cambio de seguridad y el rico garantiza sus bienes. Es esta una sociedad basada en la distinción entre poderoso y débil, rico y pobre, extinguiendo indefinidamente la llama de la libertad natural.[7] Y este es pues, sumariamente, el origen de la desigualdad entre los hombres.[8] Es en este momento del camino de la historia en el que se encuentra el hombre del siglo XVIII, viviendo en una sociedad corrupta e ilegítima, fruto de un pacto inmoral. El hombre vive permanentemente fuera de sí, buscando la estima y la adulación de los demás, desgarrado en el *aparecer* e ignorante de su *ser* natural.

Tal relato, que alcanza un grado importante de minuciosidad, es contado a la manera de una investigación histórica y antropológica. De hecho, si no prestamos

---

con la Naturaleza Humana. También lo demuestra la resistencia de los salvajes a querer transformar su estilo de vida. A propósito véase la nota sobre el fracaso de la misión civilizadora. *Ibid*, p. 123.

6. *Ibid*, p. 69.

7. "*El rico, constreñido por la necesidad, concibió al fin el proyecto más arduo que haya jamás realizado el espíritu humano; el de emplear en su favor las mismas fuerzas que lo atacaban, de hacer de sus adversarios sus defensores, de inspirarles otras máximas y de darles otras instituciones que le fuesen a él tan favorables como contrario lo era el derecho natural..."* Ibid, p. 72.

8. La desigualdad social que aquí se evidencia no es copia de la desigualdad natural, desigualdad que existe inequívocamente, por ejemplo entre el fuerte y el débil o el inteligente y el tonto. La desigualdad social tiene un origen moral, donde media el consentimiento, y aun cuando hubiera relación entre ambas una no justificaría legítimamente a la otra, si es que el consentimiento ha de ser libre y razonado. Existe en la naturaleza, fuera de esta desigualdad natural, una igualdad categorial, puesto que de las diferencias naturales no puede deducirse ningún principio que legitime el gobierno de unos sobre otros. El sometido podrá siempre rebelarse, y además no es necesaria la esclavitud en el estado de naturaleza. Por esto, no hay distinciones de derecho entre los hombres en estado de naturaleza.

atención a las advertencias de Rousseau, puede ser fácilmente tomado por una. Pero en realidad nada de esto, dice Rousseau, debe ser tomado como una verdad histórica, sino como "*razonamientos hipotéticos y condicionales, más propios a esclarecer la naturaleza de las cosas que a demostrar su verdadero origen*".[9] En efecto, Rousseau sabe perfectamente que tal reconstrucción no le es posible y piensa que aun nunca sea posible, si es que realmente existió tal cosa como el hombre natural. Sin embargo abundan, sobre todo en las notas, las referencias a los salvajes del mundo moderno, especialmente los nuevos y buenos salvajes de América. Rousseau trae permanentemente datos descriptivos de pretendida validez antropológica y biológica, tomados de las fuentes y relaciones que hubo leído, en un intento por conferirle a sus "razonamiento hipotéticos" cierto respaldo empírico. Esto contrasta un poco con su decidida advertencia de que nada en su fábula debe ser tomado como una verdad o una falsedad. Pero, pienso yo, no hay aquí peligro de una gran incoherencia, puesto que el recurso de tomar relatos empíricos de viajeros debe ser tomado como un aval secundario o complementario, resultado de un inevitable oportunismo, mientras que el sentido profundo de la argumentación rousseauniana no descansa fundamentalmente en la veracidad de estos datos. Es independiente de ellos.

Una interpretación más rica y comprensiva del texto debe bucear mas hondo y evitar las superficialidades que, aun así, son muchas. Pero Rousseau es consecuente con esto, y por eso, cuando en el párrafo citado al comienzo del trabajo declara su ignorancia sobre el paso a la desigualdad social (luego de haber previamente escrito un libro sobre ello), lo hace en referencia a su sentido histórico. Cuando dice, en la misma cita, que el hombre ha nacido libre se refiere allí a un hombre genérico. Y el nacimiento no refiere a un momento particular en su historia biológica, sino a un estado filosófico, abstracto.

¿Pero qué naturaleza tiene esta abstracción?

III

En un trabajo sobre el estado de naturaleza en Rousseau,[10] John Scott dice: "*el segundo discurso no es esencialmente o solamente una representación histórica, sino fundamentalmente una exploración psicológica de la naturaleza humana como puede ser descubierta universalmente a través de investigaciones apropiadas*". Según este autor, lo que Rousseau está haciendo es intentar revelar la naturaleza del hombre, sus pasiones esenciales. Habría un intento por describir qué *es* lo que

9. *Ibid*, p. 27.

10. SCOTT, J. T.: *The theodicy of the second discourse: the "pure state of nature" and Rousseau's political thought,* American Political Science Association, Chicago, 1992, p. 697.

subyace al hombre deformado por la historia y la cultura, qué *es* lo que podemos abstraer de sus contingencias en un ejercicio psicológico. Si la moralidad aparece necesariamente en un estado donde hay compromisos humanos, o sea un estado social, descubrir la naturaleza humana es conocer al hombre en su existencia más elemental, su existencia física. Según Scott, Rousseau comenzaría la exploración psicológica del ser humano imaginándolo en este estado de soledad amoral, viviendo en la virginidad de la naturaleza. En este tipo de existencia prima lo instintivo, y sus facultades son sólo aquellas que le servirán para satisfacer sus necesidades básicas. Rousseau reflexiona sobre las capacidades y los impulsos del hombre en relación a los momentos naturales de la vida, tales como la reproducción, la crianza de los hijos, la relación con los objetos que nos rodean, etc. Así, concluye que es perfectamente posible vivir en un estado de naturaleza como seres puramente físicos, sin que ninguna necesidad psicológica o histórica nos induzca a entrar en relaciones morales definidas con otros hombres, tal como sostenían Hobbes y Locke. De esta manera podría decirse que Rousseau descubre en la naturaleza humana esta indeterminación metafísica, significando que en un estado pre-contractual basado en relaciones físicas con la naturaleza y aun con otros hombres no es posible deducir la existencia de la moral.

Hay una serie de afirmaciones o de tendencias en el texto que podrían sugerir que Rousseau intenta seguir esta línea de hacer una descripción realista de la naturaleza psicológica del hombre, aunque también encontremos afirmaciones que niegan tal intención. Entre las primeras están las declaraciones explícitas de que se emprenderá una investigación para conocer al hombre, su naturaleza, y las largas (aunque poco rigurosas) atenciones a datos y teorías científicas e históricas. Considero que esta opinión, la de considerar que Rousseau intenta descubrir las propiedades de la naturaleza humana según su análisis psicológico del hombre en la posibilidad de un estado presocial, es desacertada. Aunque el argumento sí toma el formato de una investigación psicológica, como también de una histórica o científica, es erróneo pensar que el segundo discurso es "*fundamentalmente una exploración psicológica en la naturaleza humana"*.

Efectivamente, Rousseau hace un intento radical de despojar al hombre genérico de todos los elementos sociales que puedan ocurrírsele. Esto, más que un ejercicio psicológico (que si lo fuera, por el carácter un poco diletante que tiene el texto, resultaría ocioso y bastante simplista) es un ejercicio político contra sus predecesores iusnaturalistas, sobre todo Hobbes. Rousseau considera que el hombre natural de estos filósofos es una idea a medias, una idea tibia, en la medida en que ellos trasladan los vicios del hombre en sociedad al hombre natural, como si fueran realmente algo propio de él. Cuando describieron al hombre natural no hicieron más que describir al burgués, naturalizando así su condición dominante en su modelo político. Para Rousseau, la hostilidad, la voluntad de dominio, el orgullo y demás impulsos negativos, entre los cuales se encuentra también la razón, son disposicio-

nes que el hombre ha adquirido en sociedad, o por lo menos que se verifican en la humanidad en su estado social, de modo que si queremos pensar en un hombre natural, debemos negarlos. Este movimiento radical de Rousseau está basado en una prescripción más que en una descripción, aunque el formato sea descriptivo. Hay una exigencia prescriptiva: debemos pensar al hombre natural como la negación total o casi total del hombre social, para, de ese modo poder, por una parte, determinar cuál es la racionalidad del estado de naturaleza, donde reina la igualdad, para fundar a partir de ésta la racionalidad social que unifique a los hombres en un estado justo; y por otra parte, para poder dirigir una crítica a las bases mismas en las que se funda la sociedad histórica actual. En otras palabras, para poder desnaturalizar las desigualdades sociales. Así es que el hombre natural de Rousseau no describe lo que *es* sino lo que *debe ser*.[11] Si comprendemos que todo el tiempo permanecemos en el nivel prescriptivo, vemos que no es aplicable la crítica, muchas veces esgrimida, de que los iusnaturalistas cometen la falacia naturalista, donde se pretendería deducir el deber ser (cómo deben ser los hombres en sociedad) del ser (cómo son los hombres en estado de naturaleza), dos discursos lógicamente independientes.

Ficcionalizar un estado presocial será la estrategia de este tipo de filosofía política, a partir del cual se quiere legitimar el tipo de sociedad que el autor tiene en mente. Por esto, debe entenderse la función argumentativa de la figura del estado de naturaleza fundamentalmente como una función filosófica metodológica, relativa a una intención política. Para radicalizar la crítica a la sociedad y poder fundamentar una nueva lógica, Rousseau inventa un estado de naturaleza argumentativamente acorde a este propósito. El contenido antropológico o psicológico específico de esta descripción termina siendo o secundario o irrelevante, según el caso. Esta lectura, creo yo, salva lo que podría tomarse como contrariedades conceptuales del texto, en el sentido de que muestra que hay diferentes discursos funcionando a diferentes niveles (que se niegan explícitamente entre sí), que a la vez coinciden y son coherentes con la intención primaria de la argumentación, que es una intención prescriptiva.

IV

Aun así, nos queda por interpretar el sentido que le da a Rousseau al concepto de "naturaleza de las cosas", cuando afirma en la importante advertencia anteriormente citada que el texto debe leerse como "*razonamientos hipotéticos y condicionales, más propios a esclarecer la naturaleza de las cosas que a demostrar su verdadero origen*". Sospecho que hay aquí una ambigüedad que será difícil

11. DOTTI, J.: *Pensamiento político moderno*, en *Del Renacimiento a la Ilustración I (Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía VI)*, Trotta, Madrid, 1994.

resolver. La propuesta de entender esto como una apuesta política significará que la naturaleza a la que hace alusión Rousseau es justamente la necesidad de pensar las desigualdades sociales como artificiales, no naturales, y por lo tanto pasibles de ser eliminadas en vistas a una sociedad más justa y libre, confiriéndole esta línea mayor coherencia e inteligencia al texto, aun cuando se pierda algo del valor intrínsecamente especulativo del mismo.

En este sentido, la propuesta de entenderlo únicamente como una auténtica exploración dirigida a revelar el sentido y los contenidos de la naturaleza humana resultaría en una adjudicación al texto de una pobreza argumentativa considerable (convendremos en que las deducciones no son muy convincentes). Por otra parte, si el valor del estado de naturaleza estuviera en la capacidad de abstracción de cómo sería el hombre desprovisto de su ser social y de todos los elementos que le advienen por aculturación, aun así, ¿Por qué habríamos de aceptar esta versión y no alguna otra, por ejemplo, la de Hobbes? Rousseau dice que Hobbes concibe al hombre natural según sus pasiones sociales, y que no hace una abstracción lo suficientemente profunda. ¿Dónde está entonces la habilidad o la profundidad del filósofo que inventa estas ficciones?

V

En este punto quiero traer un enfoque que consentiría otro mérito a la tarea propiamente especulativa del estado de naturaleza, no desde el punto de vista de la estructura conceptual del mismo ni de sus contenidos sino desde el análisis de su importancia como discurso narrativo. En su *Poética,*[12] Aristóteles atribuye más valor filosófico y por lo tanto superioridad a la poesía sobre la historia. La historia se ocupa de lo particular, lo que de hecho sucedió, mientras la poesía apunta a lo universal, aquello que es posible según probabilidad o necesidad. Es decir, aquello que los hombres es probable o necesario que hagan. En este sentido, la poesía lleva a cabo una imitación o representación de la realidad que no coincide exactamente con ninguna realidad concreta, pero que es lo suficientemente general y profunda como para que los hombres se reconozcan en ella.[13] Asimismo, la figura del estado de naturaleza puede concebirse según este arte filosófico de incorporar elementos de la realidad y de la ficción para producir un relato más o menos adecuado, más o menos mimético de ciertos aspectos de la humanidad.

12. ARISTÓTELES: *Poética,* Madrid, Biblioteca Nueva, 2004, p. 85.

13. En la tragedia griega, el espectador asiste a la representación de los dramas esenciales del hombre, que reconoce como los suyos, y son famosos los episodios de catarsis general que se producían entre las multitudes congregadas en el teatro.

La relación entre realidad y ficción ha sido desarrollada, más cercanamente, por Paul Ricoeur, quien sigue los lineamientos que dio Aristóteles en su *Poética*. En *Tiempo y Narración,*[14] Ricoeur resignifica la idea de verosimilitud (o en todo caso, vuelve a traer el significado dado por Aristóteles), cuando recuerda que lo universal, lo posible o probable en el discurso narrativo, tiene un efecto persuasivo que lo particular no tiene. Ricoeur defiende una visión de la historia diferente a la defendida por el positivismo lógico y el neopositivismo, donde se la identifica con la documentación exacta de lo que efectivamente aconteció. La narración para Ricoeur es el proceso por el cual los hombres forman una realidad verosímil y propia a partir de una multiplicidad abrumadora de hechos y perspectivas, donde intervienen tanto la historia como la ficción. En este sentido, la ficción es tanto necesaria como constitutiva e iluminadora. Cito: "*Si una de las funciones de la ficción, unida a la historia, es la de liberar retrospectivamente ciertas posibilidades no efectuadas del pasado histórico, es gracias a su carácter cuasi-histórico como la propia ficción puede ejercer a posteriori su función liberadora* (…) *Lo que 'habría podido acontecer' –lo verosímil, según Aristóteles–, recubre a la vez las potencialidades del pasado 'real' y los posibles 'irreales' de la ficción*".[15]

Esta revalorización del aspecto ficcional de todo relato contribuye a la idea de que la figura del estado de naturaleza, además de presentar arbitrariamente los contenidos necesarios para la justificación de su intención final, posee una autonomía filosófica dentro de la estructura de la argumentación política que aporta a la verosimilitud de una realidad humana latente, potencial, cuya trascendencia está dada en el hecho de que logre, bajo su forma narrativa y dramática (poética), proponer a la imaginación y a la reflexión un caso entre imaginario y real que persuada o ya constituya nuevas posibilidades de transformación sobre la naturaleza humana.

El efecto persuasivo de lo universal se logra así a través del ejercicio reflexivo sobre la realidad, y tiene un efecto más profundo que el de una invención ociosa de literatura. En efecto, Rousseau dice con claridad que será difícil hablar de un estado que nunca existió y probablemente nunca existirá, pero que aun así es necesario para juzgar el presente. La idea es, aquí, que el presente histórico, objeto de crítica para Rousseau, no puede ser transformado a partir de la historia. La particularidad histórica no mostraría la posibilidad de una sociedad más justa y libre, puesto que la historia es causa del presente, que es a su vez parte de la historia. Originalmente, todo el programa iusnaturalista tiene la intención de rechazar la idea de una jerarquía social natural, de desnaturalizar las desigualdades morales que los hombres tienen ante sus ojos, por eso se planteará invariablemente un estado primigenio donde todos nacemos libres e iguales.

14. RICOUER, Paul: *Tiempo y Narración*, México, Siglo Veintiuno Editores, 1995.

15. *Ibid,* p. 916.

De este modo, para hacer una crítica y una transformación del presente debemos poder pensar en lo que podría haber sido, esto es, recrear lo posible, lo verosímil, de manera que el hombre se reconozca a sí mismo tanto como único y libre en su naturaleza, y como prisionero de las contingencias del presente. En este sentido, la reflexión de Rousseau sobre el estado de naturaleza acierta en su crítica a sus rivales iusnaturalistas, que han concebido al hombre natural según sus rasgos sociales, como un hombre con nociones de racionalidad y de propiedad, competitivo, hostil. Para posibilitar una mirada profunda sobre el presente, para entender las desigualdades entre los hombres (para saber cuáles son naturales y cuáles artificiales), primero habrá que pensar el hombre. Y pensar el hombre es, para Rousseau, imaginar una abstracción del hombre histórico hasta el hombre esencial, desprovisto de circunstancias. Rousseau es de todos los iusnaturalistas quien lleva esta apuesta más al límite: la apuesta es, así, ¿hasta qué límite podemos pensar al hombre mientras siga siendo hombre? ¿Cuál es el último espacio de universalidad de nuestra naturaleza en el que podemos reconocernos? Rousseau imagina entonces el estado hipotético de un ser humano que vive como un animal, solitario y pacífico, amoral. Como hemos visto, aquello que le da su condición de hombre es su conciencia libre. El hombre puede vivir como un animal en la naturaleza, pero alberga el poder ilimitado de transformarse.

El efecto persuasivo de esta construcción, siguiendo a Aristóteles y Ricoeur, está en reconocer en el hombre su libertad inalienable como sello distintivo de su naturaleza: el hombre puede elegir quién llegará a ser, pero no puede elegir no ser libre de elegir. Si esto es posible, si esto nos persuade, entonces podremos desnaturalizar todas las desigualdades que hacen nuestra existencia miserable para hacer posible un modelo político más justo. Y este es el fin supremo de la teoría del contrato social de Rousseau, hacer mejores a los hombres, reuniéndolos en armonía. Los hombres son libres y justos en la medida en que se entregan a la comunidad y aceptan la ley de la voluntad general, que desea el bien general. Es decir, si bien Rousseau insiste en que el estado puro y virginal del hombre solitario se ha perdido para siempre en los irreversibles caminos de la historia, la república de Rousseau, el Contrato, apunta a dirigir la libertad del hombre hacia la excelencia como hombre social, de transformar al hombre en lo mejor de sí mismo.

Rousseau no está haciendo un examen psicológico ni antropológico del hombre, no describe sus cualidades esenciales desde una perspectiva científica (lo que es *de hecho*), sino que está construyendo un modelo de naturaleza que nos permita reflexionar sobre el presente y pensar un modelo de hombre mejor; nos presenta una posibilidad, una representación: una ficción histórica a la manera de Ricoeur. Esta ficción es filosófica en el sentido aristotélico de pensar lo posible, y en su capacidad de ampliar nuestra forma de constituir nuestra naturaleza política, cosa que la particularidad histórica por sí misma no podría lograr porque la historia ha producido *de hecho* la república deshonesta, la desigualdad entre los hombres. Esta

posibilidad latente que explora Rousseau está en sintonía con el futuro que nos ofrece a través de su modelo político. En conclusión, Rousseau no nos dice cómo *es* el hombre, sino cómo podría o debería ser. En el fondo hay siempre exhortación, proselitismo. Pero este deber ser está mediado por la trama narrativa, que, entre otras cosas, apunta a hacer menos tajante la distinción entre el ser y el deber ser. La descripción de lo que somos (historia narrativa) nos está diciendo lo que debemos ser (filosofía política).

Así, si bien el nivel político-prescriptivo de la argumentación, mantengo, marca la trayectoria conceptual del texto, se puede considerar que simultáneamente está funcionando esta capacidad especulativa de la figura del estado de naturaleza. En este caso la ficción filosófica actúa bajo la necesidad de recrear un modelo natural para justificar el modelo político y artificial.

VI

Hasta aquí se han presentado y analizado los diferentes planos en los que se efectúa el texto de Rousseau. Se ha visto que si bien hay una marcada y larga inclinación a los razonamientos históricos, psicológicos y científicos, son estos los formatos que adopta el desarrollo de su estrategia argumentativa en función de su naturaleza estructural, que es política. Las conclusiones históricas o psicológicas sobre el estado de naturaleza a las que llega Rousseau no son producto de disertaciones independientes, sino que ellas están siempre supeditadas al contenido político que Rousseau necesita para legitimar su crítica a las bases de la sociedad actual y su teoría del contrato.

¿Por qué usa, entonces, la figura del estado de naturaleza? ¿Por qué todo ese despliegue largo y literario, si el interés Rousseau es el de establecer los principios positivos sobre los cuales desplegar su teoría política? Por una parte, creo yo, por una cuestión de época, por otra, porque es una buena estrategia dialéctica el adoptar el formato filosófico de aquellos pensadores a los que le interesa criticar. Mostrando otro estado de naturaleza alternativo, radical, se ven mejor los supuestos de base y las insuficiencias de los otros. Una tercera opción, que hemos analizado siguiendo los planteos de Aristóteles y Ricoeur, es considerar el valor metafísico de esta ficción y de los puntos en los que se toca con la realidad, proponiendo a la imaginación una nueva forma de representar al hombre y de reconstruirlo en su libertad.

Sin dudas que el texto de Rousseau fue de enorme influencia tanto filosófica como política, y sin dudas su mensaje ha tenido un valor fundamental en la época en que se publicó, y aun mucho después: denunciar las desigualdades, proponer la idea de una sociedad más justa. Pero un examen frío del argumento y de sus contenidos me sugiere que su valor especulativo intrínseco (lo que Rousseau nos enseña sobre la naturaleza humana) no puede ser entendido por fuera de las normatividades que exige el discurso de su teoría política.

Bibliografía

Aristóteles: *Poética,* Madrid, Biblioteca Nueva, 2004.

Bobbio, N.: *El modelo iusnaturalista*, en *De Hobbes a Gramsci*, Debate, Madrid, 1991.

Dotti, J.: *Pensamiento político moderno*, en *Del Renacimiento a la Ilustración I (Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía VI)*, Trotta, Madrid, 1994.

Ferrater Mora, J.: *Diccionario de filosofía,* Vol. 3, Madrid, Alianza Editorial, 1986.

Ricouer*,* Paul: *Tiempo y Narración, México,* Siglo Veintiuno Editores*,* 1995.

Rousseau, J. J.: *El origen de la desigualdad entre los hombres,* Buenos Aires, Leviatán, 1992.

Rousseau, J. J.: *El contrato social,* Buenos Aires, Losada, 2003.

Scott, J. T.: *The theodicy of the second discourse: the "pure state of nature" and Rousseau's political thought,* Chicago, American Political Science Association, 1992.

Lecciones y Ensayos, nro. 89, 2011
Garaventa, Carlos A., *[Des]igualdad y anarquismo. Derecha e izquierda en el ideario anarquista,* ps. 489-514

[DES]IGUALDAD Y ANARQUISMO. DERECHA E IZQUIERDA EN EL IDEARIO ANARQUISTA

Carlos Adrián Garaventa*

Resumen: Dentro del ideario anarquista podemos encontrar muchísimas vertientes ideológicas diferentes que nos hacen imposible dar una definición unívoca de esta corriente de pensamiento o, mejor dicho, de vida. Podemos señalar, sin embargo, una característica común a todo ideal ácrata: la oposición al Estado. Es posible señalar también, en un *anarquismo puro*, el respeto de los tres pilares fundadores de la Revolución Francesa, pero con una dinámica diferente: en lugar de considerarlos aisladamente, para el *anarquismo puro*, el trinomio debe funcionar como un todo único. Esto da lugar al *triángulo virtuoso de libertad, igualdad y fraternidad*; sin embargo, no todos los anarquistas defienden íntegramente este triángulo. Hay autores que, por ejemplo, no prestan atención a la igualdad. Siguiendo el esquema de distinción política que da Norberto Bobbio en *Derecha e izquierda* podemos realizar una diferenciación entre los anarquistas de ambos lados del abanico político. Esta diferencia la marca, según Bobbio, la aspiración, o no, a una sociedad igualitaria. En consecuencia, serán de izquierda aquellos anarquistas que defiendan la igualdad y, por ende, el *triángulo virtuoso*. Serán anarquistas de derecha, en cambio, aquellos que deseen la abolición del Estado pero haciendo caso omiso de si la sociedad se vuelve o no igualitaria.

Palabras Claves: Anarquismo – Igualdad – Izquierda – Derecha – Propiedad – Estado

Abstract: Within anarchism, we may find so many different strains that providing a univocal definition of this philosophy –that we might well consider a lifestyle– is definitely unfeasible. However, we may point out a feature that is shared by all of them: the promotion of a stateless society. Further, in a 'pure' anarchism, French Revolution's three foundating ideals are always present, but with a different dynamics: instead of considering them in isolation, the trinomial must be viewed as a whole: this will give place to the liberty, equality and fraternity virtuous triangle. Yet, not

* **Estudiante de Abogacía (UBA).** **Quiero agradecer especialmente las correcciones de la Trad. Públ. María Soledad Manin y las recomendaciones y comentarios de Ezequiel Monti. Dedico este trabajo al Prof. Dr. José Luis Gargarella por sus excelentes clases sobre Derecho y filosofía política que contribuyeron a mejorar su calidad.** **Cualquier consulta, crítica o comentario es siempre bienvenido: cgaraventa@live.com.ar.**

all anarchists defend this triangle in its entirety: some authors, for instance, set aside equality. According to Norberto Bobbio's classification between political left and right, anarchists enroling any of such wings may be differentiated taking into account their position as to whether society must be egalitarian or not. In that way, those that defend equality and therefore, the virtuous triangle, are left-wing anarchists; in turn, right-wing anarchists promote a stateless society, regardless of its being egalitarian or not.

Keywords: Anarchism – Equality – Political Left and Right – Property – State

"La justicia implica necesariamente el reconocimiento de la igualdad".
Piotr Kropotkin, La science moderne et l'anarchie (1913).

I. Preludio

Este trabajo es sólo una parte de una investigación más extensa que he realizado durante los últimos años, destinada a realizar un estudio profundizado del pensamiento de los distintos autores anarquistas que han expresado y difundido sus ideas. El fin último de esta investigación es formular un esquema del anarquismo que ayude a comprender mejor esta corriente de pensamiento o, mejor dicho, estilo de vida y proponerlo como una alternativa a las ideas que conforman el arco político de nuestros días; en donde la visión que se tiene del anarquismo es extremadamente errada.

Escribir un pequeño ensayo sobre un tema particular dentro de un estudio tan amplio como es el del anarquismo tiene puntos a favor y en contra. Puedo señalar a favor, como hace el maestro Umberto Eco, que "cuanto más se restringe el campo mejor se trabaja y se va más seguro";[1] en contra debo decir que aunque restrinja el objeto de mi artículo, se me hace imposible no volver sobre trabajos previos a éste. Por ejemplo, aquí hablaré del marxismo como especie dentro del género anarquismo, esto surge de una ponencia, producto de la misma investigación de la que surge este trabajo, que presenté en las *Segundas Jornadas Para Jóvenes Investigadores en Derecho y Ciencias Sociales*, organizadas por el Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja.[2] Lo cierto es que si hago esta afirmación debería fundarla completamente; empero, eso me generaría la necesidad de redactar un interminable escrito. Por lo tanto, me dedicaré a que el ensayo sea autosuficiente en cuanto al tema particular que aborda y, para el resto de las cuestiones que ne-

1. ECO, Umberto: *Cómo se hace una tesis*, Gedisa, Barcelona, 2006, pp. 29-30.

2. Realizadas el 28 y 29 de octubre de 2010.

cesariamente se plantean, producto de la naturaleza compleja del anarquismo, me remito a trabajos realizados con anterioridad y otros que profundizaré en el futuro.

Esta investigación parte de la premisa de que *el anarquismo es difícil de comprender porque existen tantos anarquismos como anarquistas hay*. Otrosí, los anarquistas son también defenestrados por las diferentes estructuras de poder; para comprender esto basta con ver el sentido negativo de caos y terrorismo con que los políticos, los medios de comunicación, los patrones, los padres y los maestros de escuela utilizan la palabra anarquía. Sin embargo, a pesar de las diferencias que existen entre los distintos ácratas, podemos extraer dos principios fundamentales que, a grandes rasgos, todos poseen. Uno es el que he llamado "triángulo virtuoso de libertad, igualdad y fraternidad" –término que tomo del Dr. Mario Ackerman,[3] pero al que le asigno un significado y funcionamiento diferente–, y el segundo es consecuencia del primero y es lo que define a todo pensamiento anarquista: la oposición al Estado como máxima figura de autoridad y de explotación del hombre por el hombre. Es importante resaltar que lo que define al ideal anárquico es la oposición al Estado, ya que el respeto al triángulo virtuoso de libertad, igualdad y fraternidad se da en lo que podríamos llamar un anarquismo 'puro' que surge de la conjunción de ideas de diferentes pensadores de la anarquía. Por eso podemos señalar, por ejemplo, que Proudhon no sólo no se opone a la institución de la familia (como lo hacen los anarquistas en general) sino que propone una organización social a partir del modelo de una familia extremadamente paternalista; Tolstoi no se opone a la existencia de Dios ni de la religión; y Rothbard defiende la propiedad.

II. Introducción

En esta oportunidad intentaré concentrarme en un componente del triángulo virtuoso: la igualdad, ya que este ideal es, como señala Norberto Bobbio, lo que distingue la *izquierda* de la *derecha*[4]. Sin embargo, si seguimos la lectura de su libro, nos dice que la igualdad es imposible de definir por no ser un concepto absoluto sino relativo;[5] entonces, al querer forjar un esquema a partir de una distinción difusa, éste carecería de fortaleza. Esto lo lleva a plantear que "igualitario es quien tiende a atenuar las diferencias, no igualitario quien tiende a reforzarlas"[6] y que "no se quiere

3. ACKERMAN, Mario: "Entre el exabrupto y la esperanza", en: *Revista da AMATRA II,* Año IV, N° 8, San Pablo, 2003, p. 7.

4. BOBBIO, Norberto: *Derecha e izquierda. Razones y significados de una distinción política*, Madrid, Taurus, 1995, p. 135.

5. Ibídem, pp. 136-137.

6. Ibídem, p. 150.

decir en absoluto que para ser de izquierda sea preciso proclamar el principio de que todos los hombres deben ser iguales en todo".[7] Pero a pesar de este 'manotazo de ahogado' que da el magnánimo politólogo italiano, no logra subsanar lo endeble de su clasificación, ¿por qué digo esto? Porque el esquema dependerá de qué valor le asignemos a igualdad. Por ejemplo, si hablo de igualdad en sentido material, el comunismo sería de izquierda; empero, si pongo el acento en la igualdad democrática, el comunismo sería de derecha.

Con todo esto, lo que quiero decir es que, si bien la estructura que da Bobbio sirve pare saber cuándo hablamos de *izquierda* y cuándo de *derecha*, no sirve para afirmar absolutamente que un movimiento sea de *derecha* o de *izquierda*. Este trabajo pretende mostrar la visión de estas dos ramas desde el anarquismo, a partir del concepto de igualdad en la anarquía que es siempre absoluta. Porque si ésta no fuera absoluta no podríamos hablar de verdadera igualdad. O sea que, a diferencia de Bobbio, considero que la igualdad es absoluta y la desigualdad es relativa. Ésta última reconoce dos orígenes: la propiedad en lo económico y el Estado en lo político. Aunque no huelga señalar que el segundo es consecuencia de la primera. Como señala Rousseau, la propiedad funda la sociedad civil y los crímenes, guerras, muertes, miserias y horrores en el género humano;[8] y los hombres, envueltos en el horror, creen que forman el Estado como guardián de su propiedad perdiendo su calidad de hombres libres e iguales aún cuando creyeron asegurarla.[9]

Dicho todo esto, podemos adentrarnos en el estudio de la [des]igualdad desde la óptica anarquista. Sin embargo es menester hacer una última advertencia al lector: si bien, como ya anuncié, me concentraré en la oposición a la propiedad y al Estado como vicios de la igualdad, me resultará imposible no remitirme a los otros dos elementos componentes del triángulo virtuoso ya que, por la propia dinámica de éste, es imposible pensar a uno de sus componentes sin los otros (libertad y fraternidad). En este orden de ideas vale la pena citar las palabras de Aníbal D'Auria: "el anarquismo no concibe tensión entre igualdad y libertad; ambas se reclaman mutuamente. Sólo una mala comprensión de estos valores puede llevar a entenderlos como incompatibles o en tensión. Es claro que el anarquismo parte de una antropología y una psicología filosóficas diferentes a las de los liberales burgueses: para los ácratas el egoísmo (la satisfacción individual) no es incompatible con la cooperación y solidaridad (ayuda mutua)".[10] Este fragmento explica, a grandes rasgos,

7. Ibídem, p. 140.

8. ROUSSEAU, Jean Jacques: *Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres*, Folio, Barcelona, 2007, p. 81.

9. Ibídem, pp. 100/101.

10. D'AURIA, Aníbal: "Introducción al ideario anarquista", en D'AURIA, Aníbal y otros, *El anarquismo frente al Derecho*, Utopía Libertaria - Anarres, Buenos Aires, 2007, p. 15.

el funcionamiento del *triángulo virtuoso de libertad, igualdad y fraternidad*; en donde no podemos concebir a los tres pilares fundadores de la Revolución Francesa en tensión, sino como complementarios.

III. El triángulo virtuoso liberté, égalité et fraternité

Libertad, igualdad y fraternidad son los tres pilares surgidos de la Revolución Francesa en donde se apoyan las teorías del Estado modernas; incluso la teoría contra-Estado del anarquismo, como intentaré mostrar en este apartado. El problema con estas teorías políticas es que siempre han concebido a estos pilares (ideales) como instrumentos abstractos y separados. La idea del triángulo virtuoso intenta, por un lado, eliminar la abstracción bajando a la tierra estos términos celestiales, al aplicar en la vida cotidiana ideas que no parecen ser más que palabras bonitas. Además, no concibe a estos ideales como tres pilares separados, sino como uno solo, por lo que el deterioro de cualquiera de sus componentes lo destruye. De la misma forma en que, si a un banco de tres patas le cortamos una, queda inservible, los ideales de la Revolución Francesa nunca podrán concretarse mientras la humanidad no goce de verdadera libertad, igualdad y fraternidad.

El problema que se nos presenta, también, es que estas 'palabras bonitas' son tan ambiguas que hasta resulta difícil dar una única definición de ellas. Pero, como es bien sabido, en ciencias sociales siempre resulta imposible la exactitud, por eso es que debemos conformarnos con ser lo más coherentes posibles al definir estos ideales. No pretendo enumerar muchas de las incoherencias que se han producido a lo largo de la historia del pensamiento político con respecto a estos pilares; me basta con mencionar simplemente al liberalismo que pone muchísimo énfasis en la libertad y nos da lugar a preguntarnos: ¿Hasta qué punto es libre un proletario que no tiene más que su fuerza de trabajo –y la de su prole– para poder subsistir; es decir, hasta qué punto hay libertad sin igualdad? ¿Hasta qué punto es posible una sociedad fraterna si unos pocos viven parasitando el trabajo de una gran mayoría que pasa hambre? ¿No es contradictorio plantear una sociedad absolutamente libre en estos términos? De igual manera, podemos plantear estas contradicciones a los socialistas que, en lugar de poner el acento en la libertad, lo hacen en la igualdad: esto lleva a autores como Bobbio a afirmar que ninguno de estos dos pilares puede ser llevado al extremo sin que se limite proporcionalmente al otro.[11]

Afirma Noam Chomsky que estos ideales fueron barridos con la aparición de la autocracia estatal y que por ello el anarquismo los reinventa a través de su oposición

11. BOBBIO, Norberto: *Derecha*... cit., p.157.

al Estado.[12] El triángulo virtuoso es eso, reinventar estos ideales de la forma más coherente posible para lograr su aplicación efectiva en el mundo, terminando con aquella división platónica del mundo de las ideas y el mundo real. Por eso, afirma Bakunin, que la anarquía es más un estilo de vida que una cuestión dogmática, llevándolo a asegurar que es la "rebelión de la vida contra la ciencia, o más bien contra el gobierno de la ciencia".[13] Sobre la base de esto intentaré, a continuación, definir cada uno de los componentes del triángulo virtuoso con la mayor coherencia posible y de forma sencilla, intentando no dar ninguna pirueta intelectual o lingüística.

Isaiah Berlin, en su obra *Dos conceptos de libertad*, traza una distinción entre libertad negativa y positiva. La primera se refiere a la ausencia de intervención exterior en el ámbito propio; es decir, la libertad de actuar sin interferencia de otra persona; la segunda es definida por Berlin como la propiedad del individuo de sí mismo, la libertad de ser dueño de su vida y sus decisiones.[14] A estos conceptos de libertad es a lo que estamos acostumbrados, principalmente al de libertad negativa que es al que parece referirse Thomas Hobbes cuando la define como "la ausencia de impedimentos externos, impedimentos que a menudo pueden arrebatar a un hombre parte de su poder de hacer lo que le plazca, pero que no pueden impedirle usar el poder que le queda".[15] El anarquismo propone una suerte de tercer concepto de libertad, que, *a priori*, se asemeja al de la libertad positiva, pero se diferencia en que, para el anarquismo, ésta no es individual sino social. Así es que Bakunin afirma que "un hombre aislado no puede tener conciencia de su libertad. Ser libre significa que el hombre será reconocido y tratado como tal por otro hombre, por todos los hombres que lo rodean. La libertad no es entonces un hecho que nace del aislamiento, sino de la acción recíproca; no es un resultado de la exclusión sino, por el contrario, de la interacción social"[16] y concluye que "la libertad del individuo es incrementada y no limitada por la libertad de todos. Sólo soy libre cuando todos los seres humanos que me rodean, hombres y mujeres, son igualmente libres. Lejos de limitar o negar mi libertad, la libertad de los demás es su condición necesaria y

12. CHOMSKY, Noam: *Escritos libertarios. Esperanza en el porvenir*, Capital Intelectual, Buenos Aires, 2009, p. 87.

13. BAKUNIN, Mijail: *Dios y el Estado*, Utopía Libertaria - Anarres, Buenos Aires, 2008, p. 58.

14. GABRIEL, Silvia: "Un panorama actual de la discusión en torno al Leviatán de Thomas Hobbes. El origen del Estado absoluto", en revista *Lecciones y Ensayos,* N° 86, Facultad de Derecho (UBA), Buenos Aires, 2010, p. 84.

15. HOBBES, Thomas: *Leviatán*, Losada, Buenos Aires, 2003, p. 129. Citado en GABRIEL, Silvia, "Un panorama… cit., p. 84.

16. BAKUNIN, Mijail: *Escritos de filosofía política* (compilación de G. P. Maximoff), Alianza, Madrid, 1978, t. II, p. 12.

su confirmación".[17] Vemos que el concepto de libertad en el anarquismo respeta el funcionamiento cíclico del triángulo virtuoso; y es una libertad coherente con los demás componentes de éste, toda vez que sería imposible su realización si no hubiera igualdad y, como veremos luego, fraternidad.

Para Bakunin, la igualdad es el punto de partida de la libertad en tanto afirma: "la libertad sólo es válida cuando es compartida por todos".[18] Si bien en filosofía política suele afirmarse que el anarquismo es la lucha por la libertad, ya que ésta tiende a destruir a la autoridad estatal que la reprime –según surge de *El principio federativo* de Pierre Joseph Proudhon–[19] debemos reformular esta afirmación (y esto es lo que tiene en miras el presente artículo) teniendo en cuenta la idea expuesta por Malatesta referida a que el anarquismo nace de la desigualdad y de la injusticia producida por ésta,[20] cuando el hombre se vuelve consciente de que, al ser ésta una creación humana, es, por lo tanto, eliminable por los propios humanos.[21]

Coincido con Norberto Bobbio en que la igualdad, así como su contrapunto, la desigualdad, son, quizá, los conceptos más difíciles de definir en ciencia política debido a sus múltiples interpretaciones. Aún dentro del anarquismo existen diferentes posturas bastante difíciles de conciliar en cuanto al criterio de distribución de los bienes (que es el verdadero problema de la igualdad según señala Bobbio). Así, el anarquismo mutualista (Proudhon) nos dice 'a cada quien según su aporte'; el mutualismo propone un sistema de intercambio de productos y servicios justo y sin fin de lucro, a diferencia de lo que ocurre en el capitalismo. El colectivismo (Bakunin) no se aleja demasiado del mutualismo, da a los trabajadores la propiedad de su trabajo, asegurando que sólo éstos obtengan productos y servicios fruto de su labor y evitando la explotación laboral, pero es diferente a aquél en tanto no propone un intercambio individual sino a través de la asociación colectiva de trabajadores en federaciones y confederaciones. El anarco-comunismo (Kropotkin) busca, en cambio, satisfacer las necesidades de todas las personas indiferentemente del aporte que realicen, propone la libre obtención de los bienes abundantes y el racionamiento de los escasos, atendiendo al nivel de necesidad.[22] Estas diferentes posturas intentaron ser conciliadas por distintos pensadores ácratas, entre los que cabe destacar a Carlos Malato, quien, desde una postura pragmática, sostiene la siguiente idea: "el

17. Ibídem, p. 14.

18. Ibídem, p. 11.

19. D'AURIA, Aníbal: "Introducción… cit., p. 27.

20. Como dice el epígrafe de este ensayo: "La justicia implica necesariamente el reconocimiento de la igualdad".

21. MALATESTA, Errico: *Anarquismo y anarquía*, Tupac, Buenos Aires, 2000, p. 11.

22. D'AURIA, Aníbal: "El anarquismo ante la propiedad", en D'AURIA, Aníbal y otros, *El anarquismo*… cit., pp. 93-94.

mutualismo, el colectivismo y el comunismo no se excluyen, sino que pueden [y deben] conjugarse prácticamente para la conformación de una sociedad igualitaria y libre".[23] Personalmente, en consonancia con la línea argumental que he venido sosteniendo, opino que el mejor criterio de distribución es dar a cada quien según su necesidad, ya que no todos podrán aportar de la misma manera a la sociedad, Sin embargo considero que sí se debe excluir a aquellos que no realicen aporte alguno, si no fuese por motivo de algún impedimento físico o mental, ya que el anarquismo busca principalmente eliminar el parasitismo social de los capitalistas y al parásito supremo, el Estado.[24] En principio pareciera que comulgo con el anarco-comunismo, pero a diferencia de Kropotkin, a quien se lo critica por tener una concepción extremadamente optimista del hombre,[25] que lo lleva a proponer una repartición de los bienes entre los hombres sin tener en cuenta si estos aportan o no a la sociedad, considero que el hombre no es ni bueno ni malo por naturaleza sino un mero reflejo de lo que lo rodea.[26] Por ellos se adapta a la sociedad de forma de extraer el mayor beneficio posible, ya que es un maximizador de beneficios de tipo económico y moral como, acertadamente, afirma Kropotkin.[27]

Conexo con la concepción antropológica del hombre, se encuentra el tercer componente: la fraternidad. Norberto Bobbio, que también consiente en que la única forma de conseguir una verdadera libertad es mediante la igualdad, afirma que, del trinomio, la fraternidad es el componente más indeterminado de todos.[28] Esta indeterminación se debe a que de los tres pilares, los autores se han dedicado al estudio de la libertad y la igualdad sin prestar demasiada atención a la fraternidad; algunos incluso la extirpan del ámbito de la filosofía política y la encuadran dentro del de las creencias religiosas. Si bien dentro del ideario anarquista no existe un desarrollo tan grande de la fraternidad como sí lo hay de los otros dos ideales, podemos encontrar múltiples referencias aisladas a ésta e incluso una forma de conseguirla y preservarla. En *¿Qué es la propiedad?*, Proudhon afirma que sólo a través de la so-

23. Ibídem, p. 96.

24. ROTHBARD, Murray: *Hacia*... cit., pp. 64-65.

25. D'AURIA, Aníbal: "El anarquismo… cit., pp. 94-95.

26. Ver: "Universidad de Buenos Aires: El hombre no es bueno ni malo", nota periodística publicada en *United Press International* sobre mi exposición en las "Primeras Jornadas para Jóvenes Investigadores en Derecho y Ciencias Sociales", disponible en http://espanol.upi.com/Noticias-destacadas/2009/11/05/Universidad-de-Buenos-Aires-El-hombre-no-es-bueno-ni-malo/UPI-60111257423267/ [fecha de consulta: 5 de noviembre de 2009].

27. KROPOTKIN, Piotr: *La moral anarquista y otros escritos* (compilación de F. Mintz), Utopía Libertaria - Anarres, Buenos Aires, 2008, p. 23.

28. BOBBIO, Norberto: *Derecha*... cit., p.155.

lidaridad es posible alcanzar la equidad social (igualdad);[29] pero es Piotr Kropotkin en *La moral anarquista* quien analiza este ideal con mayor profundidad. El príncipe ruso, especialista en las ciencias naturales, se vale del estudio del mundo animal para reformular el darwinismo social, afirmando que esta teoría, aplicada a la sociedad, no significa la supervivencia del más apto (fuerte), tal como los sostiene los darwinistas de su época, sino que la evolución de las especies está dada por el grado de solidaridad que éstas adquieren, por lo que las que más se ayudan mutuamente son las más evolucionadas.[30] Kropotkin aplica el darwinismo a la sociedad de una manera mucho más acertada que el resto de los darwinistas sociales; Así es que en *La moral anarquista* escribe: "A pesar de los vulgarizadores de Darwin, ignorando en él todo lo que no sacó de Malthus, el sentimiento de solidaridad es el rasgo predominante de la existencia de todos los animales que viven en sociedad. El águila devora al gorrión; el lobo, a las marmotas; pero las águilas y los lobos se ayudan entre sí para cazar; y los gorriones y las marmotas se prestan solidaridad también contra los animales de presa, pues sólo los torpes caen. En toda sociedad animal la solidaridad es una ley (un hecho general) de la naturaleza, infinitamente más importante que esa lucha por la existencia, cuya virtud nos cantan los burgueses en todos los tonos a fin de mejor embrutecernos"[31]. Fundado en esto es que este autor afirma que la fraternidad no es una cuestión de religiosidad, sino que surge del instinto de conservación de la especie[32] y define a la fraternidad anarquista contraponiéndola con al cristiana en los siguientes términos: mientras los cristianos afirman "no hagas a otros lo que no quieres que te hagan", el anarquismo propone "hagamos a los otros lo que quisiéramos que hicieran por nosotros en las mismas circunstancias".[33]

De esta forma, el anarquismo controvierte la vieja animalización del hombre que hacen los seguidores de Hobbes expresada en la máxima *homo homini lupus*. En el *Leviatán*, Hobbes afirma que el hombre es "un deseo perpetuo e insaciable de poder tras poder, que sólo cesa con la muerte",[34] por eso es que este autor "niega la idea de asociación natural de los hombres y sostiene que ésta se produce por la búsqueda de beneficios, no por el amor al prójimo sino por le amor a nosotros mismos y, por sobre todo, por el miedo mutuo existente en el estado de naturaleza".[35]

29. PROUDHON, Pierre Joseph: *¿Qué es la propiedad?*, Utopía Libertaria - Anarres, Buenos Aires, 2007, p.199.

30. D'AURIA, Aníbal: "Introducción… cit., p. 36.

31. KROPOTKIN, Piotr: *La moral*... cit., pp. 32-33.

32. Ibídem, pp. 27-28.

33. Ibídem, p. 30.

34. HOBBES, Thomas: *Leviatán*, Losada, Buenos Aires, 2004, p. 109.

35. BENENTE, Mauro: "Cartografías del pensamiento político de Thomas Hobbes", en *Revista electrónica del Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja,* Año III, N° 4, Facultad de Derecho

Siguiendo a Kropotkin, el hombre no es ya el lobo para el hombre, sino que es el hombre para el hombre, y como seres de la misma especie que viven en sociedad su evolución no depende de su mutua eliminación sino de la solidaridad entre ellos. Para el anarquismo es fácil escapar del esquema hobbesiano de *guerra de todos contra todos* puesto que hace desaparecer el elemento *poder* que la desencadena y por lo tanto torna viable la ayuda mutua, propiciada por una educación libre que prepare a las personas para la cooperación social y no para la confrontación con los demás; como ocurre con la educación formal estatal, que prepara desde la infancia a las personas para competir entre ellos en un sistema de premios y castigos.[36] Sin embargo, cuando hablamos de poder en el anarquismo no debemos hacerlo en los mismos términos que lo hace Michel Foucault; esto puede llevar a graves errores como negar la posibilidad de eliminación del *poder*. Para Foucault el poder no está en manos de una autoridad 'central', sino que se encuentra en cabeza de cada persona que lo ejerce recíprocamente con y contra el resto; para este autor, el poder "viene de todas partes".[37] Cuando hablamos de *poder* en el anarquismo nos referimos a la autoridad, al *principio de autoridad jerárquica* –desarrollado por Proudhon en *El principio federativo* y complementado con el antiteologismo de Bakunin– del cual, como veremos luego, deriva la desigualdad.[38] Enrolar a Foucault dentro del anarquismo –si bien lo han hecho prestigiosos compiladores como Christian Ferrer–[39] es un tanto arriesgado, ya que ello denota tener poco claro el concepto del anarquismo. Autores como Foucault son 'anarquistas' en la misma medida en que autores como Friedrich Nietzsche practican un pensamiento concordante con el de los individualistas de la línea de Max Stirner, tal como lo explica Leticia Vita en un muy interesante artículo que vale la pena mencionar aquí.[40] Para concluir, si denominamos anarquistas a estos autores (Max Stirner, Nietzsche y Foucault) debemos tomar la precaución de aclarar que son individualistas, por lo que resulta obvio que niegan el triángulo virtuoso al negar el concepto de *libertad social*.

(UBA), Buenos Aires, 2009, p. 15.

36. GORELIK, Anatol: *El anarquismo y la revolución rusa* (compilación de F. Mintz), Utopía Libertaria - Anarres, Buenos Aires, 2007, p. 175.

37. FOUCAULT, Michel: *Historia de la sexualidad*, Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2002, p. 112.

38. D'AURIA, Aníbal, "Introducción… cit., p. 33.

39. Ibídem, p. 11.

40. VITA, Leticia: "La crítica de Nietzsche al Estado moderno", en revista *Lecciones y Ensayos,* N° 86, Facultad de Derecho (UBA), Buenos Aires, 2010, p. 218.

IV. Los vicios de la igualdad u orígenes de la desigualdad, primera parte: la propiedad

Cuando el anarquismo habla de *propiedad* se está refiriendo al *jus utendi et abutendi* del Derecho romano que Dalmacio Vélez Sarsfield rescata en la nota al artículo 2506 del Código Civil para calificar al derecho de dominio como *absoluto*, siguiendo la línea de los códigos de tradición liberal de su época.[41] Sin embargo, a diferencia del Derecho romano en donde los derechos reales eran creados por particulares de forma privada, los códigos modernos –y el Código Civil no es la excepción– introducen el orden público en la materia tomando el concepto de *numerus clausus* que se origina con el estado absolutista en la Edad Media, según explica Vélez en la nota al artículo 2502 del Código Civil. El fundamento para que el Estado sea el único capaz de crear derechos reales radica en que éste viene a poner orden en este derecho tornado caótico por la acción desordenada de los particulares, al evitar la proliferación y superposición de éstos en una misa cosa. Sin embargo, el verdadero sentido de la intervención estatal en la propiedad tiene otros dos fundamentos mucho menos inocentes –y más creíbles– que el anterior: el primero es utilizar la legitimidad del Estado para legitimar este derecho, ya que el argumento de la divinidad de la propiedad invocada por pensadores como Pothier (citado por Vélez numerosas veces en el Código) es evidentemente absurdo, como ha sido señalado por Proudhon;[42] el segundo, y quizá más importante, es la protección de la propiedad (y de su abuso) a través de la mano militar del Estado. De este abuso de la propiedad individual apañado por el aparato estatal es de donde surgen, según explica Mariani de Vidal, las teorías abolicionistas como la anarquista y la marxista.[43]

Generalmente los escritores (entre los que me incluyo) solemos marcar una tensión entre anarquismo y marxismo en materia de propiedad. Esta tensión existe realmente y está dada porque mientras el anarquismo quiere la abolición de toda propiedad, el marxismo sólo propone la eliminación de la propiedad privada y la conformación de un *Estado transitorio* que, en el proceso revolucionario, administre la 'propiedad pública'. Sin embargo, anarquistas y marxistas se han complementado perfectamente con respecto a este tema. Por ejemplo, a la abstracta tesis de Proudhon, "¡la propiedad es un robo!",[44] que corrobora de manera excepcional refutando lógicamente los dos principales argumentos que utilizan los defensores

41. MARIANI de VIDAL, Marina: *Derechos reales*, Zavalia, Buenos Aires, 2004, t. 1, p. 266.

42. Conf. PROUDHON, Pierre Joseph: *¿Qué*... cit., p. 66.

43. MARIANI de VIDAL, Marina: *Derechos*... cit., p. 267.

44. PROUDHON, Pierre Joseph: *¿Qué*... cit., p. 17.

de la propiedad para sustentarla: la ocupación y el trabajo,[45] *El capital* de Marx le otorga fundamento empírico-histórico cuando en el capítulo XXIV, *"La llamada acumulación originaria",* realiza una exposición que muestra cómo el Estado burgués fue expropiando a los campesinos en Gran Bretaña, a través de la utilización de la violencia, con el objetivo de incrementar el afluente de proletarios libres de toda propiedad en la ciudad para que se vieran obligados a trabajar en las fábricas de los burgueses.[46]

En igual sentido, Engels coincide con Proudhon al reconocer en la propiedad el origen de la desigualdad y del Estado.[47] Esto lleva a Proudhon a afirmar que la propiedad mata a la sociedad y es por eso que ésta debe abolirla para sobrevivir.[48] Si bien este autor luego atenuará esta postura tan extrema reconociendo la propiedad sobre ciertas cosas que serían *extra commercium*, los anarquistas de corte socialista han seguido siempre la postura proudhoniana con respecto a la propiedad. Postura que sostiene su eliminación y reemplazo por la ocupación, tal como lo desarrollaré posteriormente.

V. Los vicios de la igualdad u orígenes de la desigualdad, segunda parte: el Estado

Como señalé en el apartado anterior, existe una gran similitud entre Proudhon y Engels al señalar que el Estado es el protector de la desigualdad que surge de la propiedad así como también de ésta. Afirma Engels que: "Como el Estado nació de la necesidad de refrenar los antagonismos de clase, y como, al mismo tiempo, nació en medio del conflicto de esas clases, es, por regla general, el Estado de la clase más poderosa, de la clase económicamente dominante adquiriendo con ellos nuevos medios para la represión y la explotación de la clase oprimida. Así, el Estado antiguo era, ante todo, el Estado de los esclavistas para tener sometidos a los esclavos; el Estado feudal era el órgano de que se valía la nobleza para tener sujetos a los campesinos siervos, y el moderno Estado representativo es el instrumento de que se sirve el capital para explotar el trabajo asalariado".[49] Siguiendo este razonamiento es que el marxismo propone la institución de un Estado del proletariado que será la

45. D'AURIA, Aníbal: "El anarquismo… cit., p. 90.

46. MARX, Karl y ENGELS, Friedrich: *El capital*, Siglo veintiuno, México D. F., 1977, t. I, pp. 892 y 905.

47. ENGELS, Friedrich: *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*, Nuestra América, Buenos Aires, 2006, p. 100.

48. PROUDHON, Pierre Joseph: *¿Qué…* cit., p. 51.

49. ENGELS, Friedrich: *El origen…* cit., p. 162.

clase dominante durante la transición a una sociedad sin clases en la que, por ende, éste desaparecerá. Proudhon, si bien coincide en que el Estado se origina con la propiedad y que éste protege a la clase propietaria, discrepa en la creación de uno transitorio, ya que asegura que el Estado, primero despótico, luego monárquico, después autocrático, hoy democrático es siempre tiranía[50]. Por ello es que Proudhon rechaza en *Filosofía de la miseria* la propuesta de Marx de formar una asociación política, acusándolo de querer ponerse en el rol de jefe del movimiento y pretender que su figura fuera divinizada, como lo hizo su compatriota Martín Lutero.[51]

Gracias a la obra de Rousseau podemos distinguir –a grandes rasgos– tres etapas de la evolución de la desigualdad. La primera está constituida por el derecho de propiedad que genera la distinción entre ricos y pobres, de la que deriva la segunda etapa, marcada por la institución de la magistratura, por la que se distingue entre el poderoso y el débil, para concluir en la tercera etapa: la constitución del Estado, que genera la distinción entre señor y esclavo.[52] Entonces, la naturaleza desigualitaria del Estado, que surge de la propiedad, no se agota en ésta; además de proteger la desigualdad económica (producto de la propiedad), el Estado produce una nueva desigualdad política y humana. Esto es explicado por Mijail Bakunin en *Dios y el Estado*, comentando que la esencia de dios es la denigración de la humanidad para mayor gloria de la divinidad, ya que, por ser éste superior a los humanos, sus representantes terrenales (gobernantes) son superiores al resto de la humanidad (gobernados). Así afirma que "desde el momento que dios, ser perfecto y supremo, se pone frente a la humanidad, los intermediarios divinos, los elegidos, los inspirados de dios salen de la tierra para ilustrar, para dirigir y para gobernar en su nombre a la especie humana".[53]

Ahora bien, esta crítica vale para el Estado en sus orígenes pero hoy en día, en donde el Estado parece no depender ya de la iglesia –aunque no se ha podido refutar la afirmación bakuniana: "No existe, no puede existir Estado sin religión"–[54] debemos reformular la idea de este autor. Hoy en día, aquello que antes era legitimado por los dioses es fundamentado por una diosa de apariencia diferente: la razón y la ciencia. Por ello, los anarquistas contemporáneos como Noam Chomsky efectúan un duro ataque a los intelectuales, asegurando que éstos continúan la labor que en la antigüedad realizaba la iglesia, creando misterios irresolubles que sólo ellos, como

50. PROUDHON, Pierre Joseph: *¿Qué…* cit., p. 70.

51. Conf. PROUDHON, Pierre Joseph: *Sistema de las contradicciones económicas. Filosofía de la miseria*, Américalee, Buenos Aires, 1945.

52. D'AURIA, Aníbal: *Rousseau: su crítica social y su propuesta política. (Una lectura actual y libertaria)*, La Ley - Facultad de Derecho (UBA), Buenos Aires, 2007, p. 24.

53. BAKUNIN, Mijail: *Dios…* cit., p. 38.

54. Ibídem, p. 80.

seres superiores, pueden entender.[55] Libertarios como Murray Rothbard concuerdan en que la ciencia ha reemplazado el lugar de dominio que ocupaba la religión y en que los intelectuales pasaron a ocupar el lugar de los sacerdotes[56] justificando la existencia del Estado en diversos mitos.[57] Incluso autores que no comulgan con el anarquismo, como Tulio Ortiz, opinan que la educación formal prepara a las personas para la desigualdad política, justificada por los intelectuales sobre la base de una supuesta superioridad para gobernar. En este orden de ideas es interesante rescatar –como lo hace el autor aludido– los dichos de Bartolomé Mitre, que, al inaugurarse el Colegio Nacional de Buenos Aires, anunciaba que de allí saldría la futura *clase dirigente*.[58] Dirigentes como Miguel Cané, egresado de *El Colegio* y autor de la Ley 4.144 del 22 de noviembre de 1902 (mejor conocida como *Ley de Residencia*) destinada a perseguir, arrestar y deportar, por motivos políticos, a los socialistas y anarquistas españoles e italianos que habían inmigrado a la Argentina a fines del Siglo XIX y principios del XX.

Antes de cerrar este apartado y continuar con el próximo es menester señalar que, si bien el antiteologismo bakuniano del que surge su crítica al Estado está hoy desactualizado, ello no significa que este autor no haya sabido predecir que la ciencia sería el remplazo de dios; tal como lo señalé en el segundo apartado de este trabajo, Bakunin define a la anarquía como la revolución de la vida contra el gobierno de la ciencia. Por eso es imposible hablar de una doctrina anarquista. De allí surge la necesidad, siempre remarcada, de que los escritores anarquistas escriban de forma sencilla para poder llegar a las masas más humildes, y no decir cosas que nadie entienda. Por eso podemos incluir a publicaciones como la *Carta gaucha* entre los mejores textos anárquicos, porque, con su gramática y ortografía gauchesca, que los eruditos de la Real Academia Española tacharían de misérrima, logra poner el antiteologismo y antiestatismo de los anarquistas como Bakunin en el lenguaje que hablan los más pobres para alentarlos a levantarse contra la autoridad y el gobierno del hombre por el hombre. Vale la pena citar: "Y seguían disiéndome todo cómo había que haser, pero con un tino que daba gusto escuchar. Me desian que Dios no es más que un cuento del tío inventao por los frailes pa vivir sin trabajar, a costillas de los inorantes. Por eso es que todos los curas son gordos, ¿se han fijao? ¡Cómo no, si no hasen nada, comen de lo mejor y duermen como potrillo blanco! M'hisieron

55. CHOMSKY, Noam: *Escritos*... cit., p. 117.

56. ROTHBARD, Murray: *Hacia*... cit., pp. 74-75.

57. Ibídem, p. 69.

58. ORTIZ, Tulio y LESCANO GALARDI, Verónica: "¿Hacia un Estado posmoderno argentino? Transformación e identidad", en ORTIZ, Tulio y otros, *Estado posmoderno y globalización. Transformación del Estado-nación argentino*, Facultad de Derecho (UBA), Buenos Aires, 2006, pp. 10-11.

comprender que no hay tal Dios y qu'ese es un negosio de la gente pícara que se alimenta de las crénsias de los sonsos. M'enseñaron que los políticos y toda clase de caudillos son una manga de charlatanes y fallutos, que l'único que buscan es acomodarse para vivir a gusto con el trabajo e los pobres que pagan las contribusiones y los impuestos, que todos ellos disen muy lindas palabras y le hasen muchas promesas a uno, pero tocante a cumplirlas, ¡no hay gente! Y eso se ve clarito como güevo e tero; no hay más que fi jars'en las elesiones como andan: que Don Pu acá y Señor Pu allá y mil salamerías pa que uno les d'el voto. Pero despúes que ha pasado la farra, ¡si t'he visto no me acuerdo! Si a mano viene ni lo saludan al pobre que votó por ellos. ¡Y que le van a dar de lo que han prometido, si no es d'ellos el páis! Cuando más si uno cái preso y lo presisan, lo sacan; pero si no lo presisan, ya puede esperar sentao; lo hunden más si se descuida. Porqu'ellos mismos hasen las leyes, pa mejor; y no son tal lerdos p'enredarse'en sus mismas cuartas".[59]

VI. Desigualdad y anarquismo (la derecha anarquista)

Hagamos un breve repaso de lo hasta aquí visto: comenzamos por anunciar la hipótesis que siguen los trabajos que nombré en el preludio; artículos que sostienen la premisa de que *existen tantos anarquismos como anarquistas hay*. De ellos podemos extraer puntos en común que nos ayudarán a dilucidar cuándo un ideal es puramente ácrata y cuándo no. Estos principios están plasmados en el *triángulo virtuoso de libertad, igualdad y fraternidad*, pero no necesariamente todos los anarquistas los deben seguir, sino sólo aquellos que persiguen un *anarquismo puro*. Lo que sí sostiene todo anarquista es la idea de la abolición del Estado, sea por defender el triángulo virtuoso o por otros motivos. En estos últimos apartados utilizaré la lógica de Norberto Bobbio para dividir a los anarquistas en derecha e izquierda según abracen la idea de la igualdad o protejan alguno de sus vicios: la propiedad y el Estado. Comenzaré por la derecha, en la que cabe encasillar al libertarianismo que protege la propiedad y al marxismo que propone la imposición de un Estado transitorio previo a la institución de la anarquía.

Explica Chomsky que el libertarianismo es una corriente de ultraderecha del anarquismo que se ha desarrollado en el mundo angloparlante y, principalmente, en los Estados Unidos, sustentado por las grandes corporaciones económicas que utilizan el partido libertario como *arma ideológica* pero en cuya efectividad ni siquiera ellos confían.[60] Este partido es, como señala el libertario Murray Rothbard, la terce-

59. CRUSAO, Juan: "Carta gaucha", en D'AURIA, Aníbal y otros, *El anarquismo*... cit., pp. 259-260.

60. CHOMSKY, Noam: *Escritos*... cit., p. 115.

ra potencia política en los Estados Unidos, y el único que sostiene una clara ideología y no es vacío políticamente.[61] Ideología que "se opone a la invasión de los derechos de propiedad privada"[62] y al Estado por cuanto, a través del sistema tributario, es su principal invasor.[63] Para otro libertario, el filósofo de Harvard Robert Nozick, "el derecho individual de propiedad se enfatiza al punto de negar autoridad al Estado para actuar como redistribuidor en la sociedad";[64] de esta forma, se protege la propiedad con tal intensidad que incluso se niega la única función más o menos igualitaria del Estado, que consiste en "el conjunto de acciones financieras realizadas por el Estado con el fin de hacer efectivo el sistema constitucional de los derechos humanos",[65] como señala Horacio Corti al definir el Derecho presupuestario.

En su lucha por la abolición del Estado como invasor de la propiedad privada, pese a tener por objetivo una mayor redistribución social, los libertarios también atacan duramente al Estado benefactor ideado por John Maynard Keynes a partir de la crisis económica de la década de 1930. En este sentido, afirman que las políticas sociales de redistribución sirven para fomentar la conducta ociosa e improductiva en el pueblo y se la financia mediante el saqueo a los trabajadores por parte de la autoridad estatal.[66] En síntesis, los libertarios sostienen que el Estado es el principal ladrón de la sociedad, que los gobernantes son inoperantes, fomentan la vagancia de las personas y originan las catástrofes sociales; por eso se oponen a ellos y proponen: "¡que se vayan todos!". ¿Será acaso esta mentalidad la que tuvo la aristócrata de cotillón (parafraseando una canción de Los Redondos) clase media argentina cuando en diciembre de 2001 se movilizó contra un gobierno que vulneró su propiedad privada? ¿o cuando intentaron dar un golpe de Estado al kirchnerismo apoyados por la oligarquía ruralista porque el Ministerio de Economía y Producción fijó una retención a las exportaciones mediante la famosísima Resolución 125/2008?[67]

61. ROTHBARD, Murray: *Hacia*... cit., p. 11.

62. Ibídem, p. 35.

63. Ibídem, pp. 37-38

64. RIVERO, Ángel: "Liberalismo conservador (de Burke a Nozick)", en: ANTÓN, Joan y otros, *Ideologías y movimientos políticos contemporáneos*, Tecnos, Madrid, 2006, p. 53.

65. CORTI, Horacio: *Derecho constitucional presupuestario*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, p. 5.

66. ROTHBARD, Murray: *Hacia*... cit., p. 167.

67. En este orden de ideas, el prestigioso intelectual José Pablo Feinmann traza un interesante paralelismo entre el golpe de 1955 y el paro agrario del 2008 definiéndolo como "el prefacio de un golpe de Estado" y atribuyendo a la oligarquía agropecuaria argentina el carácter de "eterna clase golpista de la Argentina". FEINMANN, José Pablo, *Peronismo. Filosofía política de una persistencia argentina*, Planeta, Buenos Aires, 2010, t. I, pp. 228-229.

No caben dudas de que Chomsky está en lo cierto cuando afirma que aplicar el libertarianismo significaría ingresar en el peor de los totalitarismos.[68] Influenciado por este tipo de ideas y sumado a las catastróficas consecuencias que produjo la reducción del aparato estatal con el neoliberalismo es que este autor plantea una muy interesante defensa del Estado, afirmando que si se lo destruyera repentinamente los capitales privados podrían tomar súbitamente el poder y ocasionar males peores que éste.[69] No coincido, en este punto, con Chomsky; entiendo que al Estado no se lo puede vencer alimentándolo. Sin embargo, creo que su inocente defensa es razonable, y comparto la idea de que hay tiranías peores que el Estado; incluso opino que es saludable –hasta cierto punto– que los anarquistas hagan una defensa de los Estados con conciencia social y que encabecen políticas tendientes a lograr una mayor igualdad entre las personas, como son las de redistribución de la riqueza en el keynesianismo o el populismo de los dos primeros gobiernos de Juan Domingo Perón en la Argentina, retomado en esta primera década del Siglo XXI por el kirchnerismo.[70] Ello, por cuanto las masas necesitan estar incluidas en la sociedad para poder movilizarse ordenadamente; es absurdo pensar una revolución contra algo tan poderoso como el aparato estatal si el pueblo está desnutrido, a decir de Kropotkin: "¡Pan; la revolución necesita pan! ¡Ocúpense otros en lanzar circulares con frases rimbombantes! ¡Pónganse otros en los hombros tantos galones como puedan llevar encima! ¡Peroren otros acerca de las libertades políticas! Nuestra tarea consistirá en hacer de manera que en los primeros días de la revolución, y mientras dure ésta, no haya un solo hombre en el territorio insurrecto a quien le falte el pan, ni una sola mujer que se vea obligada a hacer cola ante una panadería para recoger el pedazo de pan de salvado que le quieran arrojar de limosna, ni un solo niño a quien le falte lo necesario para su débil constitución".[71]

Pero esta inocente defensa del Estado que hace Noam Chomsky no se compara con la que efectúa la otra vertiente derechista del anarquismo: el marxismo. Tenemos que comenzar por distinguir al marxismo del posmarxismo, el primero es el marxismo clásico –el de Marx y Engels–; el segundo está integrado por los comentadores de éstos y su máxima expresión se produce con la Revolución Rusa.

68. CHOMSKY, Noam: *Escritos…* cit., p. 115.

69. Ibídem, pp. 112-113.

70. Según un informe del Centro de Estudios Distributivos, Laborales y Sociales (CELDAS), a cargo de los investigadores Walter Escudero y Sergio Petralia, las políticas económicas de los gobiernos de Néstor Kirchner y su esposa, Cristina Fernández de Kirchner, hicieron que la Argentina pase –en menos de una década– del mayor índice de desigualdad de su historia, con la salida de la convertibilidad, al mayor porcentaje de distribución de la riqueza desde el segundo gobierno de Perón.

71. KROPOTKIN, Piotr: *La conquista del pan*, Utopía Libertaria - Anarres, Buenos Aires, 2005, p. 65.

Sólo incluimos dentro del anarquismo al primero, ya que el posmarxismo ha demostrado en la historia que jamás tuvo por finalidad eliminar al Estado. Así es que la Unión Soviética fue primero un fascismo como muestra Anatol Gorelik, un anarquista ucraniano exiliado en la Argentina después de su expulsión de la Unión Soviética en 1921, al relatar con lujo de detalles la persecución y ejecuciones que se llevaban a cabo en Rusia por motivos políticos a partir del año 1920.[72] Y luego de varias décadas de un régimen fascista, cuando se la intentó llevar hacia un "mejor socialismo", como predicaba Gorbachov con la *Perestroika,*[73] terminó por convertirse en un Estado capitalista más.

Utilizando el método dialéctico, el marxismo afirma que el anarquismo sería la síntesis superadora de la lucha de clases. Tenemos primeramente el liberalismo (tesis) en el que domina la burguesía contra la que se levanta la nueva clase –el proletariado– y, a través de una revolución violenta –como la francesa– toma el Estado (antítesis) para, desde él, destruir las diferencias de clases y, por ende, poner fin a la *lucha de clases* tornando inútil la existencia del Estado. Ello nos daría, como resultado, el anarquismo (síntesis). Por esto es que Marx critica el método revolucionario de los anarquistas y afirma que no es necesario destruir el Estado totalmente, sino sólo al Estado burgués, porque una vez destruido éste, el aparato estatal caerá por sí solo.[74]

Sin embargo, para Marx y Engels el Estado del proletariado, al que Chomsky llama "burocracia roja" retomando una vieja denominación utilizada por los seguidores de Bakunin,[75] va (y de hecho fue) más allá de un simple Estado transitorio. No debemos dejarnos caer en el engaño leninista conforme al cual la única diferencia entre marxistas y anarquistas es el método revolucionario.[76] Bakunin, con su ataque a Marx en el ámbito de la Asociación Internacional de los Trabajadores (la Primera Internacional), se adelantó perfectamente a lo que sería el fascismo de la Unión Soviética; ya que, como debe saber todo anarquista, dentro de un régimen estatal jamás podrá haber igualdad y por lo tanto predicar la abolición de la lucha de clases con el Estado de por medio es profesar una ficción. Antes de concluir este apartado y pasar a finalizar el presente ensayo quiero citar esta crítica que Bakunin le hace a los marxistas: "En el Estado de Marx, se nos dice, no habrá clase privilegiada. Todos serán iguales, no solamente desde el punto de vista jurídico y político, sino

72. GORELIK, Anatol: *El anarquismo…* cit., pp. 113-121.

73. GORBACHOV, Mijail: *Perestroika. Nuevas ideas para nuestro país y el mundo*, Emecé, Buenos Aires, 1989, pp. 38-39.

74. BOBBIO, Norberto: *Ni con Marx ni contra Marx* (compilación de C. Violi), Fondo de cultura económica, México D. F., 2001, p. 147.

75. CHOMSKY, Noam, *Escritos…* cit., p. 75.

76. LENIN, Nikolai : *Estado y revolución*, Editorial Rusa, Nueva York, 1919, p. 25.

también desde el punto de vista económico. Al menos esto es lo que se promete, aunque dudo mucho que, de la manera en la cual se lo toma, y con el camino que se quiere seguir, se pueda cumplir esa promesa algún día. No habrá, pues, clases, sino un gobierno y fijaos bien, un gobierno excesivamente complicado, que no se contentará con gobernar y administrar a las masas políticamente, como lo hacen todos los gobiernos actualmente, sino que incluso las administrará económicamente, concentrando en sus manos la producción y la justa distribución de las riquezas, el cultivo de la tierra, el establecimiento y desarrollo de las fábricas, la organización y la dirección del comercio, en fin, la aplicación del capital a la producción por un único banquero, el Estado. Todo esto exigirá una ciencia inmensa y muchas cabezas privilegiadas en este gobierno. Será el reino de la inteligencia científica, el más aristocrático, el más despótico, el más arrogante y el más despreciativo de todos los regímenes. Habrá una nueva clase, una jerarquía nueva de sabios reales y ficticios, y el mundo se dividirá en una minoría dominante en nombre de la ciencia, y una inmensa mayoría ignorante. Y entonces, cuidado con las masas ignorantes.

Un régimen tal no dejará de provocar muy serios descontentos en esta masa, y, para contentarla, el gobierno iluminador de Marx tendrá necesidad de una fuerza armada no menos importante. Pues el gobierno debe ser muy fuerte, dice Engels, para mantener en el orden a esos millones de analfabetos cuyo levantamiento brutal podría destruirlo y trastocarlo todo, hasta un gobierno dirigido por cerebros de gran inteligencia".[77]

VII. Igualdad y anarquismo (la izquierda anarquista)

Sin ánimos de ser repetitivo, me dedicaré, en este apartado, a enunciar las principales propuestas anarquistas para afirmar la igualdad; esto es, negar la propiedad y el Estado. La postura abolicionista de la propiedad surge de la obra de Pierre Joseph Proudhon, como vimos en el apartado IV, en ¿Qué es la propiedad?, este autor ataca el derecho de propiedad refutando los dos principales argumentos que utilizan sus defensores para sustentarlo: la ocupación y el trabajo. La propiedad, afirma Aníbal D'Auria, es la madre de la desigualdad civil (explotación del trabajo ajeno) y también de la política (gobierno del hombre sobre el hombre)[78]. Por eso es que Proudhon concluye su obra afirmando que la propiedad es el origen de todos los males sociales y sólo a través de su abolición éstos desaparecerán.[79]

77. BAKUNIN, Mijail: "Escrito contra Marx", en: *Archivo Miguel Bakunin, 1° de julio de 2008*, http://miguelbakunin.wordpress.com, 2008, pp. 36-37.

78. D'AURIA, Aníbal: "El anarquismo… cit., p. 89.

79. PROUDHON, Pierre Joseph: *¿Qué*... cit., p. 229.

Lecciones y Ensayos, nro. 89, 2011
Garaventa, Carlos A., *[Des]igualdad y anarquismo. Derecha e izquierda en el ideario anarquista,* ps. 489-514

Para eliminar la propiedad, Proudhon propone (en un principio, ya que luego ablandará su postura) la *ocupación*, que, al impedirla, conduce a la igualdad.[80] El ocupante tiene el carácter de ser poseedor y usufructuario de la cosa, excluyéndolo de la propiedad de ésta e imponiéndole la obligación de conservación; y, a diferencia del propietario, que tiene el derecho de abusar de la cosa, el ocupante sólo puede servirse de ella en la medida de su necesidad.[81] Si bien luego morigerará su postura eliminando la propiedad sólo de la tierra pero manteniéndola sobre las herramientas de trabajo y los frutos de éste, todos los anarquistas de izquierda se valen de esta obra para atacar la propiedad.

Si bien ya he desarrollado esto en apartados anteriores no daña que haga un breve repaso de las tres principales propuestas anarquistas para la distribución del producto de forma igualitaria, además de presentar una propuesta propia; antes de pasar a hablar del Estado y concluir este apartado. Primeramente, tenemos el *mutualismo* de Proudhon, esta propuesta sostiene la eliminación de la propiedad, el derecho de todos a ocupar la tierra y la posesión sobre lo producido por el trabajo propio; estableciendo, además, un sistema de intercambio del producto del trabajo en donde operen transacciones equivalentes, eliminando la posibilidad de lucro. Vale la pena señalar que, en casos en que el producto del trabajo no provenga de la labor individual, sino de un grupo de hombres, la posesión será de todo el grupo. Como en el mutualismo se intercambian equivalencias, lo que reciba cada persona dependerá siempre del aporte que haga a la sociedad.[82] Con Bakunin surge el *colectivismo*, doctrina ampliamente acogida por los antiautoritarios o federalistas dentro de la Primera Internacional. El colectivismo sostiene la abolición de la propiedad de la tierra y los instrumentos de producción, pero establece que el fruto del trabajo debe ser repartido en proporción al esfuerzo y la calidad del trabajo de cada individuo.[83] Finalmente, el *comunismo*, representado principalmente por Kropotkin, aplica el principio "de cada uno según su capacidad, a cada uno según sus necesidades". Ergo no sólo la tierra y los instrumentos de producción son comunes, sino que también se elimina la posesión del fruto del trabajo, que pasa a ser de la comunidad toda y se distribuye acorde a las necesidades reales de cada miembro de la sociedad.[84]

Por mi parte, adhiero al *anarco-comunismo*, pero me parece interesante formularle algunas reservas. No caben dudas de que si lo que buscamos es la igualdad no debemos afirmar ningún tipo de propiedad o posesión de nada; y el mejor criterio de distribución es el de dar a cada uno según su necesidad real, ya que de esta forma

80. Ibídem, p. 75.

81. Ibídem, p. 76.

82. VITA, Leticia: "Trabajo y salario", en: D'AURIA, Aníbal y otros, *El anarquismo*... cit., p. 106.

83. Ibídem, p. 107.

84. Ibídem.

eliminamos la acumulación de riquezas. Veámoslo con un ejemplo muy sencillo: supongamos que tengo una comuna de diez familias y la producción es de $100. Las familias 1 a 8 necesitan $10 para vivir, mientras que la familia 9 necesita $15, y la 10, $5. Si distribuimos el producto de forma matemáticamente igualitaria corresponden $10 a cada familia, mas, rápidamente, veremos que las familias 1 a 8 satisfacen sus necesidades completamente, mientras que la familia 9 se encuentra bajo la línea de pobreza y la familia 10 consigue un excedente de $5. Poco a poco, la familia 10 acumulará riquezas que podrá darle a la familia 9, por ejemplo, para que sus integrantes no mueran de inanición; claro que la familia 10 no tiene porqué hacer esto, por lo que le exigirá determinados servicios a la familia 9 a cambio y de esta forma ya tendremos un primer caso de explotación del hombre por el hombre aún cuando la distribución de la riqueza fue matemáticamente exacta. Sin embargo, si tomamos la necesidad como criterio de distribución vemos que, con el producto de la sociedad, podemos satisfacer las necesidades de todas las familias sin que ninguna tenga que someterse a otra. Ahora bien, puede objetárseme, ¿qué pasa si el producto no alcanza? No siempre puede garantizarse que haya comida para todos, pero, aún así, sigue siendo el criterio de distribución conforme a la necesidad, aplicado de forma proporcional al producto que haya. Indudablemente, utilizar un sistema de selectividad que permitiera satisfacer las necesidades de unos y no las de otros sería manifiestamente desigualitario, presuponiendo que todos aportaron a la confección del producto.

Este último punto me parece más interesante para analizar que la cuestión de si alcanza o no la producción para saciar a todos. La mayor crítica que podemos hacer a los anarco-comunistas es que no toman en cuenta (como sí lo hacen el mutualismo y el colectivismo) el aporte que la persona hace para la confección del producto. A este tipo de comunismo le son aplicables todos los ataques que efectúan los economistas liberales cuando afirman que éste es improductivo ya que, si el individuo va a ver saciadas sus necesidades indiferentemente de lo que aporte, no tiene necesidad de aportar demasiado porque puede, eventualmente, parasitar el trabajo ajeno. Este defecto del anarco-comunismo seguramente se deba a la concepción antropológica extremadamente positiva que sostiene Kropotkin. No volveré sobre este tema, ya que lo hice con anterioridad en este ensayo, pero sí debo resaltar que, aunque no es necesario que el hombre sea bueno por naturaleza, el anarquismo efectivamente necesita, al menos, que esté educado especialmente para vivir en anarquía. El hombre egoísta no sirve al anarquismo; se necesita de una educación que fomente la solidaridad y cooperación social, no la competencia desleal y el parasitismo, como lo hace el sistema educativo bajo el que somos formados. Volviendo al tema del aporte, considero que el *comunismo* debería ser complementado con el elemento que tienen en común el *mutualismo* y el *colectivismo*: el trabajar en la conformación de la producción, de modo tal que, aquel que estando física y mentalmente apto para trabajar, no lo haga, no reciba nada del producto.

El anarquismo, justamente, fomenta esta libertad, por lo que nadie está obliga-

do a formar parte de la sociedad o aportar a ella con su trabajo y cualquiera puede, tranquilamente, retirarse a otra comunidad en donde se sienta más cómodo, o vivir de forma ermitaña. A diferencia del sistema estatal en donde se nos obliga a pertenecer a tal o cual Estado y tener que respetar sus leyes porque ficticios antepasados nuestros firmaron un contrato también ficticio, los anarquistas conciben al contrato social de manera diferente. Para el anarco-contractualismo cada persona (y grupo de personas) es libre de firmar los contratos que quiera y de desistir de éstos cuando quiera, resarciendo los daños si los hubiera. El contrato social ácrata se caracteriza por la pluralidad de instrumentos contractuales que se relacionan interconectándose entre sí mediante su "espontáneo movimiento".[85] Y, a diferencia del contrato social clásico, en donde se cede la libertad –lo cual lleva a Proudhon a alegar la nulidad de dicho contrato porque ésta es irrenunciable–[86] aquí se la reafirma con la celebración de cada nuevo pacto.

Sin quererlo (o tal vez queriéndolo) hemos comenzado a hablar un poco del Estado. Al igual que con la propiedad me referiré aquí simplemente a la propuesta anarquista para eliminarlo; procuraré no ser repetitivo para no aburrirlo, lector. Como ya vimos, fundamentar la existencia del Estado en un contrato es hacerlo en una ficción. Friedrich Nietzsche, un autor al que, si vamos a denominar anarquista, debemos encuadrar dentro de la derecha según los parámetros que fui estableciendo en el presente,[87] pone de manifiesto con poderosa crudeza como la única razón por la que se impone el Estado es mediante el uso de la violencia, y dice haber nacido de un contrato utilizando otro tipo de violencia: la mentira.[88] De igual manera, vimos cómo funciona el contrato social ácrata, y veremos, a continuación, cómo, a partir de la multiplicidad de asociación, el anarquismo propone una organización social diferente, libre y no autoritaria.

El anarquismo de izquierda se ha nutrido en sus orígenes del pensamiento de un federalista como era Pierre Joseph Proudhon. Por lo tanto, no debe extrañarnos que Bakunin, quien es el principal ideólogo de una organización social ácrata, se valga de las ideas de los federalistas para proponer la conformación de una sociedad de *abajo hacia arriba* y no de *arriba abajo*. Esta última se da en función de la autoridad ineludible del Estado. Porque, "por más democráticas que sean las instituciones de un país, mientras exista el Estado siempre es una minoría la que gobierna".[89] La

85. D'AURIA, Aníbal: "Introducción… cit., pp. 44-45.

86. PROUDHON, Pierre Joseph: *¿Qué*... cit., p. 84.

87. Ya me referí en este trabajo a la cuestión de si autores como Nietzsche o Foucault pueden o no ser considerados anarquistas; y que, en caso de que lo sean, no puede decirse que defiendan el triángulo virtuoso ni hagan aportes relevantes a su defensa.

88. NIETZSCHE, Friedrich: *La genealogía de la moral*, Edimat, Madrid, 2006, p. 121.

89. D'AURIA, Aníbal: "Anarquismo y Derecho: Una aproximación a Bakunin", en D'AURIA,

sociedad ácrata, fundada en la pluralidad de contratos libres, no se ve obligada ya a estar sometida a la autoridad del Leviatán. Los hombres son libres de asociarse en comunas –o de no hacerlo–; éstas, a su vez, pueden asociarse con otras comunas conformando federaciones; y, finalmente, las federaciones pueden unirse para dar nacimiento a confederaciones. Pero lo relevante es que el individuo nunca pierda su libertad de poder irse de la comuna, que la comuna pueda retirarse de la federación y que la federación sea libre de dejar la confederación. Esta organización de *abajo hacia arriba* es lo que define a la anarquía, toda persona es libre de hacer lo quiera sin que se le imponga nada de manera autoritaria mediante la utilización de la violencia, tal como hacen los Estados.

VIII. Epílogo

A lo largo de todo este trabajo, intenté mostrar por qué la igualdad es un elemento fundamental en el triángulo virtuoso *liberté*, *égalité et fraternité*; ya que ésta marca el límite entre un anarquismo de derecha o de izquierda, siguiendo al razonamiento del maestro Norberto Bobbio para hacer esta distinción política. Considero haber demostrado acabadamente que la propiedad y el Estado son dos vicios de la igualdad y, por tanto, sólo puede considerarse izquierda a aquella propuesta política que tiene como meta abolirlos. Por esto mismo es que considero que Bobbio se equivoca cuando incluye en la izquierda a movimientos igualitarios-autoritarios.[90] Igualdad y autoridad son incompatibles. Como demostré a lo largo de este opúsculo, si hay una figura autoritaria, como por ejemplo el Estado –que es la máxima expresión de la autoridad–, no puede haber igualdad. Cualquier sistema político que afirme la existencia de una autoridad es anti-igualitario y, por ende, de derecha.

Es menester señalar, también, que no sólo son necesarias la abolición del Estado y de la propiedad para alcanzar la igualdad. Para que el triángulo virtuoso funcione, se requiere también de una sociedad fraterna, preparada para la cooperación y no para la competencia. Del mismo modo, se debe dejar de lado el concepto individualista de libertad conforme al cual uno sólo es libre con respecto a uno mismo y no a los demás, y sostener la idea de que sólo se puede predicar la igualdad en comparación al resto de la humanidad;[91] en otras palabras, adoptar el criterio bakuniano de que sólo seré libre en tanto y en cuanto todos los seres humanos que me rodean también lo sean; y que la libertad del otro, lejos de limitar la propia, la reafirma.

Aníbal, *El anarquismo*... cit., p. 53.

90. BOBBIO, Norberto: *Derecha*... cit., p. 162.

91. Ibídem, p. 160.

Antes de concluir este trabajo debo hacer una salvedad: si bien traté de mantenerme lo más objetivo posible en su redacción, habrá usted notado, lector, que no puedo dejar de tomar a la igualdad como algo bueno *per se*. Tal vez debería fundamentar por qué lo hago, mas lo cierto es que no creo que pueda hacerlo, tomar a la igualdad como algo bueno o malo depende de una razón moral más que racional. Bobbio no adentra mucho en este intríngulis moral y se dedica a citar dos polos de pensamiento opuestos: el de Rousseau, para quien los hombres no son naturalmente iguales; y el de Nietzsche, para quien los hombres son naturalmente desiguales.[92] Sin embargo, estos autores no hacen más que referirse a un supuesto estado natural que es completamente abstracto, como acertadamente señala Jeremy Bentham: "Esta noción de un estado de naturaleza inconexo y existente en la realidad es demasiado fantástica para ser seriamente admitida".[93] Por lo tanto, volvemos a la cuestión moral, parece que para algunos es moralmente correcta la desigualdad, o un cierto porcentaje de ésta, mientras que para otros no; esta discusión, empero, no es propia de esta obra sino más bien de un tratado de ética. Me limitaré a afirmar, junto con Chomsky, que "si la historia está efectivamente en su fin, como se ha proclamado con tanta seguridad, entonces la civilización está condenada a muerte".[94] No creo que haya nadie que pueda objetar moralmente que la muerte de la *comunitas*, en el sentido que le otorga Roberto Esposito a la comunidad,[95] no es algo intrínsecamente malo (excepto, tal vez, Nietzsche, cuando propone sacrificar a la humanidad en aras del florecimiento de una raza superior y más fuerte).[96] La desigualdad que lleva a la exclusión, el resentimiento, el odio, la violencia y la muerte es el asesinato de la comunidad; la comunidad debe matar la desigualdad o dejarse asesinar por ésta. *Contrario sensu*, considero que la igualdad es moralmente buena y, en este sentido, todo pequeño aporte que podamos hacer para concretarla –como es, por ejemplo, esta obra– nos acerca cada vez más a conseguirla. En el anarquismo, la utopía es la hipótesis, no el dogma, por lo que está siempre sujeta al testeo y a la reformulación permanente.[97] Después de todo, *lo imposible sólo tarda un poco más*.

92. BOBBIO, Norberto: *Derecha…* cit., pp. 147-148.

93. BENTHAM, Jermy: *Fragmento sobre el gobierno*, Sarpe, Madrid, 1985, p. 78.

94. CHOMSKY, Noam: *Escritos…* cit., p. 88.

95. Conf. ESPOSITO, Roberto: *Comunitas. Origen y destino de la comunidad*, Amorrotu, Buenos Aires, 2003.

96. NIETZSCHE, Friedrich: *La genealogía…* cit., p. 111.

97. D'AURIA, Aníbal: "Introducción… cit., p. 16.

Bibliografía.

Ackerman, Mario: "Entre el exabrupto y la esperanza", en: *Revista da AMATRA II,* Año IV, N° 8, San Pablo, 2003.

Antón, Joan y otros: *Ideologías y movimientos políticos contemporáneos*, Tecnos, Madrid, 2006.

Bakunin, Mijail: *Dios y el Estado*, Utopía Libertaria - Anarres, Buenos Aires, 2008.

— "Escrito contra Marx", en: *Archivo Miguel Bakunin,* 1° de julio de 2008, http://miguelbakunin.wordpress.com, 2008.

— *Escritos de filosofía política* (compilación de G. P. Maximoff), Alianza, Madrid, 1978.

Benente, Mauro: "Cartografías del pensamiento político de Thomas Hobbes", en: *Revista electrónica del Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja,* Año III, N° 4, Facultad de Derecho (UBA), Buenos Aires, 2009.

Bentham, Jeremy: *Fragmento sobre el gobierno*, Sarpe, Madrid, 1985.

Berlin, Isaiah: *Dos conceptos de libertad*, Alianza, Madrid, 2001.

Bobbio, Norberto: *Derecha e izquierda. Razones y significados de una distinción política*, Madrid, Taurus, 1995.

Bobbio, Norberto: *Ni con Marx ni contra Marx* (compilación de C. Violi), Fondo de cultura económica, México D. F., 2001.

Chomsky, Noam: *Escritos libertarios. Esperanza en el porvenir*, Capital Intelectual, Buenos Aires, 2009.

Corti, Horacio: *Derecho constitucional presupuestario*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007.

D'auria, Aníbal: *Rousseau: su crítica social y su propuesta política. (Una lectura actual y libertaria)*, La Ley - Facultad de Derecho (UBA), Buenos Aires, 2007.

D'auria, Aníbal y otros: *El anarquismo frente al Derecho*, Utopía Libertaria - Anarres, Buenos Aires, 2007.

Eco, Umberto: *Cómo se hace una tesis*, Gedisa, Barcelona, 2006.

Engels, Friedrich: *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*, Nuestra América, Buenos Aires, 2006.

Espósito, Roberto: *Comunitas. Origen y destino de la comunidad*, Amorrotu, Buenos Aires, 2003.

Feinmann, José Pablo: *Peronismo. Filosofía política de una persistencia argentina*, Planeta, Buenos Aires, 2010.

Foucault, Michel: *Historia de la sexualidad*, Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2002.

Gabriel, Silvia: "Un panorama actual de la discusión en torno al Leviatán de Thomas Hobbes. El origen del Estado absoluto", en revista *Lecciones y Ensayos,* N° 86, Facultad de Derecho (UBA), Buenos Aires, 2010.

Gorbachov, Mijail: *Perestroika. Nuevas ideas para nuestro país y el mundo*, Emecé, Buenos Aires, 1989.

Gorelik, Anatol: *El anarquismo y la revolución rusa* (compilación de F. Mintz), Utopía Libertaria - Anarres, Buenos Aires, 2007.

Hobbes, Thomas: *Leviatán*, Losada, Buenos Aires, 2004.

Kropotkin, Piotr: *La conquista del pan*, Utopía Libertaria - Anarres, Buenos Aires, 2005.

—*La moral anarquista y otros escritos* (compilación de F. Mintz), Utopía Libertaria - Anarres, Buenos Aires, 2008.

Lenin, Nikolai: *Estado y revolución*, Editorial Rusa, Nueva York, 1919.

Malatesta, Errico: *Anarquismo y anarquía*, Tupac, Buenos Aires, 2000.

Mariani de Vidal, Marina: *Derechos reales*, Zavalia, Buenos Aires, 2004.

Marx, Karl y Engels, Friedrich: *El capital*, Siglo veintiuno, México D. F., 1977.

—*El manifiesto comunista*, Ediciones Libertador, Buenos Aires, 2008.

Nietzsche, Friedrich: *La genealogía de la moral*, Edimat, Madrid, 2006.

Ortiz, Tulio y otros: *Estado posmoderno y globalización. Transformación del Estado-nación argentino*, Facultad de Derecho (UBA), Buenos Aires, 2006.

Proudhon, Pierre Joseph: *¿Qué es la propiedad?*, Utopía Libertaria - Anarres, Buenos Aires, 2007.

—*Sistema de las contradicciones económicas. Filosofía de la miseria*, América lee, Buenos Aires, 1945.

Rothbard, Murray: *Hacia una nueva libertad. El manifiesto libertario*, Grito Sagrado, Buenos Aires, 2005.

Rousseau, Jean Jacques: *Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres*, Folio, Barcelona, 2007.

Vita, Leticia: "La crítica de Nietzsche al Estado moderno", en revista *Lecciones y Ensayos,* N° 86, Facultad de Derecho (UBA), Buenos Aires, 2010.

Entrevistas

ENTREVISTA A CARMEN ARGIBAY [*] [2]

Lecciones y Ensayos —¿Qué es el Derecho?

Carmen Argibay —El Derecho es una herramienta que inventaron las personas para tratar de tener una convivencia en paz, tendiente a la armonía. Depende de cómo se use, como todos los instrumentos y herramientas humanas, puede ser bien o mal utilizada para sus fines. Si lo usamos bien, el Derecho es una herramienta muy útil, como todas las creaciones humanas, tiene sus puntos flacos y débiles, pero pueden ser perfeccionados; el Derecho puede servir en una determinada época y también puede servir en otra, porque las sociedades van cambiando, van variando, el mundo cambia, no estamos en un mundo estático y, por lo tanto, estas herramientas hay que adaptarlas a las nuevas costumbres. Pero es una herramienta útil y necesaria.

—¿Por qué eligió estudiar Abogacía?

—Fue bastante difícil para mí porque soy muy estudiosa y además tengo interés en muchísimas cosas como la Literatura, la Historia, el Derecho e inclusive la Medicina. No diría que tiré la monedita pero la elección finalmente recayó en Abogacía. No obstante, los estudiantes suelen decir que eligen esta carrera porque excluye dentro de su currícula a las matemáticas para las cuales tienen cierta dificultad. Sin embargo, a mí nunca me costaron y podría decir que tengo bastante habilidad para ellas al punto de que en determinado momento incluso estuve por elegir Ingeniería.

[*] **Carmen Argibay fue designada Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación a principios del año 2005. En junio de 2001 fue nombrada por la Asamblea General de la Naciones Unidas como Juez ad litem en el Tribunal Criminal Internacional para la ex-Yugoslavia y en diciembre de 2000 participó en calidad de Jueza en el Tribunal para Tokio que juzgo los crímenes de esclavitud sexual, violación y otros crímenes cometidos por los militares japoneses durante la Segunda Guerra Mundial contra mujeres en los países victimizados por Japón.**

2. La presente entrevista fue realizada y editada por Lautaro Furfaro, Cecilia Hopp y Celeste Salomé Novelli en fecha 5 de noviembre de 2010. Agradecemos la colaboración de Mauro Magneschi y Noelia V. Matalone.

Lecciones y Ensayos, nro. 89, 2011
Entrevista a Carmen Argibay, ps. 517-539

—¿Cómo fue su experiencia como estudiante de la Facultad de Derecho de la UBA?

—Ingresé en el año 1955 cuando la Facultad estaba en plena reorganización e intervenida debido a la cúpula militar que gobernaba el país. Era un momento difícil, había una cantidad de problemas cuyo alcance no podía comprender porque era muy chiquita e ingenua a los dieciséis años. Entré a la Facultad con apenas dieciséis años, o sea que era una adolescente, muy pequeña, luego de rendir libre el último año del bachillerato del cual estaba harta. Venía de un colegio de monjas y a ello se le sumaba el agravante de que estaba adelantada respecto de mis compañeros –que habían terminado el secundario a los dieciocho– porque nací en el mes de junio, soy una buena geminiana…(*risas*).

Encontrarme de golpe con el ambiente de la Facultad implicó para mí descubrir un mundo totalmente distinto al que conocía que, en aquella época, no favorecía la relación entre los pares, más o menos de la misma edad, porque no existían los cursos regulares, ni tampoco había obligación de asistir a clases. De modo que teníamos que dar los exámenes de forma libre y, en general, entre los estudiantes no nos veíamos en otras ocasiones con excepción del día en el que se rendía examen. No había mucha posibilidad de trabar relaciones con los compañeros hasta que llegaba la etapa de los trabajos prácticos, que sí eran obligatorios y para lo cual se requería tener por lo menos ocho materias aprobadas, entonces nos juntábamos con un grupo de compañeros permanentemente entre quienes lográbamos establecer vínculos de camaradería.

—¿Puede contarnos alguna anécdota que recuerde especialmente?

—Recuerdo una anécdota que fue una de mis primeras incursiones en la noción de la discriminación por género y de la cual pienso que fue el semillero de varios de mis impulsos. Había ido a rendir Derecho Internacional Público, que era una de las primeras materias de la carrera junto a Introducción al Derecho y Derecho Político. Sólo había una cátedra para dar examen, la de Derecho Internacional Público que estaba intervenida y el profesor se caracterizaba por no aprobar mujeres pues estaba convencido que nuestro lugar no estaba en la Facultad sino en la casa. Hasta ese momento avanzaba satisfactoriamente con la carrera, pero en aquella ocasión me calificaron con un cuatro, aún cuando fue una de las materias en las que más estudié. El profesor nos dijo a las mujeres, que nos habíamos presentado al examen, que no podía reprobarnos porque realmente habíamos estudiado y también porque el Decano estaba sentado a su lado con lo cual podía ser pasible de alguna sanción disciplinaria si nos desaprobaba arbitrariamente, pero sí estaba facultado para ponernos una nota baja. De ésta ingrata experiencia que me ocurrió en la Facultad, cuando tenía solamente diecisiete años, surgió mi interés por los derechos de las mujeres y la no discriminación. Esta situación tuvo repercusiones en mi vida, me movilizó, es decir, me fortalecí con aquél episodio.

Además, en aquella época realizaba actividades extracurriculares. Estudiaba idiomas como inglés y francés. Después, más adelante estudié alemán e hice teatro vocacional, tengo alma de artista (*risas*). ¡Ante la mirada ajena era bastante en ese momento para una mujer!

—¿Cuál o cuáles fueron los libros y profesores que más influyeron en su formación y/o recomendaría al estudiante de derecho, por ejemplo, en materia penal?

—En mi época, cuando yo estudié en la UBA, los libros clásicos en materia penal correspondían a Soler y Núñez, aunque mi profesor era Soler. Sin embargo, Núñez –que enseñaba en Córdoba– era mi autor predilecto. Con el tiempo apareció Zaffaroni que es totalmente distinto. Pero yo ya no era estudiante para aquel momento. El primer libro que compré de él consistía en una compilación de todas las teorías de derecho penal –incluyendo las alemanas– y de su evolución. Pero sus teorías recién aparecieron con su tratado.

En materia que no sea de derecho penal, yo recomiendo fervorosamente el libro de Carlos Nino, "Fundamentos de Derecho Constitucional" que es un libro excepcional, maravilloso. Si a mí me preguntan qué le puedo regalar a alguien que se recibe de abogado como recuerdo de su graduación, yo elijo a Nino.

—¿Cree Ud. que el trabajo en tareas jurídicas, tanto en el Poder Judicial como en procuración y demás, son un buen complemento para la enseñanza y la formación en Derecho de la Facultad?

—Creo que sí. El trabajo en los tribunales complementa el estudio y permite, por un lado, entender que muchas veces la teoría se deforma en la práctica y, por el otro, adquirir la experiencia necesaria que permite capitalizar los contenidos que se absorben en la clase.

Los tiempos han cambiado. Hoy los alumnos cuentan con la posibilidad de preguntar abiertamente al profesor por qué razón la teoría se deforma o transforma al intentar llevarla a la práctica. Es una buena conjunción el hecho de ejercitar la faz académica y práctica en simultáneo. Algunos de mis compañeros sólo estudiaban, de modo que cuando el profesor les mostraba un expediente, no sabían por dónde empezar a mirarlo. A mí ello no me ocurría porque empecé desde *pinche* en el Poder Judicial.

La práctica judicial me resultó muy importante, me dio además el impulso para especializarme en el derecho penal que es una rama jurídica que en aquella época estaba vedada de alguna forma a las mujeres. Todavía recuerdo cuando le contaba a mi abuela cuál era mi vocación y ella, horrorizada, me preguntaba "¿Vas a dedicarte a tratar con delincuentes?".

—¿Considera que existen otros conocimientos no normativos que son necesarios para la formación de una persona que se dedica al Derecho?

—Es sumamente importante el contacto que experimenta el abogado con personas que no tienen relación alguna con el Derecho pero que, sin embargo, acuden a él o a ella para que les procure una solución a sus problemas. Nosotros sabemos

dónde hallar la respuesta, al menos teóricamente, por éste motivo los sufrimos en una medida menor. Es posible que no nos parezca una tragedia espantosa la dificultad que entraña resolver una situación con un vecino, por ejemplo, pero para el sujeto que la está sufriendo, que, por cierto, no tiene nada que ver con el Derecho, es un problema mayúsculo.

El contacto con gente ajena al Derecho se erige como una formación de tipo personal que no se adquiere necesariamente en el aula y que permite desarrollar la empatía con el otro. Saber escuchar al otro es uno de los mayores méritos de un buen abogado porque en el tono de voz, en la palabra elegida, en el modo de hablar, en el lenguaje corporal, se puede advertir cuál es el conflicto en cuestión, por qué se le hizo un mundo, cuáles son los posibles desenlaces, a dónde vamos a parar, qué puede hacer y también se desentraña cuándo le están mintiendo. Esta posibilidad junto con el aprendizaje a partir del conocimiento de otros tipos de vida me parece sumamente enriquecedora.

—Existen dos perfiles de docencia en Derecho, el docente-investigador con dedicación exclusiva y el que ostenta una dedicación simple porque también ejerce la profesión liberal o la judicatura. ¿Qué opinión le merecen estas dos categorías?

—Cuando era profesora en la Facultad y, al mismo tiempo, trabajaba en Tribunales como Secretaria o Jueza, consideraba que era óptimo integrar las fases académica y práctica. Pero con el transcurrir de los años he cambiado un poco mi opinión y actualmente tengo la política de que no se puede funcionar en los dos planos sin el beneficio de uno y el desmedro del otro. Me explico, a mí me gustaba enseñar, disfrutaba el contacto con los estudiantes, me resultaba valioso escuchar las ideas de la juventud. Pero entiendo que, en determinado momento, esto puede incidir desfavorablemente en una de las funciones sobre la otra. Las circunstancias en las que se desarrolla un académico son distintas a las de un juez, por ello puede resultar limitante ejercer simultáneamente el cargo de la curia con la academia, porque es difícil equilibrar, en la realidad la balanza se inclina hacia un lado y es complicado aplicar las teorías a las que se está acostumbrado.

En Europa y en Estados Unidos hay una clara separación de los cargos: los profesores son profesores, los jueces son jueces y los abogados son abogados, ninguno mezcla las distintas profesiones. Inclusive realizan seminarios y jornadas en conjunto que parecen interdisciplinarias por la manifiesta disociación entre ambas formas de practicar el Derecho. Así en las ocasiones en las que tuve la posibilidad de asistir a congresos en la Universidad de Yale, en Estados Unidos, pude apreciar las opiniones y los puntos de vista notablemente disímiles de los jueces de las distintas Supremas Cortes del mundo y de los profesores universitarios, experiencia que, verdaderamente, fue muy gratificante.

Por otra parte, los mejores académicos no necesariamente son los mejores abogados o jueces, en muchos casos ha ocurrido que individuos con renombre académico reciben un trato especial en los tribunales por motivos bastante curiosos

como por ejemplo haber sido profesor de los actuales funcionarios…por ejemplo alguien accede al cargo de Juez y de pronto, se encuentra a abogados que otrora fueron sus profesores, a quienes ha admirado y querido, realmente puede ser un shock o por lo menos una situación confusa, cómo tratar a ese profesor, al que se le tiene afecto o tal vez odio por un bochazo en el pasado, esto puede tener mil variantes y ser un serio problema.

—¿Ha tenido algún referente y/o alguna figura femenina de la docencia o alguna jurista, en lo personal?

—En lo personal yo tengo una muy especial relación con Florentina Gómez Miranda que ya tiene noventa y nueve años pero todavía está muy lúcida.[3] Fue la principal impulsora de la Ley de divorcio vincular y patria potestad.[4] Peleó muchísimo para que esa ley fuera finalmente sancionada.

Una de las referentes más importantes en mi vida desde el punto de vista femenino fue Alicia Moreau que no era abogada sino médica. Fue una política de envergadura. La conocí cuando ella era muy viejita y yo era muy joven. Le tengo mucho respeto y sentía por ella mucho cariño, tanto que cuando el año pasado las mujeres socialistas de la Capital Federal me dieron la mención "Alicia Moreau", para mí fue una emoción muy grande. Me llena de orgullo haber recibido la mención que lleva por nombre el de una persona que yo admiré, es algo muy especial.

En general tengo gran admiración por todas las mujeres que iniciaron carreras universitarias en momentos en que eso estaba destinado en los hechos sólo a los hombres. Por ejemplo, a Cecilia Grierson, la primera médica argentina, no la dejaron nunca dar clases en la Facultad porque allí daban clase los hombres. Sus tesis eran brillantes y las corregían aquellos médicos famosos del Siglo XIX cuyos nombres hoy designan a los hospitales de la Ciudad como Aráoz Alfaro, quienes decían que ella se desempeñaba muchísimo mejor que los hombres que sí estaban en la cátedra. Pero las mujeres no podían estar en la Facultad y por ello nunca pudo acceder al cargo de profesora. Grierson fue la creadora –cuando era aún estudiante–

3. Florentina Gómez Miranda (n. Olavarría, 14 de febrero de 1912 - † Buenos Aires, 1 de agosto de 2011). Desde su banca de diputada nacional (1983-1991) llevó adelante una encendida lucha por el reconocimiento de los dere chos de las mujeres a través de la presentación de diversos proyectos legislativos entre los que se destacan los de autoridad compartida de los padres, divorcio vincular, pensión al viudo, pensión a la cónyuge divorciada, igualdad de los hijos extramatrimoniales, derecho de la mujer a seguir usando el apellido de soltera luego de casada y pensión de la concubina y concubino. En el velatorio realizado en el Congreso Nacional, la Ministra Argibay fue elegida por los familiares de Florentina G. Miranda para pronunciar unas palabras de despedida.

4. Ley Nº 23.515 (B.O 08/06/1987) que incorporó el divorcio vincular como causal de disolución del vínculo matrimonial. Con anterioridad a la sanción de esta ley existían sólo dos formas de disolución del vínculo matrimonial: el fallecimiento de uno de los cónyuges y la declaración de ausencia por presunción de fallecimiento.

del cuerpo de enfermería, es decir, la Escuela de Enfermería oficial. Ahora tiene una calle en la Ciudad de Buenos Aires. Les adelanto con alegría que también va a tener un instituto, el Instituto Técnico Judicial que estamos armando, en el que yo estoy inmersa, se va a llamar "Instituto Técnico Judicial Dra. Cecilia Grierson".

—¿Usted considera que la Corte Suprema es jerárquicamente superior respecto de los restantes tribunales?

—El Poder Judicial no constituye una estructura jerárquica, como sí en cambio están organizadas las fuerzas militares y la Iglesia que tiene cardenales, obispos y al final de la cadena se encuentra el cura del pueblo. A diferencia de estas organizaciones, en la justicia somos todos jueces con distintas competencias, eso es todo. Mi competencia es revisar lo que hace otro pero esto no quiere decir que yo sea jerárquicamente superior. La lucha de siempre es, para los que somos más democráticos o más progresistas, concientizar acerca de que todos somos iguales como jueces aunque tengamos distintas competencias. No obstante, en el Poder Judicial hay una sensación de jerarquía, por ejemplo se piensa que el juez de primera instancia no está a la altura del Ministro de la Corte. Es bravo combatir esa concepción, es difícil aceptar la idea de la horizontalidad fácilmente porque la relación jerárquica está naturalizada. Hay algunos a los que no les gusta nada, piensan que por estar en una segunda instancia o en la misma Corte, son inalcanzables y se preguntan ¿a qué me vienen los *juececitos* de primera instancia?

— ¿Cuál es su opinión respecto de las funciones que han sido encomendadas al Consejo de la Magistratura?

—Por un lado, está la función de la Superintendencia, donde sí hay una cierta jerarquía porque evidentemente no existe lo que podríamos llamar un tribunal de iguales cuando hay que imponer sanciones disciplinarias en el Consejo de la Magistratura, que posee un cuerpo específico de disciplina para sancionar a los jueces. Este cuerpo tiene una composición híbrida de modo que los jueces son sancionados por personas que no necesariamente ocupan el mismo cargo sino que son políticos, académicos e incluso abogados. Considero que los jueces deberían tener una mayor representatividad porque al fin y al cabo somos jueces los que somos juzgados y sancionados.

Por el otro lado, creo avizorar un problema en el proceso de selección de jueces que es la otra función primordial del Consejo de la Magistratura. Los antecedentes que se solicitan a los candidatos coinciden con las pautas de los concursos de la Facultad. Tal vez cobran mayor relevancia los cursos que realizó, si hizo una maestría pero no se le pregunta por la experiencia real que tiene o ésta no tiene el mismo puntaje. Los candidatos pueden presentar un documento que certifique que hizo un máster en la Universidad de *quemú-quemú* que nadie sabe que existe, o de una Universidad casi ignota de Estados Unidos pero nadie averigua si esa maestría es seria, si implicó ponerse a estudiar un tiempo considerable o un trabajo de investigación que le haya llevado años, dedicación, trabajo, etc. En la planilla del Conse-

jo da lo mismo presentar un certificado de un doctorado realizado en la UBA que en la Universidad del *quemú-quemú* y me parece que eso no está bien. En cambio, en Estados Unidos las universidades están clasificadas según su excelencia. No es lo mismo presentar un certificado que demuestra un máster realizado en universidades que tienen buena fama por su calidad educativa como las de Yale, Harvard o Nueva York, por ejemplo, que la de Kentucky que nadie la conoce. En Argentina le dan el mismo valor a todo.

En relación a los concursos también me preocupa la discriminación hacia las mujeres que existe en el seno del Consejo. Al asignarle tanto puntaje a los cursos que realizan los candidatos, se está dejando de lado el hecho de que los hombres están mejor posicionados para realizarlos respecto de las mujeres. Cuando los hombres se reciben de abogados tienen todo el tiempo del mundo para hacer un máster, cursos y cursillos, mientras que la mujer, al encontrarse en su edad fértil, normalmente planea su familia y se dedica a tener hijos. Entonces suele haber un bache de diez años para que la mujer pueda retomar el perfeccionamiento, la ampliación de conocimientos y pueda realizar un máster y cosas por el estilo. Muchas veces estos cursos implican simplemente sentarse en una silla pero no revelan con certeza si el aspirante a la magistratura aprendió algo. Esta situación es discriminatoria, porque las mujeres no tienen tiempo, trabajan en doble jornada por fuera y luego dentro de la casa. En algunos ambientes puede haber excepciones, algunos varones salen del trabajo y van a su casa a trabajar, no a ayudar, sino a hacer el trabajo de la casa porque tienen divididas las tareas con su mujer, pero son honrosas excepciones y no hay muchas. Todavía tenemos muchos resabios machistas y patriarcales. Espero que las nuevas generaciones se vayan adaptando, es decir, dividan de forma justa las responsabilidades domésticas y de cuidado. Considero que estas cuestiones deberían ser repensadas con perspectiva de género al diseñarse los nuevos planes para los concursos futuros.

—¿Considera que las medidas de acción positiva son adecuadas para reducir las desigualdades de género?

—Sí, no sólo desigualdades de género sino también de todo tipo. Además de la discriminación contra las mujeres, también existe contra los discapacitados, los pueblos indígenas, entre muchos otros grupos minoritarios. Las soluciones deben provenir de una conexión entre las políticas públicas diseñadas por los tres poderes y desde las bases y los cambios sociales. Ni todo lo que viene desde las bases llega completamente hacia "arriba", ni todo lo que viene de "arriba" para abajo es lo que realmente se necesita. Muchas veces quien ocupa una función de poder no sabe lo que está necesitando el de "abajo" y ello no ocurre porque no quiera saberlo sea un ignorante, o no le preocupe, sino porque la información le llega mal. En este sentido padecemos graves defectos estructurales, en primer lugar porque la burocracia es indiferente a este tipo de problemas, le interesa mantener el *status quo*, y en segundo lugar, porque carecemos de estadísticas confiables. Nosotros hemos comenzado

a tener estadísticas en relación a la violencia doméstica en la Capital Federal desde que se creó la Oficina de Violencia Doméstica (OVD) en el seno de la Corte, pero antes no había cifras sino que todo se calculaba más o menos a "ojímetro", según lo que veíamos que estaba sucediendo y así, intuitivamente, se afirmaba que la mayoría de las víctimas de la violencia de género eran mujeres. Pero desde que tenemos la OVD esto se puede afirmar en sentido concluyente.

—¿Cómo evalúa la experiencia de la OVD?

—La Oficina de Violencia Doméstica ha sido una experiencia valiosísima que impulsamos en conjunto con Elena Highton de Nolasco. Comenzó a funcionar en el 2008 y es la primera y única en el mundo que depende de una Corte Federal. Al principio tuvimos muchísimas trabas de toda índole, inclusive por dentro de la Corte. Por ejemplo, nos decían que la Corte no estaba llamada a resolver los temas de género, pero la realidad evidencia que si no se ocupa la Corte, nadie lo hace, y por eso emprendimos el proyecto que a mi juicio ¡es extraordinario!

La OVD está estratégicamente ubicada a una cuadra del Palacio, sobre la calle Lavalle al 1200. No podía funcionar aquí adentro porque de noche este edificio es terrorífico, genera estremecimiento, hay una única puerta y escasa custodia. Nadie puede imponerle al golpeador que se violente en horario de Tribunales, la gente que viene a realizar denuncias de violencia doméstica lo hace a cualquier hora. Por eso la OVD está abierta las 24 horas los trescientos sesenta y cinco días del año. La ubicación tan cercana trae como ventaja que cuando una persona se presenta, por ejemplo una mujer con tres chicos que llega a las dos de la mañana porque el marido acaba de darle una paliza, el custodio que está en la puerta del Palacio le puede indicar directamente que se dirija al edificio que está enfrente y no le tiene que brindar extensas explicaciones de cómo llegar. La OVD no cumpliría su objetivo si a esa mujer, que debe ser internada según su estado, se le dijera que para buscar ayuda y hacer la denuncia todavía tiene que caminar cinco cuadras a esa hora de la madrugada, con sus criaturas y bajo el estado de shock.

La OVD está integrada por un equipo interdisciplinario cuyos miembros, que son abogados, médicos, psicólogos y asistentes sociales, fueron seleccionados por concurso. En el momento en que llega la víctima de violencia se realiza el informe de riesgo que antes se mandaba a hacer en los juzgados civiles y que demoraba aproximadamente tres meses. Automáticamente se cargan los casos a una computadora a partir de lo cual se elabora la estadística, que por cierto, así resulta muy confiable.

—Actualmente, ¿la Corte pone en práctica otras políticas de género?

—La sanción de la Ley de Protección Integral contra toda Forma de Violencia contra la Mujer en 2009,[5] nos brindó un fuerte impulso para crear en el seno de la

5. Ley 26.485 de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las

Corte la Oficina de la Mujer (OM). A diferencia de la OVD que recibe denuncias, en la OM hay una unidad de investigación sobre el trato a las mujeres y la forma de encarar el problema con perspectiva de género. En vistas a ese objetivo, se creó también una unidad de capacitación desde la cual se diseñó un curso que también tiene su versión online a distancia. Los jueces federales del interior, que no se pueden trasladar, no tienen excusa para no hacerlo porque ahora lo pueden realizar por Internet. El desarrollo de esta capacitación fue sumamente difícil porque sólo cuento con siete voluntarios que son empleados de la Corte y nada más, no tengo presupuesto, ni personal. A pesar de los pocos recursos disponibles, me enorgullece haber contribuido al armado de este curso de capacitación para todo el país, con protocolos para magistrados, funcionarios y empleados. Estamos trabajando para adaptarlo al cuerpo médico forense, que está compuesto por cuatrocientas personas, para capacitarlos en perspectiva de género, sobre cómo tratar a las víctimas, a las mujeres que acuden al tribunal y a las que trabajan dentro de tribunales y en detectar dónde están las causas de discriminación. Además les cuento que hemos firmado un convenio con el Consejo de la Magistratura para aplicar este curso.

Otra de las acciones que hemos llevado a cabo desde la OM es el diseño de un mapa judicial del país que señala cuántas mujeres integran el poder judicial de cada provincia. Los fueros de primera instancia de casi todas las provincias, con excepción de dos casos, suelen estar integrados en su mayoría o en su totalidad por mujeres. Sin embargo, al analizar la distribución de los cargos jerárquicos, se advierte que a medida que sube la pirámide, hay menos mujeres. Por ejemplo, en las Cámaras, más de la mitad de los integrantes son varones. Ahí es donde se visualiza la discriminación por género, característica del poder patriarcal y machista. Simboliza el poder que da el hecho de ser varón sobre el resto, en razón de que hace siglos que están ejerciendo ese poder.

Lo que las mujeres queremos hacerles entender es que no buscamos sacarles el poder, desplazarlos, sino que queremos nuestro lugar, pero la mayoría piensa que lo que uno quiere es patearlos para afuera y que no entren más *(risas)*, pero si la sociedad está hecha de hombres y mujeres tenemos que estar juntos, por estas causas las mujeres nos juntamos.

—*¿Ha sufrido obstáculos en la puesta en marcha de estas medidas?*

—Con mucho esfuerzo se van haciendo cositas, pequeños pasos. Hace un tiempo cuando propuse organizar el curso de capacitación en perspectiva de género, se me decía que mis ideas eran extravagantes. Estas extravagancias consistían en creer que había que capacitar a los funcionarios que tratan con mujeres pues a ellas hay que tratarlas de una forma diferenciada porque tienen problemas distintos que los hombres. Esto implica, por ejemplo, que las cárceles para las mujeres tengan

---

mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales (B.O.: 01/04/2009).

reglas distintas a las de los varones porque ellas tienen chicos en las cárceles y conviven con ellos, no así los varones. Los hombres tienen muchas más visitas porque las mujeres van a visitar a sus parejas, pero a ellas nadie las visita, a lo sumo tienen a las madres, pero si son extranjeras y encima no tienen a sus madres, no reciben visitas. En los casos en que sus criaturas cumplen la edad y no pueden estar más, por lo general no tienen a quién entregar la guarda de su hijo. Por estos motivos los defensores oficiales estuvieron trabajando con nosotros en este tipo de temas y han conseguido en muchos casos que se les dé una especie de prisión domiciliaria a las madres con chicos chiquitos que ya no puedan estar en la cárcel (me refiero a los niños de cuatro años), para que puedan atenderlos y no tengan que mandarlos a una institución pública, tipo un asilo.

Todos éstos son millones de problemas humanos de los que hay que ocuparse porque el Derecho está para ocuparse de las personas y de las situaciones humanas que se puedan resolver, todos los días se descubre algo nuevo, se encuentra un problema distinto que debemos resolver. Esto es lo que tratamos de hacer en el tema de educación judicial con perspectiva de género.

—Al mencionar el mapa de género usted nos mencionó una traba que encuentran las mujeres en cuanto al acceso a cargos jerárquicos ¿Qué medidas se pueden tomar para superar este techo de cristal, ya sea en el Poder Judicial, en una empresa, etc., y evitar las discriminaciones?

—¡Hay que meterse y hacer lío! En casi todos los temas que tienen que ver con las cuestiones de género, o la falta de igualdad y de equidad, hay que visibilizar la discriminación porque el problema es que son temas que siempre se tapan, se ocultan y de ellos no se habla. Pero además la sociedad debe involucrarse, no se puede mirar para otro lado y esto hay que ponerlo por delante desde el Poder Judicial. Por ejemplo, no se puede silenciar el gravísimo problema de la trata de mujeres.

En el Poder Judicial hay una mejora desde que los jueces tienen que dar examen para acceder al cargo y para ascender. En los inicios del Consejo de la Magistratura fueron las mujeres las que ganaron los concursos porque, al ser conscientes de que se les iba a exigir más, se prepararon mejor. Los concursos, a pesar de los defectos que puedan tener, constituyen un buen sistema.

La burocracia *ralentizante* constituye otro problema también. Muchas veces falta presupuesto y gente idónea para poner en práctica los programas que permitirían generar acciones concretas. Y esta burocracia que paraliza todo se encuentra en todos los ámbitos del Estado.

Otra cuestión vinculada con la visibilización de la discriminación está relacionada con las tendencias que genera la prensa. Los problemas de la discriminación y la desigualdad no desaparecen con la rapidez con la que se esfuman las noticias. De pronto hay una moda y en todas las portadas de los diarios las noticias tienen que ver con abuso sexual, entonces uno cree que hay un violador en cada esquina, o que los menores son los que cometen los delitos. Esto sucede cuando un diario o

un noticiero de televisión pasa una noticia que se repite y luego se replica el efecto campana pero de repente esa noticia desaparece y aparece otra.

Por otro lado, hay que aprender a detectar dónde están las causas de la discriminación o dónde están ciertas actitudes o conductas que hacen que a las mujeres se les haga difícil aceptar trabajos en determinados lugares porque el ambiente es hostil. Al hallar las razones se puede comenzar a buscar la forma de modificar la situación desigualitaria. Si uno no conoce los motivos, resulta muy difícil adoptar medidas porque no se sabe para dónde apuntar.

—¿El acceso igualitario a los cargos es una política relevante por una cuestión de igualdad de oportunidades -o sea, por una cuestión de igualdad lata- o porque es importante que haya diversidad en el ejercicio de los cargos? ¿Concretamente es importante que haya mujeres ejerciendo los cargos?

—Es importante que haya mujeres con perspectiva de género. Cuando a mí me dicen que tendría que haber más mujeres en la justicia, les digo "momentito" (risas). Tendría que haber más mujeres con perspectiva de género, muchas más. No se olviden que casi todas nosotras hemos sido educadas en una universidad que está formada por hombres y a partir de las experiencias de los hombres –y la inclusión de las mujeres es muy reciente en la historia de la universidad–. Esto quiere decir que tenemos una formación masculina. Recién ahora tenemos una Decana en la Facultad de Derecho.[6] A muchas mujeres les han hecho creer que para ser exitosas en la profesión tienen que adoptar características masculinas para actuar. Eso es desastroso porque entonces sí que nunca vamos a conseguir la equidad; si nos estamos comportando como hombres no estamos buscando la equivalencia. Las mujeres somos distintas, tenemos diferentes necesidades. Nos piden que seamos femeninas pero al mismo tiempo que nos comportemos como si fuéramos hombres. Y mantengamos una postura férrea.

El paradigma de antaño de dominación masculina tiene como consecuencia la reproducción de la lógica masculina por parte de las mujeres en el ejercicio del poder. Esta situación se puede y se debe revertir por medio de la concientización en perspectiva de género, la modificación de la forma de educación es una de las medidas que se deben tomar. Observando la realidad cotidiana se puede apreciar que las mujeres en general somos más fuertes que los hombres. Las estadísticas oficiales indican que hay más viudas que viudos. Los viudos, o se vuelven a casar rápido, o se mueren rápido porque sin la mujer no saben qué hacer. En cambio las mujeres resisten mucho más la soledad. Leí hace un tiempo un artículo de un autor inglés en el que decía con bastante ironía que en realidad el sexo fuerte eran las mujeres, no solamente porque tenían hijos sino porque aguantaban a los hombres

6. La Dra. Mónica Pinto fue electa Decana de la Facultad de Derecho (UBA) para el período 2010-2014 y asumió el cargo el día 4 de marzo de 2010.

cuando estaban enfermos (risas). Los hombres enfermos son un trapo (risas), necesitan que les tengan la mano, les alcancen el agua, se quejan de una pequeña gripe, hacen un drama espantoso. Y la mujer está ahí para atenderlo, aunque ella esté igual pero ella está para cuidarlo. El hombre no. Si los hombres tuvieran que tener hijos, la humanidad se hubiera terminado hace mucho (risas). Así que el sexo fuerte es la mujer (risas).

—¿Considera que existe un conflicto o tensión entre el derecho penal tradicional y los tratados internacionales de derechos humanos receptados en la Constitución Nacional?

Diría que no por una cuestión personal que es mi experiencia en los tribunales internacionales. Mucha gente me dice acá que el derecho penal internacional no existe, no puede funcionar porque son muy distintos, pero creo que sí pueden funcionar. La creación de los tribunales *ad hoc* en Naciones Unidas, primero el Tribunal para la Ex Yugoslavia, después el Tribunal de Ruanda, fueron el impulso para que se creara la Corte Penal Internacional.[7] Después fue muy criticada en su momento por muchos juristas locales diciendo que es un tribunal local creado posteriormente al hecho, pero para mí fue una muy buena decisión del Consejo de Seguridad y, en general no estoy muy conforme con el Consejo de Seguridad, esta apreciación la conseguí luego de pensarlo bastante porque no suelo comprar las ideas de golpe. En este caso fue una muy buena interpretación de la Carta de la ONU en el sentido de crear un organismo de justicia para restaurar la paz en la zona de Yugoslavia y que no implicara intervención militar que es lo que tiene que asegurar Naciones Unidas. De manera que creo que fue una buena idea, a alguien se le prendió la lamparita y en lugar de mandar tropas, justo allí que hubiera generado un desquicio porque hubiera culminado en una guerra internacional, se decidió crear un tribunal que juzgue a los criminales de guerra y a los delitos de lesa humanidad que se han cometido durante este periodo. Incluso se produce un hecho en el Tribunal de Yugoslavia que es terrible, es uno de los hechos más importantes en el juzgamiento del Tribunal para la ex Yugoslavia que es la masacre de Srebrenica, este hecho se produce en 1995, casi al final de la Guerra de Bosnia, porque inmediatamente después de eso el fenómeno se volvió tan atroz que se juntan en Dayton y se logran los acuerdos para acabar con la

7. El Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia fue establecido en 1993 en virtud de la resolución 827 del Consejo de Seguridad, de 25 de mayo de 1993, para perseguir a las personas responsables de graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en la ex Yugoslavia desde 1991. El Tribunal Internacional para Ruanda fue establecido por la resolución 955 del Consejo de Seguridad, de 8 de noviembre de 1994, con el fin de enjuiciar a los presuntos responsables de genocidio y otras violaciones graves al derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de Rwanda y en Estados vecinos entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 1994. La Corte Penal Internacional fue creada en la Conferencia de Plenipotenciarios celebrada en Roma en 1998 y su Estatuto entró en vigor el 1 de julio de 2002.

Guerra. Uno de los mayores responsables que es el General Mladić, quien encabezó el ejército serbio en la masacre de Srebrenica, entró a sangre y fuego en lo que era un enclave protegido por las Naciones Unidas. En una semana mataron 8000 personas, hombres en su mayoría y en edad militar que, según ellos, es entre los 16 y los 60 años. Fue un hecho terrible, espantoso. Me tocó juzgar a uno de los involucrados en ese hecho. Lo principal es que está prófugo, a Mladić no lo han podido agarrar nunca porque está protegido como un héroe de guerra en Serbia, por lo menos eso dicen las malas lenguas que cuando las Naciones Unidas está a punto de capturarlo, alguien le avisa y desaparece de los lugares que solía frecuentar, como dicen los policías por acá y no lo agarran, y está suelto por ahí.[8] Pero muchos de los responsables han sido juzgados y esa actuación en el tribunal internacional me dio dos enseñanzas sumamente importantes, primero las garantías –que para nosotros son las garantías constitucionales– para la defensa en juicio, el debido proceso, el derecho del imputado de declarar o no declarar, etc., que para nosotros son las garantías más básicas del derecho procesal penal y del derecho penal y que están en todos lados, a través de tratados en algunos países que no los tienen en sus constituciones pero que sí fueron aceptados en las convenciones. Estos derechos se incorporaron no sólo en las convenciones de Naciones Unidas, sino que también son parte del procedimiento de estos tribunales especiales, si se quiere, tribunales *ad hoc* que no existían cuando sucedieron los hechos. Pero no es la misma situación que cuando terminó la Segunda Guerra, donde los tribunales que se formaron fueron el de Nüremberg y el de Tokio, los tribunales de los vencedores; estos son distintos, no son los vencedores los que juzgan; la segunda es que se puede trabajar con gente de otros países, de otras nacionalidades, de otros idiomas, de otra formación jurídica y de otro entorno jurídico si todos estamos dispuestos a aprender un poco los unos de los otros. Es una experiencia emocionante. Estuve tres años en La Haya, trabajé con un juez alemán, un juez ucraniano y un juez chino; con el que menos problemas tuve fue con el alemán porque el derecho penal alemán y el argentino tienen muchos puntos de contacto y el procedimiento judicial que teníamos, es decir, las normas procesales eran una mezcla hecha especialmente entre lo que es el *common law* y el *civil law*. Decíamos "cómo se puede arreglar esto" (risas). Sin embargo funcionó de manera tal que cuando se empieza a trabajar con el Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional toman como ejemplos muchas cosas de los tribunales *ad hoc* de la ex Yugoslavia y de Ruanda. Creo que han sido, y todavía siguen siendo, una pauta importante en demostrar que la humanidad puede trabajar en conjunto, respetando las diferentes nacionalidades, para algo que pone en peligro a la humanidad que es

8. Ratko Mladić fue capturado el 26 de mayo de 2011, se lo acusa de haber cometido crímenes de guerra y el delito de genocidio al ser responsable de la masacre de Srebrenica (11/07/1995) que resultó en el asesinato en masa de más de 8.000 personas.

uno de los peores inventos de los hombres. Lo dije en el Senado, se rieron mucho pero lo digo seriamente, hay dos cosas horribles que inventaron los hombres, la guerra y la esclavitud, porque la víctima de esos dos delitos son los seres humanos. No es que vendiste una cosa ajena, que es una cosa que está mal, no es que me robaste la cartera, que también está mal y no se debe hacer, pero en estos casos se está jugando con la vida humana y eso es atroz, una falta contra la humanidad, se trata de uno de los mayores crímenes que ha inventado el ser humano, particularmente los hombres que son los que llevan a cabo todo este tipo de cosas, porque las mujeres ni cortábamos ni pinchábamos cuando los hombres ya habían inventado la guerra y la esclavitud, y especialmente porque las mujeres fueron en muchos casos las primeras esclavas como botín de guerra, porque el vencedor se llevaba a la mujer del vencido como esclava y a los otros los mataban, así que siempre fueron las primeras esclavas, las primeras que sufrieron, las primeras víctimas de la guerra.

—Una de las medidas para desarticular la red de trata es la penalización de los clientes ¿Qué otras medidas se pueden adoptar y cuáles son los siguientes pasos a seguir?

—En este momento luchar contra el tráfico de personas o la trata es un tema que tiene que ser encarado por el Gobierno, el Poder Legislativo, el Poder Judicial, las fuerzas de seguridad y la sociedad completa porque si no sería imposible hacer algo. Las organizaciones que están detrás del tráfico de personas y del tráfico de armas –que están muy unidos– son organizaciones muy poderosas que involucran muchos intereses, mueven muchos millones de dólares y donde hay metidos muchos personajes de gran relevancia. Si a uno le cuentan que en un pueblo determinado de la provincia de Buenos Aires, la fiscal recibe denuncias en las que se afirma que hay menores trabajando en un prostíbulo, comienza a investigarlo y descubre que los dueños son personajes muy importantes de la política local del pueblo (el intendente, el jefe de policía) qué es lo que pasa: la tienen que sacar de la investigación y muchas veces del pueblo porque está amenazada de muerte. Es muy difícil enfrentarse uno solo.

Si la sociedad no se involucra en el tema de la explotación sexual con el fin de hacer desaparecer de una vez por todas la esclavitud en la Argentina, no se podrá detener este fenómeno. Una persona sola no puede hacer frente a eso. Los héroes superdotados viven en las películas pero superhombres no hay y supermujeres tampoco. Necesitan el refuerzo y el respaldo de toda la sociedad si no son héroes al divino botón porque van al muere, al muere en serio en muchos casos, para quedar inmortalizados en una placa que dice "murió en cumplimiento de su deber" con lo cual no conseguimos nada sino que perdemos a una persona que podría haber luchado contra la trata pero no logramos hacer nada en contra de lo que queremos destruir. De manera que no podemos dejarlos solos y decir "esto es una cuestión que debe investigar la fiscal o el fiscal", no podemos decir "esto es cosa de los jueces", si condenan o no condenan a los proxenetas, a los traficantes, etc.

Nosotros tenemos muchas falencias, hay algunos jueces que se hacen los distraídos o que no entienden que la situación de esclavitud sexual no consiste en que las víctimas tengan grilletes en los tobillos o rejas en la ventana, sino que no tienen la posibilidad de decidir, no tienen la posibilidad de salir de la prostitución, entonces están totalmente aisladas, son ilegales, indocumentadas, muchas veces drogadictas, porque las introducen en el mundo de la droga, no tienen redes de contención de ninguna especie y nadie les da una mano.

Supongamos que un juez de instrucción allana una whiskería, o una sala de masajes, o un sauna –todos los nombres que se les han puesto, porque son prostíbulos en definitiva–, saca todas las menores que encuentra y ¿mañana qué sucede? ¿adónde van? ¿adónde las tiene? ¿cómo las auxilia? ¿cómo las recupera?: hay que buscarles alojamiento, darles comida, atención médica y atención personalizada. Todo ello implica programas que requieren personal preparado y medios. Entonces la sociedad debe insistir en que haya gente y medios abocados a esta problemática; a lo mejor puede ser que alguna cosa podamos dejar de hacer en algún momento, para atender este tipo de cuestiones. El tema de la trata es ahora mismo. En este momento hay que empezar a trabajar en la desarticulación de las redes de explotación sexual porque el problema se está agigantando de un modo inconmensurable. La Argentina era un país de paso pero la situación devino en bastante grave porque ahora es un país de residencia. Tenemos aporte de muchos otros países, de Latinoamérica, de Europa Central, en muchos casos las víctimas ni siquiera tienen conocimiento del idioma, así que resulta más difícil auxiliarlas todavía. No podemos mirar a cualquier lado, esto se está agravando y en la medida en que se deje crecer y no se empiecen a poner límites, cortes y se haga algo para pararlo, esto va a seguir avanzando.

La Asamblea Constituyente en 1813, a partir de la libertad de vientres, estableció que la esclavitud dejaba de existir en la Argentina pero 200 años después la esclavitud persiste. La mayoría de las víctimas de las redes de trata no tienen ciudadanía, no son tratadas como personas sino cosificadas. Por eso se tiene que involucrar toda la sociedad. Si la sociedad no responde, si la sociedad sigue pensando que la prostituta consiente, como si fuera posible que una criatura que a los 14 años fue introducida a la prostitución, luego a los 18 tenga la voluntad de decidir si quiere o no quiere cuando en realidad no puede porque no tiene otra salida, porque nunca se la ayudó en el momento preciso, la esclavitud sexual va a hacerse cada vez más gravosa. Y que eso no ocurra depende de la sociedad. Por eso yo creo que a los clientes los tienen que penar, porque son cómplices, son encubridores. Los clientes no pueden excusarse en el hecho de pagar el servicio porque ellos encuentran a una menor en situación de peligro y la explotan sexualmente, en lugar de ayudarlas a salir, están perpetuando la situación de esclavitud.

—¿Considera efectivo y valioso el sistema interamericano de protección de derechos humanos, Corte y Comisión, para moldear las conductas de los Estados en el sentido de lograr una mayor protección de los derechos fundamentales?

—Pienso que sí. He tenido mis discusiones con la Corte Internacional de Derechos Humanos, no, en cambio, con la Comisión porque suele ser la Corte la que nos visita a través de la Cumbre Interamericana, sobre todo Sergio Ramírez, a quien le tengo un gran afecto, he tenido mis discusiones porque en algún caso se han olvidado que en realidad ellos están para imponer alguna resolución a los Estados pero no pueden y no deben hacerlo en relación a los individuos, es decir, si se presenta a la Comisión o a la Corte de Derechos Humanos, un problema en que el Estado no ha cumplido con su deber de investigar un determinado delito, el Estado puede ser sancionado con la obligación de reparar a la víctima, pero lo que no puede decirle al Estado es "Ud. tiene que procesar a determinada persona por este delito", porque esa no es la función de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Interamericana tiene la función de decirle al Estado "Ud. investigue", después se verá, pero no le puede decir "Ud. investigue a esta persona por este hecho" con la idea fija de que ese señor es el autor del delito. Esto último no lo puede hacer, en alguna ocasión lo hicieron y Ramírez me confesó que muchas veces se equivocan y nosotros también nos equivocamos, no es ninguna novedad, son desequilibrios, el que no trabaja no se equivoca, el que no trabaja nunca no se equivoca nunca, porque no tuvo oportunidad de equivocarse. Pero el que trabaja algunas veces se equivoca porque somos seres humanos y todos tenemos debilidades y problemas. Bastante cuesta dejar de lado los prejuicios que todos tenemos, aunque tratemos de no ser prejuiciosos siempre alguno por ahí nos queda, y tratar de cuando uno va a tomar alguna resolución hay que olvidarse de las convicciones religiosas, de los prejuicios, de las maneras de pensar, del trasfondo educativo que tenemos todos, porque al fin y al cabo, Ortega y Gasset lo señaló nítidamente cuando escribió su célebre fórmula "yo soy yo y mis circunstancias". Mis circunstancias no son las mismas del otro y yo tengo que tratar de ponerme en las circunstancias del otro, al que tengo que juzgar, no en las mías, son diferentes. Esto es bastante difícil, esto es un entrenamiento de años de ejercer la jurisdicción. Y a veces nos falla, todavía nos falla. A veces uno dice "y acá me gustaría hacer tal cosa" y de repente digo "sí, me gustaría hacer tal cosa, pero no puedo porque no depende únicamente de mí y de mis buenas intenciones".

—En su labor como jueza, ¿dicta sentencias con perspectiva de género?

—La perspectiva de género atraviesa todas las facetas de mi vida. Por eso, cuando dicto una sentencia que tiene que ver con las mujeres tengo en cuenta la perspectiva de género. Seguramente ustedes me preguntarán entonces por qué en el caso de Romina Tejerina las dos mujeres de la Corte, decidieron confirmar la sentencia condenatoria del Superior Tribunal de Justicia de Jujuy. Lo que Romina Tejerina hizo se podría haber asimilado a la figura del infanticidio pero este delito fue excluido del Código Penal y quedó comprendido en la figura del homicidio agravado por el vínculo que prescribe una pena de prisión perpetua. La Corte no tiene injerencia sobre cuestiones de hecho y prueba salvo que la sentencia sea arbi-

traria –lo cual es un invento de la Corte que yo evito usar– pero este no era el caso. Los jueces del Superior Tribunal de Jujuy hicieron todo lo posible para incluirla en las circunstancias extraordinarias de atenuación, lo cual les permitió condenarla no a perpetua sino a 14 años de prisión. No hubo arbitrariedad por parte de los magistrados, inclusive si hubiesen dictado la prisión perpetua tampoco se trataría de un caso de sentencia arbitraria porque es la pena que está prevista en el Código.

Por otro lado, los medios de información hicieron una presentación sobre Romina Tejerina totalmente alejada de los hechos que surgían del expediente. Se creó la imagen de una pobre *coyita* perdida en los cerros de Jujuy que no tenía auxilio de ninguna especie. Sin embargo, Romina Tejerina pertenece a una familia de clase media, su hermana es maestra, sus padres tienen autos, no era una ignorante sino que tenía el secundario prácticamente terminado pero le quedaban unas cuantas materias previas porque su quinto año había sido ocioso. Como ven, lo que leí en el expediente no se asimila a lo que presentaron los medios.

—¿Le parece valioso el proyecto de ley que propone la reincorporación de la figura del infanticidio?

—Estoy de acuerdo con la inclusión del infanticidio dentro del Código Penal porque prescribe una pena considerablemente menor.[9] Hay casos en los que las circunstancias extraordinarias impiden bajar la pena de un determinado límite, en cambio el infanticidio, como causa de atenuación de la responsabilidad, sí lo habilitaría. Para contrarrestar su contenido simbólico se podría redactar de modo que no se refiera a la finalidad de ocultar la deshonra que es un concepto viejo y bastante controvertido. ¡Habría que ver a qué se le llama honra hoy! Debería establecerse, por ejemplo, para el período puerperal que es cuando la situación de la mujer no es óptima. Hay jueces que no tienen la capacidad de buscar las circunstancias extraordinarias de atenuación –o no quieren– y basan su sentencia en lo que el Código les dice, que es la pena perpetua. Para este tipo de casos serviría que la figura del infanticidio estuviese incorporada a la legislación nacional. Esto sería adecuado incluso si el aborto estuviera despenalizado.

Las fiscalías, que son las que representan a la sociedad, no persiguen el aborto por lo general. Yo estoy a favor del derecho de las mujeres a elegir si quieren continuar o no con un embarazo –si quieren abortar o no–. Pretendo que haya una legislación que permita el aborto en condiciones de seguridad para que las mujeres no pierdan la vida abortando en sus casas. Ojalá ninguna mujer tuviera que tomar esa decisión para lo cual deben diseñarse distintos programas alternativos para no llegar a ese punto. Por ejemplo, si tuviéramos educación sexual en serio en las escuelas,

9. La figura del infanticidio fue excluida del Código Penal a través de la Ley Nº 24.410 (30/11/1994, B.O. 28/12/1994). En fecha 08/09/2010 la Cámara de Diputados dio media sanción al proyecto que busca restablecer el infanticidio en la legislación penal.

Lecciones y Ensayos, nro. 89, 2011
Entrevista a Carmen Argibay, ps. 517-539

las cosas serían distintas; si los chicos supieran cómo cuidarse; si pudieran conocer la cantidad de anticonceptivos y preservativos que hay a disposición; podrían entonces evitarse los embarazos indeseados. Básico, como eso.

Lo que nadie dice cuando están en guerra con el asunto de la despenalización del aborto es que se trata de los derechos de la mujer. Todos hablan del derecho al niño por nacer, que en realidad no es un niño sino un embrión, hablemos con propiedad del *nasciturus*, todos hablan del derecho del niño que está indefenso, ¿y el derecho de la mujer?, también ella tiene derecho a la vida, pero nadie se acuerda del derecho de la mujer. El problema es que nosotras, caemos en el otro extremo, por defender el derecho de la mujer, también nos olvidamos del derecho del niño, del *nasciturus*. Entonces, evidentemente, hay un conflicto entre dos bienes jurídicos que, en abstracto, son del mismo valor. Yo sostengo que el derecho de la madre tiene preponderancia porque ya nació, ya tiene vida y puede tener un proyecto de vida, que el otro no puede, si ni siquiera tiene vida independiente. Por eso el valor vida no es igual en este conflicto, el Estado tiene que tratar de resolver este problema de intereses de la forma menos lesiva para la mujer y para el *nasciturus*. Una posibilidad es sancionar una ley que autorice el aborto por cierto período y en determinadas condiciones, lo cual no significa que todas las mujeres estén obligadas a abortar. Porque cuando se admite que esto es un permiso, parece que se propusiera perseguir a todas las embarazadas por la calle para que aborten. Nadie dice que se les va a permitir abortar a la mujer hasta los ocho meses de embarazo, ya que eso es imposible sin poner en peligro la vida de la madre. El aborto debería estar permitido durante un período determinado, un tiempo en el que la mujer pueda definir si quiere ser madre y si quiere complicarse la vida después con tener un chico, en muchos casos criándolo sola, abandonada, o quiere otro proyecto de vida. Entonces se le permite hasta ese momento interrumpir el embarazo pero una vez que pasó ese período, cuando uno ya asumió una actitud y una responsabilidad, ahí ya no hay retorno. Es una manera de tratar de equilibrar y tratar de tener una especie de puente entre estos dos derechos que se están confrontando y que además se contraponen dentro de una misma persona que es quien pone en juego su cuerpo, su vida, su salud.

—¿A qué considera que se debe el hecho de que Argentina sea el primer país en el mundo en donde existe el matrimonio igualitario pero no el derecho al aborto?

—Hubo un activismo muy fuerte por parte de ciertos grupos comunitarios, que debería ser tomado como ejemplo, para llevar adelante una campaña a favor de la despenalización del aborto de semejante magnitud. Al margen de las circunstancias, creo que todo ocurrió en un momento en que la sociedad estaba dispuesta a debatir. Hoy tenemos ese momento y hay que aprovecharlo. Si la sociedad estaba dispuesta a debatir el matrimonio igualitario, también estará dispuesta a debatir el aborto.

Cuando salió el matrimonio igualitario parecía que queríamos que todo el mundo se casara con alguien del mismo sexo. Pero se trata en realidad de un permiso. Si uno quiere lo usa, si no, nadie lo obliga a hacerlo. Lo mismo ocurre con el aborto. Cada mujer debe tener el derecho a decidir sobre su propio cuerpo.

—¿Cómo debería ser el modelo de comunicación adecuado por parte del Poder Judicial hacia la sociedad?

—Los periodistas están mal acostumbrados a consultar a los Ministros directamente. Hay semanas en que me vuelven loca llamándome por teléfono. Si hablo en un programa, a los diez minutos recibo las llamadas de unos cuantos periodistas que quieren que les diga exactamente lo mismo que acabo de decir porque quieren la primicia, pero me niego a hablar con todos, tengo derecho a elegir con quién hacerlo. En este sentido la relación con la prensa se torna a veces difícil porque quieren titulares escandalosos y chorreantes de sangre. Nosotros debemos ser muy prudentes para evitar que salgan a la luz antes de tiempo datos de los juicios que están tramitando. No tiene ningún sentido que avisemos cuándo realizaremos un allanamiento, por ejemplo. En general, no nos gustan los jueces mediáticos. Para evitar el riesgo de hablar de más, hemos creado el Centro de Información Judicial que es el órgano encargado de intermediar con los medios de comunicación y la sociedad brindándoles la información oficial.

—¿Ud. experimenta la presión de la opinión pública al dictar una sentencia?

—Mi trabajo impide que eso suceda. El principio de inocencia es uno de los fundamentos básicos del derecho penal, que además está consagrado en la Constitución. Todos somos inocentes hasta que un tribunal diga lo contrario. Pero resulta muy difícil explicárselo al grueso de la población. Si el periódico dice que el culpable es determinada persona, aunque no haya habido oportunidad de llegar ni siquiera al juicio, todos los vecinos salen a lincharlo, matarlo, prender fuego la casa, simplemente porque "el diario lo dijo". Los jueces no podemos permitir que nuestro desempeño se vea afectado por lo que la gente cree o piensa. Estamos atados al mandamiento de la Constitución Nacional.

—¿Qué papel le otorga la CSJN a la opinión pública?

—La opinión pública en realidad no existe porque está extremadamente condicionada por la opinión de los periodistas o lo que ellos deciden mostrar a la sociedad. Entonces la opinión pública es lo que los periodistas dicen que es o directamente su propia opinión.

Muchas veces nos genera rabia cuando los periodistas expresan opiniones sobre causas aunque no han tenido acceso al expediente, ¿por qué ese hombre dice lo que dice y yo no tengo la menor idea de lo que está pasando en el expediente?, de pronto dicen "en este momento hay una interna en la Corte por un determinado fallo", cuando, en realidad, no hay internas entre los Ministros de la Corte, sino opiniones distintas sobre ciertas cuestiones y para eso existen los votos en disidencia. Por ejemplo, cuando yo llegué a la Corte, el Dr. Zaffaroni ya había sido nombrado hacía un año, entonces todo el mundo empezó a decir "¡ah bueno! ahora las causas penales salen todas, porque los dos son penalistas" y, sin embargo, no es así, porque somos dos personas distintas y por eso tenemos opiniones también distintas, a veces encontradas, otras veces no. Si se analizan los fallos de la Corte, se observa que

muchas veces las mayorías o las minorías no son previsibles. No es posible decir "estos tres van a votar para acá, estos tres van a votar para allá, el otro va a votar para el otro lado". Es una cuestión de discusión (por supuesto que civilizada) pero no de interna. Acá ningún juez tiene su grupo de seguidores.

—En ese sentido ¿las sentencias tienen que ser claras para la ciudadanía?

—Entiendo que sí. Admito tener un estilo de escritura que no es cortesano. Me dijeron "no tenés estilo Corte" en mi primer fallo, que además fue en disidencia *(risas)*. Entonces les respondí que no quería que modificaran ni una coma porque tal vez no era el estilo Corte, como lo llaman, pero era el estilo "Carmen Argibay" (risas).

Los jueces penales tenemos más fácilmente que los jueces civiles la impresión de que debemos decirle al sujeto que tenemos sentado adelante "a usted lo estoy condenando porque usted es un *chorro*", si pudiéramos hacerlo así, lo haríamos. Le explicamos la razón de la condena. Entonces cuando le decimos a un señor que ha cometido un robo con escalamiento detallamos por qué consideramos que el hecho encuadra en tal calificación y el por qué de la pena, probablemente al hombre le resulte indiferente que el robo sea con escalamiento o de otro tipo, pero tenemos la obligación de manifestarlo en la sentencia de la forma más clara posible. Esta costumbre viene del Derecho Penal en el que se usa un lenguaje más sencillo porque el público al cual está dirigido es menos educado, en general. En cambio, los jueces de otras ramas suelen ser más técnicos.

Desearía que los jueces de familia tuvieran las costumbres de los jueces penales, porque ellos también necesitan que los entiendan, sobre todo los chicos. Un chico de 12 años, en virtud de la Convención de los Derechos del Niño, tiene que ser escuchado por el juez quien luego debe explicarle al niño los motivos por los que resuelve que se quede con la mamá y no con el papá o viceversa. A un chico de 12 años no se le puede explicar con palabras de la Academia Española de Letras sino con lenguaje llano. A los profesionales de la OVD les decimos que no le pueden preguntar a una señora que viene de la villa si el marido trató de estrangularla sino si quiso ahogarla o acogotarla porque en caso contrario no va a entender.

Cuando estábamos empezando con las prácticas para instaurar el proceso oral en Capital, íbamos a Córdoba para ver cómo se manejaban porque al ser la provincia iniciadora de este tipo de juicios en el año 1939, ya tenían mucha práctica los jueces de allá. Recuerdo una anécdota muy graciosa: los abogados estaban muy solemnes, los jueces no tanto, pero los abogados sí, el fiscal estaba interrogando al imputado que había prestado declaración indagatoria, "Dígame, ¿Ud. estaba ebrio?", "No", le contestó. La Presidenta del Tribunal lo miró al fiscal y le dijo que le preguntara al imputado de una forma que pudiera comprender porque era evidente que no entendía, "Quiero saber si Ud. estaba beodo", le dijo el fiscal *(risas)*, y el imputado permanecía con gesto de desconcierto. Entonces la Presidenta salió al paso y le dijo "negro, te preguntó si estabas *curao*" *(risas)*, en ese lenguaje sí entienden. El fiscal

estaba hablando para nosotros, queriendo lucirse con los jueces de Capital que estaban viendo la audiencia y en realidad no estaba haciéndole ningún favor a su trabajo porque no conseguía una respuesta. Hay que tratar de ser sencillos y acomodarse al lenguaje, por esa razón hay que saber escuchar al otro, cuando se escucha al otro uno se da cuenta hasta dónde puede llegar en una explicación y en qué lenguaje.

—¿Cuál es la concepción metodológica que usted aplica al interpretar la Constitución?

—Como cualquier persona que ha estudiado los métodos tradicionales de interpretación jurídica, empiezo por la interpretación literal; luego analizo las intenciones supuestas o por lo menos las que podemos creer a través de las actas de discusión y demás documentos de los convencionales constituyentes; y finalmente acabo con la interpretación teleológica. La Constitución es –en general– bastante clara y no demasiado dificultosa para interpretar. Aquellas cuestiones que generan confusión se van asentando y dilucidando a partir de la jurisprudencia de la Corte, al fin y al cabo esa es nuestra función como intérpretes de la Constitución. No está de más decir que, tal vez, si no nos recargaran con asuntos que no debemos aclarar, podríamos enfocarnos con mayor celeridad respecto de cuestiones que, en cambio, sí requieren de precisión.

—¿Cuál es su concepción acerca del rol que cumple la Corte Suprema de Justicia de la Nación en cuanto a la judicialización y exigibilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales?

—La satisfacción de los DESC es una cuestión de políticas de gobierno atendible desde el Poder Ejecutivo. Su incumplimiento no es atribuible sólo al gobierno sino a la sociedad en general. No debiera ser necesario que la gente tuviera que acudir a los jueces para que el juez diga que le tienen que dar remedios constantes porque es un canceroso, hay una ley que dice que a los enfermos de cáncer hay que darles los remedios gratuitamente, o es un enfermo de SIDA porque hay una lista de enfermedades que hay que atender obligatoriamente. Me parece atroz que una persona en esa situación tenga que llegar al juez para conseguir su derecho. Por esta razón la Corte ha ordenado la atención de esas familias en los casos que hemos recibido. Teóricamente no tendríamos que llegar, pero si hay que hacerlo, hay que hacerlo. Mientras haya agencias del gobierno, del Ejecutivo, del Legislativo o Judiciales, Municipales, o los hospitales o lo que fuera, que no cumplan esa función como es debido, como lo prevén los artículos del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, vamos a intervenir sin ningún problema. Hemos tenido muchos casos en que los que hemos intervenido en estas cuestiones, fundamentalmente los Derechos Sociales, por ejemplo el derecho a la vivienda o a la alimentación, en los que recibimos a gente totalmente abandonada por una provincia que tiene que darles comida y no lo hace. La única opción frente a semejante panorama es actuar porque esos derechos existen, están en nuestra Constitución y en los instrumentos internacionales.

Lecciones y Ensayos, nro. 89, 2011
Entrevista a Carmen Argibay, ps. 517-539

—¿Cómo se compatibiliza el control judicial respecto de los actos u omisiones de los otros Poderes políticos, frente al principio de división de poderes y al principio democrático?

—La división de poderes no consiste en permitir que cada Poder haga lo que se le dé la gana. La democracia funciona como un sistema de pesos y contrapesos, y también de balances. Los jueces tenemos la obligación de controlar que el Ejecutivo cumpla con las leyes. A veces desde el Ejecutivo nos dicen que a través de casos concretos queremos modificar los programas de gobierno. Por ejemplo, cuando le ordenamos que a una determinada persona le entregue los medicamentos que necesita para contrarrestar la enfermedad que padece. Mi justificación es muy simple, y creo que es muy clara para cualquiera, dentro de su programa de salud está fijada una ley que establece que a la gente con ciertas enfermedades hay que darles determinados medicamentos de forma gratuita, el dinero que se destinará para esa inversión debe ser calculado e incorporado al presupuesto anual, yo no le modifico su presupuesto sino que le digo que en un caso concreto tiene que proveerle los remedios a este señor que está enfermo porque si no va a violar la ley. Entonces no me digan que me estoy metiendo e interfiriendo en las funciones del Poder Ejecutivo, porque no interfiero ni le digo cómo tiene que distribuir el presupuesto, simplemente digo que tiene que cumplir con las leyes sancionadas por el Poder Legislativo y para eso tengo que controlar que se cumpla con las leyes.

—Las normas jurídicas vigentes en Argentina, ¿Son adecuadas en relación a nuestras pautas culturales?

—A veces pienso que no *(risas).* Es tan difícil hacerlas cumplir en muchos casos, que parece que no tuvieran nada que ver con nosotros, con nuestra sociedad. El Congreso de la Nación es el lugar de dirección de la sociedad y en tanto se discuten normas jurídicas en el Congreso, se suponen que se discuten teniendo en cuenta a qué sociedad se le va a aplicar y en qué sociedad va a empezar a funcionar. Pero muchas veces se piensa que la verdad es que parece que estas cosas estuvieran hechas para otro país. A veces sucede que hay grandes mayorías que de pronto no quieren, o no aceptan lo que se decide y podríamos preguntarnos si en realidad lo que ocurre es que los legisladores no están en suficiente contacto con sus bases o no tienen suficiente discusión de las materias como para ver si esa norma podrá ser aplicable o no en nuestro país.

—¿Qué logros y desafíos tiene la Corte Suprema en su actual composición?

—Esta Corte ha tenido una serie de logros, para mí muy importantes, que me hacen sentir orgullosa de haber participado, por lo menos, en una parte de este trabajo. Creamos la Oficina de Violencia Doméstica y la Oficina de la Mujer, reestructuramos el cuerpo médico forense, ahora arrancamos con la reorganización del cuerpo de contadores. La Corte es pro-activa y por eso tenemos muchos proyectos para concretar a futuro, por ejemplo mudar a nuevo edificio al cuerpo médico forense y la morgue judicial que hace cien años que están instaladas en un edificio en el que no deberían estar.

En relación a la faceta interna del Tribunal, hemos procurado mantener una convivencia armoniosa aun cuando no estemos de acuerdo en algunas ideas u opiniones. Entre nosotros existe un profundo respeto por el pensamiento plural. Al mismo tiempo hemos incrementado la comunicación con la sociedad y transparencia en nuestras actuaciones. De este modo se han revertido una cantidad de prácticas oscuras que existían aquí. Nosotros queremos que la información sea más accesible y que todos sepan lo que hacemos. Esta es la razón por la que tratamos de cuidar mucho el contacto con los jueces del interior, por eso una vez al año hacemos un encuentro con los jueces provenientes de todas las provincias para entender qué problemas tienen ellos, cuáles tenemos nosotros, cómo podemos solucionarlos, en dónde hay coincidencias, en dónde no hay y por qué. Este año lo inauguramos en Buenos Aires pero a veces nos trasladamos nosotros, por ejemplo a Córdoba, Salta, Santa Fe. Es la primera vez que se da y que se mantiene este intercambio entre la Corte Suprema y los jueces de las distintas jurisdicciones. Antes la Corte Suprema estaba de forma figurada en lo alto del Poder Judicial y los jueces por debajo. Ni siquiera había una comunicación permanente con los Superiores Tribunales de Provincia. En cambio, hoy por hoy se percibe un cierto compañerismo en la tarea que nos ha tocado, que es llevar adelante el Poder Judicial de la Nación en todos sus niveles.

—¿Qué mensaje querría transmitir a un estudiante de Derecho?

—Considero que uno debe ser un apasionado por lo que hace. Si no tenemos esta suerte, en general las cosas no nos salen bien. Por supuesto que un estudiante de Derecho puede llegar a ser un buen abogado sin tener pasión. Pero estoy segura de que es muchísimo mejor cuando tiene la vocación por el Derecho que desde mi perspectiva implica creer fervientemente en el Estado de Derecho y en la defensa de las garantías de los derechos humanos, si eso no lo siente, es mejor que se dedique a otra cosa desde temprano.

—L&E: Dra. Carmen Argibay, muchas gracias.

Comentario Bibliográfico

Lecciones y Ensayos, nro. 89, 2011
Comentario bibliográfico de La revisión judicial de las políticas sociales. Estudio de Caso, ps. 543-546

COMENTARIO BIBLIOGRÁFICO DE "LA REVISIÓN JUDICIAL DE LAS POLÍTICAS SOCIALES. ESTUDIO DE CASOS"*

Magdalena Bulit Goñi, Alejandro E. Coto, Augusto Demacópulo, Lautaro Furfaro, Juan Manuel Galindo Roldán, Patricio Grané y Mauro Magneschi**

Víctor Abramovich en "El rol de la justicia en la articulación de políticas y derechos sociales" demanda un amplio poder de los jueces para influir en los campos de la actividad política y en la vida social en relación al amplio catálogo de obligaciones del Estado que irradian los derechos sociales consagrados en nuestro sistema constitucional.

Sostiene que los jueces no sólo cuentan con la facultad de invalidar decisiones legislativas contrarias a las normas y principios constitucionales, sino que pueden en aplicación directa de la Constitución obligar a los legisladores y al gobierno a asegurar por vía de acciones positivas las directivas constitucionales.

El sistema jurídico dota a los derechos sociales de mecanismos y procedimientos que funcionan como un sistema de garantías, sin embargo, Abramovich da cuenta que en los años 90 el gobierno divorció las políticas públicas de los derechos sociales y añade a ello un análisis sobre la hermenéutica judicial que ha acompañado a este proceso.

El autor explica la paradoja de la precarización de las políticas públicas de los derechos sociales en simultáneo a la enmienda constitucional de 1994 que amplía la nómina de derechos en el propio texto constitucional sumado a la consagración de diversos tratados de DDHH sobre la materia. Señala que con posterioridad a la reforma constitucional de 1994 se ha consolidado un marco robusto de derechos sociales y da cuenta del impacto que ha tenido la interpretación judicial de aquellas obligaciones negativas y positivas que imponen al Estado la consagración de este nuevo elenco de derechos.

*ABRAMOVICH, Víctor y PAUTASSI, Laura (comp.): *La revisión judicial de las políticas sociales. Estudio de casos*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2009.

** **Estudiantes de Abogacía (UBA)**

Lecciones y Ensayos, nro. 89, 2011
Comentario bibliográfico de La revisión judicial de las políticas sociales. Estudio de Caso, ps. 543-546

Mabel López Oliva en ***"El litigio individual en derechos sociales. Una aproximación al estado actual en la Ciudad de Buenos Aires"*** propone analizar los derechos económicos, sociales y culturales y su desarrollo en la Ciudad de Buenos Aires a partir de la jurisprudencia de esa jurisdicción.

Circunscribiéndose al análisis de reclamos individuales en relación al derecho a la alimentación y a la vivienda, la autora no descuida el contexto en que se generan los reclamos y en el que se resuelven los casos, tanto para el desarrollo de su estudio como para la elaboración de sus conclusiones. Asimismo analiza la judicialización de estos asuntos, la intervención de distintos actores y el impacto de la creciente litigiosidad respecto de los derechos económicos, sociales y culturales.

De esta manera, la autora concluye en el reconocimiento del impulso positivo que la exigibilidad de los derechos en estudio y la promoción de las sentencias judiciales –aún "limitadas" en la esfera del reclamo individual– pueden dar a una revisión normativa que garantice el correcto desarrollo de los derechos sociales en todo momento, desde su difusión hasta su control.

En el cuarto capítulo Ezequiel Nino y Gustavo Maurino analizan la judicialización de las políticas públicas a partir de cuatro casos que tramitaron ante el fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en los que intervino la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (de aquí en más ACIJ). Como aclaración previa para el lector, corresponde recordar la amplia legitimación activa que posee el sistema normativo local, a diferencia del sistema nacional.

Los casos bajo análisis en el capítulo son los expedientes "Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia c/ GCBA s/ Amparo (Art. 14 CCABA)" EXP 20898/0, "Villa 20 y Otros c/ Instituto de la Vivienda de la CABA y Otros s/ Amparo (Art. 14 CCABA)" EXP 12975/0, "Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia c/ GCBA s/ Amparo (Art. 14 CCABA)" EXP 18112/0 e "Iglesias José Antonio y Otros c/ GCBA s/ Amparo (Art. 14 CCABA)" EXP 15909/0[1]. Todos poseen en común omisiones por parte del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (de aquí en más GCBA) que tienen como consecuencia inmediata la afectación de derechos y la posterior judicialización de esas omisiones.

De este modo, en cada uno de los puntos del capítulo *"**Judicialización de políticas públicas de contenido social. Un examen a partir de casos tramitados en la Ciudad de Buenos Aires**"*, en primer término se aborda un análisis de aquellas cuestiones que poseen en común los cuatro casos, para luego recién ver ciertas particularidades de cada uno de ellos. Así las cosas, para dar inicio realizan una breve descripción de los hechos, individualizando los actores y el conflicto que se suscitaba. Sentado ello, pasan a realizar un examen de ellos, analizando la política social involucrada y si hubo instancias de dialogo previas al inicio de las acciones entre el GCBA y ACIJ. Luego de ello, indican que en casos como los que se encuentran bajo análisis, que poseen la característica de hallarse en tela de juicio

políticas públicas, poseen ciertas particularidades: de este modo ponen en énfasis la falta de dialogo, discusión y búsqueda de soluciones entre las partes e intentan esbozar ciertas causas de tales circunstancias como por ejemplo lo novedoso que estas situaciones se traten en sede judicial, el rechazo por parte de los funcionarios que los jueces intervengan y analizan todas estas circunstancias en los cuatro casos elegidos, donde los mismos autores destacan la ley de información pública como método de conversación entre los funcionarios y los actores previo al inicio de estas últimas. Por otro lado, observan en cada uno de los casos las características de los demandantes y la relación que mantienen con las organizaciones como ACIJ como con otros actores.

Por último, examinan la respuesta que dio el Poder Judicial a cada uno de los cuatro casos, la dificultad de cumplimiento de las resoluciones judiciales ante la falta de cooperación del estado, el rol de los jueces ante este tipo de litigios, dejando su rol tradicional de funcionario que resuelve un conflicto inter-partes y el impacto de los casos en la sociedad.

El artículo titulado **"Libertad sindical y mecanismos institucionales de tutela: un análisis crítico a la luz de su eficacia como garantía de los derechos sindicales"**, escrito por Luis Campos,[1] se presenta como una aproximación crítica hacia las principales aristas de los mecanismos de tutela previstos por la legislación y las instituciones propias del derecho sindical, en relación a su eficacia para dar una efectiva protección a los derechos sindicales. El autor se decide por un abordaje sagaz y crítico desde dos ángulos diferentes: por un lado, los mecanismos administrativos previstos para resolver conflictos en donde se vean vulnerados derechos sindicales y, por el otro, los mecanismos de tutela en el plano judicial. Desde cada uno de estos ejes el autor analiza los conflictos relativos al derecho de asociación, dividiendo el análisis entre aquellos conflictos suscitados en torno a la personería gremial y aquellos relativos a la intervención interna de las organizaciones sindicales. De la misma forma, se realiza un estudio profundo de los conflictos relacionados con la negociación colectiva, con el encuadramiento sindical de una actividad laboral y, finalmente, con los conflictos vinculados al derecho de huelga. El análisis de la normativa y de su aplicación por las autoridades administrativas y judiciales, sostenido argumentativamente con una crítica de los casos más salientes, le permite al autor esbozar una lograda conclusión: la debilidad estructural del sistema sindical en cuanto a la democracia interna sumado a la inexistencia, en algunos casos, y a la marcada ineficacia de los mecanismos institucionales previstos por el Estado conducen a un deficiente ejercicio y tutela de los derechos y libertades sindicales.

1. En coautoría con José Gabriel Aguilar, Marcos Ambruso, Julia Campos, Guillermo Gianibelli, Javier Izaguirre, Horacio Meguira y Verónica Quinteros.

Lecciones y Ensayos, nro. 89, 2011
Comentario bibliográfico de La revisión judicial de las políticas sociales. Estudio de Caso, ps. 543-546

En *"**La administración pública y el acceso a la justicia: una oportunidad para la materialización de los derechos sociales"**,* Natalia Gherardi se propone reflexionar acerca del rol de la administración pública y sus funcionarios en la materialización de la garantía de acceso a la justicia.

En este sentido plantea explorar inicial y tentativamente las respuestas actuales o potenciales que estos actores pueden brindar en los reclamos por la demanda de derechos sociales, indagando en las oportunidades aprovechadas o ignoradas por los funcionarios en el proceso para reparar los derechos vulnerados, cuando esa potestad se encuentra dentro del área de su competencia.

En el curso de esa revisión, se consideran los diseños institucionales, las restricciones normativas y las prácticas de la administración pública que operan como limitativas de la posibilidad de constituirse en un actor relevante de la revisión de las políticas públicas en su afectación a la comunidad.

En ***"El enfoque de derechos y la institucionalidad de las políticas sociales"***, Víctor Abramovich y Laura Pautassi exponen la necesidad de profundizar el cambio de plataformas operado de los años noventa con el presente consenso pos-Washington de las nuevas fuerzas políticas gobernantes en América Latina.

Al respecto, los autores enfatizan que incorporar un marco de derechos en las estrategias de desarrollo debe tener en cuenta que si el mismo se aplica sobre las bases de un modelo económico vulnerable, consolidaría una suerte de ficción ciudadana en lugar de la forjar un marco de derechos en un modelo económico sólido.

En este mismo, señalan que pese a los esfuerzos y a los consensos logrados, todavía no existen prácticas y estrategias que vinculen el marco de los derechos con la aplicación de políticas y modelos económicos en la región. Aquí operaría un conflicto conceptual entre quienes entienden a la exclusión y la pobreza como efectos no deseados y quienes consideran que constituyen una clara consecuencia de un largo proceso de ejecución de políticas económicas ortodoxas. Éste conflicto redundaría, a su vez, en concebir la intervención estatal como ya asistencia ya reinserción social.

Así, los autores concluyen el desarrollo sosteniendo que la igualdad de oportunidad por sí sola no es suficiente y se requieren medidas tendientes a modificar procesos y estructuras que actualmente obstan a la realización de los derechos económicos, sociales y culturales.

COMENTARIO BIBLIOGRÁFICO DE "LA MEDICIÓN DE DERECHOS EN LAS POLÍTICAS SOCIALES"[1*]

Cecilia Gebruers y Celeste Salomé Novelli[2**]

En el primer capítulo, ***"Indicadores en materia de derecho económicos sociales y culturales. Más allá de la medición"***, Laura Pautassi da grandes aportes a un proceso, aún en construcción, como son los indicadores de medición para el conjunto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC), haciendo especial hincapié en la necesidad de que los mismos no se limiten a aspectos cuantitativos, sino también cualitativos. En miras a ello, a lo largo de todo su artículo analiza la temática en relación a tres procesos: 1- el proceso teórico conceptual de delimitación de un derecho, para lo cual hace un interesante recorrido por los puntos clave ; 2- de verificación empírica, es decir, la medición de los derechos en cuestión, advirtiendo la necesidad de que en este proceso puedan ser traducidos a unidades de medida para, así, conocer sus efectivas dimensiones para que, en su caso, se activen mecanismos de reclamo y rendición de cuentas. Y finalmente llega el turno de la transversalización como un modo de medición de los derechos sociales en su relación con las políticas públicas que intentan garantizarlo y ya no de manera aislada. Con este modo de abordar los indicadores en materia de derechos económicos sociales y culturales la autora evita caer en la trampa de los sistemas de medición cerrados e impermeables que atentan contra el espíritu de los DESC.

En ***"Indicadores sociales y derecho humanos: algunas reflexiones conceptuales y metodológicas"*** Simona Cecchini, en miras a definir indicadores para el monitoreo de los derechos económicos sociales y culturales, nos propone salirnos de la disyuntiva entre indicadores sociales e indicadores de derechos humanos y proclama una visión inclusiva de ambos bajo el imperativo de la indivisibilidad de los derechos humanos. A lo largo de este capítulo haremos un recorrido por los indicadores sociales –intermedios y finales, de hechos y de percepciones, absolutos y relativos, simples y compuestos, de eficacia y de eficiencia– tendiendo un

[*] ABRAMOVICH, Víctor y PAUTASSI, Laura (comp.): *La medición de derechos en las políticas sociales*, Editores del Puerto, 2010.

[**] **Estudiantes de Abogacía (UBA)**

puente entre ellos y los indicadores de derechos humanos, remarcando en particular el valor de la estadística y la desagregación de los mentados indicadores sociales en: áreas geográficas, sexo, grupos de edad, grupos sociales y étnicos específicos, ingreso, consumo o propiedad de bienes, tamaño y composición del hogar, nivel educativo, rama de actividad económica y ocupación y categoría laboral, como un modo de obtener una visión más amplia y poner el énfasis necesario en los sectores más vulnerables.

Por su parte, Christian Courtis en *"**Políticas sociales, programas sociales, derechos sociales. Ideas para una construcción garantista**"* se propone discutir las garantías destinadas a la satisfacción de los derechos económicos sociales y culturales. Para ello, en primer lugar, hace una fuerte crítica al modelo de garantías actual anclado en: la concepción de los DESC como derechos programáticos, su falta de reconocimiento constitucional dejándolos librados, en virtud de una "repartición de funciones", a la discrecionalidad de la Administración, en el marco de los cuales toman la forma de "programas" que corren el riesgo –y muchas veces caen– en la arbitrariedad, en la corrupción y en la desviación de esos recursos destinados a garantizar derechos sociales. El segundo paso será distinguir entre las garantías sociales y las garantías institucionales. Mientras que las primeras son aquellas que hacen posible expresarse en la esfera pública y participar de la esfera política, las segundas son las que confían en una institución de carácter público la protección de un derecho. Dentro de estas encontramos, a su vez, las garantías políticas y las garantías jurisdiccionales. Luego de un interesante análisis de ellas el autor nos insta a ver la distinción entre el modelo de garantías de derechos sociales y el modelo de garantías institucionales como opciones complementarias y ya no disyuntivas, poniendo en juego las distintas garantías que desarrolla a lo largo de su artículo.

Eitan Felner en *"**Métodos para monitorear la realización progresiva de los derechos económicos sociales y culturales**"* pone el foco en los estándares de disponibilidad de recursos. El autor afirma que si logramos fijar un estándar de esta obligación primordial puesta en cabeza del Estado, podremos también determinar la violación a ella y no sólo a las obligaciones inmediatas de los DESC. Luego de dar diferentes razones por las cuales se ha evadido la tematización sobre el concepto de "realización progresiva", el autor hace un recorrido por los distintos indicadores que permitirían determinar el progreso logrado en un determinado periodo de tiempo y luego nos da su propuesta. Esta contiene tres pasos: en el primero se comparan los indicadores sociales con el PBI per cápita, en el segundo propone que se realice un análisis de la asignación de recursos específicos y el tercero consiste en un análisis del gasto per cápita (de los sectores hacia los cuales fueron dirigidos recursos). Para finalizar nos alerta sobre la urgencia de tener disponibles herramientas adecuadas de monitoreo para evaluar el cumplimiento de esta obligación por parte de los Estados en el marco de la crisis económica mundial.

En el quinto capítulo Eva-María Hohnerlein aborda el tema en relación al proceso de integración europeo en el cual la protección de los derechos sociales experimentó con el transcurso de las décadas una progresiva relevancia. En ***"Sistema de indicadores y mecanismos de vigilancia en la Unión Europea"***, la autora realiza un profundo análisis del marco normativo que regula los derechos sociales el cual está encuadrado mayormente en la categoría de *soft law* con lo cual se deduce que el cumplimiento de estos derechos –tales como la seguridad social, el acceso a una vivienda digna y a una educación de calidad, a la salud, la protección a la maternidad y a la infancia y la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres– depende en mayor medida de los recursos con los que cuente cada Estado Miembro. Aún cuando los Estados han preservado con recelo la regulación de los mismos dentro del ámbito de las competencias nacionales, la Unión Europea ha desarrollado diversas estrategias de convergencia con el objetivo de fijar metas comunes para las políticas sociales nacionales y así superar su limitada capacidad legislativa en esta área. Hohnerlein señala que en vistas a este fin deviene fundamental el uso de indicadores cualitativos y cuantitativos comunes que actúen como puntos de referencia. Por un lado, permiten ilustrar y comparar la situación social en cada Estado Parte. Por el otro, la obligación por parte de cada Estado de presentar un informe anual en el que consten los progresos que haya experimentado la protección de los derechos sociales en su territorio ha generado una "sana" competencia en la carrera por conseguir los mejores resultados. Asimismo, la Unión ha logrado influenciar de forma directa la conformación de las políticas sociales por medio del desarrollo de acciones de coordinación cuyo principal instrumento en la actualidad lo constituyen los indicadores. Su uso permite detectar las debilidades de las políticas y posteriormente definir cómo se orientarán los recursos de forma eficiente en vistas a lograr una adecuada modernización de los sistemas de protección social que contemple no sólo la lucha contra la pobreza sino también el viejo anhelo de la integración social.

Por su parte, María Nieves Rico y Flavio Marco Navarro seleccionaron un tema particularmente ausente en el diseño de las políticas públicas que aparece de forma elocuente en el título del artículo: ***"Autonomía económica y derechos del trabajo. Implicancias para el diseño y análisis de indicadores de género"***. La premisa de la cual parten es que la igualdad en el acceso a los recursos respecto de los hombres y las mujeres se erige hoy como un requisito *sine qua non* para que las mujeres puedan ejercer su autonomía personal. Parecería ser que el acceso a un trabajo remunerado opera como condición excluyente del ejercicio de esta autonomía. Sin embargo, el ingreso masivo al mercado laboral por parte de las mujeres y en paralelo su reconocimiento como sujetos de derechos ha implicado al fin de cuentas un retroceso en la lucha por alcanzar la autonomía económica para superar la pobreza y así ejercer una ciudadanía plena pues las mujeres han asumido mayores responsabilidades sin desprenderse de las que tenían en el pasado. La hipótesis de los autores dice que el trabajo remunerado constituye un requisito para gozar de la

autonomía económica pero no la garantiza por sí misma, sino que sólo conducirá a ella en proporción a la calidad del empleo, las circunstancias del ejercicio de la ciudadanía y en la medida en que se compatibilicen a través de las políticas públicas las demandas del trabajo con las responsabilidades domésticas y de cuidado, revirtiendo de esta manera el modelo sexista de reparto del trabajo que hoy impera en la sociedad. Los objetivos de equidad de género imponen diseñar políticas públicas desde esta perspectiva. Para ello Rico y Navarro proponen incorporar la utilización de indicadores de género que permitan, por un lado, visibilizar la problemática de la desigualdad a través de la estadística y así incorporarla a la agenda pública, y por otro, medir los cambios en las relaciones de género y los avances y retrocesos en términos de igualdad y de ejercicio de derechos. El uso de estos indicadores junto con su posterior análisis permitirá descubrir en qué áreas es necesario focalizar para revertir la situación desigualitaria posibilitando una visión más integral de los procesos de discriminación y exclusión y de las relaciones de poder subyacentes. Los indicadores económicos, laborales y sociales tradicionales fueron diseñados para la realidad de un mercado estructuralmente diferente que no da cuenta de las desigualdades existentes en la sociedad así como tampoco de la división sexual del trabajo lo que constituye un déficit grave pues omite el trabajo que se despliega en el ámbito de la familia y de la comunidad y que no son remunerados. Estas tareas –no visibilizadas– afectan seriamente la calidad de vida de las mujeres, su salud y autonomía porque no tienen tiempo disponible lo que hace que dispongan menos de sus propias vidas. Los autores advierten acerca de la necesidad de repensar la noción de autonomía: la igualdad de oportunidades no posibilita per se la autonomía económica de las mujeres sino que requiere que se acompañe con una adecuada redistribución de las responsabilidades de cuidado y del hogar en el marco de un plan gubernamental con perspectiva de género.

En el séptimo capítulo, titulado ***"Una nueva gestión pública en salud: de la búsqueda de la eficiencia a la garantía de derechos"***, Iván Ase y Jacinta Burijovich abordan la relación entre las políticas sanitarias y los derechos sociales analizando los posibles modos de revertir la grave deficiencia que se avizora en el sistema de salud en relación al no acceso y la imposibilidad de ejercer el derecho a la salud por parte de la gran mayoría de la ciudadanía, especialmente los grupos más desaventajados. A partir del diagnóstico de la problemática plantearán la necesidad de diseñar una nueva gestión pública en materia de salud a partir de un nuevo enfoque que deberá en todo momento subordinarse a las directivas que el derecho internacional de los derechos humanos depara en esta temática, centrándose en conceptos integrales de salud y políticas públicas. Repetidamente sugieren que constituye un prerrequisito empoderar a la ciudadanía en el ejercicio del derecho y, simultáneamente, concientizar a los actores estatales –a los efectores de la salud– acerca de sus responsabilidades. La gestión pública requiere ser redefinida a partir del uso de indicadores –los autores enumeran una gran cantidad que no es taxativa– que orien-

ten al tejido gubernamental en su implementación. Aseguran que este proceso no será fácil pues se requiere coordinación entre las distintas áreas de implementación y advierten acerca de la interdependencia de los derechos, la exigencia de articulación de los distintos actores en pos de un objetivo común: garantizar un acceso real, integral y de calidad a la salud para todas y todos, y alcanzar altos niveles de eficiencia y eficacia en el manejo de los recursos. Los autores visibilizan que ante esta situación no basta con entender que el Estado está incumpliendo obligaciones, es necesario correrse del escenario teórico y denunciarlo por incumplimiento. Finalmente concluirán que la transparencia y el desarrollo de sistemas de evaluación de la actuación estatal permitirán monitorear si el accionar de los distintos efectores de salud es consistente con la perspectiva de los derechos humanos descripta en el trabajo y reflejada en los instrumentos supraestatales y la jurisprudencia de los tribunales de derechos humanos.

A continuación Bodrio Uprimny Yepes y Nelson Claudio Sánchez nos informan acerca de la adopción de indicadores de derechos humanos por parte de la Corte Constitucional colombiana en el seguimiento de sus sentencias. Para ello han desarrollado minuciosamente un caso específico que surgió en aquel país en el contexto del desplazamiento forzado de personas. A partir del uso de distintos indicadores cualitativos y cuantitativos y de la generación de una vía abierta al diálogo entre el gobierno, la sociedad civil e incluso las propias víctimas, la Corte Constitucional pudo verificar el cumplimiento de las distintas instancias de ejecución de las políticas públicas tendientes a garantizar los derechos de los últimos y también adoptar un rol protector de derechos –que en épocas anteriores era inimaginable– que permitió encontrar una solución a un conflicto que ya lleva más de cinco décadas de permanencia, respetando en todo momento el principio republicano de división de poderes.

El aporte de los autores en ***"Juzgar y medir: el uso de indicadores de derechos humanos por la Corte Constitucional colombiana"***, es enriquecido por la participación activa que éstos tuvieron en el proceso descripto en el trabajo aludido, donde exploran los resultados, las fortalezas y las debilidades del uso de indicadores. La propuesta de los autores incluye calcar este método en conflictos suscitados en otros países con la necesaria adaptación a las particularidades locales de cada sistema nacional.

A modo de cierre, Hernán Charosky nos invita a descubrir las potencialidades que tienen las investigaciones sobre corrupción en el diseño de las políticas públicas a partir del estudio de una serie de irregularidades en el sistema de salud argentino. Charosky da cuenta de la posibilidad de utilizar estas investigaciones como herramientas para detectar la vulnerabilidad del sistema que posibilita los casos de fraude y corrupción de modo de construir o conformar indicadores que visibilicen el real acceso de la ciudadanía a los servicios sociales y al mismo tiempo transparenten el uso de los recursos públicos. De este modo, a partir del enfoque de la problemática

y de los resultados provistos por los casos se comprueba que las investigaciones y los indicadores aplicados en conjunto permiten mejorar la calidad de las políticas públicas y garantizar un mayor acceso a las mismas por parte de los usuarios y beneficiarios, es decir, de la población. Como conclusión de ***"¿Obstáculos o herramientas? Los usos de las investigaciones de casos sobre corrupción en las políticas públicas"*** el autor nos advierte que para formular medidas preventivas del fraude o de la corrupción, no sólo será necesario diseñar indicadores y detectar las maniobras de corrupción sino que resultará indispensable contar con información confiable y disponible.

CÓMO PUBLICAR EN LECCIONES Y ENSAYOS

Requisitos de Publicación

- Trabajo INÉDITO
- Hoja: A4
- Tipografía: Times New Roman 12
- Incluir un resumen del trabajo (abstract) y palabras clave en castellano y en inglés.
- Citas bibliográficas y bibliografía utilizada. Las citas deben ser incluidas en nota al pie de la siguiente manera:
  a. Para citar libros: apellido y nombre de autor, nombre del libro, editorial, lugar de publicación, año, página/s.
  b. Para citar artículos: apellido y nombre del autor, 'título del artículo', nombre del compilador o editor, nombre del libro o revista, volumen/tomo/número, editorial, lugar de publicación, fecha, página/s.
- El trabajo debe firmarse bajo seudónimo
- La presentación puede realizarse vía correo electrónico. En tal caso, deberán enviarse dos archivos a lye@derecho.uba.ar: uno conteniendo los datos personales del autor y el seudónimo utilizado; el otro conteniendo el trabajo. Asunto: 'Publicación'.
- Los trabajos también pueden ser entregados en sobre cerrado dirigido a Lecciones y Ensayos, en la Mesa de Entradas o en el Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, cita en Av. Figueroa Alcorta 2263, C1425CKB, Ciudad Autónoma de Buenos Aires. En tal caso, el autor debe incluir tres copias en papel y una en CD (en formato Word o similar). En sobre aparte debe indicar los datos del autor (nombre, apellido, dirección, teléfono y dirección de correo electrónico, indicando si el autor o autora es estudiante, abogado/a, año en que se recibió y si tiene algún cargo docente).

Lecciones y Ensayos, nro. 89, 2011
Cómo publicar en Lecciones y Ensayos, ps. 553-554

Pautas de publicación:

Los trabajos serán sujetos al sistema de referato. En consecuencia, serán puestos a consideración del Consejo de Redacción de la revista Lecciones y Ensayos.

Los trabajos publicables tendrán por objeto contribuir al conocimiento y estudio del Derecho, la traducción y el lenguaje, como así también cumplir la función académica que nos caracteriza.

La presentación de trabajos para la consideración del Consejo de Redacción implica la autorización para su publicación en la revista Lecciones y Ensayos, tanto en su versión en papel como en su versión digital, en el portal de la Facultad de Derecho de la UBA.

Cómo participar

Si querés participar en Lecciones y Ensayos podés acercarte a nuestras reuniones los días jueves a las 20 h, en nuestra oficina ubicada en la Planta Principal, Pasillo Sumarios (al lado del Salón Verde) de la Facultad de Derecho.

También podés comunicarte con nosotros por teléfono (5411) 4809-5667 los jueves a partir de las 20 h o enviándonos un email a direccionlye@derecho.uba.ar

El único requisito para formar parte de Lecciones y Ensayos es:

Ser alumno regular de alguna de las carreras de grado de de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.