

LECCIONES
Y
ENSAYOS

FACULTAD DE DERECHO

Decano
Dr. Leandro Vergara

Vicedecana
Dr. Silvia Nonna

DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES

Directora
Mary Beloff

Subdirector
Luis R. J. Sáenz

Secretarios
Lautaro Furfaro
Magdalena Belen Rochi Monagas

**CONSEJO DE REDACCIÓN
SEGUNDO SEMESTRE 2022**

Directora

Lucía Martínez Larrea

Subdirectora

Bárbara Micaela Blanc

Secretaria de Redacción

Lucía Maurino

Tutoras

Lucía Mora Bruniard
Bella Valentina Jiménez

Redactor

Franco Ezequiel Almirón

Colaboradoras/es

Francisco Varacalli
Bautista Grandi
Julieta Nieva
Candela Basso
Agustina Quiroz Palleres
Delfina Godoy
Milagros Agustina Caiella
Ezequiel Curcio
Milena Raquel Helft
Inti Raymi Azulay
Micaela Ailin Costa
Melanie Casellas
Tomas Drake
Lourdes Irina Vázquez
Alejandro Emil Salomón
María Celina Ubellart
Ariel Cardín
Juana Boggiano
María Florencia Acuña
María del Rosario Cabrera
María Inés Ponce Balestri
Tomás D'alessio

Quienes integran el Consejo de Redacción son estudiantes de grado de la Facultad de Derecho (UBA).

RÉPLICA

Lecciones y Ensayos invita a escribir respuestas o reacciones a los artículos publicados en la Revista. Para su publicación deberán ser enviadas, junto con los datos completos de la autora o del autor, a lye@derecho.uba.ar.

FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

LECCIONES Y ENSAYOS

CONSEJO ASESOR

José Casás
María Laura Clérico
Anibal D'Auria
Marisa Herrera
Sandra Negro
Marcelo Raffin
Mario Villar

Algunos derechos reservados

Copyright by Departamento de Publicaciones
Facultad de Derecho - Universidad de Buenos Aires
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.

ISSN (en papel): 0024-0079.

ISSN (en línea): 2362-4620.

Los artículos de esta revista se distribuyen bajo una licencia Atribución-NoComercial-Sin-Derivadas 2.5 Argentina (CC BY-NC-ND 2.5 AR) <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.5/ar/>

Usted es libre para: Compartir, copiar y redistribuir el material en cualquier medio o formato, bajo las siguientes condiciones: atribuir correctamente la fuente, proveer un link a la licencia, e indicar cualquier cambio en el material; no puede hacer uso del material con fines comerciales, ni distribuir el material modificado, en caso de mezcla, transformación o creación de nuevo material a partir de esta obra, sin permiso previo del editor y/o los respectivos autores.

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) 5287-6762

ÍNDICE

Editorial.....	13
----------------	----

LECCIONES

Ferrante, Marcelo, <i>¿Algo más sobre la justificación del castigo?</i>	17
---	----

ENSAYOS

Manfredi, Guido Ernesto, <i>Extradición y condenas en rebeldía a la luz de los principios constitucionales de orden público argentinos. El caso italiano</i>	39
--	----

XIX CONCURSO DE ENSAYOS DR. IGNACIO WINIZKY SOBRE “ABORDAJES JURÍDICOS SOBRE DISCRIMINACIÓN RACIAL”

Fariña, Milagros, <i>Blackfishing y otras formas de naturalización de las prácticas coloniales en el siglo XXI desde una mirada interseccional</i>	63
--	----

RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

Fernández Fiks, Tomás, <i>Reseña a “La Corte y sus presidencias”: La Corte Enrique Santiago Petracchi I, de Paula Gaido y Laura Clérico</i>	87
---	----

TERM REVIEW

Arballo, Gustavo, <i>El piso es lava: la Corte Suprema de Justicia de la Nación en 2022</i>	99
---	----

ENTREVISTAS

Entrevista a Luis Moreno Ocampo	143
Entrevista a Benedict Kingsbury	159
Benedict Kingsbury interview	187

PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN

¿Cómo publicar en <i>Lecciones y Ensayos</i> ?	215
¿Cómo participar en <i>Lecciones y Ensayos</i> ?	221

EDITORIAL

Lecciones y Ensayos es un proyecto que construimos día a día entre todas, todes, todos, poniendo nuestro granito de arena desde el lugar que nos convoca. Cada número es resultado de este proyecto autogestivo que requiere de los esfuerzos de quienes integramos la revista, exintegrantes, docentes y amantes del derecho que siguen confiando y apostando por una revista dirigida por estudiantes.

En el transcurso de este período nos vinculamos con otros espacios de nuestra Facultad. Junto con el Centro de Derechos Humanos pudimos llevar a cabo un fructífero ciclo de talleres de escritura académica que desembocó en el Concurso de Ensayos “Nuevos desarrollos y jurisprudencia reciente del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”. De la misma manera, tuvimos la oportunidad de comenzar a entablar diálogo con revistas jurídicas universitarias de otros países, a través de la Dirección de Relaciones Internacionales. No queremos dejar pasar esta oportunidad para expresar nuestra gratitud hacia aquellas y aquellos profesores que, sin obligación alguna, nos han tendido una mano para volver realizables aquellos proyectos que nos hemos propuesto.

Entendemos que es parte de nuestro rol como revista jurídica poner en agenda temáticas que consideramos importantes. Por tal motivo, este año decidimos realizar el Concurso de Ensayos Dr. Ignacio Winizky acerca de abordajes jurídicos sobre discriminación racial. Nos parece relevante dar cuenta de esta vacante en la academia jurídica y resaltar las problemáticas que giran alrededor de la materia.

Asimismo, en vísperas de celebrar los 40 años del retorno de la democracia, de la mano del estreno de la película *Argentina, 1985* y la conmemoración del Juicio a las Juntas Militares, decidimos reafirmar nuestro compromiso con el proceso de memoria, verdad y justicia, incorporando en este número una entrevista a Luis Moreno Ocampo, fiscal adjunto en el Juicio a las Juntas Militares.

Por otra parte, este año no estuvo exento de eventos políticos relevantes. Uno de ellos fue el atentado contra la vida de la actual vicepresidenta

de la Nación. Para nosotras y nosotros, como estudiantes de abogacía y parte de la academia jurídica argentina implica un deber con el Estado de derecho y sus instituciones. No podemos dejar de reconocer que atentados como este son el reflejo de una avanzada de discursos contra la democracia que se han intensificado en el último tiempo en todo el mundo. Desde un espacio democrático, plural y horizontal, como es *Lecciones y Ensayos*, creemos correcto y necesario pronunciarnos en contra de todo acto de violencia política que atente contra la democracia.

Desde *Lecciones y Ensayos* también queremos destacar que este año estuvo colmado de satisfacciones. En particular, vivimos la alegría colectiva de alentar a la selección masculina en el Mundial de fútbol y verla convertirse, por tercera vez en la historia, campeona del mundo. Desde la Revista, celebramos los sentimientos de unión, solidaridad y compañerismo generados por este evento.

Lecciones y Ensayos forma parte de nuestro ciclo como estudiantes, donde confluyen nuevos y viejos miembros. Es un camino que iniciamos sin saber bien hacia dónde nos dirige y que concluimos sabiendo que sucedió por alguna razón, ya que cuando miramos atrás nos quedan las experiencias, las, les, los compañeros y amigos, y sobre todo, las huellas que dejamos en las páginas de cada número.

Esperamos que este número sea de su agrado y refleje, aunque sea en parte, nuestro compromiso como miembros de este Consejo, la labor diaria realizada y nuestro afán por realizar un aporte a la academia jurídica argentina. Finalmente, como en cada editorial, los invitamos a sumarse a *Lecciones y Ensayos*.

CONSEJO DE REDACCIÓN

LECCIONES

¿ALGO MÁS SOBRE LA JUSTIFICACIÓN DEL CASTIGO?*

MARCELO FERRANTE**

Resumen: Este trabajo —pensado originariamente como una conferencia— presenta un conjunto de conceptos y argumentos filosóficos que construyen una defensa del valor intrínseco, y no meramente instrumental, que puede hallarse en el castigo y en el derecho penal que lo institucionaliza. Conecta el análisis de la noción de castigo de Joel Feinberg y la concepción de la responsabilidad de Peter Strawson con una versión de un argumento de Igor Primoratz. Sitúa esa clase de defensa del valor del castigo en relación con posiciones antipunitivistas radicales y responde a la objeción liberal tradicional según la cual las justificaciones del castigo basadas en ideas de justicia retributiva implicarían un compromiso con la aplicación del castigo por rasgos del carácter.

Palabras clave: castigo — responsabilidad — reproche — retribución — punitivismo y antipunitivismo — principio del acto.

Abstract: This paper —originally conceived as a lecture— expounds a group of philosophical concepts and arguments that build up a defense of the intrinsic (non-instrumental) value that may be found in punishment and its institutionalization through criminal law. The paper links Joel Feinberg’s analysis of the notion of punishment and Peter Strawson’s conception of responsibility with a version of an argument by Igor Primoratz. It also places defenses of this kind of the value of punishment in relation to radical anti-punitive views, and responds a traditional liberal objection according to which retributive justice justifications of punishment would involve a commitment to punishment for character traits.

* Recepción del original: 11/10/2022. Aceptación: 11/11/2022.

** La versión original de este texto fue presentada como conferencia en las Jornadas Internacionales de Derecho Penal de la Universidad Nacional de Cuyo, Mendoza, el 9 de noviembre de 2017. Agradezco a Omar Palermo por la invitación y a él y a lo/as asistentes por sus comentarios durante la discusión. Agradezco también a Leandro Dias por su lectura de un borrador anterior y sus observaciones críticas.

Keywords: punishment — responsibility — blame — retribution — (anti)punitivism — act requirement.

I. INTRODUCCIÓN

En este texto propongo recorrer algunos acordes y melodías de la discusión filosófica sobre la justificación del castigo. La metáfora musical no es caprichosa. Al teorizar sobre la justificación del castigo, como intento hacer en las páginas que siguen, quiero actuar como un músico de jazz que versiona abiertamente sobre estándares conocidos. Me apresuro a destacar una diferencia importante. En una sesión de jazz es frecuente que prácticamente todo el valor musical esté en la sesión, no en el estándar elegido para tocar: el valor reside en lo que se logra en ese momento, a partir de ese tema básico, en la versión que de él resulta como consecuencia de la combinación de variaciones e improvisación y de la sinergia entre las y los músicos que participan de ella. En la teorización sobre la justificación del castigo, los argumentos filosóficos fundamentales son los estándares sobre los que versionamos; pero, a diferencia del valor musical de las melodías que pueden dar lugar a una sesión de jazz, aquellos argumentos tienen un valor dominante. Por eso toda teorización contemporánea sobre la justificación del castigo deja la sensación de que no se ha dicho nada realmente nuevo, que apenas si se ha tocado una melodía conocida. Pero sí puede tener —esa es mi observación— un valor filosófico semejante al valor musical de una sesión de jazz, si es que ofrece una versión más o menos afortunada de esa melodía conocida, y quizás, con suerte, una versión que es iluminadora.

Tengo la tentación de anunciar que el tono general de la melodía sobre la que versiono es una melodía punitivista. Pero no creo saber usar la etiqueta *punitivista* y sus variantes como suele aparecer en la discusión contemporánea. Sé, sin embargo, que encuentro en el derecho penal un valor y quiero dedicar estas páginas a explicar cuál es ese valor y atender algunas objeciones. Si bien en ocasiones diré de mi posición que es punitivista, lo diré estrictamente con este sentido específico.

Cuando digo que encuentro valor en el derecho penal, no hablo de este o aquel derecho penal de esta o aquella comunidad. Por cierto, no hablo de nuestro derecho penal, que tiene demasiadas cosas demasiado disvaliosas. Hablo de algo que está en esa antigua práctica social que llamamos castigo y que nos acompaña desde que tenemos memoria histórica,

y de algunas regulaciones posibles de ella mediante esa herramienta que conocemos como derecho. Quiero decir, en particular, que cuando pienso en una comunidad ideal —una comunidad grande y diversa, como la que ocupa el planeta Tierra, y de seres más o menos como nosotros— imagino una comunidad con alguna forma de derecho penal y no sin él.

Antes de presentar mis argumentos centrales, quisiera hacer una distinción. La distinción es entre dos tipos de enfoque, digamos, antipunitivista: uno al que llamo (anti)punitivismo tolerante o minimizador y otro al que aludo como antipunitivismo radical. La razón para proponer esta distinción no es solo taxonómica; sino que me inspira el hallazgo de que mi defensa del derecho penal está relativamente cerca del antipunitivismo radical y en las antípodas del (anti)punitivismo tolerante o minimizador. Este es un hallazgo sorprendente; uno tendería a pensar que hay algo así como un espectro de posiciones que va desde posiciones antipunitivistas radicales, en un extremo, a defensas del derecho penal, en el otro, y que los antipunitivismos tolerantes o minimizadores, que lucen como posiciones moderadas, estarían de algún modo entre esos dos extremos. Sin embargo, no es así. O al menos, eso es lo que diré aquí respecto de mi defensa del valor del castigo penal.

Llamo antipunitivistas moderados o minimizadores a quienes encuentran en el derecho penal un mal necesario, que hay que tolerar por una razón u otra, pero del que siempre es mejor menos que más. En esta categoría caen quienes conciben al derecho penal —como con genialidad propuso Jeremy Bentham a fines del siglo XVIII¹— solo como una herramienta de ingeniería social, especialmente como un régimen de incentivos negativos dirigidos a desmotivar clases de acciones, algo así como un sistema de precios.²

También caen dentro de esta categoría quienes —como James Fitzjames Stephen en el siglo XIX,³ o Luigi Ferrajoli a fines del siglo XX⁴— entienden al derecho penal como una institución solo dirigida a realizar una versión controlada, contenida y razonable de lo que de otro modo sería un

1. Cfr. BENTHAM, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*.

2. La metáfora es de RAWLS, “Two Concepts of Rules”, p. 12.

3. Cfr. STEPHEN, *A History of the Criminal Law of England*. Cfr. también MORSE, “Thoroughly Modern: Sir James Fitzjames Stephen (...)”, pp. 505 ss.; POSNER, “The Romance of Force: James Fitzjames Stephen (...)”, pp. 263 y ss.

4. Cfr. FERRAJOLI, *Diritto e ragione: Teoria del garantismo penale*.

festín dantesco de linchamientos y otras manifestaciones brutales a las que llevan las pulsiones retributivas inescapablemente presentes en nuestras comunidades.

Lo común a estas posiciones es que para ellas el castigo no tiene por sí ningún valor. Es un daño más o incluso violencia irracional. Recurrimos a él sólo como un instrumento con el cual evitaríamos caer en un estado de cosas peor que este en el que castigamos.

De un modo u otro, articuladamente o solo intuitivamente, estos enfoques moderados parecen ganarse nuestro apoyo reflexivo. Ahí más o menos parece estar la razón. Sin embargo, quiero sostener aquí que, a diferencia de lo presupuesto por esos enfoques, el castigo tiene un valor intrínseco —en el sentido de que no depende de aquello para cuya consecución puede ser un buen instrumento— y que en ese valor reside el fundamento que nos obliga a adoptar alguna forma de derecho penal. En particular, la idea que quiero defender aquí es que adoptar un derecho penal es parte de nuestro deber de respetarnos como personas; es parte de nuestro deber de hacer de nuestra comunidad una comunidad de iguales.

Confieso que no sé, en rigor, si mi tesis es verdadera. Lo que sé es que me sirve como excusa para presentar un puñado de aportes filosóficos de muchísima importancia y que justifican por sí —espero— estas páginas.

II. CASTIGO

La primera tesis en la que quiero detenerme proviene de un ensayo del filósofo Joel Feinberg que apareció publicado por primera vez en 1965.⁵ Feinberg encaró allí la pregunta analítica ¿de qué hablamos cuando hablamos de castigo? O ¿en qué pensamos cuando pensamos en castigo?

En general, cuando como filósofos nos preguntamos por la justificación de una práctica determinada, el primer paso que debemos dar es precisar cuál es la práctica por cuya justificación nos preguntaremos. Feinberg postula que la caracterización de la práctica del castigo para la cual autores clásicos, como Bentham, ofrecen su justificación no es la adecuada. Esos autores parten del presupuesto de que el castigo es una imposición intencional de algún daño (una privación intencional de un bien) hecha en

5. *Cfr.* FEINBERG, “The Expressive Function of Punishment”.

conexión con una falta (la violación de una regla), y llevada a cabo por la autoridad que emitió la regla violada. Cualquier sanción o penalidad cae bajo esa definición. Pero la práctica que llamamos castigo no es cualquier sanción o penalidad. Entre el juicio y prisión que imponemos a alguien por haber asesinado a otro y la multa impuesta por un mal estacionamiento no hay —nos propone Feinberg— una simple diferencia de grados. Hay una diferencia cualitativa; son clases de cosas distintas.

Hay penalidades o sanciones que no son castigo. Lo que distingue al castigo —cito textualmente— es que es el “dispositivo convencional para la expresión de actitudes de resentimiento e indignación, y de juicios de desaprobación y reprobación por parte de la autoridad punitiva misma o por parte de aquellos ‘en cuyo nombre’ el castigo es impuesto”.⁶

En nuestro lenguaje social, por decirlo así, ciertas cosas que nos hacemos unos a otros, ciertas formas de tratarnos, se han convertido en el vehículo para la expresión de la condena y la reprobación públicas y es a eso a lo que llamamos castigo. Es a eso —y no a cualquier penalidad o sanción— a lo que nos resulta difícil encontrarle una justificación convincente y, sin embargo, a pesar de todo, no parecemos dispuestos a abandonarlo.

No hay nada paradójico en que algunas formas de tratarnos emitan ese mensaje expresivo: como lo pone Feinberg —vuelvo a citarlo—:

“esto no es ni más ni menos paradójico que decir que ciertas palabras se han convertido, en nuestro lenguaje, en vehículos para la expresión de determinadas actitudes, o que la champaña es la bebida alcohólica tradicionalmente usada en la celebración de grandes eventos, o que el negro es el color del luto”.⁷

Lo notable del trabajo de Feinberg es cómo nos muestra que efectivamente pensamos en el castigo como esas formas de trato mediante las cuales expresamos desaprobación y condena. No tengo espacio para reproducir aquí sus argumentos en ese sentido.⁸ Basta solo decir que precisamente

6. FEINBERG, “The Expressive Function of Punishment” pp. 97 y ss.

7. FEINBERG, “The Expressive Function of Punishment” p. 100.

8. Feinberg presenta cuatro ejemplos distintos en los que reconocemos el uso del castigo como una alternativa comprensible y que, sin embargo, sería francamente ininteligible si no

porque Feinberg está en lo cierto ocurre que nos parece especialmente disonante castigar a quien juzgamos inocente, mientras que quizás someterlo a privaciones equivalentes que no identificamos como castigo —una cuarentena, por ejemplo— sólo nos parece desafortunado.

Esta es, entonces, la primera tesis que presento en estas páginas: la idea según la cual eso que llamamos castigo es el arreglo institucional con el cual comunidades políticamente organizadas como la nuestra expresan condenación respecto de aquellas personas que la comunidad juzga responsables por la violación de algunas normas o deberes.

III. RESPONSABILIDAD

El segundo aporte en el que quiero detenerme es de la misma época; fue publicado apenas tres años antes, en 1962, pero es filosóficamente más profundo y su influencia para la filosofía contemporánea ha sido muchísimo mayor. Me refiero al trabajo del filósofo de Oxford Peter Strawson, *Freedom and Resentment*.⁹

El trabajo de Strawson encara una cuestión muy antigua y sumamente fundamental en la filosofía, la cuestión de la responsabilidad: ¿A qué alude nuestro discurso acerca de la responsabilidad? ¿Qué es eso de ser responsables? ¿Somos acaso responsables por algo? ¿Por qué, o en virtud de qué somos responsables? Hay una concepción muy tradicional según la cual la responsabilidad es algo que implica libertad de voluntad en un sentido muy fuerte: la capacidad de optar entre caminos alternativos, de modo que si no tenemos efectivamente caminos alternativos, si no hubiera, para ponerlo así, jardines en los que los senderos se bifurcan para nosotros y entre los cuales podemos elegir según nos parezca, no hay eso que llamamos responsabilidad. La versión filosóficamente extendida es conocida bajo el nombre de incompatibilismo y se presenta como la tesis según la cual eso que es la responsabilidad es incompatible con el determinismo. Por determinismo entendemos la idea de que lo que hacemos en un momento t está determinado por las leyes de la naturaleza y los hechos del mundo físico

lo concibiéramos como una herramienta expresiva. Cada uno de esos ejemplos representa —propone Feinberg— una función expresiva característica del castigo.

9. *Cfr.* STRAWSON, “Freedom and Resentment”.

anteriores a *t*. Si el determinismo es verdadero, parece seguirse que es también verdad que no tenemos opciones: cada cosa que hacemos resulta de la operación de las leyes de la naturaleza sobre el estado de cosas físico anterior a nuestra acción. Nuestra percepción de que al decidir actuar de un modo u otro elegimos entre alternativas genuinas —esto es, que bien podríamos haber actuado de otra manera— sería así solo una ilusión de nuestra consciencia. Si el determinismo es verdadero, entonces, no somos libres en aquel sentido fuerte y, por lo tanto, de acuerdo con la concepción incompatibilista, no somos agentes responsables. Creemos que lo somos; actuamos como si lo fuéramos. Pero no lo somos.

En su trabajo *Freedom and Resentment*, Strawson intenta una refutación del incompatibilismo. Su intento de refutación ha sido muy fructífero para la discusión posterior sobre responsabilidad;¹⁰ pero lo notable es que al hacerlo ha producido muchos aportes de gran importancia filosófica que van más allá de la discusión sobre responsabilidad. Este ensayo de Strawson es un trabajo realmente extraordinario.¹¹

Presento el aspecto en el que quiero concentrarme: Hoy no sabemos si el determinismo es verdadero. Puede serlo; pero no lo sabemos. ¿Qué pasaría si mañana la ciencia confirmara que sí lo es? ¿Qué cambiaría? Strawson postula que nada cambiaría en lo que respecta a las relaciones interpersonales que tenemos; que continuaríamos vinculándonos entre nosotros como lo hacemos hoy. ¿Y qué muestra eso?

Strawson nos invita a ver que las relaciones entre personas están marcadas por la mediación de lo que él llama allí actitudes reactivas, actitudes que reservamos para aquellos a quienes vemos como personas, como pares dentro de una misma comunidad moral: el resentimiento por el maltrato —el trato indebido—, y su contracara positiva, la gratitud, serían las más características. No con todos los seres nos relacionamos de ese modo. Strawson distingue dos perspectivas, puntos de vista, o formas de vincularse o relacionarse con otro: por un lado, la perspectiva participante, involucrada o personal; y, por otro, la perspectiva desinvolucrada u objetiva. La primera implica actitudes reactivas; la segunda, no. Doy

10. *Cfr.*, por ej., FISHER, “Recent Work on Moral Responsibility”, pp. 93 y ss.

11. *Cfr.* SHOEMAKER & TOGNAZZINI, en su introducción a *Oxford Studies in Agency and Responsibility*, pp. 1 y ss., quienes atribuyen a ese ensayo el excepcional impacto, compartido solo con otras pocas obras filosóficas del siglo XX, de conformar “una especie de radiación cósmica de fondo” que permea la educación filosófica contemporánea.

un ejemplo —que tomo de Stephen Darwall, uno de los tantos filósofos contemporáneos que han continuado esta idea de Strawson—:¹² supon- gamos que algo nos pisa el pie y nos hace doler. La naturaleza de nuestra reacción (sensata o racional) depende crucialmente de que reconozcamos en aquello que nos pisa el pie a una persona o a otra cosa. Supongamos que es un animal, un perro grande, por ejemplo. Nuestra reacción es quitar el pie de allí o intentar que el animal se mueva: podemos empujarlo o motivarlo con incentivos conductuales (por ejemplo, arrojar algo que desee ir a buscar, o fastidiarlo como para hacerle suficientemente indeseable el quedarse allí donde está aplastándonos el pie). En cambio, si reconocemos en ese ser a una persona entonces ocurre algo muy singular: la reacción sensata o racional es exigirle que deje de pisarnos, esto es imponerle una obligación, demandarle una forma de respeto; y si no lo hace (y no nos ofrece excusas atendibles para no hacerlo) pues nos indignamos con ella y le reprochamos que no haga lo que nos debe, dejar de pisarnos. Este ejemplo nos sugiere la idea, que defiende Strawson, de que reconocernos personas es reconocernos como los destinatarios idóneos de esas actitudes reactivas que vemos en juego en el ejemplo, y de las que ese enojo, indignación o resentimiento por el trato indebido o inmerecido que hemos recibido es la más característica.

Strawson identifica así la responsabilidad —ese rasgo que nos caracteriza como personas, en lugar de meros objetos o seres sin esa dimensión moral— con la susceptibilidad a esas actitudes reactivas. Averiguar cuáles son las condiciones de la responsabilidad moral es averiguar cuándo o, mejor, en qué condiciones alguien es el destinatario apropiado de tal o cual actitud reactiva.

Como Strawson postula que si mañana la neurociencia proclamara que el determinismo es verdadero nosotros nos seguiríamos vinculando tal y como lo hacemos hasta ahora —seguiríamos amándonos, indignán- donos, respetándonos y reclamando respeto, en fin, tratándonos como personas— concluye que el incompatibilismo es falso, que responsabilidad y determinismo son consistentes el uno con el otro.

Destaco dos ideas que han surgido del trabajo seminal de Strawson. La primera es que tratarnos como personas, como pares de una comunidad

12. DARWALL, *The Second—Person Standpoint: Morality, Respect, and Accountability*, pp. 3 y ss.

moral, implica adoptar la perspectiva participante en la que las actitudes reactivas ocupan un lugar central. Quiero decir, no podemos pretender tratarnos como personas, en ese sentido, y adoptar una perspectiva objetiva (o al menos, adoptarla como perspectiva dominante de nuestras relaciones). Si adoptáramos esa perspectiva, ello equivaldría a decir que no nos tratamos como personas.

La segunda idea es la de la estrechísima relación entre un conjunto de conceptos normativos —esto es, las ideas con las que pensamos, entendemos, hablamos sobre lo que nos debemos los unos a los otros—. Piénsese en conceptos como tener un derecho, la autoridad para exigir o demandar el cumplimiento de un deber (correlacionado con aquel derecho) y la responsabilidad del obligado por ese deber ante quien tiene la autoridad para exigirle su cumplimiento y reprocharle su incumplimiento. La mejor interpretación de ellos —parece— es que son especificaciones más o menos parciales de eso que llamamos reconocernos como personas, como pares dentro de una comunidad moral.

Para lo que sigue, voy a subrayar únicamente la relación conceptual existente entre, por un lado, debernos conductas los unos a los otros —quiero decir, los deberes que tenemos correlacionados con derechos de otros— y, por otro, las actitudes reactivas de polaridad negativa —como cierta forma de resentimiento, la indignación y el reproche— que corresponden respecto del responsable por el incumplimiento de esos deberes. Indignarnos con quien incumple con una conducta que nos es debida, o reprocharle a quien viola un derecho de otro el haberlo violado es la contracara del reconocimiento de ese deber o ese derecho. Reconocer ese derecho y su deber correlativo es comprometerse con indignarse por el incumplimiento y reprochar a quien ha violado ese deber sin excusas.

Este grupo de ideas strawsonianas conforman la segunda tesis de estas páginas.

IV. JUSTIFICACIÓN

De la conjunción de las dos tesis que acabo de presentar surge mi argumento punitivista. Hay muchas versiones de este argumento en la literatura filosófica. Sin embargo, yo acostumbro presentarlo atribuyéndolo al filósofo contemporáneo Igor Primoratz, pues fue con la lectura de su

ensayo *Punishment as Language*¹³ que yo vi por primera vez con claridad este argumento.

El argumento, en rigor, es muy simple. Las ideas strawsonianas que presenté en la sección anterior nos llevan a concluir que si tenemos razones para reconocernos mutuamente como personas, tenemos razones para reconocernos titulares de derechos, para exigirnos los comportamientos correspondientes a ese reconocimiento, y a indignarnos y reprocharnos por el incumplimiento inexcusable de esos comportamientos. Eso es reconocernos mutuamente como personas. La primera tesis —aquella que tomé de Feinberg— por su parte, nos recuerda que en una comunidad política organizada es el castigo la herramienta social con la cual expresamos esas actitudes correspondientes a la violación de los deberes que nos ligan los unos a los otros. Entonces, si hay algún valor en reconocernos como personas, como pares dentro de una comunidad moral, pues hay algún valor en adoptar esa práctica que llamamos castigo. Así de simple.

Una aclaración: Este argumento simple parece justificar sólo nuestro deber individual —el deber de cada uno de nosotros— de expresar reproche en relación con el culpable por violar el derecho de alguien en respuesta a su violación, reafirmando así el derecho violado. Pero cuando pensamos en el castigo pensamos en una institución pública, algo asociado esencialmente al Estado, en el que intervienen funcionarios estatales, tribunales y otros organismos gubernamentales. No parece haber nada de esto en el argumento simple que acabo de presentar.

Efectivamente, el argumento es incompleto. Pero lo que se requiere para completarlo no es algo especial del castigo penal, sino que es una respuesta convencional a una observación muy general. Veámoslo así. Imaginemos que todos los miembros de la comunidad en la que vivimos queremos honrar nuestro deber de respetar y reafirmar los derechos que todos y cada uno de nosotros tenemos. Queremos, en pocas palabras, tratarnos como personas. Eso nos obliga a condenar y reprochar a quienes son responsables de violar esos derechos. Nos enfrentamos ahora a algunos problemas bien conocidos. Algunos son epistémicos. Por ejemplo, ¿cómo sabemos cuándo ha habido una violación y cuánto tenemos que hacer para condenar y reprochar al responsable? Quizás, vamos andando por allí y una persona nos dice que esta otra ha violado a su vecino y que por eso la

13. PRIMORATZ, “Punishment as Language”, pp. 187 y ss.

está maltratando. ¿Tendríamos que sumarnos y maltratarla también? Pero hay otros problemas prácticos. Supongamos que la persona es convincente, que su juicio es confiable. ¿Debemos todos sumarnos y maltratar al responsable? Es fácil ver cómo podemos entrar rápidamente en una pendiente que lleva al linchamiento, a castigar de más —normalmente brutalmente y muchas veces a quien no lo merece—.

Nótese que una dinámica parecida lleva a que se castigue de menos: como dije, somos muchos, de modo que parece atinado preguntarnos ¿por qué hemos de molestarnos en ocuparnos nosotros de honrar el deber de condenar y reprochar? Después de todo, seguramente habrá otras personas que se ocuparán de hacerlo y nuestra contribución individual sería apenas marginal. Sin embargo, nada indica que los demás no harán exactamente la misma especulación; por lo cual es fácil ver cómo podemos entrar en una pendiente que nos lleva a que nadie se ocupe de condenar y reprochar.

Lo que vemos es una aplicación al caso del castigo de un problema muy general: los deberes positivos generales producen defectos de coordinación y otros problemas de acción colectiva.¹⁴ Una forma eficaz de resolverlos reside en la adopción de instituciones. Nuestros deberes de ayudarnos ante —por ejemplo— el incendio de nuestros hogares nos lleva a adoptar instituciones de control de incendios, bomberos, seguros obligatorios. Adoptar esas instituciones forma parte del cumplimiento de esos deberes que tenemos, dados los inconvenientes que tendríamos si intentáramos cumplirlos sin esas instituciones. Bien, el derecho penal —con sus organismos de persecución penal, tribunales, administradores de penas, etc.— es la institución con la que lidiamos con los problemas de coordinación y acción colectiva correspondientes a nuestros deberes de condenar la violación de derechos. Así de simple.

V. REPROCHE

En la introducción dije que un rasgo peculiar de la posición que defendería aquí era que está muy cerca de algunas versiones de lo que llamé antipunitivismo radical. Llegó el momento de explicar esa idea.

14. *Cfr.*, por ej., FEINBERG, “The Moral and Legal Responsibility of the Bad Samaritan”, p. 195; FERRANTE, “Causation in Criminal Responsibility”, pp. 477 - 481.

La posición antipunitivista radical que tengo en mente —aquella que está, por ejemplo, detrás de algunos modelos de justicia restaurativa— concede todo a mi argumento excepto la asociación, que el argumento efectivamente presupone, entre expresión de condena o reproche, por un lado, y, por el otro, las formas de maltrato a las que la humanidad ha echado mano a lo largo de la historia bajo el nombre de castigo: desde multas y otras privaciones compulsivas o encierro en instituciones penitenciarias sanas y limpias, hasta la reclusión en las prisiones infectas y hacinadas a las que estamos acostumbrados o la imposición cruel de dolor y muerte en hogueras, horcas, guillotinas, mediante azotes, piedrazos, enterramientos, etc. La capacidad creativa de la crueldad humana parece no haber tenido límites.

El antipunitivismo radical que tengo en mente concede que debemos reconocernos como personas, como pares en una comunidad moral; que eso implica adoptar una perspectiva participante y, por lo tanto, respetarnos y demandar respeto, exigírnos deberes recíprocos y reprocharnos los incumplimientos inexcusables. Ahora, de allí a tratarnos mal como forma de expresar reproche hay un salto injustificable. Puesto de otra manera, no es posible justificar que el maltrato sea el lenguaje con el que reprochamos y expresamos condena sólo citando las dos tesis de las que partí. Debemos expresar condena, sí; pero no hay razón para maltratar.

Para atender a esta preocupación, propongo recordar otro argumento más o menos clásico de la literatura tradicional sobre justificación del castigo. Cuando intentamos justificar el castigo en razones para expresar condena —como yo aquí— nos enfrentamos a la objeción tradicional de que no hemos dado en el blanco. Porque cuando nos preguntamos por la justificación del castigo, nos preguntamos por el enigma de cómo puede ser que sea apropiado hacerle a alguien lo que es inapropiado hacerle: maltratarlo en alguna de esas formas que nos muestra la historia comparada del derecho penal. Y quien ofrece como razones justificatorias para expresar condenación o reproche sencillamente parece no haber ofrecido nada para resolver ese enigma. Después de todo, parece que la manera primaria de honrar las razones que podamos tener para expresar actitudes es decir algo, quizás enunciarlo a los cuatro vientos; pero, en todo caso, no hacerle algo a alguien. Pensemos en la expresión de alguna creencia cualquiera: por ejemplo, la creencia de que la luz está prendida. Si tuviera alguna razón de peso para expresar mi creencia de que la luz está prendida, el modo normal de cumplir con esa razón sería decir que la luz está prendida. ¿No ocurre lo mismo con la expresión de otras actitudes, como las que resultan

de nuestros juicios de desaprobación y acompañan a nuestras emociones condenatorias y de reproche?

Para esta objeción tradicional hay también una respuesta tradicional. Hay muchas versiones de ella, pero yo acostumbro atribuirle a Anthony Skillen, quien la expuso en un artículo aparecido en 1980 que llevó como título *How to Say Things with Walls*.¹⁵ Aquí va la tesis de Skillen:

Al presentar su análisis del concepto de castigo, Feinberg compara el hecho de que expresamos condenación maltratando, con el hecho de que expresamos felicidad por un logro descorchando un champán, o expresamos luto por una pérdida vistiéndonos de negro. Estos dos ejemplos sugieren que el tipo de acción con el que expresamos alguna actitud es completamente convencional: por ejemplo, bien podríamos haber elegido cualquier otra bebida en lugar del champán, o cualquier otro color en lugar del negro. De la misma manera, la elección del maltrato como vehículo para expresar reproche también sería convencional; bien podríamos elegir otra forma de expresarlo. O, en todo caso, necesitamos una razón adicional para justificar que sea precisamente el maltrato —en lugar de un acto de comunicación verbal— el vehículo apropiado.

El aporte de Skillen es que el castigo como expresión de condena no es una convención en el sentido en el que lo es el negro como expresión del luto. El vestirse de negro simboliza el luto. El castigo, en cambio, no simboliza el reproche o la condena, lo encarna: el maltrato es una parte constitutiva del reproche o la condena.

Piénsese en cualquier escena de la vida cotidiana en la que alguien cercano, una persona con la que vivimos, por ejemplo, nos ha hecho algo que, creemos genuinamente, esa persona no debía habernos hecho; tenemos un derecho a exigirle que no lo hiciera y a ella no le importó y de todos modos lo hizo. Sentimos esa actitud de polaridad negativa y la hacemos cognoscible para la otra persona, la expresamos ¿Cómo? Pues, ajustamos nuestro comportamiento en relación con ella, de modo que ahora el trato no es el normal; es uno peor. Quizás hay cosas que normalmente hacemos por ella, que ahora no hacemos precisamente como expresión de nuestra condenación. Quizás debemos acompañar nuestro cambio conductual con una explicación, para desambiguar nuestro comportamiento: así como hay palabras ambiguas, también hay acciones ambiguas; y por cierto hay

15. SKILLEN, “How to Say Things with Walls”, pp. 509 y ss.

contextos que hacen ambiguas a nuestras expresiones, sean estas verbales o conductuales. Pero eso no debe impedir que veamos el hecho de que el modo en el que expresamos condenación es conductual, y que consiste en un ajuste negativo del comportamiento hacia la persona que condenamos. ¿Qué tan negativo es ese ajuste de comportamiento? ¿Por cuánto tiempo lo mantenemos antes de volver a la normalidad? Pues eso depende de muchas cosas, entre ellas, centralmente, de aquello en virtud de lo cual reaccionamos. La observación importante es que reprochar o expresar condenación es ajustar negativamente nuestro comportamiento hacia la persona a la que la actitud se dirige, tanto que si no lo hacemos se sigue de ello que no es verdad que la condenamos.

Una aclaración importante, que es, a su vez, un punto a favor de la crítica antipunitivista radical. No es que haya algo esencial que una al maltrato —en ese sentido que recién expresé— con la condenación, de modo que, por ejemplo, sea lógicamente imposible expresar condenación sin maltratar. La asociación es contingente. Depende, parece, de la historia evolutiva de nuestra especie. Nuevamente, hay muchas versiones de esta tesis de historia natural y social; a mí siempre me gustó la presentación de la hipótesis del filósofo John Mackie, en un trabajo llamado *Morality and the Retributive Emotions* que escribió poco antes de morir en 1981.¹⁶

La historia comienza con el carácter adaptativo de la tendencia a las represalias espontáneas ante los daños o ataques provenientes de otros, las emociones que acompañan a esas reacciones en los animales con capacidad emocional, la cooperación en el resentimiento entre animales sociales y el desarrollo cultural de categorías morales asociadas a esa cooperación. Con esto sólo quiero subrayar que bien podríamos haber evolucionado de otro modo y que, en todo caso, y seguro con muchísimo esfuerzo, quizá podamos desanclar las actitudes reactivas ligadas a la responsabilidad y el reproche de los comportamientos más o menos hostiles a los que la historia de nuestra especie parece haberlas enlazado. De modo que hay un punto allí para reconocer al antipunitivismo radical. El argumento punitivista que presenté es contingente respecto de esa configuración expresiva.

Como defiende la filósofa Margaret Holmgren, bien puede ser que estemos moralmente obligados a trabajar sobre nosotros mismos para desasociar la reacción apropiada frente a quienes violan culpablemente

16. MACKIE, “Morality and the Retributive Emotions”, pp. 3 ss.

derechos incluso del tono o polaridad negativa que es característico de las actitudes retributivas.¹⁷ Si Holmgren está en lo cierto —yo creo que no, pero no puedo defender mi posición aquí—¹⁸ deberíamos empezar ya mismo a moderar o contener nuestras emociones retributivas. Pero mientras no lo hayamos logrado enteramente el argumento punitivista que presenté seguiría teniendo fundamento.

Ahora, dicho eso quiero hacer una aclaración más. Hay muchas posiciones que lucen como el antipunitivismo radical al que acabo de aludir, pero que en rigor no son tales. La abolición por la que abogan no es la abolición de la institucionalización del reproche por la violación de derechos, tal como en efecto concebimos el reproche —esto es, mediante un ajuste negativo de comportamiento respecto del responsable a quien reprochamos la violación— sino la abolición de las formas injustificadamente violentas, o crueles, o disruptivas de tejidos sociales importantes, o discriminatorias que hemos adoptado como vehículos para la expresión pública de la condena. La discusión relacionada con la abolición o reforma de esas prácticas —nuestro procedimiento, el régimen de la acción penal, el sistema de medidas cautelares, el repertorio de penas posibles, etc. — generalmente presupone que le debemos a la víctima de una violación de derechos reaccionar condenatoriamente contra el responsable de esa violación, y cuestiona sólo cuál es el modo adecuado de reaccionar, considerando todas las cosas.

La propuesta de penas alternativas (alternativas, esto es, a la pena de prisión), de un abanico amplio de medidas cautelares y de modelos flexibles de proceso están dirigidas a ajustar parsimoniosamente nuestras reacciones condenatorias sin caer en maltratos innecesarios, o provocar daños injustificados. El punitivismo bien entendido lleva a dar esa discusión; no a negarla.¹⁹

17. HOLMGREN, “A Moral Assessment of Strawson’s Retributive Reactive Attitudes”, pp. 165 ss. Holmgren defiende la tesis desafiante de que las actitudes retributivas de polaridad negativa revelan un defecto de autorespeto, en relación con quien las tiene, y —decisivamente— un falta de respeto en relación con aquellas personas a las que esas actitudes están dirigidas.

18. Una hipótesis convincente que liga de un modo no contingente reacciones apropiadas con alguna forma de trato negativo es desarrollada por YAFFE, *The Age of Culpability: Children and the Nature of Criminal Responsibility*, pp. 98 y ss.

19. Es frecuente la presentación, injusta y ridícula, de las posiciones punitivistas como comprometidas con formas de castigo especialmente severas o crueles. En un artículo reciente,

VI. ACCIONES Y CARÁCTER

Mi argumento en favor del derecho penal es un argumento retributivista: una tesis que encuentra valor en el castigo —y en su regulación a través del derecho— con independencia de las consecuencias que logramos al adoptarlo en comparación con las que tendrían lugar si no lo adoptáramos. Quiero decir, no es que esas consecuencias no sean relevantes; lo son y muchísimo. De hecho, son centrales para optar entre distintos arreglos institucionales posibles mediante los cuales podemos honrar las razones que tenemos para condenar y reprochar. Lo que hace del argumento un argumento retributivista es que encuentra en el castigar un valor intrínseco —independiente de esas consecuencias—: en rigor, lo encuentra en el condenar y reprochar, esto es, en expresar eso que el castigo expresa.

Al ofrecer un argumento retributivista uno se enfrenta a una tradicional objeción liberal que yo tomé, por primera vez, de Carlos Nino.²⁰ Una forma de articular esta objeción anti—retributivista es la siguiente. El retributivista encuentra razones para castigar en la reprochabilidad: es el hecho de que uno es reprochable lo que hace correcto expresar nuestra condenación respecto de esa persona y, por lo tanto, hacer aquello mediante lo cual expresamos esa condenación. Ahora bien, uno ciertamente puede ser reprochable por asesinar a otro, por violarlo, por privarlo de su libertad, por explotarlo, etc. Pero nuestros juicios de reprochabilidad parecen no acabar allí. En especial, parece que podemos ser reprochables no sólo por cosas que hacemos, por nuestras acciones, sino también por lo que somos, por nuestros rasgos de carácter. Ciertamente juzgamos a otros el ser de ciertas maneras; —juzgamos negativamente a otros en virtud del hecho de que son (o somos) egoístas, insensibles, desconfiados, desagradecidos, etc. El retributivista, entonces, tenderá a aceptar (o a reconocer razones para aceptar) la aplicación de castigo por rasgos del carácter. Y eso es un problema. Porque cuando pensamos en organizarnos políticamente —al menos cuando lo hacemos de modo que resulta de nuestro compromiso algo así como una constitución liberal— pensamos que no es misión del Estado controlar qué clase de personas somos; el ejercicio de la coerción

KATZ, “Response Retributivism: Defending the Duty to Punish”, pp. 585 y ss., defiende con razón el compromiso opuesto, en la dirección que sugiero en el texto.

20. *Cfr.*, p. ej., NINO, *Radical Evil on Trial*, pp. 136 ss.

estatal sólo puede estar dirigido a limitar lo que hacemos. El retributivismo parece así no ser compatible con una organización política liberal. El compromiso del retributivista, que —parece— no le permitiría notar una diferencia entre la reprochabilidad (y susceptibilidad a ser castigado) por lo que hacemos y por lo que somos, nos debería llevar a descartar el retributivismo como justificación relevante.

Quiero cerrar estas páginas ofreciendo una respuesta a la objeción anti-retributivista liberal. Mi respuesta es una versión de un argumento de Michael Moore, de su defensa del principio del acto que desarrolló en su libro *Act and Crime*.²¹

La objeción presupone que el retributivista encuentra razones para castigar en aquello que da razones para reprochar. Pero es imprescindible aquí ser algo más preciso. Para el retributivista es necesario que para que algo sea una base apropiada para castigar ese algo deba dar fundamento a una actitud reactiva de polaridad negativa. Pero no es suficiente. La violación o falta o lo que sea que dé sentido al carácter negativo de la reacción debe también ser tal que justifique el carácter interpersonal de la reacción. Pues esa reacción ha de ser apropiadamente expresada mediante castigo, y el castigo es una transacción interpersonal, es algo que uno le hace a otro. En otras palabras, aquello en virtud de lo cual se castiga a alguien debe ser tal que no sólo haga a este alguien merecedor de eso que recibe como castigo, sino que debe también legitimar a quien impone el castigo a imponérselo.

Ahora, si aquello por lo que quisiéramos castigar a una persona fuera una falta de virtud, un defecto de su carácter, esa persona podría muy atinadamente respondernos que no tenemos legitimidad para reclamarle o reprocharle nada a ese respecto. Puede exigirnos, ofendida, que nos metamos en nuestros propios asuntos. Que, si es una persona virtuosa, o no lo es, es un asunto de ella y su consciencia. Que no nos debe a nosotros ser virtuosa y que, por lo tanto, no tenemos voz en ese asunto. No es que ella no sea responsable en algún sentido por sus faltas de virtud. Bien puede que lo sea. Lo que es seguro es que ese déficit no nos ofrece un fundamento a nosotros para reprochárselo, al menos, no en el modo en el que reprochamos mediante el castigo.

Para que el castigo sea una respuesta apropiada —o incluso inteligible— debe haber alguien que haya sido maltratado por la persona que ha

21. MOORE, *Act and Crime*, pp. 53 y ss.

de ser castigada, alguien que sea el beneficiario o titular del deber violado que pueda (o en cuyo nombre se pueda) castigar, reprochándole a la persona que se castiga lo que le ha hecho a la víctima. Faltas respecto de estándares normativos dirigidos a gobernar la clase de personas que somos solo afectan, si es que afectan a alguien, a la persona cuyo carácter el estándar tiene por objeto modelar. Si uno no llega a ser la clase de persona que, por hipótesis, debe ser, es uno y sólo uno mismo la víctima de ese déficit, si es que tiene sentido aquí hablar de víctima. Puede que otros nos juzguen negativamente, e incluso que expresen esos juicios mediante actitudes morales apropiadas; —quizás han de sentir pena por nosotros, o disgusto, o rechazo. Pero en todo caso carecen de fundamento para reprocharnos esa falta, por la misma razón por la que no pueden exigirnos que estemos a la altura de la virtud. En cambio, si uno maltrata a otra persona, como la maltratamos cuando el estándar normativo que incumplimos es un deber correlativo a un derecho de esa otra persona, eso asegura la dimensión interpersonal implícita en el castigo. La persona víctima del maltrato, u otros miembros de la comunidad en su nombre, pueden inteligible y justificadamente exigirnos que cumplamos con lo que debemos hacer, y reprocharnos, en su caso, el no haberlo hecho.

El castigo —a diferencia de la responsabilidad moral, que puede no serlo— es una práctica social. Ese reconocimiento da mi respuesta a la objeción liberal.

BIBLIOGRAFÍA

- BENTHAM, Jeremy, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, ed. de 1789, Oxford University Press, 1996, Oxford.
- DARWALL, Stephen L., *The Second-Person Standpoint: Morality, Respect, and Accountability*, Harvard University Press, 2006, Cambridge Mass.
- FEINBERG, Joel, “The Expressive Function of Punishment”, en *The Monist*, Vol. 49, 1965, pp. 397 - 423, reimpresso en Feinberg, Joel, *Doing and Deriving*, Princeton University Press, 1979, Princeton.
- FEINBERG, Joel, “The Moral and Legal Responsibility of the Bad Samaritan”, en *Freedom & Fulfillment — Philosophical Essays*, Princeton University Press, 1992, Princeton.
- FERRAJOLI, Luigi, *Diritto e ragione: Teoria del garantismo penale*, Laterza, 1989, Bari.

- FERRANTE, Marcelo, “Causation in Criminal Responsibility”, en *New Criminal Law Review*, Vol. 11, N° 2008, pp. 470 - 497.
- FISHER, John M., “Recent Work on Moral Responsibility”, en *Ethics*, Vol. 110, 1999, pp. 93 - 139.
- HOLMGREN, Margaret R., “A Moral Assessment of Strawson’s Retributive Reactive Attitudes”, en SHOEMAKER, David & TOGNAZZINI, Neal A. (eds.), *Oxford Studies in Agency and Responsibility*, Vol. 2, Oxford University Press, 2014, Oxford.
- DAHAN KATZ, Leora, “Response Retributivism: Defending the Duty to Punish”, en *Law and Philosophy*, Vol. 40, 2020, pp. 585 - 615.
- MACKIE, J. L., “Morality and the Retributive Emotions”, en *Criminal Justice Ethics*, Vol. 1, 1982, pp. 3 - 10.
- MOORE, Michael S., *Act and Crime: The Philosophy of Action and its Implications for Criminal Law*, Oxford University Press, 1993, Oxford.
- MORSE, Stephen J., “Thoroughly Modern: Sir James Fitzjames Stephen on Criminal Responsibility”, en *Ohio State Journal of Criminal Law*, Vol. 5, 2008, pp. 505 - 522.
- NINO, Carlos S., *Radical Evil on Trial*, Yale University Press, 1996, New Haven CT.
- POSNER, Richard A., “The Romance of Force: James Fitzjames Stephen on Criminal Law”, en *Ohio State Journal of Criminal Law*, Vol. 10, 2012, pp. 263 - 275.
- PRIMORATZ, Igor, “Punishment as Language”, en *Philosophy*, Vol. 64, N° 248, 1989, pp. 187 - 205.
- RAWLS, John, “Two Concepts of Rules”, en *The Philosophical Review*, Vol. 64, 1955, pp. 3 - 32.
- SHOEMAKER, David & TOGNAZZINI, Neal A. (eds.), *Oxford Studies in Agency and Responsibility*, Vol. 2, Oxford University Press, 2014, Oxford.
- SKILLEN, Anthony J., “How to Say Things with Walls”, en *Philosophy*, Vol. 55, N° 214, 1980, pp. 509 - 523.
- STEPHEN, James F., *A History of the Criminal Law of England*, ed. de 1883, Cambridge University Press, 2014, Cambridge.
- STRAWSON, Peter, “Freedom and Resentment”, en WATSON, Gary (ed.), *Proceedings of the British Academy*, Vol. XLVIII, 1962, pp. 1 - 25.
- YAFFE, Gideon, *The Age of Culpability: Children and the Nature of Criminal Responsibility*, Oxford University Press, 2018, Oxford.

ENSAYOS

EXTRADICIÓN Y CONDENAS EN REBELDÍA A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE ORDEN PÚBLICO ARGENTINOS. EL CASO ITALIANO*

GUIDO ERNESTO MANFREDI**

Resumen: La República Argentina y la República Italiana suscribieron una Convención de Extradición el 9 de diciembre de 1987 con el objeto de regular las solicitudes de extradición en ambos países. Debido a la legislación italiana, un Protocolo Adicional fue suscripto el 31 de marzo de 2003, en el cual se incorporó la figura de la condena en contumacia o en rebeldía y los requisitos que debe reunir una condena de este estilo para ser pasible de una extradición. Sin perjuicio de no haber entrado en vigor debido a la falta de notificación del cumplimiento de los requisitos internos por parte de Italia, corresponde analizar si resulta posible a la luz de los principios de orden público del ordenamiento jurídico argentino declarar la procedencia de una extradición sobre la base de una condena dictada en rebeldía o correspondería, en cambio, declarar la inconstitucionalidad del Protocolo y rechazar una extradición solicitada en dichos términos.

Palabras clave: extradición — argentina — italia — orden público argentino — condena en rebeldía — ley 24.767 — causal absoluta de rechazo de una extradición

Abstract: The Argentine Republic and the Italian Republic signed an Extradition Convention on December 9, 1987 in order to regulate extradition requests in both countries. Due to the Italian legislation, an Additional Protocol was signed on march 31, 2003, in which the figure of conviction *in absentia* and

* Recepción del original: 12/02/2023. Aceptación: 26/03/2023.

** Estudiante de Derecho (UBA). Escribiente auxiliar en la Justicia Federal de Lomas de Zamora. Miembro del equipo de Simulación Judicial de la Corte Penal Internacional en representación de la UBA en La Haya, Países Bajos, en junio de 2023. A mi mamá y mi papá, por todo. Al Dr. Federico H. Villena y a la Dra. Candela Zamarreño por mostrarme el mundo de la Extradición y permitirme todos los días aprender un poco más. Y a Moro, que el cielo encuentre tus ladridos.

the requirements that such conviction must meet to conduct an extradition were added. Regardless of the fact that it has not entered into force due to the lack of notification of internal requirements by Italy, it is necessary to analyze whether it is possible in the light of the principles of public policy of the Argentine legal system to grant an extradition on the basis of a sentence passed *in absentia* or the Protocol should, instead, be declared unconstitutional and an extradition requested in said terms be rejected.

Keywords: extradition — argentina — italy — argentine public policy — conviction in absentia — law 24.767 — mandatory grounds or refusal of an extradition.

I. INTRODUCCIÓN

El avènement de la globalización trajo aparejado, además de sus beneficios, un incremento de la delincuencia a nivel mundial, facilitado por los avances tecnológicos en materia de comunicaciones y transporte. En este sentido, los Estados debieron hacer frente a una nueva gama de delitos, sobre todo transnacionales, pero, a su vez, a nuevas formas de comisión y evasión. De este modo, en un mundo globalizado y cada vez más desigual, impartir justicia y perseguir a los criminales requiere cada vez más de la cooperación entre Estados. A modo de ejemplo, actualmente la Organización Internacional de Policía Criminal (INTERPOL) se encuentra en la búsqueda de 7088 personas acusadas en los países miembro.¹

El instituto de la extradición es, quizá, la muestra más clara de cooperación internacional en materia penal. La posibilidad de que los criminales evadan la justicia se ve disminuida ante las redes diplomáticas, judiciales y administrativas que permiten la entrega de individuos entre Estados a los fines de llevarlos ante la Justicia.

Con el fin de facilitar los procesos extradicionales, los Estados han firmado una infinidad de acuerdos bilaterales y multilaterales. La Argentina cuenta con diecinueve tratados de extradición bilaterales en vigor,² dos

1. Organización Internacional de Policía Criminal, *Ver las notificaciones rojas*.

2. Coordinación de Cooperación Internacional en Materia Penal, *Cooperación Jurídica Internacional en Materia Penal Normativa Vigente*, pp. 5-7.

multilaterales específicos en la materia,³ nueve multilaterales con cláusulas referentes a la extradición⁴ y otros once en tratamiento, con una pluralidad de Estados de diversas partes del globo.

En particular, la Argentina e Italia suscribieron una Convención de Extradición el 9 de diciembre de 1987 y un Protocolo Adicional el 31 de marzo de 2003. Dicho Protocolo Adicional añade la posibilidad de que Argentina extradite a una persona condenada en Italia en rebeldía. A primera vista, esto resulta contrario al orden público argentino, que desde la Constitución de 1853/1860 contempla en el artículo 18 el debido proceso como una garantía fundamental en los procesos penales. En consecuencia, resulta fundamental analizar si, a la luz de los principios de derecho público, el Protocolo Adicional resulta aplicable o, en cambio, debiera ser declarado inconstitucional.

II. EXTRADICIÓN. PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS.

La extradición como instituto puede describirse desde diversas aristas. Hay autores que lo consideran un instituto autónomo del derecho penal,⁵ otros lo describen desde su faz procesal,⁶ mientras que los internacionalistas hacen hincapié en la relación jurídica de los Estados generada a partir de los diversos tratados en la materia.⁷ Incluso, algunos autores lo consideran parte del ámbito del derecho internacional privado.⁸

En suma, la extradición puede definirse como el acto por el cual un Estado, el Estado requerido, entrega un individuo a otro Estado, el Estado requirente, que lo reclama, con el objeto de someterlo a un juicio penal o de que cumpla con la ejecución de una pena impuesta previamente.⁹ En palabras de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el objetivo de la

3. Coordinación de Cooperación Internacional en Materia Penal, *Cooperación Jurídica Internacional en Materia Penal Normativa Vigente*, p. 7.

4. Coordinación de Cooperación Internacional en Materia Penal, *Cooperación Jurídica Internacional en Materia Penal Normativa Vigente*, pp. 7-8.

5. SOLER, *Derecho Penal Argentino Tomo I*, p. 235.

6. NÚÑEZ, *Manual de Derecho Penal Parte General*, p. 130.

7. PODESTÁ COSTA & RUDA, *Derecho Internacional Público*, p. 426.

8. SCOTTI, *Manual de Derecho Internacional Privado*, p. 450.

9. JIMÉNEZ DE AZUA, *Tratado de Derecho Penal Tomo II*, p. 883.

extradición es "el interés común a todos los Estados de que los delincuentes sean juzgados y eventualmente castigados por el país a cuya jurisdicción corresponde el conocimiento de los respectivos hechos delictuosos".¹⁰

No resulta objeto de este ensayo realizar un análisis histórico del instituto extradicional a nivel mundial ni nacional, pero basta con decir que la consolidación de los Estados Nación durante el siglo XIX trajo aparejado un fuerte avance en la materia. Tal es así que, en Argentina, la primera Ley de Extradición N° 1612¹¹ data de 1885 y rigió el trámite extradicional durante todo el siglo XX hasta la sanción de la actual Ley 24.767 de Cooperación Internacional en Materia Penal.¹² En el interín, la Argentina firmó diversos tratados que la doctrina ha llamado de primera, segunda y tercera generación,¹³ entre los que puede destacarse aquellos firmados con su Majestad Británica,¹⁴ la Confederación Suiza¹⁵ y el Brasil,¹⁶ aún vigentes. Los tratados de primera generación son aquellos primitivos convenios similares a la primera Ley de Extradición N° 1612, mientras que los de segunda generación adquirieron tintes más flexibles conforme avanzaba la lucha contra la criminalidad a nivel mundial y los de tercera generación son aquellos tratados modernos en la materia.¹⁷

La ley 24.767 regula el procedimiento extradicional en Argentina en sus tres diferentes etapas: administrativa, judicial y política o decisión final.¹⁸ En dicho sentido, la ley establece una serie de principios que deben respetarse a los fines de declarar la procedencia de la extradición, en aras de una adecuada cooperación internacional, pero respetando los derechos humanos que asisten a todo individuo sometido a un proceso penal. Estos principios son:

Doble incriminación, artículo 6 de la Ley. También llamado el criterio de la doble subsunción. Para que una extradición sea procedente,

10. CSJN, "Priebke", considerando 5.

11. República Argentina, "Ley de Extradición".

12. República Argentina, "Ley de Cooperación Internacional en Materia Penal".

13. PIMBO, *Tratado de la Extradición (Internacional e interna)* Vol. I, p. 176.

14. Tratado entre la República Argentina y su Majestad Británica para la mutua entrega de criminales fugitivos, 22/05/1889.

15. Convenio entre la República Argentina y la Confederación Suiza para la extradición de criminales, 21/11/1906.

16. Tratado de Extradición entre Argentina y Brasil, 15/11/1961.

17. PIMBO, *Tratado de la Extradición (Internacional e interna)* Vol. I, p. 176.

18. República Argentina, "Ley de Cooperación Internacional en Materia Penal", Capítulo 1, Secciones 1, 2 y 3.

necesariamente el delito por el cual se la solicita debe estar tipificado para ambos Estados. No es necesario que la conducta esté tipificada de la misma manera ni con las mismas palabras, sino que debe realizarse un análisis en abstracto respecto a qué tipo penal del Estado requerido se adecúa el hecho.¹⁹ Los delitos políticos y exclusivamente militares, por lo general, se encuentran excluidos de la extradición.²⁰ El fundamento de este principio es evitar que individuos sean extraditados por conductas que la sociedad del Estado requerido no considera como delitos. Por ejemplo, sería improcedente una extradición desde Argentina pedida por el Reino de Arabia Saudita sobre la base del delito de homosexualidad. De este principio se derivan otros dos propios de la extradición:

Prescripción, artículo 11, inciso "a", de la Ley. La extradición requiere que la acción penal o la pena impuesta por condena firme no se encuentre prescripta, dado que no puede pretenderse la persecución penal internacional cuando se ha dejado transcurrir el plazo de interés que cada sociedad ha fijado para cada delito. Los tratados pueden prever que únicamente se tenga en cuenta la prescripción según las leyes del Estado requirente,²¹ del requerido,²² o en ambos, conjunta²³ o indistintamente.²⁴

Penalidad, artículo 6 de la Ley. También corolario del principio de doble incriminación es el principio de penalidad mínima. La pena en expectativa para el delito que se imputa debe ser lo suficientemente alta como para que amerite habilitar la instancia de extradición. Por lo general, suele requerirse que el delito tenga por lo menos como pena máxima entre uno²⁵ y dos años.²⁶ En igual sentido, para la extradición con el objeto de cumplir

19. CSJN, "Larraín Cruz", considerando 5; CSJN, "Mollica", considerando 5; CSJN, "Lazzari", considerando 10.

20. República Argentina, "Ley de Cooperación Internacional en Materia Penal", artículo 8 inc. a y b y artículo 9.

21. Por ejemplo, Tratado de Extradición entre la República Argentina y los Estados Unidos de América, 10/06/1997, artículo 7.

22. Por ejemplo, Tratado de Extradición entre la República Argentina y la República Francesa, 26/07/2011, artículo 5.

23. Por ejemplo, Convención de Extradición de Montevideo, 26/12/1933, artículo 3 inc. "a".

24. Por ejemplo, Tratado de Extradición entre el gobierno de la República Argentina y el gobierno de Australia, 06/10/1988, artículo 3.

25. Por ejemplo, Tratado de Extradición entre la República Argentina y la República de Corea, 30/08/1995, artículo 2.

26. Por ejemplo, Tratado de Extradición entre la República Argentina y el Estado Plurina-

una condena firme, debe restar por cumplir por lo menos 6 meses. Asimismo, en lo referente a la pena, por lo general, son causales de denegación de la extradición que la pena que eventualmente pudiera recaer sobre el individuo requerido sea la de muerte²⁷ o perpetua.²⁸

Personalidad, artículo 12 de la Ley. La nacionalidad juega un papel muy preponderante en los procesos extradicionales dado que se trata de la entrega de individuos de un Estado a otro. Ello suele poner en juego el ejercicio de la protección diplomática y la soberanía que tienen los Estados sobre sus propios habitantes. Tal es así que la nacionalidad puede ser causal de denegación de la extradición,²⁹ lo que no implica la impunidad del delito dado que el proceso penal puede seguirse contra el nacional en su Estado. Ciertas constituciones como la venezolana³⁰ y la brasileña³¹ prohíben la extradición de sus nacionales. En sentido contrario, diversos tratados no admiten la denegación de la extradición a causa de la nacionalidad del requerido.³²

Reciprocidad, artículo 3 de la Ley. La cooperación penal internacional es la base de la extradición, que no es más que un género dentro de la especie. De tal forma, ante la ausencia de un tratado en la materia y de reciprocidad, esto es, que el Estado requirente se haya negado a cooperar con el Estado requerido en un pedido de extradición, el segundo puede negarse asimismo a cooperar.

Territorialidad, artículo 5 de la Ley. Íntimamente ligado a la cuestión de competencia y ámbito de validez de la ley penal. Se requiere que el Estado requirente sea competente en términos territoriales para juzgar el delito por el cual solicita la extradición.

cional de Bolivia, 22/08/2013, artículo 2.

27. Por ejemplo, Tratado de Extradición entre la República Argentina y la Federación de Rusia, 12/07/2014, artículo 3 inc. "e".

28. Por ejemplo, Tratado de Extradición entre la República Argentina y la República del Paraguay, 25/10/1996, artículo 6 inc. 2.

29. Por ejemplo, Tratado de Extradición entre la República Argentina y la República Tunecina, 16/05/2006, artículo 7.

30. República Bolivariana de Venezuela, Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, artículo 69.

31. República Federativa del Brasil, Constitución de la República Federativa del Brasil, artículo XLIX.

32. Por ejemplo, Tratado de Extradición entre la República Argentina y la República del Perú, 11/06/2004, artículo III.

Non bis in idem, artículo 11, inciso "b", de la Ley. Una de las garantías fundamentales del proceso penal se encuentra contemplada en la Ley y la mayoría de los tratados, que impiden la extradición cuando el individuo ya ha sido juzgado por el hecho que se lo requiere, incluyendo si ello sucedió en el territorio del Estado requerido.³³ Algunos tratados contemplan asimismo la posibilidad de que el individuo haya sido beneficiado por un indulto o amnistía.³⁴

A ello cabe sumarle la pauta asumida por la Ley en su artículo 2º, por cuanto consagra la supremacía de los tratados por sobre la propia Ley, cuya aplicación resulta supletoria en ausencia de tratado o de regulación específica sobre la materia, de conformidad con el artículo 72, inciso 22, de la Constitución Nacional. Asimismo, la Ley funciona como pauta interpretativa de los tratados.

Por último, cabe destacar que, en Argentina, la competencia para los procesos de extradición corresponde a la justicia federal,³⁵ que, en razón de la materia, siempre ha ejercido la jurisdicción respecto a los asuntos que hacen a las relaciones exteriores de nuestro país.³⁶

III. LA CONDENA EN CONTUMACIA Y EL ORDEN PÚBLICO ARGENTINO

El artículo 27 de la Constitución Nacional pone en cabeza del Gobierno Federal la conclusión de tratados que estén de conformidad con los principios de derecho público previstos en la Constitución Nacional. Eso significa que los tratados no sólo deben atravesar el acuerdo del Congreso Nacional, sino que su validez queda subordinada a los contenidos de la Ley Fundamental, a los cuales no puede alterar.³⁷ De este modo, cualquier tratado que contraviniese un principio de derecho público debería ser declarado inaplicable.

El derecho de defensa en juicio como parte del debido proceso se encuentra consagrado en los artículos 18 de la Constitución Nacional,

33. Por ejemplo, Tratado de Extradición entre la República Argentina y la República Oriental del Uruguay, 20/09/1996, artículo 6.

34. Por ejemplo, Tratado de Extradición entre la República Argentina y la República de El Salvador, 20/08/2015, artículo 4 inc. "VIII".

35. República Argentina, "Ley de Cooperación Internacional en Materia Penal", artículo 111.

36. CSJN, "ASSUPA", considerando 4; CSJN, "Altube", considerando 6; entre otros.

37. BADENI, *Tratado de Derecho Constitucional Tomo I*, p. 248.

14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Particularmente, el artículo 14, inciso "d", del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece el derecho del imputado a "hallarse presente en el proceso". Cabe recordar que ambos tratados gozan de jerarquía constitucional conforme el artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional. Por consiguiente, podemos afirmar que el derecho de defensa en juicio como parte del debido proceso es un principio de derecho público argentino contenido en la Constitución Nacional, como lo ha reconocido la Corte.³⁸

En materia de cooperación internacional, la Corte ha establecido que "los principios que subyacen en el derecho interno y esencialmente en el derecho constitucional, y que expresan el orden público internacional argentino como límite a la cooperación penal internacional".³⁹

Los procesos en rebeldía (también llamados en contumacia e *in absentia*), por definición, se realizan sin la presencia del imputado, lo cual ha sido entendido como una violación al derecho constitucional de defensa en juicio.⁴⁰ Tal es así, que la Ley de Cooperación Internacional en Materia Penal prohíbe la extradición de condenados en rebeldía en su artículo 11, inciso "d". Es decir, la prohibición de juzgar en rebeldía también se trata de un principio de derecho público argentino contenido en la Constitución Nacional.

En materia extradicional, en particular respecto a requerimientos por parte de la República Italiana, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sido constante respecto a la improcedencia de las extradiciones originadas en condenas en rebeldía. Así, en su sentencia más conocida sobre el tema, "Nardelli", la Corte expresa que el Tratado de Extradición con Italia:

"no contempla al condenado *in absentia* en la medida en que en el país requirente no se le ofrezcan garantías bastantes para un nuevo juicio en su presencia, se ajusta a los principios de derecho público establecidos en la Constitución Nacional que comprenden

38. Cfr: CSJN, "Riopar SRL.", considerando 7; CSJN, "Meli", considerando 7.

39. CSJN, "Meli", considerando 4.

40. Cfr: BINDER, *Introducción al Derecho Procesal Penal*, p. 163.

actualmente los principios consagrados en los tratados de derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional".⁴¹

Ello venía a reiterar la práctica llevada a cabo por Argentina de rechazar extradiciones solicitadas por Italia de condenados en rebeldía, a lo que debía sumarse la reciente incorporación de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos a la Constitución Nacional en el flamante artículo 75, inciso 22. En consecuencia, la Corte consideró que:

"el orden público internacional argentino, enriquecido a la luz de los principios contenidos en los tratados de derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional, continúa reaccionando frente a una condena criminal extranjera dictada *in absentia*".⁴²

En igual sentido se expidió la corte ante otras solicitudes de extradición de Italia de condenados en rebeldía, como en "Cauchi",⁴³ "Gómez Vielma",⁴⁴ "Re, Ivo",⁴⁵ "Fabbrocino"⁴⁶ y "Foucault Concha".⁴⁷ Particularmente, en "Re, Ivo", la Corte amplía los alcances asignados a la presencia del requerido en el juicio seguido en su contra:

"el hecho de haber sido asistido por un defensor no subsana el agravio de las garantías invocadas, pues para ello resulta indispensable que quien sea acusado de un delito se encuentre presente en el proceso, tenga la posibilidad de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de confianza, y de comunicarse libre y privadamente con él".⁴⁸

41. CSJN, "Nardelli", considerando 13.

42. CSJN, "Nardelli", considerando 17.

43. CSJN, "Cauchi", considerando 6.

44. CSJN, "Gómez Vielma", considerandos 7 y 8.

45. CSJN, "Re, Ivo", considerando 6.

46. CSJN, "Fabbrocino", considerandos 27 a 34.

47. CSJN, "Foucault Concha", considerando 4.

48. CSJN, "Re, Ivo", considerando 8.

Asimismo, con respecto a las garantías dadas por la República Italiana respecto a los recursos procesales extraordinarios que pudiera tener el requerido para cuestionar la condena en rebeldía, la Corte afirmó que:

“las manifestaciones allí incluidas no pueden equipararse a la asunción de un compromiso concreto por parte del Estado referente de someter efectivamente al condenado a un nuevo proceso que satisfaga las exigencias del derecho de defensa [...] sólo puede ser interpretada como una posibilidad abstracta que otorga el ordenamiento italiano, condicionada a la demostración a cargo del requerido de los extremos que la legislación extranjera estipula”.⁴⁹

De igual manera, la Corte ha sido conteste en rechazar extradiciones de condenados en rebeldía no sólo de Italia, sino también en los casos de “Arias”,⁵⁰ requerido por Bolivia, y “Pires”,⁵¹ requerido por Brasil.

Todo ello permite afirmar que, en materia de extradición, la prohibición de extraditar a una persona condenada en rebeldía constituye un principio constitucional de orden público argentino.

Sin embargo, cabe resaltar que existe la posibilidad de que el requerido preste su consentimiento a que le sea ejecutada la sentencia dictada en rebeldía, como puede observarse en el tratado de extradición con la República de Túnez.⁵² En dicho caso, considero que la voluntad del requerido debe primar por sobre la afectación del derecho a la defensa que, al fin y al cabo, busca salvaguardar al imputado.

49. CSJN, “Fabbrocino”, considerando 33.

50. CSJN, “Arias”, considerandos 37 a 39.

51. CSJN, “Pires”, considerando 7.

52. Tratado de Extradición entre la República Argentina y la República Tunecina, 16/05/2006, artículo 11.

IV. LOS TRATADOS CON LA REPÚBLICA DE ITALIA

IV.A. La Convención de Extradición de 1987⁵³

El 9 de diciembre de 1987 la República Argentina y la República Italiana, representados por los ministros de Relaciones Exteriores, Dante Caputo y Giulio Andreotti, respectivamente, firmaron en Roma, una Convención de extradición. Dicho tratado venía a reemplazar aquél firmado en 1886 y su Protocolo Adicional de 1904 "con el deseo de hacer más eficaz la cooperación entre los dos Estados en materia penal".⁵⁴ El Congreso argentino aprobó el tratado mediante la Ley N° 23.719⁵⁵ y su contraparte hizo lo propio con la "Legge N° 291" del 19 de febrero de 1992.⁵⁶ En consecuencia, la Convención entró en vigor el 1° de diciembre de 1992.

A grandes rasgos, la Convención es similar a los tratados llamados de tercera generación, siguiendo el modelo de tratado que más tarde adoptaría la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas.⁵⁷

Para el cumplimiento del requisito de doble subsunción, el tratado exige que la pena máxima prevista sea, para ambas legislaciones, de por lo menos dos años.⁵⁸ Asimismo, admite la posibilidad de que las partes nieguen la extradición de sus nacionales, debiendo proceder a juzgarlos en su territorio.⁵⁹ Tampoco admite la aplicación y/o ejecución de la pena de muerte sobre el requerido.⁶⁰ En materia de arresto provisorio, es decir, la detención temporal con fines de extradición, el mismo no puede tener una

53. Convención de Extradición entre la República Argentina y la República Italiana, 09/12/1987.

54. Convención de Extradición entre la República Argentina y la República Italiana, 09/12/1987, Preámbulo.

55. República Argentina, Ley 23.719.

56. República Italiana, Legge N° 291/92.

57. Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, A/RES/45/116, Tratado Modelo de Extradición.

58. Convención de Extradición entre la República Argentina y la República Italiana, 09/12/1987, artículo 2.

59. Convención de Extradición entre la República Argentina y la República Italiana, 09/12/1987, artículo 4.

60. Convención de Extradición entre la República Argentina y la República Italiana, 09/12/1987, artículo 9.

duración mayor a los 45 días corridos.⁶¹ En suma, se trata de un tratado de extradición muy similar a la mayoría de los tratados de los cuales Argentina es parte y cumple los lineamientos de la Ley referidos en el apartado II.

Como particularidad, la Convención tiene presente la minoría de edad, a diferencia de otros acuerdos en la materia. Entre las causales de denegación absolutas se encuentra la inexistencia de procesos adecuados para menores en el Estado requirente cuando el requerido no ha cumplido la mayoría de edad según la ley del Estado requerido.⁶² En dicho caso, deberá procederse al igual que con los nacionales. Por otro lado, el Estado requerido puede sugerir al Estado requirente retirar la solicitud de extradición si considerara que el proceso haría difícil la reinserción social y la rehabilitación del menor.⁶³

IV.B. El Protocolo Adicional de 2003⁶⁴

Por otro lado, el 31 de marzo de 2003 ambos Estados, representados en dicha oportunidad respectivamente por Martín Redrado, secretario de Comercio y Relaciones Económicas Internacionales, y Mario Baccini, Subsecretario de Relaciones Exteriores, firmaron en Roma, el Protocolo Adicional a la Convención de Extradición de 1987. Ello con el deseo de "intensificar y completar su cooperación para la aplicación de la Convención de Extradición [...] en relación a las sentencias pronunciadas en rebeldía"⁶⁵ y en virtud de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina antes referidas.

El Congreso argentino aprobó el Protocolo mediante la Ley N° 26.441⁶⁶ y su contraparte hizo lo propio con la "Legge N° 188" del 3 de diciembre de

61. Convención de Extradición entre la República Argentina y la República Italiana, 09/12/1987, artículo 15.

62. Convención de Extradición entre la República Argentina y la República Italiana, 09/12/1987, artículo 4, inciso "d".

63. Convención de Extradición entre la República Argentina y la República Italiana, 09/12/1987, artículo 14.

64. Protocolo adicional a la Convención de Extradición entre la República Argentina y la República Italiana, 31/03/2003.

65. Protocolo adicional a la Convención de Extradición entre la República Argentina y la República Italiana, 31/03/2003, Preámbulo.

66. República Argentina, Ley 26.441.

2009.⁶⁷ Sin embargo, la República Italiana nunca notificó el cumplimiento de los requisitos internos,⁶⁸ por lo que, de conformidad con el artículo 2 del Protocolo Adicional, nunca entró en vigor. Ello no obsta que, en cualquier momento, Italia notifique a Argentina y el tratado entre en vigor en lo inmediato, por lo que el análisis de su compatibilidad resulta sumamente pertinente.

El primer inciso del artículo 1 del Protocolo Adicional es contundentemente claro:

“Cuando una Parte solicite a la otra la extradición de una persona condenada en rebeldía, la Parte Requerida deberá rechazar dicha extradición si a su juicio, no fueron satisfechos los requisitos mínimos de defensa garantizados a toda persona acusada de un delito”.⁶⁹

Interpretando la cláusula conforme al sentido ordinario de las palabras,⁷⁰ el tratado impone a la parte requerida una causal de denegación absoluta de la extradición (“deberá”) pero, al contrario de otros tipos de causales absolutas, la segunda parte añade una cuestión subjetiva a la interpretación (“a su juicio”). Será la autoridad competente de la parte requerida la encargada de determinar si no fue satisfecho el derecho a la defensa de la persona requerida, por lo que el análisis correspondiente deberá ser evaluado caso por caso. Respecto a la autoridad competente, ni el Tratado ni el Protocolo designan una por lo que, en aplicación de la pauta interpretativa prevista en el artículo 2 de la Ley 24.767, podemos afirmar que corresponde al Juez Federal de primera instancia competente dicha evaluación.

Seguidamente, en el inciso 2, el Protocolo Adicional establece la excepción a la causal absoluta previamente referida:

“la extradición será concedida cuando la Parte Requirente demuestre que su ordenamiento prevé instrumentos idóneos para garantizar

67. República Italiana, Legge N.º 188/09.

68. Dirección de Tratados del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Exterior y Culto, *Ficha del instrumento 5274*.

69. Protocolo adicional a la Convención de Extradición entre la República Argentina y la República Italiana, 31/03/2003, artículo 1, inciso 1.

70. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23/05/1969, artículo 31.

a la persona condenada en rebeldía, cuya extradición se solicita, el derecho a un eventual nuevo proceso".⁷¹

Asimismo, el inciso 3 establece las garantías que debe otorgar "la parte italiana", entre las cuales se encuentran el haber informado con suficiente antelación al imputado de las audiencias de juicio y las consecuencias de su incomparecencia. Además, "la parte italiana" debe garantizar que el magistrado competente haya comprobado fehacientemente la notificación y que la presencia del imputado no haya sido estrictamente necesaria o no haya podido presentarse por causas ajenas a su voluntad.

Sobre dicho inciso cabe criticar, preliminarmente, el error de técnica convencional al respecto dado que el Protocolo Adicional supone que regula la entrega de condenados en rebeldía por cualquiera de las partes, ante un cambio en la legislación argentina, y sin embargo sólo la parte italiana estaría obligada a cumplir lo dispuesto. Se debería haber usado "Parte requerente" como en el resto del Protocolo Adicional.

Finalmente, el inciso 4 establece que las partes se obligan a acompañar en toda solicitud formal de extradición respecto a un condenado en rebeldía:

"una explícita declaración sobre la situación en que se encuentra el proceso relativo a la persona requerida en extradición, indicando asimismo el régimen, todos los recursos y las posibilidades de impugnación que puedan aplicarse a las sentencias pronunciadas en rebeldía".⁷²

IV.B.1. La compatibilidad con el orden público del Protocolo Adicional

Sentado todo ello, corresponde analizar entonces la compatibilidad entre el Protocolo Adicional y el orden público argentino.

El artículo primero, inciso primero del Protocolo establece, como se mencionó anteriormente, que la parte italiana debe garantizar al

71. Protocolo adicional a la Convención de Extradición entre la República Argentina y la República Italiana, 31/03/2003, artículo 1, inciso 2.

72. Protocolo adicional a la Convención de Extradición entre la República Argentina y la República Italiana, 31/03/2003, artículo 1, inciso 3.

condenado el derecho a un **eventual** nuevo proceso. ¿Qué implica dicha eventualidad?

Conforme el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados,⁷³ el Protocolo debe interpretarse conforme al sentido corriente de sus términos. Eventual, según la Real Academia Española, significa "Sujeto a cualquier evento o contingencia".⁷⁴ En la versión italiana del Protocolo se consigna de igual manera como "eventual", que, de conformidad con el equivalente italiano a la Real Academia Española, *l'Accademia della Crusca*, significa "Que depende de causas y circunstancias inciertas; que puede o no verificarse, según el caso; probable, no imposible, accidental" (traducción propia).⁷⁵

Es decir, el tratado no prevé una obligación del Estado requirente de llevar adelante un nuevo juicio del condenado en rebeldía o, más bien, de otorgar garantía suficiente de que se llevará a cabo. Tan sólo debe limitarse a garantizar que existe la posibilidad de que podría hacerse y los recursos que podrían utilizarse. Ello contrasta con lo antedicho por la Corte de que sólo mediante garantía suficiente y bastantes de que se realizará un nuevo juicio en presencia del requerido podría concederse una extradición de un condenado en rebeldía. Esta ligerísima diferencia en la redacción del tratado, coincidente en ambos idiomas, resulta, sin embargo, contraria al orden público argentino.

Es que, si bien los Estados deben procurar por todos los medios posibles llevar a cabo la asistencia internacional requerida, los principios constitucionales de orden público deben primar incluso por sobre la cooperación penal internacional, con el riesgo de incurrir en una posible violación a obligaciones internacionales asumidas por el Estado. Sin embargo, en el plexo normativo asumido por la nación argentina se ha decidido considerar al derecho a la defensa que todo ser humano tiene por encima de la cooperación entre Estados. De este modo, el orden público argentino continúa rechazando las condenas en rebeldía mientras el Estado requirente no otorgue garantías suficientes y reales de que el individuo condenado tendrá un nuevo proceso.

En ese entender, considero que el Protocolo Adicional a la Convención de Extradición entre la República Argentina y la República Italiana

73. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23/05/1969, artículo 31.

74. Real Academia Española, Diccionario de la lengua española.

75. BATTAGLIA, *Grande dizionario della lingua italiana V E-Fin*, p. 531.

no resulta compatible con los principios constitucionales de orden público argentinos y, en consecuencia, debería ser declarado inconstitucional. Por lo tanto, las extradiciones de individuos que hayan sido condenados en rebeldía requeridas por Italia deberán ser rechazadas.

VI. CONCLUSIÓN

La extradición es el instituto más característico de la cooperación internacional en materia penal entre Estados. Mediante la detención y entrega de individuos en territorio de un Estado hacia otro se logra combatir la impunidad al neutralizar la evasión de los imputados hacia otros países. Es por ello que el instituto extradicional ha proliferado con los años, hasta ser el mecanismo aceitado de comunicación y cooperación interestatal que conocemos.

En dicho marco, los Estados han avanzado hacia la codificación bilateral y multilateral de sus relaciones internacionales en materia de extradición a fin de establecer pautas comunes que regularan los procesos de extrañamiento. Dichos tratados evolucionaron y se perfeccionaron con el correr de los años no sólo en las obligaciones de los Estados parte sino en los derechos que asisten al requerido.

Así, la República Argentina y la República Italiana firmaron una convención de extradición en 1987. Sin embargo, las diferencias entre ambos sistemas jurídicos ocasionaron que en los años venideros la mayoría de las extradiciones solicitadas por Italia fuesen rechazadas en los tribunales argentinos. La causa tras dichos rechazos era la legislación italiana que permitía las condenas en rebeldía. Ello chocaba plenamente con los principios constitucionales de orden público argentinos, en particular el derecho de defensa en juicio previsto en la Constitución Nacional tanto en su parte dogmática como en los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional incorporados en la reforma constitucional de 1994.

De este modo, ambos Estados firmaron en 2003 un Protocolo Adicional a la Convención de Extradición que regulaba las extradiciones de condenados en rebeldía, aunque no ha entrado aún en vigor. Sin embargo, aunque entrase en vigor, no podría ser aplicable en Argentina como ha sido demostrado a lo largo de este trabajo. En dicho Protocolo, las partes establecieron la prohibición de extraditar a individuos condenados en rebeldía. No obstante, seguidamente establecen la excepción a la regla mediante una

serie de requisitos que buscan salvaguardar el derecho de defensa en juicio del requerido, de conformidad con los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. A pesar de ello, no resulta suficiente a la luz de los principios constitucionales de orden público argentino.

La redacción del Protocolo en ambos idiomas, interpretada de conformidad con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, resulta contraria a los principios constitucionales de orden público argentinos, insertos en la Constitución Nacional y los tratados internacionales en materia de derechos humanos con jerarquía constitucional de conformidad con el artículo 75, inciso 22. La posibilidad del requerido de acceder a un eventual e incierto nuevo juicio no alcanza el umbral suficiente para considerar respetada la garantía del derecho de defensa en juicio, de conformidad con los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina.

En conclusión, en caso de que el Protocolo Adicional entrase en vigor, debería ser declarado inconstitucional y, por ende, inaplicable para las extradiciones de condenados en rebeldía solicitadas por Italia.

BIBLIOGRAFÍA

- Asamblea General de Organización de las Naciones Unidas, A/RES/45/116, Tratado Modelo de Extradición, 14/12/1990, 68° sesión plenaria, URL <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2012/8307.pdf>, consultado 02/02/2023.
- BADENI, Gregorio, *Tratado de Derecho Constitucional Tomo I*, 2° ed., La Ley, 2006, Buenos Aires.
- BATTAGLIA, Salvatore, *Grande dizionario della lingua italiana V E-Fin*, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1995, Turín, URL <https://www.gdli.it/sala-lettura/vol/5?seq=531>, consultado 02/02/2023.
- BINDER, Alberto M., *Introducción al Derecho Procesal Penal*, 2° ed., Ad Hoc, 1999, Buenos Aires.
- Convención de Extradición de Montevideo, 26/12/1933, Montevideo, Uruguay, e.v. 26/12/1934, texto aprobado por República Argentina Decreto Ley N.º 1.638/1956.
- Convención de Extradición entre la República Argentina y la República Italiana, 09/12/1987, Roma, Italia, e.v. 01/12/1992, texto aprobado por República Argentina Ley N.º 23.719.

- Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23/05/1969, Viena, Austria, e.v. 27/01/1980, texto aprobado por República Argentina Ley N° 19.865, *UNTS IIII5:331*.
- Convenio entre la República Argentina y la Confederación Suiza para la extradición de criminales, 21/11/1906, Buenos Aires, Argentina, e.v. 01/01/1912, texto aprobado por República Argentina Ley N° 8.348.
- Coordinación de Cooperación Internacional en Materia Penal, *Cooperación Jurídica Internacional en Materia Penal Normativa Vigente*, 3° ed., 2022, Buenos Aires, URL <https://cancilleria.gob.ar/userfiles/recursos/dajin-compendio-penal.pdf>, consultado 10/01/2023.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Altube", "Altube, Fernanda Beatriz y otros c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ amparo", 28/05/2008, *Fallos: 331:1312*.
- , "Arias", "Arias, José Alberto s/ extradición", 30/08/2005, *Fallos: 328:3193*.
- , "ASSUPA", "ASSUPA c/ San Juan, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios", 25/09/2007, *Fallos: 330:4234*.
- , "Cauchi", "Cauchi, Augusto s/ extradición", 13/08/1998, *Fallos: 321:1928*.
- , "Fabbrocino", "Fabbrocino, Mario s/ pedido de extradición", 21/11/2000, *Fallos: 323:3699*.
- , "Foucault Concha", "Foucault Concha, Lautaro s/ extradición por aplic. leyes nros. 23.719 y 24.767", 09/08/2001.
- , "Gómez Vielma", "Gómez Vielma, Carlos s/ extradición", 19/08/1999, *Fallos: 322:1564*.
- , "Larrain Cruz", "Larrain Cruz, Carlos Alberto s/ extradición", 07/04/1992, *Fallos: 315:575*.
- , "Lázzari", "Lázzari, Derval s/ extradición", 13/05/2021, *Fallos: 344:1082*.
- , "Meli", "Meli, José Osvaldo s/ infracción ley 1612", 04/05/2000, *Fallos: 323:892*.
- , "Mollica", "Mollica, Pascual s/ su extradición", 30/04/1996, *Fallos: 319:531*.
- , "Nardelli", "Nardelli, Pietro Antonio s/ extradición", 05/11/1996, *Fallos: 319:2557*.
- , "Pires", "Pires, Sergio Vilmar s/ pedido de extradición a Brasil", 13/10/2009.

- , "Priebke", "Priebke, Erich s/ solicitud de extradición s/ cuaderno de prueba de la defensa, causa N° 172 - 112 - 94", 20/03/1995, *Fallos*: 318:373.
- , "Re, Ivo", "Re, Ivo s/ extradición", 09/11/2000, *Fallos*: 323:3356.
- , "Riopar", "Riopar SRL. c/ Transportes Fluviales Argenrío S.A. s/ exhorto", 15/10/1996, *Fallos*: 319:2411.
- Dirección de Tratados del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Exterior y Culto, *Ficha del instrumento* 5274, URL https://tratados.cancilleria.gob.ar/tratado_ficha.php?id=lp+pmQ==, consultado 02/02/2023.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho Penal Tomo II*, Editorial Losada, 1950, Buenos Aires.
- NÚÑEZ, Ricardo, *Manual de Derecho Penal Parte General*, 4° ed., Marcos Lerner Editora Córdoba, 1999.
- Organización Internacional de Policía Criminal, "Ver las notificaciones rojas", URL <https://www.interpol.int/es/Como-trabajamos/Notificaciones/Ver-las-notificaciones-rojas>, consultado 10/01/2023.
- PIOMBO, Horacio D., *Tratado de la Extradición (Internacional e interna) Vol. I*, Ediciones Depalma, 1998, Buenos Aires.
- PODESTÁ COSTA, Luis A., & RUDA, José M., *Derecho Internacional Público*, Tipográfica Editora Argentina, 1996, Buenos Aires.
- Protocolo Adicional a la Convención de Extradición entre la República Argentina y la República Italiana, 31/03/2003, Roma, Italia, texto aprobado por República Argentina Ley N° 26.441.
- Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 23° ed. [versión 23.6 en línea], URL <https://dle.rae.es/eventual>, consultado 02/02/2023.
- República Argentina, "Ley de Cooperación Internacional en Materia Penal", Ley 24.767, 13/01/1997, <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/40000-44999/41442/norma.htm> consultado 10/01/2023.
- , "Ley de Extradición", Ley 1612, 20/08/1885, URL http://www.saij.gob.ar/legislacion/ley-nacional-1612-ley_extradicion.htm, consultado 10/01/2023.
- , Ley 23.719, 09/10/1989 URL <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/120/norma.htm>, consultado 02/02/2023.
- , Ley 26.441, 05/01/2009 URL <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/145000-149999/149083/norma.htm>, consultado 02/02/2023.

- República Bolivariana de Venezuela, Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 20/12/1999, URL https://www.oas.org/dil/esp/constitucion_venezuela.pdf, consultado 20/01/2023.
- República Federativa del Brasil, Constitución de la República Federativa del Brasil, 05/10/1988, URL https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoConstituicao/anexo/CF_espanhol_web.pdf consultado 20/01/2023.
- República Italiana, Legge N° 291/92, 11/03/1992 URL <https://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=1992-03-10&atto.codiceRedazionale=092G0230&atto.articolo.numero=0&atto.articolo.sottoArticolo=1&atto.articolo.sottoArticolo1=10&qId=88413eb4-c114-46fc-bcf3-dd22af50a88a&tabID=0.23556239433017834&title=lbl.dettaglioAtto>, consultado 02/02/2023.
- , Legge N° 188/09, 25/12/2009, URL <https://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2009-12-24&atto.codiceRedazionale=009G0196&atto.articolo.numero=0&atto.articolo.sottoArticolo=1&atto.articolo.sottoArticolo1=10&qId=5726f390-dad7-4f2e-854b-2be0a85003d-d&tabID=0.6104235425176068&title=lbl.dettaglioAtto>, consultado 02/02/2023.
- SCOTTI, Luciana B., *Manual de Derecho Internacional Privado*, La Ley, 2017, Buenos Aires.
- SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino Tomo I*, 10° reimpression total, Tipográfica Editora Argentina, 1992, Buenos Aires.
- Tratado de Extradición entre Argentina y Brasil, 15/11/1961, Buenos Aires, Argentina, e.v. 07/06/1968, texto aprobado por República Argentina Ley N° 17.272, *UNTS 657:9424*.
- Tratado de Extradición entre el gobierno de la República Argentina y el gobierno de Australia, 06/10/1988, Buenos Aires, Argentina, e.v. 03/01/1993, texto aprobado por República Argentina Ley N° 23.729, *UNTS 1572:27465*.
- Tratado de Extradición entre la República Argentina y el Estado Plurinacional de Bolivia, 22/08/2013, Buenos Aires, Argentina, e.v. 02/02/2016, texto aprobado por República Argentina Ley N° 27.022, *UNTS 3182:54413*.
- Tratado de Extradición entre la República Argentina y la Federación de Rusia, 12/07/2014, Buenos Aires, Argentina, e.v. 07/03/2018, texto aprobado por República Argentina Ley N° 27.404.

- Tratado de Extradición entre la República Argentina y la República Francesa, 26/07/2011, París, Francia, e.v. 04/07/2015, texto aprobado por República Argentina Ley N° 26.783, *UNTS 3182:54403*.
- Tratado de Extradición entre la República Argentina y la República de Corea, 30/08/1995, Buenos Aires, Argentina, e.v. 09/11/2000, texto aprobado por República Argentina Ley N° 25.303, *UNTS 2391:43183*.
- Tratado de Extradición entre la República Argentina y la República del Paraguay, 25/10/1996, Buenos Aires, Argentina, e.v. 17/02/2001, texto aprobado por República Argentina Ley N° 25.302, *UNTS 2175:38228*.
- Tratado de Extradición entre la República Argentina y la República del Perú, 11/06/2004, Buenos Aires, Argentina, e.v. 03/01/1993, texto aprobado por República Argentina Ley N° 23.729, *UNTS 1572:27465*.
- Tratado de Extradición entre la República Argentina y la República de El Salvador, 20/08/2015, San Salvador, El Salvador, texto aprobado por República Argentina Ley N° 27.407.
- Tratado de Extradición entre la República Argentina y la República Tunecina, 16/05/2006, Buenos Aires, Argentina, e.v. 14/05/2018, texto aprobado por República Argentina Ley N° 26.974.
- Tratado de Extradición entre la República Argentina y la República Oriental del Uruguay, 20/09/1996, Montevideo, Uruguay, e.v. 10/06/2000, texto aprobado por República Argentina Ley N° 25.304, *UNTS 1572:27465*.
- Tratado de Extradición entre la República Argentina y los Estados Unidos de América, 10/06/1997, Buenos Aires, Argentina, e.v. 15/06/2000, texto aprobado por República Argentina Ley N° 25.126, *UNTS 2159:37741*.
- Tratado entre la República Argentina y su Majestad Británica para la mutua entrega de criminales fugitivos, 22/05/1889, Buenos Aires, Argentina, e.v. 27/12/1893, texto aprobado por República Argentina Ley N° 3.043.

**XIX CONCURSO DE ENSAYOS
DR. IGNACIO WINIZKY SOBRE “ABORDAJES JURÍDICOS
SOBRE DISCRIMINACIÓN RACIAL”**

BLACKFISHING Y OTRAS FORMAS DE NATURALIZACIÓN DE LAS PRÁCTICAS COLONIALES EN EL SIGLO XXI DESDE UNA MIRADA INTERSECCIONAL*

MILAGROS FARIÑA **

*“Si mi taza no tiene más que una pinta,
y la tuya tiene un cuarto de galón,
¿no serías mala en no dejarme
llenar mi pequeña medida a medias?”¹*

Resumen: La marginalización y subyugación epistémica de los grupos racializados posee su origen en un sistema-mundo regido por la norma eurocéntrica de formas de conocimiento moderno/colonial, lo cual ha traído aparejada una invisibilización de la interconexión que existe entre las múltiples aristas de discriminación en el mundo globalizado. Es por medio de la interseccionalización del feminismo decolonial que podemos dilucidar la cantidad de problemáticas que enfrentan las mujeres racializadas y cómo todas responden a la misma lógica colonial y patriarcal implícita en muchas actitudes de blanquitud que reproducimos consciente o inconscientemente.

Palabras clave: colonialidad — mujeres negras — feminismo — blackfishing — interseccionalidad

Abstract: The marginalization and epistemic subjugation of racialized groups has its origin in a world-system governed by the Eurocentric norm of modern/colonial forms of knowledge, which has brought about an invisibilization of the interconnection that exists between the multiple edges of discrimination in the

* Recepción del original: 15/12/2022. Aceptación: 23/02/2023

** Estudiante de la Facultad de Derecho en la Universidad de Buenos Aires. A Ives y Nidia que me enseñaron lo que es el orgullo por las raíces, el amor por la familia y cómo defenderme en guaraní.

1. YouTube, “Sojourner, Truth discurso: Acaso no soy mujer?”, 02:25.

globalized world. It is through the intersectionalization of decolonial feminism that we can elucidate the number of issues faced by racialized women and how they all respond to the same colonial and patriarchal logic implicit in many attitudes of whiteness that we reproduce consciously or unconsciously.

Keywords: coloniality — black women — feminism — blackfishing — intersectionality

I. INTRODUCCIÓN

Vivir en el siglo XXI significa experimentar la realidad desde un caleidoscopio de miradas impuestas e instaladas que no solo se ramifican en todos los aspectos de nuestras vidas, sino que se interrelacionan entre sí potenciando su expresión hasta no discernir donde comienza una y finaliza la otra. A lo que me refiero es a que nuestra visión de la sociedad contemporánea no debe ser tomada como el producto de una evolución lineal, sino como una resaca de procesos históricos, políticos y sociales que fueron tomando nuevas formas para permanecer a lo largo del tiempo. El proceso colonial del siglo XVI, sumado al posterior fenómeno de la ilustración,² sumió al mundo occidental bajo el prisma de una sola mirada: la del hombre europeo, blanco, heterosexual y burgués, visión que fue sostenida por el mito eurocéntrico de la modernidad,³ expandido por el capitalismo y, finalmente, naturalizado por la globalización.

En la primera parte de este trabajo, voy a intentar reconstruir las corrientes dominantes del poder/saber⁴ que nos hicieron llegar al día de hoy con un eurocentrismo epistemológico, reproduciendo formas de producción de pensamiento y de interpretación de la realidad desde aquel primer hombre blanco que segregó y masacró todo aquello que se veía diferente. Nuestras prácticas, nuestras ideas, nuestras formas de tomar y de emitir información están condicionadas por la colonialidad que se instaló en las

2. CASTRO-GÓMEZ, *La hybris del punto cero: ciencia, raza...*, p. 47.

3. CASTRO-GÓMEZ, *La hybris del punto cero: ciencia, raza...*, pp. 48-49.

4. APARICIO & BLASAR, "La 'ciudad letrada' y la insurrección de saberes subyugados en América Latina", p. 251: "El desafío, entonces, para nosotros, es recuperar un significado más preciso para aquello que llamamos modernidad; reconocer que hay otros mundos (diferentes del mundo moderno, pero ciertamente no tradicionales) y comprender las dinámicas de poder y la productividad (en el sentido foucaultiano) de sus interacciones mutuas".

Américas siglos atrás, dejando un tiente patriarcal, dicotómico, racista, xenófobo, homofóbico y más.

En la segunda parte, voy a desarrollar dos fenómenos actuales en boga: la hipersexualización de las "mujeres negras"⁵ y el *blackfishing*, como prácticas que tienden a una objetificación de las mujeres racializadas y cómo estas se fueron construyendo con base en los conceptos preconcebidos de la modernidad. La finalidad del presente trabajo radica en desarmar las estructuras que les dieron origen. Entiendo ambos conceptos como suficientemente representativos de las maneras en que todos estos sistemas de poder se pueden interconectar para generar un mecanismo de vulneración y subordinación integral para este determinado grupo social. También, destaco su interrelación no solo con las formas de discriminación, sino con las formas de reproducción de estos estereotipos desde una perspectiva capitalista colonial que los explota a la vez que los excluye de la norma.

Me es importante remarcar que no es mi intención caer en superficialidades porque cada una de estas categorías ha sufrido y sigue sufriendo en la actualidad prácticas violentas y aberrantes cuya erradicación debería ser inmediata. Pero justamente tomo estos dos fenómenos para poder explicar cómo la existencia de prácticas discriminatorias se sigue perpetuando incluso con hábitos de la vida cotidiana que hemos naturalizado porque el sistema que las sostiene es mucho más intrínseco de lo que aparenta a simple vista o lo que se nos es representado en las organizaciones y movimientos mundiales por los derechos humanos.

Por último, voy a desarrollar brevemente el impacto que poseen estas estigmatizaciones en los ámbitos académicos dominados por una desigualdad epistémica y sexualización de las prácticas culturales racializadas desde una mirada interseccional. Esto, buscando encontrar un camino de

5. Por el peso que acarrear las palabras y con la intención de no crear contradicciones voy a aclarar que hago utilización de una generalización bajo el termino de "mujeres negras" sin la finalidad de estigmatizar o reducir la diversidad de colores de piel y orígenes que las mujeres racializadas ostentan. El termino mujeres negras en este trabajo sirve como mero instrumento de concentrar la cantidad de nacionalidad, etnias e identidades a las que el análisis siguiente puede ser aplicado. Lo más lejano a mi intención es minimizar el amplio abanico de identidades socioculturales y de género; sino más bien, tomar la apropiación y resignificación que estos colectivos han hecho sobre estos términos a los fines de la lucha política por sus derechos.

justicia transversal a todas estas problemáticas desde los distintos movimientos de mujeres feministas que deciden abordar en la actualidad estos temas presentando alternativas al feminismo hegemónico.

Mi principal objetivo con este trabajo es demostrar cómo a pesar de los múltiples movimientos de lucha social por los derechos humanos sobre la “igualdad real” que existen hoy en día, nos desarrollamos en un paradigma que continúa segregando, discriminando y marginalizando a la “otredad” implícitamente y que estos velos de colonialidad se interrelacionan para formar estructuras sociales incluso más complejas de deconstruir. A pesar de ello, busco exponer una salida mediante las construcciones teóricas de los movimientos feministas interseccionales.

II. LAS BASES DE LA SEDIMENTACIÓN DE UN SISTEMA-MUNDO EXCLUYENTE

En primera instancia, quiero clarificar que parto de la concepción de un sistema-mundo de Wallerstein porque entiendo que hoy en día el contexto sociocultural es globalizado, pero el sistema de funcionamiento que ha sido globalizado como hegemónico es uno solo, el del capitalismo, y es a partir de este que se ha dividido en categorías de nivel de desarrollo económico a las comunidades, con la finalidad de que respondan al mismo sistema aspiracional de explotación comercial pero que al mismo tiempo no da lugar a flexibilizaciones para la ascendencia de clasificación.⁶ El sistema-mundo en el que se desarrollan las relaciones de poder necesita de una desigualdad estructural para sostener su orden social.⁷ Es dentro de esta dinámica que comenzamos a hilar las múltiples problemáticas que interpelan a las mujeres sujetas de prácticas socioculturales marginalizantes. Voy a comenzar explicando —sin hondar en la profundidad que estos temas requieren y a la que pueden llegar— algunos conceptos que construyen la noción de lo que hoy significa ser una “mujer negra” en una sociedad capitalista y etnocéntrica.

Desde la conquista de las Américas se ha intentado justificar la masacre a los pueblos originarios y la esclavitud de las colonias inglesas, francesas y españolas por distintos medios científicos, filosóficos y jurídicos. Para

6. WALLERSTEIN, *Análisis de sistemas-mundo. Una introducción*, pp. 5-31.

7. MARTINS, “Sistema-mundo, globalizaciones y América latina”, pp. 63-77.

explicar algunos de ellos que establecen un marco de análisis que nos va a servir para entender desde donde nos paramos, voy a tomar a Castro Gómez.

La primera concepción que quiero desarrollar es esta noción de la no simultaneidad en el tiempo entre las sociedades europeas y las americanas de Locke, donde el hombre europeo blanco es aquel que pudo desarrollar una forma de producción más "evolucionada", a diferencia de la población originaria de América, cuyas prácticas implicaban que se había quedado en el "pasado de la humanidad".⁸ Este pensamiento se cimienta en la concepción de la posibilidad humana de generar un conocimiento neutro, es decir, que la sociedad puede ser observada de un punto de vista no afectado por el espacio-tiempo ni por la familiaridad del observador con el entorno que pretende definir. Descartes nos introduce a una supuesta capacidad humana para dejar de lado el sentido común y todo lo aprendido, para reestructurar la realidad conocida en torno a un criterio no afectado por subjetividades ni preconcepciones, al que llamaré "la *hybris* del punto cero".⁹ El hecho de que aquel que se autocolocaba en el comienzo epistemológico absoluto fuera el hombre blanco europeo —el varón ilustrado—, implicó la construcción de una visión sobre el mundo social y el comportamiento desde una sola concepción: la ciencia del hombre. La realidad se explicó mediante una ciencia que siempre, en mayor o menor grado, implicó la intervención de la naturaleza humana, por ser concebida como la única capaz de asegurar la objetividad e imparcialidad de análisis. Sin embargo, el humano no puede prescindir de su propio interés de conservación y su placer personal. Los comportamientos determinados como normales o patológicos van a estar teñidos desde la propia noción de moral y justicia que posea su observador, que no puede huir de sus pasiones ni de sus instintos, inclinándose incluso inconscientemente hacia aquello que le resulte conocido o beneficioso. En definitiva, la construcción de la realidad social desde la naturaleza humana no puede ser imparcial.¹⁰

Con la creación del mercado, siendo un proceso trascendental en la dinámica social, se tomó el desarrollo económico como el punto de partida de la

8. Cfr: LOCKE, *Ensayo sobre el gobierno civil*.

9. Santiago Castro Gómez toma el desarrollo de Descartes para generar el concepto de "la *hybris* del punto cero". Analizado en CASTRO-GÓMEZ, Santiago, *La hybris del punto cero: ciencia...*, pp. 25.

10. CASTRO-GÓMEZ, *La hybris del punto cero: ciencia...*, pp. 24-30.

evolución histórica de una comunidad. Por lo tanto, aquella sociedad que no pusiera su foco en el crecimiento mercantil y comercial utilitarista sería percibida con una desventaja en términos de evolución social. Las comunidades que no respetaban o se adaptaban a las reglas de la "naturaleza del mercado" quedaban relegadas a un escalón de inferioridad en comparación con aquella que explotaba sus recursos. Ya que la naturaleza humana era una sola, objetiva, neutral, independiente del tiempo y el espacio, y que el hito social se encontraba con el nacimiento del mercantilismo y la explotación de los recursos naturales, aquella sociedad que no fuera funcional al mismo sistema se entendía que estaba atrasada en la evolución natural y única de la humanidad. Esta asimetría temporal básicamente justificaba el hecho de que el europeo fuera quien impusiera sus formas de vida, de organización social e incluso de producción de conocimientos, pues se entendía que el indígena estaba aún en un estado primitivo o salvaje respecto del desarrollo humano natural.¹¹

Otro concepto que ha sido foco de discusiones por mucho tiempo, e incluso hoy día en algunos espacios académicos sigue siéndolo, es el de "raza". En la actualidad, sabemos que este es un constructo social que se generó para palear la marginalización de determinados individuos, pero en su momento fue el mismo Kant el que trajo a colación una idea más científica y biologicista del término raza para imponer la supremacía del hombre blanco europeo por sobre otros grupos humanos.¹² Esta categoría estaba aparejada a una capacidad cognitiva inferior según el color de la piel, es decir, había ciertas razas que era correcto denigrar porque poseían un carácter moral inmaduro ya que sus prácticas no se correspondían con el ideal humano pensando desde la perspectiva del hombre europeo.¹³ En este artículo, tomo la palabra "raza" no como una realidad material de caracterización biológica para clasificar personas, sino de la misma forma en que muchos grupos estructuralmente marginalizados la han utilizado, para apropiársela como pie de lucha y realizar una resignificación política que actúe a la inversa de para lo que fue creado: como medio para recuperar aquellos derechos que les han sido arrebatados.

Por otro lado, mi intención es tomar la colonialidad como base, siendo esta un elemento constitutivo de la modernidad, que excluye e invalida

11. CASTRO-GÓMEZ, *La hybris del punto cero: ciencia...*, pp. 33-38.

12. CHUKWUDI EZE, "El color de la razón: la idea...", pp. 235-237.

13. CASTRO-GÓMEZ, *La hybris del punto cero: ciencia...*, pp. 40-41.

otras formas de conocimiento por establecer un sistema global basado en un centro (Europa) y periferias (lo Otro),¹⁴ las cuales Said entiende sería el Oriente.¹⁵ Para nuestro análisis, sin embargo, vamos a tomar la invisibilización de las formas de producción de conocimiento de los pueblos africanos y americanos, el cual se relegó a conocimiento pasado para poder importar la ilustración y todo el desarrollo de la modernidad como única forma legítima de conocer el mundo.¹⁶ Europa fue y sigue siendo el centro global de exportación de conocimiento.¹⁷ ¿Cómo? Abasteciéndose de la materia prima y fuerza de trabajo obtenida en el genocidio de América para no solo extender su concepción del mundo sino también para incrementar su capital por medio de la explotación de las colonias. Quedamos relegados a un mundo sistematizado de forma tal que hay centros de poder que emiten cultura y conocimiento, y otros que serán aquellos que reciban, nunca que produzcan.

Acá es donde entra el concepto de colonialidad de Quijano, que establece que esta diferencia de roles sociales determinada por la raza fue impuesta no solo mediante el uso de la fuerza, sino también mediante un discurso ideológico que sentó las bases de qué era superior y qué inferior, logrando que tanto dominador como dominado adoptaran e internalizaran la creencia de que el conocimiento exportando de los centros de poder era la única forma válida de conocer y vivir.¹⁸ Fue un proceso de conversión integral de los colonizados para abandonar sus creencias y formas de vida o morir bajo la fuerza coercitiva del hombre blanco.¹⁹ Y es este mismo sistema de modernidad y colonialidad entrelazadas que venimos arrastrando

14. CASTRO-GÓMEZ, *La hybris del punto cero: ciencia...*, p. 43: "Es decir que sin la construcción de un discurso sobre el otro y sin la incorporación de ese discurso en el *habitus* tanto de los dominadores como de los dominados, el poder económico y político de Europa sobre sus colonias hubiera resultado imposible. El dominador europeo construye al 'otro colonial' como objeto de estudio ('oriente') y, al mismo tiempo, construye una imagen de su propio *locus enuntiationis* imperial ('occidente')".

15. Este concepto es analizado por CASTRO-GÓMEZ, *La hybris del punto cero: ciencia...*, pto. I.

16. CASTRO-GÓMEZ, *La hybris del punto cero: ciencia...*, pp. 43-47.

17. CASTRO-GÓMEZ, *La hybris del punto cero: ciencia...*, pp. 49-40: "En palabras de Dussel: 'La modernidad no es un fenómeno que pueda predicarse de Europa considerada como un sistema independiente, sino de una Europa concebida como centro'".

18. CASTRO-GÓMEZ, *La hybris del punto cero: ciencia...*, pto. I.

19. CASTRO-GÓMEZ, *La hybris del punto cero: ciencia...*, pp. 61-64.

desde entonces como mecanismo de supervivencia de aquellas potencias mundiales.

Uno de los mecanismos que se utilizó para sostener este tipo de discursos fue el planteamiento del pensamiento dicotómico moderno donde el científico, académico, filósofo, es un sujeto que se abstrae de su realidad y la naturaleza como el objeto inerte de su observación, y entre ellos dos no hay nada en el medio. El hombre europeo del siglo XVI se percibe como la única civilización posible y todo lo que esté fuera de su concepción de la realidad es la "barbarie".²⁰

El pensamiento dicotómico consiste en clasificar todo lo que existe desde una serie de características propias (exhaustivas) que lo hacen ser lo que es porque no tiene ninguna de las características que tiene aquello que no es (excluyente). Es decir, si algo es objetivo no puede ser subjetivo, y si algo es emocional no puede ser racional. Este tipo de proceso de pensamiento se reproduce en la actualidad mediante patrones y estereotipos que perpetúan un ideal de lo que es bueno y correcto en la moral pública. Fue elemental para la construcción de estos prejuicios el hecho de que estos caracteres dicotómicos estuvieran sexualizados y jerarquizados, es decir, que se concibieran como inherentes a un género determinado, a determinadas características y, a su vez, que se atribuyeran a los varones las de mayor estima social, aquellas más funcionales a un sistema patriarcal, heteronormativo, mercantilista y colonialista.²¹ De acuerdo con este mecanismo de pensamiento, estas características se repelen entre sí: si es de determinada forma no puede ser de otra o tener la misma capacidad porque exclusivamente ese atributo sirve para realizar determinadas tareas.²² Esto se reproduce no solo en el género, sino también en la sexualidad, nacionalidad y otras categorías estereotipantes de un contexto patriarcal, heteronormativo, capitalista y etnocéntrico.

Todas estas estructuras de pensamiento se utilizaron para establecer un preconceito sobre "el indígena", "el negro" y todos aquellos que no se correspondían con el presupuesto europeo de apariencia y conducta, que fueron tachados de salvajes y bárbaros, bestializados y reducidos a nociones similares a las de un animal que necesitaba ser domesticado por

20. CASTRO-GÓMEZ, *La hybris del punto cero: ciencia...*, p. 48.

21. OLSEN, "El sexo del derecho", pp. 137-140.

22. MAFFÍA, "Contra las dicotomías: feminismo y epistemología crítica", pp. 138-139.

el "culto y formado" hombre blanco europeo. Se los asimilaba a la naturaleza, a lo Otro, a lo inmaduro o al pasado.²³ Aquel que no evolucionó en pensamiento y por ello solo se guiaba de instintos, era todo lo que la religión no podía explicar y, por lo tanto, era contradicción negativa a los colonizadores.

Por último, quiero explicar brevemente que el capitalismo es un sistema de producción y desarrollo actual que está basado en una injusticia estructural sostenida por la desigualdad de oportunidades, donde sistemáticamente se transfiere el poder (tanto adquisitivo como de influencia) de abajo hacia arriba, de periferias hacia centros que concentran los bienes materiales, así como las hegemonías ideológicas. Es fácil discernir la opresión de una mujer desde una perspectiva de género basada en una explotación capitalizada de los poderes de las mujeres donde estas son las principales dadoras de fuerza para la subsistencia del constructo de la familia y el potenciamiento del estatus y autorrealización de los hombres a los cuales les brindan sus tareas de cuidado, satisfacción, crianza, contención, etc. en una relación de dependencia desigual.²⁴

Estos conceptos que vengo desarrollando no son meros sucesos históricos que se reproducen principalmente en civilizaciones conservadoras: hoy en día, con el cambio de paradigma propagado por el sistema internacional de derechos humanos hacia una mirada más igualitaria y menos segregante, las sociedades han deconstruido progresivamente muchas de estas prácticas, principalmente de forma normativa. Sin embargo, la multiplicidad de opresiones que generan estos preconceptos se ha ido retroalimentando entre sí y encontrando nuevas formas de sostenerse en las prácticas socialmente aceptadas para potenciar distintos medios de control social que procederé a explicar a continuación.

23. WIGDOR BARD & ARTAZO, "Pensamiento feminista Latinoamericano: Reflexiones...", p. 198.

24. YOUNG, *La justicia y la política de la diferencia*, pp. 115-164.

III. HIPERSEXUALIZACIÓN Y EXOTIFICACIÓN DE LAS MUJERES "NEGRAS" LA TENDENCIA DEL *BLACKFISHING*

*"Para nosotros él que adora a los negros
está tan 'enfermo' como el que los abomina"*²⁵

En esta segunda parte, voy a hondar en el objeto de estudio de este artículo, que es cómo concebimos los cuerpos y prácticas de las personas racializadas²⁶ y, en específico, aquellas autopercibidas feminidades negras, por un lado, y de qué formas el sistema capitalista globalizado ha encontrado una manera de "incluirlas" en la tendencia mundial, pero desde un rol puramente objetivizado y delimitado por concepciones estigmatizantes que les siguen impidiendo acceder a lugares de privilegio epistemológico, por el otro. El *blackfishing* es el ejemplo más representativo y actual que encuentro de esto, sin quitar que haya otras muchas formas en las que los sectores hegemónicos se han apropiado de estas para explotarlas y perpetuar un prisma colonializante.

Para explicar las causas de estas prácticas nos tenemos que remontar a la noción que dejó instalada la colonización europea y su modelo ideológico, donde las personas racializadas eran un derivado de la naturaleza y, por lo tanto, dotadas de instintos salvajes e impulsos carentes del raciocinio que solo poseía el varón europeo. La persona negra o indígena fue relegada a un rol de subordinación animal. Y, como animal, uno de los instintos más básicos y altamente pecaminosos para la sociedad católica era la sexualidad. Como tal, otro producto más del proceso de pensamiento colonial fue la idea de una hipersexualización de estos grupos.

En el imaginario occidental se instaló la creencia de que determinadas características sexuales son propias de las personas con determinado color de piel. Los hombres afrodescendientes son vistos como sujetos de una sexualidad dominante con una virilidad superior y las mujeres

25. FANON, *Piel negra, máscaras blancas*, p. 42.

26. HELLEBRANDOVÁ, "Escapando a los estereotipos (sexuales) racializados...", p. 87: "El proceso de racialización es un proceso de construcción de relaciones de dominación, a través de la determinación de diferencias humanas —culturales y fenotípicas— y de las relaciones sociales. Es un proceso dialéctico político, social, cultural y cognitivo de construcción de diferencias que sirven de base para la jerarquización de grupos humanos".

afrodescendientes constantemente representadas con gran predisposición para el acto sexual.²⁷ Son representados y representadas como personas alegres, "calientes", promiscuas, bailarinas, con gran habilidad para los deportes en el caso de los varones y con atributos femeninos voluptuosos en el caso de las mujeres y, generalmente, asociados a animales bajo apodos como tigre, anaconda, pantera, fiera, etc., que responden al estereotipo de una *Jezebel* cuya predilección por la agresión en los actos sexuales justificaba las violaciones de los hombres blancos a sus esclavas negras.²⁸

Este tipo de conducta está enraizada en una perspectiva de blanquitud (*whiteness*)²⁹ si hablamos de la blanquitud vista como algo superior y del *white gaze*³⁰ si nos referimos a un punto de vista que excluye las diferentes dinámicas sociales de las disidencias que no pertenecen a la realidad del varón blanco heterosexual. Ambas nociones colocan a la vivencia de la persona blanca como norma social establecida —por lo tanto, predilecta— y a la persona racializada como la "otredad" que puede ser fetichizada y exotizada. Aquello que es diferente es tomado como objeto de consumo. No es difícil realizar una búsqueda en la web y que cualquier relación a la denominación "mujer negra" esté repleta de comentarios o referencias cosificadoras y/o sexualizantes; o incluso encontrarlas en sitios de pornografía como una categoría en sí misma porque en el imaginario social hay una mirada particularmente fetichizante sobre la sexualidad de estos grupos.³¹ La mujer blanca es sexualizada como objeto de placer masculino, pero a su vez, también va a ser glorificada aquella mujer que demuestre todo lo contrario a esta conducta, tendrá mayor estima social mientras más lejos se encuentre de su libertad sexual y autoplacer. En cambio, la mujer racializada no tiene la posibilidad de ser estimada, se percibe inherente al color de su piel la condición natural de objeto de placer y morbo ajeno.

27. HELLEBRANDOVÁ, "Escapando a los estereotipos (sexuales) racializados...", p. 91.

28. LUGONES, "Colonialidad y Género", p. 96.

29. HELLEBRANDOVÁ, "Escapando a los estereotipos (sexuales) racializados...", p. 95: "En su artículo, Ahmed (2007, 159) analiza la 'blanquedad' (*whiteness*) desde la fenomenología, mostrándola como un proceso complejo que excede a las personas en sí pero que se reproduce a través de *habitus* tanto personales como institucionales. Así, la 'blanquedad' y el 'mundo blanco' modelan no solamente los cuerpos sino también los espacios, orientados alrededor de ciertos cuerpos ('blancos'), más que de otros. En este sentido, la autora define el proceso del 'blanqueamiento' como un intento de 'no verse fuera del lugar'"

30. Proyecto Kahlo, "El fetiche de las mujeres negras", 01/04/2017.

31. El desconcierto, "Las negras no son tu fetiche", 13/01/2019.

Como nos propone Sara Ahmed,³² es a través de hábitos que reproducimos una perspectiva blanqueada que nos fue heredada. Esta visión del entorno se ve sustentada incluso por nuestras mismas instituciones (económicas, políticas y culturales) y medios de comunicación, hasta interiorizarse a un punto en que es tomado como "sentido común"³³ hacer esas asunciones cargadas de prejuicios. Muchas veces, incluso sin cargar con un tinte negativo, se continúa perpetuando esta visión porque se sigue naturalizando la atribución de características no propias, sino preestablecidas por el constructo social.

Esta clase de estereotipación no se debe quedar en el mero chiste porque es la expresión de una opresión que limita y condiciona la vida de las personas afrodescendientes y racializadas,³⁴ que no son tenidas en cuenta para acceder a los espacios de producción de conocimiento. Esto se debe a que —como remarqué anteriormente— las instituciones académicas y políticas están representadas bajo el ideal de tener determinadas características para poder acceder a ellas (pensamiento dicotómico), y estas son justamente el exacto opuesto a las características que se les atribuyen a los grupos racializados. El estereotipo de persona racializada históricamente está construido para que sean aquellos que actúen como objeto de entretenimiento, disfrute o tareas de servidumbre, siempre al servicio de la persona blanca,³⁵ no para ámbitos intelectuales o con exigencias formales, sosteniendo un perjuicio de inaptitud a ciertos cargos de autoridad epistémica cuando en la actualidad está científicamente probado que las diferenciaciones biológicas que se hicieron de antaño están basada en conceptos colonialistas y discriminatorios.

Otro punto clave es que no se pueden entender las opresiones sobre el género sin tener en cuenta la raza y la clase social. Los actos de discriminación no solo están condicionados por el género, sino que el ser una

32. AHMED, "A phenomenology of whiteness", p. 156

33. HELLEBRANDOVÁ, "Escapando a los estereotipos (sexuales) racializados...", p. 91

34. YOUNG, *La justicia y la política de la diferencia*, p. 73: "En términos generales, toda la gente oprimida sufre alguna limitación en sus facultades para desarrollar y ejercer sus capacidades y expresar sus necesidades, pensamientos y sentimientos. En ese sentido abstracto toda la gente oprimida afronta una condición común".

35. Un ejemplo de esto sería las comunidades indígenas tenidas por objetos turísticos para extranjeros y nacionales inclusive, que dentro de su territorio le atribuyen la función de atracciones o "piezas de museo". Ver CUMES, "Mujeres indígenas, patriarcado y colonialismo: un...", p. 2.

mujer racializada trae aparejado todo un sistema de dominación diferente que trataremos en la tercera parte del artículo. Sin embargo, para llegar al objeto de este análisis, debo recurrir a la intrínseca relación de género/raza que se nos plantea, donde ambos caracteres, el de mujer y el de persona racializada, colocan esa identidad en un escalón de inferioridad y de utilidad externa que, al recaer en la misma persona, hacen que las dificultades y estereotipos potencien los patrones de dominación para su explotación económica.³⁶

Es parte de las redes de dominación patriarcal que poseer belleza física debe ser para las mujeres un logro y la finalidad de nuestra existencia, que vinimos al mundo a gustar ante la mirada del varón y que nuestro valor puede ser determinado por la cantidad de atractivo que tengamos. Esto es un mecanismo de control utilizado por el sistema machista y patriarcal para hacernos parte de la reproducción de la dominación mediante normas estéticas. Sostener que las mujeres solo pueden gastar tiempo y energía en verse mejor presupone el concepto de que no tenemos intelecto para habitar ámbitos profesionales o de producción de conocimientos.³⁷ Sumarle a esto una perspectiva racializada significa que la identificación con rasgos de mujeres negras o afrodescendientes trae aparejada una interpretación de la persona más sexualmente madura y activa.

Es en esta parte donde interviene el *blackfishing*,³⁸ que es una tendencia que se viene dando desde hace varios años donde mujeres caucásicas, generalmente con cierta cantidad de público, seguidores o fanáticos comienzan a modificar su apariencia física adoptando rasgos estereotipados de mujeres negras sometiéndose, por ejemplo, a tratamientos estéticos para incrementar el tamaño de los labios, los senos o los glúteos, bronceados, utilización de determinados peinados y vestimentas o accesorios característicos de las culturas africanas o afrodescendientes. Todo esto, sumado a una actitud sexualizada mucho más prominente y, en caso de artistas, a un direccionamiento de sus trabajos a un género del rap, hip hop, más urbano o más latino. No hay una sola forma de ejecutar el *blackfishing* e incluso

36. LUGONES, "Colonialidad y Género", pp. 78-84.

37. HELLEBRANDOVÁV, "Escapando a los estereotipos (sexuales) racializados...", p. 92.

38. Afrofeminas, "*Blackfishing*: la raza no es un accesorio", 21/07/2020: "El término *blackfishing* viene de la unión de las palabras 'black' que significa negro en inglés y 'cat-fishing' que en el mismo idioma hace referencia a un impostor o a una persona que engaña – generalmente en internet – haciendo uso de imágenes de otras personas".

hay distintos grados, desde una utilización implícita, sutil, hasta el punto en el que es mucho más grosero a la vista. Dentro de la acción de llevar a cabo el *blackfishing* puede caerse también en la práctica del *blackface* (bronceado de la piel) y de la apropiación cultural,³⁹ como el uso de *dreads* o determinados tipos de accesorios. La diferencia con estos conceptos es que el *blackfishing* implica una combinación de todas estas prácticas que puede incluir múltiples cambios en distintos aspectos de la vida de una persona, para la construcción de un personaje o personalidad con fines lucrativos.

En el trasfondo de lo que podría ser un simple cambio de estética o una decisión artística, se mueve toda una industria de producción y marketing que busca darles determinada imagen para dirigirse a determinado público y despegarse, muchas veces, de imágenes más infantilizadas e inocentes. Esto continúa perpetuando la estigmatización del carácter de las mujeres negras como seres hipersexualizados con un fin puramente frívolo y económico. Por fuera de la idealización de belleza femenina destinada exclusivamente a mujeres blancas, las mujeres racializadas continúan enfrentándose a discriminaciones y tratos vejatorios por estas mismas decisiones estéticas que para ellas no tienen un significado superficial, sino que es parte de su historia y su identidad.⁴⁰

Si retomamos el concepto de capitalismo expuesto al principio de este ensayo podemos encontrar ciertas semejanzas entre esta "moda" y la forma de explotación capitalista marcada por un dejo de colonialidad. Un centro de poder (mujeres blancas) que expropián, ya no solo fuerza de trabajo, sino estéticas culturales de las periferias sociales (mujeres negras y afrodescendientes) para potenciarse a sí mismas, en beneficio propio, y en detrimento de los símbolos culturales de lucha de estas categorías estructuralmente sometidas y negadas de su identidad.

Hoy en día no son pocas las figuras públicas que obtienen un beneficio económico de estas prácticas y a su vez se convierten en fuentes de influencia para otras mujeres y niñas alrededor del globo, que buscan copiar conductas que no terminan de entender, no solo adoptando una postura racista, sino poniéndose a sí mismas, una vez más, como objeto

39. GONZÁLEZ TOSTADO, "Sobre el dilema de la apropiación...", p. 312: "Se considera que es apropiación cultural al fenómeno de tomar elementos de una cultura minoritaria y emplearlos sin sus significados originales en un contexto ajeno casi siempre con fines comerciales".

40. Afrofeminas, "Blackfishing: la raza no es un accesorio", 21/07/2020.

de consumo sexual para el patriarcado bajo la consigna de liberación sexual.⁴¹

Me parece importante resaltar que estas acciones provienen de parte de aquellas que deberían considerar a sus pares bajo el eslogan de un feminismo universal. Con este postulado, sin embargo, no busco darle el rol de opresor supremo a las mujeres blancas que sufren otro tipo de opresiones por el sistema, sino que, haciendo referencia a Young, es importante tener en cuenta que las desigualdades estructurales —como lo son las de las personas racializadas y mujeres— muchas veces provocan una opresión inconsciente en otros grupos sociales porque la estructura social nos lleva a internalizar modelos de conductas preestablecidos.⁴² Entonces surge la duda de si, si dos personas forman parte del mismo grupo estructuralmente discriminado, ¿puede ser una opresora de la otra? ¿Hasta dónde llegan las nociones coloniales y androcéntricas naturalizadas?

Este tema se arraiga con muchas otras problemáticas del feminismo hegemónico que pienso tocar en la próxima y última parte, pero sí me gustaría remarcar cómo esta es solo una de las muchas formas en las que la mercantilización del capitalismo y la expansión de la globalización se combinan para propagar una vez más ideas colonialistas, patriarcales y racistas.

IV. LA SIMBIOSIS DE LAS DIFERENCIAS. EUROCENTRISMO EPISTEMOLÓGICO VS. FEMINISMO POSCOLONIAL

Ahora que sabemos de dónde provienen las relaciones de poder constituidas en la actualidad, que conocemos algunas de las prácticas en las que podemos encontrar manifestaciones actuales de su supervivencia en el mundo contemporáneo, como último aporte a este trabajo, quiero desarrollar las consecuencias de estas desde un punto de vista más bien académico y, como para no finalizar con un deje de desesperanza, desde la militancia alternativa propuesta por aquellos feminismos negros, tercermundistas, poscoloniales o de la diferencia, para superar estas problemáticas.

Como dije anteriormente, las prácticas objetivizantes y sexualizantes que recaen sobre las personas negras son un mecanismo para invalidar sus

41. Atlanta Black Star, "Fetishism of Black Women in Mainstream...", 06/12/2014.

42. Cfr: YOUNG, *La justicia y la política de la diferencia*.

puntos de vista bajo los sistemas de opresión y alejarlas de los centros de producción de conocimiento científico, académico y epistemológico. Son una manera más de quitarles poder y visibilidad como sujetos y sujetas de derecho, capaces de producir un conocimiento tan valedero —sino más— que el de las ciencias eurocéntricas, relegándoles a un lugar de materia prima para el análisis y experimentación, desde la mirada de otros cuya perspectiva de investigación será reproducida por las masas por estar construida bajo los criterios de objetividad y neutralidad universal instalados con la modernidad colonial.⁴³

Desde el proceso de colonialidad fue instalado un patrón de poder para la dominación del conocimiento científico y académico a costa de la diferenciación, de establecer la existencia de un “Otro” cuya forma de desarrollo era inacabada, es decir, no estaba dotada de la “civilización” propia del hombre europeo blanco, y, por lo tanto, era conocimiento subdesarrollado que solo servía como recuerdo cultural de las “comunidades del pasado”.⁴⁴ En el modelo del mundo neocolonial se ha instalado un discurso de diversidad cultural apolítico que, en vez de tender a remarcar la homogeneización de los grupos subyugados sin convalidar una revisión de las relaciones de poder-saber racializadas, desmaterializa sus particularidades y sostiene el etnocentrismo europeo.⁴⁵

Lamentablemente, esta misma posición ideológica de valoración de los postulados científicos, políticos y académicos, también fue traspasada a la construcción del feminismo occidental que se consolidó a lo largo del tiempo como un feminismo hegemónico y europeo que no valorizaba las posturas racializadas, considerándolas una otredad oprimida que no comprendía el alcance de sus saberes. Incluso bajo el mismo colectivo de género, las mujeres negras e indígenas siguieron siendo marginalizadas y revictimizadas en movimientos sociales por no reproducir los modelos dominantes de la colonialidad.⁴⁶

Por esto mismo, entiendo que resulta imposible hablar de un movimiento de lucha contra la desigualdad real sin interconectar las distintas

43. LEYVA, CUMES, MACLEOD y otros/as, “Prisma de miradas situadas”, pp. 10-30.

44. En este punto no me refiero solamente a las culturas afrodescendientes sino también propias de los pueblos originarios, con la cantidad de diversificación que esto significa.

45. MASSON, “Sexo/género, clase, raza: feminismo descolonial...”, pp. 153-154.

46. WIGDOR BARD & ARTAZO, “Pensamiento feminista Latinoamericano: Reflexiones...”, pp. 196-202.

categorías de raza, género, clase y sexualidad.⁴⁷ Dejar de apreciar estos elementos de identidad de manera unidimensional nos permite entender mejor las maneras en que construimos nuestras instituciones y reglas sociales, sin que se disuelvan entre sí, sino desde una interdependencia o entramado de relaciones de poder.⁴⁸ Lo que suele ocurrir cuando se toma solo una de estas categorías para cuestionar la estructura social es que se vuelve insuficiente para responder a todas las injusticias que determinados sujetos y sujetas vulnerables padecen en su cotidianidad.⁴⁹ Justamente esta ceguera epistemológica está basada en una separación categorial que no nos permite abarcar la problemática en su totalidad.⁵⁰

Acá es donde entra la interseccionalidad a dar una respuesta alternativa a las nociones eurocéntricas de justicia y conocimiento traídas a las Américas por la colonialidad del poder y la modernidad, que fueron poco a poco dominando todos los aspectos de la existencia común. Desde esta lógica planteada por Quijano y más tarde propuesta desde una perspectiva feminista por Lugones, había una interrelación entre el control sobre el sexo, la subjetividad, la autoridad y el trabajo, es decir, que las estructuras de dominación no solo estaban racializadas, sino que, además, eran patriarcales y heterocentras.⁵¹

Para responder a esta lógica interconectada, los movimientos feministas de la diferencia continúan con la lógica de la colonialidad del poder desde una perspectiva de descolonización.⁵² Han tenido varias referentes a lo largo del tiempo antes del verdadero surgimiento de esta corriente feminista a finales del siglo XX como, por ejemplo, Rosa Parks, que se

47. CURIEL, "Género, raza, sexualidad: debates contemporáneos", p. 55: "Como hemos visto, estas tres categorías tienen en común que su estudio ha permitido cuestionar el determinismo biológico que ha sido la base ideológica sostenida por muchos años por la ciencia y la religión, para que a grupos humanos como son los negros, las negras, indígenas, mujeres, lesbianas, gays, trans, se les prescriba en la otredad, en la diferencia, frente al paradigma moderno que ha sido el hombre blanco, heterosexual y con privilegios de clase".

48. MASSON, "Sexo/género, clase, raza: feminismo descolonial...", p. 166.

49. CUMES, "Mujeres indígenas, patriarcado y colonialismo: un...", pp. 2-5.

50. LUGONES, "Colonialidad y Género", p. 76.

51. LUGONES, "Colonialidad y Género", pp. 78-81.

52. CURIEL, "Crítica poscolonial desde las prácticas políticas...", p. 93: "Para Fanon, la descolonización significaba la creación de solidaridad entre los pueblos en una lucha contra el imperialismo. En el nivel de pensamiento intelectual, la descolonización suponía combatir la visión etnocentrista y racista que reduce a las culturas no occidentales a objetos de estudio marginales y exóticos (Fanon, 2001)".

negó a dejar su asiento en el transporte público a un hombre blanco, o Sojourner Truth, con su discurso *Ain't I A Woman?*,⁵³ donde resalto la notable diferencia de tratos y problemas entre mujeres blancas y negras. También se le ha dado a este movimiento diversos nombres: el *black feminism*, feminismo tercermundista, feminismo poscolonial, feminismo chicano, entre otros. En su análisis hay una relación —lo que Patricia Hill Collins denominó matriz de dominación—⁵⁴ entre el racismo, el sexismo y el clasismo como afectaciones directas a estos grupos, que no pueden ser encajonadas individualmente, sino que deben ser abordadas en la lucha de forma íntegra, como respuesta a un sistema de opresión eslabonado en sí.⁵⁵

Hay un quiebre definitivo entre los feminismos con lógicas decoloniales y los feminismos hegemónicos. Los primeros establecen una lucha contra todos los frentes (capitalismo, colonialidad, lesbofobia, patriarcado, racismo, etc.),⁵⁶ mientras que los segundos continúan viéndolas como objetos de lástima y compasión a los que salvar o educar. El *whiteness* es tan profundo que no les permite valorar los procesos de reconstrucción histórica y de inclusión de diferentes alteridades que los feminismos decoloniales buscan.⁵⁷

V. CONCLUSIONES

Al igual que ocurre con la mirada de apreciación de las ciencias sociales empañada por la colonialidad y el eurocentrismo donde el punto cero en el que se paran es desde la visión del hombre blanco, heterosexual, los feminismos occidentales estandarizaron la noción de mujer como mujer blanca, burguesa, heterosexual y todos los estereotipos que ello conlleva, excluyendo de las discusiones sobre los objetivos de lucha los problemas de aquellas muchas otras que no entraban dentro de la norma y se veían sometidas a otras dificultades que merecían una respuesta mucho más interconectada.⁵⁸

53. YouTube, "Sojourner, Truth discurso: Acaso no soy mujer?", 01/10/2022.

54. Cfr. COLLINS, *Black Feminist Thought: Knowledge, Consciousness, and...*

55. CURIEL, "Crítica poscolonial desde las prácticas políticas...", p. 95.

56. VIGOYA VIVEROS, "La sexualización de la raza y...", pp. 172-175.

57. WIGDOR BARD & ARTAZO, "Pensamiento feminista Latinoamericano: Reflexiones...", pp. 212-215

58. CURIEL, "Identidades esencialistas o construcción de identidades políticas...", p. 100.

La interseccionalidad de los feminismos negros e indígenas van a abordar la raza y el género mediante la producción académica, política y filosófica, donde pueden encontrar un espacio de lucha todas aquellas diversidades que históricamente no se vieron representadas por las categorías ni "mujer" ni "negro", sino que encontraron un vacío donde no podían explicar por qué si la lucha era para que dejaran de ver a las mujeres como débiles y delicadas, ellas eran sometidas a trabajos forzosos y crueles al igual que los hombres negros. O por qué si el hombre blanco era quien entraba a sus tierras, las violentaba y violaba, también eran los hombres negros quienes las golpeaban o les quitaban la autoridad dentro de su misma comunidad.⁵⁹

Por estos motivos, me gustaría remarcar la importancia del reconocimiento de la identidad de estas mujeres ya no como objetos sexuales, como objetos decorativos o mano de obra barata, sino como sujetas poseedoras de saberes, productoras de conocimiento e iniciadoras de movimientos de cambios estructurales. Lo relevante que es que prácticas como el *blackfishing* dejen de banalizar y comercializar aquello que construye la historia de un colectivo vulnerado. Mientras le sigamos dando lugar a formas de discriminación mainstream no habrá espacio para voces tan relevantes como la de, por ejemplo, Ochy Curiel:

"Cuando una mujer se asume "orgullosamente negra" tambalea la escala de valores negativos y no valorados que sobre ella se ha tenido durante años por su condición racial. Es decir, resimboliza aquello negativo en positivo aunque no necesariamente deconstruye las categorías. Apelar a la política de la identidad para muchas mujeres negras es por tanto un acto político de resistencia y muchas veces de transformación".⁶⁰

BIBLIOGRAFÍA

Afrofeminas, "Blackfishing: la raza no es un accesorio", MURILLO MENA, Gabriela, 21/07/2020, URL <https://afrofeminas.com/2020/07/21/blackfishing-la-raza-no-es-un-accesorio/>, consultado 08/04/2023.

59. LUGONES, "Colonialidad y Género", p. 94.

60. CURIEL, "Identidades esencialistas o construcción de identidades políticas...", p. 107.

- AHMED, Sara, "A phenomenology of whiteness", en *Feminist Theory*, 2007, Vol. 8, N.º 2, pp. 149-168.
- APARICIO, J. Ricardo & BLASER, Mario. "La 'ciudad letrada' y la insurrección de saberes subyugados en América Latina", en LEYVA, Xochitl, ALONSO, Jorge, HERNÁNDEZ, R. Aida y otros/as, *Prácticas otras de conocimiento(s). Entre crisis, entre guerras, Tomo I*, CLACSO, 2018.
- Atlanta Black Star, "Fetishism of Black Women in Mainstream Culture Continues to Rage, Helped Along by Celebrities", MONTFORD, Christina, 06/12/2014, URL <https://atlantablackstar.com/2014/12/06/fetishism-black-women-mainstream-culture-history-future/>, consultado 08/04/2023.
- CASTRO-GÓMEZ, Santiago, *La hybris del punto cero: ciencia, raza e ilustración en la Nueva Granada (1750-1816)*, 2da Ed., Pontificia Universidad Javeriana, 2005.
- CHUKWUDI EZE, Emmanuel, "El color de la razón: la idea de 'raza' en la antropología de Kant" en MIGNOLO, Walter (comp.), *Capitalismo y geopolítica del conocimiento*, Ediciones del Signo, 2001.
- COLLINS, Patricia H., *Black Feminist Thought: Knowledge, Consciousness, and the Politics of Empowerment*, Unwin Hyman, 1990, Boston.
- CUMES, Aura E., "Mujeres indígenas, patriarcado y colonialismo: un desafío a la segregación comprensiva de las formas de dominio", en *Anuario Hojas de Warmi*, 2012, N.º 17, Seminario: Conversatorios sobre Mujeres y Género.
- CURIEL PICHARDO, R. Y. Ochy, "Identidades esencialistas o construcción de identidades políticas: El dilema de las feministas negras", en *Otras Miradas*, 2002, Vol. 2, N.º 2, pp. 96-113.
- , "Género, raza, sexualidad: debates contemporáneos", en *Intervenciones en estudios culturales*, 2017, Vol. 3, N.º 4, pp. 41-61.
- , "Crítica poscolonial desde las prácticas políticas del feminismo antirracista", en *Nómadas*, 2007, N.º 26, pp. 92-101.
- El desconcierto, "Las negras no son tu fetiche", LATORRE, Constanza, 13/01/2019, URL <https://www.eldesconcierto.cl/opinion/2019/01/13/las-negras-no-son-tu-fetiche.html>, consultado 08/04/2023.
- FANON, Frantz, *Piel negra, máscaras blancas*, Ediciones Akal S.A., 2009, traducción de ÁLVAREZ MORENO, Iría, MONLEÓN ALONSO, Paloma, & USEROS MARTÍN, Ana.
- GONZÁLEZ TOSTADO, F. Javier, "Sobre el dilema de la apropiación cultural: arte, diseño y sociedad", en *Estudios sobre Arte Actual*, 2020, N.º 8, pp. 311-320.

- HELLEBRANDOVÁ, Klára, "Escapando a los estereotipos (sexuales) racializados: el caso de las personas afrodescendientes de clase media en Bogotá", en *Revista de Estudios Sociales*, 2014, N.º 94, pp. 87-100.
- LEYVA, Xochitl, CUMES, Aura, MACLEOD, Morna y otros/as, "Prisma de miradas situadas", en LEYVA, Xochitl, ALONSO, Jorge, HERNÁNDEZ, R. Aida y otros/as, *Prácticas otras de conocimiento(s). Entre crisis, entre guerras, Tomo II*, CLACSO, 2018, pp. 10-30.
- LOCKE, John, *Ensayo sobre el gobierno civil*, 2da edición, Aguilar, 1960.
- LUGONES, María, "Colonialidad y Género", en *Tabula Rasa*, 2008, N.º 9, pp. 73-101.
- MAFFÍA, Diana, "Contra las dicotomías: Feminismo y Epistemología crítica", en KOROL, Claudia & CASTRO, G. Cristina (comp.), *Feminismos populares, pedagogías y políticas*, La Fogata Editorial, 2016, pp. 137-151.
- MARTINS, P. Henrique, "Sistema-mundo, globalizaciones y América Latina", en BIALAKOWSKY, Alberto L., CATHALIFAUD, Marcelo A. & MARTINS, P. Henrique (comp.), *El pensamiento latinoamericano: diálogos en ALAS*, Teseo, 2015, pp. 63-84.
- MASSON, Sabine, "Sexo/género, clase, raza: feminismo descolonial frente a la globalización. Reflexiones inspiradas a partir de la lucha de las mujeres indígenas en Chiapas", en *Andamios*, 2011, Vol. 8, N.º 17, pp. 145-177.
- OLSEN, Frances, "El sexo del derecho", en RUIZ, Alicia E. C. (comp.), *Identidad femenina y discurso jurídico*, Editorial Biblos, Colección Identidad, Mujer y Derecho, 2000, pp. 25-42.
- Proyecto Kahlo, "El fetiche de las mujeres negras", 01/04/2017, URL <https://proyecto-kahlo.com/2017/04/el-fetiche-de-las-mujeres-negras/>, consultado el 08/04/2023.
- VIGOYA VIVEROS, Mara, "La sexualización de la raza y la racialización de la sexualidad en el contexto latinoamericano actual", en CAREAGA, Gloria, *Memorias del 1er. Encuentro Latinoamericano y del Caribe. La sexualidad frente a la sociedad*, Sigma Servicios Editoriales, 2008, pp. 168-198.
- WALLERSTEIN, Immanuel, *Análisis de sistemas- mundo. Una introducción*, Siglo veintiuno editores, 2005, pp.5-31.
- WIGDOR BARD, Gabriela & ARTAZO, Gabriela, "Pensamiento feminista Latinoamericano: Reflexiones sobre la colonialidad del saber/poder y la sexualidad", en *Cultura y representaciones sociales*, 2017, Vol. 11, N.º 2, pp. 193-219.

YOUNG, Iris M., *La justicia y la política de la diferencia*, Princeton University Press, Ediciones Cátedra, 1990, traducción de ÁLVAREZ, Silvina. YouTube, “Sojourner Truth discurso: Acaso no soy mujer?”, 02:25, URL <https://www.youtube.com/watch?v=fu9vjEmGFjU&list=PLeX6i6ge7Lcy0Hw2fvf53etLc5UFr0o3w&index=86&t=81s>, consultado 08/04/2023.

RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

“LA CORTE Y SUS PRESIDENCIAS”: LA CORTE ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI I, DE PAULA GAIDO Y LAURA CLÉRICO*

TOMÁS FERNANDEZ FIKS**

La Corte Enrique Santiago Petracchi I es el título de la tercera entrega de la colección “La Corte y sus presidencias”, dirigida por Paula Gaido y Laura Clérico. Esta antología propone un enfoque novedoso para el estudio de la Corte Suprema argentina, tomando como punto de partida el retorno de la democracia en el año 1983. La novedad radica en varios aspectos. En primer lugar, puede mencionarse la elección de los distintos presidentes de la Corte como criterio de demarcación del objeto de estudio. Esta decisión metodológica tiene al menos dos ventajas significativas respecto de la alternativa más común, que consiste en identificar a las distintas etapas de la Corte Suprema según el presidente de la Nación en ejercicio (v.g., la Corte Alfonsín, la Corte Menem, etc.). La primera de ellas es que permite distinguir con mayor precisión los momentos trascendentales en la historia del tribunal supremo, pues no es infrecuente que, dentro de un mismo gobierno, la Corte varíe su conformación, su posicionamiento político e incluso su jurisprudencia. Enfocarse en quién ejerce la presidencia de la Corte en lugar de en quién ejerce la presidencia del país permite entonces retratar con mayor exactitud las características de la Corte Suprema en un momento dado. La segunda ventaja de poner el énfasis en el presidente de la Corte es, como señala M. Jimena Sáenz en uno de los capítulos del libro, que ello conduce a prestar atención a una serie de cuestiones que le competen a quien ocupa esa función y que son normalmente pasadas por alto: por ejemplo, las decisiones administrativas adoptadas por la Corte en el marco de su gestión como “cabeza” del Poder Judicial, la relación de la

* Recepción del original: 16/12/2022. Aceptación: 22/12/2022.

** Abogado, Universidad Nacional de Mar del Plata. Actual doctorando en la Universidad de Buenos Aires.

Corte con los otros poderes del Estado a partir de la actividad desplegada por su presidente, etc.

Otro de los aspectos novedosos que caracteriza a la colección es su abordaje interdisciplinario. Los distintos volúmenes que la componen contienen una serie de artículos escritos por autores expertos en diversas materias, compilados por un editor invitado que es designado especialmente para cada número, y abarcan temáticas que exceden lo estrictamente jurídico (o, al menos, exceden lo jurídico entendido en un sentido restringido, según el cual la producción jurídica de la Corte se limitaría a sus fallos). Esta impronta se manifiesta con claridad en el tomo que me toca reseñar, editado por Claudina Orunesu, en el cual es posible encontrar un análisis global de la Corte examinada, que abarca sus principales fallos, criterios interpretativos, acordadas y también su desempeño como actor político.

La Corte Suprema analizada es aquella presidida por Enrique Petracchi entre septiembre de 1989 y abril de 1990. La corta extensión de esa presidencia no deja dudas acerca de su carácter transicional, aunque no por ello se trata de un período poco interesante en la historia de la Corte. El episodio que precipitó la asunción de Petracchi como presidente fue el dictado de la Acordada Nro. 44/89, redactada por el propio ministro, mediante la cual la Corte asumía una posición crítica respecto del proyecto de ley enviado al Congreso por el Poder Ejecutivo con el objetivo de ampliar el número de integrantes del tribunal supremo, de cinco a nueve miembros. El entonces presidente de la Corte, José Severo Caballero, entendió que tal pronunciamiento implicaba una intromisión indebida de la Corte en las esferas de los restantes poderes estatales, y presentó su renuncia a la presidencia. Petracchi fue entonces quien lo sucedió en esa función, hasta abril de 1991, cuando Ricardo Levene (h) se convirtió en el presidente de una renovada Corte, tras el éxito de la iniciativa de ampliación. Estos sucesos, como también el contexto político y social más amplio en el que se inscribieron, son objeto de un extenso análisis a lo largo del libro.

En el primer capítulo, “La Corte Suprema bajo la presidencia de Enrique Petracchi (1989-1990)”, Claudina Orunesu examina la práctica interpretativa de la “Corte Petracchi”, es decir, la manera en que ese tribunal acostumbraba a interpretar el derecho. Según relata Orunesu, Petracchi fue siempre un defensor del control judicial de constitucionalidad, al que consideraba previsto en el mismo texto de la Constitución. En su mirada, los jueces tenían el deber de garantizar el respeto de los derechos individuales fundamentales ante los posibles atropellos de las mayorías

circunstanciales. Sin embargo, no desconocía los riesgos inherentes a esa función y era consciente de que los jueces no debían modificar las decisiones legislativas y ejecutivas con las que estuvieran meramente en desacuerdo para imponer sus propias preferencias.

Señala Orunesu, en línea con lo anterior, que Petracchi creía que las decisiones de la Corte Suprema eran decisiones políticas, pero no sólo políticas, sino también jurídicas. Por lo tanto, debían adecuarse al texto de la Constitución. Se apartaba así de la tesis de la indeterminación radical —según la cual el derecho se encuentra totalmente indeterminado—, pero también de la tesis de la única respuesta correcta.¹ La tesis intermedia a la que suscribía se podría resumir en la idea de que la Constitución era, para él, “un marco de posibilidades” (p. 21).

Sentada esta base, Orunesu analiza la manera en que la Corte presidida por Petracchi solía interpretar las disposiciones legales, señalando ciertas tensiones o inconsistencias que se observan entre algunas decisiones más deferentes al texto legal, que partían de la base de que no era posible prescindir de la letra de la ley, y otras según las cuales era correcto apartarse del texto cuando se revelara como inadecuado a la luz de la justificación subyacente de la norma de la que se tratara. Asimismo, la autora identifica la disparidad de criterios existente entre algunas interpretaciones que asignaban un papel relevante a la intención del legislador y otras que prescindían de ella y privilegiaban, a partir de referencias vagas al “espíritu de la norma”, aquello que el intérprete consideraba que era la justificación u objetivos de la regla bajo consideración.² Esta diversa práctica interpretativa es ilustrada por Orunesu a través de decisiones puntuales de la Corte, aspecto que facilita que el lector advierta los efectos concretos que se siguen de aplicar uno u otro criterio interpretativo.

En *La Corte Petracchi y su tiempo*, Alfonsina Guardia ofrece una reconstrucción del contexto político, institucional y socioeconómico del período bajo estudio, poniendo el énfasis en tres ejes temáticos: los indultos dictados por Carlos Menem, la ampliación de la CSJN y la puesta

1. Para una presentación formidable de estas tesis ver RODRÍGUEZ, *Teoría analítica del derecho*, pp. 561-591.

2. La disparidad de criterios interpretativos utilizados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sido también señalada, entre otros, por Roberto Gargarella; véase GARGARELLA, *De la alquimia interpretativa al maltrato constitucional. La interpretación del derecho en manos de la Corte Suprema Argentina*.

en marcha de un programa de políticas económicas de tinte neoliberal. Con relación a los indultos, luego de narrar el clima social y político en el que fueron dictados, la autora describe la posición adoptada por la Corte presidida por Petracchi, consistente en la remisión de las causas que se hallaban en su jurisdicción a sus respectivos tribunales originarios para que se adoptaran las medidas pertinentes en relación con los indultados. Guardia luego desarrolla un análisis profundo de la iniciativa de ampliar la Corte que motivara el dictado de la Acordada Nro. 44/89, la renuncia de Caballero a la presidencia de la Corte y la consecuente asunción de Petracchi en esa función. A partir de los testimonios de los principales actores involucrados en ese derrotero, la autora da cuenta de las distintas posiciones en juego: mientras algunos creían que el pronunciamiento de la Corte suponía un conflicto entre los poderes del Estado, otros entendían que se trataba de un sano ejercicio de diálogo institucional. A su vez, un sector opinaba que la iniciativa de ampliar la Corte escondía el propósito de cooptar el Poder Judicial, en contraposición a otro que sostenía que se trataba de una medida de carácter técnico que contribuiría a mejorar el funcionamiento del tribunal supremo. Finalmente, el texto hace hincapié en una serie de medidas económicas adoptadas por el gobierno de Menem y la repercusión que estas tuvieron en la vida social, política e institucional del país en los años venideros. El artículo de Guardia contribuye, de esta forma, a situar al lector en un momento concreto de la historia argentina, con el fin de contextualizar el funcionamiento de la Corte Suprema en aquellos años.

En “Enrique Santiago Petracchi: Semblanza”, Enrique T. Bianchi, quien fuera secretario letrado de la vocalía de Petracchi en la Corte Suprema de Justicia, ofrece una mirada “desde dentro”, respecto de la Corte sobre la que versa el libro. Se trata de un texto interesante, porque en él Bianchi da cuenta de cómo es el funcionamiento cotidiano de la Corte—esto es, cómo transcurre un día de trabajo en la Corte Suprema de Justicia de la Nación—. Quizá sin siquiera proponérselo, el autor nos recuerda que los tribunales no son entidades celestiales sino, antes bien, grupos de trabajo compuestos por personas comunes y corrientes, cuyos directores son los jueces. En relación con este punto, Bianchi destaca la honorabilidad y el compromiso de Petracchi con la función judicial, y resalta sus aptitudes como conductor del equipo tribunalicio. En este sentido, destaca:

“[P]roducía con sus colaboradores un círculo virtuoso. Percibiendo en cada uno de ellos los aspectos en que más se destacaban (la creatividad, el rigor lógico, la versación jurídica, la meticulosidad, la facultad crítica), los favorecía y subrayaba. Esto hacía que el colaborador buscara potenciar aquellas cualidades apreciadas por el Ministro”. (p. 78).

En el capítulo siguiente, “La Corte Petracchi a través de sus acordadas y resoluciones”, M. Jimena Sáenz parte de la premisa de que la Corte Suprema no solo se expresa a través de sus sentencias, sino también de sus acordadas y resoluciones de superintendencia. Asimismo, añade que, en ocasiones, esas resoluciones fijan criterios sustantivos acerca de cuestiones relacionadas con el ámbito de los derechos o las pautas de interpretación de las leyes. De lo anterior extrae la conclusión de que un estudio acabado del tribunal supremo no puede prescindir de esas directivas que suelen considerarse de menor importancia. A partir de esta afirmación, la autora analiza una serie de acordadas y resoluciones dictadas por la Corte presidida por Petracchi, que abarcan temas diversos como la organización interna de la Corte y del Poder Judicial de la Nación, los mecanismos de designación de empleados y funcionarios, los derechos del personal judicial, la gestión de los recursos del Poder Judicial y las relaciones con los poderes políticos y otros actores institucionales. Se trata de un trabajo de investigación notable, en cuanto supone el rastreo y análisis de resoluciones que, dado su carácter interno, no tienen el grado de publicidad y difusión que tienen los fallos judiciales.

El aporte de Tobías J. Schleider, “Las curvas de la acusación. Un análisis de la saga que inauguró el fallo ‘Tarifeño’”, se centra en la jurisprudencia de la Corte en torno a una cuestión relacionada con el derecho procesal penal: el requisito de que exista una “acusación” para imponer una condena. Según el autor:

“[L]a cuestión puntual que se decide en estas causas es si un tribunal penal tiene la potestad de condenar a un imputado aun cuando el fiscal, luego de producirse las pruebas del caso, decide solicitar que el imputado sea absuelto (algo que tiene la obligación de hacer si considera que no existe, por alguna razón, mérito para condenarlo)” (p. 116).

El punto de partida del trabajo es el fallo “Tarifeño”, dictado el 28 de diciembre de 1989, en el que la CSJN absolvió al imputado al considerar que en el proceso se había dictado una condena sin que mediase acusación—dado que el tribunal de juicio condenó a Tarifeño a pesar de que el fiscal, durante el debate, había solicitado su absolución— en violación al art. 18 de la Constitución Nacional.

Señala Schleider que la línea interpretativa fijada en Tarifeño sufrió una interrupción abrupta en agosto de 2002, con el dictado del fallo “Marcilese”, en el cual la Corte confirmó una condena impuesta por el tribunal de juicio en un caso en el que el fiscal había solicitado la absolución del imputado al culminar el debate. Finalmente, el autor hace referencia al fallo “Mostaccio”—resuelto el 17 de febrero de 2004— en el cual la Corte retoma el criterio fijado en “Tarifeño”.

A partir de esta seguidilla de fallos, Schleider identifica las diversas posiciones sostenidas por la Corte en sus distintas composiciones y las diferencias de criterio existentes entre sus ministros, en relación con cuestiones que atañen a la materia específica de tales precedentes (por ejemplo, la pregunta acerca de cuándo se debe tener por consolidada la “acusación”), pero también respecto de aspectos más generales que resultan centrales para entender la manera de aplicar el derecho de la Corte (por ejemplo, la cuestión de la obligatoriedad de los precedentes). Gracias a esta amplitud, el trabajo no sólo arroja luz sobre un tema puntual en la jurisprudencia de la Corte, sino también sobre la forma en que el tribunal supremo opera con relación a sus propios criterios decisorios.

“La reja se te pega en el alma. El fallo Arena y las requisas corporales durante las visitas carcelarias”, escrito por Agustina Ramón Michel, es quizá el texto más crítico de la jurisprudencia de la Corte Petracchi que obra en el volumen. La crítica efectuada por la autora se dirige contra el fallo “Arena” dictado por la CSJN en fecha 21 de noviembre de 1989. Según relata Ramón Michel, los antecedentes del fallo fueron los siguientes: M. Arena y su hija K. de 13 años demandaron, vía amparo, al Estado Nacional por las reiteradas revisiones vaginales oculares a las que eran sometidas, sin ningún tipo de control ni cuidado, cada vez que visitaban a su marido y padre, respectivamente, quien se encontraba detenido en la Unidad Caseros. Alegaron, en su demanda, que tales inspecciones resultaban violatorias de las garantías del debido proceso, el derecho a la dignidad, y que contrariaban la Ley Orgánica del Servicio Penitenciario Federal.

Por su parte, el Servicio Penitenciario Federal se defendió argumentando que las requisas se encontraban habilitadas por un reglamento interno y estaban justificadas por razones de seguridad, pues en otras ocasiones se había constatado el ingreso de mujeres al penal con sustancias estupefacientes en sus vaginas. El juez de primera instancia desestimó el amparo, pero la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal hizo lugar a éste y ordenó al Servicio Penitenciario Federal que cesara las inspecciones impugnadas. La Cámara sostuvo, en apoyo de su decisión, que las requisas vaginales constituían una invasión al derecho a la intimidad y la integridad física, y ofendían la conciencia y el honor, añadiendo que debía requerirse autorización judicial para efectuar ese tipo de inspecciones.

La resolución de la Cámara fue recurrida y la Corte presidida por Petracchi hizo lugar al recurso, dejó sin efecto la sentencia y declaró la constitucionalidad de las requisas vaginales. El argumento central del fallo fue que las requisas vaginales no eran “manifiestamente arbitrarias”, porque había una razón constitucional que las sustentaba —la preservación de un “interés estatal vital”— y además eran necesarias, pues no existían medios alternativos para cumplir con su cometido. En virtud de lo resuelto por la Corte, M. y K. interpusieron una denuncia frente a la CIDH. El caso, que pasó a llamarse “X e Y vs. Argentina”, no llegó a la Corte Interamericana, dado que se arribó a una solución amistosa con el Estado argentino. Sin embargo, la denuncia motivó la producción de un informe por parte de la CIDH que posteriormente tuvo acogida en la jurisprudencia nacional, y que estableció que la legitimidad de las inspecciones vaginales debía ser analizada a través de un estándar más exigente que aquel empleado por la Corte en “Arena”.

Ramón Michel analiza detenidamente estas resoluciones y, en especial, el fallo dictado por la Corte Suprema, al cual formula una serie de objeciones. Particularmente, la autora cuestiona la manera en que la Corte efectuó los exámenes de razonabilidad, proporcionalidad y necesidad para valorar la medida cuestionada. Sin perjuicio de ello, una de las principales virtudes del texto es que el fino análisis jurídico es complementado con la mención de testimonios reales de mujeres afectadas de manera rutinaria por las requisas vaginales, los cuales permiten ilustrar con claridad el drama humano detrás de las resoluciones jurídicas comentadas. El texto propone, de este modo, una forma más empática de aplicar el derecho.

Por último, y a modo de anexo, el libro contiene una traducción efectuada por Celina Giraudy del clásico texto del profesor Jonathan Miller de la Southwestern Law School, “Evaluating the Argentine Supreme Court under Presidents Alfonsín and Menem (1983-1999)”, publicado originalmente en la revista *Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas*, t. 7, del año 2000. Se trata de una incorporación bienvenida, pues por primera vez se cuenta en nuestro país con una versión en español del artículo de Miller, que constituye una referencia obligada en el marco de los estudios sobre la Corte Suprema argentina. Como surge del propio título, el artículo abarca, pero también excede, a la Corte Petracchi. Es un trabajo sumamente riguroso, que presenta un estudio de los principales fallos dictados por el tribunal supremo en el extenso período analizado, haciendo hincapié en las diferencias de criterio existentes entre sus distintas composiciones durante ese lapso. Uno de los rasgos más notables del texto—rasgo que, en general, está presente a lo largo de todo el libro— es que la actividad de la Corte es analizada desde una perspectiva dual, que abarca tanto al contexto de justificación como al de explicación. Es decir, el análisis comprende a lo que podríamos llamar la justificación “interna” de las decisiones de la Corte (las razones jurídicas utilizadas por la Corte para justificar sus resoluciones) y también a la explicación “externa” de tales decisiones (los factores políticos, sociales, culturales, e incluso psicológicos que permiten explicar, desde la perspectiva de un observador, las causas de un determinado accionar—en este caso, de un fallo judicial—).

Para culminar, es adecuado destacar un aspecto en particular del libro, que es su amplitud. Pues, si bien el volumen contiene información valiosa acerca de los vaivenes de la Corte Suprema presidida por Santiago Petracchi entre septiembre de 1989 y abril de 1990, no se limita a ello. Por el contrario, también enseña sobre historia argentina, interpretación constitucional, el funcionamiento interno de un tribunal superior, las normas que rigen el proceso penal, el alcance de ciertas garantías constitucionales y otros temas tan ricos como esos. Por esto, se trata de un libro recomendable no solo a quienes deseen indagar en la historia de la Corte Suprema argentina, sino también a quienes se encuentren interesados en profundizar sobre alguno de los temas desarrollados en cada uno de los capítulos que lo componen.

BIBLIOGRAFÍA

RODRÍGUEZ, Jorge L., *Teoría analítica del derecho*, Marcial Pons, 2021, Buenos Aires, pp. 561-591.

GARGARELLA, Roberto, “De la alquimia interpretativa al maltrato constitucional. La interpretación del derecho en manos de la Corte Suprema Argentina”, en *Lexis Nexis Jurisprudencia Argentina*, 2007 vol. II p. 3-10, URL <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3015/6.pdf>, consultado 09/02/22.

TERM REVIEW

EL PISO ES LAVA: LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN EN 2022*

GUSTAVO ARBALLO**

Resumen: Este trabajo consiste en una revisión de los casos más relevantes resueltos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina en 2022. Los fallos elegidos son agrupados por ejes temáticos y descriptos en forma breve para explicar las bases e implicancias de las decisiones. El resumen busca encontrar aserciones, evoluciones, innovaciones y áreas de incertidumbre que aparecen en la jurisprudencia reciente de la Corte. El panorama abarca la revisión tanto de fallos políticos como de decisiones interpretativas importantes para la aplicación del derecho, así como una revisión de temas y casos que revelan discontinuidades y decisiones “atípicas”. El capítulo conclusivo busca reconocer claves de lectura para la teorización y el análisis de la jurisprudencia de tribunales superiores en contextos complejos.

Palabras clave: derecho constitucional — jurisprudencia — corte suprema de argentina — control de constitucionalidad — activismo judicial — cuestiones políticas

Abstract: This work presents an overview of the relevant rulings of the Argentine Supreme Court for the year 2022. The reviewed rulings are organized by theme and briefly described to explain the basis and implications of the decisions. Each chapter aims to identify and describe statements, evolutions, innovations, and areas of uncertainty in the Court’s recent rulings. This essay covers political cases, important interpretive decisions, and rulings that reveal discontinuities and “atypical” decisions. The final chapters seek to point out some features for theorizing and analyzing the case law of higher courts in convoluted contexts.

Keywords: constitutional law — argentina supreme court — judicial review — judicial activism — political questions

* Recepción del original: 02/01/2023. Aceptación: 23/02/2023.

** Abogado de la Universidad Nacional de La Plata.

I. INTRODUCCIÓN

I.A. Advertencias bajo el volcán

Un tribunal como la Corte Suprema tiene una agenda compleja y diversa, con múltiples dimensiones, jurídicas y políticas. El año que reportamos nos muestra una erupción controlada de doctrina básica, con dosis parejas de magma político, humo hermenéutico y lava resolutive.

Para este artículo, no obstante, vamos a definir nuestro campo visual que será acotado: obviaremos tanto la actividad *no jurisdiccional* en sentido estricto (vale decir, la que el tribunal puede expresar por acordadas) como la que se relaciona con las actuaciones públicas no decisorias ni reglamentarias de la Corte (sobre todo, por declaraciones públicas, discursos y producción doctrinaria de sus miembros). También obviaremos áreas técnicas como los desarrollos y actividades en sus secretarías no involucradas en el trámite jurisdiccional. Estas “dimensiones” no son solo fértiles sino también insoslayables para entender un contexto completo de su funcionamiento, pero aquí nos limitaremos únicamente a sus decisiones judiciales: fallos y resoluciones que fueron dictadas en el curso de 2022.

La segunda prevención es que haremos un recorte transversal (como todo recorte, pasible de omisiones) de decisiones que hemos juzgado relevantes, y la intención es que cada una de ellas sea objeto de una síntesis que reporte lo esencial de las razones de la Corte y lo que implican para una visión técnica y político-institucional, en la medida en que ello sea pertinente. Para mantener tal síntesis nos ceñiremos a lo dicho por la Corte misma, dejando la necesaria aclaración de que cada uno de los temas puede ser objeto de disquisiciones y reflexiones de mayor calado por parte de la doctrina, en cuyo foco de análisis fueron y serán objeto de comentarios específicos a estos fallos o líneas de fallos.

El *racconto* que haremos en lo sucesivo tiene un eje organizador dado por el título de cada apartado, pero trataremos de evitar una lógica expositiva aluvional, buscando hilos comunicantes y conexiones que iremos exponiendo en su desarrollo.

I.B. Noticias en desarrollo

Una última advertencia: muchos de estos fallos pueden verse no como “cosa juzgada”, sino como una “noticia en desarrollo” y, seguramente,

habrá eventos relacionados con ellos que sean públicos y notorios en el momento en que el lector esté siguiendo estas páginas.¹ Esta es una de las primeras claves de lectura que retomaremos al final: la era de las sentencias *rizomáticas*, que se desgranán en decisiones derivativas, que interpretan y aplican y ejecutan y proyectan criterios y decisiones. Un fenómeno que no nació en 2022, pero que está llamado a ser un paisaje constitutivo de la jurisdicción en un grado mucho mayor al que la Corte y la teoría clásica estarían dispuestos a reconocer: hay áreas donde estamos firmemente anclados en zonas graníticas, muy estables, y otras donde *el piso es lava*.

II. LA SAGA DEL CONSEJO DE LA MAGISTRATURA

II.A. El legado del fallo de 2021

En 2022 hemos visto algunos fallos que fueron secuelas de la sentencia del 16 de diciembre de 2021 que declaró la inconstitucionalidad de la reforma de 2006 al Consejo de la Magistratura.² En ese pronunciamiento —cuya importancia no puede ser exagerada— la Corte abrió un plazo de 120 días para que el Consejo se constituyera conforme a la ley previa a esa reforma en la que la composición era de veinte miembros.

Ese plazo venció el 15 de abril de 2022 y en virtud de ello se siguió el proceso para nominar a los miembros que debían completar la integración: dos representantes de los abogados de la matrícula federal, un representante de los jueces del Poder Judicial de la Nación y un representante del ámbito académico y científico elegido por el Consejo Interuniversitario Nacional.

En este contexto, el aspecto que suscitó polémica —y luego, judicialización— fue el de la designación de miembros del Congreso de la Nación

1. Como línea temporal de referencia, aclaramos que este trabajo reporta documentos y hechos conocidos hasta el 31 de diciembre de 2022.

2. CSJN, “Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires y otro c/ EN-ley 26080-Dto 816/99 y otros s/ proceso de conocimiento”. Cabe acotar que el mandato remedial de reconstituir el Consejo conforme a la ley anterior es el voto de mayoría de los jueces Rosatti, Maqueda y Rosenkrantz; en disidencia parcial, el juez Lorenzetti compartía la inconstitucionalidad de la reforma, pero entiende que de ello no se podía seguir la reactivación de una ley derogada.

(correspondía elegir sendos miembros de “segunda minoría”, por Senado y por Cámara de Diputados, conforme a la “renacida” ley anterior).

II.B. Los fallos de abril

Pero esos miembros no habían sido elegidos al vencimiento de ese plazo. En un fallo del 18 de abril de 2022, la Corte tuvo que interpretar —y en la práctica, modificar— su sentencia de 2021 en la que se pautaba la asunción “conjunta y simultánea” de los “nuevos” consejeros, y permitir una incorporación parcial. Para esa decisión, la Corte consideró que de lo contrario cualquier estamento podría implícitamente “frustrar o paralizar el funcionamiento de un órgano de rango constitucional”, impidiendo con ello la participación de los otros que cumplieron en tiempo con el mandato de nombrar representantes.³

En otro fallo del mismo día —“Casaretto”— el tribunal dejó sin efecto el amparo que un diputado nacional había obtenido para ordenar a las Cámaras de Senadores y Diputados a que se abstuvieran de nombrar representantes en el Consejo de la Magistratura mientras no se hubiera sancionado una ley. Para la Corte —que se pronunció en lógica cautelar—, la decisión representaba un alzamiento inadmisibles contra la sentencia dictada en 2021, pues impediría que se ejecute lo allí dispuesto en cuanto al estamento de los legisladores.

El lenguaje de la decisión es inusualmente duro y habla de una “ostensible ausencia de jurisdicción” que venía a “irrumper de manera absolutamente irregular en la ejecución de la sentencia firme dictada por el Tribunal”, lo que conllevó “un grave desconocimiento de su superior autoridad e implicó un acto que en sí mismo atenta contra una de las piedras basales del orden establecido por la Constitución Nacional”.⁴ Así dispuso la nulidad de todo lo actuado en el expediente y ordenó comunicar la decisión al Consejo de la Magistratura a fin de que evalúe la conducta del magistrado (un temperamento altamente inusual en el historial de decisiones). De esa forma, la Corte blindó su decisión y emitió un mensaje fuertísimo

3. CSJN, “Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires y otro c/ EN-ley 26080-dto 816/99 y otros s/ proceso de conocimiento”. Esta decisión no tiene disidencias, pero fue suscripta únicamente por los jueces Rosatti, Maqueda y Rosenkrantz.

4. CSJN, “Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires s/ avocación en autos: Casaretto, Marcelo Pablo c/ Cámara De Diputados Nacionales y otro s/ amparo”.

con respecto a la judiciabilidad derivada de estas. El mensaje parece haber sido: una vez que habla la Corte, no hay litigios de segunda generación (lo cual, ciertamente, no sucedió).

II.C. El fallo de noviembre y su contexto

Despejado ese frente judicial, la representación por "segunda" minoría se zanjaría con particularidades. En la Cámara de Diputados la condición se le asignaría a una representante del radicalismo (Roxana Reyes), integrante de un interbloque que se integra con el espacio político PRO que había designado ya un representante por "minoría". En el Senado la representación se le daría a Martín Doñate, luego de que se informara una escisión del bloque oficialista (Frente para la Victoria), que ya tenía representación por mayoría. En ambos casos existía un margen de discusión que dio lugar a cuestionamientos e interpretaciones: la posibilidad de que las designaciones no se correspondan con los bloques "constituidos" sino con arreglos *ad hoc*, la situación ambigua de los interbloques y las escisiones y fusiones.

Esto puso a la Corte en un dilema: o bien dar deferencia a las decisiones parlamentarias (decisión que había sido jurisprudencia firme en tribunales inferiores en casos similares anteriores),⁵ o constituirse en guardiana de la pluralidad representativa establecida en la ley. Su comportamiento (pues el *timing* también entorna el caso) fue estratégico: al filo mismo de extinguirse el mandato de Doñate (abriendo de contingencia de tornar abstracto todo planteo al respecto) el tribunal optó por considerar la cuestión justiciable e invalidar su designación.

5. En 2015, se produjo una vacante que correspondía a una diputada del Frente para la Victoria como representante de la mayoría. La misma fue cubierta por un representante del PRO que fue designado para completar su mandato con el acuerdo de diputados de diversos espacios. El recurso judicial del bloque del FPV fue desestimado por el juez Lavié Pico, quien consideró que tal revisión "importaría avanzar en torno a una cuestión privativa de otro poder del Estado; disponiendo sobre el procedimiento materializado por los distintos bloques e interbloques de la Cámara de Diputados de la Nación" y "supondría el inadmisibles reconocimientos de que los jueces sean llamados en auxilio de un grupo de legisladores que en realidad sólo se quejan de haber fracasado en el juego de las mayorías y minorías propio del sistema republicano y democrático garantizado por la Constitución Nacional". Cfr. Juzgado Contencioso Administrativo Federal N.º 6, "Alonso, María Luz y otros c/ EN-Honorable Cámara de Diputados de la Nación s/ Amparo Ley 16.986".

La decisión, del 8 de noviembre de 2022, hizo lugar a la acción de amparo deducida por legisladores del “Frente Pro” y declaró la nulidad del decreto parlamentario que designaba lo que reputó como una “división en dos” del bloque “Frente de Todos” puntualizando que “dicha partición implica un apartamiento de lo resuelto en su sentencia de 2021, violando la finalidad representativa de la ley 24.937.

Aquí el argumento de la Corte se sostiene en una mirada que explícitamente indaga en motivaciones y efectos: su valoración será que “la división referida no obedece a fines genuinos sino al objetivo de una fuerza política de ocupar en el Consejo de la Magistratura un lugar que no le corresponde”; y juzgó que ello “contradice las exigencias de equilibrio y complementariedad propios del principio de colaboración sin interferencias entre órganos constitucionales”. Aludiendo a un “principio de buena fe constitucional”, la Corte advierte que “la deferencia del Poder Judicial al ejercicio que hace otro poder del Estado de sus potestades propias nunca significó una patente de corso para burlar el debido proceso parlamentario”.

Esto implica una toma de postura fuerte en relación al control judicial y al respecto consideró que —planteado que fuera un caso— le concernía “revisar el cumplimiento de un aspecto no discrecional del proceso por el cual el Poder Legislativo participa en la conformación de un órgano constitucional del Poder Judicial como es el Consejo de la Magistratura”.

Como matiz apuntamos que la Corte usó otro argumento más minimalista y cronológico para fundar su decisión: dijo que la fecha de la notificación de su sentencia era el momento que el Congreso debía tener en cuenta para determinar cuál sería el bloque de “segunda minoría”, y por eso entendía que la Cámara debía computarlo con sujeción a ese momento. Prescindir de esa fecha, explica el fallo, fue lo que dio pie a que “luego de conocido el pronunciamiento del Tribunal una de las cámaras del Congreso reformulara los bloques existentes y así alterara la finalidad de pluralidad representativa”.⁶

6. CSJN, “Juez, Luis Alfredo y otro c/ Honorable Cámara de Senadores de la Nación s/ Amparo Ley 16.986”.

II.C.1 ¿Ingresando en “cuestiones políticas”? (una analogía con el “gerrymandering”)

Para entender el fallo —que implica un “elevar la apuesta” sobre el fallo de 2021— importa además su efecto pragmático que es también técnico. Viene a cuento el recuerdo de *Baker v. Carr*, el caso de la Corte de los Estados Unidos de 1962 que estableció una punta de lanza para abrir la oclusiva doctrina de las “cuestiones políticas” como coto vedado.⁷ En ese caso la controversia se suscitaba por la definición de distritos electorales perimetrizados con la intención subyacente de maximizar la representación del partido político que tenía la posibilidad de definir distritos, lo que llevaba a definir mapas anómalos e intencionados para ese efecto. La alquimia distrital arrojaba mapas con forma de salamandra, lo que dio pie al concepto del *gerrymandering*, asociado a una anécdota que lo encarnaba: fue Elbridge Gerry quien como gobernador de Massachusetts puso en vigor en 1812 una delimitación que tenía forma de salamandra: más allá de la anécdota de origen, la práctica política distorsiva implícita se vería replicada con alta intensidad dando lugar a abusos y la consecuente acotación de la Corte de los Estados Unidos (que hasta nuestros días se dedicará a recibir y decidir casos por objeciones de delimitación territorial).

Pues bien, aquí no se trataba de un *gerrymandering* electoral, sino de uno de fuente parlamentaria, que vio un modo de maximizar su representación con la simple autodivisión de un bloque para capturar la pendiente banca de segunda minoría, una respuesta o reacción que el fallo de 2021 ciertamente no había previsto (así como la práctica parlamentaria anterior no hacía prever tal control judicial).

Aun asumiendo su plausibilidad, el desafío para la Corte es mantener encapsulada esta potestad de revisión: la remoción del velo formal y su búsqueda de esencialismos y de “genuinidad” en la conformación de bloques puede generar una secuencia problemática, en la que en lugar de normalizar y neutralizar el curso de las decisiones parlamentarias resulte una doctrina que fomente y escale la judicialización en un escenario inestable —el de la composición y recomposición de “bloques” y bancadas— donde también históricamente “el piso es lava”.

7. United States Supreme Court, “*Baker v. Carr*”.

III. LIBERTAD DE EXPRESIÓN

III.A. No hay “derecho al olvido”

El caso más mediático de la Corte fue, paradójicamente, un caso de “derecho al olvido”. Natalia Denegri lo invocaba al solicitar “desindexar” *links* y videos de sus participaciones en programas televisivos de la década de 1990, cuando había sido objeto de atención en el marco del “Caso Coppola” que investigaba al entonces *manager* de Diego Maradona —en un proceso que ulteriormente se comprobaría viciado y direccionado—. Instancias anteriores habían aceptado la demanda considerando que esos segmentos —en los que la actora había en su momento participado voluntariamente— no tenían ya ninguna relevancia informativa. La Corte le dedicó dos audiencias (de gran interés y con valiosos intercambios) que se celebraron el 17 y 18 de marzo, y el fallo guardó una razonable continuidad temporal pues fue suscripto el 28 de junio.

Al cabo, la sentencia (unánime en su sentido, pero elaborada a través de diferentes votos de los miembros del tribunal) rechazó el planteo, entendiendo que no encontraba fundamento constitucional ni legal alguno que avale tal “derecho al olvido”, y realzando como impedimento para ello la amplia protección constitucional (“preeminente”) a la libertad de expresión, aplicable también al derecho de transmitir ideas, hechos y opiniones a través de internet.⁸

El fallo se explaya sobre cuestiones conexas: la Corte razona que en las solicitudes de bloqueo podría reconocerse de modo “excepcional” un supuesto de “tutela preventiva” en un contexto —el de los motores de búsqueda— en el que dicho daño, una vez producido, continúa generándose. Asimismo, planteó la necesidad de asumir hacia el futuro la problemática de ciertos aspectos del funcionamiento de los algoritmos de los que se sirven los motores de búsqueda, para que resultaran más entendibles y transparentes para los usuarios (argumento desarrollado en el voto concurrente de Lorenzetti).

Con “Denegri” la Corte sigue construyendo —como lo hace desde el *leading case* de “Belén Rodríguez” de 2014— un corpus jurisprudencial sobre búsquedas y resultados en internet, en el que busca ponderar

8. CSJN, “Denegri, Natalia Ruth c/ Google Inc. s/ Derechos Personalísimos”.

el derecho a la libertad de expresión con medidas que tomen nota de la posibilidad de afectar derechos. El reconocimiento del “derecho al olvido” simplemente era incongruente con esa trayectoria.

III.B. Publicación no autorizada e interés público

El lugar preeminente de la libertad de expresión es también el telón de fondo de otro caso (“Masci”) en el que se revocó un fallo que condenaba al director de un sitio periodístico por el delito de publicación indebida de una comunicación electrónica. La Corte echó mano del criterio de amplitud recursiva de “Casal” para concluir que el tribunal provincial no había efectuado una revisión amplia e integral de la condena, pero cifró su crítica en un agravio puntual: el vinculado a la exención de responsabilidad prevista en el art. 155 del Código Penal a la luz del derecho a la libertad de expresión, que exime de responsabilidad penal al que “hubiere obrado con el propósito inequívoco de proteger un interés público”. El caso nos muestra una Corte preocupada por una argumentación que tome muy en serio esa exención, y la libertad de expresión que esta tutela.⁹

IV. CANNABIS MEDICINAL

IV.A. Autocultivo y acceso

Además de “Denegri”, la Corte resolvió otro caso que tuvo audiencia pública abierta: el amparo de “Asociación Civil Mamás Cannabis Medicinal” en el que se demandaba acceso gratuito al aceite de cannabis y posibilidad de practicar su autocultivo con fines terapéuticos. Se trata de un caso esencialmente regulatorio, pero con proyecciones penales y de alcance del derecho a la intimidad.

El caso obtuvo respuesta favorable de la Corte, pero con una parte del guion ya previamente escrito con el legislador en el interín: algunas

9. CSJN, “Masci, Diego Mariano s/ violación de intimidad”. En el caso, la aludida en la nota cuestionada se encontraba en uso de licencia, en un viaje personal, y el video en cuestión incluye un diálogo en el que manifiesta haber consumido alcohol y marihuana. En este marco el dictamen de la Procuración reputaba como un error el suponer que lo que el funcionario público realiza fuera del estricto ejercicio de su función es por esa sola razón ajeno al debate público, siguiendo ideas que glosa de fallos de la Corte IDH como “Fontevvecchia y D’Amico v. Argentina. (Fondo, Reparaciones y Costas)”.

regulaciones objeto del litigio habían cambiado en su transcurso, en sentido favorable a la petición de las demandantes. Ello ya había motivado una decisión de 2021 de la Corte Suprema Nacional para garantizar el acceso gratuito al aceite de cannabis al actor sin necesidad de inscribirse en ningún programa de estudio experimental.¹⁰

En ese marco el fallo constata que en efecto el autocultivo está excluido de la persecución penal (en lo cual sigue sin matices las ideas consagradas en la Ley 27.350), pero lo hace sujetándolo al sistema de “registro nacional” en el que deben inscribirse pacientes y familiares que presenta patologías incluidas en la reglamentación o sean prescriptas por médicos de hospitales públicos.

IV.B. Deferencia a la regulación

Allí residía precisamente uno de los planteos, el que postulaba que el ámbito de autonomía individual del art. 19 C.N. era incompatible con el control estatal del autocultivo de cannabis con fines medicinales. La Corte entendió que ello podía justificarse “en el propósito de asegurar que ellos, en especial los psicotrópicos, sean efectivamente administrados en un tratamiento médico en el que se evalúe el riesgo o consecuencias adversas que pueden generar para la salud, así como en la necesidad de asegurar la eficacia de los fines benéficos de quienes buscan, precisamente, proteger su salud”. La idea subyacente y desarrollada por el fallo es la inviabilidad de un liberalismo medicinal, lo que se hace a su turno extensivo al cannabis, cuyo consumo —subraya el fallo— no está exento de riesgos o de efectos adversos.

Así, la Corte juzga que “la reglamentación analizada tiende a preservar un interés estatal relevante como el cuidado integral de la salud pública, basándose en que el suministro del cannabis y sus derivados puede originar efectos secundarios o adversos de distinta intensidad”, no imponiendo requisitos irrazonables para obtener la autorización. El fallo toma nota de que “la necesidad del Estado de articular dos potestades —permitir el uso medicinal del cannabis y perseguir el tráfico ilícito de estupefacientes— justifica el control estatal del autocultivo medicinal”.¹¹

10. CSJN, “B., C. B. y otro c/ I.O.S.P.E.R. y otros”.

11. CSJN, “Asociación Civil Macame y Otros c/ Estado Nacional Argentino-P.E.N. s/ Amparo Ley 16.986”. La audiencia se realizó el 27 de abril, observándose —como en “Dene-gri”— un tiempo relativamente corto entre audiencia y fallo.

V. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

Sin fallos relevantes sobre responsabilidad civil clásica, la dimensión reparatoria muestra en la jurisprudencia de la Corte de 2022 algunos casos relacionados con responsabilidad del Estado que pueden ser objeto de este reporte.

V.A. Visión “causalista”: el deber incumplido por el Estado

En el primero de ellos se planteaba el recurrente caso de incendios en campos (el mismo *factum* del seminal caso “Devoto” de 1933) y la fuente del siniestro se originó en una banquina, razón por la cual el damnificado —propietario de un campo lindero— demandaba a la Dirección Nacional de Vialidad y al Estado Nacional. Entre otras consideraciones, la Corte destacó en “Ceballos” que el Estado responde solo cuando incumple con un deber legal específico, y quien pretende reparación debe demostrar concretamente su prestación irregular o defectuosa pues de lo contrario quedaría convertido en un ente asegurador de todo hecho dañoso que se cometiera.¹²

V.B. Visión “finalista”: la “falta de servicio”

Una mirada menos formalista aparece plasmada en “González c. Tucumán”, donde se reclamaban daños derivados de la crecida de un río que había causado la muerte de dos personas.¹³ La Corte dejó sin efecto la sentencia de un tribunal provincial que había rechazado la demanda de responsabilidad del Estado, por considerar dogmática la afirmación respecto a que ninguna obligación cabía a la provincia de advertir a la población sobre el riesgo potencial del uso recreativo del río cuando no podía ignorar que, durante los meses de verano, gran cantidad de personas acudían allí para pasar el día, independientemente de que hubiese o no un balneario regularmente constituido. El fallo parece abogar por una visión amplia y no taxativa de las obligaciones del Estado a la hora de determinar su “falta

12. CSJN, “Ceballos, Estefanía Itatí c/ Dirección Nacional de Vialidad y otros s/ Daños y Perjuicios”.

13. CSJN, “González, Domingo Avelino c/ Provincia de Tucumán s/ Daños y Perjuicios”.

de servicio”, y como muestra de ello señala que no se había valorado si la omisión de implementar un sistema de alarma de crecientes podía constituir un incumplimiento de los deberes impuestos a la provincia demandada por las obligaciones que atañen a la defensa civil.

Estos fallos resultan de sentido inverso, y se suman a una jurisprudencia que prácticamente desde su aparición es compleja y sinuosa sobre la extensión de la responsabilidad del Estado y sus fuentes normativas.

V.C. El régimen de consolidación de deudas es de orden público

Finalmente, y por su relación con el tema, podemos destacar la doctrina de “Correa Belisle” en donde la Corte revocó una declaración de inconstitucionalidad del régimen de deudas del Estado dado en la Ley 25.344.¹⁴ Los actores plantearon que su deuda tenía la particularidad de haber surgido del reconocimiento de responsabilidad internacional efectuado por el Estado argentino en un Acuerdo de Solución Amistosa homologado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Y entendían que el pago en efectivo se imponía en el caso como una ejecución de buena fe de esta. El fallo de la Corte no reconocerá esto como una excepción al régimen: la Corte lo validará recordando que en su jurisprudencia reiteradamente ha destacado el carácter de “orden público” de las disposiciones atinentes a la consolidación del pasivo estatal y la necesidad de considerar en su interpretación la intención del legislador de abarcar un “amplio universo de deudas”. Con este fallo aparece explicitada la idea de que deudas de daños no tienen un estatus especial en el elenco de deudas del Estado.

VI. DERECHO LABORAL

En materia laboral podemos señalar tres temas en los que aparece doctrina que destacamos, en el doble sentido descriptivo y valorativo de esta palabra.

14. CSJN, “Correa Belisle, Rodolfo Luis c/ EN-EMGE...”.

VI.A. Límites a la jornada laboral

En el caso “Cardone” se fijó doctrina sobre el límite legal de la jornada laboral: el criterio del fallo es que los límites diario y semanal son independientes y autónomos entre sí. Así, determinó que debían pagarse las horas extra en todas las jornadas diarias que lo superan, sin hacer lugar al criterio que entendía que ello podía obviarse si el límite semanal no era infringido (la actora cumplía 7 horas de lunes a viernes y 12 los sábados, de modo que en el cómputo semanal no superaba el límite de 48 horas previsto en la ley).¹⁵

VI.B. Solidaridad laboral: límites a su extensión

La Corte revocó un fallo que había hecho extensiva la indemnización debida a un empleado de estación de servicio a las empresas YPF S.A. e YPF Gas S., criterio que se propiciaba atento a que el vínculo de proveedor de estas podía encuadrarse en el art. 30 L.C.T. En “Bergonci” la Corte Suprema consideró, por el contrario, que un contrato de suministro no implica una subcontratación que justifique la solidaridad legal, es decir una cesión parcial de la actividad “normal y habitual” del empleador.¹⁶

VI.C. Empleo estatal: la temporalidad perpetua es desvío de poder

En “Sánchez c. Municipalidad de Esquina” la CSJN evalúa un reclamo en el que se solicitaba al municipio en cuestión el pago de diferencias salariales e indemnizaciones por la desvinculación, lo que en la instancia provincial había sido rechazado al reputarla como una relación laboral de naturaleza precaria y eventual. La Corte hizo una suerte de *corrimento del velo* en materia de empleo público, observando y concluyendo que las contrataciones temporales sucesivas eran en definitiva la concreción de una designación que debió haber revestido carácter permanente. La Corte califica ello de “desviación de poder”, y toma nota de una legítima expectativa de permanencia laboral que —en lugar de ser juzgada por la formalidad—

15. CSJN, “Cardone, Lorena de los Angeles c/ Be Enterprises S.A. s/ Despido”.

16. CSJN, “Bergonci, Ilda Leonor c/ YPF SA y Otros s/ Despido”.

amerita la protección que el art. 14 bis de la Constitución Nacional otorga al trabajador contra el “despido arbitrario”.¹⁷

VII. PROVINCIAS Y MUNICIPIOS

VII.A. Institución conmemorativa de fiestas patronales y cultura local

Un eje persistente de la última etapa de la Corte está dado por casos importantes que fijaron o consolidaron doctrina en favor de los poderes locales (su cenit se dio en 2021, con la trilogía de casos “Farmacity”, “Esso c. Quilmes” y “Shi c. Municipalidad de Arroyito”).¹⁸

Esta tendencia tiene un nuevo capítulo en el caso “APDH c. Dirección General de Escuelas de Mendoza”, en donde se cuestionaba la inclusión de actividades festivas de base religiosa en el calendario escolar.¹⁹ Al rechazar el planteo, la Corte entendió que el origen de las conmemoraciones era disociable del sentido actual que podía ser reconocido como identitario o cultural. En todos los votos se toma nota de que las resoluciones cuestionadas contemplan la posibilidad de eximirse de participar en ellas a quienes puedan ver afectadas sus convicciones o creencias personales.

Salvado ello, no se trataría sino de “celebrar dos fechas destacadas por su importancia histórica y su significado secular, arraigado en la tradición y en la cultura local” según el voto de Rosenkrantz y Maqueda. El voto de

17. CSJN, “Sánchez, Oscar Vicente c/ Municipalidad de Esquina (Corrientes) y otro”.

18. CSJN, “Shi, Jinchui s/ Municipalidad de la ciudad de Arroyito s/ acción declarativa de inconstitucionalidad” (validando una ordenanza que disponía el cierre dominical de supermercados); “Farmacity SA c/ Fisco de la Provincia de Buenos Aires” (rechazando el planteo de inconstitucionalidad contra una ley que impide la habilitación de farmacias a nombre de sociedades comerciales), “Esso Petrolera Argentina SRL y otro c/ Municipalidad de Quilmes s/ Acción Contencioso Administrativa” (rechazando el planteo de inconstitucionalidad contra tasas municipales cuya base imponible consideraba —como indicador de capacidad contributiva— ingresos devengados en otros municipios de la provincia en la que no tenía locales habilitados).

19. CSJN, “Asociación Civil Asamblea Permanente por los Derechos Humanos c/ Dirección General de Escuelas s/ Amparo”. Se trataba de resoluciones que obligaban a toda la comunidad educativa a participar de los días conmemorativos del “Patrono Santiago” y de la “Virgen del Carmen de Cuyo” en la Provincia de Mendoza.

Rosatti, en sentido similar, apuntará que no le incumbe a la Corte oficiar de preceptor de las costumbres y tradiciones locales, en tanto “la manifestación cultural local cuestionada no es un ejemplo de homogeneidad unificadora sino de singularidad”.

El voto de Lorenzetti, también concurrente, afirmó la existencia de “un derecho a la identidad cultural individual y colectiva” (citando, entre otros elementos, la Convención para la Salvaguarda del Patrimonio Cultural Inmaterial de la Unesco, aprobada por Ley 26.118, que incluye las tradiciones y expresiones orales, y los usos sociales, rituales y actos festivos). Manteniendo un criterio consensualista y comunitario, subraya que “la verdadera misión que tiene el Tribunal en casos de relevancia institucional, no es averiguar la verdad, ni practicar silogismos, sino adoptar una decisión que busque la paz social, fijando una jurisprudencia estable como un modo normal de la convivencia humana, fundándose en argumentos constitucionales razonables, verificables y que tengan en cuenta los consensos sociales vigentes en el momento de tomarla”.

Como digresión pertinente, apuntamos que el tema de “bienes culturales” aparece también con reconocimiento destacado en otro caso del 2022, “Estado Nacional c. Cencosud”, un fallo sobre contratos administrativos que será insoslayable punto de referencia en casos que versen sobre el conservacionismo arquitectónico, y que por ende tiene reverberaciones posibles para el poder regulatorio urbanístico.

Volviendo a “APDH”, con sus diferentes formas de aproximación al tema, plasmadas en los tres votos concurrentes, la Corte mantiene un camino finalmente convergente: una deferencia prolocal a normas “idiosincráticas”. La Corte debió pensar que una mirada suspicaz sobre la validez de fiestas patronales la llevaría a adoptar una posición problemáticamente “unitaria”. Su solución tiene el mérito de traducir en términos jurídicos esa idea, y también el costo de introducir un “relativismo cultural” (argumentos del arraigo y del consenso) como una carta de juego válida y fuerte en la ponderación de derechos.

VII.B. Poder de policía ambiental local

También aparece reconocido un “margen de apreciación” para la regulación ecológica, basado ya en la letra del art. 41 C.N. conforme al cual corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección y a las provincias, las normas necesarias para complementarlas.

En “Edenor c. Provincia de Buenos Aires”, la Corte rechaza la acción declarativa de inconstitucionalidad planteada contra diversas disposiciones locales que regulan cuestiones atinentes al uso, manipulación, descontaminación y eliminación de las sustancias conocidas como “PCB” por considerar que resultan incompatibles con la Ley Nacional 25.670. La Corte toma en cuenta que ello es válido como manifestación del poder de policía ambiental, sin que ello constituya un avance sobre las facultades delegadas a la Nación, toda vez que “no se contraponen con las normas que regulan los aspectos técnicos, de funcionamiento y organización del servicio público de distribución de energía eléctrica de competencia exclusiva del Gobierno federal”.²⁰

VII.C. Alcance de la autonomía municipal: deferencia al criterio provincial y estándares mínimos

Desde 1994 la Constitución establece que las provincias deben “asegurar” la autonomía municipal “reglando su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero”. La norma tiene doble alma: un contenido mínimo de autonomía que cabe “asegurar”, a la vez que fija un margen para reglar “su alcance y contenido”. En el caso que nos ocupa, el municipio bonaerense de Castelli solicitaba que se le permitiera en el orden institucional, para debatir y sancionar (como lo permiten y habilitan otras constituciones provinciales) su “Carta Orgánica”, en ejercicio de una suerte de poder constituyente de tercer grado (una cuestión que en la Provincia de Buenos Aires y en otras se resuelve de modo homogéneo con una “Ley Orgánica Municipal” que sanciona la legislatura provincial).

El fallo de la Corte no se pronuncia sobre la materia: dice, correctamente, que la causa es ajena a su competencia originaria y para su resolución deberá acudir a “a las normas locales que conforman el régimen municipal cuestionado, interpretándolo en su espíritu y en los efectos que la provincia demandada ha querido darle por lo que la causa no solo requiere analizar prescripciones de la Constitución Nacional sino que comprende cuestiones de índole local y de competencia de los poderes provinciales”. Dicho esto, el fallo deja abierta la posibilidad de que la Corte

20. CSJN, “Edenor SA y otro c/ Provincia de...”.

eventualmente pueda revisar los aspectos federales del litigio por la vía del recurso extraordinario.

En esta sentencia aparece un voto concurrente y conjunto de Maqueda y Rosatti (el binomio más “provincialista” dentro de los jueces de la Corte) que incorpora a esta resolución algunos aspectos resaltables sobre autonomía municipal, en clave de *obiter dicta*. Allí se dirá que “si bien es cierto que el margen de acción provincial en materia municipal (la definición de los alcances de los contenidos de la autonomía, en los términos del art. 123 de la ley fundamental) es amplio —pues la realidad local de las distintas jurisdicciones provinciales es disímil y son ellas las que deben ponderarlo—, tal amplitud de maniobra debe ser ejercida siguiendo el criterio de lealtad y buena fe federal... otorgando “el mayor grado posible de atribuciones municipales”.²¹

El sentido de este voto prefigura una visión ampliada y robusta de la autonomía municipal, que seguramente será la base de futuras controversias en la división “vertical” de poderes que la Constitución consagra en su impronta federalista.

VIII. DERECHO TRIBUTARIO

VIII.A. Ajuste por inflación y confiscatoriedad

El fallo “Telefónica de Argentina” fue leído como la aceptación de aplicación del “ajuste por inflación” en el impuesto a las ganancias, con un criterio que recupera el concepto de “Candy” de 2009.²² El alcance de “Telefónica” debe ser comprendido en su especificidad: la Corte reitera que la aplicación del mecanismo de ajuste por inflación (para evitar que se graven ganancias ficticias como producto de un aumento de valor nominal) no es pertinente como regla de liquidación, sino a los efectos de analizar la existencia de confiscatoriedad. Además, la Corte aclara que ese parámetro de análisis no puede operar para asignar créditos fiscales a futuro (que el contribuyente pueda utilizar en períodos posteriores).²³

21. CSJN, “Intendente de la Municipalidad de Castelli...”.

22. CSJN, “Candy S.A. c/ AFIP s/ amparo”.

23. CSJN, “Telefónica de Argentina SA y otro c/ EN-AFIP-DGI”.

VIII.B. Sobre la sanción de exclusión de registros

Rescatamos un fallo poco visible, pero de gran importancia. En “Vespasiani”, remitiendo al dictamen de la Procuración, la Corte revoca una sentencia que había ordenado la reincorporación del contribuyente en el Registro Fiscal de Operadores en la Compraventa de Granos y Legumbres Secas. Dijo la Corte que la suspensión transitoria establecida por la AFIP se corresponde razonablemente con la finalidad esencial que persigue la norma, que es la de asegurar el correcto desempeño de las facultades de verificación y fiscalización. En la sentencia se considera que esta “no puede ser calificada como una sanción que se aplica al contribuyente, sino que ella se limita, cautelarmente, a impedir el goce de los beneficios fiscales previstos en el régimen hasta tanto se aclare la situación del contribuyente frente al fisco; es decir, tal decisión, temporaria y provisional, no se adopta con la finalidad de herir de manera definitiva al presunto infractor en su patrimonio sino de proteger el erario público hasta que concluyeran las tareas de fiscalización del ente recaudador”.²⁴ Esto implica una política de no intervención en sistemas de *scoring* que más allá de no tener naturaleza explícitamente punitiva implican graves dificultades para la operatoria comercial y administrativa de las empresas.

VIII.C. No hay legitimación colectiva en cuestiones tributarias

En “Unión Argentina de Empresarios del Entretenimiento”, la Corte consideró una acción declarativa de inconstitucionalidad planteada contra la Ley 27.346 y el Decreto Reglamentario 179/2017 que habían dispuesto aumentos de alícuotas para el impuesto a las ganancias con relación a la explotación de los juegos de azar en casinos y establecieron un impuesto sobre la realización de apuestas.

La Corte entiende que la actora carece de legitimación para el planteo, ya que lo hacía en representación de los derechos “puramente individuales” de sus asociados, no es una asociación sindical o de consumidores, y no actúa en procura de “intereses individuales homogéneos”, como lo exige la doctrina de “Halabi” para la tramitación de procesos colectivos.²⁵

24. CSJN, “AFIP s/ amparo ley 16.986. Actor: Vespasiani, Mario Oscar”.

25. CSJN, “Cámara Unión Argentina de Empresarios del...”.

Este fallo, a la vez que fija una importante delimitación del espectro litigable por las vías de “Halabi”, tiene una importancia cardinal en cuanto deja las cuestiones tributarias fuera del marco de las acciones colectivas, y las deja reservadas para la litigación singular.

Se impone aquí una reflexión escéptica. Mirando el caso no desde lo tributario sino desde lo procesal, es dable pensar que el criterio siembra dudas sobre la consistencia de la Corte a la hora de “colectivizar” acciones, pues la homogeneidad parecía bastante presente en el caso.

VIII.D. Tributos provinciales que afectan el comercio interprovincial

Otro fallo de relevancia tributaria se da en el marco de la jurisdicción originaria de la Corte y marca límites a las potestades tributarias provinciales. En “Outokumpu Fortinox” la Corte hizo lugar al planteo de una empresa porteña que cuestionaba que en la jurisdicción de la Provincia de Córdoba se le aplicara una alícuota diferencial (más alta) para el pago del impuesto sobre los ingresos brutos en razón de no poseer su establecimiento productivo en esa provincia. La doctrina es de gran importancia conceptual y simple base teórica: el comercio interprovincial no es compatible con discriminaciones tributarias discernidas en función del lugar de radicación de un contribuyente (la Corte razonó que ello lesiona el principio de igualdad y altera la corriente natural del comercio instaurando así una suerte de “aduana interior” vedada por la Constitución).²⁶

En esa misma jurisdicción (y lógica constitucional) encontramos un pronunciamiento importante en la etapa cautelar. La Corte aceptó la verosimilitud de un planteo promovido por la empresa “Loma Negra” contra la Provincia de Misiones, contra el régimen que requería el previo pago de un anticipo del impuesto a los ingresos brutos para permitir el ingreso de mercaderías provenientes de extraña jurisdicción. Al argumento de libre circulación de mercaderías en el territorio nacional le suma aquí la Corte la vulneración de la “cláusula comercial”, y por esa razón ordenó a la demandada abstenerse de obstaculizar el ingreso de tales mercaderías ante la no acreditación del pago cuestionado.²⁷

26. CSJN, “Outokumpu Fortinox S.A. c/ Córdoba”.

27. CSJN, “Loma Negra Compañía, Industrial, Argentina, Sociedad...”.

VIII.E. Beneficios fiscales: control judicial de la reglamentación

En “Rina Iberia” se discutía la procedencia de un beneficio fiscal establecido para las transferencias de los fondos de comercio, que el fisco había desestimado.

La Corte hizo lugar a la demanda del contribuyente considerando que el requisito de publicidad e inscripción de las transferencias de fondos de comercio no estaba establecido en una ley, sino en disposiciones administrativas que incorporaban una condición no prevista.

“Cuando una disposición reglamentaria desconoce o restringe irrazonablemente derechos que la ley reglamentada otorga, o de cualquier modo subvierte su espíritu y finalidad, ello contraría el principio de jerarquía normativa y configura un exceso en el ejercicio de las atribuciones que la Constitución Nacional concede al Poder Ejecutivo”, dijo la Corte, fijando una idea que tiene amplio potencial de reverberación para el arsenal argumentativo de quien busque cuestionar actos reglamentarios, especialmente en aquellas áreas donde la fuente sublegal es en la definitoria.²⁸ En conclusión: este caso excede, entonces, el contexto tributario que dio lugar al juicio y es un fallo sobre poderes reglamentarios *lato sensu*.

IX. COPARTICIPACIÓN DE IMPUESTOS

IX.A. Coparticipación y retenciones: rechazo de la demanda de San Luis

Otro fallo de la instancia originaria adverso a las pretensiones provinciales se relaciona con el sistema de coparticipación y con las retenciones a las exportaciones. La Corte rechazó una demanda en la Provincia de San Luis cuyo reclamo era el de que se la compensara por una suerte de “lucro cesante” tributario: la diferencia entre lo que percibió y la cantidad que hubiese percibido en concepto de coparticipación federal de impuestos, de no haberse fijado derechos de exportación.

El fallo examina y distingue el planteo de otras demandas de provincias —aceptadas por la Corte— contra la validez de normas que

28. CSJN, “Rina Iberia SL suc. Argentina c/ AFIP-DGI”.

establecían sustracciones del monto total de impuestos coparticipables una vez recaudados, sin estar previstas en la Ley de Coparticipación ni haber sido consentidas por las provincias actoras. La Corte consideró que el planteo de San Luis, en cambio, se basa en la hipótesis de dar por sentada “una relación de causa-efecto entre la aplicación de los derechos de exportación y una merma en la recaudación de los impuestos coparticipables”, lo que no fue probado fehacientemente en la demanda y que “no puede admitirse como indefectible” en atención a los múltiples factores que inciden en cuestiones vinculadas con la economía y la dinámica de los mercados.²⁹

IX.B. Fallo cautelar a favor de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Esta sentencia, de alto impacto político y cuyas derivaciones siguen en desarrollo, tiene su origen en la transferencia de la competencia de seguridad ejercida por agentes de la Policía Federal a la órbita de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA), concretada en 2016 a través de un acuerdo en virtud del cual la Ciudad pasó de recibir un 1,4% al coeficiente de 3,75%, luego reducido al 3,5% al suscribirse el Consenso Fiscal de 2017.

Tal porcentaje —en lo que se generó la controversia— fue luego fijado en el 2,32 % por el Decreto 735/2020 de 2020, y más tarde se retrotrajo al original 1,4% por la Ley 27.606, que incluía un adicional a convenirse entre las partes y en el interín ello asignaba una suma provisoria indexada, con el fin de cumplir con la manda constitucional de que toda transferencia de competencias debe incluir su respectiva designación de recursos a la jurisdicción que la recibe.

La CABA centraba su reclamo en que estas detracciones de recursos no habían tenido, como la Constitución requiere, el acuerdo de la jurisdicción involucrada. El Estado Nacional, por su parte, apuntaba a que las asignaciones anteriores solo buscaban favorecer a la Ciudad de Buenos Aires por afinidad político-partidaria, sin contar con respaldo jurídico, presupuestario o económico, y que los montos ulteriormente definidos por ley buscaban ajustarse a esa realidad. El diferendo abarcaba sumas de enorme significación y en el curso del proceso hubo una petición de varios

29. CSJN, “Provincia de San Luis c/ Estado Nacional...”.

gobernadores avalando la posición del Estado Nacional, solicitando su consideración como *amicus curiae* en pedidos que la Corte no aceptó. En el interín el proceso tuvo varias etapas de conciliación (no públicas) en la que las partes intentaron negociar, a cuyo efecto la Corte dio un plazo de 30 días hábiles para llegar a un acuerdo, que venció el 26 de abril, y que luego fue extendido hasta el 15 de mayo.

El *racconto* de este proceso nos lleva al fallo cautelar del 21 de diciembre, en el que la Corte señala la verosimilitud del derecho de la CABA en tanto objeto de una detracción no convenida ni aceptada por la jurisdicción. Mas allá de la exhaustiva argumentación conceptual al respecto, el fallo es problemático por la fundamentación de la parte resolutive al momento de justificar la decisión de conceder provisoriamente a la actora un coeficiente de 2,95 %. Sus razones se limitan a la formularia constatación de “un desacuerdo de hecho entre las partes para cuya solución ambas han ofrecido distintos medios de prueba, parte de los cuales se encuentra pendiente de producción”, y la consecuente existencia de “un campo de indefinición en lo que respecta a la conexión —jurídica y económica— entre las funciones de seguridad pública transferidas a la Ciudad Autónoma y los porcentajes de participación reconocidos” por el Estado Nacional. El razonamiento no explicó concretamente la aritmética de ese porcentaje, sino que lo hizo en términos de “distribuir entre las partes del juicio la carga de soportar los eventuales perjuicios vinculados con la duración del proceso”.³⁰

En este punto, la idea de “promediar” pretensiones parece un criterio de resolución insuficiente y dogmático. El “campo de indefinición” es la razón por la que las partes van a tribunales con la idea de que un poder imparcial resuelva sus disputas sobre base cierta, sin que la exigua fundamentación de la medida adoptada (se trata de un solo párrafo intermedio en uno de los considerandos finales) en un caso que tenía alto perfil político e

30. CSJN, “Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Estado nacional s/ Acción Declarativa de Inconstitucionalidad”. Notificado del fallo, el Estado Nacional presentó de inmediato un recurso de revocatoria y de recusación a los jueces de la Corte. En paralelo, dispuso habilitar una partida para cubrir los montos requeridos con bonos del Tesoro (Decisión administrativa 1281/2022, del 23/12/2022), modalidad que la parte actora rechazó a la vez que presentaba una denuncia penal por incumplimiento de sentencia. Esta acelerada sucesión de acontecimientos se dio exclusivamente en cinco días hábiles posteriores a una sentencia cuyas secuelas se extenderán al año judicial de 2023.

involucraba millonarias sumas representa una oportunidad perdida para la Corte que puede verse en dos momentos.

El primero, en el fallo propio, por su reluctancia a definir de modo concreto (circunstanciado y explícito) las bases del monto que otorgaba en esa medida cautelar. En este contexto, tampoco se explica la razón de fijar la cautelar en un porcentual de coparticipación y no en un parámetro más específico que se vincule con el costo del servicio transferido.

El segundo problema nos remonta al proceso como una oportunidad perdida: en un momento de "choque de trenes" jurisdiccional, la función de la Corte (epistémica e institucional) pudo haberse desarrollado en mejores condiciones si en el curso de las actuaciones previas hubiera tenido un involucramiento más activo para despejar las ecuaciones del *quantum* verosímil en la reclamación, o al menos definir criterios para su ulterior cómputo, en lugar de adoptar una lógica medianista. Al fin y al cabo, la función de la Corte no es solo la de dar una voz autoritativa, sino que esta autoridad recomponga y encauce diálogos omitidos en la arena política, y pueda aportar (y desarrollar en un fallo) razones basadas en evidencias objetivas.

X. DELITOS Y SANCIONES

En esta sección cubriremos un amplio espectro de temas penales suscitados en 2022.

X.A. Estupefacientes y límites a la punibilidad de conductas sin trascendencia para terceros

La Corte volvió a resolver un caso relacionado con la constitucionalidad de tenencia de estupefacientes para consumo personal, un tema que generó un vertiginoso zigzag en su jurisprudencia contemporánea, y que sigue generando divergencias. El caso que nos ocupa se trata de la tenencia de estupefacientes en establecimientos carcelarios, tema que en 2021 (en "Rodríguez") se había resuelto denegando el recurso que reclamaba proyectar a estos sitios el criterio de privacidad que sustenta la inconstitucionalidad de "Arriola".³¹ En esa ocasión, la denegatoria se había despachado

31. CSJN, "Rodríguez, Héctor Ismael".

sin fundamentación utilizando la facultad del art. 280 C.P.C., pero sendos votos disidentes de Rosenkrantz y Lorenzetti seguían la línea de "Arriola" de considerar inconstitucional la tipificación de conductas sin trascendencia a terceros. Esas disidencias aparecen ahora en el caso de 2022 ("Salvini") fundando un criterio que se hizo mayoría con la intervención de un conjuer (Antelo) convocado para dar el necesario quinto voto ante la paridad de votos que arribaban a conclusiones distintas.³²

Más allá de su doctrina, "Salvini" nos muestra dos tipos de problemas. El primero es el que surge de un precedente que fue ambiguo al dejar incógnitas abiertas para su aplicación posterior en función del concepto de "privacidad", un defecto que cabe achacarle al fallo "Arriola" de 2010 en su ecléctico *remix* (condicionado) del criterio liberal de "Bazterrica".³³

El segundo problema es más general, y es el que surge de un tribunal que tiene una composición incompleta (por la falta de un miembro luego del retiro de la jueza Highton de Nolasco en noviembre de 2021, sin que el Ejecutivo haya enviado al Senado propuesta de reemplazante) lo cual implica que tiene un número par y en situación de votos "2-2" la palabra dirimente será la del conjuer sorteado. Ello ya ha dado lugar a jurisprudencia contradictoria en relación con los privilegios sobre créditos concursales derivados de indemnizaciones a personas con discapacidad, en sendos fallos de 2018 y 2019, y el infortunado problema de una jurisprudencia definida por "juec sorteado" se repite otra vez.³⁴

X.B. La prisión preventiva se computa solo cuando se unifica la pena

El cómputo de las prisiones preventivas (es sabido que los imputados pasan términos prolongados en esa condición, hasta obtener sentencia

32. CSJN, "Salvini, Marcelo".

33. CSJN, "Arriola, Sebastián y otros s/ causa N.º 9080".

34. CSJN, "Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia s/ quiebra s/ incidente de verificación de crédito" y "Institutos Médicos Antártida s/ quiebra s/ inc. de verificación". Maqueda y Rosatti, en votos distintos, propiciaron en estos casos la naturaleza privilegiada de estos créditos, a pesar de no estar ello dispuestos por ley, como forma de hacer operativo el cumplimiento de compromisos previstos en Tratados Internacionales. El resultado es divergente porque en el segundo de los casos, ante la excusación del juez Rosenkrantz, un voto concurrente de la conjuera Graciela Medina transformó en mayoría ese criterio que había sido minoritario en la primera causa referida.

firme) ocasiona planteos como los que la Corte debía zanjar en “Castelli”. El tribunal hizo suyo el dictamen de Procuración que adoptó un criterio estricto, concluyendo que el tiempo que los condenados en una causa transcurrieron en otro proceso solo puede ser tenido en cuenta para determinar la pena cuando estén dados los requisitos de la unificación de condenas. “Si el legislador hubiera querido que al determinarse la pena en concreto también se considerase el tiempo que los condenados en una causa estuvieron encarcelados preventivamente en otra, en la que no se hubiera dictado sentencia condenatoria, así lo habría establecido, ya que, según doctrina de la Corte, no cabe suponer la inconsecuencia ni la falta de previsión del legislador”, se razona allí. Pero el lacónico dictamen puede ser derrotado con los mismos argumentos que invoca, toda vez que advertimos que el art. 24 del Código Penal, que dispone el cómputo de un día de prisión por cada día de prisión preventiva sufrida, no exige que se trate del mismo proceso.³⁵

X.C. Reincidencia

En “Sánchez” se revisaba un criterio restrictivo para la aplicación del agravamiento por reincidencia, conforme al cual —y por analogía con la regulación sobre libertad condicional del art. 13 del Código Penal— se concluía que solo el cumplimiento efectivo de dos tercios de la pena anterior equivaldría al cumplimiento parcial exigido por la legislación para la declaración de reincidencia.

La Corte rechazó esa interpretación. Funda su decisión en el dictamen de Procuración, en donde se entiende que el criterio es arbitrario porque “conduciría prácticamente a eliminar la reincidencia de nuestro derecho positivo” y se mantiene la doctrina del caso “Gómez Dávalos” de 1986 (y, consecuentemente, la de los argumentos allí vertidos en cuanto a su imposición).³⁶

35. CSJN, “Castelli, Néstor Rubén y otros”.

36. CSJN, “Sánchez, Cristian Gabriel”, con cita —en el dictamen al que la Corte adhiere— de “Gómez Dávalos”. Allí se dijo que “lo que interesa a los fines de la reincidencia, es que el autor haya experimentado el encierro que importa la condena, no obstante lo cual reincide demostrando su insensibilidad ante la amenaza de un nuevo reproche de esa naturaleza, cuyo alcance ya conoce”, y que “a los fines de la reincidencia, es suficiente contar con el antecedente objetivo de que se haya cumplido una condena anterior a pena privativa de

X.D. Sanciones no penales

En “Roldán”, la Corte entiende que es jurídicamente factible la imposición conjunta de sanciones penales y administrativas en el caso de infracciones aduaneras. Invocando un precedente de 1998, la Corte asume que las acciones sancionadas por el Código Aduanero (tenencia injustificada de mercadería de origen extranjero con fines comerciales o industriales) se pueden diferenciar de las tipificadas en el delito de contrabando y su encubrimiento, por lo que no se trataría del juzgamiento doble de una conducta única, sino de hechos diversos que, por ello mismo, son susceptibles de ser sometidos a distintas jurisdicciones.³⁷

Otras proyecciones de las sanciones no penales pueden verse en el caso “Indar Tax”, en el que la Corte validó la caducidad definitiva de licencias de taxi ante la comprobación de infracciones (sin contemplar atenuantes ni excepciones en el caso de manejo por un chofer no habilitado) con especial consideración a los fines de seguridad vial de la norma.³⁸

X.E. Definición de coautoría en los hechos de violencia sexual

Un fallo dictado en juicios de lesa humanidad debe destacarse especialmente porque sus proyecciones exceden esa temática de base, al fijar un criterio amplio de coautoría en delitos de violencia sexual. La Corte revocó en “Martel” una sentencia en la que hechos de violación y abuso sexual habían sido excluidos de las condenas por considerarlos como delitos de “propia mano”. La Corte tuvo en cuenta que, más allá de la intervención por mano propia, puede haber otras formas de realizar aportes a la comisión de tales hechos, y en la sentencia vemos referencias a jurisprudencia de tribunales internacionales para ejemplificar cómo se expandió la autoría en delitos sexuales para incluir a quienes tuvieran dominio de los hechos, aun cuando no ejecutaran personalmente el ataque sexual.³⁹

libertad, independientemente de su duración, ya que el tratamiento penitenciario es solo un aspecto del fin de prevención especial de la pena”.

37. CSJN, “Zanandrea, Luis” y “Roldan, Luis Adrián”.

38. CSJN, “Indar Tax SA c/ GCBA”.

39. *Cfr.*: Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, “Furundžija” y “Češić”; Corte Penal Internacional, “Ntaganda”; Tribunal Penal Internacional para Ruanda, “Karemura”; Tribunal Especial para Sierra Leona, “Sesay”; Corte IDH, “Miembros de la Aldea

Destacamos además el voto de Maqueda y Lorenzetti en el que se descalifica la decisión de excluir de la condena los ataques sexuales atribuidos a los imputados en razón de que ello no acarrearía “incidencia en el monto de la pena impuesta” —dado que en los mismos hechos se daba el concurso ideal con los delitos de tormentos agravados—. En contraposición a ello, la Corte hará suya una línea apuntada en el dictamen del procurador fiscal, en la que se sostiene que “el proceso de juzgamiento de los actos que formaron parte del ataque perpetrado por el Estado argentino contra la población civil durante la pasada dictadura constituye una pieza central de nuestra democracia, cuya singular importancia impone la correcta aplicación del derecho penal sustantivo [...] la subsunción de una conducta en un tipo penal expresa el reproche social particular de la acción prohibida a la vez que permite que se refleje la especificidad de la agresión sufrida por la víctima”.⁴⁰

También este voto enfatiza la necesidad de que el juzgamiento de tales hechos sea efectuado con perspectiva de género, lo que reputa “de obligatoria consideración en virtud de los compromisos internacionales asumidos por nuestro país, conforme a lo establecido en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belem do Pará)”.

X.F. Justicia juvenil: excepcionalidad de la detención

Destacamos el fallo “Arias”, revocatorio de una sentencia del Superior Tribunal de Justicia de Río Negro que venía a revocar el *habeas corpus* colectivo requerido por la defensora de menores, y en cuyo marco se había ordenado a la policía local el cese de la práctica de privar de la libertad a niños y niñas bajo el amparo de una norma provincial. El dictamen de la procuración general al que la Corte remite censuraba el dogmatismo del fallo recurrido para rechazar los agravios de la defensora, que remarca la detención como una medida excepcional conforme se desprende de la Convención de los Derechos del Niño y las denominadas “reglas de Beijing”.⁴¹

Chichupac y Comunidades Vecinas del Municipio de Rabinal v. Guatemala” y “Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco v. México”.

40. CSJN, “Martel, Osvaldo Benito”.

41. CSJN, “Arias, Patricia Alejandra (Def de Menores e Incapaces)...”.

X.G. Violencia contra la mujer: pautas de valoración de la prueba y estado de duda

En "Rivero" la Corte revocó la absolución dictada en un caso de abuso sexual durante su detención en dependencias de la Gendarmería Nacional, y en ese contexto fijó pautas relativas a la valoración de la prueba en casos de violencia contra la mujer.⁴² La Corte estimó que las pruebas de la causa no habían sido examinadas bajo las pautas específicas que rigen para este tipo de casos y recordó el compromiso de actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer plasmado en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará). Señaló que en el proceso se habían pasado por alto criterios para la correcta valoración de la prueba en la medida en que cuestionaron la confiabilidad del testimonio de la víctima a partir de la diferencia que presentarían sus declaraciones. Y advierte que el estado de duda no puede reposar en una pura subjetividad, sino que debe derivarse de una minuciosa, racional y objetiva evaluación de todos los elementos de prueba en conjunto.

X.H. El *in dubio pro reo* en delitos de lesa humanidad: precisiones

Algo similar se dio en causas por delitos de lesa humanidad, motivando la revocación de sentencias que anulaban condenas.

En "Bignone" la Corte objetó que había existido una consideración parcial e inadecuada de las pruebas e indicios reveladores de un plan sistemático de privación ilegal de la libertad de mujeres embarazadas y de apropiación de sus niños. Ante la existencia de una estructura orgánica y funcional operativa y a cargo del acusado en el hospital en que sucedieron los hechos, la invocación dogmática del *in dubio pro reo* no se compadecía con las circunstancias de la causa y se revelaba como un ejercicio de subjetividad de los jueces.⁴³

La Corte también determinó ese dogmatismo al revocar en "Almirón" un fallo que determinaba que la detención y aplicación de tormentos en sede policial en el año 1977 no podían ser calificados como delitos de

42. CSJN, "Rivero, Alberto y otro s/ abuso sexual".

43. CSJN, "Bignone, Reynaldo Benito Antonio y otros...".

lesa humanidad. El criterio de la mayoría del tribunal fue que el hecho de que esa causa se hubiera iniciado por la comisión de un delito común no implica necesariamente que en su curso deba descartarse la comisión de delitos de aquella naturaleza. El fallo se extiende en una constatación lúcida: no puede desconocerse que los pretextos o motivos que se invocaban para practicar detenciones durante la dictadura militar fueron variados y heterogéneos, y que así la "averiguación de antecedentes" o la denuncia por delitos contra la propiedad podían ser modos de legitimar o impulsar procesos en cuyo transcurso se incurría en imposición de tormentos.⁴⁴

Tal criterio es una muestra de saludable realismo para evaluar muchos delitos de lesa humanidad que pudieron haberse cometido fuera del ámbito conocido de Centros Clandestinos de Detención, el que solemos asociar con mayor frecuencia a los reclamos de memoria, verdad y justicia.

XI. ESTÁNDARES PARA SENTENCIAS Y PROCESOS PENALES

El sistema procesal constitucional argentino tiene una doctrina de creación pretoriana de *ultima ratio*: la arbitrariedad de sentencia, el "cuarto inciso" no escrito del art. 14 de la Ley 48, que genera para el litigante la posibilidad de ir ante la Corte Suprema para obtener revisión (y reversión) de pronunciamientos (groseramente) erróneos.

XI.A. Concordancia en los fundamentos

En el último lustro, uno de los conceptos que administra la Corte en su jurisprudencia (una especie de contrafigura de la "arbitrariedad") es el de la "sentencia como unidad lógico-jurídica", en cuyo marco se incluyen ideas asociadas generalmente con la arbitrariedad. Una muestra de esto lo vemos en "Roggenbaum", y su elocuente mensaje es que las sentencias no deben tener coincidencias "de resultado" sino también de fundamentos: "una coincidencia mayoritaria sustancial sobre los fundamentos", que serán inválidos "cuando resultan de una mera agregación de opiniones individuales".

Puede mencionarse como nota de contexto que la Corte revisaba en este fallo una resolución cuyo sentido mayoritario se pronunciaba por la

44. CSJN, "Almirón, Víctor Hugo y otros s/ Imposición de Tortura".

no prescriptibilidad de acciones penales contra funcionarios públicos, y en las que uno de los fundamentos había sostenido esa conclusión como una interpretación del art. 36 de la Constitución Nacional.⁴⁵

XI.B. Reiterar los fundamentos del fallo apelado no es fundamentación aceptable para resolver un recurso. Especial referencia al “historial de vulnerabilidad”

Otro estándar del que vemos una “construcción permanente” de la Corte es la continuidad de la saga “Casal”, sobre la necesidad de que las apelaciones impliquen una revisión cuidadosa y exhaustiva de todo lo apelado. Como en el caso de las resoluciones a las que se llega por composición de *collage* de fundamentos, esta idea poderosa es también un llamado a revisar las prácticas de tribunales federales y provinciales en los que las apelaciones se resuelven con una más o menos monotónica reiteración de los fundamentos del fallo apelado.

Esta práctica aparece censurada en el caso “Barrera” donde se revoca un fallo que había confirmado la justicia provincial de Córdoba, en el que se aplicaba a la recurrente la prisión perpetua como coautora del delito de homicidio calificado por el vínculo.⁴⁶ La Corte utilizó la plataforma de “Casal” para concluir que no había una debida revisión en esos términos cuando en una causa se reiteran los fundamentos del fallo apelado sin abordar los planteos de la recurrente. Mas allá de eso, el fallo puede leerse a la luz de un señalamiento concreto entre esas omisiones: la Corte observó que en el análisis de los hechos se había ignorado la “historia de vulnerabilidad” de la acusada, aspecto que no recibió tratamiento alguno. La especificidad de esta mención —relacionada con frecuencia con víctimas mujeres o sujetas a otras condiciones de vulnerabilidad— amerita que se la considere *prima facie* como un tema al que la Corte le demandaría especial atención en su actividad revisora.

45. CSJN, “Roggenbau, Edgardo Enrique”.

46. CSJN, “Barrera, Maribel Alejandra Soledad y otro s/ homicidio culposo”, referenciando el fallo de “Casal, Matías Eugenio y otro s/ robo simple en grado de tentativa”.

XI.C. El derecho al recurso no se cumple con la limitada vía extraordinaria

Con lógica similar, la Corte sigue manteniendo su doctrina de “P., S. M” (fallo de 2019) en la que advierte que, ante el dictado de una condena en sede casatoria, la garantía de la doble instancia debe ser salvaguardada en dicho ámbito mediante una casación “horizontal” que deberán resolver otros magistrados de ese tribunal. La razón, reiterada este año en “Arancibia”, es que el derecho al doble conforme no resulta compatible con la vía limitada de apelación que da el recurso extraordinario federal.⁴⁷

XI.D. Defensa eficaz

Destacamos una nueva aplicación del concepto de “defensa eficaz”, que fue construido granularmente a través de distintos aspectos que buscan verificar si los intereses del procesado estuvieron bien resguardados por su patrocinio técnico. En este caso, la Corte revocó la decisión que había desestimado el recurso por extemporáneo, en un caso en donde el condenado no había sido informado del derecho de recurrir, lo que impidió materializar temporáneamente su voluntad de apelar. La Corte apuntó que el recurso “es un derecho del imputado y no una potestad técnica del defensor” por lo que es necesario adoptar los recaudos suficientes que garanticen plenamente el derecho de defensa.⁴⁸

XI.E. Procesos de expulsión de migrantes

Encontramos la particularidad (ya esbozada en 2020) de recurrencia de casos sobre migraciones, un tema que no solía estar en el *stock* de asuntos que trataba la Corte, con resultado convalidatorio de la potestad estatal. Así, vemos criterios en donde:

1. Se establece que el invocado derecho a la asistencia jurídica oportuna no puede ser interpretado con tal extensión que conduzca a declarar la nulidad del acto de expulsión solo por la ausencia de

47. CSJN, “Arancibia, Carlos Ignacio”, con cita a “P., S. M.”.

48. CSJN, “Maidana, Ricardo Alejandro”.

previa notificación al interesado de la consagración de ese derecho, si el recurrente no detalla qué argumentos conducentes esta se habría visto privada de esgrimir.⁴⁹

2. Se remarca que la dispensa por razones de reunificación familiar constituye una facultad discrecional de la administración de carácter excepcional y restrictivo.⁵⁰
3. Se interpretó que la comisión de un delito referido a cualquiera de las etapas del proceso de tráfico de estupefacientes (almacenamiento, transporte, tenencia con fines de comercialización, etc.) configura una causal de impedimento para la permanencia en el país, independientemente del monto de la condena, teniendo en miras el riesgo que esa actividad representa para la salud pública y la seguridad común.⁵¹

Veamos el fallo que implica un matiz humanitario: la Corte obligó a revisar la expulsión de una migrante al observar que la actora y sus hijos menores de edad se encontraban en situación de extrema vulnerabilidad y que la medida de expulsión ordenada importa para estos últimos un riesgo cierto de desamparo.⁵²

XII. FORMAS Y EFECTOS DEL NO DECIR: DILACIÓN, OMISIÓN, ELUSIÓN, OLVIDO

XII.A. Temas no fallados

El espectro de fallos de la Corte también puede ser leído a contrapelo, pensando en las cuestiones que pudieron ser objeto de decisiones judiciales y no lo fueron. Es probable que no haya tenido un caso presentable para considerar en su restringida competencia, pero por las razones que fuera vale la pena señalar que no hubo fallos de la Corte sobre derivaciones monetarias de la inflación (más allá del caso del ajuste a las ganancias), sobre

49. CSJN, “Zuluaga Celemin, Claudia Lucia c/ Dirección Nacional de Migraciones”.

50. CSJN, “Qiu, Wenzhan c/ Dirección Nacional de Migraciones”, remitiéndose la Corte al dictamen del Procurador.

51. CSJN, “Manzaba Cagua, Jessica c/ EN-M Interior OP Y V-DNM”.

52. CSJN, “C. G., A. c/ EN-DNM”.

control judicial de decretos de necesidad y urgencia, sobre restricciones a exportaciones o sobre control de cambios, sobre el impuesto a las grandes fortunas sancionado en 2021 (por debajo de la Corte, por cierto, no fue el área de judicialización intensa que muchos imaginaban) en el contexto de la pandemia del COVID-19 (otra área en la que tampoco aparecen fallos de significación en el año que nos ocupa).

Contra la idea de una judicialización omnipresente y de un gobierno judicial, ejes centrales de la política económica, quedaron al margen de las decisiones para reportar en este período, ya sea por dilación o por omisión (posiblemente la Corte tuviera casos para pronunciarse y decidió no hacerlo, probablemente lo haga más adelante para "dosificar" su intervención en la arena política, o para aplicar "cronoterapia" sobre asuntos álgidos, lo cual no es sino una forma disimulada de la deferencia).

XII.B. Formas de convalidación

A la vez, existen otras decisiones que pasan bajo el radar de la doctrina novedosa, y cuya relevancia jurídica es de menor calado, que nunca caerán en repertorios definitorios de derechos, y que no implican líneas disruptivas o definitorias de precedente, aunque tienen alto impacto como clave de lectura del imaginario que proyecta la Corte en juicios de alto perfil político. En esas intervenciones predomina la *elusión revisora*, que implica en términos funcionales una *convalidación inercial*.

Así podemos registrar:

1. Una mirada formalista y de fundamentación lacónica a un litigio de alto perfil como el que iniciaron las telefónicas contra el DNU 690/2020 que declaró como servicios esenciales (con la consiguiente sujeción a regulaciones de tarifas) el acceso a internet, telefonía móvil y cable.⁵³ Esta desestimación implicó mantener la vigencia de cautelares que se prolongan por más de dos años, favoreciendo a las empresas prestadoras y dejando entre paréntesis una medida gubernamental importante, en lo que es ciertamente un mercado sensible en términos económicos y de acceso al derecho a la información.

53. CSJN, "Telecom Argentina SA c/ EN-Enacom y otro s/ medida cautelar (autónoma)".

2. En sentido similar, basándose en el criterio de que “las decisiones en materia de prueba en el proceso penal no constituyen sentencia definitiva”, desestimó el reclamo por medidas probatorias rechazadas en la causa “Vialidad”, en la que se juzgaba a la expresidenta Cristina Kirchner por irregularidades en procesos de licitación.⁵⁴ En uno de estos fallos la Corte fue ciertamente más vocal en denegar la condición de “gravedad institucional” a imputaciones de funcionarios públicos, lo que implica conceder deferencia a lo actuado en esas causas: “no es posible pensar que cualquier decisión adversa que se adopte en procesos donde estén implicados funcionarios públicos exija, por esa sola circunstancia, la intervención de la Corte, en tanto ninguna norma de la Constitución Nacional, ni de las leyes pertinentes, autorizan a concluir que la competencia del Tribunal tiene ese alcance”.
3. Esta idea aparece también presente en otro caso de alto perfil político (y que tuvo ramificaciones en el sistema interamericano de protección de derechos humanos) como es el de la condena de la dirigente Milagro Sala por administración fraudulenta y asociación ilícita. También en este fallo la Corte rechazó el planteo de “gravedad institucional”, remarcando que no encontraba en la apelación un desarrollo que justifique “la existencia de un interés que exceda el individual de la parte y afecte de manera directa al de la comunidad o el funcionamiento de las instituciones básicas de la Nación”. Observamos que, como en el caso reseñado en el párrafo anterior, la Corte no obstante buscará mostrar que los recursos tienen una respuesta circunstanciada más allá de las variantes formularias que constituyen su modo habitual de desestimación.⁵⁵

54. CSJN, “Fernández de Kirchner, Cristina s/ Abuso de...”

55. CSJN, “Sala, Milagro Amalia Ángela y otros s/ p.ss.aa. de asociación ilícita, fraude a la administración pública y extorsión”. La decisión de argumentar explícitamente es valiosa, pero su atenta consideración nos revela ideas problemáticas: su línea común es que la recurrente no pudo demostrar el perjuicio concreto que se habría derivado de sus diversos agravios (restricciones a publicidad, ofrecimiento de prueba, apartamiento del principio de congruencia, entre otros), cuál fue la defensa que no pudo oponer, o bien cuál era su potencial para variar la suerte del juicio. Ello es riesgoso porque está muy extendida forma de razonar —que desde luego no es propia de este fallo, sino que se extiende a muchos otros— obliga

Ello mismo implica una clave de lectura posible, captada por el arco político tanto en el oficialismo (con reacciones de reprobación y disputa) como la oposición (con beneplácito): aquello que es importante y que la Corte no revoca, es porque en verdad lo está aprobando. La elusión es formal pero el caso se leerá inevitablemente desde sus consecuencias —y desde sus específicas cronologías de *timing*— y no desde sus fundamentos.

XIII. CODA: SOBRE LO EXHORTATIVO Y LO EJECUTABLE

Una Corte —incluso en tiempos álgidos— se puede mover con relativa comodidad bajo el follaje de la normatividad y de su función revisora, un ámbito que constituye su zona de confort. En contraste, sus excursiones teóricamente “atípicas” a la intemperie del activismo (cuando tiene que, precisamente, *activar* mandatos y exhortaciones, revisar incumplimientos y calibrar implementaciones) se verán inciertas y aventuradas... a la vez que serán cada vez más frecuentes.

XIII.A. Los problemas del *enforcement*. Meditación de “Orazi”

Comenzaremos este epílogo con el reporte de un caso de derechos que no ha formado parte de títulos de diarios o zócalos de canales de noticias. En “Orazi”, la Corte consolidó su jurisprudencia de “Mignone” sobre el derecho al sufragio de los condenados, pero ese caso dio pie a algunas puntualizaciones de interés sobre las dimensiones exhortativas y remediales de los pronunciamientos. El fallo que reconocía ese derecho requería al Congreso que revise, a la mayor brevedad posible, la regulación vigente, cuyo dictado —reconoce la Corte— es resorte exclusivo de otros poderes del Estado.

Pero en este fallo dirá *obiter dicta* que la fijación de un plazo indeterminado no significa que la sentencia sea meramente declarativa, ni que deje librado su cumplimiento al arbitrio de los órganos estatales competentes, pues la pauta temporal “a la mayor brevedad posible” contiene un límite claro, que implica el requerimiento de una conducta urgente que puede ser

al recurrente a construir argumentos situados en la dimensión del contrafáctico, con la alta probabilidad de que en tal caso sean descartados precisamente por esa condición.

judicialmente exigida. La consecuencia fue asignarle una ejecutabilidad — latente y diferida— a lo que nació como una exhortación difusa: estableció que “la parte recurrente tiene la posibilidad de solicitar la ejecución de la condena sobre la base del vencimiento de la pauta temporal impuesta en la sentencia apelada, máxime cuando han transcurrido más de cinco años desde que la cámara dictó sentencia y el Congreso de la Nación ni siquiera ha dado tratamiento a los diversos proyectos de ley presentados a efectos de implementar el derecho a votar de los condenados”.⁵⁶

Esta sentencia puede ser leída en conjunto con el fallo que obligó a la Corte a reintegrar el Consejo de la Magistratura como espacios de activismo procesal para no asumirse como una jurisdicción “sin dientes” resolutivos en los casos en que la solución exige cambios normativos y no se satisface con la mera revocación de un fallo o la declaración de inconstitucionalidad. Y es la misma cuestión que dominó la atención hacia el final del año en relación con el reclamo de coparticipación de la CABA, con vaivenes entre la desobediencia, la impugnación, el acatamiento atenuado y las sentencias atípicas y exhortativas.

Estos “hilos rojos” sirven para unir fallos de diversa temática y atención, pero que se hermanan en estar en un espacio de juridicidad que trasciende lo interpretativo, lo anulativo o lo dirimente: cada vez más, la dimensión (a veces incierta, desconocida) de los superiores tribunales se dirime en la etapa del *enforcement* de las decisiones.

Cerramos este punto enumerando algunas exhortaciones que fueron en su momento pronunciadas y quedaron sin concreción, que van más allá del ejemplo inicial de “Orazi”. La Corte falló por la inconstitucionalidad del sistema de “traslados” en 2020, pero ante la falta de designación de jueces regulares en la mayoría de los cargos se mantiene esa situación objetivamente inconstitucional.⁵⁷ No hay principio de ejecución real de la sentencia que obliga a Mendoza a liberar el caudal mínimo fluvio-ecológico del Río Atuel fijado por la Corte en 2020.⁵⁸ No se activó el proceso de designación

56. CSJN, “Orazi, Martin Oscar s/ inhabilitación (Art. 3 CEN)”.

57. CSJN, “Bertuzzi, Pablo Daniel y otro c/ EN - PJN y otros/ amparo Ley 16.986”.

58. CSJN, “Provincia de La Pampa c/ Mendoza s/ uso de aguas”. En el fallo se habla de un caudal mínimo permanente de 3,2 metros cúbicos por segundo para moderar el daño ambiental derivado de la desertificación del oeste pampeano. La Provincia de La Pampa continúa reclamando su efectivo cumplimiento.

del “Defensor del Pueblo”,⁵⁹ ni se sancionó una ley de Acciones Colectivas cuya inexistencia era calificada en “Halabi” de 2009 como “una mora que el legislador debe solucionar cuanto antes sea posible para facilitar el acceso a la justicia” atento al carácter operativo que asignaba al art. 43 párr. 2° C.N.⁶⁰

Este rápido repaso —cuya responsabilidad, por cierto, excede a la Corte— muestra heterogeneidad temática pero una conclusión a sopesar: en el retrovisor de exhortaciones se acumula el *stock* de cuentas pendientes.⁶¹

XIII.B. La era del *penultimismo*

Buena parte de nuestro paradigma decisorio pensaba el control de constitucionalidad como la *ultima ratio*, las decisiones relativas a ello como dotadas de *definitividad*, y la intervención de una Corte como la última palabra.

Ambas percepciones no se sostienen ya en la realidad: las disputas de constitucionalidad se han ostensiblemente ordinarizado; muchos casos permanecen por tiempo extenso en la dimensión de una jurisdicción cautelar que no “causa estado”; se advierte que incluso la decisión “de fondo” no es el final pues la discusión no es solo sobre “derechos”, sino sobre los “remedios” eficaces y operativos para asegurar esos derechos; a la vez que las intervenciones de la Corte parecen penúltimas palabras en un accidentado diálogo de poderes (o, en una perspectiva menos optimista: un pluriloquio de baja *densidad deliberativa*).

59. Las exhortaciones para cumplir con el proceso de designación del Defensor del Pueblo de la Nación, cargo constitucional que se encuentra en vacancia, fue pronunciada por la Corte en 2016 en “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c/ Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo” y reiterada ese mismo año en “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros”.

60. CSJN, “Halabi, Ernesto c/ PEN”.

61. Ciertamente encontramos ocasionalmente casos que pueden ser vistos como la “excepción que confirma la regla”. En octubre de 2021, la Corte declaró inconstitucional —atento el tiempo transcurrido— la falta de reglamentación del Poder Ejecutivo del art. 179 de la Ley 20.744, relativo a la obligación de las empresas de establecer guarderías y jardines maternos para su personal (CSJN, “Etcheverry, Juan Bautista y otros c/ Estado nacional s/Amparo”). El Decreto 144/2022, del 22 de marzo de 2022, finalmente cumple con esa omisión para reglamentar las salas de cuidados para niños y niñas en los establecimientos donde trabajan 100 personas o más.

Es un marco nuevo que no es una excentricidad o anomalía de 2022, sino que tiene ya pasado y tendrá futuro, e interpela a los tribunales a optimizar y adaptar su *praxis* a nuevos contextos de intervención, sin ingenuidad, autocomplacencia, arrogancia ni conservadurismo, y a hacerlo con extremo cuidado conceptual, imparcialidad y corrección epistémica. No todo será granítico, pero es importante —porque de ello depende la construcción de un sólido Estado de derecho— que podamos predecir y entender cómo discurre la lava de nuestro volcán en erupción.

BIBLIOGRAFÍA

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Fontevecchia y D'Amico v. Argentina. (Fondo, Reparaciones y Costas)", 29/11/2011, Serie C N.º 238.
- , "Miembros de la Aldea Chichupac y Comunidades Vecinas del Municipio de Rabinal v. Guatemala", 19/11/2015, Serie C, N.º 307.
- , "Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco v. México", 28/11/2018, Serie C, N.º 371.
- Corte Penal Internacional, "Ntaganda", 08/07/2019, caso N.º ICC-01/04-02/06.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, "AFIP s/ amparo Ley 16.986. Actor: Vespasiani, Mario Oscar", 15/12/2022, *Fallos 345:1394*.
- , "Almirón, Víctor Hugo y otros s/ Imposición de Tortura", 18/10/2022, *Fallos 345:1160*.
- , "Arancibia, Carlos Ignacio", 02/08/2022, *Fallos 345*.
- , "Arias, Patricia Alejandra (Def. de Menores e Incapaces) s/ Habeas Corpus Preventivo s/ casación", 29/03/2022, *Fallos 345:175*.
- , "Arriola, Sebastián y otros s/ causa N.º 9080", 25/08/2009, *Fallos 332:1963*.
- , "Asociación Civil Asamblea Permanente por los Derechos Humanos c/ Dirección General de Escuelas s/ Amparo", 2022, *Fallos 345:730*.
- , "Asociación Civil Macame y Otros c/ Estado Nacional Argentino-P.E.N. s/ Amparo Ley 16.986", 05/07/2022, *Fallos 345:549*.
- , "Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia s/ quiebra s/ incidente de verificación de crédito", 06/11/2018, *Fallos 341:1511*.
- , "B., C. B. y otro c/ IOSPER y otros", 21/10/2021, *Fallos 344:2868*.
- , "Barrera, Maribel Alejandra Soledad y otro s/ homicidio culposo", 18/10/2022, *Fallos 345:578*.

- , "Bergonci, Ilda Leonor c/ YPF S.A. y Otros s/ Despido", 18/10/2022, *Fallos 345:1127*.
- , "Bertuzzi, Pablo Daniel y otro c/ EN - PJN y otros/ amparo ley 16.986", 03/11/2020. *Fallos 343:1457*.
- , "Bignone, Reynaldo Benito Antonio y otros s/ Sustracción de Menores de 10 Años", 18/10/2022, *Fallos 345:1150*.
- , "C. G., A. c/ EN-DNM", 06/09/2022, *Fallos 345:905*.
- , "Cámara Unión Argentina de Empresarios del Entretenimiento c/ EN-AFIP s/ inc. Apelación", 21/12/2022, *Fallos 345:1531*.
- , "Candy S.A. c/ AFIP s/ amparo", 03/07/2009, *Fallos 332:1571*.
- , "Cardone, Lorena de los Angeles c/ Be Enterprises S.A. s/ Despido", 01/11/2022, *Fallos 345:1238*.
- , "Casal, Matías Eugenio y otro s/ robo simple en grado de tentativa", 20/09/2005, *Fallos 328:3399*.
- , "Castelli, Néstor Rubén y otros", 03/05/2022, *Fallos 345:244*.
- , "Ceballos, Estefanía Itatí c/ Dirección Nacional de Vialidad y otros s/ Daños y Perjuicios", 20/09/2022, *Fallos 345:1025*.
- , "Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c/ Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo", 18/08/2016, *Fallos 339:1077*.
- , "Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires y otro c/ EN-ley 26080-Dto. 816/99 y otros s/ proceso de conocimiento", 16/12/2021, *Fallos 344:3636*.
- , "Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires y otro c/ EN-ley 26080-dto. 816/99 y otros s/ proceso de conocimiento", 18/04/2022, *Fallos 345:197*.
- , "Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires s/ avocación en autos: Casaretto Marcelo Pablo c/ Cámara de Diputados Nacionales y otro s/ amparo", 18/04/2022, *Fallos 345:191*.
- , "Correa Belisle, Rodolfo Luis c/ EN-EMGE y otros s/ Proceso de conocimiento", 03/03/2022, *Fallos 345:102*.
- , "Denegri, Natalia Ruth c/ Google Inc. s/ Derechos Personalísimos", 28/06/2022, *Fallos 345:482*.
- , "Edenor S.A. y otro c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad", 20/09/2022, *Fallos 345:951*.
- , "Esso Petrolera Argentina SRL y otro c/ Municipalidad de Quilmes s/ Acción Contencioso Administrativa", 02/09/2021, *Fallos 344:2123*.

- , “Etcheverry, Juan Bautista y otros c/ Estado nacional s/Amparo”, 21/10/2021, *Fallos 344:3011*.
- , “Farmacity SA c/ Fisco de la Provincia de Buenos Aires”, 30/06/2021, *Fallos 344:1557*.
- , “Fernández de Kirchner, Cristina s/ Abuso de Autoridad y Viol. Deb. Func. Publ. (Art.248)”, 21/06/2022, *Fallos 345:423* y *Fallos 345:430*.
- , “Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Estado nacional s/ Acción Declarativa de Inconstitucionalidad”, 21/12/2022, *Fallos 345:1498*.
- , “Gómez Dávalos”, 16/10/1986, *Fallos 308:1938*.
- , “González, Domingo Avelino c/ Provincia de Tucumán s/ Daños y Perjuicios”, 06/09/2022, *Fallos 345:884*.
- , “Halabi, Ernesto c/ P.E.N.”, 24/02/2009, *Fallos 332:111*.
- , “Indar Tax SA c/ GCBA”, 22/03/2022, *Fallos 345:165*.
- , “Institutos Médicos Antártida s/ quiebra s/ inc. de verificación”, 26/03/2019, *Fallos 342:459*.
- , “Intendente de la Municipalidad de Castelli c/ Provincia de Buenos Aires s/ acción declarativa”, 10/02/2022, *Fallos 345:22*.
- , “Juez, Luis Alfredo y otro c/ Honorable Cámara de Senadores de la Nación s/ Amparo Ley 16.986”, 08/11/2022, *Fallos 345:1269*.
- , “Loma Negra Compañía, Industrial, Argentina, Sociedad Anónima c/ Provincia de Misiones s/ Acción Declarativa de Certeza”, 27/09/2022, *Fallos 345:1070*.
- , “Maidana, Ricardo Alejandro”, 24/05/2022, *Fallos 345:348*.
- , “Manzaba Cagua, Jessica c/ EN-M Interior OP Y V-DNM”, 10/05/2022, *Fallos 345:270*.
- , “Martel, Osvaldo Benito”, 17/05/2022, *Fallos 345:298*.
- , “Masci, Diego Mariano s/ violación de intimidad”, 12/08/2022, *Fallos 345:686*.
- , “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado nacional y otros”, 01/11/2016, *Fallos 339:1562*.
- , “Orazi, Martin Oscar s/ inhabilitación (Art. 3 CEN)”, 10/02/2022, *Fallos 345:50*.
- , “Outokumpu Fortinox SA c/ Córdoba”, 17/02/2022, *Fallos 345:76*.
- , “P., S. M.”, 26/12/2019, *Fallos 342:2389*.
- , “Provincia de La Pampa c/ Provincia de Mendoza s/ uso de aguas”, 16/07/2020, *Fallos 343:603*.
- , “Provincia de San Luis c/ Estado Nacional s/ Acción Declarativa de Inconstitucionalidad y cobro de pesos”, 23/08/2022, *Fallos 345:801*.

- , "Qiu, Wenzhan c/ Dirección Nacional de Migraciones", 20/09/2022, *Fallos 345:1015*.
- , "Rina Iberia SL suc. Argentina c/ AFIP-DGI", 28/06/2022, *Fallos 345:533*.
- , "Rivero, Alberto y otro s/ abuso sexual", 03/03/2022, *Fallos 345:140*.
- , "Rodríguez, Héctor Ismael", 09/09/2021, *Fallos 344:2409*.
- , "Roggenbau, Edgardo Enrique", 24/05/2022, *Fallos 345:338*.
- , "Roldan, Luis Adrián", 20/09/2022, *Fallos 345:1021*.
- , "Sala, Milagro Amalia Ángela y otros s/ p.ss.aa. de asociación ilícita, fraude a la administración pública y extorsión", 15/12/2022, *Fallos 345:1421*.
- , "Salvini, Marcelo", 30/08/2022, *Fallos 345:869*.
- , "Sánchez, Cristian Gabriel", 20/09/2022, *Fallos 345:1011*.
- , "Sánchez, Oscar Vicente c/ Municipalidad de Esquina (Corrientes) y otro", 21/06/2022, *Fallos: 345:477*.
- , "Shi, Jinchui s/ Municipalidad de la ciudad de Arroyito s/ acción declarativa de inconstitucionalidad", 20/05/2021, *Fallos 344:1151*.
- , "Telecom Argentina S.A. c/ EN-Enacom y otro s/ medida cautelar (autónoma)", 15/11/2022.
- , "Telefónica de Argentina SA y otro c/ EN-AFIP-DGI", 25/10/2022, *Fallos 345:1184*.
- , "Zanandrea, Luis", 30/06/1998, *Fallos 321:1848*.
- , "Zuluaga Celemin, Claudia Lucia c/ Dirección Nacional de Migraciones", 13/10/2022, *Fallos 345:1114*.
- Juzgado Contencioso Administrativo Federal N.º 6, "Alonso, María Luz y otros c/ EN-Honorable Cámara de Diputados de la Nación s/ Amparo Ley 16.986", 20/10/2017.
- Tribunal Especial para Sierra Leona, "Sesay", 02/03/2009, caso N.º SCSL-04-15-T.
- Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, "Cešić", 11/03/2004, caso IT-95-10/1-S.
- , "Furundžija", 10/12/1998, caso N.º IT-95-17/1/-T.
- Tribunal Penal Internacional para Ruanda, "Karemera", 02/02/2012, caso N.º ICTR-98-44-A.
- United States Supreme Court, "Baker v. Carr", 26/03/1962, 369 U.S. 186 (1962).

ENTREVISTAS

ENTREVISTA A LUIS MORENO OCAMPO*

Lecciones y Ensayos: —*A poco de la presentación de su libro y del estreno de la película Argentina, 1985, ¿cómo cree que influyen las producciones culturales en el proceso de construcción de memoria, verdad y justicia?*

Luis Moreno Ocampo: —Son esenciales. Después de ser fiscal de juicio en la Corte Penal Internacional, acepté una invitación de Harvard para estudiar un poco cómo explican los profesores de relaciones internacionales y ciencia política la actividad de una justicia internacional, entonces decidí irme a la Kennedy School (of Government), que no es la Law School. Después de seis años, me di cuenta de que esto no funcionaba: los norteamericanos no creen en la ley internacional. Ellos garantizan la ley nacional pero para afuera no quieren límites, por lo tanto no les interesaba mucho la Corte Penal Internacional.

Luego, me invitó la Escuela de Cine de la Universidad de South California —que es la mejor escuela de cine del mundo— a discutir un tema que me pareció fascinante: cómo el cine presenta narrativas de crimen, guerra y justicia. Yo no sabía nada de cine. Mi amigo que es profesor de guiones sabía de cine y yo entendía de guerra, crimen y justicia. Ahí aprendí algo de un profesor de origen vietnamita que me pareció genial. Él decía: “la guerra se libra dos veces: primero en el campo de batalla y luego en la memoria, y la memoria es el campo fundamental. El Pentágono hará las guerras pero la memoria la define Hollywood”. Los abogados sostene-
mos que los jueces hablan por sus sentencias. Sin embargo, nadie lee las

* Entrevista realizada por miembros del Consejo de Redacción de Lecciones y Ensayos el día 12 de septiembre de 2022. Luis Moreno Ocampo fue el fiscal adjunto del Juicio a las Juntas y, posteriormente, fue elegido como el primer fiscal general ante la Corte Penal Internacional. Fue profesor visitante en las universidades de Stanford y Harvard. Actualmente forma parte del departamento de estudios interdisciplinarios de la Universidad de la Ciudad de Nueva York y da clases en la escuela de arte cinematográfico de la Universidad del Sur de California.

sentencias. Eso es un problema. Tenemos que entender que los abogados asumimos un rol frente a los jueces pero para llegar a la comunidad, que es muy importante, necesitamos otras herramientas. Yo estoy enseñando en Los Ángeles como el cine define narrativas y uso películas desde *Apocalypse Now* o *La Batalla de Argel* para Vietnam, hasta películas de *Star Wars* y *Marvel*, porque de ahí extraigo ejemplos. Cuando salió una película sobre algo que hice yo, me dije: “esta es mi oportunidad de entender más cómo funcionan las narrativas”, entonces apoyé la película y vi qué otras películas se estaban haciendo del tema (hay una película más que se está haciendo, usando solamente las grabaciones del Juicio a las Juntas que es muy interesante porque articula la narración con esas imágenes).

Por otro lado, yo también saqué un libro en el año 1996 que se reeditó este año, agregándole algunos acontecimientos posteriores a ese año para participar en el debate, para que ustedes vean acá hoy exactamente el objetivo que yo tengo: que su generación rediscuta este tema.

Lecciones y Ensayos: —*Está buenísimo lo que se está haciendo. Es importante que nuestra generación, y los estudiantes de derecho en particular, hablemos sobre justicia transicional con relación a nuestra historia.*

Luis Moreno Ocampo: —¡Claro! Porque vos tenés que entender las teorías jurídicas pero hay que darse cuenta de que no es lo único. Teoría del delito está muy bien, hay que estudiar teoría del delito, pero no define todo. Hay otros lenguajes. El experto en teoría del delito no será el experto en comunicación. A mí me pasó que aprendí teoría del delito primero, después me metí en un juicio que trascendió a nivel internacional donde la teoría del delito no era el tema más complicado. Ahora siento que puedo aportar en explicar esta complejidad: cómo se mezclan estos elementos, y cómo si vos operás en la realidad en casos muy grandes como el Juicio a las Juntas o casos de la Corte Penal Internacional, tenés que entender muchas dimensiones.

Lecciones y Ensayos: —*Usualmente se escucha la experiencia del tribunal del Juicio a las Juntas. En el caso del equipo de la fiscalía, ¿cómo fue trabajar día a día la construcción del caso para llevarlo al debate oral y público?*

Luis Moreno Ocampo: —Bueno... en realidad, el Juicio a las Juntas no tiene mucha innovación en materia de derecho penal específicamente. Hay una discusión sobre autoría mediata o no, que importa, pero la CSJN cambió la forma de calificar la autoría con una visión más clásica y no cambió nada realmente.

Lo que sí consistió una innovación fundamental fue la implementación del Código de Justicia Militar para hacer el Juicio. Esto trajo aparejado tres cambios importantes en materia procesal: 1) los fiscales hicimos una especie de principio de oportunidad, no de legalidad (pudimos seleccionar hechos), sino era imposible; 2) Que fue un juicio oral y público, cosa que en la Argentina había habido experiencias, pero pocas. La Argentina tenía un código escrito, digamos, en el sistema federal. Que fuera de esta manera fue fundamental porque el impacto comunicacional del Juicio a las Juntas fue lo más importante, más aún que las condenas específicas; 3) la investigación estuvo a cargo de la fiscalía y fue mi responsabilidad. Cuando llegué le dije a Strassera: “Julio, yo nunca en mi vida hice un juicio, nunca fui fiscal”, a lo que él respondió: “mejor, porque tenemos algo nuevo; si no, no podemos. No podemos confiar en la policía para investigar los hechos, no podemos hacerlo en el sistema normal con el juez entrevistando personas, tenemos que inventar algo nuevo”, entonces inventamos una cosa nueva.

La primera tarea que hicimos fue ir a la Conadep —cuyo archivo estaba en la Subsecretaría de Derechos Humanos— y con su gente elegimos los casos más probados, casos de todo el país, de todos los años y de todas las Fuerzas. A partir de eso los jueces ampliaron las indagatorias de los comandantes para especificar los hechos, porque los comandantes se quejaban, con razón, de que era imposible defenderse de miles de casos que no eran claros. “Sí, acá está la Conadep, pero ¿de qué me defendiendo?”. Bueno, les especificamos 709 casos, muy claritos.

Lo segundo que hicimos fue, una vez que habíamos seleccionado los casos, como no podíamos usar a la policía para investigar, investigamos a las víctimas. Llamamos a Pablo Díaz y le preguntamos si había habido un testigo de su secuestro. Aparecieron dos tías y un vecino. Después, buscamos documentos que probaran lo que había ocurrido en aquella época y aparecieron una denuncia por privación ilegítima de la libertad y un *habeas corpus*. En la narrativa de esos documentos, ambos de 1977, se podía confirmar el testimonio. Entonces, ya teníamos probada la privación de libertad. Pablo Díaz había ido a una comisaría donde lo habían torturado y contó su tortura y la que sufrieron sus compañeros de la Noche de los Lápices, con lo cual probamos su tortura y la de los demás. Nunca acusamos por homicidio a los desaparecidos porque no lo podíamos probar. Eso es lo que hicimos nosotros. Ahora bien, acá la valentía fue de gente como Pablo Díaz que se animó a declarar. Cuando nosotros le dijimos que tenía que declarar dijo que no podía, porque nadie sabía lo que le había pasado.

Le daba vergüenza contar que había estado preso, ya que en aquella época todos te miraban como a un guerrillero, por lo que se decidía no contarle a nadie. Incluso, había estado viendo el programa de la Conadep con el padre de su novia y dice que el padre de la novia lo codeó y le dijo: “Che, Pablito, ¿a vos te parece que esto te podría haber pasado?”, y él dijo que sí, que creía que sí. ¡Pero no aclaró “me pasó a mí”! Cuando le dijimos que tenía que declarar, preguntó quién lo iba a ver y si iba a haber gente, a lo que respondimos que sí, que iba a haber público y periodistas. “No puedo”, dijo, y pidió unos días para pensarlo. A las dos semanas nos llama y nos comenta que lo había hablado con su familia, que lo iban a apoyar, y nos entregó el nombre de las tías. En su testimonio, Pablo contó la historia de su compañera, con quién se habían puesto en pareja en la celda. Contó cómo la habían violado y cómo, cuando él le dijo que lo iban a liberar y que iban a salir juntos, ella le dijo que no, que ella no iba a salir nunca y le pidió que cada fin de año mirara al cielo, que ella lo iba a estar mirando. Cuando salimos de esa audiencia, él me abraza y me dice: “hace nueve años que quiero contar esto”. Después, esa historia la reprodujo *El Diario del Juicio* (periódico que publicaba la editorial *Perfil*). Finalmente, Héctor Olivera, junto con Daniel Kon escribieron un guion que terminó siendo la película *La Noche de los Lápices* que, cuando salió por televisión, tuvo 49 puntos de *rating* —uno de los más altos de la historia argentina— e incluso se la llegó a dar periódicamente en las escuelas. Cuando hablamos de narrativas, este ejemplo es muy bueno. La investigación permitió que Pablo transformara su historia en testimonio, en prueba, y la película transformó su historia en una nueva narrativa.

Lecciones y Ensayos: —*¿Cuál es el rol de la verdad en los procesos de lesa humanidad en Argentina? ¿Cómo repercutieron los pactos de silencio de las Juntas en la búsqueda de esa verdad?*

Luis Moreno Ocampo: —Es un hecho que existieron pactos de silencio. Es muy interesante analizar como los militares usaron el lenguaje para ocultarse a sí mismos la gravedad de lo que hacían. Si uno le preguntaba a un general: ¿Había centros clandestinos de detención en su jurisdicción? Su respuesta era “negativo”; ¿Había lugar de reunión de detenidos (LRD)? “Afirmativo”; ¿Usted visitaba LRD? “Afirmativo”; ¿Usted maneja informes de la LRD a la superioridad? “Afirmativo”.

Ellos negaban la tortura pero la reconocían a través de un lenguaje que uno debía reconocer y comprender. Esto implicaba el desafío de encontrar la forma correcta de realizar la pregunta, para que ellos describieran estos

hechos. Ellos a la tortura la llamaban “interrogatorio táctico”; la persona secuestrada era “un blanco planeado”; la persona cuyo nombre aparecía en un interrogatorio era “un blanco de oportunidad”. Tenías que entender su lenguaje para entender lo que decían.

Más allá de esto, lo relevante del juicio a las juntas es que logró romper con el pacto de silencio que había entre los argentinos. Yo siempre uso el mismo ejemplo, el de mi madre. Ella amaba a Videla y creía que yo estaba equivocado, y si bien nunca la pude convencer, cuando ella escuchó el testimonio de Adriana Calvo de Laborde me llamó y me dijo: “yo quiero a Videla, pero tenés razón, tiene que ir preso”. El juicio a las juntas rompió con el silencio de la sociedad mucho más que el pacto de silencio de los militares.

Tuvimos pruebas increíblemente buenas. Una de las más contundentes fue la que nos proporcionó el presidente de Francia, Valéry Giscard d’Estaing, quien dijo que Massera le atribuyó la muerte de monjas Francesas al primer cuerpo del ejército argentino. La ESMA que controlaba Massera dependía formalmente del primer cuerpo del ejército. Con anterioridad, él había dicho que las monjas habían sido secuestradas por monotoneros, por lo que al reconocer la responsabilidad del primer cuerpo del ejército entró en contradicción.

Lo pasó en el Juicio a las Juntas fue que el silencio —que era una estrategia usada por la dictadura— se acabó. Lo rompimos y la verdad tiene fuerza.

Lecciones y Ensayos: —*¡Qué increíble! La semana que viene justamente se va a presentar un libro sobre la ESMA: “Represión y poder en el centro clandestino de detención más emblemático de la última dictadura argentina” en el CONTI.*

Luis Moreno Ocampo: —Me parece fascinante, ustedes son chicos de 20 años que no existían cuando ocurrió el Juicio a las Juntas y me parece súper importante que se interioricen y lo conozcan.

La demanda de justicia empezó cuando secuestraron a las víctimas, con las madres y demás familiares que iban a reclamar. Siguió con la Convención Interamericana de Derechos Humanos y luego, en las elecciones, fue muy importante el momento donde los medios comenzaron a divulgar la información. Hubo muchos momentos clave. Por supuesto que luego vinieron las leyes de punto final y obediencia debida junto con los juicios por la verdad. Es un proceso histórico muy largo que está bueno entender cómo se fue dando.

El tema que yo rescato es, justamente, que los sistemas legales permiten que coexistan intereses distintos a lo largo del tiempo. El sistema legal funcionó en este tema por razones muy complejas y me parece muy importante que existan narrativas populares que describan ese proceso complejo.

Lecciones y Ensayos: —*¿Usted considera que nuestro país ya concluyó su proceso de justicia transicional?*

Luis Moreno Ocampo: —Pfff, nunca se terminó de encontrar a los desaparecidos. Si hoy le preguntamos a algún familiar de un desaparecido esto mismo, nos respondería que no, porque ellos no pudieron enterrar a su ser querido. Es una herida que no deja de sangrar. Una vez, el padre de una chica desaparecida me dijo: “mire, en mi cabeza yo sé que mi hija está muerta pero en mi corazón quedan esperanzas. Me dijeron que mi hija estaba internada en un manicomio en Córdoba y yo agarré el auto después de 20 años y me fui a 600 km para ir a buscarla”. Hay un juez de la Corte de Justicia Internacional que decía muy bien “lo que hacemos es solo mitigar un poco el dolor de las víctimas”.

Lecciones y Ensayos: —*¿Qué rol juega la reconciliación en estos casos?*

Luis Moreno Ocampo: —Hay una confusión muy grande en torno al concepto de reconciliación. Si alguien mata a mi hija yo no quiero reconciliarme con el asesino. La forma es no matarlo, la ley es lo que nos permite reconciliarnos. Podemos vivir o coexistir pacíficamente con gente que quizá cometió crímenes horribles. Pero la idea de reconciliarnos como si fuéramos amigos es un absurdo moral. Creo que es una equivocación bien intencionada. Lo que no puedo es matar a los asesinos, pero hacernos amigos no tenemos por qué. La reconciliación es la vigencia de la ley.

Lecciones y Ensayos: —*¿En qué medida cree que la sentencia condenatoria fue retributiva y en qué medida fue reparatoria?*

Luis Moreno Ocampo: —Ese análisis binario que la Facultad brinda nos ayuda, porque nos da categorías mentales, pero lo cierto es que fue las dos cosas. Fue reparatoria y también retributiva. En este sentido, podemos decir que fue súper reparatorio cuando declaró Pablo Díaz, mientras que el carácter de retributivo se dio con la condena a Videla. Me parece que esas categorías mentales que nos inventamos son para entender problemas. Podes diferenciar dos facetas de un problema, pero siguen siendo facetas.

Lo que yo te puedo decir es que fue más reparatorio que retributivo porque el Juicio a las Juntas consistió, por un lado, como todo juicio penal en resolver sobre las responsabilidades de un sujeto, de una persona,

pero también fue proceso social único. José Pablo Feinmann decía que la Conadep nos ahorró un problema, pero que el Juicio a las Juntas nos transformó porque en el día a día se contaba lo que había pasado.

Entonces, ¿cómo lo llamás? Normalmente cuando hablamos de justicia reparatoria no hablamos de eso, no hablamos de que mi mamá, que no tenía nada que ver, cambió su forma de pensar, hablamos de que transformamos a toda la sociedad. Eso es lo que hizo el Juicio a las Juntas. Y otra respuesta fue la combinación de un proceso político-social increíble donde la gente votó a Alfonsín, quien cumplió con su promesa y el Congreso declaró nula la autoamnistía. La Conadep cumplió, junto con los jueces y las partes que hicieron su aporte en el juicio. Todo eso pasó, lo cual a mí me fascina porque por una vez en la Argentina la ley funcionó.

Lecciones y Ensayos: —*¡Sí, de acuerdo! Nosotros lo pensamos no solo con relación a las víctimas, sino también a la sociedad en general.*

Luis Moreno Ocampo: —Una cosa muy clara del juicio fue que terminó con el golpe de Estado. La democracia es la que lo logra, debido a que en democracia no podés poner en la ESMA un centro de detención clandestino; no se puede y ahora menos, porque no existe más como tal.

El apoyo al golpe de Estado termina volviendo a la Argentina en un país... donde desde 1930 cada gobierno democrático había sido derrocado. Entonces, en ese contexto, que la gente se opusiera como se opuso a los levantamientos significa mucho. Esto, a pesar de que en la Argentina siempre tenemos crisis terribles, no nos convertimos en Suecia. Yo soñaba en que nos convirtiéramos en Suecia. No lo somos, pero no hay más golpe de Estado.

El juicio a las juntas tuvo repercusiones que excedieron mucho de lo que normalmente pensamos de un juicio penal. Tuvo impactos sociales y políticos que normalmente no ocurren.

Lecciones y Ensayos: —*Cuando iniciaron el juicio, ¿Se imaginaron el impacto que iba a tener? Usted recién mencionó el rol que cumplió el juicio en terminar con el apoyo al golpe de Estado. Nosotros nos imaginamos en la vigencia que seguía teniendo esa junta militar que acababa de dejar el poder a un gobierno democrático sentada en el banquillo de los acusados.*

Luis Moreno Ocampo: —Eso fue genial. Justamente, a mí me parecía imposible. Tenés que trabajar veinte mil casos que tenés enfrente tuyo y bueno, no pensás qué vas a hacer después. Cuando llegué, Julio me dijo “ahora pensemos la investigación”. Y yo me dediqué a eso, lo que sale en

la investigación. ¿Qué viene después? Bueno, las audiencias. Te digo que yo de audiencias no tenía idea. Y cada paso que fuimos dando, fuimos haciendo un camino que no estaba, que no existía. Eso fue lo fascinante.

Lecciones y Ensayos: —*¿Considera superada la violencia política o institucional en la Argentina?*

Luis Moreno Ocampo: —Bueno, sí, pero existe un riesgo de volver y por eso el atentado a la vicepresidenta es gravísimo. Es gravísimo y lamentable que no haya habido una marcha de todos los partidos juntos. A mí me asombró. Yo me fui de la Argentina hace 20 años y la verdad es que me asombra que un hecho como ese no genere que todas las personas se unan. Aunque digamos que fue una persona que actuó sola es un hecho de violencia inaceptable. Ahora para que ustedes entiendan lo que eran los 70, en ese entonces una cosa así se hubiera atribuido a los montoneros, o a la Triple A, o a un grupo armado. Entonces existía una capacidad de ataque muy diferente, vivíamos en una época así.

Por eso, también hay que entender que cuando los militares asumen el poder, la gente lo aprueba. Es más, Héctor Olivera, quien dirigió la película *La noche de los lápices*, me contaba que a ellos la Triple A, un grupo de extrema derecha que manejaba López Rega, quien fue ministro del gobierno peronista, los amenazaba. Amenazaban a Héctor Olivera, quien había hecho *La Patagonia Rebelde*; a Daniel Tinayre, el marido de Mirtha Legrand, que había hecho *La Mary* con Susana Giménez y Carlos Monzón, y a Armando Bó, quien hacía las películas de la Coca Sarli, que eran semi-pornográficas. Entonces todos los artistas estaban asustados por la Triple A y también ellos apoyaban el golpe de Estado.

María Elena Walsh escribió un artículo muy famoso, en 1979, que se llamó *Desventuras en el país-jardín de infantes* y decía “yo no quiero vivir en un país jardín de infantes”. Fue una expresión de libertad dentro de la dictadura. Esta mujer diciendo que no quiere que controlen su pensamiento, que desea hacer lo que tenga ganas, no quiere estar en listas. Eso decía ella y todos lo vivimos como una cosa épica. Y cuando vos lo lees, resulta que ella en una parte del texto agradece a los militares la lucha contra la subversión.

Entonces, me parece que los chicos como ustedes no tienen claridad de cómo en los 70 la gente estaba asustadísima por las guerrillas, por la Triple A y les parecía que los militares daban orden. Y por eso los apoyaron. Mi mamá no era la única que pensaba así. Es más, hay una cosa rarísima, que tiene que ver con el derecho penal, que es que si todos pensamos que

no hacemos nada malo, no nos puede pasar nada malo. Si no, puedo caer por calle. Y resulta que ese pensamiento no funciona en una dictadura militar y el “por algo será”, una frase que todo el mundo justificaba, no es que la decía gente perversa a la cual no le importaba nada. Beatriz Perosio, que era secretaria del gremio de psicólogos, reclamaba por ellos y le dijeron “no hagas eso que es peligroso”. Si yo soy secretaria del gremio de psicólogos no me puede pasar nada malo, dijo. Desapareció.

A mí me asombra Claudio Tamburrini, que estuvo en Mansión Seré, fue testigo del caso, se escapó con las sábanas por la ventana, como en las películas mudas. Después él venía siempre para la Argentina, y en los 90, habían pasado ya cinco años y le digo “Claudio, vos después de lo que te pasó, después de cómo te escapaste, ¿cómo volviste a tu casa y viviste durante un año?”. Él se escapó porque fue a renovar el pasaporte, se dio cuenta de que lo estaban buscando y se exilió en Suecia. Y me responde “si yo no había hecho nada, ¿por qué me iba a ir?”. “¿Pero no te diste cuenta que a los que estaban ahí no les importaba nada lo que hicieran?”. Me dice “no, eso no es cierto, yo no había hecho nada, me podía quedar en mi casa”. Claudio después de tantos años, seguía con el efecto claro de ese discurso.

Lecciones y Ensayos: —*Claro, el efecto de ese discurso no solo en ese momento para justificar, sino que quizá uno se exponía creyendo eso. Ese chip era como una autopreservación también.*

Luis Moreno Ocampo: —Respecto a la autopreservación o autoengaño, nosotros lo hacemos todo el tiempo. Debemos tener conciencia de que eso no es una perversión, es lo que todos sentimos que tenemos que hacer porque, si no, no podemos vivir.

Lecciones y Ensayos: —*También mucha gente no sabía directamente que estaba pasando. La gente común pensaba que era un gobierno dictatorial más.*

Luis Moreno Ocampo: —Totalmente, la gente no sabía. Había una censura terrible.

Lecciones y Ensayos: —*Sumado a eso, las instituciones seguían funcionando normalmente...*

Luis Moreno Ocampo: —Yo me había divorciado en el 81. Un año hice teatro y había una cosa muy linda que se llamaba Collegium Musicum. Sí, la vida continuaba y vos no sabías todo eso, y además nadie lo iba a decir. Pero ahora hay mucha más conciencia de lo que hizo la dictadura y menos claridad de lo que pasó antes.

Lecciones y Ensayos: —*También hubo una reconstrucción de lo que pasó en los 70 a partir de los 2000. Es interesante el rol que jugó en la construcción de la narrativa.*

Luis Moreno Ocampo: —Por supuesto, siempre hubo una lucha por las narrativas, los militares se quejaban de eso, ellos decían: ¿Cómo? ¿Ganamos la guerra y ahora nos vienen a juzgar? Es ridículo. La construcción de la narrativa de guerra no era para justificar hechos individuales. Viola —adhiriendo a Estados Unidos— sostenía que a los vencedores de la guerra no se les debería tomar rendición de cuentas. Si los nazis hubieran ganado la Segunda Guerra Mundial el juicio en vez de hacerlo en Núremberg lo hacían en Virginia, él pensaba eso.

Justamente hay un debate de narrativas, obvio, y por eso me parece buenísimo que volvamos a debatir y entender. Yo creo que es muy importante el cómo los maestros y los profesores de secundaria tienen que enseñar el Juicio a las Juntas, como lo explican, cuál es la relevancia que le otorgan. Me parece súper relevante que en este momento discutamos eso.

Lecciones y Ensayos: —*Y construir una narrativa, como queremos enseñar esa historia.*

Luis Moreno Ocampo: —Qué vamos a enseñar de eso, claro. A mí me parece fundamental que entendamos la importancia del proceso judicial y de los procesos legales. Nunca va a dejar de haber conflicto en la sociedad y por eso hacen falta procesos legales. En el año 1975 dentro del peronismo se encontraban López Rega, la Triple A y los montoneros. Además, había muchos peronistas que no eran violentos, pero no tenían cómo armonizar a esos sectores.

En la Junta militar, Massera mató a gente de Videla. Tal es el caso de Elena Holmberg, que era una diplomática que trabajaba para Videla. Todos sabían del asesinato y no tenían forma de resolverlo. Los procedimientos legales nos permiten vivir con los que piensan distinto. Aquí, la decisión fundamental es, en el año 85, tratar a Videla y a Massera como ciudadanos con derechos. Y así probamos los hechos, los juzgamos y condenamos. En contraste, en el año 1976 trataban a los ciudadanos que consideraban subversivos como enemigos, torturándolos y asesinandolos. Justamente son los dos modelos, Argentina 85, y Argentina 76.

Lecciones y Ensayos: —*La justicia es una institución con muy baja credibilidad en la Argentina ¿Por qué piensa que esto sucede?*

Luis Moreno Ocampo: —Porque la misión que hoy se le da a la justicia es la de proteger a los políticos. Yo enseñé cine, por ejemplo en

Rescatando al soldado Ryan el capitán norteamericano recibe la misión de salvar al soldado y todo es noble. En *Apocalypse now* el capitán recibe la orden de matar a un soldado norteamericano y todo es horrible. En la Argentina les otorgaron a los jueces la misión de proteger a los políticos y entonces... todo es horrible.

Lecciones y Ensayos: —*¿Desde cuándo cree que esto sucede? ¿Qué herramientas son necesarias para revertir esta situación?*

Luis Moreno Ocampo: —El senador Orgaz, ya en la época de Alfonsín, decía que le daba vergüenza cómo se designaba a los jueces. Luego, en el gobierno de Menem se designaron todos jueces amigos. Arslanian, ministro de Justicia de Menem, elaboró la reforma de procedimiento de juicio oral y le advirtió a Menem que estos jueces amigos lo iban a traicionar. El drama se asienta cuando gana Fernando de la Rúa, quien en lugar de limpiar esa justicia, la consolidó.

Lecciones y Ensayos: —*¿Qué herramientas son necesarias para revertir esta situación?*

Luis Moreno Ocampo: —Lo que no puede pasar es que los políticos tengan sus reglas a aplicar y que los jueces tengan otras. Si esto pasa es una decepción, cuanto mayor sea la distancia entre las reglas que cada uno aplica peor será su funcionamiento en general.

Antes algunos pensaban que los jueces no podían juzgar a los militares porque ellos tenían sus propias reglas. Esto cambia en democracia, los políticos deben compartir las reglas con los jueces.

Lecciones y Ensayos: —*¿Cuáles son sus consideraciones acerca de los casos de corrupción que se dieron durante la época de la dictadura? ¿Se investigaron adecuadamente?*

Luis Moreno Ocampo: —No adecuadamente. Fue muy difícil. Lo más grave de la dictadura fue la deuda externa. Alfonsín planteó dos temas de derechos humanos. Él tuvo un equipo de gente de muy buena educación capaz de trabajar con derechos humanos pero el problema de la deuda externa no supieron manejarlo. La compramos y todavía estamos sin pagar. La deuda externa es un tema enorme que no supimos manejar. Por eso es importante que ustedes se eduquen. Algún día alguien la va a manejar.

Lecciones y Ensayos: —*Usted antes dijo que en el 76 se trató a los enemigos como enemigos y en 85 se los trató como ciudadanos con derechos. Además, hubo un cambio en la sociedad en la protesta, el modelo de las Abuelas de Plaza de Mayo. La protesta pacífica y no violenta. El cambio en los mecanismos democráticos.*

Luis Moreno Ocampo: —Una cosa que podemos aprender del Juicio a las Juntas es cómo se demandaba justicia, ya que había muchos grupos de derechos humanos distintos. Las Madres de Plaza de Mayo, quienes de forma simbólica recorrían la Plaza de Mayo; La Asamblea de Derechos Humanos, sobre todo con el liderazgo de Fernández Meijide, que tomaba denuncias, entre varias otras. Las Abuelas desarrollaron nuevas fórmulas para averiguar la conexión genética entre abuelas y nietos. Cada grupo tuvo su estrategia y la suma lo solucionó. También porque hubo liderazgo político y técnico. No solamente la demanda.

Por ejemplo, hay una demanda global de justicia a líderes que cometen crímenes que no funciona igual en la Argentina que en Brasil, en Alemania u otros países ¿Por qué? Tenemos que entender cómo funciona la oferta de justicia. Sin Alfonsín o sin el senador Bittel, no se hubiera sacado una ley para que las Cámaras puedan abocarse. El Congreso de la Nación por unanimidad resolvió dejar sin efecto la autoamnistía. Justamente en el 83 y 85 cada cual cumplió con su papel, incluso en conflicto. Alfonsín no quería que los senadores actuaran tan lejos en su proyecto de reforma a la justicia militar pero eso se fue manejando. Me parece una cosa muy interesante que pasó ahí, que lo legal armonizó.

Hay una anécdota que tengo que es buenísima. Fui fiscal en el año 1988 en una rebelión que hubo en Aeroparque, unos meses antes de la Semana Santa de Aldo Rico. Al finalizar ese juicio por la Ley de Defensa de la Democracia uno de los acusados me maravilló cuando se levantó para hacer su alegato final y dijo: “yo quiero que me entiendan, yo estoy dispuesto a dar mi vida por mi patria y por mi pueblo pero no me pidan que dé la vida por la Constitución, porque la Constitución es una regla de procedimientos que, encima, los políticos cambian cuando ellos quieren. ¿Cómo voy a dar mi vida por una regla de procedimientos que puede que cambie mañana? Dar mi vida por la Constitución sería como dar mi vida por el sistema métrico decimal”.

¡Si, eso es! él lo tenía muy claro. Justamente tenemos que velar por que los procesos se respeten y eso es muy difícil porque nadie cree en los procesos. Ese es el mensaje que me gustaría dejar para los estudiantes de derecho.

Lecciones y Ensayos: —*El equipo de la fiscalía estaba integrado, en parte, por jóvenes estudiantes ¿cuál fue su participación?*

Luis Moreno Ocampo: —En la película aparecen muchos estudiantes y en Inglaterra escuché un comentario crítico diciendo que eso era un

exceso de fantasía del director. Allí decía que no era creíble que un grupo de jóvenes que ni siquiera eran abogados pudieran participar en el juicio ¡Y era verdad, no fantasía, y lo abatí!

Cuando llegué, el juez tenía un asistente que era un chico llamado Sergio Obligado, que trabajaba con él en la fiscalía hace cinco años. También estaba presente otro chico que era amigo de Julio, quien también se había sumado. Junto a ellos, teníamos dos que había traído de la Procuración de la Nación donde solía trabajar, ambos con 27 años, que eran los más viejos. También incorporé a Judith, que tenía 21 años y estudiaba para ser contadora. Falleció este mismo año, pobrecita, era un personaje. Era la que decía cuando llamaban: “perdón, pero es tarde, las amenazas se reciben hasta las nueve y media”.

Luego cuando fuimos a la Conadep descubrimos a María y Mabel que estaban muy despiertas y vinieron con nosotros a trabajar. El resto del equipo era Javier, quien era mi alumno. En aquella época, era la primera vez que daba un curso piloto que consistía en Derecho Penal I, Derecho Penal II y Procesal Penal. Lo llamábamos “el curso tridimensional”. Quedé muy contento e invité a varios a que me ayuden. Cinco chicos vienen, entre ellos Javier, el más chico de todos, tenía 20. Todos tenían entre 20 y 27 años, ninguno abogado y aun así formaron el equipo de investigación.

Al siguiente día nos juntamos. ¿Nos preguntábamos cómo lo hicimos? ¿Cómo nos dejaron? Recuerdo que en ese momento, un juez me dijo que nos dejaron por la enorme cantidad de trabajo que teníamos. Yo estaba muerto de miedo porque el plazo que teníamos que entregar la prueba estaba a punto de vencer y me quedé el día anterior hasta las dos de la noche sin saber si tenían la prueba o no. Los sepultamos con dos mil testigos, los matamos, hicimos un trabajo increíble. En cada mesa había un chico que se ocupaba de un centro de detención. De esta forma pasaban los testigos, se estudiaban los *habeas corpus*, los documentos que tenían y así. Se iba trabajando de esta manera, en máquinas.

Lecciones y Ensayos: —*Increíble. Julio Strassera tenía razón cuando decía una mente fresca, arrancar de cero...*

Luis Moreno Ocampo: —Strassera entendía que teníamos que trabajar así. No podíamos hacerlo de otra forma y me dio la oportunidad de armarlo así. Fue genial y nadie pensó que podía llegar a ser así. Todos los defensores habían sido jueces, tan convencidos que no íbamos a hacer nada y, de pronto, los sepultamos de prueba. Nunca se pudieron recuperar. Encima, ellos traían pruebas y nosotros también, como, por ejemplo, Mariano

Grondona, Máximo Paz que eran testigos de ellos, de Viola, y resultaron testigos clave para nosotros. Nos contaron todo sin censura. Me pareció genial este ritual, pasar frente a seis jueces mientras el resto de las personas te veían y declarar. La gente decía la verdad.

Recuerdo lo que me dijo quien había sido líder de un grupo guerrillero que había sido condenado a muerte dos veces en Córdoba. Zafó porque Videla no quería condenarlo a muerte. Menéndez, por el contrario, quería condenarlo y fusilarlo por izquierda. Este hombre fue un conejillo de Indias que tuvo dos condenas a muerte que luego fueron revocadas. Por esta lucha interna pudo salvar su vida. El día del juicio me dijo “a mí me torturaron pero nunca me había sentido tan exigido en decir la verdad como en este juicio”.

Lecciones y Ensayos: —*Luego de la sentencia y una vez obtenidas las condenas de los imputados ¿qué pasó con el equipo? ¿Cómo continuaron?*

Luis Moreno Ocampo: —Yo vine hace dos semanas, nos vimos dos veces. Nos habíamos empezado a reunir. La última vez que vi a Julio solamente hicimos un asado y lo llevé después a la casa. Nos vimos dos veces pero no nos vemos mucho. No somos amigos del alma pero compartimos todo eso, cuando nos vemos es muy fuerte.

Lecciones y Ensayos: —*En el plano internacional, ¿cuál fue la repercusión internacional del Juicio a las Juntas?*

Luis Moreno Ocampo: —Bueno, a mí me nombran fiscal de la Corte Penal Internacional por el Juicio a las Juntas. El Juicio tuvo un impacto en muchos países de la región. Varios argentinos se convirtieron en estrellas: Patricia Valdez trabajó en la Comisión de la Verdad en Centroamérica; Juan Méndez se convirtió en el asesor de Naciones Unidas; Silvia Fernández de Gurmendi se convirtió en la vicepresidenta de la Conferencia de Roma que adoptó el Estatuto de Roma, fue jueza y es la actual presidenta de la Asamblea de los Estados Parte; López Esquivel ganó el Premio Nobel de la Paz; el Equipo de Antropología Forense anduvo por todo el mundo.

Me parece que generó lo que se conoce como comunidad epistémica, una comunidad de expertos, que son un ejemplo.

Lecciones y Ensayos: —*¿Cómo fue impulsar sus primeras investigaciones en la Corte Internacional de Justicia?*

Luis Moreno Ocampo: —Siempre había pensado que nunca iba a hacer o participar en nada más importante que el Juicio a las Juntas. Yo ya estaba hecho, me dediqué a lo que tuve ganas. Estudié una carrera rara, luego inicié en un estudio de abogados, me dediqué a estudiar la corrupción

de varias compañías, tuve un programa de televisión durante un año, me invitaron a conocer el campus de Harvard y ya con eso sentía que había hecho lo que tenía que hacer. De pronto, en 2002, estaba yendo a Harvard cuando de repente, me llaman comentándome que estaban buscando un fiscal para la Corte Penal Internacional. Me habían propuesto por mi labor en el Juicio a las Juntas. Mi trabajo allí y mi conocimiento previo tuvo mucha importancia para que me nombraran. Esto, que es distinto, me sirvió muchísimo. Pude seguir investigando y entender que hay que acostumbrarse a que te aplaudan o te agredan. La única salvación en este cargo es hacer lo que hay que hacer.

Lecciones y Ensayos: —*Para ir finalizando, ¿Qué libro o película le parecen imprescindibles?*

Luis Moreno Ocampo: —Argentina, 1985 y Cuando el poder perdió el juicio.

Lecciones y Ensayos: —*¿Qué consejo le daría a un o a una estudiante de derecho?*

Luis Moreno Ocampo: —¿Ustedes saben quién fue Eugenio Bulygin?

Lecciones y Ensayos: —*¡Sí! Hicimos dos eventos in memoriam. Uno lo organizó Martín Bohmer y el otro Ezequiel Monti, Alejandro Calzetta y Julieta Rábanos.*

Luis Moreno Ocampo: —Muy bien. Eugenio, cuando se recibió su hija, que fue mi esposa, dijo una cosa que fue genial. Él dijo: “miren, ganen mucha o poca plata el 80 % de su tiempo lo van a dedicar a trabajar, así que hagan algo que les guste”.

A modo de cierre: ¿Ustedes saben quién es Jiménez de Asúa?

Lecciones y Ensayos: —*Si, fue el presidente de la República española en el exilio.*

Luis Moreno Ocampo: —Jiménez de Asúa fue nombrado profesor en Madrid a los 29 años. Al año siguiente sube Pedro Rivera al poder en España y Jiménez de Asúa renuncia a su cargo ya que sostenía que “no se puede hacer la ley durante una dictadura”.

Luego, se retira Pedro Rivera del poder y, al volver Jiménez de Asúa se convierte en miembro del Parlamento y escribe la Constitución española. Siguió enseñando hasta que llegó Franco al poder y decidió escapar.

En su exilio, llegó a Buenos Aires. Aquí se transforma en el director del Departamento de Derecho Penal. Justamente en esos años, los 60, hubo dos profesores que generaron discípulos. Uno fue Jiménez de Asúa que generó a los penales como Bacigalupo, Zaffaroni, Sancinetti, Polansky,

D' Alessio, Paixao, Baigún, Bergalli, Schiffrin, y por otro lado Gioja. Este último generó los filósofos: Carrió, Baqué, Vernengo, Bulygin, Alchurrón, Zuleta. Generaron dos escuelas y Carlos Nino era la relación entre los dos. En el 66 se dio el golpe de Estado. Gioja decide quedarse en la facultad y... ¿Qué hizo Jiménez de Asúa a sus 66 años? Mantuvo su postura de que no se podía enseñar derecho bajo una dictadura y renunció.

Luego murió en 1970. Yo había sido alumno de Enrique Bacigalupo. Él fue mi profesor de Derecho Penal y yo, en ese entonces, era compañero de Marcelo Sancinetti, que escribía sus libros y nos martirizaba con sus preguntas. En 1980, yo estaba en un seminario que hacíamos con Carlos Nino, y vino un profesor que se llamaba Manuel de Rivacoba. Rivacoba que era un español en el exilio, en Chile. Hizo un discurso muy dolido contando su exilio y fue muy triste. En el año 85, Juicio a las Juntas, Carlos Nino y Carlos Malamud habían sido sus discípulos. Tito Manzur, que también había sido su discípulo, secretario general de la Conadep. Gerardo Taratuto era el *ghost writer*, era un abogado que era actor de teatro y fue el escritor fantasma del *report* final. Varios jueces fueron alumnos de Jiménez de Asúa, D' Alessio, Gil Lavedra, Strassera y yo, también. Tres o cuatro de los defensores también lo fueron. En definitiva, Jiménez de Asúa produjo la gente que, 15 años después de su muerte, haría el Juicio a las Juntas. ¡Entonces, Jiménez de Asúa ganó! Por eso, a mí me gusta dedicarme a la educación.

ENTREVISTA A BENEDICT KINGSBURY*

Lecciones y Ensayos: —*¿Qué lo llevó a involucrarse en la enseñanza y la investigación jurídica?*

Benedict Kingsbury: —No soy una persona que haga grandes planes a largo plazo. Hice la carrera de derecho en Nueva Zelanda y, luego, fui a la Universidad de Oxford a hacer un máster en Relaciones Internacionales y, posteriormente, un doctorado en derecho internacional. Estar expuesto a tantos académicos reflexivos que me planteaban preguntas tan interesantes me enfrentó a una gran profundidad de pensamiento, a la capacidad de ver más allá de lo evidente y a tener bases sólidas para pensar en nuevos problemas. Todo esto me hizo sentir muy cautivado, y me atrajo la sensación de que yo podría llegar a hacer eso y que había algo realmente valioso en intentarlo.

Así que empecé a intentarlo. Eventualmente, conseguí un trabajo que me llevó a otro trabajo y así fui llevado por el camino. También sentí una especie de satisfacción. Me hizo pensar que tal vez podía hacer algo aquí, que podía abordar algunos problemas que me parecían importantes, muy a menudo problemas que eran injusticias terribles. Comencé a pensar en qué hacer para hacer que el mundo —o al menos algunas cosas en él— fuera un poco más justo. Eso me dio mucha satisfacción y me sentí muy feliz siendo académico desde entonces.

Lo que están experimentando ahora, como estudiantes de derecho, es el otro lado de lo que les sucedería si se convirtieran en profesores. Pasado un tiempo, las personas que fueron tus estudiantes tienen sus propios estudiantes y eso te genera una conexión inesperada que amplía tu perspectiva. Y ves que las ideas que habías pensado en el pasado cambian y se

* Entrevista realizada por miembros del Consejo de Redacción de *Lecciones y Ensayos* el día 14 de diciembre de 2022. Benedict Kingsbury es profesor *Murry and Ida Becker* de Derecho y Director del Instituto de Derecho Internacional y Justicia de la Facultad de Derecho de la Universidad de New York.

concretan de formas impensadas en muchos lugares diferentes. El mundo cambia y la gente intenta adaptar las ideas a los lugares en los que vive y a la situación que encuentra en el mundo. Por eso, creo que ser profesor conlleva una gran responsabilidad cuando te das cuenta de que tiene esas consecuencias. Esto también muestra por qué las universidades deberían evaluar realmente a quienes contratan como profesores y la importancia de la vocación.

Lecciones y Ensayos: —*En relación con esto, en Argentina, la mayoría de los profesores de derecho no se dedican exclusivamente a la Academia, sino que también ejercen otras actividades profesionales. En este sentido, ¿cómo es ser un profesor de tiempo completo? ¿Cuáles son sus pensamientos sobre trabajar a tiempo parcial en una tarea tan importante como es la formación de futuros profesionales?*

Benedict Kingsbury: —Cada personalidad, cada situación y cada lugar en el mundo son diferentes. Para mí, ser un profesor de tiempo completo es una enorme satisfacción y un placer, pero también una responsabilidad. Las personas invierten mucho en sus pagos de matrícula y las universidades destinan recursos y la sinergia del sistema para sostener a alguien como profesor. Por lo tanto, existe una responsabilidad en ese profesor de hacer cosas que justifiquen todo eso; y esto significa esforzarse mucho.

Esforzarse en enseñar a los estudiantes, en trabajar con colegas —especialmente ayudando a los más jóvenes con su propio trabajo y participando activamente en programas—, comentando el trabajo de los demás y, en general, tratando de nutrir a todos los jóvenes académicos en todas las etapas. También significa tratar de encontrar formas de traer a personas de circunstancias desfavorecidas al ámbito académico para hacerlo más perceptivo y equitativo, y para ayudar a pensar en ideas relevantes para los problemas que el mundo tiene o tendrá en el futuro. Esa es la parte de responsabilidad de esta tarea, y creo que uno debe tomarla muy en serio si tiene el lujo de ser un profesor de tiempo completo.

El derecho es un área muy peculiar. Es simultáneamente un campo de estudio académico sumamente serio, con conexiones profundas con el poder, la justicia, la vida, la estructuración de errores futuros y pasados, pero también es una vocación y una práctica. Las universidades intentan atender a cada uno de esos aspectos. De hecho, muchas de las partes más satisfactorias del derecho, incluso para los académicos, consisten en utilizar preguntas técnicas y experiencias concretas para ver cómo funcionan las ideas en la práctica o para descubrir qué cosas que se han pasado por

alto. Creo que todo el objetivo de un programa universitario de derecho es integrar la teoría y la práctica y, lograr, una especie de interlocución continua entre ambas.

En cuanto a las personas, hay algunas que son académicas de tiempo completo, al menos en ciertas áreas, como la filosofía, por ejemplo, mientras que otras están involucradas en diferentes tipos de prácticas, no siempre relacionadas con lo comercial, con ganar dinero, sino con el gobierno, el interés público, ONGs, activistas o diferentes áreas de concientización. Luego, también existen prácticas que implican traer gente a este ámbito y tal vez trabajar con estudiantes de secundaria o centros educativos para tratar de conectarse con criterio con las distintas comunidades. Entonces, hay mucho por hacer allí, y muchas personas estarán incluso en el medio haciendo ambas cosas, tanto enseñando como ejerciendo la profesión de alguna otra manera.

Creo que no lo veo como “de qué se trata el individuo”, sino más bien como “de qué se trata la institución” y cómo puede establecerse para ofrecer todas esas cosas a la vez. Por supuesto, también depende de los recursos del país. Por ejemplo, Estados Unidos tiene excelentes profesores de tiempo completo en las facultades de derecho. Pero, por supuesto, tenemos matrículas elevadas, así que alguien les está pagando.

Lecciones y Ensayos: —*En Argentina, no solo es difícil para los profesores que trabajan como “docentes a tiempo parcial”, sino también para los “estudiantes a tiempo parcial”.*

Benedict Kingsbury: —Nueva Zelanda, donde estoy ahora y donde crecí, es un país agrícola como lo son algunas partes de Argentina. Así que tenemos esta frase: “el pasto siempre es más verde”. Hay algo que comprender sobre cómo es el mundo y lo difícil que es para la gente común que vive vidas diferentes. Se aprende mucho al tener que atravesar diferentes tipos de trabajos. Sin embargo, por supuesto, algunos trabajos son muy frustrantes, y no te sientes muy realizado o distraído del estudio. Creo que, hasta donde sé, en todo el mundo, en diferentes culturas y a lo largo de la historia, los estudiantes han luchado con pocos recursos, tratando de trabajar a tiempo completo y, al mismo, tiempo tratando de leer y pensar.

Lecciones y Ensayos: —*Es muy desafiante, pero también es sorprendente ver cómo diferentes personas que han tenido estas oportunidades las han utilizado para expandir sus conocimientos, entrar en contacto con estudiantes de todo el mundo y tratar de acercarlos a estas diferentes formas de enseñar derecho.*

Benedict Kingsbury: —Veo cada vez más redes de personas organizadas en muchos países a través de las redes sociales, que son estudiantes de doctorado en derecho de primera generación. Es decir, que ninguna de sus familias fue a la universidad y puede que sean inmigrantes, que sus padres no sean profesionales o cosas por el estilo. Así que intentan conectarse para lidiar con ese tipo de desafíos.

Creo que esas redes tienen un impacto profundo, porque ayudan a romper el estereotipo de que uno debe verse, vestirse o hablar de cierta manera para ser abogado. Al fin y al cabo, el derecho consiste en seguir patrones y formalidades, pero en muchos lugares ha habido un gran esfuerzo para romper intelectual y socialmente con esos estereotipos —en términos de posibilidades de vida— y celebrar y validar las variadas formas de entrar en él y las cosas que la gente aporta. Aun así, siempre es una lucha ya que las instituciones tienden a replicarse a sí mismas e instan a las nuevas personas a ser como las anteriores, y siempre es importante intentar romper con eso.

Lecciones y Ensayos: —*Ahora queríamos hacer algunas preguntas sobre su trabajo. ¿Qué se debe entender por derecho administrativo global? ¿Cuáles son las razones de su aparición?*

Benedict Kingsbury: —El derecho administrativo global es una idea, una necesidad de encontrar una etiqueta para una práctica que ya existía cuando nosotros y otros académicos lo lanzamos en los años 2000.

Esta práctica abarca todo tipo de instituciones: intergubernamentales, formales e informales, híbridas, las públicas o privadas, y las de diversa índole. Hay una gran variedad de instituciones que ejercen algún tipo de poder y las personas que las integran son conscientes de que lo están ejerciendo. Lo hacen ya sea tomando decisiones sobre situaciones individuales —por ejemplo, al admitir a un miembro, otorgar una licencia, reconocer a alguien— o elaborando algún tipo de regla: reglas para orientar la conducta de los miembros, para configurar la manera en que un determinado sector económico opera a nivel internacional o mundial, o reglas sobre seguridad y evaluación de riesgos previos. Estas son las que podríamos llamar reglas primarias, según H.L.A Hart; pero también hay reglas secundarias, es decir, reglas sobre quiénes pueden participar en la elaboración de esas reglas primarias o reglas sobre cómo interpretarlas y qué debe suceder si hay una disputa. “¿Se resolverá de manera autoritativa, dentro del sistema de elaboración de normas, o por un órgano externo?”.

Además, también hay muchas personas dentro y alrededor de estas instituciones que se preocupan por estas cuestiones. Puede que trabajen

para estas instituciones, puede que sean parte de uno de sus organismos o puede que critiquen a las instituciones.

Todas estas preguntas y problemas que surgen en distintas instituciones en miles o probablemente cientos de áreas diferentes de práctica o de la vida se resolverán de manera *ad hoc* por personas que intentan idear algo. “¿Qué vamos a hacer al respecto?”, “¿quién va a participar en esto?”, “¿tenemos que dar una razón si hacemos eso?”, “¿qué tipo de razones contarían aquí?”, “¿cómo tratamos a alguien más que ha tomado una decisión en este espacio?” o “¿seguimos la decisión o diferimos de ella?”.

La idea del derecho administrativo global fue producir un concepto organizador que permita etiquetar a ese tipo de preguntas e introducir algunos principios que podrían ser útiles para abordarlas en diferentes contextos.

Creo que, en el derecho administrativo global, —en todas partes, a nivel nacional e internacional— tiene que haber una mezcla de principios generales o ideas fundamentales que se puedan evocar en un contexto específico o en situaciones específicas donde el principio pueda aplicarse. Pero luego, también hay principios que podrían aplicarse de manera inusual o que no aplican porque son incompatibles con algo de ese sector o con algún otro principio.

Por lo tanto, intentamos introducir formas de pensar y organizar ideas, pero sin ser muy prescriptivos y fomentando la investigación que analiza detalles sobre cómo funciona un cuerpo en particular. Por ejemplo, “¿cómo está administrando los campos de refugiados el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados?”, “¿cómo están haciendo contratos con otros organismos que los administran?”, “¿qué tipo de mecanismos de responsabilidad hay?”, “¿debería haber algo así como el Panel de Inspección del Banco Mundial para revisar las situaciones de los refugiados?”, “¿sería una buena idea adoptarlo o no?” o “tal vez parezca que sería una buena idea adoptarlo, pero no ha sucedido, ¿por qué no sucede?”.

Al pensar en principios, esperamos estimular y catalizar estudios en profundidad. Los estudios también provocan muchos debates, pero etiquetando de manera unificada todo esto, esperamos establecer conexiones entre áreas de práctica en el mundo que estaban desconectadas o donde las personas no veían ninguna relación. Por ejemplo, entre los refugiados y la política del Banco Mundial o entre algo que se está haciendo en América Latina y otra cosa que se está haciendo en África. A menudo esto podría conectarse porque existen preguntas superpuestas.

Esperamos generar estas uniones y crear un diálogo estimulado entre aquellos que participan en lo mismo. Lo llamativo de desarrollar esa etiqueta y ese conjunto de ideas, fue cuántas personas involucradas en la práctica de inmediato sintieron “sí, esto dice algo sobre lo que hago” y “lo que hago no tuvo una etiqueta hasta ahora”, “Esto no lo aprendí en la facultad de derecho, no hay un manual; simplemente lo hice, y ahora veo que hay una manera de hacerlo y hay muchas personas haciéndolo, y podemos empezar a pensar juntos”.

Esto es lo que esperábamos: que personas de diferentes universidades puedan contribuir con ideas que den cierta estructura organizativa a una práctica que ya está sucediendo. Porque muy a menudo sucede que incluso si la gente no está haciendo algún tipo de derecho en particular, igual está haciendo “algo”, y para describirlo terminan utilizando términos estándar. Los mismos términos sobre participación, reglas de transparencia, un mecanismo de revisión, un principio de responsabilidad, daños y perjuicios, recursos o algún tipo de regla de conflicto de intereses. Hay muchas cosas que las personas con una educación en derecho “o, al menos,” con un buen instinto burocrático gubernamental pueden aportar, pero frecuentemente no se animan mucho a pensar que todo esto está conectado.

Así que mucho de esto tenía que ver con poner algunas etiquetas u organizar mejor las ideas y la práctica ya existente. Esa es una de las razones por las que se puso en marcha tan rápidamente. No se trataba de decir “la gobernanza de alguna nueva forma de criptomoneda” o algo donde la tecnología estuviera involucrada y, por lo tanto, cuando las personas intentan proponer un enfoque, no pueden hacerlo hasta que haya mucha práctica tecnológica. En este caso, ha habido práctica durante más de cien años, probablemente mucho más, por lo que sentimos que realmente estábamos tratando de sacar provecho de esa práctica y teorizarla.

También fue muy impactante ver cómo, cuando organizamos conferencias sobre derecho y gobernanza en distintas partes del mundo, había enormes diferencias en cómo la gente de diferentes lugares resolvía las mismas preguntas. Por ejemplo, en Buenos Aires, hubo un fuerte enfoque en los derechos humanos, ya que es una forma central de pensar en este tipo de organizaciones de poder. Mientras que otros lugares se centraban mucho más en la eficacia, en la protección de la soberanía estatal, en combatir la dominación de países históricamente imperialistas o en elementos particulares del capitalismo o el extractivismo. Algunos lugares realmente pusieron énfasis en intentar democratizarse, en utilizar principios

democráticos en sus áreas de gobernanza, y otros no tanto. Incluso en casos donde sus propias posturas sobre cómo gobernar no eran particularmente liberales, aún podían ver algo valioso en la transparencia y en tratar de organizar mejor la gobernanza.

Lecciones y Ensayos: —*¿Por qué cree, volviendo a lo que estábamos hablando antes, que estas entidades importantes sienten la necesidad de replicar ciertas lógicas del derecho administrativo para otorgar legitimidad a los diferentes procesos de toma de decisiones? ¿Por qué sienten la necesidad de justificar esas decisiones?*

Benedict Kingsbury: —Es una pregunta realmente interesante la de por qué las personas con poder sienten la necesidad de producir legitimación o justificación.

Un elemento es que siempre que hay poder —especialmente si se ejerce como una forma de dominación o algo que es notable con el tiempo en lugar de algo en lo que todos están tan cooptados en que no son conscientes de haberse convertido en un sujeto del poder— surge un contrapoder. Surge alguien que quiere hacerlo de manera diferente o que ve ese poder y quiere tomar una parte de él, derrocarlo o cambiar el liderazgo. Por lo tanto, quien tiene poder también es consciente de que se van a desplegar otras fuerzas. Es un motor bastante simple, una especie de autopreservación. Quien está dirigiendo la cosa piensa: “Bueno, ¿cómo puedo sostener esto?”. A veces es venal: “Solo quiero tener el poder y voy a tratar de preservarlo”. Pero, muchas veces en este contexto, se debe a una creencia genuina en lo que esa persona en esa organización está haciendo. Piensan: “Sí, esta es la forma correcta de hacer esto” y les preocupa que otra persona esté tratando de agrandarse personalmente o de introducir valores y principios fundamentales diferentes, con los que pueden no estar de acuerdo.

Por lo tanto, en algunos casos, hay mucho en juego que es genuino e ideológico o ideacional. Con mucha frecuencia, también hay una necesidad de que las personas que tienen poder alienten a otras personas a cooperar con él. La mayoría de los poderes dependen de corporaciones bastante grandes y, con un organismo internacional, ciertamente, rara vez tienen mucho poder de coerción. Necesitan que la gente lo crea, que se normalice su poder y la forma en que funciona. Si la gente cree está bien, no lo va a querer cambiar e, incluso, lo apoyarán. Intentarán implementarlo en sus zonas o sectores, e irán a las reuniones para trabajar el tema.

La obtención de ese tipo de adhesión depende a menudo de que las personas sientan que el proceso es justo, o al menos que su voz puede ser

escuchada, o que el discurso clave esté realmente representado allí. Que no haya una falla estructural en el proyecto que signifique que se desmoronará o que no será eficaz por falta de planificación clave. Entonces, para que el poder funcione, muchas veces debe organizarse de una manera que obtenga mucha aceptación e incluya, al menos, algunos intereses fundamentales.

Por supuesto, a menudo se busca excluir a otros, por lo que un motor es simplemente tener éxito y sostener el poder con una organización eficiente, pero también debe ser una organización que la gente apoye. De esta manera, todos estos principios parecen corresponder bastante bien con lo que mucha gente conoce como una justicia procesal básica.

Las personas pueden pensar para sí mismas: “aunque realmente no me guste lo que hacen esas personas, creo que la manera en que lo están haciendo está bien”. Esto es porque usted siente que puede desafiarlo si no le gusta, o porque están argumentando y es posible tener un debate al respecto, o porque se han asegurado de que haya alguna participación o responsabilidad, al menos, si lo hacen mal; y eso se ve en muchas gobernanzas. Es un problema constante, por ejemplo, en los deportes globales en los que a menudo las gobernanzas son organizaciones de monopolio. Tratan de influir en las prácticas locales, controlar la política y mucho de lo que sucede en un Estado anfitrión de un gran torneo; todas estas cosas que hacen pueden intervenir con otros tipos de políticas. Entonces, para que esos organismos se sostengan a sí mismos, deben hacer algo para reclutar mucho apoyo y aparentemente encontrar legitimación.

Lo que fue realmente sorprendente en nuestro trabajo es ver cuán cierto es esto. Nos sorprendió lo mucho que ocurre que los organismos que ejercen el poder siguen algunos de estos principios, a veces incluso antes de que tuvieran un nombre, y ahora frecuentemente se les llama por estos nombres y a veces tratan de mejorar los principios. Esto es particularmente cierto para el poder privado, porque a menudo no tiene legitimación por parte de un Estado. No cuentan con una estructura de legitimación muy sólida. Y, generalmente, no se trata de una sola corporación, sino que una vez que la organización privada va más allá de una sola empresa, están ansiosos por reforzar ese poder siguiendo estos principios.

Lecciones y Ensayos: —*Teniendo en cuenta que muchas entidades privadas o incluso públicas —como el Consejo de Seguridad— tienen el poder de tomar decisiones sin necesidad de justificarse, ¿considera que este tipo de organizaciones resisten la idea de pensar en algo como el derecho administrativo global?*

Benedict Kingsbury: —El Consejo de Seguridad es bastante inusual. En primer lugar, se basa en un tratado, por lo que todos los Estados del mundo han aceptado al Consejo de Seguridad y tiene una autoridad particular que le confiere la Carta de las Naciones Unidas. Además, la mayoría de los países tienen la obligación en su legislación interna de implementar las decisiones vinculantes del Consejo de Seguridad, o, al menos, considerarlas seriamente. No hay muchos otros organismos en los que se otorguen poderes tan fuertes por un tratado a una especie de ejecutivo internacional de unos pocos países.

En segundo lugar, el principio del Consejo de Seguridad era que las grandes potencias estuvieran presentes. Entonces, al menos en 1945, existía esta idea de que las cinco potencias principales, tal como se las pensaba en ese entonces, deberían tener un derecho de veto. El punto era concentrar a las grandes potencias del mundo juntas de modo que si, todas apoyaban algo, eso fuera suficiente, entonces la decisión funcionaría debido a la cantidad de poder detrás de ella. Si no todas lo apoyaban, bueno, según la Carta original de las Naciones Unidas, eso no se aprobaría.

Más tarde, esto se adaptó en la práctica, por lo que, si alguien se abstiene, aún se aprueba; por lo que, en efecto, si realmente no les gusta, lo pueden bloquear. Pueden bloquearlo votando, o haciendo que Estados más pequeños voten en contra, o simplemente alentando a que no se someta a votación, por lo que es un diseño deliberado cuyo objetivo es concentrar el poder y actuar en función de ese poder concentrado. Esto se superpone con una cultura acerca de la seguridad, la seguridad estatal y militar, que también es bastante resistente a la transparencia y la rendición de cuentas, excepto la responsabilidad extrema en caso de perder una guerra.

También se superpone con la corriente de la cultura diplomática que valora el secretismo, la falta de transparencia en las negociaciones y que el público no sepa cuáles son sus posturas. En parte, porque están tratando de llegar a acuerdos que a mucha gente no le gustaría, que podrían implicar la renuncia a principios que a la gente realmente le importan; y en parte porque, si aquellos que van a perder en un posible acuerdo entre Estados, o en el sector privado, lo saben de antemano, van a tratar de movilizarse en su contra. Van a tratar de hacer que se filtren cosas y que el acuerdo sea difícil de alcanzar. Por lo tanto, hay una fuerte cultura diplomática de secretismo, una cultura que se considera a sí misma como la élite, como aquellos que hacen que las cosas sucedan. Lo que significa que “si llegamos a un acuerdo, mientras los que tienen el poder político lo respalden, es suficiente”.

Por lo tanto, quieren resistir ese tipo de responsabilidad, revisión compleja y cosas por el estilo. Todos estos elementos se combinan en el Consejo de Seguridad.

Solía ser que algunos países pensaban —y probablemente todavía lo piensan— que las verdaderas cuestiones fundamentales de poder como las armas nucleares deberían funcionar de algún modo fuera de una estructura legalizada real, fuera del escrutinio público y la responsabilidad. Creo que algunos servicios de inteligencia funcionan así, y por supuesto, en muchos lugares incluso hay un esfuerzo por dar una especie de escudo a algunos niveles de corrupción sobre la misma base. Así que el Consejo de Seguridad termina operando como un punto de apoyo donde se reúnen muchas de esas características.

Esta situación entró en tensión principalmente con los derechos individuales, especialmente cuando empezaron a poner a individuos por su nombre, o bancos o empresas individuales en listas de personas cuyas cuentas bancarias —u otros activos— serían congeladas o bloqueadas, originalmente en nombre del antiterrorismo, tratando de combatir la financiación del terrorismo. Así, los derechos del individuo estaban siendo seriamente comprometidos por un proceso que claramente no estaba organizado con ningún tipo de principio material global. Esto dio lugar a una serie de casos en varios tribunales nacionales y en los tribunales europeos, que intentaron establecer un proceso estandarizado, un proceso adecuado, si los derechos fundamentales de los individuos iban a verse comprometidos de ese modo. En consecuencia, el Consejo de Seguridad hizo algunos ajustes que apuntaban en esta dirección y se esforzó para revisar su cultura de querer resistir esas cosas. Sin embargo, no se ha resuelto completamente ni de manera satisfactoria.

No obstante, a pesar de que el Consejo de Seguridad o algunas áreas de gobernanza como la seguridad o los servicios de inteligencia funcionan así, esto no significa que la mayoría de la gobernanza global funcione de esa manera.

Lecciones y Ensayos: —*¿Considera que podría producirse un desplazamiento de las regulaciones nacionales por disposiciones de derecho administrativo global que implicarían una afectación de la legitimidad democrática de dichas regulaciones (al menos en sistemas democráticos)?*

Benedict Kingsbury: —La democracia nacional en países que son democráticos o están luchando fuertemente por serlo es absolutamente fundamental, lo que crea una tensión con casi todos los tipos de derecho

internacional. Porque el derecho internacional es, en primer lugar, sobre el compromiso previo, lo que significa tomar decisiones que serán vinculantes en el futuro a través de tratados o la costumbre. Como tal, es vinculante para el futuro y a menudo es difícil para la democracia cambiar su posición más tarde o echarse atrás, lo que entra en cierta tensión con el autogobierno democrático. Además, los procedimientos de cambio y revisión de estos acuerdos internacionalizados muchas veces no son los mismos, incluso los procedimientos de enmiendas y reformas de la Constitución Nacional. En Chile, por ejemplo, ahora están tratando de reformar la Constitución, pero eso no significa que puedan rehacer los acuerdos internacionales de los que son parte (aunque algunas de las personas que hoy quieren una nueva constitución también se oponen a algunos de los acuerdos económicos internacionales), por lo que hay cierta tensión entre el derecho internacional y la democracia nacional en esa área.

En segundo lugar, el derecho internacional suele consistir en trasladar las decisiones fuera del país. Se trata de resolver cosas, especialmente cuando están involucradas instituciones nacionales y hay otro lugar donde se tomarán las decisiones. A veces, los gobiernos nacionales lo utilizan de manera bastante cínica, como los estadounidenses lo llaman en los deportes, como una “táctica evasiva” alrededor de los controles democráticos nacionales. Como tal, algo que debería estar bajo el control del ministerio de justicia o derechos constitucionales del país, no puede ser controlado porque la decisión ha sido trasladada, tras algún acuerdo internacional o incluso extranjero, a otro país. Entonces, hay un elemento de evasión en parte de esa internacionalización, pero mezclado con la necesidad de integración, ya que muchas cosas dependen de los flujos entre países.

Muchas formas de organizar muchos elementos de la vida —no solo la vida económica— dependen de la armonización, la unidad relativa o de algún tipo de arreglo que mantenga a los políticos alejados y permita procesos genuinos de ciencia, deporte o medicina. Debe haber un esfuerzo para intentar mantener a los políticos al margen, porque los políticos, aunque pueden ser democráticos, también pueden ser oportunistas y son sólo responsables de un país o de una parte de un país. Incluso cuando la cuestión puede ir más allá de ese Estado y ser global o planetaria. Por lo tanto, tiene que haber cierta capacidad para ocuparse de cosas que van más allá de ese Estado, lo que significa que algún poder tiene que ir más allá del Estado, y eso siempre estará en tensión con la democracia nacional.

La teoría habitual establece que la democracia nacional ha delegado el poder de esa manera; ha optado, como decisión democrática, por permitir que el poder se ejerza en ese otro lugar. Y la gente se siente más cómoda si se puede revertir la delegación, si se puede recuperar el poder. Sin embargo, en muchos de estos sistemas hay una dependencia tan fuerte del camino que realmente no es realista escapar de él una vez que los países se involucran.

Por lo tanto, hay una preocupación general por la democracia, pero es mucho más compleja en los acuerdos internacionales o globales porque muchos países no son democráticos y, en muchos de ellos, sus gobiernos no pretenden serlo. Algunos pueden ser una especie de democracia, pero no una liberal —lo que significa que utiliza formas democráticas, pero el objetivo es mantener un tipo de gobierno no liberal en el poder, o semi-liberal— y ese es el mundo pluralista, que no solo es cierto para los gobiernos sino también para muchas personas. Piensan: “bueno, al menos en algunas cosas no quiero un proceso puramente democrático”. Incluso las personas que son muy democráticas se pueden preocupar cuando ven que una mayoría decide algo que no les gusta, que creen que está mal. Pueden intentar bloquear algunas de esas decisiones mediante el derecho constitucional, pero siempre habrá un tipo de agitación compleja al tratar de descubrir cómo gestionar la gobernanza una vez que se está fuera de una democracia nacional única y cuánto disminuir o sacrificar los valores democráticos para lograr otras cosas. Y eso es lo que está sucediendo aquí, el derecho global ciertamente implica eso.

Nuestro artículo original de 2005 llamado “El Surgimiento del derecho administrativo global” dice: “bueno, vamos a poner entre paréntesis la cuestión de la democracia”. Por supuesto, no es que estemos en contra de la democracia, pero no vamos a tratar de incorporar una teoría de la democracia en el principio del derecho global. Creemos que se trata más claramente de una gobernanza eficiente y efectiva combinada con la protección de los derechos y los principios procedimentales fundamentales que serán atractivos para las personas, ya sea que su compromiso sea democrático o de otro tipo. Así pues, pensamos que esa era una base más clara para gran parte de lo que podíamos ver sucediendo. Por supuesto que tenemos un fuerte impulso por la democracia y muchas personas se preocupan intensamente por eso, pero gran parte del derecho de gobernanza, como práctica, puede entenderse sin tener un compromiso previo con la democracia como una especie de triunfo decisivo. Por supuesto, eso parece muy insatisfactorio

para las personas que piensan: “Bueno, eso no está bien. Estás traicionando la democracia y yendo hacia abajo”.

Luego, escribimos un artículo posterior sobre el grado en que los principios de la democracia deliberativa podrían ser asistidos por el derecho administrativo global. Creo que esas son las líneas generales de la discusión, al menos sobre este tema. Creo que ha tenido un enfoque más agudo con la desglobalización, las reafirmaciones sobre la soberanía, las ansiedades reales sobre el futuro, la inestabilidad y la seguridad; y también una preocupación de que los problemas de tipo planetario no son muy bien abordados por la democracia. Por ejemplo, la democracia supone una gran diferencia para, digamos, el cambio climático. Sin embargo, si el Estado es el intermediario clave en todos estos procesos de toma de decisiones, el problema no se puede abordar realmente ni siquiera si los Estados se reunieran. Tiene que haber alguna otra forma de pensar y organizar procesos para algunos de los problemas globales, tal vez también algunos problemas existenciales.

Lecciones y Ensayos: —*En vista del creciente papel de las plataformas como medio global para la difusión de información, ¿cree usted que existe algún deber por parte de los Estados de garantizar algunos principios como el elemento democrático?*

Benedict Kingsbury: —Cuando hay algún tipo de poder que no es ejercido directamente por el Estado, siempre surge la pregunta de si el Estado es el organismo al que se debería recurrir para proporcionar responsabilidad respecto de ese poder; ya sea el Estado a través de su organismo regulador, como legislador, o como protector de derechos a través de los tribunales. Esto se debe a que, para la mayoría del pensamiento político de las personas, el Estado es el agente principal; ciertamente lo es para el diseño del derecho internacional entre Estados. A la gente se le enseña a pensar que el Estado es donde está el poder, como la organización legítima y, al mismo tiempo, como el gestor funcional del mundo, los territorios, las personas y los gobiernos.

Cada vez que hay un problema, la primera línea de pensamiento es: “¿Cómo pueden lidiar con esto los Estados?”; quizás los Estados individualmente si hay un problema con uno de ellos, quizás un solo Estado si es responsable ante otros por hacer algo al respecto, o quizás los Estados colectivamente si hay un contexto bilateral, regional o global. Esa es una pauta de pensamiento muy fuerte. Cualquiera que aprende derecho internacional aprende a pensar y hablar así, y muchas personas que son políticas

tienden a tener al Estado como punto de partida. Sin embargo, las plataformas de redes sociales son una manifestación de una estructura que no ha surgido por un permiso explícito del Estado ni por creación de éste, sino por algún tipo de empresa que está generalmente impulsada por ganancias y tiene alguna estructura corporativa. Además, sorprendentemente, la gente se ha unido a estas cosas y, por lo general voluntariamente, se han comunicado a través de ellas, han publicado sus fotos y datos personales o empresariales, han anunciado, se han convertido en *influencers* y han obtenido una segunda o tercera carrera a través de estas cosas. Así que, por supuesto, muchas otras instituciones se unieron y se comunican a través de las plataformas. Muchos Estados lo hacen, así como sus agencias de emergencia e instituciones públicas, como por ejemplo las instituciones educativas. Se ha convertido en una columna vertebral.

La forma en que estuve tratando de aproximarme a estas cuestiones consiste en “pensar infraestructuralmente”. No pensar simplemente en el contenido y la libertad de expresión, sino pensar en ellos como una infraestructura con poder infraestructural. Preguntarme: “¿qué significa ser infraestructural aquí?”.

Nuestro proyecto llamado “InfraReg” se trata del rol de las infraestructuras como regulación: la idea es que las infraestructuras regulan en sí mismas. Por lo tanto, el punto de partida es que las plataformas están regulando la vida de las personas y sus formas de pensar y comunicarse. No solo permitiendo la libertad de expresión o bloqueándola, sino también mediante todas las formas en que priorizan los *feeds*, utilizan algoritmos de recomendación o técnicas de adicción para que las personas permanezcan en estas plataformas. En muchos aspectos más profundos también por la propia organización del conocimiento, su sistematicidad y las formas en que se recopilan los datos y funcionan los mercados de datos.

Estudiamos todo eso en nuestro trabajo sobre Derecho Global de Datos e intentamos interconectarlo con nuestro trabajo más general sobre regulaciones infraestructurales que abarca infraestructuras físicas como el Canal de Panamá, o un sistema de ferrocarriles y metros, y trata de abarcar estas infraestructuras digitales. Creo que esto desplaza el análisis hacia las plataformas como una manifestación de una forma mucho más general de poder infraestructural, en lugar de pensar que es un problema o una pregunta única sobre las plataformas y la tecnología.

Es muy fácil pensar que hay algo especial o diferente en una tecnología que tanta gente utiliza y que hizo que la vida sea tan diferente a lo que era

hace veinticinco años. Una tecnología tan cautivadora y con tanta influencia que seguramente debe ser única y debe ser pensada de manera única. Gran parte de la discusión sobre las plataformas es así, pero, en mi opinión, es bueno intentar revisar a qué tipo de clase general pertenecen las plataformas. Desde mi punto de vista, es una forma de infraestructura. Un enfoque diferente sería decir que es una continuación de los medios de comunicación históricos como los viejos periódicos, la televisión, la radio o una continuación de las computadoras y la tecnología de comunicación de información. Pero creo que al final es más útil ver que es una manifestación de infraestructura. Esa es al menos la base de mi respuesta sobre las plataformas.

Sin embargo, creo que la pregunta sobre las plataformas de todas formas será eclipsada por la pregunta sobre la inteligencia artificial (IA). Por supuesto, la IA aún no tiene un significado específico. Se suele llamar IA a muchas cosas y las cosas que uno llamaba IA ya son ampliamente utilizadas por las plataformas y otros negocios digitales. Por ende, ya hay mucha IA, pero los posibles futuros de la IA probablemente superarán la importancia de la experiencia que las personas tienen en las plataformas. Por supuesto, hay preguntas importantes y está el asunto del *Meta Oversight Board*, y algunos ejemplos interesantes que la gente toma porque parecen derecho administrativo global, pero eso no es algo en lo que debemos enfocarnos demasiado. Es solo una fase intermedia y las preguntas de la IA son las que tienen mucho en juego allí.

Así que creo que la pregunta sobre cómo debe actuar el Estado probablemente sea diferente de la pregunta sobre cómo pensar en las plataformas. El elemento del Derecho Global de Datos consiste en ver lo que ocurre en la plataforma simplemente como una manifestación de la recopilación, el empaquetado y el uso de datos.

Lecciones y Ensayos: —*Estaba hablando sobre inteligencia artificial y cómo será una nueva forma de crear reglas. Es una pregunta diferente a la que tenemos con las plataformas en relación con el derecho administrativo global o ¿cómo cree que es la mejor manera de enfrentar ese desafío?*

Benedict Kingsbury: —Sí, bueno, por supuesto es extremadamente especulativo pensar en la inteligencia artificial porque la mayoría de las tecnologías que podrían tener un efecto dramático solo existen como construcciones de posibilidad, pero no de realización. Hasta dónde yo sé, ya están ocurriendo cosas muy importantes con la inteligencia artificial, pero muchas de las cosas de las que la gente puede hablar e imaginar están más en el ámbito de lo potencial.

Creo que al menos se puede especular que, con el tiempo, un sistema de inteligencia artificial, tal vez uno muy general, interactúe con otro, y tal vez con otro, y que sus interacciones entre sí tengan su propia estructura. Y si hay aprendizaje automático o si los sistemas escriben su propio código, lo cual ya es posible, entonces estarán cambiando lo que están haciendo y escribiendo un nuevo código para hacerlo y parte de eso estará en sus interacciones mutuas. Uno se podría imaginar que comienzan a crear reglas sobre cómo interactuar entre sí de la misma forma en que los Estados o los seres humanos crean reglas. Y si lo hacen, entonces habrá que preguntarse: "¿Cómo operan esas reglas como regulación?", "¿Se aceptan mutuamente los sistemas de IA?", "¿Es solo un patrón de comportamiento?", "¿Esperan lo que harán los demás, o comienza a implementarse de alguna manera en el código para que tengan que actuar de esa manera?", o "¿Podrían incluso llegar al punto de negarse a tratar con otro sistema de IA o hacer algo negativo en caso de incumplimiento de una regla?". Así pues, esto es muy especulativo, pero al menos se puede imaginar un mundo en el que haya interacciones entre sistemas de IA que tengan su propia regulación.

Pensando en este momento en el caso de las plataformas, pese a que todas tienen una gran cantidad de reglas codificadas, las reglas más importantes parecen haber sido escritas principalmente por programadores humanos. Pero una vez que las IAs se desarrollen aún más, se vuelvan más agenciales y comiencen a actuar más sustancial y directamente, y especialmente entre sí, podría ser que comiencen a surgir reglas allí. Quizás eso sea deseable. Quizás sea posible que los humanos programen las reglas, pero existe la posibilidad de que ellos mismos creen o adapten esas reglas, y eso puede llegar a ser necesario ya que esto va a suceder muy rápido. Si se piensa en sistemas de negociación de alta frecuencia, por ejemplo, puede tener sentido que la interacción entre las IAs esté gobernada por reglas que sean de su exclusiva comprensión, y por cómo se reconocen entre sí y lo que consideran una transacción, lo que no lo es, y qué hacer si el precio sale de un rango o cuestiones por el estilo. Se podría imaginar que el modelo puede evolucionar hacia algo así.

Pero mi punto es que hay una preocupación real acerca de si las IAs pueden hacer reglas individualmente o hacer reglas interactuando sobre cosas que afectan a los seres humanos o características fundamentales de las posibilidades de vida humana, como los sistemas de armas o el medio ambiente. Y hay una preocupación aún más seria si las IAs se convierten en quienes deciden cuál es la regla o lo que significa ser una regla. Entonces,

su actitud sobre si esto es una regla o no, se convierte en una forma de definir, “¿es una regla?”. Y si no lo aceptan como una regla, entonces tal vez no lo sea.

Entonces, esto comienza a eclipsar lo que ha sido una función humana, más allá del hecho de que a menudo sean ejercidas por instituciones. Y creo que podemos imaginar fácilmente algunos tipos de conducta, un sistema de armas, donde apuntan a algo en particular, la pregunta sería: “¿Funcionarán o no en un caso específico?”. Si están siendo controlados por IAs, al menos en parte, entonces las IAs fueron programadas para decir: “bueno, sería ilegal para mí hacer esto”. Ahora, “¿qué sucede cuando la otra IA ha hecho algo?”, “¿Estoy autorizado a tomar represalias o no?”, “¿La otra IA, al disparar esta arma o destruir esto, ha violado una regla?”. Entonces, si por ejemplo las IAs son controladas en represalia, la interpretación de las IAs se convertiría en un elemento de decisión, “¿Es esto una ley o una regla de todos modos?” y si es así, “¿Hay alguna violación de una sanción?” y “¿cómo interpretar esa regla?”, “¿cómo sabe que esta es la regla?”, “¿qué material es relevante para eso?”, “¿qué se está procesando allí?”, “¿qué evidencia se necesita para ser solamente decisivo? ¿esto sucedió? ¿cuál es la prueba estándar?”. Todo eso sucederá en los sistemas informáticos, por lo que no es un gran salto pensar en que las IAs se conviertan en algún tipo de creadoras de reglas, o ciertamente tengan alguna función de reglas. Y ahí, creo que puede ser una pregunta importante si los humanos deberían intentar prohibir por completo que eso suceda y si eso puede llegar a convertirse en un principio de Derecho Global Internacional. Creo que esto aún no se está enseñando, pero no es demasiado difícil pensar en esa dirección, esa es una de las muchas razones por las que lo planteo. Siempre es un desafío porque es muy fácil caer en la especulación.

Es una nueva forma de pensar. Pero no pensar en ello, cuando podemos hacerlo, me parece un gran error.

Lecciones y Ensayos: —*Queríamos hacerle una pregunta relacionada con un término que usted utilizó y al que también se refirió en una entrevista reciente, que es esta idea de endowment¹ de derecho internacional. ¿Qué quiere decir con este concepto? ¿Podría elaborar al respecto?*

1. La traducción directa de este término sería “dotación”.

Benedict Kingsbury: —¿Fue en Alemania, en Berlín?² Hace un par de semanas di tres conferencias en Cambridge, Inglaterra, con las Conferencias Conmemorativas Lauterpacht³ y el título de las tres fue el futuro del derecho internacional. Eventualmente se convertirán en un libro con Cambridge University Press.

Uno de los elementos de eso fue esta idea de “lo planetario” y la necesidad de pensar a escala planetaria pero también en el tiempo planetario, de darle relevancia a la antigua escala temporal, geológica, que muchas veces queda fuera del foco. De mucha reflexión surgió la IA de datos, también la infraestructura será relevante a la hora de pensar en el futuro del derecho internacional. Todas estas preguntas sobre quiénes serán los agentes son realmente centrales, así como las preguntas sobre *publicness* y sobre normatividad.

Sobre la idea de la *endowment* de derecho internacional, he estado trabajando en tratar de capturar la característica fundamental de que el derecho internacional es algo que se ha construido con una enorme cantidad de trabajo, lucha y contienda política durante un período muy largo de tiempo. Incluso cuando no existía el derecho internacional, ya existían los principios fundamentales que se enseñan en los cursos estándar de derecho internacional público. Existía la jurisprudencia, las instituciones judiciales, las colecciones de práctica estatal y las organizaciones internacionales, la gente movilizada para ello, las aplicaciones, el derecho nacional, las ONG que trabajan en cómo impulsarlo o utilizarlo y las empresas que lo aplican. Existía una estructura enorme distribuida por todo el mundo, aunque de ninguna manera es la misma en diferentes lugares; la gente piensa muy diferente al respecto, hay mucha discrepancia. Pero todavía hay una idea común muy ampliamente distribuida. Por ende, es una especie de lenguaje global para pensar en muchas preguntas fundamentales relacionadas con el poder, la organización, la responsabilidad, los valores y los principios que las personas seguirán juntas.

Además, algunos de los límites fundamentales de las cosas que realmente se descartaron o deberían descartarse. Ese cuerpo de pensamiento y práctica, y las ideas en cierto modo compartidas que llamamos derecho internacional realmente deben ser apreciados. Si todavía no lo tuviéramos,

2. KINGSBURY, Benedict “Hersch Lauterpacht Memorial Lecture 2022: ‘International...’”.

3. KINGSBURY, Benedict “22 September 2022: Thomas Franck Lecture...”.

no podríamos crearlo ahora o sería muy difícil llegar lejos sin esas cosas. Realmente no hay otro idioma, otra forma de pensar que se acerque a ayudar a organizar el esfuerzo global. Por supuesto, se puede pensar en otros enfoques, algunos más filosóficos, más centrados en la humanidad, más económicos, más ideas fundamentales de la naturaleza humana o incluso ideas religiosas. Hay otras formas de hacerlo, pero el derecho internacional es importante.

Entonces, creo que es importante pensar en el futuro y en todas las tensiones y problemas actuales, ver hacia dónde vamos y hacia dónde tenemos que ir, pero también deberíamos tratar de construir sobre lo que ya tenemos. No simplemente decir “con armas digitales o nucleares es diferente”, “administrar el espacio exterior es una pregunta diferente” o “el clima es un tema único”: Resulta tentador comenzar de nuevo en algunas de estas áreas, pero en mi opinión, deberíamos tratar en su lugar de trabajar con los principios que ya tenemos. Entonces ahí está la idea de un *endowment*. La metáfora de un *endowment*, al menos para mí, sugiere algo que se ha construido durante mucho tiempo y donde, hasta cierto punto, lo que se decidió en el pasado tiene influencia en lo que sucede ahora, en cómo pensamos ahora. A veces eso es bueno y a veces es problemático. Pero también, si hay un *endowment*, sentimos que quien vive ahora tiene la responsabilidad con él, de llevarlo adelante y hacer algo bueno con él para que las próximas generaciones tengan algo allí.

Y si se piensa en una universidad, con un *endowment* o tal vez alguna institución benéfica, es fácil pensar de esa manera. Si soy quien lo hace ahora, tengo que pensar: “¿qué estoy dejando para el futuro?”. Y tratar de mejorarlo, tal vez actualizarlo o adaptarlo. Esa es la imagen que tengo en mente, algo en lo que el pasado tiene influencia, donde hay una herencia y donde hay responsabilidad de cuidarla y hacerla útil para el futuro. De este modo quiero pensar en el derecho internacional. Esa es la comprensión del derecho internacional que quiero transmitir y luego tratar de pensar cómo se ajustan a ella estas nuevas preguntas. Estoy seguro de que algunas personas dirán que este es un enfoque bastante conservador, pero es en parte una ansiedad por no descartar, no tirar lo que ya está allí, ya sea bajo presión política o geopolítica. Los valores fundamentales como la dignidad humana, la igualdad y el respeto por cada ser humano, las preocupaciones ambientales, están tratando de resistir ese tipo de ataques. Debemos usar y apreciar las herramientas que ya están allí para resistirlos y abordar el futuro desde esa plataforma.

Estoy tratando de ver si la idea del *endowment* es útil o no para las personas. No he visto que se haya escrito en ninguna parte, esto es lo que he pensado hasta ahora, y estoy en una etapa temprana del desarrollo de esta idea.

Lecciones y Ensayos: —*Pensamos en el derecho internacional como algo que se ha construido durante un largo período de tiempo, que no es simplemente la descarga de todas las ideas. Podemos ver el derecho internacional como algo que tiene diferentes capas, que a veces están conectadas, pero no algo que simplemente encaja en el pasado y dejamos atrás. Quizás no es “conservador”. Es simplemente aplicar la teoría de las capas y valorar lo que vino antes y utilizarlo en el futuro. Es decir, no destruir lo que hemos construido.*

Benedict Kingsbury: —Sí, así es como lo veo. Pero también reconozco que podría ser visto como conservador. Es cierto que las personas que se benefician del sistema actual y tienen buenas posiciones o poder estarán bastante contentas con esta posición. Por lo tanto, soy muy consciente de que podría ser demasiado conservador, aún más si las personas están muy insatisfechas y quieren ser más radicales y cambiar las cosas. Algunas personas están muy preocupadas por la explotación de los animales, la injusticia en el mundo o una fuerte descolonización o antirracismo. Pero hay personas en el otro lado que realmente quieren romper la idea de la igualdad humana y alejarse de ella. Con puntos de vista similares, cualquier cosa que se enfoque mucho en el *endowment* va a parecer conservadora. Por eso, estoy abierto a cualquier reacción, ya que apenas he empezado a elaborar esta idea.

Lecciones y Ensayos: —*Cuando leímos su trabajo, no lo vimos realmente como conservador, pero nos hizo acordar a una discusión muy común. Al menos en la teoría del derecho en Argentina, estudiamos la metáfora de la catedral: no se supone que uno debe derribar lo que ya está construido, sino que hay que tratar de mirar todo lo que uno tiene de la mejor manera posible e intentar crecer desde allí.⁴ No creemos que eso sea conservador, creemos que es una forma de construir el derecho internacional y el conocimiento en general.*

Queríamos continuar y centrarnos en algunas de las ideas distintivas que usted está presentando, como el concepto de “publicness”. Creemos

4. NINO, *The Constitution of Deliberative Democracy*, pp. 33-36.

que es una idea destacada y característica de su trabajo en general, y subyace en toda esta conversación. ¿Qué quiere decir con este concepto? ¿Cómo se relaciona con la idea de legitimidad del derecho internacional en general, y particularmente del derecho administrativo global?

Benedict Kingsbury: —El derecho internacional, como todo derecho probablemente, es una empresa humana. Se trata de personas y sus instituciones y sus formas, incluido el Estado, que crea normas y se las aplica a las personas. Entonces, la idea de *publicness* es uno de los enfoques que se pueden adoptar para intentar poner a la gente más en el centro o al menos asegurarse de que las personas, los seres humanos, estén en la conversación. La idea de *publicness* tiene una larga historia en diferentes formas de filosofía jurídica. Mi colega Jeremy Waldron en NYU ha hecho mucho para promoverla, y durante un tiempo exploró el elemento democrático de *publicness*. Por eso, me sentí muy atraído por su trabajo y el de varias otras personas y estoy tratando de impulsar esta idea en el derecho internacional y en el derecho administrativo global. La idea es que, si va a haber algo llamado derecho, debería haber al menos un esfuerzo por hablar para y con todo el público. Por lo tanto, debería existir este elemento de que el derecho es una proyección de una expresión, una articulación de la voz del público. En este sentido, para ser un derecho adecuado, debe dirigirse a todo el público. Esa es la proposición en pocas palabras: es una idea de quién es el/la adecuado/a para estar hablando y, en un sistema político, esas suelen ser las personas. Una vez que estamos en el espacio del derecho internacional o en el área de gobernanza del derecho administrativo global, es mucho más difícil decir, “¿quién es ese/a realmente?”. El gran problema allí, especialmente cuando hay poder privado involucrado, es la preocupación por quién es el público, para quién se está hablando. Bastantes organismos de gobernanza privados, e incluso algunos Estados, se consideran a sí mismos como poderes autoconstituidos. Que algunas personas se reunieron y anunciaron: “vamos a ser los reguladores de esto, vamos a crear normas sobre esto, vamos a ser la asociación de esto, vamos a tener el reconocimiento mutuo de cada uno en esto, vamos a aprobar a alguien como organismo de certificación, vamos a acreditarlos y los vamos a enviar ahí para verificar si están siguiendo nuestro estándar o no”.

Frecuentemente, no se trata de un poder que haya sido delegado expresamente de manera organizada por poderes existentes, sino que es simplemente algún tipo de poder autodesignado, o incluso algunos poderes que implican la actuación conjunta de los Estados. A menudo, llegado el

momento que están haciendo eso, están muy alejados de sus propios públicos y muy alejados, incluso desde un punto de vista teórico y abstracto, de saber a quién intentan representar cuando actúan. Por lo tanto, tienen muy poca conexión con la responsabilidad para concientizar o muy poca contribución de esas personas, del público. Entonces, la idea es ser consciente sobre quién es mi público. Si soy una entidad, “¿Para quién se supone que debo estar hablando y de qué manera sé lo que quieren decir?”, “¿Cómo se ha articulado su voz aquí?”, “¿Soy lo suficientemente buen articulador?”, “¿Ha habido un proceso de consulta, de compromiso, donde realmente escuché algo de ellos?”, “¿Sé cuáles son sus intereses?”, “¿Sé que saben cuáles son los problemas?”.

Entonces, la idea, de *publicness*, como una idea normativa, obliga a los actores —es decir las personas con posiciones en este tipo de organismos— a tener que articular eso y elaborar un argumento en relación a estas cosas. Ese argumento puede ser discutido y desafiado. Eso es lo que podríamos llamar el lado de la entrada (*input*). Del lado de la salida (*output*), la idea normativa de *publicness* implica que la institución que produce normas o decisiones tendrá en cuenta lo siguiente: “¿Quién es el destinatario de esto?”, “¿A quién le debería estar hablando cuando actúo en este espacio?”, “¿De quién es el interés involucrado?”, “¿A quién le cambian las posibilidades de vida por esto?”, “¿Quién tiene obligaciones conflictivas y cómo van a gestionar ese conflicto?”, “¿Quién es ignorado cuando hablo?” “¿A quién deberían haber estado considerando?”. Si alguien debiese haber sido considerado, pero no lo es, “¿cómo pueden ser considerados en esta iniciativa?”. Eso descartaría algunos tipos de decisiones puramente egoístas o muy sectarias.

Por supuesto, esto no significa que alguno de estos organismos deba ser plenario. No tienen que hablar por todo el mundo y desde luego no tienen que hablar con todo el mundo o sobre todos los temas. Aquí hay una limitación, pero es la restricción normativa y subyacente impulsada en lo que se trata de estas empresas. También hay una cierta energía y empoderamiento que proviene de esa misma conciencia.

Entonces, en estos contextos utilizo la idea de *publicness*. Y cuando se tiene esa idea, inicialmente funciona como un estímulo para la articulación y discusión sobre esas cosas, pero también puede estar vinculada a un esfuerzo movilizador de quién debería estar hablando aquí y quién siente que va a verse afectado. Y frecuentemente, una vez que eso está en marcha, comenzarán a articular posiciones o pensar: estoy afectado por eso, así

que “¿a qué lugar debo ir para desafiarlo?” o “¿cómo puedo asegurarme de que se tenga en cuenta mi interés?”. Así que aquí estamos, pensando en tratar de expresar lo público en términos jurídicos, encontrar una forma a través del derecho internacional público, el derecho nacional o el derecho administrativo gubernamental para hacer de lo público un público jurídico de algún tipo.

Lecciones y Ensayos: —*Queríamos preguntarle algo que también está relacionado con una parte muy importante de su trabajo: esta idea de infraestructura que mencionó antes. ¿Cuál es la relación entre infraestructura, gobernanza global y participación?*

Benedict Kingsbury: —La infraestructura, muchas veces, sirve a algún tipo de público. Se pueden ver muchas infraestructuras que tienen a un público en mente y el público podría ser directamente los usuarios. Pero las infraestructuras también pueden ser afectadas por las personas cuyos bienes, dinero o discurso fluyen junto con esa infraestructura. Por ejemplo, un muro fronterizo o un gran ferrocarril en una guerra, como una infraestructura de bloqueo, pueden evitar que las personas crucen fronteras. Puede haber migrantes y algunas infraestructuras tienen como objetivo bloquearlos. Es una infraestructura que afecta sus posibilidades. Por supuesto, la infraestructura sirve al público y moldea sus posibilidades. En base a esto, se puede ver que hay un elemento en el cual esos intereses, voces, deberían tener algún tipo de impacto en el objetivo, mantenimiento, renovación y adaptación de la infraestructura para satisfacer sus diferentes necesidades. Por supuesto, muchos tienen algo así, tienen procesos de planificación o un proceso de participación pública. Por ejemplo, algunos siguen un principio de servicio universal y, por lo tanto, tienen que suministrar agua, gas y electricidad a todas las comunidades, lo que afecta el precio y la accesibilidad de esos servicios. Muchos de ellos tienen un proceso de cómo se entregan los servicios públicos de una gran ciudad. La pregunta es, “¿Qué sucede si no puedes pagar?”, “¿Deberías ser desconectado o no deberías ser desconectado?”. Y si no hay un buen servicio para ti, “¿podrías tomar agua o gas ilegalmente?”, “¿Es eso tolerado o está mal?”, entre otros ejemplos. Así que, de hecho, con ese tipo de infraestructuras físicas estamos notablemente familiarizados con la idea de una sensibilidad del público o la participación, y eso está en términos de quién participa. También está vinculado a quiénes son los afectados, y la conciencia de quiénes son los usuarios y quiénes deberían recibir los servicios públicos.

Pero luego hay personas afectadas que ya no tienen la oportunidad de participar porque hay una carretera que bloquea su conexión con su comunidad, porque se desvía de ella o tal vez lo que solía estar en su lugar, ahora se trasladó a otro lugar. Entonces, también hay muchos efectos que se derivan de la infraestructura, que no son los efectos previstos para los usuarios concretos, sino que producen una sombra en la vida de otras personas. A menudo, el diseño y uso de la infraestructura se piensan de manera deficiente para abordarlos; no se está realmente atendiendo a los usuarios previstos o a los beneficiarios económicos previstos. Por ejemplo, las personas que conducen su automóvil en esa calle o construyen una nueva fábrica al final de ella. No se está atendiendo a todas las personas que van a verse afectadas porque no son los usuarios previstos. Por lo tanto, hay un elemento público en algunas infraestructuras, pero a menudo está muy mal implementado.

Las infraestructuras físicas, como las calles o los ferrocarriles, pueden durar mucho tiempo. Por lo tanto, las decisiones que se toman en un marco temporal realmente pueden afectar las posibilidades de vida de las personas, 50 o incluso 100 años después. Si pensamos en el Canal de Panamá, necesita agua dulce que proviene de todas las colinas circundantes para elevar los barcos a través del sistema de esclusas. Y si hay una sequía o escasez de agua, ese canal tiende a tener prioridad. El agua sigue fluyendo hacia el canal y luego se desborda en el océano, y las personas que necesitarían esa agua para la agricultura o incluso para beber en las ciudades pueden tener una prioridad menor. Ese probablemente no sería el curso de acción hoy en día, pero eso se debe al diseño del canal que fue a principios del siglo XX, hace cien años. Esa es todavía la forma en que el canal regula el uso del agua y lo hace a través de la infraestructura, no inicialmente por ley, aunque a menudo las instituciones jurídicas respaldan la infraestructura.

Entonces, esa es la idea de las infraestructuras, las formas en que configuran nuestras vidas y la forma en que tienen un público que debería estar hablando a través de ellas, tienen destinatarios y personas afectadas en el otro extremo. Lo que vemos es que a menudo la ley define quién es el público, define quien debe hablar en un proceso infraestructural. Si hay una comunidad indígena, tal vez deba ser consultada o incluso tener un derecho a veto. Por ejemplo, si los contribuyentes van a financiar esto, si van a pagar tarifas o impuestos más altos por los servicios públicos, hay algún proceso para consultarles. A menudo, esa consulta solo se hace al

comienzo de la fase de diseño, y luego tienen muy poca voz en su gestión, que tiende a ser muy burocrática o comercial. Debido a esto, las personas afectadas, muchas veces como público jurídico, son muy limitadas. Pueden ser las personas que pueden votar, siendo un público electoral, pueden ser personas que tienen un derecho legal y, por lo tanto, podrían interponer una demanda judicial. Pero muy a menudo ese público jurídico no es el mismo que el público realmente afectado. Entonces, lo que suele suceder es que la ley no se rehace para adaptarse a la infraestructura, por lo que la infraestructura se convierte en la forma reguladora y la ley simplemente permanece como estaba. Esto es especialmente cierto cuando se va más allá de un único Estado, donde es muy difícil crear sistemas públicos jurídicos organizados más allá de los Estados.

Una vez que entendemos que esta idea de *publicness* está involucrada en la infraestructura y en el derecho, vemos la necesidad de que exista algún tipo de reconciliación de esos factores y eso puede hacerse, y es un programa realmente importante. Esto también puede ser relevante para infraestructuras internacionales y para infraestructuras digitales, así como para las infraestructuras físicas más obvias.

Lecciones y Ensayos: —*Esto es muy interesante porque se aplica a muchos aspectos de la realidad. En Buenos Aires, y creemos que, en todas las sociedades, hay un gran problema con la infraestructura, porque es algo que realmente regula. Es algo que podría parecer obvio, pero no lo es. Darle el marco a algo que existe es increíble. Realmente pensamos que necesitamos estudiar más para entender completamente su trabajo, pero estamos impresionados.*

Benedict Kingsbury: —Eso es muy amable. Creo que probablemente esta forma de pensar resuena bastante con los jóvenes abogados de Buenos Aires, porque hay una cultura allí de ver el mundo, los aspectos locales y preguntarse: ¿qué puedo hacer al respecto? La gente parece estudiar 8 horas al día, trabajar otras 8 por la tarde en el estudio de abogados, y luego las últimas 8 horas están en alguna ONG tratando de litigar por los derechos. En cierto modo, la sensibilidad es un poco similar.

En algunas culturas no es lo mismo, y algunas de estas formas de pensar no resuenan con tanta facilidad. A menudo se enseña a los abogados de manera más tradicional, mucho más doctrinal y a veces dispuestos a no ver mucho el mundo, listos para ser bastante eruditos y también para no tener tales aspiraciones de tratar de llegar y hacer cambios. Hay muchos lugares donde la educación de los abogados y la autocomprensión de los abogados

no se trata tanto de “podríamos salir y hacer algo importante, algo diferente”. Una de las alegrías de trabajar con personas de Buenos Aires es ver toda esa energía que se dedica a tratar de hacer algo importante.

Lecciones y Ensayos: —*Para terminar, queríamos hacerle algunas de las preguntas clásicas que hacemos a todos los que entrevistamos. La primera es: ¿qué autores considera fundamentales para que cualquier estudiante de derecho los lea? Estas recomendaciones no necesitan estar estrictamente relacionadas con el derecho.*

Benedict Kingsbury: —Recomendaría a H. L. A. Hart, ya que ha tenido una influencia importante en mi trabajo. Hay muchas cosas sobre las que la gente podría debatir acerca de él, pero creo que, si vas a estar en el mundo de los estudios de derecho, la práctica jurídica, es útil tener algún punto de referencia y alguna manera de pensar “¿Qué significa ser abogado?”, “¿Cómo sé lo que es el derecho?”, “¿Y cómo llega otra persona a darse cuenta de que esto es derecho para mí?”. Un autor o una obra que sea conceptual como esa puede ser realmente útil para anclar nuestros pensamientos. No es necesario estar de acuerdo con todo, pero es al menos una forma de pensar. También es útil porque nos muestra que es posible teorizar el derecho sin el Estado, por lo que utilizar a Hart nos libera de una interpretación más hobbesiana del derecho.

También es un poco diferente de la influencia de las posiciones de derecho natural, que consideran que el contenido sustantivo del derecho debe formar parte de la idea misma del derecho. Esta es una perspectiva muy influyente y creo que lleva a la idea de que para ser abogado debe haber compromisos sobre el contenido. Hart ofrece la posibilidad de pensar en el derecho sin considerar que el contenido deba ser intrínsecamente fundamental. Nos permite pensar que al menos es posible pensar en el derecho sin muchos compromisos previos sobre el contenido y es muy desafiante estar inmerso en esa posición. Creo que es útil, al tratar con un mundo pluralista, poder encontrar lenguajes que permitan a las personas averiguar en cualquier contexto qué es el derecho. Eso es lo que me pareció útil de Hart. De hecho, mi propio trabajo trata de sugerir que Hart puede ser extendido de una manera que pueda abarcar más que solo el positivismo jurídico, e incluir algunos principios, como el de *publicness*; tal vez incluso algunos derechos básicos e ideas sobre lo que significa el derecho. Eso, por supuesto, será muy disputado, muchas personas han escrito sobre eso, pero me parece útil pensar que como abogado no se llega a una sensibilidad positivista puramente formal. Creo que es bueno

que cada estudiante de derecho tenga alguna posición para sí mismo sobre esas cuestiones.

Además, considero que es realmente importante leer acerca del mundo en el que vivimos, y ser pluralista y pensar por uno mismo: qué resuena con otras personas y conmigo. Puedo empezar a conectar con otras personas con las que voy a trabajar y con las que no conecté antes, porque cuando veo su literatura, arte, películas y sensibilidad, puedo empezar a entender más sobre lo que piensan y por qué soy diferente a ellos. Es muy útil para un abogado internacional, sin ser muy casual o apropiarse de las empresas de otras personas, estar consciente y alerta. Y hay millones de maneras de hacerlo: tratando de pensar en qué película o novela importante hay en esa cultura o en ese contexto, o qué forma particular de empoderamiento que algún grupo de la población encontró allí que ha inspirado a algunos de ellos.

Entonces comienzas a cruzar una línea y piensas que no soy solo yo, yo y ellos. Eso también es muy útil para las personas en países poderosos, tener esa idea en lugar de simplemente “les voy a dar algo de mí”. No es solo lo que voy a tratar de predecir, sino también, quiero sentir un poco quiénes son ellos. Así que esa es una manera de definir un menú de cosas a buscar.

También la he pasado muy bien en mi grupo de lectura con el libro de China Miéville llamado “La Ciudad y la Ciudad”; él es uno de los pocos escritores de ciencia ficción que es doctor en derecho internacional y también ha participado activamente en la política de Londres. El libro de China Miéville “La Ciudad y la Ciudad” es un libro de infraestructura y derecho internacional que he estado usando para entender el pensamiento planetario debido a esta idea de la historia en una era sin lapiceras. No es tanto por las respuestas que es capaz de dar, sino por el camino de pensamiento que trae a las diferentes temporalidades que el país nos plantea ahora. Estas son solo un par de sugerencias.

Lecciones y Ensayos: —*Nos encantó la interpretación de Hart y la regla de reconocimiento. Nuestra pregunta final es, ¿qué recomendación le gustaría hacer a un estudiante de derecho?*

Benedict Kingsbury: —Que es un mundo que ustedes mismos crean, así que salgan y háganlo realidad.

BIBLIOGRAFÍA

- KINGSBURY, Benedict, “Hersch Lauterpacht Memorial Lecture 2022: ‘International Law Futures - Part 1’ - Benedict Kingsbury, New York University”, <https://www.lcil.cam.ac.uk/press/events/2022/11/hersch-lauterpacht-memorial-lecture-2022-international-law-futures-benedict-kingsbury-new-york>, consultado 17/09/2023.
- , “22 September 2022: Thomas Franck Lecture by Benedict Kingsbury”, 22/09/2022. https://www.kfg-intlaw.de/News%20and%20Events/Events/videos/Lectures_video.php?ID=99, consultado 17/09/2023.
- NINO, Carlos S., *The Constitution of Deliberative Democracy*, Yale University Press New Haven & London, 1996, New Haven, Connecticut.

BENEDICT KINGSBURY INTERVIEW*

Lecciones y Ensayos: —*What led you to become involved in legal research and education?*

Benedict Kingsbury: —I am not a person who makes big long-term plans. As a law student in New Zealand, I did my law degree and then went to Oxford University to do a master’s in International Relations and, later, a doctorate in International Law. The exposure to so many thoughtful academics who asked me such interesting questions led to real depth of thought, to the ability to see around corners and to have strong foundations to think about new problems. All of this made me feel so captivated by the possibility that one could try to do that, and I got drawn into the feeling that there was something really valuable about trying this.

So, I started trying. I eventually got one job that led to another job and, like that, I got pulled along the track. I also felt a sort of satisfaction. It made me think that maybe I could do something here, I could address some issues which I thought were important, quite often issues which were bad injustices. It made me think about what to do to make the world—or at least some things in it—a bit fairer. I got a lot of satisfaction from that, and I have felt very happy being an academic ever since.

What you are experiencing now, being law students, is the other side of what would happen if you became a professor. After a while, the people who were your students go on to have their own students and you get an unexpected connection that widens your perspective. And you see ideas that you had thought in the past being changed and concretized in ways you had not imagined in many different places. The world changes and people try to adapt the ideas to the places they live in and to the situation they find in the world. That is why I believe there is a great responsibility

* Interview done by the members of the Editorial Board of *Lecciones y Ensayos* on the 14th of december of 2022. Benedict Kingsbury is a Murry and Ida Becker Professor of Law and Director of the Institute for International Law and Justice, New York University School of Law.

in being a professor when you realize that it has those consequences. This also shows why universities should really evaluate who to hire as professors and the importance of vocation.

Lecciones y Ensayos: —*Related to this, in Argentina, most law professors are not exclusively dedicated to academia, but also carry out other professional activities. Along these lines, what is it like to be a full-time professor? What are your thoughts on part-time work in such an important task as training the future professionals?*

Benedict Kingsbury: —Every personality, every situation and every place in the world is different. For me, to be a full-time professor is a means to satisfaction and an indulgence, but also a responsibility. People invest very much in their tuition payments and universities allocate resources and the synergy of the system into supporting someone as a professor. Therefore, there is a responsibility on that professor to do things which justify all of that, and this means trying hard.

Trying hard with teaching students, with working with one's colleagues—especially helping younger colleagues with their own work and very active programs—commenting on other people's work, and overall trying to nurture all young scholars at all stages. It also means trying to find ways to bring new people from disadvantaged circumstances into the field to make it more perceptive and equitable and to help think of ideas that are relevant to the problems the world has or will have in the future. So that is the responsibility part, and I think you must take it very seriously if you have got the luxury of being a full-time professor.

Law is a very distinctive area. It is simultaneously a profoundly serious academic subject with deep connections with power, justice, life, structuring of futures and past wrongs, but also a vocation and a practice. Universities are trying to cater to each of those sides. In fact, a lot of the most satisfying parts of law, including for academics, is to use concrete technical questions and experiences to see how ideas really work out, or to find those things you have missed. I think that the whole enterprise of a university law program is to integrate theory and practice and make it a sort of continuous interlocution between those.

In respect of people, there are some who are full-time academics, at least in certain areas, like philosophy for example, while others are involved in different kinds of practices, not always related to commercial money making, but to governmental, public interest, NGO, activists, or different sorts of consciousness-rising. Then, there are also practices which

involve bringing people into the field and maybe working with high school students or continuing education to try to connect with communities with critical arrangements. So, there is so much to do there, and a lot of people are even going to be in the middle doing both, teaching and practice.

I think I do not see it much as ‘what the individual is about’ but more as ‘what the institution is about’ and how it can be set up in a way to deliver all those things at once. Of course, it is also a matter of the resources of the country. For instance, the U.S. has terrific law schools’ full-time professors. But, of course, we have high tuition, so someone’s paying for it.

Lecciones y Ensayos: —*In Argentina, it is not only hard for professors who are part-time professors, but also for students who are ‘part-time’ students.*

Benedict Kingsbury: —New Zealand, where I am now and I grew up, is a farming country like some parts of Argentina are. So, we have this phrase: ‘the grass is always greener’. There is something to be said about knowing how the world is and how tough it is for ordinary people living different lives. You learn a lot from having to struggle through different kinds of work. However, of course some work is very frustrating, and you do not feel much fulfillment or diversion from studying. I think, as far as I know, all over the world, across different cultures and history students have struggled on little resources, trying to work full-time while trying to read and to think.

Lecciones y Ensayos: —*It is very challenging, but it is also amazing to see how different people who were able to have these opportunities have used them to expand their knowledge, to come in contact with different students from all over the world and to try to bring them closer to these different ways of teaching law.*

Benedict Kingsbury: —I see now more and more networks of people organized across lots of countries using social media who are first generation law doctoral students. That is to say, that none of their families went to university and they may be immigrants, their parents may be driving trucks or things like that. So, they try to juggle that life.

I think those networks are very affirming because they help break apart the stereotype that one must look, dress or talk in a certain way to be a lawyer. After all, law is about following patterns, forms, and conforming, but there has been a huge attempt in lots of places to break away intellectually and socially –in the terms of life possibilities– and celebrate and validate those many ways of coming into it and the things people bring to

it. Still, it is always a struggle because institutions always tend to replicate themselves and urge the new people to be like the previous people, and it is important to always attempt to break out of that.

Lecciones y Ensayos: —*Now, we wanted to ask some questions about your work. What should be understood as global administrative law? What are the reasons for its emergence?*

Benedict Kingsbury: —Global administrative law is an idea, a need to find a label for a practice which already existed when we and other scholars launched this in the 2000’s.

The practice encompasses all kinds of institutions: intergovernmental formal and informal ones, hybrid ones, public or private ones and institutions of different sorts. There is an amazing range of institutions exercising some sort of power and people inside are aware that they are exercising power. They do this either by making decisions on individual situations – for example, when admitting a member, granting a license, recognizing somebody– or by making some sort of rule; rules to guide the conduct of the members, to shape the way a particular economic sector operates internationally or globally or rules about safety and risk-assessment beforehand. These are what we could call primary rules, according to H.L.A Hart; but then there are also secondary rules, which are rules about who can participate in the making of those primary rules, or rules on how to interpret them and what should happen if there is a dispute. ‘Will it be resolved authoritatively, within the rule-making system, or by an outside body?’.

Additionally, there are also many people in and around these institutions who have concerns about these questions. They might work for these institutions, they might be part of one of the member bodies or they may critique institutions.

All these questions and issues arising in different institutions across thousands or probably hundreds of different areas of practice or life will be resolved in an ad hoc way by people trying to come up with something. ‘What are we going to do about this?’, ‘Who is going to participate in this?’, ‘Do we have to give a reason if we do that?’, ‘What kind of reasons would count here?’, ‘How do we treat someone else who has made a decision in this space?’ or ‘Do we follow the decision or differ from that?’.

The global administrative law idea was to produce an organizing concept which gave a label to those sorts of questions. So they then began to introduce some principles which might be helpful in approaching them in different contexts.

I think that in global administrative law –everywhere, nationally, and transnationally– there has got to be a mixture of general principles or core ideas you can evoke in a specific context or in specific situations where the principle may apply. But, then, there are also principles that might apply in an unusual way or that do not apply because they are incompatible with something about that sector or incompatible with some other principle.

So, we try to introduce ways of thinking and organizing ideas but at the same time not to be very strongly prescriptive and to encourage research which looks at details about how a particular body is working. For example, ‘How is the United Nations High Commission for Refugees administering refugee camps?’, ‘How are they making contracts with other bodies who are administering them?’, ‘What sort of accountability mechanism are there?’, ‘Should there be something like the World Bank Inspection Panel for review that applies instead to refugee situations?’, ‘Would that be a good borrowing, or not?’ or ‘Maybe it looks like it would be a good borrowing, but it hasn’t happened, so why does it not happen?’.

By thinking about principles, we hope to stimulate and catalyze in-depth studies. Studies also provoke lots of debates but by giving a unified label to all of this we hope to make connections between areas of practice in the world that were unconnected or where people did not see any relationship. Like between refugees and World Bank policy or between something being done in Latin America and something else being done in Africa. This often could be connected because they had overlapping questions.

We hope to bring these things together and create a stimulated dialogue between those who are participating in the same thing. What was quite striking about developing that label and that set of ideas was how many people involved in the practice; straight away felt ‘yes, this says something about what I do’ and ‘what I do has not had a label until now’. I never learned this in law school, there is no textbook. I just did it, and now I see there is a way to do it and a lot of people doing it, and we can start to think together.

This is what we hoped: that people in different universities can contribute with ideas which give some organizing structure to a practice that is already happening. Because it is very often the case that even if people are not doing any specific kind of law, they are still doing something, so they end up using standard terms. The same terms about participation, transparency rules, a review mechanism, an accountability principle, damages, remedies or some sort of conflicts of interests’ rules. There are lots and

lots of things that people with a legal education or at least with good governmental bureaucratic instinct bring. But they often do not have much encouragement to think that this is all connected.

So, a lot of it was about putting some labels or organizing ideas and practice in a better way. That is one reason why it got going on so quickly. It was not something like saying 'governance of some new form of crypto' or something where technology was involved. And so when people try to propose an approach, they cannot do it until there is a lot of technological practice. In this case, there has been practice for more than a hundred years, probably much more, so we felt that we were really trying to draw from that practice and theorize it.

It was also very striking how, when we organized conferences on governance and law in different parts of the world, there were huge differences in how people from different places solved the questions. For example, in Buenos Aires, there was a strong focus on human rights as it was a central way of thinking about these kinds of organizations of power. While other places might have been much more focused on efficiency, on protection of state sovereignty, on combating dominance from the historically imperial country, or on particular elements of capitalism or extractivism. Some places really put emphasis on trying to democratize, to use democratic principles in its governance areas, and others not so much. While their own views on how to govern weren't particularly liberal, they still could see something in transparency and in trying to organize governance better.

Lecciones y Ensayos: —*Why do you think, going back to what we were just talking before, these important entities feel the need to replicate certain logics of administrative law to grant legitimacy to the different decision-making processes? Why do they feel the need to justify those decisions?*

Benedict Kingsbury: —It is a really interesting question about why people with power ever feel the need to produce legitimation or justification.

One element is that whenever there is power—especially if it is exercised as a form of domination or something which is noticeable over time as opposed to something where everyone is just so co-opted into it that they are all unaware of having become a subject of power—there emerges counterpower. There emerges someone who wants to do it differently or someone who sees that power and wants to take a piece of it, overtake it or change the leadership. Therefore, whoever has power also has an awareness that

there are going to be other forces deployed. It is a pretty simple driver, a kind of self-preservation. Whoever is running the thing thinks: 'Well, how can I sustain this?'. Sometimes it is venal: 'I just want to be in power and I am going to try to preserve that'. But, very often in this context, it is because of a belief in what that person in that organization is doing. They think: 'Yeah, this is the right way to do this' and they are concerned that someone else is trying to personally aggrandize or to introduce different values, different core principles, which they may not agree with.

As such, in some cases, there is a lot at stake which is genuine and ideological or ideational. Very frequently there is also a need for the people who have power to encourage other people to cooperate in it. Most powers depend on quite large corporations and with an international body; certainly, very rarely do they have much power of coercion. They need people to buy into it, to the normalization of their power, to the normalization of the way it works. If people think that this is okay, they are not going to change it and they are actually going to support it. They are going to try to implement it in their places or sectors and they will go to the meetings and try to work out the theme.

To get that sort of buy-in, often depends on people feeling that the process is fair, or at least that their voice can be heard, or that the key people addressed really are represented there. That there is not a structural flaw in the whole enterprise which means it will break apart or it will not be any effective because it is missing key planning. So, for power to work, it often needs to be organized in a way which gets a lot of buy-in and just quite inclusive, at least, of some core interests.

Of course, often, they want to exclude others, so there is a driver just to be successful with power towards efficient organization, but also an organization which people will support. In this way, these are all principles that seem to correspond quite well with what a lot of people find to be basic procedural fairness.

Think to yourself: 'even if I do not really like what those people do, I think the way they are doing it is okay', and that is because you can challenge it if you do not like it, or because they are giving reasons and we can have a debate about it, or because they have made sure there is some participation or they are accountable, at least, if they do it wrong. And you see that in a lot of governances. It is a constant issue, for example, in global sports in which governances are often monopoly organizations. They try to influence local practices, control the politics, and a lot of what happens in

a host state for a big tournament; all these things they do can intercede with other types of politics. So, for those bodies to sustain themselves they must do something to recruit a lot of support and seemingly find legitimation.

What has really been striking in our work is how widely that is true. How widely it is the case that bodies exercising power do follow some of these kinds of principles, sometimes even before they had a name, and now they often come onto these names, and sometimes they will try to improve the principles. That is particularly true for private power, because a private power often does not have legitimation from a state. It does not have a very strong existing structure of legitimation. And quite often, not a single corporation, but once it becomes private beyond a single company, they are keen to shore up that power by following these principles.

Lecciones y Ensayos: —*Considering that many private, or even public, entities –such as the Security Council– have the power to make decisions without the need to justify themselves, do you think there is resistance from this type of organizations to think of something like Global Administrative Law?*

Benedict Kingsbury: —The Security Council is quite unusual. First, it has a treaty basis, so all states of the world have accepted the Security Council and it has a particular authority which is given to it in the UN Charter. Also, most countries have an obligation in their domestic laws to implement binding decisions of the Security Council –or at least to give them serious thought–. There are not many other bodies where such strong powers are given by a treaty to a sort of international executive of a few countries.

Second, the principle of the Security Council was that the great powers were all going to be there. So, in 1945 at least, there was this idea that the five major powers, as they were thought then, would have a veto. The point was to concentrate the big powers of the world together so if they all supported something that was enough, then the decision would work because of the amount of power behind it. If they did not all support it, well, according to the original UN Charter, that would not pass.

Later, that was adapted by practice so if one abstains it still passes; so, in effect, if they really do not like it, they can block it. They can block it by voting, or by getting smaller states to vote against it, or just by encouraging it not to come to a vote, so it is a deliberate design where the point is to concentrate power and to act based on that concentrated power. That overlaps with a culture about security, state and military security, which also

is quite resistant to transparency and accountability; except the extreme accountability if they lose a war.

It also overlaps with the strand of diplomatic culture which prizes secrecy, negotiations not being transparent and not letting the public know what their positions are. Partly because they are trying to do deals which a lot of people would not like, which might involve surrendering principles that people really care about, and partly because if whoever is going to lose out in a potential deal between states, or in the private sector, knows that, in advance, they are going to try to mobilize against it. They are going to try for it to have leaks and to make the agreement hard to reach. So, there is a strong diplomatic culture of secrecy, a culture that thinks of themselves as the elite, as those who get things done. Which means that ‘If we make a deal, as long as those with political power back it that is enough’. Therefore, they want to resist that kind of accountability, complex review and things like that. All these elements are combined together in the Security Council.

It used to be that some countries –probably still is– thought that real core power issues like nuclear weapons should somehow function outside of a kind of real legalized structure, outside public scrutiny and accountability. I think some intelligence services work like that, and of course in many places there is even an effort to give a sort of shield to some levels of corruption on the same ground. So, the Security Council ends up operating as a fulcrum where a lot of those features come together.

This situation came into tension mainly with individual rights, especially when they started putting individuals by name, or individual banks or companies on lists of people whose bank accounts –or other assets– would be frozen or should be blocked; originally in the name of antiterrorism, trying to combat the financing of terrorism. So there, the rights of the individual were being severely compromised by a process which clearly was not organized with any kind of global material principle. This led to a series of cases in several national courts, and in the European courts, which tried to establish a standardized process, a proper process, if core rights of individuals were going to be compromised in those ways. In consequence, the Security Council made some adjustments that pointed in this direction and made some effort to review their culture of wanting to resist those things. Yet, it has not been fully or satisfactorily resolved.

However, despite the fact that the Security Council or some governance areas –such as security or intelligence services– function like that, this does not mean that most of global governance runs like that.

Lecciones y Ensayos: —*Do you consider that there might be a displacement of domestic regulations by global administrative law provisions which would imply an affectation of the democratic legitimacy of such regulations (at least in democratic systems)?*

Benedict Kingsbury: —National democracy in countries which are democratic or are strongly striving towards democracy is absolutely fundamental, and that creates a tension with almost all kinds of international law. Because international law is, firstly, about pre-commitment, which means making decisions that will be binding in the long future through treaties or custom. As such, it locks in for the future and it is often hard for democracy to change its position later or back out, which is in some tension with democratic self-governance. Besides, the procedures for change and revision of these internationalized arrangements are often not the same, as even amendments of the national constitution. In Chile, for example, they are trying to reform the Constitution now, but that does not mean that they can remake the international agreements that they have called up (even though some of the people who want a new constitution today also dislike some of the international economic arrangements), so there is some tension between international law and national democracy on that ground.

Secondly, international law is often about moving decisions outside of the country. It is about working things out, especially when national institutions are involved and there is another place where things are going to be decided. This is sometimes used quite cynically by the national governments –as Americans call it in sports– as an ‘end-run’ around the national democratic controls. As such, something which would be controlled by the minister of law or constitutional rights in the country, cannot be controlled because the decision has been moved –after some international or even foreign arrangement– to another country. So, there is an element of circumvention in some of that internationalization but mixed with the necessity of integration since so many things depend on flows between countries.

Many ways of organizing a lot of elements of life –not just economic life– depend on harmonization, relative unity, or some sort of arrangement which keeps politicians out of it and enables genuine science, sports, or medical processes. There must be an effort to try to keep politicians at arm’s length because politicians, while they may be democratic, they may also be opportunistic and they are accountable to just one country, or to one part of a country. Even when the issue may be beyond that state and be

global or planetary. So, there has to be some capacity to deal with things beyond that state, which means that some power has to go beyond the state, and that is always going to be in tension with national democracy.

The usual theory states that national democracy has delegated the power that way; has decided, as a democratic decision, to let the power be exercised in that other place. And people feel more comfortable with that if the delegation can be reversed, if the power can be pulled back. However, in many of these systems there is such a strong path dependence that it is really not realistic to escape from it once countries get in.

So there is an overall concern about democracy, but it is much more complex in international or global arrangements because many countries are not democratic, and in many of them their governments have no aim to be democratic. Some might be a kind of democracy, but not a liberal one –which means that it uses democratic forms, but the aim is to keep a non-liberal kind of government in power, or semi-liberal one– and that is the pluralist world, which is not only true for governments but also true for lots of people. They think: ‘well, at least on some things I do not want a purely democratic process’. Even people who are very democratic may feel concerned when they see a majority deciding something that they do not like, that they think is wrong. They may try to block some of that by constitutional law, but there is always going to be a complex kind of churning in trying to work out how to manage the governance once you are outside of a single national democracy, and how much to diminish or sacrifice democratic values to achieve other things. And so that is what is going on here, global law certainly involves that.

Our original article from 2005 called ‘The Emergence of Global Administrative Law’ says: ‘Well, we are going to bracket the question of democracy’. Of course, it is not that we are against democracy, but we are not going to try to incorporate a theory of democracy into the global law principle. We think it is more clearly about efficient and effective governance combined with protection of rights and core procedural principles which will be attractive to people whether their commitment is democratic or something else. So, we thought that was a clearer foundation for a lot of what we could see happening. Of course that we have a strong push for democracy and many people care intensely about that, but a lot of governance law, as a practice, could be understood without having a pre-commitment to democracy as a kind of decisive triumph. Of course, that seems very

unsatisfactory to people who think 'Well, that is not right. You are selling out democracy and going down there'.

We then wrote a later paper about the degree to which deliberative democracy principles could be assisted by global administrative law. That, I think, are the basic outlines of the discussion at least on this topic. I think it has had a sharper focus with deglobalization, reassertions about sovereignty, real anxieties about the future, instability, and security; and also, a concern that planetary type issues are not very well addressed by democracy. For instance, democracy makes a huge difference to, let's say, climate change. However, if the state is the key intermediate in all these decision processes, the problem cannot really be dealt with even by the states getting together. There has to be some other way of thinking and organizing processes for some of the planetary issues, maybe also some existential issues.

Lecciones y Ensayos: —*In view of the growing role of platforms as a global medium for the dissemination of information, do you think there is any duty on the part of the states to guarantee some principles such as the democratic element?*

Benedict Kingsbury: —When there is some sort of power which is not exercised directly by the state, there is always the question of whether the state is the body that ought to be invoked to provide accountability of that power; either the state through its regulatory agency, or as a lawmaker, or as rights protector through courts. This is because, for most people's political thinking, the state is the core agent; certainly, it is for the design of international law between states. People are taught to think of the state as where the power is, as the legitimate organization and, at the same time, as the functional manager of the world, territories, people, and governments.

Whenever there is a problem, the first line of thinking is: 'How can the states deal with this?'. Perhaps the states individually if there is a problem with one of them, perhaps one state if it is accountable to others for doing something about it, or perhaps the states collectively if there is a bilateral, regional or global context. That is a very strong pattern of thinking. Anyone who learns international law learns to think and talk like that, and many people who are political tend to have the state as a starting point. However, social media type platforms are one manifestation of a structure which has grown up, not by an articulate permission of the state nor usually by creation of it, but by some sort of enterprise which is usually driven by profits and has some sort of corporate structure. In addition, —to a most

amazing extent— people have joined these things and, usually voluntarily, have communicated by it, put up their photos and personal or business data, advertised, become influencers and gotten a second level or third level career through those things. So of course many other kinds of institutions have joined and communicate through platforms. Many states do, as well as their emergency agencies and public institutions, —like for example educational institutions—. It has become a backbone.

The way that I have been trying to think about those things is to ‘think infrastructurally’ about them. Not simply to think about the content and free speech, but to think about them as an infrastructure with infrastructural power. To think: ‘What does it mean to be infrastructural here?’.

Our project called ‘InfraReg’ is about infrastructures as regulation, and the idea is that infrastructures themselves regulate. So the starting point is that platforms are regulating people’s lives and ways of thinking and communicating. Not just by allowing free speech or by blocking it, but also by all the ways they prioritize feeds, use recommender algorithms or use addiction techniques to keep people on this thing. In many deeper ways, also by the organization of knowledge itself, the systematicity of it, and the ways in which data is collected and data markets work.

We studied all of that in our work on Global Data Law, and tried to intersect that with our more general work on infrastructural regulations which covers physical infrastructures such as the Panama Canal, or a system of railroads and subways, and tries to cover these digital infrastructures. I think it shifts the analysis towards platforms as a manifestation of a much more general form of infrastructural power, instead of thinking that it is a unique problem or question about platforms and technology.

It is very easy to think that there is something special or different about a technology that so many people use and that has made life so different to what it was 25 years ago. A technology that is so captivating and has so much influence that it surely must be unique and should be thought about in a unique way. A lot of the platform discussion is like that, but in my own view it is good to try to review what type of general class platforms belong to. In my approach, it is a form of infrastructure. A different approach would be to say that it is a continuation of historic news media like the old newspapers, TV, radio or a continuation of computers and information communication technology. But I think it is more helpful in the end to see it as a manifestation of infrastructure. So that is at least the beginning of my answer about platforms.

However, I think the platform question is anyway going to be eclipsed by the artificial intelligence (AI) question. Of course, AI does not have any particular meaning yet. Lots of things are called AI and things which you called AI are already heavily used by the platforms as well as other digital businesses. So, there is already a lot of AI, but the possible futures of AI will probably swamp the significance of the experience people have on platforms. So, of course there are important questions and there is the Meta's Oversight Board matter, and some interesting examples people take because they look like global administrative law, but that is not something to get too caught up in. It is just an interim phase and the AI questions are the ones that have very high stakes there.

So, I think the question of how the state should act is probably different from the question of how to think about platforms. The global data law element of this is to see what is going on in the platform simply as a manifestation of the collection and repackaging and use of data.

Lecciones y Ensayos: —*You were talking about artificial intelligence, and this will be like a new way of creating rules. Is it a different question from the one we have with platforms related to global administrative law or how do you think is the best way to face that challenge?*

Benedict Kingsbury: —Yes, well, of course it is wildly speculative how to think about artificial intelligence because most of the technologies which could really have a dramatic effect only exist as constructions of possibility, but not of realization. As far as I am aware, there are very important things already happening with AI, but many of the things people can talk about and imagine are more at the stage of potential.

I think one can at least speculate that over time it will be the case that one AI system, maybe a very general system, is interacting with another one, and maybe with another one, and that their interactions will themselves have a structure. And if there is machine learning or if the systems are writing their own code, which is already possible, then they will be changing what they are doing and writing a new code to do it and some of that will be in their interactions with each other. One could imagine that they begin to form rules about how to interact with each other in the same sort of way that states or human beings form rules. And if they do that, then there will be a question of how do those rules operate as regulation', 'Do the AIs accept each other?', 'Is it just a pattern of behavior?', 'Do they expect what the other ones will do, or does it start to be implemented somehow in code so that they have to act that way?', or 'Could they even get to the point of

refusing to deal with another AI or doing something negative against any kind of sanction if there is a breach of a rule?’. So, this is very speculative, but one can at least imagine a world where there are interactions amongst AIs which have their own regulation.

Thinking about the platform case at the moment, although all have an enormous number of rules that are coded, these core rules seem to be mainly written by human programmers. But once AIs get further development, become more agential and start to act more substantially directly and especially with each other, it could be that rules start to emerge there. Maybe that is desirable. Maybe it could be possible for humans to program the rules, but there is some prospect that they themselves will form or adapt those rules and that may be necessary since this is going to be very high-speed. If you think of very high-speed trading systems on a trading market, it may make sense that the interaction between AIs is governed by rules of their understanding, and how they recognize each other and what they consider is a trade, what is not, and what to do if the price goes out of a range, or things like that. One could imagine that the model would evolve to something like this.

But my point is that there is a real concern about whether AIs can make rules individually or make rules interactively on things that affect human beings or core features of the human life possibilities like weapons systems or the environment. And there is an even more serious concern if AIs become the deciders of what the rule is or what it means to be a rule. Then their attitude on whether this is a rule or not becomes a way of defining, ‘is it a rule?’. And if they do not accept it as a rule, then perhaps it is not.

So, this begins to eclipse what has been a human function, regardless of the fact that they are often exercised by institutions. And I think we can easily imagine some kinds of conduct, a weapon system, where they target a particular thing, the question would be: ‘Will or will not they operate in a specific case?’. If they are being controlled by AIs, at least partly, then the AIs have been coded to say, ‘well, it would be unlawful for me to do this’. Now, ‘what happens when the other AI has done something?’, ‘Am I allowed to retaliate against or not?’, ‘Has the other AI, in firing off this weapon or destroying this, breached a rule?’. So, if the AIs are controlled in retaliation for example, the AIs’ interpretation would become an element of deciding ‘Is this law or is this a rule anyway?’ and if so, ‘Is there a breach of a sanction at all?’ and ‘how to interpret that rule?’, ‘How does

it know that this is the rule?', 'What is the material which is relevant to that?', 'What is being processed there?', "What evidence is needed to be just decisive? 'This happened, what is the standard proof?'. All of that will be going on in the computer systems, so it is not a very big step to think of AIs becoming some kind of rule makers, or certainly having a big rule function. And there, I think, it may be an important question whether humans should try to completely prohibit that step being taken, and whether that may become an international or global law principle. I think this is not being taught yet, but it is not too difficult to think down that track, that is one of the many reasons I raise that. It is always a challenge because it is very easy to drift into speculation.

It is a new way of thinking. But not thinking about it, when we can, seems like a big mistake.

Lecciones y Ensayos: —*We wanted to ask you a question related to a term that you used and that you have also referred to in a recent interview, which is this idea of international law 'endowment'. What do you mean with this concept? May you elaborate on that?*

Benedict Kingsbury: —Was that in Germany, in Berlin?¹ I just gave three lectures in Cambridge, England, a couple of weeks ago with the Lauterpacht Memorial lectures² and the title of the three of them was International Law Futures. They will eventually become a book with Cambridge University Press.

One element of that was this idea of 'the planetary' and the need to think about planetary scale –but also planetary timing– which often got much foreshortened competitively with the old geological timing. Out of the good thinking was the data AI, also infrastructure will be relevant to trying to think about international law futures. All these questions of who are going to be the agents, there are really central –as well as questions about publicness and normativity.

About the idea of the international law endowment, I have been working on trying to capture the fundamental feature that international law is something which has been built with a huge amount of labor and struggle and political contestation over a very long period. Even when there wasn't international law, the core principles that are taught in standard public

1. KINGSBURY, Benedict "Hersch Lauterpacht Memorial Lecture 2022: 'International...".

2. KINGSBURY, Benedict "22 September 2022: Thomas Franck Lecture...".

international law courses already existed. There was case law, the judicial institutions, the state practice collections and the international organizations; the people mobilized to it, the applications, national law, the NGOs working on how to advance it or use it and businesses applying it. There was already an enormous structure distributed all over the world even though it is by no means the same in different places; people think very differently about it, there is a lot of discrepancy. But there is still a common idea very widely distributed. So, it is kind of a global language for thinking about a lot of core questions related to power, organization, accountability, values and principles that people will follow together.

Also, some of the core limits of things that really ruled out or should be ruled out. That body of thinking and practice and somewhat shared ideas that we call international law really has to be cherished. If we did not already have it, we would not be able to make it now or it would be a real struggle to get far without those things. There is not really another language, another way of thinking which comes close to helping to organize global effort. Of course, you can come up with other approaches, some more philosophical, some more humanity centered, more economic, more core human nature ideas or even religious ideas. There are other ways of doing it, but international law is an important one.

So, I think it is important to think about the future and all the current tensions and problems, see where we are going and have to go, but also, we should try to build on what we already have. Not just say 'with digital or nuclear weapons it is different', 'managing the outer space is a different question' or 'climate is a unique subject'. There is temptation to start anew in some of these areas but, in my opinion, we should try instead to work with principles that we already have. So that is the idea of an endowment. The metaphor of an endowment, at least to me, suggests something which has been built up over a long time and where to some extent what was decided in the past has an influence on what happens now, on how we think now. Sometimes that is good and sometimes it is problematic. But also, if there is an endowment, we feel whoever is living now has a responsibility to it, to carry it forward and do something good with it so that next generations have something there.

And if you think of a university, with an endowment or perhaps some sort of charitable institution, it is easy to think that way. If I am the person doing it now, I have to think: 'What am I leaving for the future?'. And try to make it better, maybe update it or adapt it. So that is the image I have in

mind, something in which the past has an influence, where there is an inheritance and where there is responsibility to cherish it and make it serviceable for the future. That is how I want to think about international law. That is the understanding of international law that I want to bring, and then try to think about how these newer questions fit into it. I am sure some people would say this is a rather conservative approach, but it is partly an anxiety about not discarding, not throwing out what is already there, either under political pressure or geopolitics. Core values like human dignity, equality and respect for every human being, environmental concerns are trying to resist those kinds of attacks. We should use and cherish the tools that are already there to stand up against those and to address the future from that platform.

I am trying to see whether people think the endowment idea is a helpful one or not. I have not seen it written anywhere, this is what I thought so far, and I am in an early stage of developing this idea.

Lecciones y Ensayos: —*We think of international law as something that has been built for a long period of time, that it is not just discharging all ideas. We can see international law as something which has different layers, which are sometimes connected, but not something that just fits in the past and we just leave behind. Maybe it is not 'conservative'. It is just applying the theory of the layers and valuing what came before and using it in the future. That is: not destroying what we have built.*

Benedict Kingsbury: —Yes, well, that is how I see it. But I also recognize that it could be seen as conservative. It is true that people who are doing fine under the current system and have good positions or power will be rather happy with this position. So, I am well aware that it could be too conservative even more if people are very dissatisfied and they want to be more radical and change things. Some people are very concerned about the exploitation of animals, injustice in the world or robust decolonization or antiracism. But there are people on the other side who really want to break up the idea of human equality and walk away from it. With points of view similar to those, anything which focuses a lot on endowment is going to seem to be conservative. That is why I am open to any reactions since I have only just started to elaborate this idea.

Lecciones y Ensayos: —*When we read your work, we did not really see it as conservative, but it kind of reminded us of a very common discussion. At least in Argentina's legal theory, we study the metaphor of the cathedral: you are not supposed to take down what is already built but*

must try to look at everything you have in the best way possible and try to grow from there.³ We do not think that is conservative, we think it is a way to build international law and knowledge in general.

We wanted to continue and focus on some of the distinctive ideas that you were bringing to the table, which is the concept of ‘publicness’. We think it is a prominent and characteristic idea of your work in general, and it underlies this whole conversation. What do you mean by this concept? How does it relate to the idea of the legitimacy of international law in general, and particularly global administrative law?

Benedict Kingsbury: —International law, like probably all law, is a human enterprise. It is about people and their institutions and their forms, including the state, which makes law and applies it to the people. So, the idea of publicness is one of the approaches one can take to try to put the people more at the center or at least ensure that the persons, human beings, are in the conversation. The publicness idea has a long history in different forms of legal philosophy. My colleague Jeremy Waldron at NYU has done a lot to promote it, and, for at least a while, he was exploring the democratic element of publicness. So I have been really drawn from his hand and from several other people and I am trying to advance this idea in international law and in global administrative law. The point is that, if there is going to be something called law, it ought to be at least an effort to speak for and to the whole public. So, there should exist this element that the law is a projection of an expression, an articulation of the public’s voice. In this sense, to be proper law, it ought to be addressed to the whole public. That is the nutshell proposition: it is an idea of who should properly be speaking, and in a political system, that is usually the people. Once we are in the space of international law or in the governance area of global administrative law, it is much harder to say, ‘who is that really?’ There is a big issue there, especially when there is private power involved, there is concern on who is ‘the public,’ for whom is the law speaking. Quite a lot of private governance bodies, and even some states, consider that they are self-constituted powers. That some people got together and announced: ‘we are going to be the regulator of this, we are going to make standards on that, we are going to be the association of this, we are going to have mutual recognition of each other’s on that, we are going to approve someone as the

3. NINO, *The Constitution of Deliberative Democracy*, pp. 33-36

certifying body, we are going to credit them and they will be sent out there to check if you are following our standard or not'.

Frequently, it is not a power which has been expressly delegated in an organized way by existing powers, it is often just a self-appointed power of some sort, or even some powers which do involve the states acting together. Often by the time they are doing that they are very far away from their own publics and very far away, even in a theorized abstracted way, from knowing who they are trying to speak for when they act. Therefore, they have very little connection with accountability for awareness or very little input from those people, the public. The idea then is being self-conscious about who my public is. If I am an entity, 'Who is it I am supposed to be speaking for here and in what way do I know what they want to say?' 'How has their voice been articulated here?' 'Am I enough of an articulator?' 'Has there been a process of consultation, of engagement where I really heard something from them?' 'Do I know what their interests are?' 'Do I know that they know what the issues are?'

So, the publicness idea as a normative idea pulls the players—who are the people with positions in these kinds of bodies—to have to articulate that and to come up with an account of those things. That account can be debated and challenged. That is on what we might call the input side. On the output side, the normative idea of publicness is that the institution who is producing rules or decisions will have the following in mind: 'Who is the addressee in this?' 'Who is it I should be speaking to when I act in this space?' 'Whose interest is involved?' 'Whose life possibilities are changed by this?' 'Whose got conflicting obligations and how are they going to manage that conflict?' 'Who is disregarded when I speak?' 'Who should they have been regarding?'. If someone should have been regarding, but no one is, 'how can they be regarded in this enterprise?' So that would rule out some kinds of purely self-serving or very sectarian decisions.

Of course, none of this means that any of these bodies must be plenary. They do not have to speak for everybody, and they certainly do not have to speak to everybody or about every issue. There is a limitation here, but it is the underlying spurred and normative constraint on what these enterprises are about. Also, there is energy and empowerment which comes from that same awareness.

So, that is how I am using the idea of publicness in these contexts. And when one has that idea, it is initially a stimulus for articulation and discussion about those things, but it can also be linked to a mobilizing

effort of who should be speaking here and who feels that they are going to be affected. And often, once that is in motion, they will begin to articulate positions or begin to think: I am affected by that, so 'where is the place that I should go to challenge it?' or 'how do I make sure that my interest is taken into account?' So here we are, thinking about trying to express the public in legal terms, to find a way through public international law, national law, or government administrative law to make that public a legal public of some sort.

Lecciones y Ensayos: — *We wanted to ask you something, which is also related to a very important part of your work: this idea of infrastructure that you mentioned earlier. What is the relationship between infrastructure, global governance, and participation?*

Benedict Kingsbury: —Infrastructure, oftentimes, serves a public of some sort. One can see a lot of infrastructures that have a public in mind and the public might be directly the users. But infrastructures may also be affected by the people whose goods, money or speech flows along with that infrastructure. For example, a border wall or a big railroad in a war, as a blocking infrastructure, can prevent people from crossing borders. There may be migrants and some infrastructures are aimed to block them. It is an infrastructure which affects their possibilities. Of course, infrastructure serves the public and shapes their possibilities. Based on this, one can see that there is an element there in which those interests, voices, should have some sort of impact on the aim, maintenance, refurbishment, and adaptation of the infrastructure to meet their different needs. Of course, many have something like that, they have planning processes or a public participation process. For instance, some follow a principle of universal service and therefore have to supply water, gas and electricity to all communities which impacts the pricing and affordability of those services. Many of them have a process of how the public utilities of a big city are delivered. The question is, 'What happens if you cannot pay?' 'Should you be disconnected, or you should not be disconnected?' And if there is not a good service for you, 'Could you illegally take some water or some gas?' 'Is that tolerated or wrong?', among other examples. So, in fact, with those kinds of physical infrastructures we are remarkably familiar with the idea of a sensibility of the public or involvement and that is in terms of who participates. It is linked to also who are the affected, and the awareness of who are the users and who should receive the utility services.

But then there are disrupted people who do not have a chance anymore to participate because there is a road that blocks their connection with their community, because it diverts from it or maybe what used to be in their place, is now moved to somewhere else. So, there are also lots of effects derived from infrastructure, which are not the intended effects on the actual users but that produce a big shadow on other people's lives. Often, infrastructure's design and use are poorly thought out to address them; it is not really addressing the intended users or the intended economic beneficiaries. For example, the people who got to drive their car on that road or build a new factory at the end of it. It is not addressing all the people who are going to be affected because they are not the intended users. So, there is an element of public regarding in some infrastructures, but it is often a pretty poorly worked out one.

Physical infrastructures, like roads or a rail, can last for a very long time. So, the decisions that are taken on one time frame can really affect people's life possibilities 50 –or even 100– years later. If we think about the Panama Canal, it needs fresh water which comes from all the surrounding hills to lift the boats up through the lock system. And if there is a drought or a shortage of water, that canal tends to get priority. The water still goes to the canal, and then washes out in the ocean, and the people who would need that water for agriculture or even drinking in cities may have a lower priority. That probably would not be the course of action now but that is because of the design of the canal which was in the early 20th century, a hundred of years ago. That is still how the canal regulates water use and it does it by infrastructure, not initially by law, although often law institutions back up the infrastructure.

So that is the idea of infrastructure, the ways they shape our lives and the way in which they have a public that should be speaking through it, they have addressees, and people affected at the other end. So, what we see is that often the law defines who is a public, they define who should be speaking in an infrastructural process. If there is an indigenous community, perhaps they should be consulted or even have a veto. For example, if the taxpayers are going to finance this, if they are going to pay higher rates, or higher taxes for utility services, there is some process for consulting them. Often, that consultation is only at the beginning of the design phase, and they then have very little voice in the running of it which tends to be very bureaucratic or commercial. Because of this, the people affected, often as legal publics, are very limited. They may be the people who can vote,

being an electoral public, they might be people who have a legal right and therefore could bring a court action. But very often that legal public is not the same as the public really affected. Then, what usually happens is that the law is not remade to fit the infrastructure, so the infrastructure becomes the regulatory form, and the law just remains how it was. This is acutely true when you go beyond a single state, where it is very difficult to create organized legal public systems beyond states.

Once we understand that publicness is involved in infrastructure and in law, we see the need for the existence of some sort of reconciliation of those factors and that can be done, and is a really important program. This can also be relevant to international infrastructures and to digital infrastructures as well as to the more obvious physical infrastructures.

Lecciones y Ensayos: —*This is very interesting since it applies to so many aspects of reality. In Buenos Aires, and we think in every society, there is a big problem with infrastructure, because it really does regulate. It is something that might seem obvious, but it is not. Giving the framework to something that exists is incredible. We really think that we might need to study more to fully understand your work, but we are impressed.*

Benedict Kingsbury: —That is very nice. I think that probably this way of thinking seems to have quite a lot of resonance with young lawyers in Buenos Aires, because there is such a culture there of seeing the world, the local aspects and wondering What can I do about them? People seem to study 8 hours a day, work another 8 in the evening in the law firm, and then the last 8 hours they are in some NGO trying to litigate rights. In some ways the sensibility is a bit similar.

In some cultures, it is not the same, and some of these ways of thinking do not resonate as easily. Lawyers are often taught in a more traditional way, much more doctrinal and sometimes quite willing to not see the world very much, ready to be rather bookish and also not to have such aspirations to try to reach out and make change. There are many places where the education of lawyers and self-understanding of lawyers is not so much about ‘we could get out and do something important, something different’. One of the joys of working with people from Buenos Aires is seeing all that energy which is devoted to try to do something important.

Lecciones y Ensayos: —*To end with, we wanted to ask you some of the classic questions we ask everyone that we interview. The first one is: which authors do you consider fundamental for any law student to read? These recommendations do not need to be strictly law-related.*

Benedict Kingsbury: —I would recommend H. L. A. Hart, as he has had an important influence in my work. There are a lot of things people could debate about him, but I think that, if you are going to be in the world of legal studies, legal practice, it is helpful to have some reference point and some way of thinking ‘what does it mean to be a lawyer?’ ‘How do I know what law is?’ ‘And how does someone else reach the view that this is law for me?’. An author or a work which is conceptual like that can be really helpful to anchor one’s thoughts. It is not necessary that one agrees with everything but that is at least one way of thinking. This is also helpful because it shows us that it is possible to theorize law without the state, so using Hart liberates us from a more Hobbesian interpretation of law.

It is also a little different from the influence of natural law positions which consider that the substantive content of law must be part of the idea of law itself. This is a very influential point of view and I think it leads to the idea that to be a lawyer there should be commitments about the content. Hart offers the possibility to think about law, without considering that the content should be intrinsically fundamental. It allows us to think that it is at least possible to think about law without a lot of pre-commitments about the content and that is a very challenging position to be embedded in. I think it is helpful when dealing with a pluralistic world to be able to find languages which allows people in all contexts to figure out what is law. That is what I found helpful about Hart. In fact, my own work tries to suggest that Hart can be extended in a way that might encompass more than just legal positivism, and include some principles, like publicness; maybe even some basic rights, and ideas about what law means. That is of course going to be highly contested, many people have written about that, but I find it helpful to think that as a lawyer one does not arrive at purely formal positivist sensibility. I think it is good for every law student to have some position for themselves on those questions.

Also, I consider that it is really important to read about the world we do live in, and to be pluralistic and think for oneself: what resonates with me and with other people. I can start to connect with other people that I am going to work with who I did not connect with, because when I see their literature, art, movies and sensibility, I can begin to understand more of what they are thinking and why I am different from them. It is really helpful for an international lawyer, without being too casual or appropriating other people’s enterprises, to be aware and alert. And there are millions of ways of doing that: trying to think about what an important film or novel in that

culture is or in that context or what is a particular form of empowerment that some group of the population has found there which has inspired some of them.

Then you begin to cross a line and think it is not just me, it is me and them. That is very helpful also for people in powerful countries to have that idea as opposed to just ‘I am going to give them something of me’. It is not just what I am going to be trying to predict to them, but also, I wanted to kind of feel who they are. So that is a way of defining a menu of things to look for.

I also have had a good time in my reading group with China Miéville’s book called ‘The City and the City’; he is one of the few science fiction writers who is a doctor in international law and has also been a lively part in London’s politics. China Miéville’s ‘The City and the City’ is an infrastructural and international law book that I have been using to understand planetary thinking because of this idea of history in a pen-free-age. It is not so much because of the answers he is able to give but because of the path of thinking that he brings to the different temporalities that the country now poses for us. These are just a couple of suggestions.

Lecciones y Ensayos: —*We loved the interpretation of Hart and the rule of recognition. Our final question is: what recommendation would you like to pass on to a law student?*

Benedict Kingsbury: —That it’s a world of your own making, so get out there and make it.

BIBLIOGRAPHY

KINGSBURY, Benedict, “Hersch Lauterpacht Memorial Lecture 2022: ‘International Law Futures - Part 1’ - Benedict Kingsbury, New York University”. 29/11/2022. <https://www.lcil.cam.ac.uk/press/events/2022/11/hersch-lauterpacht-memorial-lecture-2022-international-law-futures-benedict-kingsbury-new-york>, consultado 17/09/2023.

—, “22 September 2022: Thomas Franck Lecture by Benedict Kingsbury”, 22/09/2022. https://www.kfg-intlaw.de/News%20and%20Events/Events/videos/Lectures_video.php?ID=99, consultado 17/09/2023.

NINO, Carlos S., *The Constitution of Deliberative Democracy*, Yale University Press New Haven & London, 1996, New Haven, Connecticut.

PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN

Los trabajos están sujetos al sistema de referato. En consecuencia, los ensayos y las lecciones son asignadas por la Secretaría de Redacción a un número determinado de miembros del Consejo de Redacción –tres (3) en la presente edición– bajo seudónimo, para preservar el anonimato y evitar la distorsión de las condiciones de evaluación. Estas y estos miembros se expiden a través de un dictamen escrito que contiene sus consideraciones e indica el voto a favor o en contra de la publicación.

La Secretaría de Redacción podrá decidir que los trabajos sean evaluados a través de un procedimiento de evaluación externa. En ese caso, serán asignados a miembros del Consejo Asesor –dos (2) en la presente edición– bajo seudónimo. Estas y estos miembros se expiden también a través de un dictamen escrito en el que se indica su voto a favor o en contra de la publicación y fundamentos.

En ambos casos, de formarse el voto unánime de quienes dictaminen a favor de la publicación de la asignación, esta queda preseleccionada para el cierre editorial del número. Por el contrario, si la totalidad se expiden en contra, la obra es desestimada. Si hubiera disidencias en el sentido de sus votos, el escrito es elevado a la consideración del cuerpo editorial en pleno (plenario). En los tres supuestos, el autor o la autora reciben los votos fundamentados de las y los dictaminantes.

El plenario es la instancia donde la potencial publicación de los trabajos es debatida por la totalidad de las y los miembros del Consejo de Redacción y decidida a favor o en contra por mayoría simple, recibiendo el autor o la autora una minuta con los principales argumentos esgrimidos en el debate.

A diferencia de los ensayos y las lecciones, las obras presentadas para otras secciones de la Revista –reseñas bibliográficas, comentarios jurisprudenciales, etcétera– son directamente sometidas a la evaluación del plenario, sin la instancia previa en la que se elaboran dictámenes individuales.

Todos los escritos que el Consejo de Redacción haya determinado como publicables quedan preseleccionados para su reconsideración al

momento del cierre editorial. Así, en la etapa de conformación definitiva del número, los trabajos preseleccionados son nuevamente clasificados por el pleno para decidir cuáles son incluidos en la publicación en papel y en digital. Todo escrito restante –es decir, no incluido– se considera preseleccionado para su eventual inclusión en un número ulterior, si su autor o autora así lo deseara.

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 impresa como en su versión digital, en el portal de la Facultad de Derecho de la UBA.

CÓMO PUBLICAR EN *LECCIONES Y ENSAYOS*

PAUTAS FORMALES PARA LA PRESENTACIÓN DE TRABAJOS

1. El trabajo enviado deberá adoptar el siguiente orden de presentación:
 - a. Título del trabajo (en español).
 - b. Seudónimo escogido por el o la autora (no debe permitir su identificación).
 - c. Resumen en español (250-500 palabras).
 - d. Palabras clave en español (al menos cinco (5) palabras clave).
 - e. *Abstract* en inglés (250-500 palabras).
 - f. *Keywords* en inglés (al menos cinco (5) *keywords*).
 - g. Cuerpo del trabajo (según la extensión determinada por el tipo de trabajo).
 - h. Bibliografía.
2. En todos los casos, la fuente será Times New Roman, 12 puntos, justificado, interlineado 1,5. La página será tamaño A4 (21 x 29,7 cm) y márgenes por defecto (superior e inferior 2,5 cm; izquierdo y derecho 3 cm).
3. El trabajo deberá enviarse exclusivamente por correo electrónico a la dirección lye@derecho.uba.ar. Dentro de las veinticuatro horas se contestará con un acuse de recibo. Preferentemente, en formato .docx; pero también son admisibles formatos similares como .doc, .odt, .rtf. También debe enviarse una versión en .pdf, a fin de asegurar una versión correcta y consolidada.
4. Deberán ser originales e inéditos, redactados en procesador de texto —preferentemente Microsoft Word 2003 o posterior—. La extensión del trabajo, incluyendo las referencias bibliográficas, deberá ser de 12.000 a 16.000 palabras en el caso de las lecciones y de 6.000 a 9.000 palabras para los ensayos.

5. Los trabajos deberán contar con fuentes que sustenten sus afirmaciones y deberá ser posible verificar su existencia y contenido.
6. El sistema es de notas al pie de página con bibliografía al final. Las notas al pie deben ser autosuficientes. No deberá emplearse ningún tipo de reenvío a notas anteriores con fórmulas como “ibíd.”, “*op. cit.*”, “véase cita” o similares. Se procurará que no excedan el renglón de extensión. En el caso de que los elementos título para la doctrina, identificación para las normas o nombre del caso para la jurisprudencia, sean de más de seis (6) palabras, se incorporará una versión resumida del elemento seguido por puntos suspensivos (...).
7. En las notas al pie se consignarán únicamente los datos requeridos para cada tipo de fuente. En caso de que se desee rastrear la fuente, la información completa estará disponible en la bibliografía.
8. Se deberá seguir el siguiente sistema para citar:

a. Libros

En la bibliografía: APELLIDO, Nombre, *Título*, edición, editorial, año, ciudad, traducción, otros datos.

Ejemplo: VON JHERING, Caspar R., *La lucha por el derecho*, 1ª ed., Heliasta, 1974, Buenos Aires, traducción de Adolfo GONZÁLEZ POSADA.

En el cuerpo del trabajo: APELLIDO, *Título*, página.

Ejemplo: VON JHERING, *La lucha por el derecho*, p. 5.

b. Capítulos de libros

En la bibliografía: APELLIDO, Nombre, “Título”, en APELLIDO, Nombre, *Título*, edición, editorial, año, ciudad, traducción, otros datos.

Ejemplo: BALMACEDA, Mónica P., “Una visión histórica de la buena fe”, en GHERSI, Carlos A., *Principios generales del derecho*, 1ª ed., La Ley, 2013, Buenos Aires.

En el cuerpo del trabajo: APELLIDO, “Título”, página.

Ejemplo: BALMACEDA, “Una visión histórica de la buena fe”, p. 54.

c. Artículos de publicaciones periódicas

En la bibliografía: APELLIDO, Nombre, “Título”, en *Nombre de la revista*, periodicidad, otros datos, páginas.

Ejemplo: MARIANI DE VIDAL, Marina, “La ‘denuncia de daño temido’ a más de cuatro décadas vista”, en *Lecciones*

y *Ensayos*, 2016, N° extraordinario “60 Aniversario”, pp. 301-305.

En el cuerpo del trabajo: APELLIDO, “Título”, página.

Ejemplo: MARIANI DE VIDAL, Marina, “La ‘denuncia de daño temido’...”, p. 304.

d. Derecho interno

En la bibliografía: Jurisdicción/Ente, “Nombre común”, identificación, fecha, publicador, otros datos.

Ejemplo: República Argentina, “Ley de Medios”, Ley 26.522 de Servicios de Comunicación Audiovisual, 10/10/2009.

En el cuerpo del trabajo: Jurisdicción/Ente, “Nombre común”, artículo.

Ejemplo: República Argentina, “Ley de Medios”, art. 5.

e. Derecho internacional: tratados

En la bibliografía: Nombre, fecha firma, lugar, entrada en vigor, norma de derecho interno, datos de UNTS, otros datos.

Ejemplo: Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23/05/1969, Viena, Austria, e.v. 27/01/1980, UNTS 1115:331.

En el cuerpo del trabajo: Nombre, fecha firma, artículo.

Ejemplo: Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23/05/1969, art. 46.

f. Derecho internacional: organismos

En la bibliografía: Órgano emisor, identificación, nombre, fecha, sesión, otros datos.

Ejemplo: Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, A/RES/67/97, El Estado de derecho en los planos nacional e internacional, 14/12/2012.

En el cuerpo del trabajo: Órgano emisor, identificación, punto.

Ejemplo: AGNU, A/RES/67/97, pto. 1.

g. Jurisdicciones nacionales

En la bibliografía: Tribunal, “Nombre común”, “Nombre del caso”, fecha, publicador, otros datos.

Ejemplo: Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Bazterrica”, “Bazterrica Gustavo Mario s/ Tenencia de Estupefacientes”, 29/08/1986, Fallos 308:1392.

En el cuerpo del trabajo: Tribunal, “nombre común”, considerando.

Ejemplo: CSJN, “Bazterrica”, considerando 8.

h. Jurisdicciones internacionales

En la bibliografía: Tribunal/órgano, “Nombre Común”, “Nombre del caso”, fecha, publicador, otros datos.

Ejemplo: Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Panchito López”, “Caso ‘Instituto de Reeducción del Menor’ vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”, 02/09/2004.

En el cuerpo del trabajo: Tribunal/órgano, “Nombre común”, considerando.

Ejemplo: Corte IDH, “Caso Panchito López”, considerando 25.

i. Material disponible online

En caso de que el material esté disponible en internet, al final de la referencia según los párrafos precedentes, se puede incluir la siguiente información: Identificación, Dominio [DOI/URL], Consultado, fecha.

Ejemplos:

PETERS, Anne, “Treaty Making Power”, en Wolfrum, Rüdiger (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2010, Oxford University Press, URL <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law9780199231690-e1494?rskkey=Nez%20miV&result=1&prd=OPIL>, consultado 10/09/2018.

AUGENSTEIN, Daniel, “Paradise Lost: Sovereign State Interest, Global Resource Exploitation and the Politics of Human Rights”, en *European Journal of International Law*, Vol. 27, N° 3, 2016, pp. 669-691, DOI 10.1093/ejil/chw033, consultado 26/08/2018.

j. Material audiovisual

En la bibliografía: Fuente web, “título del video”, nombre del usuario, momento exacto del video (hh:mm:ss), dominio (DOI/URL), consultado fecha (dd/mm/aaaa), fecha de publicación (dd/mm/aa), otros datos.

Ejemplos:

YouTube, “Las restricciones que nos impone la Constitución”, DerechoUBA, 00:11:08, URL <https://www>.

[youtube.com/watch?v=NUW5cJRAM6U&t=666s&ab_channel=DerechoUBA](https://www.youtube.com/watch?v=NUW5cJRAM6U&t=666s&ab_channel=DerechoUBA), consultado el 07/11/2020.

YouTube, “A favor: Alberto Kornblith biólogo 17-07-18”, Senado Argentina, 00:16:20, URL https://www.youtube.com/watch?v=oc0MtTvLJfc&t=1s&ab_channel=SenadoArgentina, consultado 07/11/2020, 18/07/2018

En el cuerpo del trabajo: Fuente web, “título del video”, momento exacto del video (hh:mm:ss)

YouTube, “A favor: Alberto Kornblith biólogo...”, 00:16:20.

YouTube, “Las restricciones que nos impone la...” 00:11:08.

k. Otros portales

En la bibliografía: Nombre de la página web, “título”, nombre del autor o autora (APELLIDO, Nombre), fecha de publicación (dd/mm/aaaa), dominio (DOI/URL), consultado (dd/mm/aa), otros datos.

La Nación, “Un fallo preocupante de la Corte sobre los tres jueces trasladados”, GARGARELLA, Roberto, 03/11/2020, <https://www.lanacion.com.ar/opinion/un-fallo-preocupante-corte-tres-jueces-trasladados-nid2498887>, consultado 10/11/2020.

Saber leyes no es saber Derecho, “Muiña II: diálogo de poderes y semicírculo hermenéutico interpretativo”, ARBALLO, Gustavo, 05/12/2018, <http://www.saberderecho.com/2018/12/muina-ii-dialogo-de-poderes-y.html>, consultado 10/11/2020.

En el cuerpo del trabajo: Nombre de la página web, “título”, fecha de publicación (dd/mm/aa)

La nación, “un fallo preocupante de la Corte...”, 03/11/20.

Saber leyes no es saber Derecho, “Muiña II: diálogo de poderes y...”, 05/12/18.

¿CÓMO PARTICIPAR EN *LECCIONES Y ENSAYOS*?

Lecciones y Ensayos es una revista jurídica semestral dirigida por estudiantes. Depende del Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Fue fundada en el año 1956 y, desde entonces, ha cumplido el papel de foro editorial de profesores, profesoras, alumnos y alumnas, sin más requisito que la excelencia académica.

La Revista se caracteriza por estar gestionada a partir de un diseño institucional basado en procedimientos democráticos para la toma de decisiones que involucran a todas y todos los miembros del Consejo de Redacción que, una vez por semana, se reúnen para deliberar en torno a las tareas editoriales. Nuestras principales actividades consisten en:

- Publicar artículos de docentes, investigadores, investigadoras y estudiantes de las ciencias jurídicas.
- Fomentar la investigación científica, la crítica, el debate abierto y horizontal.
- Permitir el desarrollo de actividades de extensión, como organización de conferencias, concursos, jornadas, encuentros, entre otros.
- Introducir a las y los estudiantes en el mundo de la investigación.

Si querés participar, podés acercarte a nuestras reuniones los días jueves a las 20 horas que se realizan en la oficina ubicada en la Planta Principal, Pasillo Sumarios (al lado del Salón Verde) de la Facultad de Derecho. También podés comunicarte enviándonos un correo electrónico a: tutorialye@derecho.uba.ar.

El único requisito para formar parte de *Lecciones y Ensayos* es ser alumno o alumna regular de alguna de las carreras de grado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

