Comentarios a libros

Javier Augusto De Luca, *Leyes penales más benignas, en blanco y Constitución Nacional Ad Hoc*, 1997.

Por Daniela Dupuy *

De Luca plantea el problema respecto de la aplicación retroactiva de la ley penal más benigna, prevista en la mayoría de las legislaciones penales, cuando la ley infringida resulta de aquellas consideradas temporarias¹, sosteniendo que al tratarse de una disposición de jerarquía legal y no constitucional, podría ser derogada o declarada su inaplicabilidad por otra ley. Esta situación excepcional se funda en consideraciones político-jurídicas, según las cuales, si se trata de leyes que rigen en circunstancias especiales, la lesión jurídica no pierde su carácter criminal aunque haya sido derogada la ley por haber desaparecido esas circunstancias², y porque si se aplicara la nueva ley más benigna o derogatoria, la ley temporaria resultaría ineficaz para el fin perseguido.

Con relación a las leyes penales en blanco, el autor sostiene que son complementadas por disposiciones normativas, generalmente emanadas del Poder Ejecutivo, que pueden revestir o no el carácter de excepcionales o transitorias.

Sin embargo, la elevación a jerarquía constitucional del principio de la ley penal más benigna en 1994 -art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional; art.9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos-, impide que el problema de la aplicación del principio de la ley penal más benigna se siga tratando como una cuestión de nivel legal -arts. 2 y 4 del Código Penal y excepciones previstas en leyes especiales-. Estas disposiciones internacionales se refieren a *la pena más leve*, lo cual no excluye los supuestos de leyes desincriminantes puesto que constituyen un límite máximo de esa expresión³.

De Luca estudia la aplicación del principio, en estas nuevas condiciones, a los casos de leyes penales en blanco en materia económica; excluyendo temas básicos como el concepto y alcance del principio de legalidad; las características, constitucionalidad y clases de leyes penales en blanco; la profundización de los conceptos de leyes transitorias, excepcionales y de emergencia; las distintas

* Abogada, UBA (1992).

1. V.gr. §2.4 Código Penal Alemán.

2. Baumann, Jürgen : *Derecho Penal*, Depalma, Bs As 1981, pp. 77 y ss.

3. Documento Final del Programa de Investigación Desarrollado por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, coordinado por Eugenio Zaffaroni, en *Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina*, De Palma, Bs As., 1986, t. II, pp.12/5.

teorías que fundamentan el principio de la ley penal más benigna y las soluciones amplias o restringidas de su aplicación, y la problemática de las normas del campo económico; remitiéndose en cuanto a ellos, a bibliografía especializada; centrando su análisis en determinar el alcance del principio constitucional de la ley penal más benigna, ya sea que en esa frase la palabra *ley* sea formal, material, o ambas al mismo tiempo.

La Corte Suprema, en el fallo *San Cristobal*⁴ continúa con la línea tradicional de aplicación restrictiva del principio para casos en los que la política del sector reglamentado cambia y la conducta otrora inculpa, deje de estarlo.

Antes de la constitucionalización del principio de la ley penal más benigna, tenía jerarquía legal, de modo que otra ley, de igual nivel que aquel, podía excluir su operatividad. La Constitución permitía, bajo ciertos requisitos, la ley penal en blanco⁵; el Poder Ejecutivo reglamentaba la ley y llenaba el contenido de la infracción ; pero la Carta Magna también permitía las excepciones a la aplicación del principio de ley más benigna, simplemente porque aquel era legal.

Sostiene De Luca, que ese razonamiento seguía otra regla lógica por la cual quien tiene la atribución o el poder de establecer excepciones conserva el poder de mantener el principio general de todos los demás casos. El principio de la ley penal más benigna, no integra el de legalidad que solo prohíbe la aplicación de leyes penales *ex post facto*.

La razón que explica la tolerancia doctrinal y jurisprudencial de la impropia delegación de facultades en gran medida indelegables, reside generalmente en la necesidad de poder regular la represión con relación a una materia excesivamente variable y cambiante que no puede ser captada en sus múltiples facetas con la urgencia que requiere determinada situación, mediante una modificación legislativa.

La explicación dogmática consistía en que el cambio ocurría en la ley extra penal, que era meramente circunstancial, y dejaba subsistente la norma penal; era menester que la modificación operada importara una verdadera alteración de la figura abstracta del Derecho Penal o de la estructura de la norma represiva en sí, que como tal, quedaba intacta en el caso; la modificación extra penal constituiría un supuesto de ley más benigna cuando dejara sin efecto ni validez legal a una institución penalmente protegida -por ejemplo, un sistema jurídico que abandonara el régimen matrimonial-, pero no sería aplicable como ley más benigna con relación al delito de adulterio -ex art. 118 del Código Penal, hoy derogado-, cualquier modificación en ese régimen matrimonial que dejara subsistente el bien jurídico objeto de la pretensión punitiva.

La hipótesis de investigación del autor es demostrar que la solución dada por la doctrina y jurisprudencia no puede seguir manteniéndose con la constitucionalización del principio en análisis, pues el legislador ya no conserva facultades constitucionales para establecer excepciones a su aplicación.

El principio no ha pasado a integrar el concepto de ley penal del art. 18 de la Constitución Nacional, que nos conduciría a la distinción entre leyes formales y materiales, de emergencia, transitorias, en blanco, etc., sino que se trata de

4. CSJN "San Cristobal, Sociedad Mutual de Seguros Generales s/ presuntas infracciones tarifarias" CN 283 XXV- 17/11/1994.

5. CSJN Fallos 237 :636 "Mouviel".

una nueva garantía constitucional de obligatoria y general aplicación a todas las normas de contenido punitivo.

Para demostrarlo, recurre a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que contiene la evolución de todos los fundamentos dogmáticos que se han dado y, especialmente, a la dictada durante la vigencia de la Constitución de 1949 pues, en su art. 29 prescribía : *“ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Siempre se aplicará, y aun con efecto retroactivo, la ley penal permanente más favorable al imputado. En caso de duda, deberá estarse siempre a lo más favorable al procesado... Los jueces no podrán ampliar por analogía las incriminaciones legales ni interpretar extensivamente la ley en contra del imputado. En caso de duda, deberá estarse siempre a lo más favorable al procesado”*.

En el capítulo II, De Luca estudia la mayoría de los fallos de la Corte sobre el tema, separándolo por períodos: durante la vigencia de la Constitución de 1853/60; durante la vigencia de la Constitución de 1949, con posterioridad a su derogación, y después de la constitucionalización del principio mediante la incorporación de pactos internacionales a la Carta Fundamental (1994).

En consecuencia, pueden soslayarse algunas conclusiones de tal análisis: que la doctrina y jurisprudencia en materia de no aplicación automática del principio de la ley penal más benigna a las leyes penales en blanco, es criticable, pues se sustenta en la asimilación de fundamentos y soluciones que corresponden a situaciones distintas: principio de legalidad y ley formal, leyes penales en blanco, ley penal más benigna, normas de contenido económico, etc.; pretendiendo suplir mediante aquella asimilación, las deficiencias, omisiones y errores políticos de los órganos encargados de redactar esas normas: Poder legislativo y Ejecutivo; que tal procedimiento permite que, ante la alternativa de punir o desincriminar, opta por lo primero; que el criterio elegido para aplicar dicha toma de decisión es inconstitucional pues un poder del Estado invade la competencia de otro, so pretexto de interpretar el espíritu o voluntad del legislador; que la jerarquía constitucional del principio de la ley penal más benigna significa que no es dependiente o complementario del principio de legalidad, que una ley no puede disponer su inaplicabilidad, que su inteligencia da lugar al recurso extraordinario federal (art. 14 de la ley 48); que la aplicación del principio de la ley penal más benigna en leyes penales en blanco, solo pueden evitarse cuando la nueva norma que llena de contenido al tipo penal en blanco, expresamente prevé que la antigua subsistirá para los hechos acaecidos durante su vigencia.

Todas estas consideraciones, más las que pueden derivarse de la interpretación del texto, pueden extraerse del problema en el que nos introduce el autor en su libro, y del estudio de la jurisprudencia que allí especifica.

Enrique Tomás Bianchi - Hernán Víctor Gullco, *El derecho a la libre expresión. Análisis de Fallos nacionales y extranjeros.*

Editorial Platense, Buenos Aires, 1997

Por Alberto F. Garay *

El año pasado, la *Editorial Platense* publicó el libro *El Derecho a la Libre Expresión. Análisis de fallos nacionales y extranjeros*, escrito por Enrique Tomás Bianchi y Hernán Víctor Gullco.

Como su título anuncia, esta obra consiste en lo que los angloamericanos llaman un “casebook”. Es decir, un libro en el cual se conjugan transcripciones parciales y selectas de los fallos más importantes sobre el tema, con una breve introducción teórica, seguida de un comentario del mismo tenor.

Si en el mundo anglosajón este tipo de obras está dirigido principalmente a los estudiantes de derecho, en nuestro país los destinatarios de este libro parecemos ser, más bien, los abogados y los jueces.

El libro está dividido en once capítulos. El primero de ellos es el único preponderantemente teórico. En él se efectúa la reseña de las diferentes posiciones que los estudiosos del tema han elaborado a los fines de justificar la libertad de expresión. Decimos “preponderantemente” pues en ese capítulo no faltan menciones a algunos fallos de la Corte Suprema de nuestro país en los que se ha intentado elaborar una justificación teórica de la libertad de expresión. Dicha combinación de teoría y práctica es un ejemplo introductorio de la sistemática utilizada por los autores en los capítulos subsiguientes: la constante remisión mutua entre la teoría elaborada por los autores y la jurisprudencia de los tribunales.

Este procedimiento, no está demás destacarlo, se aparta del usualmente empleado por la mayoría de los autores argentinos. Así, lo normal es encontrar obras principalmente teóricas que efectúan menciones “como al pasar” de los casos jurisprudenciales; los casos se utilizan, generalmente, como una forma de ejemplificar el acierto de la teoría sostenida por el autor. Contrariamente, otro ha sido el criterio elegido por los autores de este libro. En la obra se ha intentado mostrar la insuficiencia de los planteos teóricos -aún de aquéllos defendidos por los autores- ante la complejidad de los problemas prácticos planteados por los casos que llegan a los tribunales.

Un ejemplo de lo que venimos diciendo lo encontramos en el Capítulo 9, dedicado a examinar la relación entre el derecho a la libertad de expresión y la publicidad comercial. El examen de esta parte de la obra muestra que los intentos teóricos (a los que ha adherido, en parte, la jurisprudencia) destinados a resolver esta cuestión han sido, por lo general, muy poco satisfactorios. Así, si se acepta que la publicidad comercial merece exactamente la misma protección constitucional que el discurso político, ello parece poco compatible con la idea

* Abogado 1981, Universidad de Buenos Aires; Master en Derecho, Universidad de Columbia (1990). Profesor de Postgrado, Universidad de Buenos Aires.

de que la justificación de la libertad de expresión como fundamento mismo del sistema democrático de gobierno se encuentra en la posibilidad de discutir ampliamente cuestiones vinculados con el autogobierno. En cambio, si se resuelve que la publicidad comercial merece menos protección que el discurso político pues es menos “valiosa” que aquél, entonces caemos en la incómoda situación de otorgarle al Estado (a través de sus jueces) el poder de resolver qué ideas e informaciones son más o menos importantes, lo cual también resulta incompatible con la idea fundamental de la libertad de expresión.

El capítulo mencionado recién es uno de los pocos en los cuáles los autores han analizado exclusivamente jurisprudencia extranjera (de la Corte Suprema estadounidense, de la Corte Europea de Derechos Humanos y de España), no haciendo mención de jurisprudencia nacional. La explicación más sencilla sobre esa ausencia es que la cuestión allí desarrollada no parece haber sido planteada, por lo general, por los abogados argentinos y, en consecuencia, tampoco ha sido examinada y resuelta por nuestros tribunales.

Entonces, a la luz de ese vacío de nuestro medio, no sería aventurado pensar que el material contenido en este capítulo podrá ser de gran utilidad en nuestro país para plantear y resolver cuestiones hasta ahora casi desconocidas. Al mismo tiempo, este panorama internacional relativo a la publicidad comercial y sus problemas será útil, sin duda, para formular otros temas de discusión muy importantes para nuestra sociedad que los autores no han examinado en su libro: por ejemplo, si las empresas destinadas a proporcionar información acerca de la solvencia comercial de particulares podrían invocar el derecho a la libertad de expresión para liberarse de responsabilidad por los errores contenidos en dicha información.

Los restantes capítulos contienen, a diferencia del que acabamos de examinar, abundante material de jurisprudencia nacional.

Así, por ejemplo, en el capítulo 2º, que versa sobre el problema de la censura previa, se analizan los *casos Rosatti, Servini de Cubría y Arias*. El primero se refiere a la cuestión de si constituía “censura” prohibida por la Constitución una ordenanza municipal que obligaba a la colocación en sobres oscuros de las revistas que contenían escenas sexuales explícitas. Al analizar este caso, los autores tratan de resolver si es correcto o no lo afirmado por una magistrada de la Cámara de Apelaciones de la Justicia Municipal de Faltas. Aquella resolvió que en el caso no existía censura pues el ensobramiento en cuestión no estaba destinado a restringir en forma alguna el contenido de las publicaciones. *Servini de Cubría* es un conocido caso resuelto por la Corte Suprema de la Nación en el cuál se discutió la validez constitucional de una medida cautelar que había impedido la difusión de un programa televisivo cómico que supuestamente contenía imágenes ofensivas para la dignidad de una juez federal, quien era la persona que había solicitado la mencionada medida. Lo que el fallo y su comentario muestran ante todo es la lamentable falta de unidad en el pensamiento de la mayoría de los jueces de la Corte, en un tema de tanta trascendencia para la subsistencia de las instituciones republicanas. En efecto, tal imposibilidad manifiesta de elaborar un discurso unificado en el caso (a pesar de no existir diferencias sustanciales entre las opiniones sustentadas por varios de los magistrados intervinientes) los llevó a redactar seis votos diferentes.

Otro caso que tuvo gran trascendencia pública y que es abordado con originalidad e inteligencia es la causa *Arias*. Este caso se origina en la decisión de un juez de primera instancia que hizo lugar al pedido de medida cautelar formulado por un grupo de particulares con el objeto de impedir la difusión televisiva de la película *La última tentación de Cristo*, fundado en que aquella “resultaba denigrante para los sentimientos religiosos de los actores”. La transcripción que de dicha resolución se hace, muestra los paupérrimos argumentos del magistrado que para nada tuvo en cuenta las vitales cuestiones constitucionales que se hallaban involucradas en el caso. Los autores, empero, también efectúan algunas críticas dirigidas al fallo de la Cámara de Apelación que, si bien revocó la decisión de primera instancia, hizo algunas referencias en el sentido de que la censura previa sería admisible respecto de algún tipo de información. Para los autores, tal excepción es inaceptable pues consideran que, en esta materia, los jueces no pueden examinar el “mayor” o “menor” valor de ciertas publicaciones a los fines de aplicar o no la garantía constitucional contra la censura previa.

Como se anticipó más arriba, esta forma de analizar la jurisprudencia es bastante inusual en nuestro país. Más allá de la coincidencia que los autores tengan con las sentencias judiciales que analizan, muchas veces se muestran más interesados en examinar si, a juicio de ellos, sus fundamentos son o no convincentes. En ese derrotero imaginan argumentos e hipótesis inteligentes y reales que confrontan con lo dicho en la decisión bajo examen. Sin duda que serán los lectores de la obra los que deberán decidir si esta forma de analizar la jurisprudencia resulta ser un ejercicio intelectual ocioso o, por el contrario, puede contribuir de alguna forma a la toma de conciencia en la comunidad jurídica acerca del pobre nivel de fundamentación que, normalmente, se advierte en los fallos judiciales nacionales. Pero, a no dudarlo, esa forma inteligente y curiosa de presentar los problemas jurídicos proporciona herramientas concretas al teórico o a aquél que necesita, ante un caso concreto, actualizarse.

En el mismo capítulo también se escruta el importante informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos dictado en el caso *Martorell*, en el cual se discutió la validez de las medidas cautelares judiciales destinadas a impedir la difusión de información lesiva al honor y la intimidad a la luz las garantías otorgadas a la libertad de expresión por la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Sobre este respecto, los autores hacen hincapié acerca de la claridad y coherencia demostrada por la Comisión y la amplitud con que ella interpretó la protección contra la censura previa prevista en la Convención. Tal óptica, contrasta llamativamente con algunos de los votos desarrollados por los jueces argentinos en el citado fallo “*Servini de Cubría*”.

Otros capítulos de interés son los 5º y 6º en los que se analiza la influencia y adaptación que ha tenido la jurisprudencia estadounidense de la *real malicia*, elaborada a partir del caso resuelto por la Corte norteamericana en el caso *New York Times v. Sullivan*, en los derechos civil y penal de nuestro país. Los autores han intentado demostrar, de qué forma dicha doctrina jurisprudencial estadounidense puede ser integrada sin mayores dificultades en el sistema general de la dogmática civil y penal argentinas. El planteo y la argumentación son convincentes y originales.

De gran actualidad es el capítulo 10° que se refiere al derecho de réplica, rectificación o respuesta. En este punto, se realiza una reseña de la jurisprudencia estadounidense sobre el tema, en la cuál se intentó distinguir entre la validez del derecho a réplica en los medios de radiodifusión (fue aceptada en su momento) y en los medios gráficos (en que fue rechazada). También se efectúa una amplia reseña del derecho legislado y jurisprudencial europeo sobre el punto. De especial importancia es la doctrina judicial elaborada por el Tribunal Constitucional Español que ha sido resumida de la siguiente forma por los autores "...el derecho de réplica está, en España, circunscripto a los hechos y no comprende lo relativo a las opiniones. También deben estar presentes la inexactitud y la aptitud perjudicial: si bien no habrá prueba exhaustiva sobre estos dos requisitos- el tribunal podrá rechazar la rectificación pedida cuando la considere abiertamente incierta o inverosímil y también cuando la información no pueda en modo alguno causar daño al aludido en ella. Es más, si un Organó judicial ordenara la difusión de un relato que en modo manifiesto es inexacto o falso, resultaría vulnerado el derecho a obtener información veraz, que garantiza la Constitución..." (pág. 326). Esta doctrina ha tenido parcial influencia en alguno de los votos emitidos por la Corte argentina en el caso *Petric*, que se menciona nuevamente "infra".

En este capítulo también se transcribe y analiza el caso *Ekmedkjian c/ Sofovich* que, al momento de publicarse el libro, constituía la jurisprudencia más reciente de la Corte Suprema de la Nación en materia de derecho a réplica. El comentario es crítico del amplísimo criterio elaborado por la mayoría en esa ocasión en punto a la legitimación activa pues allí se aceptó que una persona afectada en sus sentimiento religiosos por un programa televisivo estaba facultada para promover una acción judicial con el objeto de poder replicar el contenido del programa.

Con posterioridad a la publicación del libro, la Corte Surpema dictó un nuevo fallo en el tema de derecho a réplica en la citada causa *Petric*, resuelta el 16 de abril de 1998. Si bien es de lamentar que los autores no hayan tenido la oportunidad de transcribirlo y comentarlo, no es aventurado suponer -a la luz de lo que han dicho en temas análogos- que no se habrían mostrado satisfechos con la nueva proliferación de opiniones concurrentes en el caso (se emitieron 5 votos diferentes en favor de la constitucionalidad del derecho a réplica). Así, de la lectura de este fallo, no es posible extraer una doctrina constitucional coherente, más allá de la limitada conclusión (que ya aparecía en el caso "Ekmedkjian c/ Sofovich") de que el derecho a réplica (cuyos alcances siguen siendo altamente imprecisos) no es violatorio del derecho constitucional a la libertad de expresión. Una vez más la lectura de este libro muestra la incapacidad de la Corte Suprema de cumplir su rol de tribunal constitucional que le acuerda la Ley Fundamental al no poder formular una doctrina coherente sobre un tema tan importante como lo es el de los límites constitucionales precisos entre el derecho a réplica y el de libertad de expresión.

En resumen, se trata de una obra importante y útil que contiene un enfoque para estudiar el derecho que, todavía, resulta novedoso en nuestro país. Este libro no debe ser confundido con una mera recopilación de fallos; se trata, como dice su prologuista -dr. Jorge N. Bacqué- "...de un tratado de del derecho a la libre expresión...".

Más allá del acierto o error de las posiciones elegidas por los autores en los diversos puntos que tratan, considero que el método por ellos empleados es digno de imitar y que, confío, lo será en el futuro próximo por otros autores en otros ámbitos del derecho (por ejemplo, sería de enorme utilidad un “casebook” de derecho administrativo argentino).

Finalmente, esperemos que en la próxima edición los autores aborden de modo exhaustivo los problemas que plantea el conflicto entre la libertad de expresión y el derecho a la intimidad (los casos que analizan se refieren principalmente al conflicto entre la libertad de expresión y el derecho al honor). También sería de mucho interés un capítulo destinado a examinar el problema que surge cuando los jueces intentan asegurar el derecho de defensa y de intimidad del acusado al impedir la entrada de camarógrafos y fotógrafos a los juicios orales públicos, y la fuerte restricción que ello supone para la libertad de información. Pero, bueno, sepamos valorar el esfuerzo, la dedicación y la reflexión inteligente que hoy nos entregan.

Del complejo del “Patito Feo” hacia un tratamiento político de la diferencia

COMENTARIO SOBRE EL LIBRO DE IRIS MARION YOUNG, *JUSTICE AND THE POLITICS OF DIFFERENCE*.

PRINCETON, NEW JERSEY, PRINCETON UNIVERSITY PRESS, 1990

Por Lelia Mooney Sirotinsky *

Las formas de coexistencia pacífica o tolerancia¹ nunca han sido tan abiertamente debatidas como los son en la actualidad, precisamente por la inmediatez de la diferencia, el diario encuentro con lo distinto y porque no han sido experimentadas y enfrentadas de la manera en que hoy lo hacemos. De hecho, las diferencias existentes entre distintos grupos se han llegado a transformar en el origen de los conflictos más violentos y represivos que viven muchas de las sociedades actuales. Ante situaciones de esta naturaleza, una palabra permanece y persiste en medio de tales conflictos y es la existencia y reconocimiento de la diferencia como una entidad en sí misma que se constituye como causa — origen de las desavenencias entre distintas sociedades o grupos.

Cuando Hans Christian Andersen narra su historia de quien se transformaría en el mundialmente conocido “Patito Feo”, nos muestra, sin notarlo tal vez o con algún ánimo de criticar por medio de la narración el *status quo* de la época social en que lo escribe, el hecho de que en realidad el problema era que nuestro héroe fue objeto de una detallada y concatenada ola de prejuicios y rechazos generados por el hecho de no coincidir con un modelo predeterminado lo que no le permitía “insertarse socialmente”.

De esta manera, queda más que evidente que quienes le demostraban su rechazo no se lo hacían a propósito en virtud de su persona misma, sino que estaban evidenciando una particularidad especial de lo humano que está representada por el rechazo, casi automático para muchos, que genera el estar expuesto a lo que es diferente a uno mismo o al grupo al que se pertenece. Sin embargo, no todas son tribulaciones para nuestro héroe ya que, finalmente, se dará cuenta de que sus sufrimientos llegan a su fin cuando se encuentra con sus propios referentes, iguales, aquellos que no lo considerarán feo precisamente por ser iguales a él: los cisnes. Porque nuestro héroe, finalmente, no es un pato ni es feo, sino un cisne y así comienza una parte nueva en su historia personal influenciada por el hecho de unirse a un grupo de iguales donde estará protegido y será respetado por compartir las mismas características y donde, fundamentalmente, será feliz. Es aquí donde el cuento termina y espera dejar a todos los lectores contentos diciendo: “Y colorín colorado, este cuentito ha terminado”.

Sin embargo, y efectuando una interpretación bastante amplia, pareciera ser que éste es precisamente el punto de partida que utilizará Iris Marion Young en *Justice and the politics of difference*. Lo que, a primera vista, llama la

* Abogada, Universidad Nacional del Nordeste, candidata al grado de Master en Derecho 1997 de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo, Buenos Aires, Argentina.

1. Conforme Michael Walzer en *On Toleration*, Yale University Press, New Haven and London, 1997.

atención en su obra, es precisamente el título mismo: la política de la diferencia. En efecto, menciono la última parte del título ya que es ella misma quien se encarga de aclarar desde el principio que si bien discutirá y criticará las concepciones sobre la justicia, no intentará construir una teoría sobre ella debido a que “el intento por desarrollar una teoría de la justicia que se mantiene independiente de un contexto social y que también intenta comprobar su justicia fracasará inevitablemente”.

Es en este proceso que limitará desde el principio el ámbito de desarrollo que dará a la concepción de la justicia al afirmar que la abordará efectuando un análisis guiado por la influencia provista por la teoría crítica donde podrá focalizarse en contextos situados histórica y socialmente, desechando la posibilidad de construir un sistema universal que albergue una teoría comprensiva de varias sociedades y realidades. Concomitante con esta idea, es bienvenida la aclaración sobre el punto de partida del cual surge esta producción bibliográfica.

Como no podía ser de otra manera, no deja de puntualizar que esta obra reconoce como antecedentes a los reclamos sobre dominación y opresión social que surgieron en Estados Unidos en el seno de los movimientos de izquierda que nacieron entre 1960 y 1970 y que, según nuestra autora, continúan apoyando el accionar de muchos individuos y organizaciones² que actúan dentro del escenario y la vida política de su país, quienes continúan afirmando que la sociedad a la que pertenecen contiene y perpetúa injusticias institucionales profundas sin poder relacionarse con las teorías de la justicia en danza.

Sin criticarla abiertamente, se aleja de una postura como la propuesta por Rawls en su “Teoría de la Justicia”, ya que no parece concordar con el objetivo que se ha trazado alcanzar Young: para poder arribar a conclusiones y propuestas concretas que construyan una realidad efectivamente más justa se debe partir de premisas más sustantivas. La mayor parte de sus esfuerzos estarán orientados a lograr lo que denomina “un sentido positivo de la diferencia de grupo” y “una política que trata en vez de reprimir la noción de diferencia”.

En este proceso, comenzará presentando su visión sobre lo que llama el “paradigma distributivo”. Para nuestra autora, los temas de distribución son muy importantes pero el interés de la justicia se debe extender más allá de éstos para así llegar a incluir a lo político en sí mismo, entendido como comprensivo de los aspectos de la organización institucional que son objeto de ser sometidas al proceso de decisión colectiva. Así, los productos materiales, los procesos de toma de decisiones, la división social del trabajo y la cultura son todos aspectos importantes que conforman las cuestiones de justicia.

Para aquellos grupos y movimientos que con su accionar han guiado e inspirado, de alguna manera, el trabajo de nuestra autora sin duda existe un concepto que les es común: *opresión*. Reconociendo esta situación como así también el hecho de que no existe un análisis teórico sostenido del mismo, los define con una “familia de conceptos” enunciados como constitutivos de la misma. Así, la opresión consta de cinco aristas que son, a saber: la explotación, la marginación, la falta de poder, imperialismo cultural, y violencia. Las injusticias distributivas pueden contribuir a crear o resultar de alguna o varias formas de opresión. Para nuestra autora, ninguna

2. Social demócratas, ambientalistas, africanosamericanos, chicanos, portorriqueños, movimientos indígenas, grupos contrarios a la intervención de países del Tercer Mundo por parte de Estados Unidos, y otros más conforme lo menciona Young en pág. 7 de la obra comentada.

es reducible sólo al paradigma de la distribución, sino que todas involucran estructuras sociales y relaciones que van más allá de la distribución.

¿Qué es un grupo social? ¿Qué pasa cuando un grupo social es víctima de alguna, varias o todas las aristas que conforman la opresión? Al formularse estas preguntas, intenta presentar respuestas propias ya que, según nuestra autora, tanto la filosofía como la teoría social carecen de un concepto de grupo social que sea viable.

Al partir de la afirmación que “dentro de la sociedad moderna la diferencia de grupo se mantiene endémica”, Young llega a tocar uno de los temas centrales de su trabajo y, por qué no, de lo que podríamos intentar denominar como una de sus posibles propuestas: “la diferenciación de grupos es un aspecto inevitable y deseable de los procesos sociales modernos; la justicia social no exige que se dejen de lado las diferencias. Contrariamente, requiere instituciones que promuevan la reproducción y el respeto por las diferencias de grupos sin opresión”. Es decir, que la negación de la diferencia contribuye a perpetuar la opresión de grupos sociales y luchar por una política que reconozca la diferencia en lugar de reprimirla.

Una afirmación de tal entidad, nos lleva a decir que para Young, el concepto de justicia coexiste con el concepto de la política³. En este tema, es crucial explorar las ideas que expone en el Capítulo IV donde se ocupa de lo que denomina “el ideal de la imparcialidad y el público cívico”. Aquí la idea de la imparcialidad aparecerá como el recurso que facilita el tránsito hacia la reducción de las diferencias hasta llegar a una unidad definitiva y única; logrando que sean los grupos dominantes y opresores, quienes claman por el sentido de la universalidad en interés y beneficio propios, para poder justificar la permanencia de estructuras jerárquicas de toma de decisiones.

Todo esto para llegar a enfatizar una crítica hacia la concepción de la “ciudadanía universal” que lo único que ha logrado fue excluir a las personas asociadas con el cuerpo y los sentimientos como es el caso de las mujeres. Según Diana Coole, por ejemplo, (“Women, gender and contract” en *The Social Contract from Hobbes to Rawls*, Routledge, London and New York, 1994) la femineidad era explicada por Rousseau como una combinación de modestia, castidad, docilidad, sumisión, coquetería e irracionalidad que eran reforzadas por una educación apropiada y por la guía de una mano masculina firme.

En este ámbito social, Rousseau excluyó a las mujeres del ámbito público por ser guardianas de la afectividad, del deseo y del cuerpo. Si dejáramos que las apelaciones a los deseos y a las necesidades corporales aparecieran en los debates públicos, estaríamos socavando la deliberación pública al fragmentar su unidad. En términos más amplios, cabe agregar que esto debe ser tomado como otro dato que complementa el hecho de que la universalidad de la ciudadanía concebida como generalidad no sólo excluyó a las mujeres sino también a otros grupos⁴.

Como, de acuerdo a nuestra autora, tales prácticas continúan perpetuándose debido a la concepción de ciudadanía universal, es necesario definir nuevamente

3. Para Young, la política comprende todos los aspectos de la organización institucional, la acción pública, hábitos y prácticas sociales, como situaciones culturales mientras son objeto de evaluación y decisión colectiva. Cuando las personas reclaman que determinada norma, práctica o hecho cultural es incorrecto y amerita una reforma están generalmente efectuando un reclamo de justicia social. Conforme a la obra comentada, página 9.

4. Ver Young en *Perspectivas feministas en teoría política*, Paidós Estado y Sociedad, 1996.

lo que entendemos por “público” para que se pueda exhibir la posibilidad de diferencias de grupos. Según sus palabras: “una repolitización de la vida pública no debiera exigir la creación de un ámbito público unificado en el que los ciudadanos/as dejen de lado sus afiliaciones, historias y necesidades grupales particulares para discutir un interés general o bien común. Ese deseo de unidad suprime pero no elimina las diferencias y tiende a excluir algunas perspectivas del ámbito de lo público. Lo que necesitamos, en lugar de una ciudadanía universal entendida como mayoría, es una ciudadanía diferenciada en función del grupo y, por tanto, un ámbito y un sector público heterogéneo. Así, el compromiso con la necesidad y el deseo de decidir conjuntamente las políticas de la sociedad alienta la comunicación por encima de esas diferencias”.

La idea de Young resulta muy clara: necesitamos asegurar que el proceso de deliberación se encuentre informado por la totalidad de fragmentaciones socio-grupales para así contribuir con una riqueza que proviene de la representación de la diversidad que sólo podría lograr de esta manera. Es precisamente en este aspecto donde su crítica a Rawls parece más clara ya que en este momento, los participantes de ese proceso deliberativo no estarían cubiertos por el “velo de ignorancia” y adoptando un punto de vista moral sino que totalmente desprovistos de ambos, contribuirían al proceso de toma de decisiones colectivo precisamente con total conciencia de la realidad que deviene de un contexto social determinado.

Si bien ese es el objetivo norte de su planteamiento teórico, el medio que propone se identifica con lo que podríamos denominar un sistema de gobierno republicano y democrático que proporcione mecanismos para la representación y reconocimiento efectivos de las distintas voces y perspectivas de aquellos grupos que se encuentran en desventaja u opresión. Sin embargo, esta propuesta debería ser tomada como un medio y no como un fin en sí misma como pareciera sugerirnoslo Young cuando da a entender que es posible que “en algún futuro utópico existirá una sociedad sin opresión y desventajas para algunos grupos”.

Al igual que Andersen, Young parte de la premisa de dibujar una realidad que da por cierto el hecho de que nuestras sociedades se encuentran pobladas por grupos diferenciados y que, aparentemente, continuaremos estándolo. Al igual que Andersen, nuestra autora opta por buscar un final feliz que si bien no llega a lograr una integración utópica de la diversidad al menos intenta dar respuesta a una realidad en la que día tras día se encuentran quienes en situación de desventaja con respecto a otros grupos.

Finalmente, dos consideraciones se imponen. Una de ellas es un reconocimiento al especial esfuerzo que pone para no quedarse pendiente sólo de la problemática de una lucha grupal particular (cual es la proveniente del feminismo de la cual se define participante activa) sino que trata de socializar su búsqueda intentando transpolar ideas, construcciones filosófico-políticas y vivencias entre grupos que bien pueden estar sufriendo los mismos efectos perniciosos y destructivos de algunas, varias o todas las aristas de la opresión al igual que lo hace el feminismo.

Una última consideración tiene que ver con una mención efectuada especialmente por ella misma en su trabajo: “para aquellos que no comparten una o más de estas ideas espero que tanto los análisis y argumentos que esgrimí en este libro logren, sin embargo, estimular un diálogo político fructífero”. Tal vez y sin darse cuenta, está comenzando a hacer realidad ese “futuro utópico” al que hacía referencia de una manera pesimista.

Martín Diego Farrell, *El Derecho Liberal*

Por Mariela Puga *

La influencia que la teoría liberal puede reflejar sobre ciertos aspectos de algunas ramas del derecho, parece ser un asunto de predecibles connotaciones. Sin embargo, un liberal de la neutralidad como Farrell, puede tornar especialmente controvertibles ciertas intuiciones al respecto. El doctor Farrell asume la vieja discusión del rol del Estado, problematiza las raíces de la discriminación inversa, invoca la secesión como solución liberal admisible ante problemas de particularismos culturales, justifica el control judicial de constitucionalidad después de reconocer su carácter antidemocrático, y defiende un concepto restringido de la idea milliana del principio de daño a terceros.

A modo de introducción presenta lo que entiende como dos maneras de justificar el liberalismo. Una sustentada en la autonomía, y otra en la neutralidad. Expone y defiende la última. Según el autor, la neutralidad actúa en el esquema de un Estado liberal como un metavalor, como un principio regulador de los valores subjetivos que indica cómo se deben tratar estos valores. Lo que indica es la no interferencia en favor de ningún plan de vida que no perjudique a terceros.

Lo interesante de esta postura, la que en principio parece reproducir el clásico y conservador liberalismo, es que se complementa con un concepto particular de libertad positiva. Farrell afirma que este estado liberal neutral no sólo no interfiere inclinando la balanza en favor de nadie, asegurando así libertades negativas para la concreción de planes de vida, sino que además “asegura” la libertad positiva, la que en su teoría se satisface con una adecuada redistribución de recursos.

De la exposición, surgen las virtudes de este liberalismo que confía en la racionalidad de las personas para diseñar su plan de vida desde que ellas cuenten con los recursos necesarios, sin un estado paternalista-benefactor que intervenga. En contraste, opone aquel liberalismo de la autonomía que según sus términos exigiría un Estado que interfiera en beneficio de planes de vida autónomos y en consecuencia en detrimento de los no-autónomos. Creo que se puede objetar los términos de ésta oposición.

Es claro que en el texto se tergiversa la idea de liberalismo de autonomía interpretándolo como si éste fuera una especial forma de perfeccionismo moral que intentará privilegiar planes de vida autónomos. Creo que en Farrell hay cierta confusión, similar a la que Nino¹ imputa a Haksar, al suponer que la autonomía es una propiedad de algunos planes de vida, en lugar de una capacidad para elegir entre la más amplia variedad posible de planes de vida. Valorar la autonomía no necesariamente, ni en el mejor de los casos, significa valorar planes de vida de contenido autónomo. Así, para Nino lo valioso es “..la libre elección individual de planes de vida ...”. En consecuencia, la interferencia a favor de uno u otro supondría quitar relevancia a la libre elección, es decir al

* Abogada, Candidata al grado de Master en Derecho de la Universidad de Palermo (1998).

1. Nino, Carlos Santiago. *Ética y Derechos Humanos*, Editorial Astrea. 1989, Buenos Aires, página 210.

ejercicio libre de la autonomía, requisito connatural a un liberalismo de la autonomía que bien entendido prescribe aquellas interferencias usuales para el perfeccionismo.

Se advierte que la idea que el autor presenta como liberalismo de la autonomía no es sino la máscara de algún tipo de perfeccionismo. Por eso es que se muestra como atractiva su concepción de la neutralidad; no porque sea mejor que otra concepción liberal, sino porque la contrasta con un perfeccionismo de la autonomía.

Corresponde señalar que la no-interferencia estatal en los planes de vida, o si se quiere algún principio de neutralidad liberal, es común a ambas concepciones del liberalismo. En un caso porque se valora la autonomía, y en el otro por mera neutralidad.

Esta pauta común, puede ser más que simple tolerancia indiscriminada, ya que es probable que el liberal se preocupe por las posibilidades concretas de ejercer la libre elección de ideales y planes de vida. Algo de esto busca Farrell con su concepción de “libertad positiva” la que se satisface con la sola redistribución de recursos por parte del Estado. Sin embargo, es probable que un liberal de la autonomía encuentre este concepto insatisfactorio, y entienda necesario para asegurar la libre elección, el allanar obstáculos de distinta índole a los recursos económicos (por ejemplo, los prejuicios raciales, sexuales, etc.) Esto no exige una interferencia no neutral o perfeccionista, sólo tomarse seriamente la idea de libertad de elección de planes de vida, como un valor a asegurar.

Pero Farrell no reconoce valores objetivos porque es un relativista ético, y sin embargo pretende que la neutralidad justifique alguna concepción liberal. La objeción del caso es obvia: ¿qué consecuencia normativa se puede derivar de un presupuesto escéptico? Ninguna. Si no hay valores objetivos, la idea de que el Estado debe ser neutral es un juicio relativo más, ya que no es posible desarrollar una fundamentación racional de su verdad que excluya necesariamente a otros, por ejemplo, el que indica no ser neutral eligiendo valores subjetivos expresados en el plan de vida de quienes ejercen la autoridad.

A menos que se reconozca algún valor objetivo a la neutralidad (lo que el autor niega expresamente), no hay razones para justificar la no interferencia Estatal.

En última instancia, lo que pretende, es explicar la actitud liberal de no interferencia, haciendo referencia a una *“probabilidad de tipo psicológico: sabiendo que no existen valores objetivos es probable que el legislador tienda a ser neutral entre esos valores, al no tener ninguna razón objetiva para preferir a un valor por sobre otro”*. Sin embargo, Farrell mismo observa que esta probabilidad es tan cierta como la posibilidad de que el legislador se comporte conforme a sus propios valores subjetivos.

La neutralidad no puede justificar al liberalismo, aunque es plausible que un liberal adopte el principio de neutralidad para tratar los planes de vida individuales, pero por razones adicionales, entre las cuales el valor de la autonomía personal sigue siendo muy satisfactorio².

Desde el inicio el autor señala que de los principios que son comunes a ambas concepciones del liberalismo, se van a derivar las consecuencias jurídicas del liberalismo jurídico. Sin embargo la obra de Farrel no puede leerse al margen de

2. Sólo a modo de insistir en las dificultades de un relativista ético, pregunto: ¿qué tan neutral es el Estado que sólo lo es en relación a los planes de vida que no causan daño a terceros? ¿Cuál es la razón no-moral que justifica la interferencia estatal en los planes de vida que dañan a terceros?.

éstas consideraciones preliminares, ya que su concepción particular del liberalismo signa algunas conclusiones a las que arriba, las que, por cierto, hoy no son compartidas por cualquier liberal.

Al tratar el capítulo del Derecho Internacional Liberal expone una idea de rasgos plausiblemente intransigentes. Afirma que ante el hecho del multiculturalismo, o el reclamo de las minorías, la respuesta del estado liberal debería ser algo así como “*que se rompa pero que no se doble*”. Señala el autor que es preferible la secesión de comunidades culturales o raciales, antes que la concesión de Derechos Comunitarios. Es consistente la idea de que la tolerancia liberal no se desprestigie imponiendo pautas liberales a quienes se resisten a ellas, y que a la vez no se desnaturalice con presupuestos comunitarios que personifican intereses colectivos. Si se puede proteger eficazmente a una cultura mediante el otorgamiento de derechos individuales, cuando estos no sean suficientes la secesión es el camino preferible, no los derechos comunitarios.

Considero que Farrell da buenas razones en contra del comunitarismo y de su concepción de identidad personal. Se sigue sin problemas el rechazo de derechos comunitaristas en cuanto poderes ejercidos por grupos que detentan y actúan como sus portadores, aún en contra del interés personal de sus miembros.

Según el autor, si el valor de la cultura depende de su contribución a la vida de los individuos que forman parte de ella, son los derechos individuales los adecuados para protegerla, considerando a la cultura como un asunto de preferencias personales que satisfacen a ciertos planes de vida.

En el texto, el plano del rechazo a los derechos comunitarios en principio es estrictamente deontológico. Quiero decir que Farrell descarta con acierto los derechos comunitarios en cuanto posiciones jurídicas colectivas. No acepta la adjudicación de derechos a entidades independientes de los individuos. Por eso no importa cómo se llamen, mientras sean ejercidos por individuos son, para él, derechos comunitarios.

Es claro que esto no significa *prima facie* rechazar la justificación colectiva de un derecho individual. Pero éste es otro plano, el de la fundamentación de los derechos. Por eso podemos decir que un derecho individual puede buscar satisfacer un bien individual, como así también un bien colectivo³.

Los programas de acción estatal que conceden una ventaja competitiva a grupos minoritarios, pueden hacerlo, y de hecho lo hacen, usando derechos individuales especiales basados en clasificaciones raciales, culturales, sexuales, etc. La fundamentación de estos derechos tiene raíz colectiva, y así se tiende a proteger la cultura, la salud, la igualdad, etc., como bien colectivo, aunque el ejercicio se reserve a los individuos.

Farrell no cuestiona los “derechos especiales”⁴ en cuanto sean ejercidos individualmente, y hasta aquí su perspectiva es inobjetable. Lo que no queda claro es por qué rechaza la discriminación inversa y los programas de acción afirmativa, ya que en cualquier caso éstos también pueden ejecutarse a través de derechos individuales especiales tendientes a la protección de ciertos bienes colectivos.

El autor estima que estos programas implican la creencia en derechos comunitarios. Es verdad que el argumento de la compensación intertemporal

3. Alexy, Robert. “*El concepto de validez y otros ensayos*”. Gedisa. Barcelona. 1987.

4. Kymlicka, Will. Citado por Farrell, D.M., obra comentada.

como base de estos programas puede tener este carácter, pero hay muchos liberales que argumentan de manera diferente, como por ejemplo aludiendo a las desigualdades actuales. Dworkin o Fiss⁵, han dado justificaciones liberales y de derechos individuales, en el sentido de Farrel, para sustentar estos programas de tratamiento preferencial.

Pareciera que aquí Farrell confunde los planos y lo que ahora rechaza es la justificación de estos derechos especiales, y al hacerlo los asume como comunitarios por sus fundamentos y no por su ejercicio, dando un salto que antes no daba.

Sospecho que es el prejuicio de la neutralidad liberal el que lo lleva a conclusiones que su propio esquema no admite. Por ejemplo, sentencia que “la protección de culturas minoritarias no debe constituir un objetivo del gobierno, y si aquellas requieren de una ayuda gubernamental preferente para sobrevivir, entonces es posible que no sobrevivan”. En estos términos muestra que lo que más importa es que el Estado no intervenga, ni siquiera con derechos individuales especiales, suponemos.

El Estado neutral de Farrell no se hace cargo de la distribución “natural” preexistente, y la que sobreviene en el medio social, aunque esta fuera predeciblemente injusta y vacíe de sentido a la predicada libertad de elección de planes de vida que cualquier liberal defiende. Es de notar sin embargo, que ni los recursos económicos, ni la no interferencia estatal pueden hacer mucho frente a odios raciales, étnicos o sexuales, que se perpetúan. La omisión estatal frente a ello, es el antebrazo de la “mano invisible”, que aprieta el gatillo contra minorías discriminadas.

Como ya advertimos, son liberales los que sostienen la justificación de estos programas advirtiendo por ejemplo, que el valor subyacente a la actual configuración de expectativas de servicios positivos en sociedades liberales es la preservación de la autonomía para desarrollar la forma de vida que cada uno elige. Al tomarse en serio la autonomía se asumen deberes estatales en relación a la posibilidad de su ejercicio por cada individuo. Se reconoce en consecuencia derechos individuales tendientes a hacer posible la igual oportunidad de elección de planes de vida. En consideración de desigualdades sociales actuales se reconocen derechos sociales, en atención a desigualdades consolidadas de minorías, derechos especiales de representación que invocan la igualdad de oportunidades en función de maximizar la autonomía.

Mas allá de lo expuesto hasta aquí, es oportuno tener en cuenta que la preocupación de Farrell por los derechos individuales que son violados al reconocerse derechos comunitarios, no es trivial. La alusión a derechos “comunitarios” en la reciente reforma constitucional argentina hace especialmente relevante las advertencias del autor. Una interpretación holista o colectivista de los derechos a la identidad cultural de las comunidades indígenas, a la propiedad comunitaria de la tierra, etc., pueden convertirse en despropósitos y permitir la violación de derechos individuales. Piénsese en un criterio colectivista que permita las restricciones internas del tipo del que las comunidades menonitas imponen a sus hijos en cuanto a la educación.

5. Dworkin, Ronald, Fiss, Owen M. et al., *Equality and Preferential Treatment*. Princeton University Press. Princeton, New Jersey. 1977.

Sin embargo, los nuevos derechos de la constitución admiten una lectura liberal preocupada por la diversidad cultural y la defensa de las minorías que no implica necesariamente los derechos comunitarios que Farrel rechazaría.

ALGUNOS ÚLTIMOS COMENTARIOS RESPECTO DE LA JUSTIFICACIÓN LIBERAL QUE EL AUTOR PRETENDE HACER DEL CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD

En el capítulo 3 del texto se postula un diseño de contrato social del cual, por cierto, no surge claramente la necesidad de un “*bill of rights*”. Afirma que si el grupo de individuos que delibera acerca del contenido del contrato esta dividido en base a algún rasgo, que puede ser racial o religioso, y este rasgo influye decisivamente a la hora de votar, entonces las mayorías y las minorías serían rígidas y predeterminadas. Concluye entonces, que los miembros del grupo minoritario no se conformarán sólo con la regla de la mayoría, la que les aseguraría la derrota en todas las votaciones futuras. Esto pretende ser una razón para incluir derechos que limiten la regla de la mayoría. Sin embargo, se puede observar que las minorías tendrán poco predicamento a la hora de decidir el contenido del contrato. Quiero decir que, si votan para decidir acerca de los derechos, *ab-initio* estarán proscriptos. Estos son los problemas de asumir una idea de contrato social sin presumir un estado de naturaleza con previsiones de imparcialidad al estilo Rawls.

En cambio, sí es consistente el argumento que da el autor en el caso en que los individuos no conocen *a priori* el resultado de votaciones futuras. Ahora sí, usando la idea de “riesgo inaceptable” es convincente respecto de las razones que tiene los contratantes para colocar ciertos derechos fuera de la regla de la mayoría: la posibilidad latente de ser parte de la minoría. Esto conforma una democracia liberal, en términos de Farrell.

Su intento de justificar el control judicial de constitucionalidad empieza descalificando las posiciones adversas con el argumento de que suena extraño que los derechos que están protegidos del accionar de la legislatura sean controlados por ella misma. En segundo lugar llega a la conclusión de que si los jueces son liberales se justifica el control judicial de constitucionalidad.

Respecto al primer punto el mismo reconoce que parte de una estructura consecuencialista y que un deontologista todavía podría oponerse sosteniendo el valor intrínseco de la participación para lograr el respeto de los derechos constitucionales. Estimo que un camino sugerible sería el reconocer el valor epistemológico del debate democrático que permite la mejor maximización de los derechos del “*bill of rights*”.

Pero si el objetivo del “*bill of rights*” consiste en limitar el alcance de la regla de la mayoría, esto es si la justificación prioritaria de los derechos es su carácter contramayoritario, es difícil predicar otra cosa que un control no legislativo de constitucionalidad. Tenemos entonces, que jugar a otra cosa diferente que a buscar la institución que maximice los derechos, porque los derechos se declaran *ab-initio* contramayoritarios. Este es el punto a debatir con Farrell.

En relación al segundo punto, se puede ver que lo que se promueve en realidad es una interpretación liberal de la constitución. Es decir, que si los

jueces hacen una interpretación liberal, maximizarán los derechos y esta es una buena razón para justificar su intervención. Pero entonces, si la legislatura fuera predominantemente liberal también es probable que justifiquemos que sea ella la que maximice derechos, y nos ahorramos el control de los jueces.

Lo que Farrell supone es que el mejor control de constitucionalidad es el de un liberal que maximice derechos. Pero no aclara por qué debemos pensar que el juez será más liberal que el legislador. La historia de la Corte Suprema de los Estados Unidos que analiza, es un dato estadístico que puede alentar la confianza en las aptitudes de la institución judicial para cumplir con esta labor, pero no es una razón suficiente que justifique un diseño institucional que le adjudique esta función de manera exclusiva y excluyente.

Es entonces su primer argumento el más convincente, pero presupone como ya lo advertimos anteriormente, una estructura ética consecuencialista o, por lo menos, una concepción del fundamento de los derechos que se abre al debate.

Bruce Ackerman, *El futuro de la revolución liberal*¹. Barcelona, editorial Ariel S.A., 1995

Por Diego Simonelli

El liberalismo político es un conjunto de teorías que conviven y, a la vez, pueden ser diferentes las unas con las otras. Pero, pese a la señalada distinción, se pueden establecer tres ideas centrales o postulados básicos que son defendidos por las distintas variantes que componen el ideario liberal.

En primer término, la primera idea consiste en sostener una limitación a los poderes del Estado para que no intervengan en la vida y en las decisiones que adoptan las personas, es decir, el objetivo es que los ciudadanos puedan elegir el plan de vida que consideren más conveniente sin que alguna institución o persona se los impida.

En segundo término, otra idea marcadamente liberal es que los derechos individuales son, de acuerdo con Ronald Dworkin, trincheras protectoras de los individuos que los protege del Estado y de otras personas. La finalidad es asegurar la existencia de un ámbito de libertad para el desarrollo de la persona. En consecuencia, el Estado va a poder interferir con dicha libertad en caso de que tales derechos sean violados por otras personas.

En tercer término, el liberalismo es partidario de que el Estado debe organizarse bajo una forma democrática de gobierno. La idea de buscar consensos para la toma de decisiones, de lograr establecer mecanismos que permitan a los ciudadanos debatir públicamente las políticas de estado, la solución de problemas, etc. constituyen elementos de la teoría democrática que los liberales han incorporado a su teoría.

El presente libro escrito por el profesor Bruce Ackerman, surge luego de los profundos cambios políticos, sociales, económicos y culturales que ocurrieron, principalmente, en la Europa oriental, que estaba dominada por la ideología comunista y cuyo mayor exponente había sido la Unión Soviética, a partir de finales de la década del '80 y que fue conocido mundialmente como "la caída del muro", con lo cual se quiso significar el final de todo un sistema ideológico que predominó durante más cincuenta años.

El autor analiza la situación de los países del este europeo y plantea las bases para que se lleven a cabo revoluciones de tipo liberal en los viejos sistemas políticos de tinte comunista que habían predominado en esa parte del mundo durante gran parte del siglo XX. En consecuencia, dada la nueva realidad, es posible que una revolución introduzca los principios liberales que garanticen el respeto de una serie de derechos individuales, establezcan un Estado de derecho y democrático, todo dentro del marco de un sistema constitucional, y que eviten, a su vez, el resurgimiento de movimientos nacionalistas y autoritarios.

"De Varsovia a Moscú, de La Habana a Pekín, un espectro recorre el mundo como si acabara de surgir del sepulcro: el retorno del liberalismo democrático revolucionario. Esta reaparición en el escenario mundial ha sorprendido a los

1. Título original: *The Future of Liberal Revolution*, Yale University Press, New Heaven, 1992.

propios liberales. El pensamiento liberal moderno ha dado un giro antirevolucionario. Sus partidarios no están preparados para asimilar el significado del actual momento histórico” (*El futuro...*, página 7). El argumento del libro puede ser fácilmente resumido: el colapso del comunismo en el este de Europa y en la Unión Soviética entre 1989 y 1991 ha creado tanto peligros como oportunidades.

Los principales peligros son que los europeos del este vuelvan a caer en la autocracia y que, libres de la hegemonía norteamericana, los europeos del oeste recuperarán sus peligrosas formas de nacionalismos con lo cual el escenario estará establecido para otra guerra mundial. Mientras que las oportunidades surgen para que los liberales lleven adelante la revolución que establezca los principios del liberalismo político y que aseguren y concreten una federación europea que se dedique a la difusión de la igualdad sin tipo de intento de establecer una tiranía.

Ackerman sugiere que los liberales de Europa occidental deben ser los encargados de plantear la vida política de las democracias nacientes en los países de la parte oriental del viejo continente, pero reconoce que por ahora los partidos nacionalistas han sido los que han tomado la iniciativa y son los que están delineando las pautas políticas, económicas, culturales y sociales. “En la medida en que los Estados Unidos se retiran al otro lado del Atlántico, los europeos quedan en libertad para repetir la locura nacionalista del siglo XX. Cuarenta y cinco años de paz no han acabado con el sistema europeo de Estados competitivos que provocó las dos grandes guerras” (*El futuro...*, página 8).

Pero para Ackerman hay dos tipos de liberalismo. A uno de ellos lo define como sinónimo del capitalismo de *laissez-faire*, el cual es conservador y antirrevolucionario, y que sólo permite la existencia de una libertad de mercado sin ningún tipo de restricciones, la concentración de la riqueza en un grupo pequeño de ciudadanos, y, en contrapartida, queda una vasta clase desposeída pobre y sin educación. Pero el profesor de Yale Law School considera que las limitaciones al mercado deben estar dadas porque ellos no son perfectos y pueden producir ciertos tipos de daños —al medio ambiente por ejemplo, que brinde igualdad de oportunidades tanto a ricos como a pobres, que permita una educación de excelencia para que los ciudadanos puedan tomar decisiones más correctas, “sin los esfuerzos constantes para aproximar la igualdad sin dominación, el discurso de un libre mercado degenera en una apología ideológica a favor de ricos y poderosos” (*El futuro...*, página 16), bases de un sistema liberal y democrático, en el que no es tarea del Estado responder a las preguntas fundamentales de la vida, sino equipar a todos los individuos con las herramientas que necesitan para ser responsables de sus propias respuestas (*El futuro...*, página 29).

En este sentido, las bases del liberalismo político que sustenta el profesor Ackerman consisten en no apoyar toda la teoría en filosofías de vida abarcativas y únicas; en que el liberalismo político explique a los distintos tipos de doctrinas las razones por las que sería más conveniente que adopten los principios liberales, en términos de John Rawls sería alcanzar un “consenso superpuesto”; la filosofía liberal debería intentar ser autónoma, esto significa que pueda ser explicada coherentemente por distintos tipos de filosofías integrales; otro principio se denomina “restricción conversacional”, el cual implica que las razones que manifieste un ciudadano en el diálogo público debe realizarlas con la convicción

de que el resto de los ciudadanos la encontrarán razonable; otra base tiene que ver con la estructura básica de la sociedad, por la que debe existir un control democrático sobre temas importantes como la familia, la educación, la distribución de la riqueza, la organización del mercado, ya que son factores que condicionan enormemente la vida de cada ciudadano.

Lo que Ackerman propone es que la idea de revolución no debe ser sólo propiedad de las doctrinas marxistas, sino que los liberales deben también tener en cuenta el concepto de *marras*. Por revolución entiende “un intento exitoso de transformar los principios y las prácticas rectoras de un aspecto básico de la vida a través de un acto de movilización colectiva y autoconciente” (*El futuro...*, página 12). Pero tal situación revolutiva no tiene que provocar un cambio total de los principios, ya que ello sería imposible. Además, se debe prescindir de toda actitud violenta para concretar la revolución, porque “la violencia es simplemente un atajo y, además, un atajo que debería ser evitado en nombre de los propios valores liberales”.

Debido a ello, el autor propone como tesis “que la posrevolución ofrece a los liberales una oportunidad política especial. Durante un corto lapso, las revoluciones con éxito suelen generar una constelación política que permite la movilización de un apoyo profundo y amplio a favor de una constitución liberal” (*El futuro...*, página 9).

El proceso revolucionario desarrollado por el autor descansa en las ideas que el mismo ha desarrollado en obras anteriores². En ellas se argumenta que la situación que enfrenta un país al cambiar el sistema de gobierno de características autoritarias por una de corte democrático, las autoridades que asumen el poder poseen un capital moral muy fuerte para llevar a cabo los cambios revolucionarios e imponer un nuevo régimen. Como corolario de ello es necesario que se plasmen en el texto constitucional los cambios que se van a efectuar.

Ahora bien, para que efectivamente se comiencen a producir los efectos de la revolución liberal, ésta debe ser “constitucionalizada”, es decir el resultado de ella debe quedar reflejado en un cuerpo normativo con rango de carta magna. Pero el momento para llevar a cabo dicho proceso es muy breve, y “si los liberales no aprovechan el momento constitucional, pueden perder la oportunidad completamente. Por el contrario, construir una economía de mercado liberal, para no hablar de una sociedad civil requiere décadas, quizá generaciones, y el proyecto puede ser fácilmente socavado sin la oportuna adopción de un marco constitucional adecuado” (*El futuro...*, página 54).

Todo ello se justifica y legitima sobre la base de una concepción dualista de la política, que consiste en que hay momentos de política constitucional y otros de política ordinaria. Los primeros son aquellos en que las decisiones son tomadas por el pueblo directamente y que se caracterizan por la intervención de un número importante de ciudadanos, quienes están seguros sobre la seriedad del tema que se debate y que pudieron expresar sus ideas en orden a solucionar la cuestión discutida, aunque estas situaciones ocurren muy rara vez. Las otras son las decisiones que lleva a cabo el gobierno de turno diariamente, es decir, aquí no existe ni debate ni movilización popular como en los anteriores, el gobierno

2. Ver: *Social Justice in the Liberal State*, Yale University Press, New Haven, 1980 y *We the People: Foundations*, Harvard University Press, Cambridge, 1991.

ejecuta el plan de gobierno que crea conveniente en virtud de la legitimación del pueblo que mediante el voto le otorgó para ejercer tales funciones.

A su vez, el papel del Poder Judicial, y en especial el de la Corte Suprema, cobra fundamental relevancia en el sentido de que debe ser la encargada de preservar las decisiones que se adopten en los momentos constitucionales contra cualquier decisión que tome el gobierno de turno que pretenda socavar lo resuelto por el pueblo.

En este orden de ideas, el autor considera que es de suma importancia el papel y la tarea que desarrollen los jueces que componen el Poder Judicial, ya que pueden ser ellos quienes comiencen a establecer o asegurar los principios del liberalismo por medio de las sentencias que efectúen un control de constitucionalidad sobre las decisiones que efectúen los otros dos poderes del Estado, y que aseguren lo acordado por el pueblo en el momento constitucional que se generó luego de la revolución. “Sin embargo, dadas las incertidumbres actuales, se deberían considerar caminos alternativos al constitucionalismo liberal. Si los políticos no tratan de construir una sólida base de apoyo en el pueblo para la Constitución ¿hay algún otro grupo que pueda emprender esa tarea? El candidato más probable es el poder judicial” (*El futuro...*, página 103). Pero el problema a dilucidar es si esas sentencias puedan llegar a terminar desequilibrando al nuevo sistema implantado en virtud de la revolución, y que den lugar al reconocimiento de posturas nacionalistas y autoritarias, ya que los vestigios totalitarios de los antiguos regímenes no son fáciles de borrar y olvidar.

Como respuesta a ese potencial peligro, Ackerman analiza las virtudes y defectos de implementar un control de decisiones de gobierno por parte de los jueces, similar al de la Constitución norteamericana o como el caso de algunos Estados europeos de occidente, es decir, por intermedio de Tribunales específicos sobre los temas que versa la Constitución, denominados Constitucionales, en especial el que funciona actualmente en Alemania.

Al respecto, Ackerman considera que el ejemplo alemán sería más conveniente que el estadounidense, porque Alemania tuvo que romper con un sistema totalitario, al igual que las naciones del este europeo; y también que las doctrinas alemanas en materia jurídica han tenido a lo largo de la historia una amplia cabida en la jurisprudencia de estos países. “El Tribunal no sólo ejerce su autoridad con prontitud y frecuencia, sino que también fue notablemente exitoso para ganar legitimidad tanto ante las elites políticas como ante la población en general. Sus decisiones cruciales muestran a veces un aprecio mayor de los valores liberales que aquél que los tribunales estadounidenses han logrado alcanzar después de doscientos años” (*El futuro...*, página 106).

En otra parte del libro, el profesor Ackerman analiza el caso de Argentina con respecto a la situación vivida en el país a partir de la restauración del Estado democrático y de derecho en 1983 (*El futuro...*, página 84). El autor sostiene que el presidente Alfonsín se encontraba en una situación óptima para producir una reforma constitucional, cuyo fin sería establecer, definitivamente, un sistema basado, fundamentado y apoyado en los principios del liberalismo político. Pero el autor sostiene que Alfonsín despilfarró su capital moral invirtiendo solamente en la sanción penal y no en una reforma constitucional, que en última instancia solamente condenó a “un puñado de malhechores, mientras que una serie de leyes atenuantes dejaron abierta la acusación a no

más de cuarenta militares”, luego el autor se pregunta si “¿qué mejor manera de asegurar un nuevo comienzo podría haber que la de reemplazar la a menudo ignorada Constitución del siglo XIX por un texto moderno que renovara solemnemente el compromiso nacional con la democracia liberal y el Estado de derecho?” (*El futuro...*, páginas 84 y 85).

Al respecto, el profesor Carlos Nino, en su libro titulado “Juicio al mal absoluto” -publicado luego de su lamentable muerte ocurrida en 1993 y cuyo título original es *Radical Evil on Trial*³, considera que la apreciación de Ackerman al respecto no es del todo precisa y correcta, ya que la Constitución argentina reconoce en su sección de derechos y garantías los principios básicos del liberalismo, pero la falla principal que ha padecido el sistema constitucional argentino es el hiperpresidencialismo que ha caracterizado toda la historia política del país⁴, y que sí merece ser objeto de una reforma constitucional (que en cierta medida se ha podido realizar en la reforma de la constitución de 1994). Además, luego de restaurada la democracia, la situación política y económica del país no eran las más convenientes para llevar a cabo una reforma constitucional, porque tal actitud podría haber sido interpretada por los poderes económicos y políticos de aquel momento “como una maniobra para modificar las reglas políticas y económicas del gobierno a su favor”⁵.

El notable autor argentino sostiene que “el aspecto más problemático no es la equivocada descripción que realiza Ackerman de lo que realmente sucedió, sino su supuesto contrafáctico: él no reconoce que toda la legitimidad del gobierno de Alfonsín, su capital moral, no era su carisma o su carácter revolucionario, sino su promesa de dar estricto cumplimiento a la Constitución de 1853.

Para finalizar, Ackerman asegura que la promesa de la revolución liberal es la siguiente: “Trabajando juntos para construir un Estado liberal dedicado a preservar nuestro igual derecho a ser diferentes, podemos llegar a ser algo más que meros extraños, aunque tal vez algo menos que amigos. Podemos llegar a ser ciudadanos liberales, que se hablan entre sí con voz singular. No obstante lo raras o perversas que nuestras creencias nos parezcan recíprocamente, quizá podamos encontrar una base común en reconocer esto: tanto usted como yo estamos luchando para encontrar un sentido en el mundo. Podemos —debemos— construir una vida política civilizada que permita a cada uno de nosotros respetar la búsqueda de los demás” (*El futuro...*, página 27).

En síntesis, para que se entienda bien la idea de Ackerman, cabe recordar un breve y significativo pasaje de su artículo titulado “*Liberalismos Políticos*”⁶: “el liberalismo político es una doctrina revolucionaria basada en una idea radical: la de que los hombres y mujeres de diferentes creencias pueden establecer un régimen político justo, que dé a todos los participantes el derecho igual a vivir sus propias vidas a su propia manera. El desafío último de la filosofía liberal es mostrar exactamente cuán radical es esta idea, imaginando en los que ciudadanos

3. Nino, Carlos Santiago, *Juicio al Mal Absoluto*, Editorial Emecé, Buenos Aires, 1997; o *Radical Evil on Trial*, Yale University Press, New Heaven, 1996.

4. Ver: Nino, Carlos Santiago, *Fundamentos de Derecho Constitucional*, capítulo 3, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992, y *Un país al margen de la ley*, capítulo 2, Editorial Emecé, Buenos Aires, 1992.

5. Nino, *Juicio al...*, Página 203.

6. Ver: Ackerman, Bruce, *Liberalismos Políticos*, artículo publicado en la Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, año 2, números 1 y 2, páginas 5 a 26, Buenos Aires, Abril de 1997.

liberales logran transformar esta promesa en realidad. Tales mundos imaginarios están, desde luego, a años luz de las realidades oscuras que confrontamos hoy. La distancia es tan grande que resultaría insensato utilizar las conclusiones de la teoría ideal como base inmediata de un programa de acción práctica”.

Comentario a fallo

Censura Previa: NO!

Por Horacio Fernández Madrid

En septiembre de 1997 el Sr. Salvo Aragón se presentó ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal n° 2 a cargo del Dr. José Luis Javier Tresguerras, y solicitó un amparo a fin de que el Canal 13 y quienes resulten responsables de la edición del noticiero “Telenoche”, le exhiban toda la filmación que posean relacionada con la causa *Cingolani, Jorge Horacio y otro s/cohecho*, cuya difusión estaba prevista en el programa del día lunes 15 de septiembre de 1997. Recordemos que el caso es relativo a un pedido de U\$S 1.000.000 a una compañía eléctrica para sacarle a su favor un fallo en la Sala V del fuero Contencioso administrativo.

Requirió que, como medida cautelar, se ordene a las personas mencionadas precedentemente, a proteger su identidad, impidiéndose la difusión de su figura “borroneando” su imagen y no difundiendo su nombre.

Tanto el fallo de Primera Instancia como el de la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal rechazaron esos pedidos. Ello así porque se sostuvo que el art. 13 inciso 1° de la Convención Americana de Derechos Humanos -de jerarquía constitucional¹- establece que “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística o por cualquier otro procedimiento de su elección”; todo esto, sin perjuicio de las responsabilidades ulteriores².

De este modo, queda expresamente a salvo la posibilidad de que el interesado haga valer posteriormente los derechos que hubieren sido vulnerados, y se impide la censura previa. Es que, tal como lo dijo la Corte en la causa *Servini de Cubría*, el honor y la intimidad de las personas no admiten, como regla, protección judicial preventiva sino remedios reparatorios. Si la eventual intromisión arbitraria en la vida ajena encuadra en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, debe desecharse de plano cualquier medida preventiva que interfiera en la exteriorización de las ideas, imágenes o informaciones, dejando para su juzgamiento posterior el eventual abuso que pudiera cometerse.

Debe tenerse presente, que el honor y la intimidad de las personas no admiten, como regla, protección judicial preventiva sino remedios reparatorios, ya que en el conflicto entre un mínimo estado de incertidumbre sobre la

1. Su jerarquía constitucional está dada por el art. 75 inciso 22 de la CN.

2. Artículo 13, inciso 2° de la Convención Americana de Derechos Humanos.

potencialidad agravante de la noticia, y las exigencias inmediatas de la libertad de expresión, debe prevalecer ésta (CSJN, causa *Servini de Cubría*).

Recuérdese que el art. 1071 bis del Código Civil establece como supuesto de aplicación el entrometerse arbitrariamente en la vida ajena, de modo que si el involucrado en la noticia, cree afectados sus derechos, puede acudir a la justicia, pero a posteriori.

**SE PUBLICA UN FALLO RELATIVO A LA CENSURA PREVIA
CAUSA 3866/97 “SALVO ARAGÓN, LEOPOLDO VICENTE C/
ARTEAR S.A. CANAL 13 S./ AMPARO.”**

Buenos Aires, 15 de septiembre de 1997.

Y VISTOS: estos autos para resolver el recurso de apelación deducido y fundado a fs. 16/23 contra la decisión de fs. 8/9,

CONSIDERANDO:

1. Por la vía de la acción de amparo que hoy dedujo, el actor solicitó se condene a Artear S.A. Canal 13 y a los responsables del noticiero “Telenoche” a que le exhiba y entregue una copia completa de una filmación que se realizó subrepticamente, cuya difusión televisiva está prevista en el programa de esta noche, a las 20 horas. Sin perjuicio de ello, con carácter de medida previa, pidió que la proyecte “protegiendo su identidad, arbitrando los medios usuales de presentación borrosa u oculta de las fisonomías”.

El tribunal de primera instancia rechazó in limine las pretensiones deducidas y contra esa decisión apeló el Sr. Salvo Aragón.

2. Resulta imperativo recordar que el artículo 14 de la Constitución Nacional garantiza a todos los habitantes de la Nación el derecho de “publicar sus ideas por la prensa sin censura previa”. En el mismo sentido, el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos - cuya jerarquía constitucional está dada por el art. 75, inciso 22º de la Constitución Nacional- establece “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística o por cualquier otro procedimiento de su elección” (inciso 1º).

La libertad de expresión que es garantizada por las normas citadas quedaría claramente vulnerada no sólo si se impide la difusión del programa, sino si este tribunal de justicia - tal como lo pide el actor- interviene para limitar, condicionar o imponer modalidades a la forma en que las imágenes o los nombres hayan de ser publicados.

Es apropiado recordar, en este sentido, que la Corte Suprema ha resuelto que “la dignidad institucional de la justicia independiente y de la prensa libre son valores preeminentes del orden democrático” y que se deben excluir “los procedimientos que conduzcan al sometimiento del ejercicio de ésta a la discreción judicial aunque ella sea bien intencionada o intrínsecamente sana. Así lo impone la plena vigencia de la libertad de prensa, que requiere primariamente la ausencia de control estatal sobre ella..., control que no pierde tal carácter por razón de ejercerse por órganos judiciales” (CSJN, *Fallos*: 248:664, considerando 4).

Los valores que el actor intenta preservar, tales como su reputación o el principio de la inocencia (que, según dice, podría ser conculcado por la difusión

de los hechos que determinaron la filmación), no son susceptibles de proteger mediante la censura previa. La misma convención Americana de Derechos Humanos recién citada deja a salvo las “responsabilidades ulteriores” (artículo 13, inciso 2) y a éstas deberá acudir el demandante si se cree con derecho.

Por las razones expuestas y las concordantes del dictamen que antecede, SE CONFIRMA la resolución de fs. 8/9, con costas.

Regístrese, notifíquese a las partes por Secretaría y oportunamente devuélvase.
Fdo.: Eduardo Vocos Conesa - Jorge Pérez Delgado.- Eugenio Bulygin.