





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

Secretaria
Stefania Vujovich



**CONSEJO DE REDACCIÓN
PRIMER SEMESTRE 2023**

Directora

Lucía Martínez Larrea

Subdirectora

Bárbara Micaela Blanc

Secretaria de Redacción

Lucía Maurino

Tutores

Lucía Mora Bruniard
Francisco Manuel Varacalli

Redactor

Franco Ezequiel Almirón

Colaboradoras/es

Juana Boggiano
María del Rosario Cabrera
Ariel Cardín
Melanie Casellas
Tomás D'Alessio
Tomás Drake
Pilar Dordoni
Abril Grisotti
Guadalupe Luján
María Inés Ponce Balestri
Lourdes Irina Vázquez
Valentina Campos Carmona
Martina Sueiro

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.

| | |
|------|-----|
| 2023 | 110 |
|------|-----|

FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

LECCIONES Y ENSAYOS

CONSEJO ASESOR

José Casás
María Laura Clérico
Aníbal 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

Habib, Javier Ignacio, *El razonamiento del derecho privado*..... 17

CONCURSO DE ENSAYOS SOBRE DERECHOS HUMANOS “NUEVOS DESARROLLOS Y JURISPRUDENCIA RECIENTE DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS”

Dacunda, Pedro, *El régimen de empresas y derechos humanos ante
la Corte Interamericana de Derechos Humanos: avances,
perspectivas y desafíos*..... 63

Martínez, Agustina Lara, *Desafíos derivados del DIDH
en la investigación y el juzgamiento de delitos contra la integridad
sexual de niñas y adolescentes mujeres: las instrucciones al jurado*..... 91

Pasquini, Sofía, *Corrupción y Derechos Humanos en
América Latina: el particular impacto en los Derechos
Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales* 119

VII JORNADAS DE INVESTIGADORES EN FORMACIÓN DEL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS Y SOCIALES AMBROSIOS LUCAS GIOJA

Medici, Chantal, *Las causas contra la Ley 27.610: la acción
judicial como agitación política* 149

Sánchez Ovadilla, Blas, *Las praxis participativas de la población
trans travesti como factor disruptivo-democratizante
de la sociedad argentina del siglo XXI*..... 163

CONVOCATORIA ESPECIAL SOBRE JUSTICIA TRANSICIONAL

| | |
|--|-----|
| Thus, Valeria y Silveyra, Malena, <i>Aportes del juzgamiento en la Argentina al campo de la justicia transicional: las interpretaciones sobre la calificación de genocidio</i> | 187 |
| Filippini, Leonardo Gabriel, <i>Jurisprudencia constitucional: fracturas y continuidades frente a legados autoritarios</i> | 231 |
| Méndez Montenegro, Patricio Daniel, <i>Los desafíos de la justicia transicional en la argentina: adaptar su marco conceptual y desmontar las estructuras liberales subnacionales</i> | 263 |
| Filippini, Leonardo Gabriel, <i>No es la palabra final</i> | 305 |
| Samoilovich, Félix, <i>Is memory the fifth pillar of transitional justice? (Latin) American perspectives and the Argentinian case</i> | 311 |
| Samoilovich, Félix, <i>¿Es la memoria el quinto pilar de la justicia transicional?: perspectivas latinoamericanas y el caso argentino</i> | 333 |
| Martínez, Leandro Abel, <i>La justicia de Don Corleone: hesitaciones sobre la moral, la política y el derecho</i> | 357 |

ENTREVISTAS

| | |
|---|-----|
| Interview to Alexandra Herfroy-Mischler | 383 |
| Entrevista a Alexandra Herfroy-Mischler..... | 395 |
| Entrevista a Lucila Larrandart | 407 |
| Entrevista a Claus Roxin..... | 419 |
| Interview mit Claus Roxin..... | 425 |

PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN

| | |
|---|-----|
| ¿Cómo publicar en Lecciones y Ensayos?..... | 433 |
| ¿Cómo participar en Lecciones y Ensayos?..... | 439 |

EDITORIAL

Lecciones y Ensayos nació en 1956 por la iniciativa del profesor Ignacio Winizky. Las palabras iniciales del primer número dan cuenta de aquello que motivó la conformación del Consejo original. Winizky dijo en un párrafo coronado por su firma al pie de la página:

“Queremos que la Facultad concorra mediante una publicación periódica a completar las múltiples inquietudes y necesidades de nuestro estudiantado, a sumarse, como tribuna, a la experiencia de quienes no quieren que su paso por la Facultad sea un mecánico estudiar y rendir exámenes, marcado sólo por sus propios problemas”.

Efectivamente fue y es así; o al menos lo fue gran parte de su historia. Entre 1976 y 1983 —período correspondiente a la última y peor dictadura del país—, 30.000 compañeros y compañeras fueron detenidos y desaparecidos, 116 de los cuales fueron estudiantes de la Facultad de Derecho de la UBA. *Lecciones y Ensayos* no tuvo participación estudiantil y nuestra facultad, por su lado, se convirtió en un mecánico estudiar y rendir exámenes, sin que fuera posible oposición alguna.

En 1987, se publicó el N° 47 de *Lecciones y Ensayos*, el primero desde el retorno de la democracia. Allí, los integrantes del Consejo de Redacción innovaron con el primer editorial, dejándonos el siguiente fragmento:

“Razones que no creemos necesario explicitar impidieron su aparición entre 1971 y 1986 en la forma en que fue concebida e imaginada. Hoy, no obstante modificaciones en la tapa y su formato, *Lecciones y Ensayos* continúa imbuida por ese espíritu originario. Su continuidad futura es nuestro desafío, su contenido, un fiel reflejo de nuestra Universidad”.

Los 40 años de camino democrático que la Argentina recorrió desde 1983 hasta hoy estuvieron plagados de desafíos. Las instituciones volvieron a cimentarse con el titánico trabajo de la ciudadanía; el pedido de Memoria, Verdad y Justicia puso en marcha en nuestro país un proceso pionero y reconocido a nivel internacional. Nuestra revista no estuvo al margen en este proceso de construcción de Memoria. Desde nuestro N° 92 en adelante, prácticamente todas nuestras publicaciones contaron con artículos

que guardan relación con los procesos dictatoriales en Latinoamérica. Hoy, 36 años y 63 números después de ese primer editorial, reafirmamos el compromiso por continuar el espíritu originario de nuestra Revista.

En la presente edición nos propusimos conmemorar el 40° aniversario de la Argentina democrática y, para ello, realizamos una convocatoria especial que desembocó en los grandes artículos que componen nuestro N° 110. Hoy afianzamos el ejercicio de la memoria respecto del proceso de transición gracias al que podemos tener una Revista “en manos de los alumnos —entiéndase bien, de todos los alumnos—, dirigida y escrita en parte por ellos”,¹ que abre sus puertas todos los jueves al anochecer para dar lugar al pensamiento crítico y al debate constructivo.

Hace tiempo, *Lecciones y Ensayos* retomó aquello que proyectó Wini-zky por 1956. El debate horizontal y la construcción colectiva son pilares fundamentales de la Revista, que la vuelven una experiencia trascendental para la vida universitaria. Todo lo que hicieron en este espacio quienes nos precedieron, todo lo que hacemos y lo que harán los que vendrán se lo debemos a la democracia.

Cuidar la democracia y construirla todos los días implica dialogar, horizontalizar y abordar todas las discusiones que surjan. Este también es el fin de *Lecciones y Ensayos*. Esperamos que disfruten de este número tanto como nosotros y nosotras disfrutamos al hacerlo y, como siempre, los y las invitamos a formar parte de este espacio.

1. *Lecciones y Ensayos*, “Editorial”, N° 1.

LECCIONES



EL RAZONAMIENTO DEL DERECHO PRIVADO*

JAVIER IGNACIO HABIB**

Resumen: Este ensayo intenta explorar aspectos del razonamiento que se da cuando un juez decide un caso de acuerdo a las tradicionales reglas y conceptos del derecho privado. Se elaboran cuatro aportes. Primero, enfatizaré la centralidad del rol que desempeñan los grandes conceptos jurídicos o categorías del derecho privado (como el contrato, el dominio, la persona, etcétera). Segundo, analizaré la opinión convencional que afirma que el razonamiento jurídico es un razonamiento deductivo. Tercero, compararé al razonamiento del derecho privado con el razonamiento desde principios constitucionales para afirmar que la diferencia entre ambos consiste en que, mientras el primero sirve para resolver conflictos de manera regular (tratar de igual manera los casos iguales), el segundo sirve para dar respuestas singulares a casos inusuales o polémicos (equidad). Por último, recordaré que el derecho privado tradicional también tiene una manera de acomodarse a los cambios (sociales, tecnológicos, axiológicos, etcétera). Este se apoya en la actividad creativa de los juristas. Son las nuevas categorías jurídicas —creadas por los juristas, para ofrecer respuestas a los casos nuevos— las que permiten que el derecho privado permanezca vigente a pesar de los cambios.

Palabras clave: razonamiento jurídico — teoría del derecho privado — conceptos jurídicos — dogmática jurídica — subsunción — cambio en el derecho

Abstract: This essay explores aspects of the reasoning that takes place when a judge decides a case according to the traditional rules and concepts of private

* Recepción del original: 13/02/2023. Aceptación: 13/03/2023.

** Profesor titular de Metodología de la Investigación, Universidad de San Pablo T, Tucumán; ex fellow Safra Center For Ethics (Tel Aviv University), PhD (European University Institute), L.L.M. (Universidad de Salamanca) y abogado (Universidad Nacional de Tucumán).

law. I will make four contributions. First, I will emphasize the centrality of the role played by the great juridical concepts, or legal categories (such as contract, property, person, etc.). Second, I will analyze the conventional view that maintains that legal reasoning is a deductive reasoning. Third, I will compare the private law reasoning with the reasoning from constitutional principles to affirm that the difference between the two consists in the fact that while the former serves to resolve conflicts with standardized solutions (to treat equal cases equally), the latter kind of reasoning serves to give unique responses to unusual or controversial cases (what one may call “equity”). Finally, I will suggest that traditional private law also has a method for accommodating social, technological and value changes. This method has to do with the creative work of the jurists. The new legal categories—created by jurists, to offer answers to new cases—allow private law to keep itself aligned with its contemporary demands.

Keywords: legal reasoning — private law theory — legal concepts — legal science — subsumption — change in law

I. INTRODUCCIÓN

Este ensayo trata sobre el razonamiento tradicional del derecho privado. Me refiero al que se lleva a cabo con categorías jurídicas —como el contrato, el dominio o la *actio in rem verso*— y reglas de derecho —como el *nemo plus iure* o la *res perit domino*—. El tema no ha sido explorado en tiempos recientes. Los trabajos del exterior que tocan al razonamiento tradicional, lo hacen sólo de manera tangencial¹ o brevemente.² En cuanto a nuestro medio, por diversas razones, hay completa ausencia de interés. En la Argentina, los intereses académicos están puestos en el razonamiento que, por muchos, es considerado superador del tradicional;³ se escribe

1. Una bibliografía muy inspiradora es WEINRIB, *Corrective Justice*; BENSON, “The Unity of Contract Law”; BENSON, “Misfeasance as an Organizing Normative Idea in Private Law”; RIPSTEIN, *Force and Freedom: Kant’s Legal and Political Philosophy*. Con todo, estos trabajos no tratan el tema del razonamiento del derecho privado como tal.

2. WEINRIB, *The idea of Private Law*, pp. 223-224, trata el tema brevemente y es la base para mi discusión en el apartado IV.

3. Me parece demostrativa la posición de Grajales, *El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y el juez como ‘la boca de los principios’*. *De la subsunción a la ponderación*. Respecto a las reformas establecidas en los tres primeros artículos del nuevo Código Civil

sobre la ponderación o las maneras de aplicar derechos constitucionales a relaciones de derecho privado.⁴

Las cinco secciones que siguen explorarán aspectos del razonamiento del derecho privado. La primera sección explica lo que entiendo por derecho privado. La explicación es necesaria debido a que utilizaré una concepción poco ortodoxa, de la cual resaltan dos aspectos. Primero, el derecho privado aquí no se reduce a la ley o leyes de un Estado. Se trata, en cambio, de un producto cultural en desarrollo. La idea es que el derecho privado fue inventado en la Roma antigua y, en virtud de su notable potencial técnico, fue apropiado y readaptado por sociedades de diversos contextos; desde la Edad Media, al siglo XIX, hasta los días que corren. El segundo punto tiene que ver con las fuentes del derecho privado. Intentaré enfatizar la tarea de los juristas en este rol de crear y adecuar al derecho privado.

Establecido esto, pasaré a centrarme en los conceptos o categorías jurídicas. Me interesan estas nociones no porque establezcan los mandatos que caracterizan al derecho privado (cumple tus pactos, responde por tus daños, etcétera), sino porque cumplen un rol elemental en el razonamiento tradicional. Para poner en evidencia esta tesis enfatizaré tres características relevantes de los conceptos jurídicos. Diré que cada una de estas propiedades cumple un rol en la argumentación. En otras palabras, mi argumento es que los juristas desarrollaron ciertas características en los conceptos jurídicos a efectos de facilitar ciertos aspectos del razonamiento judicial. Desarrollaré estos tres aspectos.

La tercera parte del artículo estudia el desenvolvimiento del razonamiento. Comenzaré con la enseñanza del filósofo Immanuel Kant, que dice que el razonamiento con categorías (como el jurídico) no es un

y Comercial, dice: "Lo que antes era subsunción hoy es, además y principalmente, ponderación; lo que antes era subsidiario, hoy es lo primordial" (p. 1). De allí que "Ya no es lo sustancial lo que quiso decir el legislador en la norma, sino saber cuál es la interpretación más acorde a los tratados de derechos humanos, a los principios y a los valores que rodean al juez y a la comunidad" (p. 4). "Estamos, concluye el autor, ante una 'vuelta de página' a más de dos siglos de cómo entender el fenómeno jurídico en la República Argentina" (p. 1). 4. Se destacan también VERBIC & SUCUNZA, "El deber de razonable fundamentación en el Código Civil y Comercial de la Nación. Alcance, contenido e implicancias"; Sosso, "Título Preliminar Artículos 1 al 18"; y GUZMÁN, *Discrecionalidad y justificación. Entre el juez intérprete y el juez creador en el Código Civil y Comercial*; GUZMÁN, "La sentencia razonablemente fundada en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación".

razonamiento deductivo. Es importante recordar esto porque se suele decir que el razonamiento jurídico es deductivo. Mi punto será que, si bien puede ser cierta la observación kantiana (que propone que no estamos ante una deducción perfecta, al modo de la lógica proporcional) no tiene sentido descartar esta terminología. Palabras asociadas a la deducción, como la "subsunción", son suficientemente explicativas de lo que los jueces hacen. Intentaré analizar el proceso intelectual del juez que subsume hechos en categorías jurídicas.

La cuarta parte presentará una comparación entre el razonamiento tradicional y el de principios. Las conclusiones de esta parte se basan en la teoría de la justicia de Chaïm Perelman, quien entiende que la única definición de justicia incuestionable es la que afirma que hay que tratar a los casos iguales de igual manera. Utilizaré el argumento de Perelman para elaborar el siguiente punto. Mientras la gran ventaja del razonamiento desde principios es que permite efectuar cambios en el derecho (o hacer equidad), la gran virtud del razonamiento clásico es la de permitir hacer justicia. En otras palabras, es el razonamiento clásico, con sus categorías de derecho, el que permite tratar casos iguales de una misma manera. Por el contrario, el razonamiento de principios, que tiende hacia una particularización casi infinita, por definición, es proclive a tratar como diferente a todos los casos (lo que puede ser llamado equidad, pero no justicia).

La última parte confronta un problema recién introducido. ¿Cómo hace un derecho de categorías de justicia estables para mutar, a efectos de permanecer vigente? Aquí discutiré la doctrina del *indirect horizontal effect of human rights*, que entiende que la manera en que el derecho privado debe reconocer las nuevas prácticas y valores es a través de sus conceptos indeterminados; como "la buena fe", "el orden público", etcétera. Argumentaré que en un sentido esta propuesta es insuficiente, pues debe existir una forma de cambio que evidencie renovación de una manera más explícita. Propondré la construcción de conceptos jurídicos. Para solucionar los casos nuevos, los jueces necesitan de nuevas categorías de derecho. Finalizaré este punto con el comentario de una sentencia argentina en la que se ve a un juez diseñar un nuevo concepto jurídico.

En suma, los aportes de este trabajo irán a los elementos del razonamiento tradicional (los conceptos jurídicos, desarrollados en la sección 2), a la dinámica del razonamiento mismo (sección 3), a su virtud de hacer justicia (sección 4) y a la pregunta acerca de cómo mantener esa virtud en el tiempo (sección 5).

II. EL DERECHO PRIVADO

El derecho privado tiene su origen en la cultura de los antiguos romanos. Los historiadores que sigo sitúan su desarrollo inicial entre la ley de las XII tablas (siglo V antes de Cristo) y la codificación justiniana (siglo VI después de Cristo).⁵ En líneas generales, el derecho privado romano consiste en soluciones para conflictos que pueden llegar a juicio entre dos particulares. Aquí conflicto debe ser entendido de manera amplia, ¿tiene B un reclamo contra A, si el objeto que lo lesionó cayó accidentalmente de la terraza de A? Y puntos más bien prácticos, ¿cómo efectuó una promesa obligatoria?

Desde la Ley de las XII Tablas, es propio del derecho romano estipular, de antemano, lo que los jueces deben decidir a la hora de resolver el caso. Tal es así que, para romanistas como Fritz Schulz, el oficio de los juristas clásicos (los profesionales que desarrollaron el derecho privado romano en su período de mayor esplendor) consistía en precisar las condiciones fácticas de una acción judicial y los remedios requeridos por estas.⁶ Sin embargo, no es esta "predeterminación del derecho" lo que hace al derecho romano único en su género. Si nos ponemos a pensar, Solón ya había dictado antes leyes para los griegos, habiendo Platón y Aristóteles teorizado sobre ellas.⁷ Lo grandioso de la experiencia romana radica en otra parte. Lo que hace al derecho romano único en su género es el tecnicismo con el que los juristas romanos desarrollaron sus categorías y el producto cultural que surgió como resultado de ese tecnicismo.⁸

¿Qué quiero decir con esto? Para explicar este punto de una manera desarrollada, voy a servirme de un conocido recurso historiográfico. Se trata de la "teoría evolutiva del derecho". La teoría evolutiva fue utilizada por diversos juristas.⁹ Voy a centrarme en la versión de Savigny.

5. Por ejemplo, STEIN, *Roman Law in European History*, p. 4.

6. SCHULZ, *Classical Roman Law*, p. 11.

7. Como lo dice GORDLEY, *The Jurists. A critical History*, p. 1: "Intellectual traditions have beginnings in time. Western philosophy began with the Greeks, modern physics with Galileo and Newton, and modern economics with Adam Smith. The intellectual tradition that shaped Western law began in the late Roman Republic in the second century BC when the Romans began to produce jurists."

8. Es el tema del libro SCHIAVONE, *Ius: L'invenzione del diritto in Occidente*. Véase también LA PIRA, "La genesi del sistema nella giurisprudenza romana: l'arte sistematica".

9. STEIN, *Legal Evolution. The story of an idea*.

De acuerdo con la teoría evolutiva de Savigny,¹⁰ el derecho emana de la conciencia colectiva de su gente. Se trata, en términos usuales, de los consensos implícitos que cohesionan a la sociedad; lo que la gente por ejemplo, piensa, sobre lo que tiene que pasar cuando Pedro se queda con el libro que María le prestó. Aquí aparece la pregunta: ¿si el derecho romano se basaba en la ética cotidiana del pueblo de Roma, por qué es que fue elaborado en términos notoriamente técnicos? En otras palabras, ¿qué explica que los romanos pasaran de la ordinaria moralidad del préstamo a las sofisticadas nociones de "comodato", "*datio rei*" y "obligaciones del comodatario"? Savigny elabora una poderosa respuesta.

Con el progresivo desarrollo cultural del pueblo romano, surgió el hábito intelectual de dividir. Paulatinamente, se separó así lo que puede ser llamado "derecho", de otro tipo normas (economía, trato social, buen gusto, las que fueran). Para fijar esta división de los fenómenos normativos, fue necesario producir un vocabulario especial. Así surgieron los "términos jurídicos". En paralelo, las sociedades se fueron especializando. Al área del derecho se avocaron "los juristas". Los juristas eran entonces quienes se dedicaban a discutir particularidades de los casos que dan lugar a juicios. El punto más elevado del genio jurídico romano sucede cuando los juristas comienzan a ordenar, de manera sistemática, sus diversas opiniones en libros de texto.

Tomemos como ejemplo un texto del siglo II de nuestra era. Me refiero a las *Institutas* del jurista Gayo; un texto lleno de gloria en la tradición del estudio del derecho privado.¹¹

Gayo "divide" al derecho privado en tres libros o categorías.¹² El primero trata sobre (la categoría de) "las personas". Aquí Gayo habla de "estados" que las personas ostentan o adquieren. Estos estados otorgan diversos poderes y responsabilidades. El segundo libro trata sobre "las

10. SAVIGNY, *De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del Derecho*, pp. 43-49.

11. "El historiador y diplomático B. G. Niebuhr, de paso en Verona en el curso de una misión que le encomendara la Academia de Berlín en Roma, leyendo en la biblioteca capitular de esa ciudad un texto de las Epistulae de San Jerónimo, escrito en el siglo IX, se percató de que dicha obra estaba escrita sobre otro texto que había sido cancelado. Por lo que pudo ver, presumió que el mismo resultaba importante desde el punto de vista jurídico. Inmediatamente dio cuenta del descubrimiento Savigny, quien en 1817 reconoció el texto de las Institutas de Gayo." Véase la historia completa en GAYO, *Institutas*, pp. 28-32.

12. GAYO, *Institutas*.

cosas" e incluye "al dominio" y a "las obligaciones". Es de notar que, las obligaciones, un fenómeno intelectual, son pensadas como cosas. Tal es así que Gayo clasifica a las obligaciones (el influyente III, 88).¹³ Están las que "nacén de un contrato" y "las que nacén de un delito". El tercer libro habla sobre "las acciones". Las acciones, en esencia, son las que permiten a una persona reclamar a otra algo relativo a cosas. Gayo describe las distintas formas de articular reclamos, según la clase de cosa que se reclame.

En términos de la teoría evolutiva, esta exposición sistemática representa un momento bastante avanzado en el desarrollo del derecho privado. Existe todo un vocabulario para hablar de derecho. Este está clasificado en categorías que singularizan niveles de abstracción. Lo que es más, la manera en que los objetos están clasificados indica que los objetos clasificados en una categoría están hechos para ser combinados con los objetos de las otras dos categorías. Verbigracia, para que haya algún tipo de "acción" tiene que haber "personas" y algún tipo de "cosa". Más adelante, veremos que estos rasgos de sistematicidad permiten varias funciones en el razonamiento jurídico. Por último, quiero volver a remarcar que las categorías especializadas que presenta Gayo sirven para ofrecer respuestas a preguntas ordinarias de la moralidad: ¿quién es responsable?, ¿qué es ser dueño?, ¿cómo se es dueño?, ¿cómo se contrata?, ¿qué pasa cuando se contrata?, ¿qué es que te lesionen?, ¿qué pasa cuando te lesionan?, etcétera.

Gayo, desde luego, no es el punto final en la evolución del derecho privado. Los historiadores que se inspiran en la teoría evolutiva señalan, cuanto menos, siete hitos.¹⁴ El *Corpus Iuris Civilis* (siglo VI),¹⁵ las glosas de los juristas italianos de los siglos XI y XII (en especial el texto de

13. "Nunc transeamus ad obligationes. quarum summa divisio in duas species deducitur: omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto". La historia de la evolución de esta clasificación habla mucho sobre cómo cambia el derecho privado. De las varias historias de esta evolución, la que más me gusta es la de BETTI, *Teoría general de las obligaciones*, párr. II.

14. Un ejemplo reciente de este tipo de historia del derecho es el de ZIMMERMANN. Su programa aparece en "Savigny's legacy: legal history, comparative law, and the emergence of a European legal science". Su trabajo paradigmático es *The Law of Obligations*. Véase, asimismo, *Roman Law, Contemporary Law, European Law: The Civilian Tradition Today*.

15. Cuerpo legal de cuatro partes (*Digesto, Institutas, Codex, Novelas*), ordenado por el emperador Justiniano, quien tenía la ambición de recuperar, consolidar y sistematizar la gloriosa sapiencia jurídica clásica, que había sido oscurecida durante el periodo de desfragmentación del imperio sucedido a partir del siglo III.

Acursio),¹⁶ los comentaristas (entre los que resalta Bartolo),¹⁷ los humanistas franceses del siglo XVI (especialmente Donellus),¹⁸ los escolásticos del Siglo de Oro español (como Domingo de Soto),¹⁹ los racionalistas nórdicos (primordialmente Grocio y Pufendorf) y los juristas seculares de los siglos XVIII y XIX (Domat, Pothier y el *Code civil*; Savigny, Puchta, Windscheid y el BGB; y, en lo que toca al mundo anglosajón, Blackstone, Pollock y las decisiones del moderno *common law*). De forma mancomunada, diría la teoría evolutiva, estos juristas (¡globales!) perfeccionaron progresivamente lo que a las alturas del siglo XIX puede ser llamado, con absoluta propiedad, "sistema de derecho privado".²⁰

16. Luego de la codificación justiniana, sucede un periodo de "vulgarización del derecho romano" (siglo VI al X) en cuanto a que el derecho romano es apropiado y adaptado por los "pueblos bárbaros" que avanzaron sobre Roma (como los visigodos). Este periodo de vulgarización finaliza con el "redescubrimiento del derecho romano en la Edad Media", comenzado en el siglo XI por un jurista llamado Pepo, pero explotado por Irnerio, quien fue el primero de los "glosadores". Estos juristas estudiaron y enseñaron el *Corpus de Justiniano*, en especial, el *Digesto*. Eran llamados glosadores porque analizaban sus textos con notas (glosas) interlineares y en los márgenes.

17. Autores del siglo XIV que, a diferencia de los glosadores, son más libres en sus interpretaciones del *Corpus Iuris* y en los usos de este para el desarrollo de soluciones para casos nuevos.

18. Hay dos tipos humanistas: por un lado, aquellos que intentan descifrar, de manera histórica, el sentido y contexto político-cultural de partes del *Digesto*; y por el otro, humanistas con intenciones más jurídicas, como Donellus, del siglo XVI, quien retoma la actitud gayana de exponer, clasificando, los grandes conceptos del derecho privado. Donellus es conocido por desarrollar la noción del derecho subjetivo.

19. GORDLEY argumenta que los escolásticos de Salamanca fueron los primeros en elaborar una verdadera exposición sistemática del derecho privado, con base en los principios filosóficos de Aristóteles y Tomás de Aquino. Véase GORDLEY, *The philosophical origins of modern contract doctrine y Foundations of Private Law*.

20. Y así, probablemente por influencia del sistema de derecho romano actual de Savigny, durante el siglo XIX y XX proliferaron los manuales titulados "Sistema de derecho privado". Schiavone entiende que la historia del derecho privado terminó con la erección del estado moderno y la influencia infundida por el trabajo de Hans Kelsen (SCHIAVONE, *Ius: L'invenzione del diritto in Occidente*, pp. 17-18). A mi juicio, no es correcto que el derecho privado se haya terminado. Basta con observar la proliferación de derechos privados optativos, de tipo tradicional, como los trabajos de UNIDROIT, los *Principles of European Contract Law* o los *Draft Common Frame of Reference*.

II. A. Un punto interesante de la historia

En esta breve revista de la teoría evolutiva se nota un punto interesante. El derecho privado fue inventado en un contexto histórico distante y particular: Roma antigua; con su sociedad, economía, tecnología y valores específicos. Sin embargo, el mismo complejo normativo aparece apropiado y readaptado por gentes de muy distintas épocas: el medioevo, la Europa moderna y los Estados nación del siglo XIX. Que el derecho romano haya podido ser reelaborado para atender situaciones muy diversas habla de una poderosa maleabilidad. Quiero amplificar este punto con dos casos históricos.

Cuando solemos pensar en "usos" del derecho romano, nos imaginamos juristas que se sirvieron de esta tradición con el fin de escribir leyes para sus Estados. Nuestro ejemplo es Vélez Sarsfield, quien se fundó en el derecho romano para elaborar el Código Civil de 1871. El jurista holandés del siglo XVI, Hugo Grocio, también abrevó en la tradición del derecho privado. Pero sus intenciones no eran escribir un código para un Estado. Grocio quería argumentar que existía un orden normativo internacional que regía las relaciones entre Estados en territorios no sujetos a ley positiva (los mares "libres" del sudoeste asiático). Grocio entendió que el derecho romano tenía la potencialidad de funcionar como un conjunto de reglas estables, con una suerte de legitimación propia, perfectamente apropiado para valer como el "derecho natural" de los conflictos entre Estados en territorios sin soberanía.²¹ El famoso libro de Hugo Grocio (*Del derecho de la guerra y de la paz*) es para muchos el primer tratado de derecho internacional público.

Otro caso es el del derecho canónico. Los intelectuales que intervinieron en el desarrollo del derecho de la iglesia católica tuvieron varios desafíos: darle unidad a un disparatado cuerpo normativo, inducir principios generales, hacerse de técnicas interpretativas que les permitieran estirar o achicar el radio de aplicación de ciertas reglas, etcétera. Para ello se sirvieron de las técnicas hermenéuticas, constructivas e incluso de las mismas categorías y clasificaciones del derecho privado romano.²² El derecho

21. STRAUMANN, *Roman Law in the State of Nature: The Classical Foundations of Hugo Grotius' Natural Law*.

22. STEIN, *Roman Law in European History*, pp. 49-52.

canónico nació con una finalidad religiosa: guiar a los fieles a su salvación eterna.²³ Esta finalidad es muy distinta a la del derecho internacional público de Grocio y a la del derecho romano mismo. Sin embargo, las categorías y el estilo argumentativo del derecho privado sirvieron de inspiración para el desarrollo de ambos derechos: el derecho canónico y el derecho internacional público.²⁴

II. B. Derecho privado como derecho de juristas

¿Qué explica este potencial histórico del derecho privado? Es plausible pensar que se trata de su distintivo carácter técnico. El derecho privado ofrece un vocabulario especializado que permite designar una gran variedad de cosas e imaginaciones. Lo que es más, ese complejo terminológico aparece organizado en clasificaciones que permiten aprenderlo, explicarlo, articularlo y reproducirlo. En este trabajo expondré que en la articulación de este vocabulario técnico está lo que llamamos "razonamiento jurídico". Entonces puede ser pensado como algo diferente de la voluntad política que puede o no hacerlo ley. Desde el punto de vista que adopto, el poder estatal no es más que un agente que se apropia y utiliza al derecho privado para sus fines ocasionales. En este sentido, puede muy bien haber una regla de derecho privado sin un Estado que la reconozca y mantenga como ley exigible. Y así, en esta manera de ver las cosas, el derecho romano es un ejemplo de derecho privado, como lo es el documento que conocemos como "Principios Europeos de Derecho de los Contratos" o el libro de Borda sobre los derechos reales de Vélez Sarsfield. Esto es interesante en

23. Este tipo es un tipo de argumento que se vierte cuando se quiere usar normas de derecho canónico para influenciar doctrina sustantiva de derecho civil. Muy bien una promesa gratuita puede ser obligatoria porque es un deber moral el de no faltar a la palabra. Pero este es un deber moral, tendiente a la "salvación del alma", que es el propósito de cualquier norma ética insertada en un cuerpo canónico. El derecho civil tiene que ver con otra cosa. No con salvar al individuo, sino con hacer justicia en transacciones entre dos personas iguales. Véase ASTUTI, "Contratto (dir. interm.)" y DELL'AQUILA, "La promesa unilateral como fuente general de obligaciones".

24. Más llamativo aún es el caso de la epistemología de Immanuel Kant, según MØLLER, *Kant's Tribunal of Reason: Legal Metaphor and Normativity in the Critique of Pure Reason*. La autora argumenta que las metáforas jurídicas que Kant constantemente usa en su *Critica de la razón pura* permiten entender que se inspiró en el derecho para desarrollar su teoría del conocimiento.

diversos sentidos. Uno de ellos es que permite pensar al jurista como actor creador de verdadero derecho privado.

III. EL CONCEPTO JURÍDICO COMO RAZONAMIENTO

A partir de ahora, nos concentraremos en uno de los elementos más característicos de la tradición del derecho civil. Hablo de los conceptos jurídicos, a veces también llamados "instituciones jurídicas" y "relaciones jurídicas". Más concretamente, cosas como "la obligación" o "el *ius in re aliena*". Mi argumento será que los mejores ejemplos de estos conceptos jurídicos (tales como el contrato, el dominio y el delito) ostentan tres atributos técnicos notables. Mantendré que los juristas desarrollaron estos tres atributos técnicos a efectos de facilitar el razonamiento del derecho privado.

III. A. Marcar los límites legales

El primer atributo de los conceptos jurídicos es que están desarrollados, escritos, como si sufrieran un proceso vital; "nacen y mueren". Tomemos el caso de las obligaciones. "Las obligaciones nacen de la ley, de los contratos o cuasicontratos, de los delitos o cuasidelitos", dice el art. 1097 del Código Civil italiano de 1865. Y así como las obligaciones nacen, también "se extinguen". El pago es el "modo normal", decía el profesor E. C. Wayar. La transacción, la novación, etcétera, son otros "modos de extinción de las obligaciones".²⁵ Lo mismo sucede con la persona (que efectivamente "nace" o se constituye, y muere o se liquida), los derechos reales (que se constituyen, transmiten, adquieren, modifican y extinguen)²⁶ y, no menos

25. República Argentina, "Código Civil de la Nación", art. 724. En su Libro II, luego de una primera sección titulada "[d]e las obligaciones en general", Vélez trata sobre la "[e]xtinción de las obligaciones". Y enumera al pago, la novación, la compensación, las transacciones, la confusión, la renuncia, la remisión y la imposibilidad de pagar. Un artículo especial, el 724, enumera estos modos, a efectos (no nos queda otra cosa que pensar) de decir que solo son esos los modos en que se extinguen las obligaciones.

26. Desde el punto de vista expositivo, resulta difícil diseñar una manera de exponer las causas que generan o afectan derechos reales, de manera diferenciada de las causas de las obligaciones. La razón es que muchas "causas" (como el contrato) pueden ser causas de ambos derechos. El desafío consiste, entonces, en exponerlos separadamente sin pronunciar

importante, los procesos civiles. Todo esto puede parecer trivial, pero no lo es. El pensamiento de que una “obligación nace” cuando dos personas “acuerdan” genera un mundo de implicancias. Daré dos ejemplos.

Si te ofrecí mi casa y, antes de aceptar, tomas un crédito para comprarla, no es responsabilidad mía, si antes de que aceptes mi oferta, yo te la revoco. No soy responsable porque como revocé antes de que aceptaras, la obligación nunca nació. El ejemplo es conocido.²⁷ Pongamos uno más bizarro.

Supongamos que el contrato se celebró. Vos me compraste la casa, tomaste posesión y la inscribiste en el registro. Al otro día, por desgracia, un derrumbe aledaño destruye toda la edificación. Reclamas diciendo, con total razonabilidad, que acabas de pagar un millón de dólares por la casa;

repeticiones cancinas. Supongo que esta dificultad explica lo hecho por Vélez en su Código. Por ejemplo, sobre las causas de los derechos reales trata una importante sección insertada en el libro relativo a las obligaciones (“Hechos y actos jurídicos que producen la adquisición, modificación, transferencia o extinción de los derechos y obligaciones”). Otro título pertinente es el preliminar del Libro IV (llamado “De la transmisión de los derechos en general”), libro en el que básicamente se trata sobre la sucesión *mortis causa*. El Código de Vélez sufre de no lograr un buen desarrollo de los modos de adquirir y extinguir derechos reales al punto en que los intérpretes que necesitaron respuestas para preguntas sobre adquisición y extinción de derechos reales menores han tenido que inspirarse en el tratamiento de los modos de adquirir el dominio (artículo 2524 y siguientes) y sus modos de extinción (artículo 2604 y siguientes).

27. Estas discusiones surgieron con la contratación por medio de misivas, aunque los hechos problemáticos también pueden suscitarse con ofertas entre presentes. Lo único que se necesita es que la oferta no sea formalmente aceptada antes de la revocación y que el oferido haya incurrido en gastos en vistas de la celebración del contrato. El derecho civil clásico siempre dijo: “hasta que no se acepte la oferta no hay obligación (de ningún tipo)”. ¡Punto! Véase la categórica exposición de WORMSER, “The True Conception of Unilateral Contracts”. La respuesta alemana consistió en establecer un plazo razonable de irrevocabilidad de la oferta (párr. 145). La respuesta francesa consistió en decir, ante los casos problemáticos, que había un precontrato entre oferente y oferido que consistía en no revocar la oferta principal durante un tiempo prudencial (doctrina elaborada ya por Demolombe, según desarrolla WORMS, *De la volonté unilatérale considérée comme source d'obligations en droit romain et en droit français*. Esta fue la teoría del doble contrato seguida en Inglaterra y Estados Unidos (véase MCGOVNEY, “Irrevocable Offers”, pp. 644-663). Quizás lo más importante de todo sea que estas discusiones fueron la antesala de las “reliance theories”, que tuvieron auge en todo el mundo, especialmente en el *common law*. Véase el célebre GILMORE, *The Death of Contract*, p. 95, que llegó a decir “Speaking descriptively, we might say that what is happening is that ‘contract’ is being reabsorbed into the mainstream of tort”.

que el terreno sin la edificación no tiene valor y que la única razón por la que habías adquirido la propiedad era para mudarte. Ahora no tienes más que ruinas. ¿Cuál es la respuesta adecuada? ¿Sería viable una que propusiera que el vendedor devuelva la mitad del dinero recibido al adquirente? No es una opción disparatada en términos de ética; pero en derecho civil no existe. El contrato, entre vos y yo, emanó dos obligaciones: una de entregar la cosa y otra, de pagar dinero. Esas dos obligaciones se extinguieron con sus respectivos "pagos". Se produjo una conmutación perfecta; lo que era tuyo ahora es mío y viceversa. Después de esto, mi deber para con vos respecto a esa casa es el del sujeto universal que tiene que respetar lo tuyo. Y, en cuanto a lo tuyo, *res perit domino...*

Aquí viene mi punto: un juez despreocupado de la tradición del derecho privado podría elaborar soluciones salomónicas, quizás éticamente superiores. Y si, por ejemplo, quisiera dar sustento a la idea recién mencionada de dividir el dinero, el juez podría considerar temas que hayan sucedido en el pasado entre nosotros (como que ya en otra oportunidad te había vendido otra casa que había sufrido la misma desgracia) o puntos relacionados a tu historia individual (como tener muchas deudas en el banco o que sin esa casa tus hijos no tendrían dónde vivir). Pero no consiste en eso el derecho civil. Que las relaciones jurídicas "nazcan y mueran" marca al juez el tiempo y espacio que debe considerar. Si el tema es un contrato, hay que hablar de eso. Todo lo que hubo antes y después o por fuera del negocio²⁸ es indiferente.

28. Cámara en lo Civil y Comercial Común, Sala III, "Sanz, Esteban Ricardo c/ De Zavalia, Marcela y otra". Traigo a colación un caso reciente. La defendida deduce incidente de caducidad. Primera instancia hace lugar, puesto que, los días en que la abogada de la actora no había instado el proceso superaban el plazo establecido para la perención de la instancia. La abogada de la actora apela esta decisión arguyendo que efectivamente ella no había instado el proceso durante ese periodo, pero que estaba excusada ya que durante ese tiempo había dado a luz a su hijo Gaspar. Desde una perspectiva de género, argumenta la abogada, se debería reconsiderar lo decidido en primera instancia. El tribunal hace lugar al petitorio. De nuevo, probablemente, hay serios argumentos éticos para sustentar la decisión del tribunal. Sin embargo, la decisión es cuanto menos extraña desde el punto de vista del derecho privado: un asunto de una tercera (la abogada, contratada por la actora) impacta, de manera contundente, en el asunto jurídico entre la actora y la defendida.

III. B. Identificar nuevos casos

Ahora tratemos el hecho de que los conceptos jurídicos pueden aparecer definidos en dos o más niveles de generalidad. Un ejemplo es el "usufructo"; que puede ser definido con mayor concreción (el llamado "cuasiusufructo")²⁹ o ya, en términos más generales, como "derecho real".³⁰ ¿Qué significancia tiene el hecho de que los juristas definan idénticas relaciones jurídicas en dos o más niveles de generalidad? Desarrollaré con el caso del contrato.

A mi juicio, existen cuatro típicos niveles de generalidad en el contrato. Al nivel más bajo de concreción, se encuentran los "casos de contratos". Digamos, por ejemplo, que yo, Javier, le presto a Daniela, un libro de derecho. A un paso más arriba de estos contratos están los "tipos contractuales". Leamos lo que Vélez Sarsfield dijo sobre el comodato: "*Habrá comodato [...] cuando una de las partes entregue a la otra gratuitamente alguna cosa no fungible, mueble o raíz, con facultad de usarla*".³¹

Nótese esto. "Daniela" ya no es Daniela, sino "una parte del contrato". El libro de derecho ya no es un libro de derecho, sino una "cosa" "mueble" "no fungible". Yo le entrego esta cosa a Daniela con "la facultad de usarla". Si se piensa, la tipología jurídica representa "un nivel interpretativo" muy próximo a la realidad social, pero todavía diferente a esta. Su beneficio es claro: regular muchos casos similares, amén de sus peculiaridades (si me llamo Javier o Joaquín; si es un libro de derecho o de química, etcétera). En cuanto al campo de la argumentación, hay que notar que la tipología permite al operador no tener que argumentar que estamos ante un caso de derecho. En otras palabras, al hablar de un caso cualquiera en términos

29. República Argentina, "Código Civil de la Nación", art. 2808.

30. El Código Civil y Comercial de la República Argentina dedica un artículo (el 1882) para definir al derecho real. Dice: "Concepto. El derecho real es el poder jurídico, de estructura legal, que se ejerce directamente sobre su objeto, en forma autónoma y que atribuye a su titular las facultades de persecución y preferencia, y las demás previstas en este Código". Luego de definir este concepto, el Código enumera los casos particulares de derechos reales (art. 1887), que luego desarrolla de manera pormenorizada en títulos específicos. En esta sección estoy argumentando que el hecho de definir conceptos generales de casos particulares pone de manifiesto una intención de hacer funcionar al concepto general como un elemento que permite encontrar casos particulares no enumerados. Aquí viene mi pregunta. ¿Dispuso el legislador argentino una regulación general de los derechos reales para abrir un campo de atipicidad de dichos derechos reales, en contra de la tradición del *numerus clausus*?

31. República Argentina, "Código Civil de la Nación", art. 2255.

de un caso típico, el juez no necesita argumentar que el caso debe tener X implicancia jurídica. Al decir que el caso Y es un comodato, el juez da por sentado que Y produce la obligación de entregar la cosa prestada. El esfuerzo argumentativo se dirige sólo a describir Y como un comodato. Si la descripción es buena, el razonamiento fue logrado.

Ahora hablemos del concepto de contrato. Seguiré con Vélez Sarsfield: "Hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos".³²

No estamos ni ante un caso de derecho, ni ante un típico caso de derecho, sino ante un concepto jurídico con todas las letras. "La definición de contrato"; "la teoría general del contrato".

Desde el jurista Javuleno, con su famosa sentencia, hasta el contemporáneo Brian Bix,³³ se viene criticando esta práctica de definir en el derecho. El argumento es que al definir el contrato obligamos a los jueces a incluir o excluir casos que no deberían incluir o excluir. No estoy de acuerdo con la crítica. Pienso que si el caso queda fuera de la definición es porque el caso no es contrato y, por lo tanto, no debería ser tratado como tal. Pero no es aquí donde me quiero detener.³⁴ Quiero decir que el punto de elaborar una definición general de contrato es el de permitir al operador argumentar que estamos ante "un caso de contrato" que aún no fue reconocido como tal.³⁵ En otras palabras, tomo el caso de las definiciones generales del derecho porque me parece que es con ellas cuando el razonamiento jurídico se manifiesta en su más clara expresión. Entremos, entonces, de lleno en el caso más ilustrativo del razonamiento de derecho.

III. B. 1. Los conceptos jurídicos, partidos en partes

Para hacerle fácil la vida a los operadores, los juristas implementaron una técnica de dividir las definiciones generales en partículas constitutivas.³⁶

32. República Argentina, "Código Civil de la Nación", art. 1137.

33. BIX, "The Promise and Problems of Universal, General Theories of Contract Law".

34. A los problemas que surgen cuando se utilizan categorías inadecuadas para dar soluciones a casos aledaños, los desarrollo en HABIB, *The methodology of private law*, pp.53-75.

35. LÓPEZ DE ZAVALÍA explota esta sistemática de manera brillante. Véase, por ejemplo, *Teoría de los contratos*, párr. 5.VII.1, p. 97 y párr. 2.I.2, p. 48.

36. Stein sugiere que fue el humanista Althusius quien, en su trato del negocio jurídico, comenzó a dividir conceptos en partes (STEIN, *Roman Law in European History*, p. 82). La

La tradición argentina no cuenta con un artículo tan explícito como el 1108 del Código de Napoleón. Este dice:

Cuatro son las condiciones esenciales para la validez de un contrato: 1. El consentimiento de la parte que se obliga a sí misma; 2. Su capacidad de contratar; 3. Un objeto cierto que forme el objeto del acuerdo; y 4. Una justa causa.

Según el 1108 del Código de Napoleón, son cuatro las partes constitutivas del contrato. Quiero ensayar una descripción exagerada de lo que los juristas hacen con estos elementos. Por un lado, diré, las partes constitutivas requieren que el operador las ensamble. Para figurar esta imaginación me es útil pensar en un rompecabezas. El rompecabezas, o contrato, se forma con "persona capaz", "que promete", "objeto lícito" y "justa causa". Todavía, la metáfora del rompecabezas no es completa. Lo sería, si formando el rompecabezas pudiéramos decir "¡ahí hay un contrato!". Pero eso no es posible con sólo imaginar los conceptos de "capacidad", "promesa", "objeto" y "causa". Para tener contrato atípico, hace falta establecer esos conceptos. Hace falta argumentar que, "ahí, donde se ve a Daniela", "hay una persona capaz"; "que ahí, donde Daniela dijo eso", "hubo una promesa".

Para explicar esta práctica, me es ineludible invocar la idea filosófica de la forma y la materia.³⁷ Según esta idea, un idéntico objeto (se piense en el contrato) puede ser compuesto de una gran variedad de materias. Lo que lo hace tal objeto, no es entonces la materia (porque esta es siempre diversa). Lo que lo hace tal objeto es su forma. La forma del contrato es el rompecabezas recién mencionado. Pero para generar sentido acabado, hay que, desde esa forma, identificar contratos en la realidad. Ilustraremos con un caso.

Supongamos que lo que yo hice no fue prestarle mi libro a Daniela, sino que prometí entregárselo. En lugar de dárselo, le dije "te prometo que el 24 de diciembre te prestaré mi libro". Esto no es ningún contrato típico. Se parece al comodato, en cuanto que hay algo de préstamo gratuito entre una persona y otra. Pero no es un comodato pues, en los hechos, no hay

operación parece llamarse "*determinatio ex partitio*" (VON DER PFORDTE, "About concepts in law", p 24).

37. Una discusión en AINSWORTH, "Form vs. Matter".

préstamo; hay una promesa de préstamo.³⁸ Falta lo que en la teoría del comodato se llama *datio rei*: entrega de la cosa. Entonces surge la pregunta ¿hay contrato atípico? Llegado el 24 de diciembre, ¿puede un juez decir que tengo una obligación civil (exigible) de entregar la cosa?

La pregunta crítica es si el caso presenta "justa causa". Veámos. En el Código Civil de Napoleón, justa causa es sinónimo de la idea aristotélica de igualdad en los contratos.³⁹ En un contrato obligatorio como la compraventa, la igualdad radica en que ambas partes reciben algo a cambio. En el contrato de comodato también hay igualdad pues, a pesar de que el comodante, al entregar la cosa, entra en una situación de desigualdad (pues el comodatario no da nada a cambio), esta se disuelve con el cumplimiento de la obligación que el comodatario asume cuando recibe el préstamo. En los contratos, debe haber algo que corrija la desigualdad que se manifiesta cuando alguien asume la condición de deudor; sea una cosa que recibió a cambio (*datio rei*) o una obligación recíproca. Justa causa es que haya justicia conmutativa.

En nuestro caso, no hay muestras claras de algo que mantenga la igualdad entre las partes. A simple vista, nuestro caso trata de un promitente que se obliga para con un promisario a hacer algo en el futuro. Como decía, lo que suele mantener la igualdad entre el promitente y el promisario es que el promisario entregue algo a cambio de la promesa (que es, de hecho, el caso del comodato) o que efectúe una promesa recíproca. Aquí no hay hechos que pongan en evidencia alguna de estas categorías. "A" se obliga para con "B" (a prestar su libro), pero "B" no entrega ni promete nada a cambio.

Así las cosas, existe una mirada menos ortodoxa. Autores como Gino Gorla y Melvin Eisenberg argumentan que nadie hace promesas gratis.⁴⁰ En nuestro caso, yo no estoy prometiéndote un libro porque quiero beneficiarte. Mi interés es posicionar a la otra parte en una suerte de obligación ética de tener que devolverme algo. Esta sensación de tener que devolverme algo puede derivar en un beneficio mayor que el que recibiría si, por ejemplo, me pagaran un alquiler por el libro. A lo mejor, en poco tiempo le pida a Daniela que me preste su casa de verano por un fin de semana largo.

38. No desconozco que artículos como el 1533 del Código Civil y Comercial lo cambien todo.

39. GORDLEY, "Myths of the French Civil Code".

40. EISENBERG, "Probability and Chance in Contract Law", pp. 1005-1076. GORLA, *Il contratto*, párr. 14-16, especialmente párr. 16, p. 188 y ss.

Mi promesa gratis incrementó, de manera considerable, las chances de que Daniela me preste su casa en el futuro. Es para "adquirir" esa "chance" que yo hice mi promesa aparentemente gratis.

Para autores como Eisenberg, esa posibilidad de beneficiarme en el futuro (esa chance), es ya un valor que puede ser considerado como aquello que recibo a cambio de mi obligación.⁴¹

Mi intención con este caso fue mostrar dos instancias del razonamiento jurídico. En el primer caso (que niega la obligatoriedad de la promesa), el razonamiento es similar al que acontece con los casos típicos. Se identifica una promesa pero se niega justa causa (o reciprocidad) debido a que no se logra establecer alguno de los conceptos típicos con los que se percibe justa causa: "una promesa a cambio" o "una *datio rei*". El segundo razonamiento (en el que se argumenta que sí hay justa causa), es un razonamiento de carácter más complejo. Desde una definición de la forma abstracta que se llama "justa causa", estudiaré directamente la realidad, intentado enfatizar aquellos aspectos que la hacen parecer a tipos que ya existen de la forma abstracta. Ese razonamiento es ubicuo en el derecho. Y es preciso enfatizarlo.⁴²

III. C. Validar y predecir

En la sección pasada vimos que los conceptos jurídicos están interconectados. El concepto de promesa, por así decirlo, se ensambla con el de

41. EISENBERG, "Probability and Chance in Contract Law", pp. 1005-1076; GORLA, *Il contratto*, p. 188, párr. 14-16.

42. Existen, todavía, abstracciones más generales que el contrato y sus partes constitutivas. Planiol, por ejemplo, desarrolla una "Théorie générale des actes juridiques" (PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, pp. 103-136). En Alemania e Italia surgió una noción afín, llamada "el negocio jurídico". En Argentina, a raíz de la Sección Segunda del Libro II del Código Civil de la Nación, proliferó una cultura clasificatoria respecto a los "hechos jurídicos", concepto que incluye a nociones más específicas, tales como "los actos", además de la teoría de la voluntad y sus llamados "vicios". Sobre esto, por ejemplo, véase el Tomo 1 de AGUIAR, *Hechos y actos jurídicos*. En *The methodology of private law*, ofrezco una teoría elemental del concepto que sigue de inmediato al contrato, al delito y al enriquecimiento sin causa: lo que llamamos "causa de obligación" (HABIB, *The methodology of private law*, pp. 134-168). Una estrategia distinta es la de los autores que, en lugar de desarrollar abstracciones sobre los actos que causan situaciones normativas, se centran, en cambio, en las situaciones normativas. Véase, por ejemplo, THIBAUT, *An introduction to the Study of Jurisprudence*, Parte II, Capítulo 1, que trata y clasifica "derechos" y "deberes", o ya el trabajo de HOHFELD, "Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning".

justa causa, para justificar obligaciones. Quiero invitarles a pensar que la interconexión de los conceptos jurídicos puede ser imaginada como paralela (formando un plano) y como vertical (formando niveles). El caso del contrato —entendido como “oferta”, “aceptación”, “obligación” y “justa causa”— forma una perfecta línea o plano. Pero si pensamos, este plano tiene sentido sí y solo sí implica partes (o planos) por debajo y por encima. Por debajo, el contrato implica una persona capaz con un derecho para contratar y otra persona capaz, con su respectivo derecho, dirigido a iguales fines. Por ejemplo, el comprador con su propiedad sobre el dinero; y el vendedor con su propiedad sobre la cosa. Mi argumento será que la conexidad de los conceptos jurídicos (que si se piensa, forma un entramado cuya potencialidad es la de describir nuestra situación jurídica toda)⁴³ permite efectuar dos ejercicios de razonamiento importantísimos en el derecho privado.

El primero es la validación. Cualquier jurista que piensa sobre una determinada demanda, no hace sino pensar en su presupuesto. Alguien quiere reclamar un derecho testamentario. Las preguntas que se harán no solo van al testamento (y sus requisitos de validez como plano), sino también a cuestiones subyacentes tales como ¿tenía el testador capacidad para testar?; ¿tenía el heredero o legatario capacidad para heredar?; ¿había algún impedimento? La justificación, en el derecho privado, está predeterminada. No hay que elaborar un argumento echando mano a principios y valores indeterminables, con gran aporte de creatividad. Solo corresponde identificar la pieza que va debajo del rompecabezas. Aquí juegan la memoria (que recuerda el limitado número de piezas jurídicas que se aplican en un derecho privado determinado), el conocimiento del caso y nuestra capacidad de integrar los elementos conceptuales con el fáctico para argumentar que los hechos manifiestan un caso de derecho.

Y la conexidad de las piezas del derecho privado también nos permite elaborar juicios predictivos. No quiero decir con esto que el derecho privado haya sido diseñado de manera sistemática para permitir la predicción.⁴⁴

43. Y no me cuesta imaginar la posibilidad de un informe registral que, en términos de categorías jurídicas, exponga la situación jurídica presente de cada uno de los involucrados en una determinada sociedad de derecho.

44. Si se piensa, hay mejores ejemplos de derechos predecibles. El derecho tributario, es mucho más minucioso y predecible que el derecho civil. Un código de urbanismo municipal, que describe la arquitectura, color, etcétera, de las casas, también lo es. Las normas

Pero sí, que es esta interconexión de las piezas jurídicas la que nos permite predecir. Verbigracia, si ponemos atención en alguien que ha incurrido en responsabilidad por culpa, podemos deducir con total seguridad que se trata de una persona capaz. Y si sabemos que es una persona capaz, también podemos saber que puede disponer de sus bienes. De una premisa (X es responsable por culpa) predecimos muchas otras (tales como que puede disponer de sus bienes).

IV. EL RAZONAMIENTO DEL DERECHO PRIVADO

En la sección pasada dije que el razonamiento jurídico consiste en desarrollar relaciones de forma y materia. Argumentar consiste en decir que “ahí donde se ve esa materia, está tal o cual forma”. En ese sentido, el derecho civil es formalista.⁴⁵ Las relaciones de la vida social, familiar, comercial, etc. deben —si quieren ser entendidas como relaciones de derecho civil— adecuarse a las formas del derecho civil. Esta preponderancia de la forma por sobre la materia ha dado lugar a que, desde filas críticas se simplifique y, con animadversión, caricature la operativa del juez civil. Se la llama “jurisprudencia mecánica”.⁴⁶ En esta sección quiero arrojar más luz sobre este razonamiento, a efectos de lograr una mayor

internacionales de producción de alimentos (sanidad, distribución, etcétera) son aún más precisas y, por lo tanto, predecibles. Quiero decir, si el derecho privado hubiera sido hecho para permitir su predicción (y solo para eso) no sería como lo conocemos.

45. Sobre el formalismo jurídico véase SPAIC, “Formalism” (“Formalism is a theory of legal reasoning and legal interpretation committed to the claim that judges discover and apply the law without ever creating it”) y TROP, “Why Legal Formalism is Not a Stupid Thing” (argumentando que hay un tipo de formalismo, el formalismo doctrinal, opuesto al formalismo de reglas, que es una “teoría respetable del derecho y no una caricatura jurisprudencial”, ya que presenta una visión sobre la adjudicación que evita muchos de los problemas teóricos que molestan a otras teorías de la adjudicación). Mayor abundancia sobre esta última diferenciación en PRIEL, “Two forms of formalism”. Una defensa del formalismo en COX, *An Interpretation and (Partial) Defense of Legal Formalism*. Véase también el trabajo de SCHAUER, “Formalism” y, por supuesto, la extraordinaria visión de WEINRIB, “Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law”.

46. El famoso trabajo de POUND, “Mechanical Jurisprudence”, tributario de VON IHERING, *Bromas y veras en la ciencia jurídica*. De manera interesante, NÚÑEZ LEIVA, en “El movimiento del derecho libre: una fuente de ideas que perviven hasta hoy”, compara la visión crítica de Kantorowicz con el neoconstitucionalismo actual.

clarificación acerca de lo que sucede cuando se identifican formas del derecho privado.

IV. A. Kant, sobre su condición de no ser deductivo

Voy a comenzar con un punto tomado del filósofo Immanuel Kant. Kant enseña que el razonamientos jurídico, en contra de lo que se suele decir,⁴⁷ no es un razonamiento deductivo. Desarrollo brevemente.

He aquí una deducción:

Todo X tiene la propiedad Y.
 X1 es X
 Luego X1 tiene la propiedad Y.

Este es un razonamiento deductivo. Puede ser llevado a cabo porque, en las planas de estas proposiciones de lógica formal, se da por establecido que X1 es X. Pero en el ámbito de un razonamiento práctico, como el jurídico, esa aceptación —de que X1 es X— es exactamente lo que casi siempre se debate.⁴⁸

Se piense con el siguiente modelo:

Todo [Contrato] tiene la propiedad [Hacer surgir obligación].
 X1 [la relación entre el demandante y el demandado] es [un Contrato].
 Luego,

47. SPAIC, "Formalism", p. 163. Spaic sitúa el desarrollo de esta idea ya en Beccaria y Montesquieu: "At the height of the enlightenment tradition (1764), Cesare Beccaria writes that the legal solution to the case entails that the judge engages in deductive reasoning, with the general rule as the major premise and the facts of the case as the minor premise. The result—a practical conclusion, a judgment— follows as a matter of necessity (Beccaria, 1973, p. 12). The most poignant formulation of Beccaria's account of judicial reasoning is to be found in Montesquieu's (1748) elaboration of the idea of separation of powers, according to which judges are 'only the mouth that pronounces the words of the law, inanimate beings that are not able to modify either its force or its rigor'".

48. "General logic contains, and can contain, no rules for judgment...If it is sought to give general instructions how we are to subsume under these rules, that is, to distinguish whether something does or does not come under them, that could only be by means of another rule. This in turn, for the very reason that it is a rule, again demands guidance for judgment." KANT, *Critique of Pure Reason*, citado por WEINRIB, *The idea of private law*, p. 223.

[La relación entre el demandante y el demandado] tiene la propiedad [Hacer surgir obligación].

El argumento de Kant es que la relación entre el demandante y el demandado no viene con un "rótulo" que diga "contrato". Todo lo contrario. Es exactamente en la caracterización de los hechos en donde se centrará esta disputa jurídica. Aun cuando el contrato fuera escrito y dijera "contrato", el demandado, obviamente, siempre va tender a disputar. Dirá que es "un acto inexistente"; que hubo vicio de la voluntad y que, por tanto, es nulo; lo que sea.

En mi opinión, el punto es indiscutible. Lo que los jueces hacen, aún en los casos sencillos, es mucho más complejo que subsumir, si por subsumir se entiende poner un objeto en un compartimento. El filósofo británico Paul Oakeshott argumenta que se trata de atribuir significado.⁴⁹ Cuando

49. OAKESHOTT, *On human conduct*, pp. 130-138. Vale traducir tres párrafos: "la adjudicación debe ser reconocida como un procedimiento en el que el significado de *lex* es significativamente, justificadamente, apropiadamente y duraderamente amplificado: significativamente, porque tal conclusión no es dada por la *lex*; justificadamente, porque la autoridad de la amplificación debe ser su relación con la ley; apropiadamente, porque la conclusión debe resolver una incerteza contingente específica o disputa acerca del significado de *lex*; y duraderamente, porque debe ser capaz de entrar al sistema de *lex* y pasar a estar disponible no solo para que los 'jueces' la usen al resolver incertezas futuras o disputas sino además para que los *cives* la usen para elegir qué van hacer" (133). Sobre las conclusiones de los jueces dice que "no pueden ser instancias o ejemplos o 'aplicaciones' de *lex*... Aún si estuviera codificada, *lex* no es ni un catálogo de posibles circunstancias contingentes, cada una con su condición de respuesta prescripta, en las cuales un adjudicador podrá identificar la situación con la que tiene que lidiar y desde donde 'leerá' la requerida respuesta condicional, ni es un depósito de condiciones minuciosamente distinguidas a ser suscriptas cuando elegimos acciones en las que un 'juez' descubrirá aquella que encaja exactamente con las contingencias de su situación problemática. Tales nociones son, quizás, intentos genuinos de transmitir lo más cercano a la relación entre conclusión adjudicativa y *lex*, pero se quedan desconcertadas en cuanto fallan en reconocer que la adjudicación tiene que ver con el significado de *lex* en una situación contingente, que los significados nunca pueden ser deducidos ni encontrados, sino que están siempre atribuidos o dados, y que lo que debe ser entendido aquí son las condiciones a las que la atribución debe subscribirse" (135). Y así: "Una conclusión judicial está conectada con *lex* en una relación de contingencia; es una ilustración, no una ejemplificación de *lex*. Al adjudicar, un significado está siendo atribuido a una regla de derecho en términos de los cuales se resuelve una incerteza que ha devenido en la ocasión de una disputa y las condiciones a ser satisfechas son que ese significado deba ser uno que *lex* va a tolerar y que

un juez dice que eso que se ve ahí es un contrato, lo que el juez hace es ofrecer una tesis, en términos de los cuales, eso que se ve es un contrato. Sin esa tesis, esa materia será susceptible de interpretaciones diversas. Un artista verá dos comerciantes exagerando las bondades y ocultando los defectos de sus mercaderías; y un doctorando obsesionado con la teoría de la muerte del contrato dirá que lo que sucede es la antesala de la responsabilidad por daños.

Juzgar en derecho es hablar de unos hechos en términos de una forma jurídica. Dependiendo de la dificultad del caso, ese hablar se parecerá más a una descripción o a un argumento. Si creemos que aún las descripciones de los casos fáciles⁵⁰ son disputables, entonces, sin lugar a dudas, estamos ante "meras atribuciones de sentido".

Si, por el contrario, en esos casos fáciles, lo que sucede es que entendemos de lo que se trata, entonces, si acaso estamos ante un hecho atributivo, esa atribución de sentido es como la que hicieron quienes inventaron el acto y, con ello, lo que hacemos se parece más a un descubrimiento de sentido, que a otra cosa. Este "hecho de entender la categoría en juego" —independientemente de que, de hecho, sea en la realidad de las cosas y en la mente de los participantes exactamente la misma categoría— es más o menos a lo que se alude con el término "subsunción". En rigor, subsumir, quizás sea imposible. Pero en términos, quizás pragmáticos, subsumir, es más o menos lo mismo que decir (o atribuir el sentido de) que ese hecho es un contrato. Por ello, creo que términos como la subsunción son muy ilustrativos de lo que los jueces hacen cuando identifican formas en materias. Para mí subsumen, pero

disipa la incerteza de tal manera que resuelva la disputa sin provocar inmediatamente otra incerteza. Esta conclusión no puede ser dicha correcta o incorrecta y no hay iluminación a obtener de una expresión tal como 'certeza legal'; pero sería perverso fallar en satisfacer una o ambas de estas dos condiciones" (135).

50. Spongamos se trata de un caso probado en un documento fechado que dice contrato sobre el que las partes dicen que es un contrato. Para mí es un caso fácil de contrato. En contra, parece estar Oakeshott (OAKESHOTT, *On human conduct*, p. 133), quien dice "Y lo que es importante no es la consideración obvia que en ciertos casos el significado de la *lex* en relación con la situación contingente es más fácilmente concluido que en otros, sino que en ningún caso puede ser concluida sin reflexión. No hay 'casos fáciles' en el sentido de una disputa que se soluciona sola o una que puede ser resuelta con un mero acto 'administrativo'. Esta incerteza es intrínseca a la *lex*, en tanto que son términos de interacción humana".

con la salvedad siguiente: no estamos ante una operación "mecánica", como vulgarmente se dice.⁵¹

IV. B. Introspección

Pero si los casos no vienen con rótulos, ¿cómo hace un juez para lograr la "subsunción"? Ernest Weinrib elabora una explicación sobre el juicio jurídico, que puede ser útil a estos respectos.⁵² Hay cuatro "aspectos del contexto legal del juez" que "informan el ejercicio del juicio". El primero tiene que ver con:

[...] la familiaridad del juez con las decisiones análogas que forman un repertorio de significados acumulados para el concepto en cuestión y que sirven como guías y ejemplificaciones para la decisión judicial.⁵³

Se piense en la tipificación de los conceptos jurídicos recién explicada. El derecho especifica ejemplos de los conceptos generales no solo para prefabricar las soluciones que más suelen requerirse, sino también para establecer guías de cómo funciona el concepto general. Supóngase que toca resolver un caso en el que A promete conferir el uso y goce de su cosa a cambio de la entrega en propiedad de otra cosa. Se trata de un contrato atípico, en cuanto a que no hay un tipo legal que congruentemente refiera a estos hechos. Pero no deja de ser claro que se trata de un contrato. En parte, esto se debe a que el caso se parece a un alquiler y a una permuta. ¿Cómo es que el juez "subsume" este caso en el concepto general de "contrato"? Subsume el caso en el contrato porque entiende que es similar a las aplicaciones validadas de ese concepto.

Otro aspecto del contexto legal del juez que habla sobre la práctica del juicio subsuntivo son:

[...] el entrenamiento profesional y la experiencia con la que los juristas son inducidos en una cultura de razonamiento y discusión,

51. LEITER, "Legal Formalism and Legal Realism: What is the issue?", pp. 111-112. Leiter propone que la versión simplificada del formalismo es "vulgar".

52. WEINRIB, *The idea of private law*, pp. 223-224.

53. WEINRIB, *The idea of private law*, pp. 223-224.

las cuales conciernen, entre otras cosas, a las diferencias señaladas por aparentemente pequeñas variaciones en los contornos de las situaciones de hecho.⁵⁴

Para un lego, que haya *datio rei* o no haya *datio rei* en un caso de préstamo es casi irrelevante. Para un jurista entrenado en la aplicación de conceptos, no. Aplicar conceptos jurídicos presupone un conocimiento del sistema que se aplica. Un jurista que está en condiciones de juzgar acerca de lo que un lego llama "préstamo" es alguien que conoce la división de los contratos y, por tanto, que hay contratos que no se perfeccionan con el solo consentimiento, sino que necesitan de la entrega de la cosa: los llamados "contratos reales". Esta memorización de las categorías, que debe ser parte del entrenamiento del juicio, es reforzada con la experiencia. Y es que una reflexión informada acerca de la realidad de los préstamos indica que las promesas de entregar algo gratis (así sea un préstamo) son en muchos casos lo suficientemente irreflexivas, desproporcionadas e injustificadas como para dotarlas de obligatoriedad legal. No sucede lo mismo cuando lo acontecido es que el objeto fue ya entregado y lo que se reclama no es que se cumpla una liberalidad sino que se devuelva el préstamo. Esta "aparente" diferencia señalada por el mero hecho de entregar o no entregar lo que se prometió, en el caso concreto de la experiencia jurídica en la sociedad, resulta ser muy importante.

El tercer punto tiene que ver con:

[...] los requerimientos del rol judicial (que incluyen al conocimiento de las categorías jurídicas, la consciencia de la necesidad de coherencia sistemática, y el compromiso con la integridad profesional y la independencia) que precluyen, o al menos deberían precluir, la influencia de consideraciones impropias e irrelevantes.⁵⁵

El juez, al pensar un caso de derecho, debe predisponerse a entenderlo de acuerdo a las categorías de derecho. No es su punto de vista religioso (supongamos que sea católico), ideológico (supongamos que sea marxista) o personal (supongamos que sea amigo de la demandante) lo que tiene que

54. WEINRIB, *The idea of private law*, p. 224.

55. WEINRIB, *The idea of private law*, p. 224.

determinar su juicio. Su juicio debe proceder desde el punto de vista de las categorías jurídicas (lo que no significa que las categorías no obedezcan a una ideología subyacente y no beneficien a ciertas personas y perjudiquen a ciertas otras). Esté influenciado por la ideología que fuera y perjudique o beneficie a su amiga o persona afín, el juez tiene que aplicar las categorías jurídicas. Esta capacidad de poder discriminar un punto de vista (el jurídico) y juzgar sólo desde ese punto de vista, hace que alguien sea un profesional en la metodología del juicio jurídico con total integridad. En los sistemas vigentes en nuestras sociedades, el ejercicio del juicio puede estar cohibido por influencias indebidas, sean lícitas (como el *lobby* regulado) o ilícitas. Pero los Estados de derecho garantizan la independencia del juicio jurídico a través de salvaguardias pragmáticas tales como la inamovilidad política del cargo y una generosa remuneración segura.

Finalmente, la conciencia de la importancia de la coherencia sistemática. Un juez podrá considerar que en este caso en particular hay razones como para desviarse de la regularidad del derecho privado; supóngase: validar la mera promesa de comodato. La razón apuntada será respetable. Sin embargo, más respetable es (desde el punto de vista del derecho) la conciencia de que esa decisión sienta un precedente que muestra que se puede hacer excepción para la aplicación de, primero, el contrato de comodato y, peor aún, de los contratos reales. El derecho privado es sistemático. En esa sistematicidad radica su virtud (véase 4.1). Es un requisito de la aplicación de este método saber que funciona con categorías jurídicas (no juicios particularizados).

Por último, tiene gran importancia, en la configuración del juicio jurídico:

[...] el proceso de formular públicamente los factores que se consideran significativos, de presentar y representar [...] aquellos aspectos del caso que cooperan severamente a favor de la conclusión".⁵⁶

Dijimos con anterioridad, que las categorías del derecho privado se presentan como piezas ensamblables. Dimos el ejemplo del contrato. La responsabilidad civil también se construye de esa manera. Debe haber un

56. WEINRIB, *The idea of private law*, p. 224.

“daño”, debe haber un “ilícito” (o violación de un derecho subjetivo), debe haber “un factor de atribución” (culpa, dolo o factores objetivos) y debe haber una “relación causal”. Estos son los elementos o teoría general de la responsabilidad civil. Lo mismo puede decirse del enriquecimiento sin causa e incluso de los actos de adquisición de derechos reales. Estos son los “factores significativos” o, mejor dicho, significantes del derecho privado, pues son los que otorgan sentido a la realidad que alumbran. Sin el concepto jurídico de daño, una pierna quebrada no es más que una pierna quebrada o un traumatismo (si se lo interpreta desde un punto de vista médico) o lo que fuera. El derecho privado, con sus categorías que refieren a situaciones generales de la vida en sociedad, nos permite señalar “aspectos del caso que cooperan [...] a favor de la conclusión”. Y esta cooperación es severa, a mi entendimiento, en el sentido de que todos los factores, en el caso, piden a los gritos que se concluya de una cierta manera. La pierna rota, la patada furiosa, la patada furiosa en la pierna que se rompe y la evidente intención del agente de efectuar la acción que genera el daño, cooperan para que ese *delictum* concluya en una reparación obligatoria. Hay que entender que la patada sucedió en un juego de fútbol y que sucedió luego de que el árbitro tocara el silbato para detener la jugada; en otras palabras, sucedió fuera del juego y de una manera injustificada. Si sucedía en el ámbito de una jugada lícita, los aspectos del caso habrían cooperado de una manera menos concluyente respecto a la decisión. El caso llamaría otras preguntas y, así, otras categorías de derecho.

V. EL RAZONAMIENTO CONSTITUCIONAL (SU VIRTUD ES UN PROBLEMA PARA EL DERECHO)

Frente al derecho privado y su tradicional razonamiento, aparece el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y la interpretación de autores influyentes, como Ricardo Lorenzetti y Gonzalo Sossó.⁵⁷ De acuerdo con

57. En los Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Lorenzetti afirma que con la institución del título preliminar (los tres primeros artículos del código) se produce una “apertura del sistema a soluciones más justas que derivan de la armonización de reglas, principios y valores” (III, 1). Y aclara: “No se trata de una parte general al modo en que fuera pensado en la pandectística alemana, sino del diseño de unas líneas de base enfocadas en la argumentación jurídica razonable dentro de un sistema de

esta interpretación, el nuevo ordenamiento progresa respecto al derecho privado tradicional, en cuanto permite elaborar una justicia particularizada. En otras palabras, las categorías del derecho civil permiten atender a lo que generalmente es relevante y resolver de acuerdo con lo que generalmente se piensa que debería suceder en esos casos. Pero los casos suelen escasamente ajustarse a las generalidades. Dicho de otra manera, los casos son ricos en propiedades peculiares. El nuevo Código Civil y Comercial permite que el juez, con ayuda de conceptos interpretativos de otras disciplinas más actualizadas y dinámicas (desde los derechos humanos a los estándares internacionales de producción de cosas y servicios) adecúe el derecho privado a las necesidades demandadas por el caso concreto. En palabras de estas teorías, los jueces pueden "optimizar" lo que las categorías inadecuadas del anquilosado derecho privado dicen de los casos. ¿Cómo se logra esto?

Los pasos, simplificados, son dos. El punto de partida es el mismo que el del razonamiento tradicional: el juez debe caracterizar el caso. Supongamos que el caso demanda, preliminarmente, ser tratado como un comodato. Pero el razonamiento no se detiene a evaluar la relación forma/materia. La finalidad no es argumentar que estamos (o no) ante una figura jurídica. La idea, de nuevo, es optimizar la propuesta preliminar: moldear la forma de acuerdo con las demandas de la materia. ¿Cómo hacemos esto? Para ello, el segundo paso.

El juez debe poner a gravitar una "pluralidad de fuentes" sobre el comodato. El Código Civil y Comercial es bastante generoso en este pluralismo:

- a) Tenemos las restantes disposiciones del derecho privado clásico.
- b) Las disposiciones de la Constitución Nacional,
- c) Los variados y numerosos artículos de los tratados de derechos humanos reconocidos en la Constitución.
- d) Tenemos principios.
- e) El código habla de los "valores jurídicos" que, por añadidura, deben ser cosas distintas a los principios.

derecho basado en principios y reglas" (III, 3). LORENZETTI, HIGHTON DE NOLASCO & KEMELMAJER DE CARLUCCI, *Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*. Para la posición de Sosso, véase "Título Preliminar. Artículos 1 al 18".

- f) Se entiende como parte íntegra del Código a los llamados "subsistemas", que son leyes externas al código, como el derecho del consumidor, el derecho de sociedades, la quiebra, etcétera.
- g) Y autores como Sosso van más allá en argumentar que cabe incluir como fuente de derecho al *soft law* y el *global law*.⁵⁸

El operador pone a gravitar estas fuentes por sobre el caso para determinar, si desde las posibilidades normativas permitidas por todas estas fuentes, se puede mejorar la decisión preliminarmente prescripta.⁵⁹ Supongamos que el juez no está conforme con que la promesa de comodato hecha a Daniela no sea obligatoria. Hay algo en el caso que a la luz de una fuente (supongamos) convencional merece consideración. Para el juez, no darle el libro a Daniela significa infringir su derecho humano a gozar de los beneficios del progreso científico y sus aplicaciones. El juez descubre que hay que mejorar la decisión prevista por la teoría del comodato. El juez declara la inconstitucionalidad del contrato real de comodato y hace lugar al planteo de Daniela.

Aquí se logra lo que Lorenzetti y Sosso buscan. Una justicia particularizada. Supongamos, por el hecho de argumentar, que Lorenzetti y Sosso tienen razón. Con este tipo de razonamientos se mejora la justicia. Slo en virtud de este procedimiento, Daniela tiene lo que es suyo. Yo quiero argumentar que con este tipo procedimientos, se pueden lograr grandes avances éticos. Pero, al mismo tiempo, se fractura el sistema de derecho privado y, con ello, mitigan sus virtudes. Por una cuestión de espacio, les hablaré de la virtud más importante.

V. A. La justicia formal

Chaïm Perelman concluye su recomendable trabajo sobre la justicia identificando un elemento común a todas las concepciones de justicia: a los casos iguales hay que darle tratos iguales.⁶⁰ El punto es este: la justicia

58. Sosso, "Título Preliminar. Artículos 1 al 18", p. 24 y ss.

59. Cfr: HABIB, "El análisis de proporcionalidad y el derecho privado argentino

60. PERELMAN, *Justice, law, and argument: Essays on Moral and Legal Reasoning*, p. 15: "Is it possible to define formal justice? Is there a conceptual element common to all the formulas of justice? Apparently, yes. In effect, we all agree on the fact that to be just is to treat in equal fashion".

es un ideal político. Existen varias concepciones y cada facción defenderá la suya. Para algunos, hacer lo justo es distribuir de acuerdo con el mérito. Para otros, lo justo es distribuir de acuerdo con las necesidades. Entre ellos hay discusiones inconciliables. En lo que todos ellos estarán de acuerdo es en que a los casos iguales hay que tratarlos de la misma manera. Si a X le entregaste N porque tenía la necesidad o mérito Y; a W, que tiene la misma necesidad o mérito Y, también tienes que entregarle N. Esta noción de justicia —tratar a los casos iguales de la misma manera— es común a cualquier concepción posible de justicia y, por lo tanto, es indiscutible. Perelman le llama justicia formal.

Yo quiero argumentar que, sin categorías como las del derecho civil, es imposible hacer justicia. Es imposible tratar dos casos iguales de la misma manera. ¿Por qué? Lo diré de la siguiente manera: no existen casos iguales.

Desarrollaré esto hablando un poco más del caso de Daniela y Javier. Daniela es profesora de derecho constitucional. Javier es profesor de derecho civil. Javier compró este libro en Italia. Este libro fue leído cinco veces por Javier. Esta subrayado. Daniela recibirá dinero a cambio de su clase. En particular. Cinco mil pesos la hora. Daniela tiene una hija recién nacida. Su hija es muy bonita e inteligente. Daniela está casada con Gonzalo. Javier es amigo de Gonzalo. De hecho, Javier entabló relación con Daniela por Gonzalo. Y la descripción puede seguir. ¿Es posible encontrar un caso igual a este? No, no es posible.

Lo que permite comparar el comodato de Daniela y Javier con otros comodatos, es la noción de comodato. El fenómeno Daniela y Javier es igual al fenómeno del comodato Y porque ambos fenómenos tienen: a) personas con capacidad, b) una promesa, c) un objeto lícito y posible y d) una justa causa. Es exactamente en eso, y solamente en eso, que son dos casos iguales. Si no aplicáramos las nociones de derecho civil para interpretar este caso, deberemos concluir que no tiene precedentes en la historia. Son las nociones descarnadas del derecho civil, como suelen ser llamadas, las que permiten que nos abstraigamos de las particularidades del caso que lo hacen único e irrepetible.

VI. EL DERECHO PRIVADO Y EL CAMBIO

Aquí aparece un problema del formalismo jurídico. Si para hacer justicia necesitamos aplicar siempre las mismas categorías del derecho privado,

entonces no hay posibilidad de cambio en el derecho. El derecho privado tradicional, en esta tesitura, sería siempre "dominio absoluto", "contrato paritario" y "responsabilidad por culpa". La memoria reciente de esta problemática nos lleva inevitablemente a finales del siglo XIX y principios del XX.⁶¹ El derecho privado tradicional era incapaz de dar respuestas a las transformaciones urbanas y tecnológicas; a los reclamos sociales de la fábrica, el campo y la ciudad; a los valores sociales emergentes. Surgieron diferentes tipos de respuestas: desde intervenciones puntuales en el derecho privado (como regulaciones al objeto del contrato de alquiler), a leyes que configuraron verdaderos "subsistemas" (el derecho comercial, el derecho del trabajo y el derecho del consumidor), a intentos de reformas holísticas (que tocaran al espíritu del derecho privado, como la Ley 17.711, que integró doctrinas solidaristas y comunitarias). En estos procesos, los juristas que regañaban estas embestidas a las categorías tradicionales eran tenidos como reaccionarios políticos, defensores de un liberalismo descorazonado. Se haya tratado de liberales conservadores o de "científicos" conscientes del valor de la integridad de las categorías jurídicas y su coherencia sistemática, el pensamiento tradicional nunca perdió adeptos y, al menos en Norteamérica, recobró un vigor inusitado, ya desde finales de los años 80.⁶² Hoy, por cierto, los problemas son distintos a los de inicios del XX: la interface entre la mente y la computadora; el medioambiente; el pluralismo ideológico y religioso de las ciudades cosmopolitas; la producción jurídica por entidades privadas; la fuerza normativa de los derechos humanos.

61. La conocida crítica de DUGUIT, *Les Transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon* y RENNER, *The institutions of private law and their social functions*. Más recientemente, el profesor Dagan critica la actitud de los formalistas en cuanto a que su posición teórica "may end up rendering legal academia esoteric, irrelevant and obsolete" (DAGAN, "Law as an Academic Discipline", p. 53). Troop, sin embargo, establece que, a diferencia de los iusnaturalistas, los formalistas "aceptan que las instituciones cambien, tanto en tiempo como en espacio." Y cita a Beale, Grey, Langdell y Wambaugh (TROOP, "Why Legal Formalism is Not a Stupid Thing", p. 429). Con todo, está algo así como tradicionalmente establecido que los formalistas son reacios al cambio en el derecho.

62. WEINRIB, *Corrective Justice*; BENSON, "The Unity of Contract Law"; BENSON, "Misfeasance as an Organizing Normative Idea in Private Law"; RIPSTEIN, *Force and Freedom: Kant's Legal and Political Philosophy*.

VI. A. Sobre el *indirect horizontal effect*

En la actualidad, la pregunta acerca de cómo deben influir los derechos humanos en las reglas y conceptos del derecho privado se discute en el ámbito de la temática "efectos horizontales de los derechos humanos".⁶³ El planteo es el siguiente: los derechos humanos pueden tener un efecto vertical u horizontal. El efecto vertical es el típico efecto con el que los derechos humanos aparecieron durante el siglo XX. Los derechos humanos son obligaciones que los Estados asumen ante otros Estados, en pactos internacionales. La obligación consiste en no emitir actos (leyes, actos administrativos o sentencias) que violen los derechos humanos de sus ciudadanos. Los ciudadanos, entonces, son terceros beneficiarios de estos tratados. El beneficio consiste en que tienen el poder de demandar a su Estado cuando este viole sus derechos humanos. Se dice que el efecto o beneficio es vertical en cuanto a que es uno que va del ciudadano/súbdito (que está debajo de un vértice) hacia el Estado/soberano (que está arriba del mismo vértice). Para resolver estos conflictos verticales, los tratados de derechos humanos típicamente crean o reconocen una corte internacional inmune a las influencias de los Estados.

La idea de un efecto horizontal de los derechos humanos invita a pensar que los derechos humanos son derechos de los individuos que pueden ser reclamados ante otros individuos. Se dice que el efecto es "horizontal" en el sentido de que afecta a las relaciones entre "iguales", personas situadas en el mismo plano, no por arriba. Por ejemplo, pienso que vos estás violando mi libertad de expresión (o mi derecho a trabajar o mi derecho a un ambiente sano) y te demando para que me repares el daño causado. Aquí, en principio, no habría necesidad de un tribunal especial. El derecho humano se invoca ante la justicia ordinaria civil y comercial.

Ahora bien, existen dos posturas acerca de cómo se debe aplicar este efecto horizontal. La postura más ambiciosa es la del efecto horizontal directo. Esta sostiene que los derechos humanos no necesitan de reglamentación

63. Véase el tratamiento de COLLINS, "On the (In)compatibility of Human Rights Discourse and Private Law". Ensayos sobre teoría y derecho comparado en BARKHUYSEN & LINDENBERGH, *Constitutionalisation of private law*. Sobre derecho privado europeo MICKLITZ, *The Constitutionalization of European Private Law*. Véase también la conocida discusión de KUMM, "Who is Afraid of the Total Constitution? Constitutional Rights as Principles and the Constitutionalization of Private Law".

legislativa para gozar de validez en las relaciones entre partes. Son ellos mismos aplicables. En otras palabras, la persona A no debe esperar a que el Estado legisle sobre su derecho humano Y para gozar de este en sus relaciones con B. A ya tiene un derecho humano Y ante B. En caso de que B viole el derecho Y de A, A puede demandar a B con base directa en el derecho humano Y.

La postura del efecto directo de los derechos humanos está típicamente emparentada con la teoría del razonamiento con principios (veáse 4).⁶⁴ La teoría del efecto indirecto es, a su turno, más amiga de la tradición del derecho privado. Esta entiende que los derechos humanos deben transmitir su contenido normativo a las relaciones entre privados, pero, a través de un procedimiento de integración, llevado a cabo por los poderes del Estado. Esto puede suceder a través del Poder Legislativo (por ejemplo, sancionando leyes que especifiquen suficientemente las condiciones de violación de los derechos humanos en cuestión). E incluso, si faltara esa ley reglamentaria, la postura del efecto indirecto sostiene que todavía es posible que un juez integre derechos humanos a través de las leyes que ya existen (es decir, indirectamente). El típico caso es el de las doctrinas abiertas del derecho privado: la buena fe, el orden público, el límite al dominio, la necesidad, etcétera. Todas estas doctrinas son lo suficientemente indeterminadas como para hacerlas decir lo que se considere apropiado para el derecho humano en cuestión.

A mi juicio, la tesis del efecto indirecto de los derechos humanos es bienvenida. Su versión de las doctrinas abiertas es válida siempre que pueda canalizar el cambio. Más cuando se impongan valores o prácticas que no pueden ser vehiculizadas a través de lo que ya existe, entonces lo apropiado será que el legislador establezca condiciones claras en una ley de derecho privado. Aquí quiero desarrollar un particular tipo de creación jurídica; lo que en un contexto estadual quizás pueda ser mejor llamado "recensión". Recensión de una creación a manos de juristas. Quiero desarrollar el tema del diseño de categorías. Un aspecto de la tradicional

64. Huelga decirlo, pero a mi juicio, en Argentina impera la teoría del efecto directo. Así lo establecen los arts. 1 y 2 del Código Civil y Comercial de la Nación. Además, los jueces ya están resolviendo relaciones privadas con base en derechos humanos. La consecuencia, según mi argumento, es que se posibilita una justicia particularizada. Lo bueno de esto, como sostuve en la sección 4, es que se posibilita la equidad. El riesgo, no obstante, es la indeterminación total del derecho privado.

actividad de los juristas descuidado por la literatura.⁶⁵ Quiero argumentar que el derecho privado es profuso en creaciones jurídicas. Un ejemplo de ello es la responsabilidad objetiva. Si se piensa, por un momento, reinó la conciencia de que la responsabilidad sólo debía ser por culpa. Cuando aparecieron las decisiones, teorías y leyes especiales que buscaban establecer factores objetivos, los subjetivistas se opusieron. Sin embargo, insignes juristas construyeron una categoría de responsabilidad objetiva que pudo acomodar esas necesidades de una manera orgánica al derecho. Lo mismo puede ser dicho de la persona jurídica, la culpa *in contrahendo*, el enriquecimiento sin causa, la promesa unilateral, la propiedad horizontal, la propiedad intelectual, entre otras varias figuras jurídicas que fueron apareciendo durante el siglo XX. Mi tesis es que, en ciertas ocasiones, cuando se ha probado que existe una necesidad firme y sostenida de un particular cambio o novedad en el derecho privado, los juristas pueden poner esfuerzos para darle forma.

VI. B. Un ejemplo de construcción

En esta parte voy a presentar un ejemplo de cómo elaborar construcciones jurídicas. Se trata de una reciente decisión del juez Galdós, de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul.⁶⁶ Aquí Galdós construye una categoría jurídica para una realidad desconocida por el derecho. Quizás esta realidad no sea de lo más novedosa, ni genere sensación de urgencia. Pero su complejidad requirió una ingeniería jurídica ejemplar. La decisión trata el problema de los pagarés para consumo. El hecho es que las empresas que se dedican a prestar dinero para fines de consumo suelen pedir al mutuuario que, al recibir el préstamo, entregue "un pagaré". El pagaré, en poder de la financiera, garantiza que si el préstamo no es devuelto, habrá un modo expedito de cobrarlo. El problema aparece cuando la financiera intenta ejecutar el pagaré. El art. 36 de la Ley de Defensa del Consumidor establece que toda operación de crédito para consumo debe expresar "de modo claro" información relativa al bien o servicio que se adquirirá con el préstamo, la tasa de interés efectiva anual, entre otras cosas.

65. Las menciones aparecen sólo como historias del pensamiento. Véase GARRIDO MARTÍN, *Fuentes, Método y Sistema en la Escuela Histórica del Derecho. Georg Friedrich Puchta (1798-1846)*, pp. 151-213.

66. Juzgado Civil y Comercial N° 2 de Olavarría, "HSBC Bank Argentina c/ Pardo, Cristian ...".

El problema está en que el pagaré, por definición del Decreto Ley 5965, no requiere información causal. Lo que es más, la doctrina comercial desaconseja leyendas tales como "este pagaré se emitió para garantizar el pago del mutuo X, entregado para adquirir el bien Y, a tasa de interés anual Z". Esa información desvirtúa la ejecutoriedad del título, por traer en su letra información que da lugar a planteos inadecuados para un juicio ejecutivo. Se trata de un claro caso de antinomia entre el derecho del consumidor y el derecho mercantil.

La pregunta que tienen que responder los jueces en este tipo de casos es si el título que no expresa la información del art. 36 LDC es válido. Quienes piensan como comercialistas dicen que el título —sin expresión de la causa de la deuda— es plenamente ejecutable. Por el contrario, los que piensan como consumeristas, argumentan que el título es nulo. En el fallo plenario que comento, el vocal Galdós elabora una solución que armoniza esta antinomia. El pagaré para consumo es válido, pero no como lo pretenderían los comercialistas. Para su validez, es imprescindible incorporar, al título de crédito, la información requerida por la ley del consumidor. En otro trabajo me he dedicado a analizar la justificación de la decisión de Galdós.⁶⁷ Aquí quiero centrarme en cómo Galdós construye un concepto jurídico.

Galdós nos dice en su voto que se trata de una "novedosa figura". Se llama "pagaré para consumo". En términos de su naturaleza jurídica, se trata de "un título complejo". ¿Qué quiere decir esto? Que además de su tenor, el título va acompañado de otra documental. Esta documental es la que "debe tener vinculación causal con el pagaré". Se trata de la razón por la que el pagaré fue entregado; es decir, el mutuo entre la financiera y el librador del documento. Esta documental, claro está, debe "cumplir con el estándar informativo exigido para las operaciones de financiación o crédito para el consumo" (el artículo 36 recién citado).

Galdós nos dice que existe una oportunidad procesal para presentar esta documentación. Sea al momento en que se intenta el cobro ejecutivo o cuando se responde el planteo de excepción por parte del ejecutado. "La documentación adicional debe acompañarse en primera instancia, teniendo como límite el dictado de la sentencia definitiva, oportunidad en que el juez debe analizar la habilidad del título, sin que se admita su integración

67. HABIB, "El diálogo de fuentes en la jurisprudencia", p. 3.

en la alzada”. Por cierto “la integración de la cartular debe realizarse respetando el derecho de defensa del consumidor, la bilateralidad del proceso y el principio de congruencia”.

Como se ve, el juez Galdós, construye el derecho sustantivo (este “título complejo”) y el derecho procesal de esta figura. Quiero enfatizar tres puntos.

Primero, Galdós elabora esta construcción jurídica con ayuda de artículos de leyes, sentencias y opiniones doctrinales.⁶⁸ Galdós colecciona

68. Vale la pena transcribir un párrafo elocuente: “Tal indagación exige, en primer lugar, permitir que el ejecutante agregue documentación adicional para acreditar el cumplimiento de los requisitos exigidos por el régimen protectorio (art. 36 de la Ley de Defensa del Consumidor), conformando —como anticipé— un título complejo e integrado con aptitud ejecutiva (Decreto Ley 5965/63, art. 101 siguientes y concordantes; arts. 521, 523, 542 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación; arts. 1, 2, 3, 4, 36, 37, 65 de la ley 24.240 —texto según leyes 26.361 y 26.994—; Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Azul, Sala II, ‘Bazar Avenida S.A. c/ González de Castro, Alejandra Rosana s/ cobro ejecutivo’; Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Azul, Sala II, ‘Bazar Avenida S.A. c/ Castro, Oscar Alfredo s/ cobro ejecutivo’; SCBA, ‘Neiidam, Héctor D. c/ Massaro, Beatriz M. s/ cobro ejecutivo’). Dicha integración del título se sustenta también en la obligación del proveedor de ‘aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, conforme a las características del bien o servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio’ (art. 53 de la Ley 24.240 —texto según Ley 26.361—) y en la facultad que la Ley de Defensa del Consumidor otorga al juez para integrar el contrato de consumo frente a términos abusivos y cláusulas ineficaces (art. 37 de la Ley 24.240, art. 1122, inc. c del Código Civil y Comercial de la Nación). En lo que respecta a su oportunidad procesal, la integración de la cartular debe realizarse respetando el derecho de defensa del consumidor, la bilateralidad del proceso y el principio de congruencia (art. 15 de la Constitución provincial; art. 34, inc. 5°, art. 163, inc. 6°, art. 529, art. 542 siguientes y concordantes del Código Procesal Civil y Comercial). Por ello, la documentación adicional debe acompañarse en primera instancia teniendo como límite el dictado de la sentencia definitiva, oportunidad en que el juez debe analizar la habilidad del título, sin que se admita su integración en la alzada (Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Azul, Sala II, ‘Bazar Avenida SA c/ Castro, Oscar Alfredo s/ cobro ejecutivo’; Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Azul, Sala II, ‘Bazar Avenida SA c/ Guenchillán, José Luis s/ cobro ejecutivo’; Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Azul, Sala II, ‘Caja de Crédito Cooperativa La Capital del Plata Ltda. c/ Wagner, Claudio Daniel s/ cobro ejecutivo’, entre otras). A su vez, la documentación adicional debe tener vinculación causal con el pagaré de consumo (Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Azul, Sala II, ‘HSBC Bank Argentina SA c/ Agüero, Sergio Luis s/ cobro ejecutivo’) y cumplir con el estándar informativo exigido para las operaciones de financiación o crédito para el consumo (art. 42 de la Constitución Nacional; art. 4 de la Ley 24.240 —conforme la Ley 26.361— arts. 7, 1100 y concordantes del Código Civil y Comercial de la Nación; Cá-

partes existentes en el sistema jurídico, que encajen unas con otras, para integrarlas en esta nueva figura. Esta figura parece ser coherente y, a su turno, parece tener la capacidad operativa de captar la totalidad de sus manifestaciones en la vida práctica, lo que le da legitimidad social.

De esto último trata mi segundo punto. Al momento de justificar su creación, Galdós nos habla de “la práctica frecuente en el comercio”,⁶⁹ algo así como una manifestación de la conciencia colectiva de donde, según la teoría evolutiva mencionada al principio de este trabajo, emana el derecho. Los consumidores necesitan préstamos. Las empresas están dispuestas a darlos. Lo harán, siempre y cuando se aseguren un modo ágil de cobrarlos. Excesivas cortapisas al crédito lo encarecen o lo imposibilitan. Por ello es que, de hecho, sucede que los consumidores entregan estos pagarés. Se trata de una práctica social consolidada.

Por último, imaginemos que la figura diseñada por Galdós termina por imponerse. En otras palabras, se hace derecho válido que este título

mara de Apelación en lo Civil y Comercial de Azul, Sala II, ‘Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. c/ Canale, Hugo Ernesto y otro/a s/ cobro ejecutivo’). Se admite —de modo claro e inequívoco— una solución armonizante de previsiones normativas disímiles y contrapuestas, que permite su compatibilización, sin desmedro —obviamente— de los derechos del consumidor, pero rescatando también la tutela del crédito. Se trata de una convergencia de fuentes normativas y no de exclusión *a priori* de una de ellas; se procura asegurar la tutela del consumidor sin eliminar el régimen cambiario y del juicio ejecutivo. Como se ve, a la vez que integra elementos de distintas partes del sistema, ofrece traza- bilidad, explicando y justificando su forma jurídica”.

69. Juzgado Civil y Comercial N° 2 de Olavarría, “HSBC Bank Argentina c/ Pardo, Cristian Daniel s/ cobro ejecutivo”, considerando 6. Dice Galdós: “No puede desconocerse que la instrumentación de pagarés —como forma de recuperar rápidamente un crédito— constituye una práctica frecuente en el comercio. El crédito constituye una herramienta fundamental del tráfico comercial y de acceso a un sinnúmero de bienes y servicios que de otro modo muchas personas no podrían adquirir y poner un celo excesivamente proteccionista al consumidor puede acarrear un acentuado achicamiento de la oferta y, por ende, una elevación del costo crediticio, perjudicándolo por vía indirecta” (Cfr: Quiroga, Marcelo “Los títulos de crédito frente a los derechos del consumidor y el juicio ejecutivo —a propósito de la Ley 26.361— cit. pág. 114). La desmesura en la protección podría llegar a suprimir el desenvolvimiento eficaz y eficiente del crédito impidiendo —por vía indirecta— el acceso del consumidor financiero y del crédito para el consumo al mercado de productos y servicios. Las consecuencias conexas descriptas precedentemente pueden evitarse permitiendo al proveedor integrar el título ejecutivo con documentación adicional, en el mismo juicio ejecutivo, sin desmedro de la protección del consumidor, solución que ya se va abriendo camino desde la *praxis* judicial en otros departamentos judiciales”.

complejo produzca los efectos delineados por el juez. Mi punto es que una vez que la figura jurídica gane aceptación jurídica, devendrá neutral. Esto significa que nos habremos olvidado de los considerandos que la justificaron. Nos olvidamos, en otras palabras, que, al momento de la formación de este concepto, se podría haber beneficiado más al consumidor o al empresario. La proporción fue establecida y, con ello, la figura jurídica devino natural.⁷⁰ Esta "nueva cosa" servirá para que futuros jueces la apliquen y para que los comerciantes y consumidores la utilicen como tal.

VII. CONCLUSIÓN

En este trabajo busqué combinar pensamientos que tengo formados desde hace tiempo respecto al derecho privado. No estoy seguro si deberían ser interesantes; me animé a publicarlos para dejarlos ir. Como sea, creo haberlos relacionado en cinco capítulos. En el primero, establecí que el derecho privado puede ser pensado como un producto cultural que sirve para resolver problemas entre dos partes. Dije que se pueden datar los orígenes de las primeras categorías jurídicas a la Roma antigua. Y que esas categorías han sido apropiadas y adaptadas por juristas de distintas épocas. Estos nos ofrecen construcciones jurídicas que son dignas de estudio porque manifiestan cómo articular y mantener en movimiento a este constructo normativo.

En el segundo capítulo he llamado la atención sobre ciertos aspectos llamativos de los conceptos de derecho. Una cosa curiosa, dije, es que son definidos varias veces; en distintos niveles de generalidad. Argumenté que aspectos curiosos como estos hacen al razonamiento jurídico.

En la tercera parte, seguí indagando sobre el razonamiento con categorías. Aunque no se trate de verdaderas subsunciones, funciona un poco

70. Y es que, si nos ponemos a pensar, todo el derecho privado podría ser revisado desde sus considerandos. ¿Por qué es que tenemos un sistema de propiedad privada? Y dentro de este, ¿por qué es que podemos adquirir propiedad de manera ilimitada? ¿Por qué el derecho permite que gente adquiera cosas que no va usar? ¿Por qué es que, generalmente, el dueño puede hacer lo que le plazca con su cosa? Son todas preguntas muy debatibles. Sus respuestas son las que fundamentan al derecho o las que abogan por un cambio. Pero es importante notar, los fundamentos no están dentro del derecho. El derecho son las categorías con las que razonan los juristas.

como ellas. Para un mejor entendimiento, dije que subsumir o argumentar en derecho privado es elaborar relaciones de forma/materia.

En la cuarta parte de este trabajo comparé el razonamiento clásico con el de principios para decir que el primero difiere de este último en cuanto a que su función es la de dar regularidad en la solución de los casos; el razonamiento de principios sirve para establecer decisiones disruptivas.

Al final del trabajo recordé que el derecho privado de las categorías jurídicas no tiene por qué quedarse en los artículos que ya existen. Así como constantemente se deciden nuevos casos según principios, los juristas también podrían diseñar nuevas categorías de derecho.

Quiero enfatizar que en este trabajo no estoy abogando por un ideal de derecho. Quiero decir, no escribo deseando que los académicos comiencen a desarrollar categorías jurídicas, que los legisladores las hagan leyes y los jueces se limiten a aplicar esas categorías. Tampoco me interesa instalar el mensaje de que juzgar de acuerdo con principios es hacer equidad y no justicia. Siquiera quiero decir que el razonamiento tradicional sea mejor que el de principios. No pienso esto último, en ningún sentido. En términos éticos/políticos, ninguno podría ser de mi preferencia, puesto que creo que ambos son igualmente maleables. Es decir, las ponderaciones pueden ser efectuadas para tomar decisiones liberales/conservadoras y creo que sí se podrían crear categorías de un derecho privado socialista/progresista. Tampoco creo que uno de estos tipos de razonamiento sea técnicamente superior al otro o más sofisticado. De hecho, no sé realmente cómo pensar cuál razonamiento sea mejor. Creo que cada uno de estos modelos funciona distinto y tienen sus propias virtudes.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

AGUIAR, Henoeh, *Hechos y actos jurídicos en la doctrina y en la Ley*, Tipografía Editora Argentina, 1950, Buenos Aires.

AINSWORTH, Thomas, "Form vs. Matter", en ZALTA, E. N., *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2020 URL <https://plato.stanford.edu/entries/form-matter/>

ASTUTI, Guido, "Contratto (dir. interm.)", en *Enciclopedia del Diritto*, Tomo IX, 1961, Giuffrè, Milano, pp. 764-765.

BARKHUYSEN, Tom & LINDENBERGH, Sewert, *Constitutionalisation of private law*, Nijhoff, Leiden, 2006, Boston.

- BENSON, Peter, “Misfeasance as an Organizing Normative Idea in Private Law”, en *University of Toronto Law Journal*, Vol. 60, 2010, Toronto.
- , “The Unity of Contract Law”, en BENSON, Peter, *The Theory of Contract Law: New Essays*, Cambridge University Press, 2012, Cambridge.
- BETTI, Emilio, *Teoría general de las obligaciones*, Tomo II, Revista de Derecho Privado, 1970, Madrid, traducción de DE LOS MOZOS, José Luis.
- BIX, Brian H., “The Promise and Problems of Universal, General Theories of Contract Law”, en *Ratio Juris*, Vol. 30, N° 4, 12/2017, pp. 391-402.
- Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Azul, Sala II, “Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. c/ Canale, Hugo Ernesto y otro/a s/ cobro ejecutivo”, 13/06/2016, expediente N° 60.770.
- Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Azul, Sala II, “Bazar Avenida S.A. c/ González de Castro, Alejandra Rosana s/ cobro ejecutivo”, 04/11/2014, expediente N° 58.917.
- Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Azul, Sala II, “Bazar Avenida S.A. c/ Castro, Oscar Alfredo s/ cobro ejecutivo”, 02/10/2014, expediente N° 59.057.
- Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Azul, Sala II, “Bazar Avenida S.A. c/ Guenchillán, José Luis s/ cobro ejecutivo”, 06/11/2014, expediente N° 59.058.
- Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Azul, Sala II, “Caja de Crédito Cooperativa La Capital del Plata Ltda. c/ Wagner, Claudio Daniel s/ cobro ejecutivo”, 15/12/2014, expediente N° 58.892.
- Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Azul, Sala II, “HSBC Bank Argentina S.A. c/ Agüero, Sergio Luis s/ cobro ejecutivo”, 23/05/2016, expediente N° 60.707.
- Cámara en lo Civil y Comercial Común, Sala III, “Sanz, Esteban Ricardo c/ De Zavalía, Marcela y otra”, 08/2022.
- CHEREDNYCHENKO, Olha O., “Fundamental rights and private law: A relationship of subordination or complementarity?”, en *Utrecht Law University*, Vol. 3, N° 2, 12/2007 URL <http://www.utrechtlawreview.org/>
- COLLINS, “On the (In)compatibility of Human Rights Discourse and Private Law”, en *LSE Law, Society and Economy Working Papers 7/2012*, London School of Economics and Political Science, Londres URL <https://www.lse.ac.uk/law/working-paper-series/2007-08/WPS2012-07-Collins.pdf>
- COX, Paul, “An Interpretation and (Partial) Defense of Legal Formalism”, en *Indiana Law Review*, Vol. 36, N° 1, 2003.

- DAGAN, Hanoch, "Law as an Academic Discipline", en DEDEK, Helge & VAN PRAAGH, Shauna, *Stateless Law*, Routledge, 2015, London y New York.
- DELL'AQUILA, Enrico, "La promesa unilateral como fuente general de obligaciones", en *Revista de Derecho Privado*, Tomo LXIII, 1979, Madrid.
- DUGUIT, Léon, *Les Transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, 2º ed., Alcan, 1920, París.
- EISENBERG, Melvin A., "Probability and Chance in Contract Law", en *UCLA Law Review*, Vol. 45, 1997-1998, pp. 1005-1076.
- GARRIDO MARTÍN, Joaquín, *Fuentes, Método y sistema en la Escuela Histórica del Derecho*. Georg Friedrich Puchta (1798-1846), Comares, 2019, Granada.
- GAYO, *Institutas*, Abeledo Perrot, 1997, Buenos Aires, texto traducido, notas e introducción por DI PRIETO, Alfredo.
- GILMORE, G., *The Death of Contract*, Ohio State University Press, 1974, Columbus.
- GORDLEY, James, *The philosophical origins of modern contract doctrine*, Oxford University Press, 1991, New York.
- , "Myths of the French Civil Code", en *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 42, Nº 3, 1994, pp. 459-505.
- , *Foundations of Private Law*, Oxford University Press, 2006, Oxford.
- , *The Jurists, A critical History*, Oxford UP, 2013, Oxford.
- GORLA, Gino, *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*. Vol. I, Giuffrè, 1954, Milano.
- GRAJALES, Amós A., "El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y el juez como 'la boca de los principios'. De la subsunción a la ponderación", *La Ley*, 2015, AR/DOC/4937.
- GUZMÁN, Néstor, *Discrecionalidad y justificación. Entre el juez intérprete y el juez creador en el Código Civil y Comercial*, Astrea, 2019, Buenos Aires.
- , "La sentencia razonablemente fundada en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación", *La Ley*, AR/DOC/1456/2015.
- , "El análisis de proporcionalidad y el derecho privado argentino", en *Revista Jurídica Austral*, Vol. 3, Nº 1, 2022, pp. 327-366.
- HABIB, Javier, "El diálogo de fuentes en la jurisprudencia" en *La Ley*, 31/05/2022, punto IV, p. 3.
- "El análisis de proporcionalidad y el derecho privado argentino" en *Revista Jurídica Austral*, 3(1), 2022, pp. 327-366.

- Juzgado Civil y Comercial N° 2 de Olavarría, “HSBC Bank Argentina c/ Pardo, Cristian Daniel s/ cobro ejecutivo”, 09/03/2017.
- KANT, *Critique of Pure Reason*, Cambridge University Press, 1998, Cambridge, traducción de GUYER, Paul & WOOD, W. Allen URL <https://cpb-us-w2.wpmucdn.com/u.osu.edu/dist/5/25851/files/2017/09/kant-first-critique-cambridge-1m89prv.pdf>
- KUMM, Mattias, “Who is Afraid of the Total Constitution? Constitutional Rights as Principles and the Constitutionalization of Private Law”, en *German Law Journal*, Vol. 7, N° 4, 01/04/2006, pp. 341-369.
- LA PIRA, Giorgio, “La genesi del sistema nella giurisprudenza romana: l’arte sistematica,” en *Bullettino dell’Istituto di Diritto Romano*, Vol. 42, 1934, pp. 336-355.
- , “La genesi del sistema nella giurisprudenza romana: problemi generali”, en *Studi in onore di Filippo Virgilio*, 1935, Società editrice del “Foro italiano”, Roma.
- , “La genesi del sistema nella giurisprudenza romana: il metodo,” en *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, Vol. 1, 1935.
- , “La genesi del sistema nella giurisprudenza romana: il concetto di scienza e gli strumenti della costruzione scientifica”, en *Bullettino dell’Istituto di Diritto Romano ‘Vittorio Scialoja’*, Vol. 44, pp. 1936-1937.
- LEITER, Brian, “Legal Formalism and Legal Realism: What is the issue?”, en *Legal Theory*, Vol. 16, 2010, pp. 111-133.
- LORENZETTI, Ricardo Luis, HIGHTON DE NOLASCO, Elena & KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida, *Fundamentos del anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, 2015.
- MCGOVNEY, D. O., “Irrevocable Offers”, en *Harvard Law Review*, Vol. 27, N° 7, 1914, pp. 644-663 URL <https://www.jstor.org/stable/1326457>
- MICKLITZ, Hans, *The Constitutionalization of European Private Law*, Oxford University Press, 2014, Oxford.
- MØLLER, Sofie, *Kant’s Tribunal of Reason: Legal Metaphor and Normativity in the Critique of Pure Reason*, Cambridge University Press, 2020, New York.
- NÚÑEZ LEIVA, José Ignacio, “El movimiento del derecho libre: una fuente de ideas que perviven hasta hoy”, en *Revista de Derecho*, Vol. 42, N° 145-185, 2014, Universidad del Norte, URL <http://www.scielo.org.co/pdf/dere/n42/n42a07.pdf>

- OAKESHOTT, Michael, *On human conduct*, Clarendon Press, 1975, Oxford.
- PERELMAN, Chaïm, *Justice, law, and argument: Essays on Moral and Legal Reasoning*, Reidel, 1980, Dordrecht.
- Poder Ejecutivo Nacional, Decreto Ley 5965/63, BORA 25/07/1963.
- POUND, Roscoe, "Mechanical Jurisprudence", en *Columbia Law Review*, Vol. 8, 1908, pp. 605-623.
- PRIEL, Dan, "Two forms of formalism", en GOUDKAMP, James & ROBERTSON, Andrew, *Form and Substance in the Law of Obligations*, Hart, 2019, Oxford.
- RENNER, Karl, *The institutions of private law and their social functions*, Agnes Schwarzschild, Routledge, 1949, London and Boston.
- República Argentina, "Código Civil", Ley 340, 29/09/1869.
- , Código Civil y Comercial de la Nación.
- , Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.
- , Constitución de la Nación Argentina.
- , Constitución provincial de Buenos Aires.
- , "Ley de Defensa del Consumidor", Ley 24.240, 15/10/1993.
- RIPSTEIN, Arthur, *Force and Freedom: Kant's Legal and Political Philosophy*, Harvard UP, 2009, Cambridge, Massachusetts.
- SAVIGNY, Friedrich, *De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del Derecho*, Heliasta, 1977, Buenos Aires.
- SCHAUER, Frederick, "Formalism", en *Yale Law Journal*, Vol. 97, N° 4, 03/1988, pp. 509-548.
- SCHIAVONE, Aldo, *Ius: L'invenzione del diritto in Occidente*, Einadi, 2005, Torino.
- SCHULZ, Fritz, *Classical Roman Law*, Clarendon Press, 1951, Oxford.
- SOSSO, G., "Título Preliminar Artículos 1 al 18", en LORENZETTI, Ricardo Luis, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Tomo 12, Rubinzal, 2018, Buenos Aires.
- SPAIC, Bojan, "Formalism", en MORTIMER SELLERS, Stephan Kirste, *Encyclopedia of the Philosophy of Law and Social Philosophy*, Springer, 2022.
- STARCK, Christian, "Derechos fundamentales y Derecho privado", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Vol. 66, 2002, pp. 65-89.
- STEIN, Peter, *Legal Evolution. The story of an idea*, Cambridge University Press, 1980, Cambridge.
- , *Roman Law in European History*, Cambridge University Press, 1999, Cambridge.

- STRAUMANN, Benjamin, *Roman Law in the State of Nature: The Classical Foundations of Hugo Grotius' Natural Law*, Cambridge University Press, 2015, Cambridge.
- Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, "Neiiendam, Héctor D. c/ Mas-saro, Beatriz M. s/ cobro ejecutivo", 06/11/2013, expediente N° 58.067.
- TROOP, Paul, "Why Legal Formalism Is Not a Stupid Thing", en *Ratio Juris*, Vol. 31, N° 4, 2018, pp. 428-443.
- VERBIC, FRANCISCO & SUCUNZA, Matías Alejandro, "El deber de razonable fundamentación en el Código Civil y Comercial de la Nación. Alcance, contenido e implicancias", La Ley, AR/DOC/5009/2016.
- VON DER PFORDTE, Dietmar, "About concepts in law", en HAGE, Jaap C. & VON DER PFORDTE, Dietmar, *Concepts in law*, Springer, 2009, Dordrecht and New York.
- VON IHERING, Rudolf, *Bromas y veras en la ciencia jurídica. Ridendo dicere verum*, Civitas, 1987, Madrid, traducción de BANZHAF, Tomás A.
- WEINRIB, Ernest, "Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law", en *Yale Law Journal*, Vol. 49, N° 6, 1988.
- , *The idea of Private Law*, Harvard University Press, 1995.
- , *Corrective Justice*, Oxford University Press, 2012, Oxford.
- WORMS, René, De la volonté unilatérale considérée comme source d'obligations en droit romain et en droit français, A. Giard, 1891, Paris.
- WORMSER, Maurice, "The True Conception of Unilateral Contracts", en *The Yale Law Journal*, Vol. 26, N° 2, 1916.
- ZIMMERMANN, Reinhart, "Savigny's legacy: legal history, comparative law, and the emergence of a European legal science", en *Law Quarterly Review*, Vol. 112, 1996.
- , *The Law of Obligations*, Oxford University Press, 1996, Oxford.
- , *Roman Law, Contemporary Law, European Law: The Civilian Tradition Today*, Oxford University Press, 2001, Oxford.

**CONCURSO DE ENSAYOS SOBRE DERECHOS
HUMANOS: “NUEVOS DESARROLLOS Y
JURISPRUDENCIA RECIENTE DEL SISTEMA
INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS DE LA
CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS”**



EL RÉGIMEN DE EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS ANTE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: AVANCES, PERSPECTIVAS Y DESAFÍOS*

PEDRO DACUNDA**

Resumen: La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha abordado la responsabilidad del Estado por las violaciones a los derechos humanos cometidas por empresas mediante la utilización de los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos (PRNU). Sin embargo, en los casos que ha tratado, la Corte IDH no ha ordenado medidas de reparación específicas en la materia, siendo que su dictado es de gran relevancia para prevenir futuras violaciones a los derechos humanos. Así, en el presente trabajo se estudian las medidas de reparación pasibles de ser ordenadas en futuros casos con el objetivo de regular la conducta empresarial responsable; ello, teniendo en cuenta la manera en que se podrían fortalecer cada uno de los tres pilares de los principios rectores. La conclusión a la que se arriba es que la Corte IDH podría utilizar no solo los PRNU sino también los demás instrumentos internacionales que coexisten de forma armónica con ellos, tanto para lograr una mayor amplitud en el examen de los casos como así para disponer medidas de reparación concretas.

Palabras clave: corte interamericana de derechos humanos — empresas y derechos humanos — principios rectores de naciones unidas — medidas de reparación.

* Recepción del original: 15/2/2023. Aceptación 17/5/2023.

** Abogado, egresado de la Universidad Nacional del Litoral. Maestrando en Derecho (LL.M), con orientación en Arbitraje, Contratos y Litigios Internacionales, en la Universidad Austral. Becario de investigación en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral en el marco del Proyecto de Investigación CAI+D "Dimensión jurídica de la conducta empresarial responsable y su vinculación con los derechos humanos". Las opiniones vertidas en este trabajo son estrictamente personales. Quiero agradecer a Pilar Gómez Iriondo por su lectura atenta y los comentarios realizados a una versión preliminar de este ensayo.

Abstract: The Inter-American Court of Human Rights has addressed the responsibility of the State for human rights violations committed by companies through the use of the United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights. However, the Inter-American Court has not ordered specific reparation measures on the matter, despite the great relevance it has to prevent future human rights violations. In the present work, we study the reparation measures that the Court could order in future cases to achieve responsible business conduct. For such purposes, we systematize the analysis taking into account the way each of the three Pillars of the Guiding Principles could be strengthened. In addition, we argue that the Inter-American Court could use the international instruments that coexist harmoniously with the Guiding Principles to achieve a greater scope in the examination of the cases and to order concrete reparation measures.

Keywords: inter-american court of human rights — business and human rights — united nations guiding principles — reparation measures.

I. INTRODUCCIÓN

El sistema interamericano de protección de los derechos humanos se encuentra diseñado sobre la base de que los únicos actores que pueden ser condenados por violaciones a los derechos humanos son los Estados.¹ Ello, por cuanto la regulación internacional en la materia fue diseñada en un contexto histórico en donde las violaciones a los derechos humanos eran cometidas por agentes estatales.²

Sin embargo, el rol central que el Estado tenía en múltiples áreas se ha ido erosionando,³ generando el desarrollo de doctrinas que sostienen que los agentes estatales no son los únicos que pueden realizar actos que conllevan violaciones a los derechos humanos.⁴ De este modo, “hoy no se duda de que los derechos humanos conciernen a los actores no estatales y, en particular, a las empresas”.⁵

1. ANICAMA, “Las responsabilidades del Estado para regular...”.

2. CERQUEIRA, “La atribución de responsabilidad extraterritorial por...”.

3. FERNÁNDEZ ARROYO, “Denationalising private international law-a law...”.

4. FERRER MAC-GREGOR & PELATO MÖLLER, “La obligación de ‘respetar’ y ‘garantizar’...”; MEDINA ARDILA, “La responsabilidad internacional del Estado por...”.

5. REQUEJO ISIDRO, “La responsabilidad de las empresas por...”, p. 12. Aunque cierto también es que “con algunas pocas excepciones, el derecho internacional actual raramente

En este contexto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (de aquí en más “Corte IDH” o “el tribunal”) ha construido su propia teoría sobre la vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares en el ámbito latinoamericano.⁶ Esta no implica que se pueda condenar a agentes no estatales por las violaciones cometidas a los derechos humanos, pero sí que el Estado puede ser condenado por incumplir su deber de prevenir, investigar y sancionar violaciones a derechos humanos, así como por no haber provisto los mecanismos de reparación correspondientes.⁷ En este sentido, se ha señalado que

“...el Sistema Interamericano reconoce la existencia de instancias en donde ciertos actos u omisiones llevadas a cabo por actores privados pueden tratarse directamente como actos del Estado y equivalen a una violación del deber del Estado de proteger a las personas de los abusos a los derechos humanos y de proveer a las víctimas de una reparación efectiva”.⁸

De esta manera, el Estado también puede ser “considerado responsable por los actos de personas o entidades privadas cuando les hayan delegado ciertas tareas o cuando (...) este [tenga] obligaciones de ‘diligencia debida’ con respecto a ese actor”.⁹

Desde el año 2015, la Corte IDH ha emitido diferentes pronunciamientos que han abordado la responsabilidad de los Estados por las violaciones a los derechos humanos cometidas por empresas, y que tienen importantes implicancias en el área de empresas y derechos humanos. Así, a partir de los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos (en adelante, “PRNU”), el tribunal ha analizado la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos y el deber del Estado tanto de proteger a las personas contra las violaciones cometidas a los derechos humanos por parte de las corporaciones como

regula explícitamente obligaciones directas para las corporaciones” (CHETAIL, “The Legal Personality of Multinational Corporations...”, p. 120).

6. MIJANGOS Y GONZÁLEZ, “The doctrine of the Drittwirkung der...”.

7. CERQUEIRA, “La atribución de responsabilidad extraterritorial por...”.

8. GONZA, “Integrating Business and Human Rights in...”, p. 358.

9. CHETAIL, “The Legal Personality of Multinational Corporations...”, p. 121.

también de garantizar la existencia de mecanismos de reparación eficaces para las víctimas.

Teniendo esto en cuenta, el presente trabajo pretende estudiar la tendencia jurisprudencial de la Corte IDH en la utilización de los PRNU como pauta para la interpretación de las obligaciones estatales en materia de empresas y derechos humanos, y las posibilidades de profundización que el tribunal puede tener en la materia, centrandó la mirada en los mecanismos de reparación.

Para ello, en primer lugar, se realizará una breve reseña del marco conceptual que ordena el ámbito de empresas y derechos humanos, con referencias a los distintos instrumentos que componen este ecosistema (II). Luego, se analizarán las cinco sentencias y la opinión consultiva en donde la Corte IDH ha citado los PRNU, con la intención de poner de relieve la evolución que el tribunal ha desarrollado en la materia (III). Con posterioridad, se examinarán los caminos que el tribunal podría trazar en un futuro en relación con el dictado de medidas de reparación específicas (IV). Finalmente, se presentarán algunas conclusiones (V).

II. MARCO CONCEPTUAL DE EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS

Las empresas son el motor de la economía, contribuyen al crecimiento económico y social a través de la creación de empleo, el desarrollo de habilidades y tecnología, y la provisión de bienes y servicios. Empero, sus actividades pueden, al mismo tiempo, producir impactos adversos en las personas, el ambiente y la sociedad. Es a estas posibles afectaciones que la agenda de Empresas y Derechos Humanos (EDH) —compuesta por un conjunto de herramientas y dispositivos que asisten a la implementación de procesos de debida diligencia en derechos humanos para lograr una Conducta Empresarial Responsable (de aquí en más, "CER") — busca dar respuesta.

Los PRNU sobre las Empresas y los Derechos Humanos —aprobados unánimemente por el Consejo de Derecho Humanos de las Naciones Unidas en junio de 2011—¹⁰ representan un hito fundamental en la evolución de los criterios normativos sobre la responsabilidad de los actores corporativos.

10. OHCHR, "Principios rectores sobre las empresas y...".

Más aún, ocupan un lugar clave ya que se orientan a ordenar las relaciones de la actividad empresarial y su impacto sobre los derechos humanos, enfocándose "en la necesidad de prevenir y abordar la participación de las empresas en impactos adversos a los derechos humanos".¹¹

Los PRNU

"...se basan en tres pilares: el deber del Estado de proteger contra violaciones de derechos humanos, incluyendo aquellos cometidos por empresas; la responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos reconocidos a nivel internacional, a través de la adopción de medidas como debida diligencia en materia de derechos humanos y evaluaciones de impacto a través de sus operaciones; y finalmente, en la necesidad de que exista un mayor acceso a recursos jurídicos y no jurídicos que permitan remediar adecuadamente y de forma integral los daños sufridos por las víctimas de tales violaciones".¹²

La singular importancia de los tres pilares radica en que cada uno de ellos

"...es un componente esencial de un sistema interrelacionado y dinámico, compuesto por medidas preventivas y reparadoras: el deber del Estado de proteger porque se encuentra en el centro mismo del régimen internacional de derechos humanos; la responsabilidad empresarial de respetar porque es la expectativa básica que la sociedad tiene de las empresas en relación con los derechos humanos; y el acceso a los mecanismos de reparación porque incluso los mejores esfuerzos no pueden prevenir todos los daños".¹³

La contribución normativa de los PRNU no radica en la creación de nuevas obligaciones de derecho internacional, sino en explicitar las implicancias que las normas y prácticas existentes tienen para las empresas

11. RUGGIE & SHERMAN III, "The Concept of 'Due Diligence' in...", p. 923.

12. CANTÚ RIVERA, "La OCDE y los Derechos Humanos:...", p. 120.

13. RUGGIE, *Just Business. Multinational Corporations and Human Rights*, p. 120.

y los Estados, integrándolas dentro de un documento único, coherente y completo.¹⁴

Al mismo tiempo, en el ámbito global han surgido otras iniciativas que coexisten con los PRNU. Los dos documentos más relevantes son la Declaración Tripartita de la Organización Internacional del Trabajo sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social (Declaración de la OIT)¹⁵, y las Líneas Directrices para Empresas Multinacionales (LDEM)¹⁶ de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE),¹⁷ los que en conjunto con los PRNU "delinean una suerte de columna vertebral en la materia [debido a que se encuentran alineados y] referenciados explícitamente entre sí, pero con diferentes estrategias y objetivos específicos".¹⁸

En ese marco, el proceso de debida diligencia,¹⁹ es el mecanismo previsto por los instrumentos internacionales a los fines de que las empresas atiendan su responsabilidad de respetar los derechos humanos, siendo el elemento central del Pilar II de los PRNU. Se trata de un proceso continuo y constante, que pretende identificar, prevenir y abordar los impactos negativos reales o potenciales riesgos relacionados con la actividad económica de una empresa.²⁰

Aquí, la Guía de la OCDE de Debida Diligencia para una CER,²¹ es un documento de gran importancia para la implementación del mecanismo, al contener un abordaje descriptivo y por etapas del proceso. Esta Guía se organiza en torno a los instrumentos internacionales adoptados en la materia,

14. RUGGIE, *Just Business. Multinational Corporations and Human Rights*.

15. OIT, "Declaración tripartita de principios sobre las...".

16. OCDE, "Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales".

17. Para un análisis de la evolución del instrumento véase LETNAT ČERNIČ, "Corporate Responsibility...".

18. WEGHER OSCI, "La experiencia del Punto Nacional de (...)", p. 71.

19. El uso del término "debida diligencia" aparece como una "táctica deliberada, ya que es un término familiar para los empresarios, los defensores de los derechos humanos y los Estados, aunque con diferentes interpretaciones para cada uno" (MCCORQUODALE & NOLAN, "The Effectiveness of...", p. 459).

20. Entre ellos, se destacan las vulneraciones y afectaciones a los derechos humanos, incluidos los derechos de las y los trabajadores y las relaciones laborales, el cohecho y la corrupción, la divulgación de información, los intereses de los consumidores, los desarrollos científicos y tecnológicos, la sostenibilidad de las prácticas comerciales y la protección del ambiente (véase OCDE, "Guía de la OCDE de Debida...").

21. OCDE, "Guía de la OCDE de Debida Diligencia para una Conducta Empresarial Responsable".

proporcionando “claridad para las empresas, el gobierno y otras partes interesadas, y un punto de referencia común para los esfuerzos por promover la práctica”.²² Además, “fue desarrollada para brindar un soporte práctico a las empresas (...) en lenguaje sencillo (...) proporcionando una descripción paso por paso del proceso de debida diligencia”.²³ Tal es así, que el Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas (en adelante, “Grupo de Trabajo”) la ha tomado como una importante referencia,²⁴ siendo a su vez “reconocida (...) como el instrumento que refleja las expectativas de los PRNU”.²⁵

De esta forma, el marco EDH no se limita a los PRNU, sino que se extiende y desarrolla a través de otros instrumentos internacionales, nutriéndose recíprocamente y permitiendo lograr medidas de reparación completas y efectivas.

III. EL MARCO DE EDH ANTE LA CORTE IDH: EL CAMINO RECORRIDO

La Corte IDH ha citado los PRNU, en referencia con el marco EDH, en un total de seis oportunidades. Concretamente, lo ha hecho en una opinión consultiva²⁶ y cinco sentencias donde resolvió el fondo del caso. Cuatro de ellas son en el voto de la mayoría,²⁷ y, la otra, en un voto concurrente.²⁸

Los temas que el tribunal ha tratado son diversos, abarcando el derecho al uso y ocupación ancestral de pueblos indígenas y tribales de sus tierras, la necesidad de un proceso de consulta previo y la realización de un estudio de impacto ambiental y social de manera independiente —todo ello en relación a la concesión otorgada por el Estado para la realización de actividades extractivas—;²⁹ las obligaciones estatales vinculadas al

22. SHAVIN, “Unlocking the Potential of the New...”, p. 141.

23. SHAVIN, “Unlocking the Potential of the New...”, pp. 140-142.

24. AGNU, “La debida diligencia de las empresas...”.

25. ZARAMA & WEGHER OSCI, “Responsabilidad de las empresas para implementar...”, p. 9.

26. Corte IDH, “Opinión Consultiva OC-23/17”.

27. Corte IDH, “Caso pueblos Kaliña y Lokono...”; “Caso empleados de la fábrica de...”. Voto de la mayoría y voto del juez Ferrer Mac-Gregor Poiso; “Caso de los buzos Miskitos...”; “Caso Vera...”.

28. Corte IDH, “Caso Spoltore vs. Argentina”, voto del juez Pazmiño Freire.

29. Corte IDH, “Caso pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam”.

medioambiente;³⁰ la denegación de justicia y demora excesiva de un proceso judicial incoado contra una empresa privada;³¹ las violaciones a los derechos humanos producidas por la explosión ocurrida en una fábrica de fuegos artificiales de propiedad privada;³² los derechos a la salud, la seguridad y las condiciones de trabajo de buzos Miskitos;³³ y el deber del Estado de asegurar el derecho a la salud de una niña con una enfermedad crónica.³⁴

La jurisprudencia del tribunal ha evolucionado con el devenir de sus pronunciamientos, desarrollando cuál es el alcance que se le puede otorgar al marco EDH y, particularmente, a los PRNU. A su vez, ha avanzado respecto a la relación de este instrumento con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Protocolo de San Salvador, profundizando su estudio en la materia.

En sus primeros pronunciamientos, la Corte IDH, simplemente tomaba nota de la existencia de los PRNU a los efectos de reforzar la idea de que "los Estados tienen la responsabilidad de proteger los derechos humanos de las personas contra las violaciones cometidas en su territorio y/o su jurisdicción por terceros, incluidas las empresas".³⁵ Ello era una clara referencia al Pilar I de los PRNU. A la par, enmarcándose en el Pilar II —aunque sin hacer alusión a la debida diligencia—, indicaba que las empresas deben respetar los derechos humanos de personas pertenecientes a grupos o poblaciones específicas; prestar especial atención cuando se vulneren sus derechos;³⁶ y prevenir, mitigar y hacerse responsables por las consecuencias negativas de sus actividades sobre los derechos humanos.³⁷

Posteriormente, la Corte IDH retomó el Pilar II para explorar la idea de que todas las empresas, independientemente de su tamaño, tienen la obligación de respetar los derechos humanos³⁸ (PRNU 14), y que todas ellas "deben ejercer la debida diligencia en materia de derechos humanos".³⁹ A tal efecto, deben tomar medidas que mitiguen y hagan frente a cualquiera de las consecuencias que estén directamente relacionadas con sus

30. Corte IDH, "Opinión Consultiva OC-23/17".

31. Corte IDH, "Caso Spoltore vs. Argentina".

32. Corte IDH, "Caso empleados de la fábrica de...".

33. Corte IDH, "Caso de los buzos Miskitos (Lemoth Morris y otros) vs. Honduras".

34. Corte IDH, "Caso Vera Rojas y otros vs. Chile".

35. Corte IDH, "Caso pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam", párr. 224.

36. Corte IDH, "Caso pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam", párr. 225.

37. Corte IDH, "Opinión Consultiva OC-23/17", párr. 155.

38. Corte IDH, "Caso empleados de la...", párr. 167 y nota 248; "Caso de los buzos..." párr. 48.

39. Corte IDH, "Caso empleados de la fábrica...", nota 248.

operaciones, en particular contribuyendo a su reparación.⁴⁰ Ello reforzó la idea de que las empresas son las primeras encargadas de tener un comportamiento responsable, debiendo adoptar medidas preventivas para la protección de los derechos humanos.⁴¹

Mientras que, en sus pronunciamientos más recientes y en línea con lo previsto en el Pilar II de los PRNU, el tribunal ha indicado cuál es el mecanismo que las corporaciones deberían utilizar a los fines de respetar los derechos humanos: un proceso de debida diligencia basado en el riesgo a los derechos humanos.

Además, no ha desatendido la obligación del Estado de proteger los derechos humanos.⁴² Por el contrario, ha tratado esta cuestión desde el deber de prevenir las violaciones a derechos humanos producidas por empresas privadas,⁴³ entendiendo que el Estado es responsable por la actuación de particulares cuando no tomó las medidas necesarias —o no hizo efectivas las medidas adoptadas— para garantizar los derechos humanos.⁴⁴ Atento a ello, son los Estados quienes deben adoptar medidas integrales —legislativas y de otro carácter— para cumplir con el deber de prevención;⁴⁵ y, en especial, deben contar con un marco jurídico de protección, con políticas de prevención, y fortalecer las instituciones para que puedan proporcionar una respuesta efectiva.⁴⁶ De este modo, es deber de los Estados adoptar medidas destinadas a que las empresas cuenten con políticas apropiadas para la protección de los derechos humanos y que permitan a la empresa reparar las violaciones a derechos humanos que ocurran con motivo de las actividades que realicen.^{47 48}

40. Corte IDH, “Caso empleados de la fábrica...”, nota 248.

41. Corte IDH, “Caso de los buzos Miskitos...”, párr. 51; y “Caso Vera Rojas...”, párr. 88.

42. Corte IDH, “Caso empleados de la fábrica...”, voto del juez Ferrer Mac-Gregor Poiso, párr. 11.

43. Corte IDH, “Caso Vera Rojas y otros vs. Chile”, párr. 85.

44. Corte IDH, “Caso empleados de la fábrica...”, voto del juez Ferrer Mac-Gregor Poiso, párr. 12.

45. Corte IDH, “Caso empleados de la fábrica de...”, voto del juez Ferrer Mac-Gregor Poiso, párr. 17; “Caso de los buzos Miskitos...”, párr. 48; “Caso Vera Rojas y otros vs. Chile”, párr. 85.

46. Corte IDH, “Caso empleados de la fábrica...”, voto del juez Ferrer Mac-Gregor Poiso, párr. 17.

47. Corte IDH, “Caso de los buzos Miskitos...” párr. 49; “Caso Vera Rojas y otros vs. Chile”, párr. 86.

48 En estos puntos el tribunal observa que los PRNU encuentran un encuadre armónico en cuanto a las obligaciones que los Estados deben observar desde los artículos 1.1 y 2 del Pacto de San José de Costa Rica. Véase Corte IDH, “Caso empleados de la fábrica...”, párr. 10; “Caso Vera Rojas...”, párr. 85.

El tribunal también se ha referido al Pilar III de los PRNU, para aludir al deber estatal de garantizar la existencia de mecanismos judiciales o extrajudiciales que resulten eficaces para remediar las violaciones a los derechos humanos; eliminar las barreras legales y administrativas existentes;⁴⁹ y señalar que, cuando las personas humanas deben demandar a una empresa para que sus derechos sean garantizados, los Estados deben asegurar que el procesamiento de la demanda cumpla con las garantías judiciales y sea acorde al derecho a la protección judicial.⁵⁰

IV. PERSPECTIVA FUTURA Y POSIBILIDADES DE CONTRIBUCIÓN AL MARCO EDH

Sobre la base de lo expuesto hasta aquí, queda evidenciado que "... la Corte IDH parece estar dispuesta a usar los principios de EDH en su razonamiento",⁵¹ y es de gran relevancia para la región al ser uno de los tribunales de protección de los derechos humanos que ha sido explícito en este sentido,⁵² y dado que las decisiones antes reseñadas ponen al tribunal interamericano a la vanguardia en la materia. Sin embargo, los PRNU han sido tenidos en cuenta para fundamentar las decisiones adoptadas pero el tribunal "no utiliza este marco para ordenar medidas de reparación concretas sobre el deber del Estado de regular la conducta empresarial frente a los derechos humanos".⁵³ En ese sentido, cabe destacar que el dictado de medidas de reparación específicas en materia de EDH es de gran relevancia, dado que si realmente se pretende lograr que los Estados prevengan "futuras violaciones por parte de la actividad empresarial, unas órdenes de reparación específicas ayudarían".⁵⁴

A continuación, se considerarán y analizarán las posibles medidas que la Corte IDH podría ordenar como garantías de no repetición, centrándonos particularmente en aquellas que implican una adecuación de la legislación

49. Corte IDH, "Caso de los buzos Miskitos...", párr. 50, "Caso Vera Rojas y otros vs. Chile", párr. 87, "Caso Spoltore...", voto del juez Pazmiño Freire, párr. 3 y 5.

50. Corte IDH, "Caso Spoltore vs. Argentina", voto del juez Pazmiño Freire, párr. 2.

51. HERENCIA-CARRASCO & GILLESPIE, "El régimen de empresas y derechos...".

52. DEBEVOISE & PLIMPTON, UN Guiding Principles on Business and...

53. HERENCIA-CARRASCO & GILLESPIE, "El régimen de empresas y derechos...".

54. HERENCIA-CARRASCO & GILLESPIE, "El régimen de empresas y derechos...".

interna del Estado.⁵⁵ Todas ellas responden al grado de implementación que cada Estado tenga en cuestiones de empresas y derechos humanos, y a cada uno de los pilares de los PRNU.

IV.A. Fortalecer el Pilar I: Planes de acción nacional

En primer lugar, para aquellos Estados que carezcan de políticas públicas destinadas a proteger los derechos humanos de las violaciones cometidas por empresas, un prometedor punto de partida sería la elaboración de un Plan de Acción Nacional en Empresas y Derechos Humanos (en adelante, “PAN”) como medida de reparación. El PAN es entendido como una “estrategia de política desarrollada por un Estado para proteger contra los impactos negativos a los derechos humanos cometidos por parte de las empresas de conformidad con los [PRNU]”,⁵⁶ y aparece como “el ‘recomendado’ primer paso que los Estados deben tomar para implementar los PRNU”.⁵⁷

La elaboración y adopción de un PAN por parte de los Estados nacionales tiene la capacidad de ampliar exponencialmente el catálogo de experiencias y buenas prácticas de las empresas, a la vez que sirve para acercar las herramientas disponibles para la introducción de procedimientos de debida diligencia. El Grupo de Trabajo ha señalado que

“...el propósito fundamental de un plan de acción nacional es prevenir las violaciones de los derechos humanos por las empresas y reforzar la protección contra ellas mediante un proceso inclusivo en el cual se determinen las necesidades y las deficiencias, junto con las medidas prácticas y viables, y los objetivos”.⁵⁸

A los fines de disponer esta medida de reparación, la Corte IDH debería evaluar el grado de implementación del marco de empresas y derechos humanos por parte del Estado condenado, y ordenar la elaboración de un PAN

55. Para un análisis de las medidas de reparación que pueden dictarse véase ROUSSET SIRI, *Breves...*

56. METHVEN O'BRIEN & FERGUSON & McVEY, “National Action Plans on...”, p. 72.

57. CANTÚ RIVERA, “National Action Plans on Business and...”, p. 216.

58. AGNU, “Planes de Acción Nacional sobre empresas y los derechos humanos”, párr. 2.

cuando observa la existencia de "zonas grises por medio de las cuales las empresas puedan tener un impacto negativo en los derechos humanos",⁵⁹ ya que "la lógica detrás de los PAN gira en torno a las medidas y proyectos que los Estados deben desarrollar para llenar los vacíos normativos".⁶⁰ Su ejecución debe estar "basado en el estudio de una línea nacional de base integral, esto es, un análisis de la situación normativa e institucional actual del país",⁶¹ y debe seguir las recomendaciones efectuadas por el Grupo de Trabajo.⁶²

El PAN tiene por finalidad ayudar a la implementación de los estándares en materia EDH

...produciendo una mejor alineación "vertical" de las leyes, políticas e instituciones nacionales con los compromisos internacionales, fortaleciendo el Estado de derecho y, en última instancia, logrando una mayor efectividad de los derechos humanos (...) el proceso del PAN debería promover la participación intergubernamental necesaria para asegurar la coherencia política "horizontal".⁶³

Ello, por cuanto los "PAN pueden facilitar la implementación de los PRNU al traducirlos en compromisos más precisos",⁶⁴ teniendo esta medida una gran aptitud para impulsar el desarrollo de políticas públicas en la materia en los países de la región.⁶⁵

Con el desarrollo del PAN se fortalece el Pilar I de los PRNU, ya que su objetivo principal

"...debe ser que el Estado cumpla con su propia debida diligencia, a través de la difusión del conocimiento de las obligaciones

59. CANTÚ RIVERA, "National Action Plans on Business and...", p. 218.

60. CANTÚ RIVERA, "National Action Plans on Business and...", p. 218.

61. DE FELICE & GRAF, "The Potential of National Action Plans...", p. 7.

62. Explicitadas en AGNU, "Planes de Acción Nacional sobre empresas y los derechos humanos".

63. Methven O'Brien & Mehra & Blackwell & Poulsen-Hansen, "National...", p. 121.

64. DE FELICE & GRAF, "The Potential of National Action Plans...", p. 5.

65. En este sentido, no es menor señalar que, de los veinte Estados que han reconocido la competencia contenciosa de la Corte, solo tres han publicado su PAN (Chile, Colombia y Perú) y cinco se encuentran en proceso de desarrollarlo (Argentina, Brasil, Ecuador, Honduras y México). Véase <https://globalnaps.org/>.

internacionales en la materia entre los diferentes niveles, departamentos, agencias y ministerios, para tener una coordinación y coherencia administrativa, protección y cumplimiento de los derechos humanos”.⁶⁶

Asimismo, dado que este primer Pilar “refiere no solo a la actividad legislativa, sino también a otras actividades administrativas y regulatorias”,⁶⁷ el desarrollo de este tipo de políticas públicas cobra relevancia cuando las violaciones a los derechos humanos reconocen determinadas causas, entre ellas, la concesión otorgada por el Estado a una empresa privada para su explotación;⁶⁸ el defectuoso cumplimiento del deber de supervisión y fiscalización de actividades riesgosas;⁶⁹ o la exclusión del tratamientos de enfermedades crónicas del catálogo de prestaciones de salud que deben brindar las empresas privadas.⁷⁰ Asimismo, dentro del PAN pueden prevverse instancias de capacitación específica para funcionarios públicos —tales como los miembros de los órganos judiciales— con la finalidad de promover el desarrollo de la agenda EDH. De esta manera, los

“...PAN pueden ser importantes herramientas para mejorar la protección y el respeto a los derechos humanos por partes de los Estados —y, como consecuencia, por las empresas— y especialmente para alinear las actividades estatales para promover la conducta empresarial responsable”.⁷¹

A propósito, la Corte IDH puede disponer la especial colaboración en la elaboración del PAN de las víctimas del caso que se resuelve, ya que existe una “necesidad de mantener un enfoque multiactor”⁷² para asegurar que todas las partes que tienen un interés o puedan verse afectadas tengan una participación activa. Más aún, para aquellos Estados que tengan

66. CANTÚ RIVERA, “National Action Plans on Business and...”, p. 214.

67. CANTÚ RIVERA, “National Action Plans on Business and...”, p. 222.

68. Corte IDH, “Caso pueblos Kaliña y Lokono...”.

69. Corte IDH, “Caso de los buzos Miskitos...”.

70. Corte IDH, “Caso Vera Rojas...”.

71. CANTÚ RIVERA, “National Action Plans on Business and...”, p. 223.

72. CANTÚ RIVERA, “National Action Plans on Business and...”, p. 234.

elaborado o estén en proceso de elaboración de su PAN puede disponerse la inclusión o profundización de aquellas cuestiones que la Corte IDH observa que han fallado en los casos concretos.

IV.B. Fortalecer el Pilar II: Leyes de debida diligencia

Otra medida posible consiste en imponer a los Estados la obligación del dictado de leyes que regulen el deber de las empresas de adoptar procesos de debida diligencia. De igual forma, la adecuación de la legislación interna mediante el dictado de estas normas no sería una cuestión novedosa, puesto que diferentes países han dictado leyes en ese sentido, distinguiéndose "entre leyes que se enfocan solo en un tema o sector y aquellas que adoptan un enfoque más holístico".⁷³ Así, valga como ilustración,

"...la Ley de Esclavitud Moderna del Reino Unido refiere exclusivamente a esclavitud moderna. La Ley holandesa de diligencia debida en materia de trabajo infantil se refiere únicamente al trabajo infantil. Del mismo modo, la directiva sobre minerales en conflicto de la Unión Europea se refiere únicamente a los minerales".⁷⁴

En cambio, la Ley de Transparencia de Noruega,⁷⁵ la Ley alemana de debida diligencia en las cadenas de suministro⁷⁶ y la Ley de Vigilancia francesa⁷⁷ imponen deberes más generales, que incluyen los derechos humanos, el trabajo decente, la protección del ambiente y el cambio climático.⁷⁸ Esto refuerza la importancia del dictado de leyes que no solo tengan

73. BERNAZ, "Debida diligencia obligatoria en derechos humanos...", p. 4.

74. BERNAZ, "Debida diligencia obligatoria en derechos humanos...", p. 4.

75. Reino de Noruega, "Lovvedtak 176".

76. República Federal de Alemania, "Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz". Véase KRAJEWSKI & TONSTAD & WOHLTMANN, "Mandatory Human Rights Due...".

77. República Francesa, "Loi 399/2017". Véase SAVOUREY & BRABANT, "The French Law on the...".

78. Es interesante destacar que en la legislación de Noruega la noción de derechos humanos es tomada de los PRNU y las LDEM, mientras que la implementación del proceso de debida diligencia "sigue los seis pasos de la Guía de la OCDE sobre debida diligencia para una conducta empresarial responsable" (KRAJEWSKI & TONSTAD & WOHLTMANN, "Mandatory Human Rights Due...", p. 554).

en cuenta los PRNU, sino que también amplíen la mirada al resto de los instrumentos que componen el sistema EDH.

Con relación a ello, también es importante tener presente que se han desarrollado diferentes iniciativas que buscan acercar el proceso de debida diligencia a las distintas realidades empresariales. De hecho, encontramos guías de debida diligencia sectoriales que analizan la implementación del proceso en el sector de la agroindustria,⁷⁹ la minería,⁸⁰ el sector textil y de calzado,⁸¹ el extractivo⁸² y con relación a los inversionistas;⁸³ a la par que se han brindados elementos para aplicar los PRNU al sector tecnológico.⁸⁴ Incluso, se ha desarrollado la idea de la debida diligencia ambiental⁸⁵ y la debida diligencia climática.⁸⁶ Además, existen iniciativas que brindan pautas para el estudio de las actividades empresariales atendiendo a la dimensión laboral de la CER,⁸⁷ con perspectiva de género,⁸⁸ enfocándose en los grupos LGBTQ,⁸⁹ pueblos originarios,⁹⁰ la infancia y niñez,⁹¹ y personas afectadas por conflictos.⁹² Finalmente, encontramos documentos que analizan las posibilidades de implementación del proceso teniendo en cuenta el tamaño de las empresas.⁹³ Pues bien, la proliferación de estos documentos demuestra que el proceso puede adaptarse a los diferentes modelos,

79. OCDE & FAO, "Guía OCDE-FAO para las cadenas de suministro responsable en el sector agrícola".

80. OCDE, "Marco de Monitoreo y Evaluación. Guía...".

81. OCDE, "Guía de la OCDE de debida para cadenas de suministro responsables en el sector textil...".

82. OCDE, "Guía de la OCDE de diligencia...".

83. OCDE, "Los inversionistas institucionales y la conducta empresarial responsable".

84. ACNUDH, "Proyecto B-Tech".

85. SYDOW & ÁNGEL & AQUINO y otros/as, *Responsabilidad ambiental...*; KREBS, *Environmental Due Diligence in EU Law...*; DACUNDA, "Consideraciones para la implementación de la...".

86. MACCHI, "The Climate Change Dimension of Business...".

87. OIT, "La dimensión laboral de la CER: una guía para empleadores".

88. OHCHR, "Dimensiones de género de los Principios...".

89. OHCHR, "Hacer frente a la discriminación contra...".

90. AGNU, "Impactos relacionados con las empresas sobre los derechos de los pueblos indígenas".

91. UNICEF, "Sector privado y derechos de las...".

92. AGNU, "Empresas, derechos humanos y regiones afectadas...".

93. Véase, en particular, INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, "Guía sobre Debida Diligencia en..." y Cámara de COMERCIO DE BOGOTÁ, "Pymes y Derechos Humanos. Guía...".

tamaños y estructuras empresariales, brindando herramientas útiles y específicas para que las corporaciones puedan llevar adelante acciones positivas para el respeto a los derechos humanos.

Imponer a los Estados la obligación del dictado de leyes de debida diligencia sirve para fortalecer el Pilar II de los PRNU. Para ello, la mejor estrategia es la adopción de leyes sectoriales,⁹⁴ con la participación de las víctimas.⁹⁵ Así, la Corte IDH podría exigir nuevas obligaciones a los Estados para que estos regulen aquellas actividades que han producido violaciones a los derechos humanos, previendo la participación de las personas afectadas. A tales fines, la incorporación de los diferentes instrumentos internacionales para el estudio del caso le permitirá al tribunal concretar las medidas de reparación, teniendo en cuenta las características de la empresa involucrada y, en consecuencia, logrando una respuesta integral al conflicto.

IV.C. Fortalecer el Pilar III: Puntos nacionales de contacto

Si bien “la prevención es el objetivo principal de la debida diligencia”,⁹⁶ sucede que “aún con las mejores políticas y prácticas, una empresa puede provocar o contribuir a provocar consecuencias negativas sobre los derechos humanos”.⁹⁷ Cuando esto ocurre, una de las obligaciones básicas de las corporaciones consiste en proveer la reparación de los efectos negativos —o contribuir a ello— “mediante procesos legítimos, que pueden consistir en mecanismos judiciales y extrajudiciales del Estado, así como mecanismos de reclamación no estatales”.⁹⁸ En ese caso,

“...el “abanico de reparaciones” reconocido por los PRNU proporciona una amplia gama de vías que pueden responder mejor a la complejidad de las estructuras comerciales, los abusos de los derechos humanos y los derechos de los afectados por las actividades de las empresas”.⁹⁹

94. CHOUDHURY, “Balancing soft and hard law for business and human rights”.

95. MCCORQUODALE & NOLAN, “The Effectiveness of Human Rights Due...”.

96. OCDE, “Guía de la OCDE de Debida Diligencia para una Conducta Empresarial Responsable”, p. 80.

97. OHCHR, “Principios rectores sobre las empresas y...” , p. 28.

98. AGNU, “La debida diligencia de las empresas...” , párr. 12.

99. WEGHER OSCI, “A remediation system is only as...”.

Estas, a su vez, tienden a fortalecer el Pilar III de los PRNU. A tales efectos,

“...los PAN también pueden ser efectivos para el adecuado desarrollo e implementación de los remedios extrajudiciales (...) Así, como resultado de los componentes de sensibilización y coherencia política horizontal del PAN, las diferentes unidades administrativas del Poder Ejecutivo deben estar mejor preparadas para hacer cumplir sus correspondientes obligaciones internacionales de derechos humanos, y brindar un acceso adecuado a remedios administrativos o no judiciales para las víctimas de abusos de derechos humanos relacionados con empresas, [a la vez que] los PAN pueden ser instrumentos ideales para fortalecer la capacidad de las instituciones (...) en relación con el desequilibrio (económico) que suele existir entre las partes”.¹⁰⁰

Otra posibilidad que tiene el tribunal, con relación a aquellos Estados que sean miembros de la OCDE¹⁰¹ o hayan firmado las LDEM,¹⁰² es el fortalecimiento de su mecanismo de reparación propio, a saber, el de los Puntos Nacionales de Contacto (PNC), que se haya destinado a promover y revisar el cumplimiento de las directrices.

Las LDEM cumplen un rol instrumental dentro del marco EDH, y su mecanismo de implementación —los PNC— tienen un gran potencial para resolver cuestiones relativas al impacto de las actividades empresariales en los derechos humanos.¹⁰³ Por consiguiente

“...la función de los PNC consiste esencialmente en favorecer la eficacia de las LDEM. Para ello, operan desdoblado su actividad en torno a dos funciones: por un lado, trabajando sobre la promoción y difusión de los instrumentos de la OCDE referidos a la conducta empresarial responsable; y por otro, su actuación como agentes de negociación en tanto foro de mediación para los casos en que se denuncie el incumplimiento de las líneas directrices”.¹⁰⁴

100. CANTÚ RIVERA, “National Action Plans on Business and...”, pp. 224/225.

101. Chile, Colombia, Costa Rica y México.

102. Argentina, Brasil, Perú y Uruguay.

103. CANTÚ RIVERA, “La OCDE y los derechos humanos:...”, p. 119.

104. PÉREZ & CUFRE & WEGHER OSCÍ, “Estrategias para el fortalecimiento de la ...” p. 3.

De este modo, la implementación y difusión de las LDEM

“...es respaldada por la creación de un Punto Nacional de Contacto (PNC) como foro para impulsar la aplicación de las directrices, al mismo tiempo que se ofrece como plataforma para la solución amistosa de las controversias entre empresas multinacionales y la sociedad en relación con el cumplimiento de las LDEM”.¹⁰⁵

Los casos que se presentan ante el PNC son denominados “instancias específicas” y se encuentran regidas por la guía de procedimiento adjunta a las LDEM. Así pues, “un individuo, una organización o la comunidad interesada en la temática puede reportar problemas en la implementación de las [LDEM]”.¹⁰⁶ Cuando ello sucede, el PNC “sigue un proceso de tres pasos: evaluación inicial, buenos oficios y conclusión (...) actuando como un foro de discusión destinado a resolver los problemas que surgen”.¹⁰⁷

Los PNC aparecen como “una de las vías para asegurar el acceso a la justicia, como fuera concebido por los PRNU (...) como un mecanismo de reparación no judicial”,¹⁰⁸ a la vez que “proporciona[n] un foro práctico para fomentar el diálogo, la resolución de problemas y la adjudicación de disputas sobre cuestiones relacionadas con las [LDEM]”.¹⁰⁹ Ello ha quedado demostrado con uno de los últimos reportes efectuados por la organización, que recoge diversos casos emblemáticos que han sido abordados por los distintos PNC y sus soluciones,¹¹⁰ lo que “ilustra la amplia variedad y complejidad de hechos y contextos manejados por los PNC”.¹¹¹

En definitiva, la Corte IDH podría ordenar —dentro de las posibilidades que brindan los documentos de la OCDE— medidas para mejorar el PNC,¹¹² como mecanismo de solución de controversias no judicial. Sin embargo, no desconocemos que

105. WEGHER OSCI, “Sugerencias para la adecuación del Punto...” p. 582.

106. BHATT & ERDEM TÜRKELLİ, “OECD National Contact Points as Sites...” p. 426.

107. BHATT & ERDEM TÜRKELLİ, “OECD National Contact Points as Sites...” p. 426.

108. WEGHER OSCI, “A remediation system is only as...”.

109. BHATT & ERDEM TÜRKELLİ, “OECD National Contact Points as Sites...” p. 426.

110. OCDE, “Puntos nacionales de contacto para la...”.

111. BHATT & ERDEM TÜRKELLİ, “OECD National Contact Points as Sites...” p. 424.

112. Para un estudio de este punto en relación al PNC argentino véase WEGHER OSCI, “Sugerencias...”.

“... al tener un carácter voluntario, las Directrices para Empresas Multinacionales son incapaces de asegurar que tales recomendaciones van a ser efectivamente puestas en práctica por las empresas, o bien, que los resultados y llamados que hagan los [PNC] a empresas para participar en las instancias específicas por supuestas violaciones a las Directrices tengan algún tipo de efecto”.¹¹³

Sin embargo, entendemos que una solución para este aspecto podría ser la imposición de sanciones para aquellas empresas que no cumplan los llamados a actuar frente al PNC o no lo hagan de buena fe. Al respecto, a quienes se rehúsen a colaborar con las instancias o ignoren las recomendaciones hechas por el PNC, les pueden ser aplicadas consecuencias económicas lo suficientemente significativas, de forma tal que deje de considerar como una ventaja empresarial la ausencia de colaboración con los mecanismos de reparación.

V. CONCLUSIÓN

En suma, la Corte IDH ha dado grandes pasos en la integración de los instrumentos interamericanos de protección de los derechos humanos con el marco de empresas y derechos humanos. Empero, al centrar el enfoque de los casos que involucran afectaciones cometidas por empresas exclusivamente en los PRNU, el tribunal ha dejado pasar la oportunidad de robustecer el marco de análisis con el que efectuó su estudio.

Tener presente los demás instrumentos internacionales que coexisten de forma armónica con los Principios Rectores es de gran utilidad no solo para lograr una mayor amplitud en el examen de los casos sino, también, para el dictado de medidas de reparación específicas. Estas resultan de gran importancia si se pretende modificar el accionar futuro de los Estados y las empresas.

En este sentido, la principal carencia que ha tenido el tribunal interamericano en las decisiones que ha adoptado es la ausencia de medidas de reparación concretas en materia EDH. Sin perjuicio de ello, la Corte IDH tendrá la posibilidad de ampliar el marco de protección en casos futuros

113. CANTÚ RIVERA, “La OCDE y los derechos humanos:...”, p. 139.

que se le presenten. Cuando ello suceda, las medidas de reparación deberían encontrarse alineadas con el marco conceptual de empresas y derechos humanos. Con tales objetivos, en este trabajo se han descrito diferentes caminos que la Corte IDH podría seguir en sus futuras decisiones, haciendo referencia a cada uno de los pilares de los PRNU en particular.

Respecto al Pilar I —deber del Estado de proteger—, se ha propuesto el desarrollo de un PAN sobre empresas y derechos humanos para aquellos Estados que carezcan de uno. Ello potenciará el desarrollo de políticas públicas, acciones administrativas y medidas legislativas para la protección de los derechos humanos producto de las actividades empresariales. Por otro lado, en aquellos casos en que el Estado ya cuente con un PAN o aquel esté en proceso de elaboración, el tribunal podrá disponer que se incorporen acciones concretas en donde se observen deficiencias de regulación. En cualquier caso, será necesario que en su elaboración se involucre a todas las partes que tengan interés o puedan verse afectadas y, en especial, a las víctimas del caso que resuelve.

Con relación al Pilar II —responsabilidad de las empresas de respetar—, la Corte IDH podrá imponer el dictado de leyes de debida diligencia sectoriales que tengan en cuenta las características propias de la industria, sus operaciones, su contexto operacional y el tamaño de la empresa que se trate, dándole intervención en su elaboración a aquellas personas afectadas por las actividades empresariales.

Finalmente, con referencia al Pilar III —acceso a mecanismos de reparación—, hemos presentado el mecanismo de reparación no judicial propio de las LDEM, el PNC. Este podrá ser fortalecido mediante el fomento de su utilización, alentando la presentación de instancias específicas y previendo sanciones pecuniarias para las empresas que no participen cuando sean convocadas o lo hagan de mala fe.

Con todo ello, y si bien no se descarta la existencia de otras herramientas que podrían ser planteadas, consideramos que las medidas de reparación aquí propuestas son armónicas con el marco de protección que prevén los diferentes instrumentos internacionales que conforman el ecosistema EDH y servirán para impulsar la agenda en nuestra región.

BIBLIOGRAFÍA

ANICAMA, Cecilia, "Las responsabilidades del Estado para regular y judicializar las actividades empresariales en el marco del Sistema

Interamericano de Derechos Humanos. Informe sobre la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en *Derecho PUCP*, N° 63, 2009, pp. 283-332.

Asamblea General de las Naciones Unidas, A/69/263, Planes de Acción Nacional sobre empresas y los derechos humanos, 05/08/2014, URL <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N14/495/71/PDF/N1449571.pdf?OpenElement> consultado 12/02/2023.

—, A/68/279, Impactos relacionados con las empresas sobre los derechos de los pueblos indígenas, 07/08/2013, URL <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N13/420/93/PDF/N1342093.pdf?OpenElement> consultado 12/02/2023.

—, A/73/163, La debida diligencia de las empresas en materia de derechos humanos – prácticas emergentes, desafíos y perspectivas futuras, 16/07/2018, URL <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N18/224/90/PDF/N1822490.pdf?OpenElement> consultado 12/02/2023.

—, A/75/212, Empresas, derechos humanos y regiones afectadas por conflictos: hacia el aumento de las medidas, 21/07/2020, URL <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N20/190/24/PDF/N2019024.pdf?OpenElement> consultado 12/02/2023.

BERNAZ, Nadia, “Debida diligencia obligatoria en derechos humanos y ambiente. Tendencias y lecciones desde Europa”, en *Thomson Reuters*, N° 61, Tomo B, 2022.

BHATT, Kinnari & ERDEM TÜRKELLİ, Gamze, “OECD National Contact Points as Sites of Effective Remedy: New Expressions of the Role and Rule of Law within Market Globalization?”, en *Business and Human Rights Journal*, Vol. 6, 2021, Cambridge University Press.

Bundestag de la República Federal de Alemania, “Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz”, Gaceta de Leyes Federales Año 2021, Parte I, N° 46, 16/07/2021, URL https://wirtschaft-entwicklung.de/fileadmin/user_upload/5_Wirtschaft_und_Menschenrechte/Downloads/Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz.pdf consultado 12/02/2023.

Cámara de Comercio de Bogotá, “Pymes y Derechos Humanos. Guía práctica de debida diligencia en derechos humanos para Pymes”, 2022, Bogotá, Colombia, URL <http://hdl.handle.net/11520/27842> consultado 12/02/2023.

CANTÚ RIVERA, Humberto, “La OCDE y los derechos humanos: el caso de las Directrices para Empresas Multinacionales y los Puntos de Contacto

- Nacional", en *La responsabilidad de las empresas en materia de derechos humanos*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2018, México.
- "National Action Plans on Business and Human Rights: Progress or Mirage?", en *Business and Human Rights Journal*, Vol. 4, 2019, Cambridge University Press.
- CERQUEIRA, Daniel, "La atribución de responsabilidad extraterritorial por actos de particulares en el sistema interamericano: contribuciones al debate sobre empresas y derechos humanos", en *Revista de la Fundación para el Debido Proceso*, N° 20, año 8, 2015.
- CHETAIL, Vincent, "The Legal Personality of Multinational Corporations, State Responsibility and Due Diligence: The Way Forward", en ALLAND, Denis & CHETAIL, Vincent & DE FROUVILLE, Oliver & otro, *Unity and Diversity of International Law. Essays in Honour of Prof. Pierre-Marie Dupuy*, Martinus Nijhoff Publishers, 2014.
- CHOUDHURY, Barnali, "Balancing soft and hard law for business and human rights", en *International & Comparative Law Quarterly*, Vol. 67, Nro.4.
- Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, A/HRC/41/43, Dimensiones de género de los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos, 23/05/2019, URL <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G19/146/11/PDF/G1914611.pdf?OpenElement> consultado 12/02/2023.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, "*Caso de los Buzos Miskitos (Lemoth Morris y otros) vs. Honduras*", 31/08/2021, URL https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_432_esp.pdf consultado 12/02/2023.
- , "*Caso Empleados de la Fábrica de Fuegos en Santo Antônio de Jesús y sus familiares vs. Brasil. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*", 15/07/2020, URL https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_407_esp.pdf consultado 12/02/2023.
- , "*Caso pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam. (Fondo, Reparaciones y Costas)*", 25/11/2015, URL https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_309_esp.pdf consultado 12/02/2023.
- , "*Caso Spoltore vs. Argentina. (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)*", 09/06/2020, URL https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_404_esp.pdf consultado 12/02/2023.
- , "*Caso Vera Rojas y otros vs. Chile. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*", 01/10/2021, URL https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_439_esp.pdf consultado 12/02/2023.

—, “*Opinión Consultiva OC-23/17. Solicitada por la República de Colombia. Medio ambiente y Derechos Humanos*”, 15/11/2017, URL https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf consultado 12/02/2023.

DACUNDA, Pedro, “Consideraciones para la implementación de la debida diligencia ambiental en empresas del sector agrícola en el marco del ordenamiento jurídico argentino”, en *Revista de Derecho Ambiental*, N° 70, Abeledo Perrot, 2022.

DE FELICE, Damiano & GRAF, Andreas, “The Potential of National Action Plans to Implement Human Rights Norms: An Early Assessment with Respect to the UN Guiding Principles on Business and Human Rights”, en *Journal of Human Rights Practice*, Vol. 7, N° 1, 2015, Oxford University Press.

DEBEVOISE & PLIMPTON, *UN Guiding Principles on Business and Human Rights at 10. The -Impact of the UNGPs on Courts and Judicial Mechanisms*, 2021.

FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P., “Denationalising private international law – a law with multiple adjudicators and enforcers”, en *Yearbook of Private International Law*, Vol. 20, 2018/2019.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo & PELAYO MÖLLER, Carlos María, “La obligación de ‘respetar’ y ‘garantizar’ los derechos humanos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Análisis del artículo 1° del pacto de San José como fuente convencional del derecho procesal constitucional mexicano”, en *Estudios Constitucionales*, Año 10, N° 2, 2012.

Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, “Sector privado y derechos de las niñas, niños y adolescentes. Estudio cuantitativo sobre prácticas y políticas de las empresas en el país”, Buenos Aires, 2019, URL <https://www.unicef.org/argentina/informes/linea-de-base-2019>, consultado 12/02/2023.

GONZA, Alejandra, “Integrating Business and Human Rights in the Inter-American Human Rights System”, en *Business and Human Rights Journal*, Vol. 1, 2016, Cambridge University Press.

Agenda Estado de Derecho “El régimen de empresas y derechos humanos en la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Análisis del 2021 y perspectivas para el 2022”, HERENCIA-CARRASCO, Salvador & GILLESPIE, Kelsea, 28 de enero de 2022, <https://agendaestadodederecho.com/el-regimen-de-empresas-y-derechos-humanos-en-la-corte-interamericana-de-derechos-humanos/>

- Instituto Interamericano de Derechos Humanos, "Guía sobre Debida Diligencia en Derechos Humanos para Pequeñas y Medianas Empresas", 2022, Costa Rica, URL. <https://agendaestadodederecho.com/el-regimen-de-empresas-y-derechos-/humanos-en-la-corte-interamericana-de-derechos-humanos/>, consultado el 17/09/2023
- KRAJEWSKI, Markus & TONSTAD, Kristel & WOHLTMANN, Franziska, "Mandatory Human Rights Due Diligence in Germany and Norway: Stepping, or Striding, in the Same Direction?", en *Business and Human Rights Journal*, Vol. 6, 2021, Cambridge University Press.
- KREBS, David, *Environmental Due Diligence in EU Law Considerations for Designing EU (Secondary) Legislation*, German Environment Agency, 2021, Berlin.
- LETNAT ČERNIČ, Jernej, "Corporate Responsibility for Human Rights: A Critical Analysis of the OECD Guidelines for Multinational enterprises", en *Hanse Law Review*, Vol. 3, N° 1, 2008.
- MACCHI, Chiara, "The Climate Change Dimension of Business and Human Rights: The Gradual Consolidation of a Concept of 'Climate Due Diligence'", en *Business and Human Rights Journal*, Vol. 6, 2021, Cambridge University Press, pp. 93-119.
- MCCORQUODALE, Robert & NOLAN, Justine, "The Effectiveness of Human Rights Due Diligence for Preventing Business Human Rights Abuses", en *Netherlands International Law Review*, N° 68, 2021.
- MEDINA ARDILA, Felipe, "La responsabilidad internacional del Estado por actos de particulares: análisis jurisprudencial interamericano", en *Debate Interamericano*, 2009.
- METHVEN O'BRIEN, Claire & FERGUSON, John & MCVVEY, Marisa, "National Action Plans on Business and Human Rights: an Experimentalist Governance Analysis", en *Human Rights Review*, Vol. 23, 2022.
- METHVEN O'BRIEN, Claire & MEHRA, Amol & BLACKWELL, Sara & POULSEN-HANSEN, Cathrine Bloch, "National Action Plans: Current Status and Future Prospects for a New Business and Human Rights Governance Tool", en *Business and Human Rights Journal*, Vol. 1, 2015, Cambridge University Press.
- MIJANGOS Y GONZÁLEZ, Javier, "The doctrine of the *Drittwirkung* der Grundrechte in the case law of the Inter-American Court of Human Rights", en *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, N° 3, 2008.
- Oficina del Alto Comisionado de la Organización de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, HR/PUB/11/04, Principios rectores sobre

- las empresas y los derechos humanos. Puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para ‘proteger, remediar y respetar’, 2011, Nueva York y Ginebra, URL https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_sp.pdf consultado 12/02/2023.
- , Proyecto B-Tech, 2019, URL <https://www.ohchr.org/es/business/b-tech-project> consultado 12/02/2023.
- , “Hacer frente a la discriminación contra las personas lesbianas, gais, bisexuales, trans e intersexuales. Normas de conducta para las empresas”, 2017, Nueva York, URL <https://www.unfe.org/wp-content/uploads/2018/04/Principios-mundiales-para-las-empresas.pdf> consultado 12/02/2023.
- Organización Internacional del Trabajo, Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social, 5ta edición, 2017, Ginebra, URL https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_emp/@emp_ent/documents/publication/wcms_124924.pdf consultado 12/02/2023.
- , La dimensión laboral de la CER: una guía para empleadores, 2021, URL https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-li-ma/documents/publication/wcms_766919.pdf consultado 12/02/2023.
- OCDE/FAO (2017), “*Guía OCDE-FAO para las cadenas de suministro responsable en el sector agrícola*, Éditions OCDE”, París, 2017, DOI <http://dx.doi.org/10.1787/9789264261358-es> consultado 12/02/2023.
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, “Guía de la OCDE de Debida Diligencia para una Conducta Empresarial Responsable”, 2018, URL <https://mneguidelines.oecd.org/Guia-de-la-OCDE-de-debida-diligencia-para-una-conducta-empresarial-responsable.pdf> consultado 12/02/2023.
- , “Guía de la OCDE de debida diligencia para cadenas de suministro responsables en el sector textil y del calzado”, OECD Publishing, 2021, París, DOI <https://doi.org/10.1787/59ec2bd3-es> consultado 12/02/2023.
- , “Guía de la OCDE de diligencia debida para la participación significativa de las partes interesadas del sector extractivo”, Éditions OCDE, 2018, París, DOI <http://dx.doi.org/10.1787/9789264264267-es> consultado 12/02/2023.
- , “Los inversionistas institucionales y la conducta empresarial responsable”, 2017, URL <https://mneguidelines.oecd.org/los-inversionistas-institucionales-y-la-conducta-empresarial-responsable.pdf> consultado 12/02/2023.

- , "Marco de Monitoreo y Evaluación. Guía de debida diligencia de la OCDE para cadenas de suministro responsables de minerales en áreas de conflicto o de alto riesgo", 2021, URL <https://mneguidelines.oecd.org/marco-de-monitoreo-y-evaluacion-guia-de-debida-diligencia-de-la-ocde-para-cadenas-de-suministro-responsables-de-minerales-en-areas-de-conflicto-o-de-alto-riesgo.pdf> consultado 12/02/2023.
- , "Puntos Nacionales de Contacto para la Conducta Empresarial Responsable. Proporcionando acceso a la reparación 20 años y el camino por recorrer", URL <http://mneguidelines.oecd.org/proporcionando-acceso-a-la-reparacion-20-anos-y-el-camino-por-recorrer.pdf> consultado 12/02/2023.
- , Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, Revisión 2011, OECD Publishing, 2013, DOI <http://dx.doi.org/10.1787/9789264202436-es> consultado 12/02/2023.
- PÉREZ, Agustina, CUFRÉ, Denisse Y. & WEGHER OSCI, Florencia S., "Estrategias para el fortalecimiento de la agenda de género, empresas y derechos humanos", en *La Ley*, Número 95, Tomo C, 2021, Thomson Reuters.
- República Francesa, "Loi 399", Relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, 27/03/2017, URL <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000034290626/> consultado 12/02/2023.
- REQUEJO ISIDRO, Marta, "La responsabilidad de las empresas por violación de derechos humanos. Deficiencias del marco legal", en *Scientia Iuris*, Vol. 1, N° 17, 2011.
- ROUSSET SIRI, Andrés, *Breves notas sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo, 2021.
- RUGGIE, John Gerard, *Just Business. Multinational Corporations and Human Rights*, Norton, 2013, Nueva York.
- RUGGIE, John Gerard & SHERMAN III, John F., "The Concept of 'Due Diligence' in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights: A Reply to Jonathan Bonnitcha and Robert McCorquodale", en *The European Journal of International Law*, Vol. 28, N° 3, 2017, Oxford University Press.
- SAVOUREY, Elsa & BRABANT, Stéphane, "The French Law on the Duty of Vigilance: Theoretical and Practical Challenges Since its Adoption", en *Business and Human Rights Journal*, Vol. 6, 2021, Cambridge University Press.

- SHAVIN, Catie, “Unlocking the Potential of the New OECD Due Diligence Guidance on Responsible Business Conduct”, en *Business and Human Rights Journal*, Vol. 4, 2019.
- Stortingets del Reino de Noruega, “Lovvedtak 176”, Lov om virksomheters åpenhet og arbeid med grunnleggende menneskerettigheter og ansendige arbeidsforhold, 10/06/2021, URL <https://www.stortinget.no/globalassets/pdf/lovvedtak/2020-2021/vedtak-202021-176.pdf> consultado 12/02/2023.
- SYDOW, Johanna & ÁNGEL, Andrés & AQUINO, Pavel; y otros/as, *Responsabilidad ambiental a través de la cadena de suministro - Miradas desde América Latina*, Germanwatch, 2021.
- WEGHER OSCI, Florencia S., “A remediation system is only as strong as its weakest link: challenges and opportunities for Argentina’s National Contact Point”, en *Nova Centre on Business, Human Rights and the Environment Blog*, 01/04/2022.
- , “La experiencia del Punto Nacional de Contacto argentino en materia de reparaciones: desafíos y oportunidades para su fortalecimiento”, en *Revista Electrónica del Consejo de Derechos Humanos de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Dossier Especial sobre Derechos Humanos y Empresas, 2020.
- , “Sugerencias para la adecuación del Punto Nacional de Contacto argentino de la OCDE. Aporte a la Línea Nacional de Base del Plan Nacional de Acción en Empresas y Derechos Humanos”, en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Vol. 295, 2019, Thomson Reuters.
- ZARAMA, Germán & WEGHER OSCI, Florencia S., “Responsabilidad de las empresas para implementar procesos de debida diligencia frente a sus impactos sociales y ambientales”, en CUFRÉ, Denisse Y. & WEGHER OSCI, Florencia S., *Empresas y Derechos Humanos en y para Argentina*, N° 61, Tomo B, 2022, Thomson Reuters.



DESAFÍOS DERIVADOS DEL DIDH EN LA INVESTIGACIÓN Y EL JUZGAMIENTO DE DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL DE NIÑAS Y ADOLESCENTES MUJERES: LAS INSTRUCCIONES AL JURADO*

AGUSTINA LARA MARTÍNEZ**

Resumen: El punto axial de este trabajo versa sobre los desafíos y las problemáticas de la investigación y el juzgamiento de delitos contra la integridad sexual de niñas y adolescentes mujeres —como grupo en especial situación de vulnerabilidad, en tanto la vulnerabilidad propia de la niñez se potencia por la condición de pertenecer al sexo femenino, y por ser víctimas de un delito de tales características— en aquellos juicios que se realicen por jurados. En particular, las preguntas que serán abordadas en el trabajo son: en caso de permitir la realización de juicios por jurados en estos casos, ¿bajo qué parámetros deben realizarse las instrucciones a los jurados para cumplir con las exigencias y compromisos asumidos por el Estado argentino provenientes del derecho internacional de los derechos humanos? Ello nos lleva a interrogarnos ¿Es posible compatibilizar ambas cuestiones?

A fin de brindar una respuesta y soluciones satisfactorias a este interrogante, se abordará la cuestión a partir de cuatro ejes: a) la imparcialidad de los jurados; b) el deber de debida diligencia reforzada y no revictimización; c) la perspectiva de género, de niñez e interés superior de la niña; y d) el deber de motivación de los pronunciamientos judiciales vs. la íntima convicción del veredicto.

Palabras clave: niñas víctimas — juicio por jurados — instrucciones al jurado — derecho internacional de los derechos humanos — deber de debida diligencia reforzada — no revictimización — perspectiva de género — perspectiva de niñez — imparcialidad de los jurados.

*Recepción del original: 01/03/2023. Aceptación: 17/05/2024.

**Estudiante avanzada de Derecho en la Universidad de Buenos Aires (UBA), con orientación en Derecho Penal y Derecho Laboral.

Abstract: The aim of this paper is to analyze the challenges and problems of the investigation and trial of crimes against the sexual integrity of girls —as a group in a special situation of vulnerability, insofar as the vulnerability of children is increased by the fact, they are female and are victims of this type of crimes— in those trials that are carried out by juries. In particular, the questions that will be addressed in the paper are: if jury trials are allowed in these cases, under what parameters should the instructions to juries be carried out to comply with the demands and commitments assumed by the Argentine State under International Human Rights Law? This leads us to ask: Is it possible to reconcile the two issues?

In order to provide an answer and satisfactory solutions to this question, the issue will be approached from four perspectives: a) the impartiality of juries; b) the duty of enhanced due diligence and non-revictimization; c) the perspective of gender, childhood and the best interests of the child; and d) the duty to give reasons for judicial pronouncements vs. the intimate conviction of the verdict.

Key words: girl victims — jury trial — jury instructions — international law of human rights — duty of enhanced due diligence — non—revictimization — gender perspective — children’s perspective — impartiality of juries.

I. INTRODUCCIÓN

El art. 118 de la CN establece “[...] todos los juicios criminales ordinarios [...] se terminarán por jurados”;¹ no obstante, la implementación (gradual) de este antiguo¹ instituto —en cierto punto, primitivo y rudimentario— de corte acusatorio trae aparejada numerosas problemáticas. Nuestra Constitución Nacional, a su vez, dispone que los acusados tienen derecho a ser juzgados de forma justa e imparcial. Sin embargo, ello tiene sus complejidades intrínsecas.

El juicio por jurados en la República Argentina constituye un mandato y exigencia tripartita emanada de la Constitución Nacional, y está receptado en los arts. 24, 75 inc. 12 y 118 de la CN.² La actuación de estos juicios

1. MAIER, Julio B., *Derecho procesal penal, Tomo I, Fundamentos*, p. 445.

2. *Cfr.* “Art. 24. El Congreso promoverá la reforma de la actual legislación en todos sus ramos, y el establecimiento del juicio por jurados [...] Art. 118. Todos los juicios criminales ordinarios, que no se deriven del derecho de acusación concedido a la Cámara de Diputa-

se hará en la misma provincia donde se hubiere cometido el delito, y, asimismo, los jurados deben ser representativos de la comunidad.

En esta sintonía, el avance en la implementación del sistema de enjuiciamiento por jurados se enmarca dentro de las recientes reformas procesales—penales, tal es así que 11 provincias han aprobado leyes de juicio por jurados o han reformado su Código Procesal Penal para poder implantar este sistema de enjuiciamiento criminal, ellas son: Córdoba, Buenos Aires, Neuquén, San Juan, Chaco, Mendoza, Río Negro, Entre Ríos, Chubut, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y Catamarca. A más de ello, en la mayoría de las provincias argentinas los jurados deben estar integrados por mujeres y hombres en partes iguales.³

Ahora bien, respecto de la investigación y el juzgamiento de delitos contra la integridad sexual de niñas y adolescentes mujeres, surgen desafíos especiales, independientemente de que la decisión fuese tomada por jueces profesionales o jurados populares. En consecuencia, en virtud del “auge” de la implementación de leyes de juicio por jurados, aflora el interrogante que abordaremos en este trabajo: ¿Qué ocurre en casos de niñas, niños y adolescentes víctimas de delitos contra la integridad sexual?

Prima facie, podemos tomar dos caminos: el primero, la opción de máxima ¿prohibimos el juicio por jurados en estos casos?;⁴ el segundo,

dos se terminarán por jurados, luego que se establezca en la República esta institución [...] Art. 75. Corresponde al Congreso: Inc. 12: Dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social, en cuerpos unificados o separados, sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones; y especialmente leyes generales para toda la Nación sobre naturalización y nacionalidad, con sujeción al principio de nacionalidad natural y por opción en beneficio de la argentina: así como [...] las que requiera el establecimiento del juicio por jurados”. Destacado agregado.

3. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ley 6451, art. 13 “[...] el panel de Jurados titulares deberá quedar siempre integrado como mínimo con cinco (5) mujeres y cinco (5) hombres, no pudiendo superar un máximo de seis (6) mujeres y seis (6) hombres”. Es un gran avance dado que abre la posibilidad expresamente de que personas de género(s) diversos integren el jurado.

4. A mayor abundamiento en la experiencia comparada, vid., Corte IDH, “V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua”, párr. 227, 236 y 238. El Código de Instrucción Criminal (CIC) de Costa Rica sostenía en su art. 22 que el juicio por jurados se aplica en “delitos comunes que merezcan penas más que correccionales”. El CIC fue derogado y sustituido por el Código Procesal Penal que entró en vigencia en el año 2002. Actualmente se excluye la posibilidad

¿lo permitimos? la opción de mínima ¿bajo qué parámetros? Similar interrogante se planteó la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) en el caso “V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua”.⁵

... el modelo de enjuiciamiento penal adoptado por un Estado no resulta inocuo, en tanto va a tener un impacto directo en el diseño orgánico y en la arquitectura del sistema de garantías judiciales. Por ejemplo, el sistema de valoración de la prueba evidentemente va a moldear el esquema de fundamentación probatoria y, a la postre, la exigencia de motivación o la forma de exteriorización de la fundamentación. Sin embargo, como ya se adelantó, la Convención Americana no establece un modelo único de enjuiciamiento penal.⁶

Eventualmente como futuros operadores jurídicos tendremos que resolver estos casos, y, llegado ese momento, la problemática es, en otras palabras, si puede cumplirse con los estándares y compromisos del derecho internacional de los derechos humanos en materia de niñas, niños y adolescentes (en adelante, “NNyA”), en especial de las niñas y adolescentes mujeres, (como grupo en especial situación de vulnerabilidad, en tanto la vulnerabilidad propia de la niñez y su especial condición de persona en desarrollo se potencia por la condición de pertenecer al sexo femenino).⁷

de que un caso de violencia sexual sea sometido al juzgamiento de un jurado popular, en tanto el art. 565 del Código Penal vigente en Nicaragua (Ley 641) dispone que se deben realizar mediante jueces técnicos o profesionales los juicios en los cuales se imputen “delitos de violencia doméstica o intrafamiliar y los delitos contra la libertad e integridad sexual”. Respecto de los motivos de la legislación, se fundamenta en la evidencia de que “la normativa existente para frenar la violencia de género en contra de las mujeres no ha obtenido los resultados buscados para la efectiva protección de su vida, libertad e integridad personal, por lo que resulta indispensable la promulgación de una ley autónoma de carácter especial, que aborde en forma integral este problema, tipificando y sancionando las diferentes manifestaciones de violencia hacia la mujer”. De forma complementaria, en relación con la implementación del sistema de enjuiciamiento de casos de violencia de género, y casos de violencia sexual en particular, la ley dispuso la creación de Juzgados de Distrito Especializados en Violencia, que se integran por un juez técnico especializado en la materia.

5. Corte IDH, “V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua”.

6. Corte IDH, “V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua”, párr. 224.

7. BELOFF, “La protección de los derechos de las niñas en la justicia juvenil”, p. 2.

Esta preocupación, interrogante e investigación parte de la base que la ciencia jurídico—penal no se ha expedido al respecto: es una primera dificultad metodológica a la hora de hallar doctrina y jurisprudencia sobre la temática. En particular, en este trabajo nos proponemos analizar, a partir de desafíos en la implementación del juicio por jurados en casos donde se investiguen delitos contra la integridad sexual de niñas y adolescentes, las instrucciones al jurado.

Esta delimitación del objeto del trabajo no obedece a una decisión arbitraria, sino que, por el contrario, se vincula directamente con una condición necesaria a la luz de los compromisos emanados del derecho internacional de los derechos humanos. Asimismo, es posible trazar el siguiente esquema de trabajo de este artículo:

Juicio por jurados → Hipótesis: realidad inminente → Problemáticas en su implementación: ¿Qué hacemos en casos de niñas, niños y adolescentes víctimas de delitos contra la integridad sexual?

1. ¿No lo permitimos en estos casos? (opción de máxima).
2. ¿Lo permitimos? (opción de mínima).
 - a. ¿Bajo qué parámetros?
 - b. ¿Cuáles son las exigencias emanadas del DIDH?
 - c. En particular, las instrucciones al jurado con perspectiva de niñez y de género ¿es la herramienta adecuada (necesaria y/o suficiente) para tornar la implementación del juicio por jurados en estos casos compatible con el DIDH?

Tomamos "a", "b" y "c" como los puntos de partida. Luego, en la conclusión, responderemos si en razón de esta lógica de análisis es compatible (o no) el juicio por jurados en estos casos.

Elaboración propia.

II. NIÑAS Y ADOLESCENTES MUJERES VÍCTIMAS DE DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL

Las niñas, niños y adolescentes son personas altamente vulnerables, y proclives a sufrir violaciones a los derechos humanos; por lo tanto, re-

quieren protección específica de sus derechos también en casos donde sean víctimas de delitos.⁸ Así las cosas, su condición de NNyA víctimas de delitos los y las coloca en un estado de vulnerabilidad múltiple (doble, triple, cuádruple, etcétera) que precisa una protección mayor y especial.⁹ Sumado a ello, las niñas y adolescentes mujeres que transitan estas clases de violencias pueden estar atravesadas por varias capas de vulnerabilidad: el género, la edad, la orientación sexual, la situación socioeconómica, la situación migratoria, entre otras.¹⁰

En particular, en esta *fattispecie*, estamos frente vulnerabilidades múltiples, en razón del género y de la edad; en consecuencia, surgen deberes especiales que la República Argentina está obligada a cumplir, en tanto Estado parte de la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), entre otros instrumentos internacionales. De esta forma, algunos de los deberes que serán abordados en este artículo son: el deber de investigar con la debida diligencia, con perspectiva de género y con los deberes estatales reforzados derivados de la condición de niña o adolescente mujer de la víctima.¹¹

En esta línea, se encuentra la obligación del Estado de proteger a NNyA víctimas de delitos contra la integridad sexual, investigar y sancionar a los autores de tales hechos punibles.¹²

8. BELOFF, "Un modelo para armar ¡y otro..." p. 1-45; TERRAGNI, Martiniano, & FREEDMAN, Diego, "Los derechos de niños, niñas y...", p. 8.

9. BELOFF, "El menor de edad víctima en el...", p. 23.

10. MONOD Núñez, "¿Es constitucional la imposibilidad de recurrir...".

11. BELOFF, *Derechos del Niño*, pp. 277-278.

12. *Cfr.* Convención sobre los Derechos del Niño, 29/11/1989, art. 19. En el mismo sentido, *vid.*, CDN, Observación General N° 13 Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia, párr. 25, nota 9 "[...] constituye abuso sexual toda actividad sexual impuesta por un adulto a un niño contra la que este tiene derecho a la protección del derecho penal. También se consideran abuso las actividades sexuales impuestas por un niño a otro si el primero es considerablemente mayor que la víctima o utiliza la fuerza, amenazas u otros medios de presión. Las actividades sexuales entre niños no se consideran abuso sexual cuando los niños superan el límite de edad establecido por el Estado parte para las actividades sexuales consentidas".

Asimismo, el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, insta a que:

... los casos de violencia en el hogar y de malos tratos y abuso de niños, incluido el abuso sexual en la familia, sean debidamente investigados con arreglo a un procedimiento judicial favorable al niño y que se castigue a sus autores, con el debido respeto a la protección del derecho a la intimidad del niño.¹³

Ahora bien, cabe destacar que respecto del juicio por jurados, en aquellas legislaciones provinciales que lo regulan, tanto de forma autónoma como en sus códigos de forma, no se efectúa ningún tipo de salvedad o especificidad para los casos de delitos que tengan connotación de género, violencia contra las mujeres y para los abusos sexuales, ni aquellos que tengan por víctimas presuntas a niñas, niños y adolescentes, por su especial condición de persona en desarrollo.¹⁴ La única herramienta hallada frente el relevamiento realizado¹⁵ se da en la Provincia de Córdoba, en tanto la Oficina de Jurados Populares del Poder Judicial de la mencionada provincia elaboró una guía denominada “Conceptos básicos para juzgar con perspectiva de género”.¹⁶

Si bien esta falta de regulación puede responder al carácter de actualidad de estas normas, el legislador originario previó el juicio por jurados hace ya 169 años, por lo que no son excusas las falencias que presenta en su implementación. Estas responden a una tendencia (e intento) de reforma acusatoria que implantan institutos como el juicio por jurados, procedimiento abreviado, o la conciliación, que privatizan el conflicto y son

13. HODGKIN, y NEWELL, *Manual de aplicación de la Convención...*, pág. 281

14. *Cfr.* Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ley 6451; Provincia de Buenos Aires, Ley 14543; Provincia de Catamarca, Ley 5719; Provincia de Chaco, Ley 7661; Provincia de Chubut, Ley XV 30; Provincia de Córdoba, Ley 9182; Provincia de Entre Ríos, Ley 10746; Provincia de Mendoza, Ley 9106; Provincia de Neuquén, Ley 2784; Provincia de Río Negro, Ley 5020; Provincia de San Juan, Ley 1851.

15. El relevamiento de normativa (vinculante y de *soft law*) se efectuó en los sitios webs oficiales de los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial provinciales, como así también en la página oficial de la Asociación Argentina de Juicio por Jurados (AAJJ).

16. Oficina de Jurados Populares, “Conceptos básicos para juzgar con perspectiva de género”.

reflejo de las coyunturas políticas y de los momentos históricos,¹⁷ pero que al mismo tiempo colisionan con otras garantías constitucionales, y exigencias del derecho internacional de los derechos humanos.

En relación con la implementación de este modelo de enjuiciamiento, la fundamentación de las problemáticas se dan de manera bicéfala: por un lado, algunas de las objeciones son aplicables no solo en procedimientos penales de estas características sino genéricamente a este modo de enjuiciamiento penal (por ejemplo, las dudas sobre la imparcialidad de los jurados, los prejuicios y sesgos que pueden llegar a tener, el problema que surge en virtud de la íntima convicción y no expresión de los motivos del veredicto); y, por otro lado —y de forma complementaria—, fruto de las particularidades de la víctima (segmento particular de la población/vulnerabilidades múltiples) se requiere de una debida diligencia aún más reforzada.

En este sentido, ejemplos de problemáticas particulares son: la perspectiva de género, de niñez e interés superior de la niña; la cuestión probatoria, en casos de testigo único; y la no revictimización. Si bien algunas de las cuestiones mencionadas deben tenerse en consideración en otros casos, verbigracia, de violencia contra la mujer; los casos de niñas víctimas cuentan con diferencias significativas: 1) la doble (triple, mejor dicho) situación de vulnerabilidad: víctima, mujer y niña; 2) se abre el amplio *corpus iuris* de derechos de las niñas, niños y adolescentes, que será aplicable en estos casos y funciona como un *plus* adicional a los instrumentos internacionales que propugnan la eliminación de toda forma de violencia contra la mujer.

III. EJES POR RESOLVER

En este apartado abordaremos cuatro problemáticas o ejes centrales que generan tensión entre garantías y/o deberes del Estado. No obstante, el análisis a la hora de enumerar los desafíos en la implementación del juicio por jurados no pretende ser exhaustivo ni taxativo, pero sí resaltar cuatro puntos que a nuestro criterio pueden coadyuvar a resolver la hipótesis planteada *ut supra*. Ellos son: a) la imparcialidad de los jurados, prejuicios y sesgos; b) el deber de debida diligencia reforzada y la no revictimización;

17. BELOFF, “Modelo o sistema acusatorio. ¿Lo irreal vs. lo real?”.

c) la necesidad de juzgar con perspectiva de género, de niñez e interés superior de la niña; y d) el deber de motivación de las sentencias judiciales vs. la íntima convicción del veredicto.

III.A. Juicio por jurados: ¿prejuicios, sesgos y parcialidad?

El juicio por jurados presenta una naturaleza compleja.¹⁸ Si bien por un lado es un derecho de la ciudadanía a participar en la justicia, al mismo tiempo, es una garantía del acusado —*judgment by peers*—. En esta línea, Hendler enfatiza que se trata de un fenómeno sociológico y cultural,¹⁹ donde el pueblo ejerce sus derechos políticos en aras de la resolución de conflictos en materia *criminal*.²⁰

En cualquier caso, donde se realice un juicio por jurados las instrucciones del juez al jurado juegan un rol central. Antes del inicio del juicio, el juez debe instruir a los jurados sobre sus deberes y el comportamiento al que deberán atenerse durante el juicio. Iniciado el juicio, el juez debe comunicar a los jurados sobre las reglas probatorias aplicables a los hechos, los principios. Finalmente, con posterioridad a los alegatos de clausura, el juez o la jueza explica mediante unas extensas instrucciones el derecho aplicable al caso y ordena a los miembros del tribunal lego que determinen los hechos según estas definiciones e instrucciones. Aunque, en pocas ocasiones, hasta donde tengo conocimiento, el juez imparte instrucciones acerca del problema que pueden generar los prejuicios implícitos en el caso concreto a la hora de juzgar, si bien es cierto que muchas veces se les indica que deben juzgar de forma libre de todo tipo de prejuicios.

En este sentido, a fin de asegurar la garantía de imparcialidad, diversas protecciones y salvaguardas deben ser respetadas durante el juicio.²¹ Por su

18. BELOFF, KIERSZENBAUM, & TERRAGNI, “La justicia juvenil y sistema acusatorio...”, pp. 1-5.

19. HENDLER, *El juicio por jurados. Significados, genealogías, incógnitas*, p. 3.

20. La palabra criminal hace referencia a la clasificación tripartita de los Códigos de aquella época inspirados en el *Code* francés de 1810 en crímenes, delitos, y contravenciones. LAJE ANAYA, Justo, “Delitos y contravenciones”, p. 31. Esta clasificación no fue adoptada en el derecho penal argentino por el Código Penal de 1921.

21. *Cfr.* Corte IDH, “Herrera Ulloa vs. Costa Rica”, párr. 171: “[s]e debe garantizar que el juez o tribunal en el ejercicio de su función como juzgador cuente con la mayor objetividad para enfrentar el juicio. Esto permite a su vez que los tribunales inspiren la confianza necesaria a las partes en el caso, así como a los ciudadanos en una sociedad democrática”. En sentido similar, Corte IDH, “Castillo Petruzzi y otros vs. República del Perú”.

parte, Julio Maier nos indica que, sobre la base de una lectura armónica de la Constitución Nacional:

... no puede haber la menor duda acerca de que nuestra Constitución tornó imperativo para nuestro país un procedimiento penal cuyo eje principal era la culminación en un juicio oral, público, contradictorio y continuo como base de la sentencia penal. En efecto, no otra cosa que un mandato significa ordenar al Congreso de la Nación que promueva “la reforma de la actual legislación en todos sus ramos, y el establecimiento del juicio por jurados” (arts. 24 y 75, inc. 12, Constitución Nacional) y prever, por fin, que “todos los juicios criminales ordinarios que no se deriven del derecho de acusación concedido a la Cámara de Diputados, se terminarán por jurados, luego que se establezca en el país esta institución [...]” (art. 118, Constitución Nacional); y el establecimiento del juicio por jurados genera espontáneamente el debate oral, público, contradictorio y continuo, pues no se conoce, histórica y culturalmente, un juicio por jurados sin audiencia oral y continua, sin la presencia ininterrumpida del acusador, del acusado y del tribunal.²²

En este orden de ideas, la imparcialidad es una característica propia de un modelo de enjuiciamiento de corte acusatorio, independientemente de que es menester superar la visión unidimensional y dicotómica entre los modelos “acusatorio” e “inquisitivo” en su versión idílica e ideal.²³ En líneas generales,²⁴ es posible esbozar que son rasgos fundamentales del modelo acusatorio la separación de funciones de acusar y juzgar, un procedimiento oral, público, continuo y contradictorio.²⁵ La noción de imparcialidad hace alusión a la *ausencia de prejuicios* a favor o en contra de las personas o materia que es objeto del proceso.²⁶

22. MAIER, *Derecho procesal penal, Tomo I, Fundamentos*, p. 655.

23. LANGER, “La larga sombra de las categorías acusatorio—inquisitivo”, pp. 97-133.

24. Excede al objeto de estudio de este ensayo el análisis exhaustivo de las características correspondientes a los diversos modelos de enjuiciamiento penal.

25. MAIER, *Derecho procesal penal, Tomo I, Fundamentos*, pp. 442-454.

26. MAIER, *Derecho procesal penal, Tomo I, Fundamentos*, p. 739.

Existen varias salvaguardas para promover la imparcialidad del jurado, por ejemplo, la Corte Suprema de Estados Unidos en *Taylor v. Louisiana* ha dicho que el derecho a un jurado imparcial exige que el jurado represente de forma cruzada y justa a la comunidad —*fair cross section of the community*—.²⁷ La Argentina presenta la particularidad de que la mayoría de las provincias que han regulado el juicio por jurados exigen en su conformación la paridad de género, y ciertas provincias también adoptan requisitos adicionales cuando se trata de un sujeto que pertenece a un pueblo originario.

Otra protección para garantizar la imparcialidad es el hecho de que las distintas provincias hayan asegurado recusaciones con “causa” a posibles jurados cuyos sesgos y prejuicios sean evidenciados por las partes, aunque... ¿es condición suficiente para asegurar la imparcialidad de los jurados durante todo el proceso? y ¿la razón de que los jurados no expresen sus motivos en el veredicto (en tanto deciden por íntima convicción) no afecta, o, mejor dicho, puede solapar, la parcialidad? Si bien excede el objeto de este trabajo, considero que es un punto que se debe prestar especial atención (en todos los juicios que se realicen por jurados) esta exigencia se refuerza en procesos de niñas y adolescentes víctimas de delitos contra la integridad sexual, en virtud de las obligaciones internacionales asumidas por el Estado argentino en esta materia —entre ellas, el deber de debida diligencia reforzada—.

Por otro lado, las provincias han incluido recusaciones sin causa. Las recusaciones sin causa son especialmente problemáticas. En este sentido, la Corte Suprema de los Estados Unidos en *Batson v. Kentucky* creó pretorianamente el *Batson Challenge* con el cual intentó eliminar las posibles discriminaciones raciales que podían suceder en el *voir dire* prohibiendo este tipo de recusaciones cuando eran motivadas por la “raza”.²⁸ También, posteriormente en *J.E.B. v. Alabama ex rel.* expresó que las recusaciones sin causa por el sexo del jurado eran inconstitucionales.²⁹

No obstante estas “salvaguardas”, si bien en la *voir dire* se realizarán las recusaciones y entran en juego las herramientas de litigación de las partes, no hay motivos para determinar si la decisión final —veredicto—

27. SCOTUS, “Taylor v. Louisiana”.

28. SCOTUS, “Batson v. Kentucky”.

29. SCOTUS, “J.E.B. v. Alabama ex rel. T.B.”.

del jurado fue realizada por un sesgo oculto, ello se vincula con la íntima convicción de la prueba, *a contrario sensu* de las decisiones judiciales en donde los motivos son expuestos y la sentencia se toma bajo los parámetros de la sana crítica racional y por aplicación del silogismo judicial.

III.B. Deber de debida diligencia reforzada y no revictimización: “V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua”

En el caso “V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua”, V.P.R., una niña de ocho años de edad había sido abusada sexualmente en el año 2000, por su padre, H.R.A. En noviembre de 2001, V.P.C. denunció ante el Juzgado de Distrito del Crimen de Jinotega, Nicaragua, por el delito de violación de su hija. Al año siguiente, el Tribunal de Jurados declaró inocente a H.R.A.

La Corte IDH declaró responsable internacionalmente a la República de Nicaragua por vulnerar los derechos a la integridad personal y a la prohibición de tratos crueles, inhumanos y degradantes, a las garantías judiciales, a la vida privada y familiar, a la protección de la familia, de residencia y a la protección judicial, en relación con las obligaciones generales de respeto, garantía, no discriminación y protección especial de niñas, niños y adolescentes, así como por el incumplimiento de las obligaciones derivadas del art. 7. b) de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará).³⁰

A su vez, la Corte IDH resolvió que la responsabilidad internacional del Estado se configuraba en virtud de una serie de acciones y omisiones estatales frente al ataque sexual, en tanto no se habría respetado el deber de debida diligencia reforzada y de protección especial de la niña, lo cual había ocasionado la revictimización de la niña.³¹

La enseñanza de este caso es la adopción, por parte de la Corte IDH, de un enfoque interseccional, que tuvo en consideración la condición la condición de género y la edad de la niña,³² y la obligación de investigar y el deber de debida diligencia reforzada y de protección especial, las garantías judiciales con relación al juicio por jurados y el plazo razonable, la discriminación en el acceso a la justicia, y la situación de revictimización de la

30. Corte IDH, “V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua”, párr. 141.

31. Corte IDH, “V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua”, párr. 139.

32. Corte IDH, “V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua”, párr. 154.

niña. Por lo tanto, el Tribunal analizó el presunto hecho punible cometido contra la niña no solo a la luz de los instrumentos internacionales sobre la violencia contra la mujer, sino también el amplio *corpus iuris* de protección de las niñas, niños y adolescentes.

En esta sintonía, la Corte IDH efectuó un control de convencionalidad sobre el procedimiento de juicio por jurados y las garantías del debido proceso legal previstas en los arts. 8 y 25 de la CADH. Entre las consideraciones más relevantes a los fines de este trabajo, se sostuvo que el hecho de que el veredicto absolutorio sea inmotivado no implica *per se* una afectación del art. 8.1 de la CADH. Ello generó objeciones y galardones desde diversos sectores doctrinarios.

Sin embargo, es dable destacar que la Corte IDH consideró que el procedimiento interno de juicio por jurados en Nicaragua “[...] no ofreció garantías suficientes para escrutar la decisión del jurado y, por ende, asegurar que la decisión no fuera arbitraria”.³³ Asimismo, sostuvo que no contenía:

[...] una regulación expresa sobre las instrucciones del juez profesional a los jurados, tampoco contemplaba preguntas que el jurado debiera contestar a través del veredicto, ni incorporaba referencia alguna sobre la prueba contraintuitiva, medidas todas que podrían haber puesto límites de racionalidad a una decisión y, que, en definitiva, podrían haber fungido como garantías contra una decisión arbitraria.³⁴

La Corte IDH, en este caso, recordó los criterios establecidos por el Tribunal para casos de violencia y violación sexual de mujeres adultas a fin de que las investigaciones y los procesos penales incoados sean sustanciados con la debida diligencia; entre estos estándares, la declaración de la víctima debe realizarse: a) en un contexto cómodo y seguro, que le brinde privacidad y confianza; b) la declaración de la víctima se registre de forma tal que se evite o limite la necesidad de su repetición; c) se brinde atención médica, sanitaria y psicológica a la víctima, mediante un protocolo de atención cuyo objetivo sea reducir las consecuencias de la violación; d) se realice inmediatamente un examen médico y psicológico completo

33. Corte IDH, “V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua”, párr. 269.

34. Corte IDH, “V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua”, párr. 267.

y detallado por personal idóneo y capacitado, en lo posible del sexo que la víctima indique, ofreciéndole que sea acompañada; e) se brinde acceso a asistencia jurídica gratuita a la víctima durante todas las etapas del proceso; f) se brinde atención médica, sanitaria y psicológica a la víctima.³⁵

En el caso “González y otras (‘Campo Algodonero’) vs. México”,³⁶ la Corte IDH sostuvo que los Estados parte deben adoptar medidas integrales a fin de que las investigaciones y procesos penales en casos de violencia contra la mujer sean sustanciados con la debida diligencia. En estos casos, además de las obligaciones genéricas contenidas en la Convención Americana, los Estados parte tienen una obligación reforzada a partir de la Convención de Belém do Pará —*Cfr.* art. 7 inc. b).³⁷ A su vez, en el caso “Véliz Franco y otros vs. Guatemala”³⁸ agregó que las niñas y adolescentes requieren medidas especiales de protección.

De forma complementaria, huelga destacar que la debida diligencia no abarca únicamente las medidas de protección reforzada antes y durante el desarrollo de las investigaciones y proceso penal, sino que también debe incorporar medidas a ser adoptadas con posterioridad, y que estas sean extendidas además a los familiares de las víctimas, en lo que corresponda.³⁹

En relación con estas exigencias, en el plano de las instrucciones a los jurados suscitan diversos interrogantes: ¿Cómo valorar la declaración de NNyA? No se puede valorar de la misma forma que un adulto; y ¿cómo es el proceso de la toma de declaración? Los jurados deben tomar conocimiento de que las preguntas se formularon de una forma específica: en cámara Gesell, frente un equipo interdisciplinario y sin la presencia del imputado, y que la víctima menor de edad no debe encontrarse en el debate oral, de forma tal que se evite la revictimización.

En rigor, las instrucciones al jurado deberían contemplar necesariamente la respuesta a estos interrogantes. En esta línea con la sanción de las Leyes 26061⁴⁰ y 26485,⁴¹ si bien la normativa no transformó las reglas

35. Corte IDH, “González y otras (‘Campo Algodonero’) vs. México”, párrs. 194, 251 y 252.

36. Corte IDH, “González y otras (‘Campo Algodonero’) vs. México”.

37. Corte IDH, “González y otras (‘Campo Algodonero’) vs. México”, párr. 258.

38. Corte IDH, “Véliz Franco y otros vs. Guatemala”.

39. Corte IDH, “V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua”, párr. 170.

40. República Argentina, Ley 26061.

41. República Argentina, Ley 26485.

generales sobre valoración probatoria, sí reafirmaron el principio de amplitud probatoria “teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollaron los actos de violencia y quiénes son sus naturales testigos” —*Cfr.* Ley 26485, incs. h) e i)— y que los jueces (más allá que, otra vez, el modelo está pensado para jueces profesionales, es también aplicable a jurados legos) consideren los indicios graves, precisos y concordantes que surjan del contexto.⁴² Estos casos, generalmente, presentan la particularidad de que las conductas que se investigan transcurrieron en espacios cerrados, de intimidad, y sin espectadores; a su vez, estas situaciones se dan bajo esquemas de sumisión (y en numerosos casos en relaciones intra-familiares). Por lo tanto, es crucial la indagación sobre el contexto donde ocurrió el hecho.⁴³ Como contracara, el abandono total de la vetusta teoría del *testis unus testis nullus* trabajada por autores como Sancinetti.⁴⁴

III.C. Las instrucciones al jurado: perspectiva de género, de niñez e interés superior de la niña

La participación ciudadana en la justicia es un factor que aporta a la legitimidad política y mayor *valor epistemológico* de las decisiones y así lo pensó nuestro constituyente originario. Sin embargo, requiere inexorablemente de diseños institucionales a fin de evitar y prevenir sesgos o prejuicios en razón del género, y de la edad, en el caso de las niñas, para eliminar prácticas y decisiones judiciales discriminatorias; que, asimismo, sean incompatibles tanto con la CADH como con la Convención de Belém do Pará.

La investigación penal debe incluir una perspectiva de género y de niñez, y ser efectuada por funcionarios capacitados en esta temática, y tiene que prestar especial atención a la no discriminación y violencia por motivos de género.⁴⁵ Es esencial llevar investigaciones con debida diligencia máxime cuando se trata de hechos de violencia de género, y cometidos contra una niña.⁴⁶ En el caso “V.R.P., V.P.C. vs. Nicaragua”, la Corte IDH

42. DI CORLETO, *Género y justicia penal*.

43. DI CORLETO, & PIQUÉ, “Pautas para la recolección y valoración...”, pp. 412-418.

44. SANCINETTI, “Testimonio único y principio de la duda”.

45. Corte IDH, “González y otras (‘Campo Algodonero’) vs. México”, párr. 455, 495 y 541.

46. Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la Mujer, 03/05/1995, art. 7(b); Convención sobre los Derechos del Niño, 02/09/1990, art. 19.1.

recordó los cuatro principios rectores de la Convención sobre los Derechos del Niño. Ellos son: a) no discriminación; b) interés superior; c) respeto al derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo; d) respeto a la opinión de la niña, niño o adolescente en todo procedimiento que lo afecte.⁴⁷ Estos verdaderos criterios hermenéuticos insoslayables, forman parte de la debida diligencia del Estado en casos donde las víctimas sean niñas, niños o adolescentes.

En este sentido, la propuesta de instrucciones al jurado con perspectiva de género y niñez presupone una consideración previa: asumir la existencia de obligaciones de garantía estatal de generar mecanismos procesales que no reproduzcan revictimizar a la víctima ni sean discriminatorios.⁴⁸ Ahora bien, es menester conceptualizar qué se entiende por “instrucciones al jurado”. De este modo, Schiavo define las instrucciones del juez al jurado como aquel:

[...] instituto procesal por medio del cual el juez se comunica con el jurado, explicándoles las reglas procesales que rigen en el juicio, los principios constitucionales que se encuentran involucrados, como el derecho de fondo que califica como delito al predicado fáctico de imputación.⁴⁹

En rigor de verdad, es la forma en la cual los jueces le explican a los jurados el derecho aplicable al caso. Los jueces explican la ley a los legos, para ello participan en la elaboración de estas las partes, pero, en última instancia el juez es quien decide sobre la instrucción definitiva que le será comunicada a los jurados antes de que se retiren para deliberar. Las partes deberán desplegar sus técnicas de litigación para convencer al juez del derecho aplicable al caso.

Un reciente estudio realizado en la Provincia de Neuquén a los jurados que participaron en 25 casos de juicio por jurados busca comprender, entre otros objetivos, los alcances de un jurado con paridad de género en hechos donde concurre violencia de género. En la investigación, se analizaron siete casos en los que estaban involucrados hechos de violencia de

47. BELOFF, *Derechos del Niño*, p. 282.

48. GONZÁLEZ, “Juicio por jurados y debida diligencia...”, p. 134.

49. SCHIAVO, *El juicio por jurados*, p. 513.

género, principalmente, abusos sexuales y femicidios. Cabe destacar, que todos los hechos sometidos a juicio se enmarcaban en un contexto de violencia en el ámbito intrafamiliar. El propósito del estudio versaba sobre las particulares características de estos casos y el peso que pueden adquirir las representaciones sociales y sesgos de género. Seis de los casos arribaron a una condena unánime, aunque uno bajo un cargo menor. Por el otro lado, uno terminó en una absolución donde no se llegó a la unanimidad por el voto de una o dos personas. Algunas de las cuestiones relevantes fueron: 1) el impacto de la audiencia de selección de jurados —*voir dire*— a fin de conformar un jurado imparcial; 2) de qué forma el jurado comprendió la prueba presentada y si influyó de alguna manera el género de sus integrantes; 3) si el jurado comprendió las instrucciones y la ley aplicable al caso, y en qué medida las utilizó.⁵⁰

Respecto del *quid* de este trabajo, la cuestión problemática versa sobre la valoración de las pruebas sin estereotipos. En este sentido, el análisis debe darse desde una perspectiva bicéfala: sensible al género y con perspectiva de niñez. En el caso “V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua” la Corte IDH dijo que:

264. Ahora bien, es necesario resaltar que el proceso penal por casos de violencia sexual lleva ínsito una serie de dificultades técnicas propias que hacen difícil su enjuiciamiento. Es común que existan escasas pruebas sobre lo sucedido, que el acusado afirme su inocencia, y que la discusión se circunscriba a la palabra de una persona contra otra. A ello se suman los prejuicios e ideas preconcebidas y estereotipadas propias del sistema patriarcal que existen en el imaginario social en torno a la violencia sexual. Los jurados son susceptibles de trasladar al procedimiento tales prejuicios e ideas y ser influenciados por ellos al momento de valorar la credibilidad de la víctima y la culpabilidad del acusado, condicionando de modo especial a quienes no poseen una capacitación especial en este tipo de delitos.

265. En razón de lo anterior, en el caso de juicio por jurados, algunos sistemas prevén, como buenas prácticas, medidas para mitigar

50. ROMANO, PORTERIE, SIDONIE & HANS, “El jurado neuquino: el comienzo del...”

el impacto de tales condiciones. Así, establecen, por ejemplo, el ofrecimiento de pruebas de expertos, llamadas pruebas contra—intuitivas, dirigidas a brindar información a los jurados sobre las particularidades de los hechos que se enjuiciarán, a fin de que puedan realizar una valoración de la prueba lo más objetivamente posible. Asimismo, se asigna al juez técnico la función de brindar instrucciones a los jurados sobre la forma de analizar determinadas pruebas en el procedimiento o bien se establecen preguntas que el jurado debiera contestar a través del veredicto. Por otra parte, en algunos sistemas se prevé una etapa especial, conocida en el sistema anglosajón como *voir dire*, para la selección de los jurados con carácter previo al juicio, en la cual las partes tienen la facultad de vetar a aquellas personas que les puedan significar parciales o no aptas para el juzgamiento del caso.

De otro andarivel, consideramos que el deber de investigar y juzgar con perspectiva de género y niñez es la contracara a la generación de estereotipos y sesgos, los cuales pueden quebrantar o afectar la imparcialidad. Esta estrecha relación entre varios de los ejes abordados en este trabajo la efectúa Laura Clérico, quien propugna que cuando un tribunal (podría aplicarse tanto para jueces profesionales como accidentales) se deja influenciar por estereotipos, tiene la mirada nublada, y juzga a la persona basándose en ideas acerca de un grupo particular (v.gr. por su género, edad, religión, orientación sexual, situación socioeconómica, situación migratoria, por tratarse de una persona con discapacidad, entre otras), y no en los hechos relevantes respecto de esa persona y las circunstancias que se desprenden del caso en concreto.⁵¹

En razón de este bagaje argumentativo, la perspectiva de género no puede ignorar “[...] que esa mujer [niña] ostenta más de una capa de vulnerabilidad, lo cual la sitúa sin dudas en una posición mucho más desfavorable que aquella en la que se encuentra su agresor, ahora imputado”.⁵² Por lo tanto, debe evitarse que las niñas experimenten una revictimización o victimización secundaria, no solo por su agresor sino también por el sistema de administración de justicia. Las niñas declaran en cámara Gesell y con un

51. CLÉRICO, “Hacia un análisis integral de estereotipos...”, p. 71.

52. DEZA, “Ni rebrote punitivista, ni paternalismo penal...”, pp. 14-15.

equipo interdisciplinario, y no deben volver a exponer su intimidad o privacidad frente a desconocidos, ni deben estar presentes en el debate oral.

III.D. Deber de motivación vs. íntima convicción

La Corte IDH ha dicho sobre el deber de motivación exigido a los tribunales y demás órganos de la administración pública que:

... respecto al deber de motivación del Contralor, la Corte reitera que la motivación ‘es la justificación razonada que permite llegar a una conclusión’. El deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, que protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el derecho suministra, y otorga credibilidad de las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática. Por ello, las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias. En este sentido, la argumentación de un fallo [...] [debe] permitir conocer cuáles fueron los hechos, motivos y normas en que se basó la autoridad para tomar su decisión, a fin de descartar cualquier indicio de arbitrariedad. Además, debe mostrar que han sido debidamente tomados en cuenta los alegatos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado. Por todo ello, el deber de motivación es una de las “debidas garantías” incluidas en el artículo 8.1 para salvaguardar el derecho a un debido proceso.⁵³

En un fallo o en un acto administrativo, el Estado tiene la obligación de explicar cuáles son los motivos y las normas en las que basa su decisión.⁵⁴ El fundamento de esta cuestión reposa principalmente en dos cuestiones: 1) en la garantía a un pronunciamiento fundado (*Cfr.* art. 8.1 de la CADH) y, 2) en el derecho a recurrir la sentencia (*Cfr.* arts. 8.2.h y 25 de la CADH).

No obstante, el veredicto del jurado es sustancialmente diferente a la sentencia de un juez o una jueza profesional. Los jueces y las juezas

53. Corte IDH, caso “López Mendoza vs. Venezuela”, párr. 141.

54. Corte IDH, caso “Claude Reyes y otros vs. Chile”, párr. 122.

profesionales son funcionarios públicos que deben motivar su sentencia, y la sentencia es revisable.⁵⁵ *A contrario sensu*, el veredicto del jurado (en caso de un veredicto de no culpabilidad o absolutorio) es definitivo y no tiene posibilidad de revisión ante una instancia judicial superior. Únicamente es revisable de haberse afectado los pasos previos para obtener el veredicto, por ejemplo, respecto de las instrucciones brindadas por el juez o la jueza profesional, o, la validez del proceso de selección de las y los jueces populares. Sin embargo, cabe destacar que la motivación es secreta y nunca puede impugnarse; por lo tanto, el jurado tiene la facultad de deliberar con total libertad.⁵⁶

Sobre este eje, independientemente de adoptar los recaudos necesarios en la redacción de las instrucciones al jurado, toma de declaración de la niña víctima, y rol de los sujetos procesales, esta cuestión continúa presentando un problema intrínseco a este instituto. La valoración de la prueba se realizará por íntima convicción y no se exterioriza los fundamentos del veredicto:⁵⁷ si bien la Corte IDH esbozó que *prima facie* el juicio por jurados no vulnera el art. 8.1 de la CADH en relación con la garantía de un pronunciamiento fundado; sí consideramos que colisiona con el deber de debida diligencia reforzada (el cual incluye conductas como identificar, prevenir, sancionar y erradicar toda clase de violencia contra los NNyA y las mujeres, entre otros grupos en especial situación de vulnerabilidad). Al mismo tiempo, las garantías de los arts. 8 y 25, y especialmente este último, abre las garantías judiciales a toda persona, y con ello a la niña víctima y a sus familiares.

Ahora bien, respecto de este punto cabe destacar que: 1) excede al análisis de las instrucciones *per se* o sus requerimientos; 2) surge una problemática que, al considerar el estado de la cuestión actual parece comulgar la idea de que el juicio por jurados no debiera de aplicarse en casos de tales características.

55. Maier señala que la motivación escrita de los fundamentos nace con la Inquisición; de hecho, funcionaba como un método de revisión *vertical* sobre los funcionarios con jerarquía menor a la del rey. Toda decisión era susceptible de control por parte del soberano. A mayor abundamiento, *vid.*, MAIER, Julio B., *Derecho procesal penal, Tomo I, Fundamentos*, pp. 482 y *ss.*

56. MONOD Núñez, "¿Es constitucional la imposibilidad de recurrir...?"

57. MAIER, *Derecho procesal penal, Tomo I, Fundamentos*, p. 445.

IV. REFLEXIONES FINALES

La presencia de estereotipos de género(s), clase, raza, se tratan de barreras que interpelan a la sociedad toda. La expansión del juicio por jurados en la Argentina es un hecho. En este trabajo, propongo que estos prejuicios deben ser tratados correctamente con instrucciones al jurado y también en cursos sobre perspectiva de género. Aunque, entiendo que el tiempo de los tribunales es acotado y deben optimizarse los recursos, y esto puede ser un asunto importante por considerar.

La Corte IDH en el caso “V.R.P”. señaló la relación existente entre el diseño procesal del juicio por jurados y el cumplimiento de la debida diligencia en casos de delitos contra la integridad sexual de niñas. A su vez, sostuvo que las instrucciones a los jurados funcionan como resguardos contra la arbitrariedad y las valoraciones de la prueba discriminatorias. Sin embargo, frente este diagnóstico, es un desafío latente diagramar las instrucciones a los jurados a fin de que sean compatibles con la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención de Belém do Pará, la CADH y la CEDAW, en tanto la ciencia jurídico—penal no ha abordado esta cuestión con profundidad.

En esta línea, consideramos que las instrucciones y la formación sobre género pueden ser cruciales para asegurar un juicio más justo y decisiones libres de estereotipos. Sin embargo, es necesario una formación continua de los distintos operadores judiciales y la población en general para poder efectivamente lograr una sociedad más justa sin prejuicios basados en el género. Una interesante iniciativa en el marco de las políticas públicas argentinas es la Ley Micaela. De este modo, ¿si es obligatoria para los jueces profesionales, por qué no lo es para jueces *accidentales*, o, en palabras del maestro Maier, —*funcionarios públicos no permanentes*⁵⁸— como son los jurados?

Por ello es que debería pensarse un diseño constitucional que sea congruente con las exigencias y obligaciones asumidas por el Estado argentino en materia de derechos humanos; y, en particular, tal como nos atañe *in casu*, para con las niñas, como grupo en especial situación de vulnerabilidad.

A más de ello, a lo largo del trabajo fue posible esbozar diferentes reflexiones en base a cada punto, que fueron plasmadas en el siguiente gráfico. A su vez, cabe señalar que los ejes están estrechamente ligados unos

58. MAIER, *Derecho procesal penal, Tomo I, Fundamentos*, p. 787.

con otros, a punto tal que, desde nuestra cosmovisión, las consecuencias y conclusiones deben entenderse de forma conjunta.

| Ejes | Reflexiones |
|--|---|
| A. Juicio por jurados: ¿Prejuicios, sesgos y parcialidad? | <p>La <i>voir dire</i> se litiga, y en relación con las instrucciones puede enfatizarse en la eliminación de prejuicios y sesgos en torno a este grupo vulnerable.</p> <p>La problemática latente es que en caso de un veredicto absolutorio (y, en relación con el punto D) no se podrá determinar con seguridad la existencia de un sesgo oculto, en virtud de la no expresión de motivos y la valoración probatoria mediante el método de la íntima convicción.</p> |
| B. Deber de debida diligencia reforzada y no revictimización | <p>En este punto, las instrucciones debieran responder a las siguientes preguntas:</p> <ul style="list-style-type: none"> i) ¿Cómo valorar la declaración de NNyA? ii) ¿Cómo es el proceso de toma de la declaración? iii) ¿Cómo valorar la prueba en estos casos? (en donde generalmente se tiene un testigo único). <p>Como conclusión preliminar, no debe hablarse de “flexibilizar” los estándares probatorios; en realidad, es hacer una lectura a la luz de compromisos del DIDH —que en numerosas ocasiones provienen de instrumentos con jerarquía constitucional— (v.gr. CDN, CADH, CEDAW).</p> |

| | |
|--|--|
| <p>C. Instrucciones al jurado: perspectiva de género, de niñez e interés superior de la niña</p> | <p>Las instrucciones al jurado con perspectiva de género y de niñez coadyuvan a eliminar (o al menos intentan) la generación de estereotipos y sesgos, que pueden afectar la imparcialidad de los jurados. A su vez, se vincula con el eje B sobre la no revictimización (y el deber de debida diligencia reforzada como <i>cornerstone</i> de las exigencias internacionales en esta materia), en tanto de no cumplir con estos recaudos, la víctima podría sufrir una victimización secundaria por parte del sistema de administración de justicia.</p> |
| <p>D. Deber de motivación vs. íntima convicción</p> | <p>Respecto de este eje, excede a la cuestión de las instrucciones, dado que, como en el punto A, los jurados no expresan sus motivos en el veredicto; por consiguiente, obsta la posibilidad de determinar con certeza la existencia de sesgos ocultos, y colisiona con el derecho al recurso (y con el art. 8.1 de la CADH sobre la garantía a un pronunciamiento fundado, aunque, como fue explicado, la Corte IDH esbozó que <i>prima facie</i> no son incompatibles).</p> <p>En este punto, fueron extraídas dos conclusiones:</p> <ul style="list-style-type: none"> i) Excede al análisis de las instrucciones per se o los requerimientos necesarios para adecuarlas a los compromisos internacionales. ii) Mantiene latente, a nuestro criterio, la problemática que el juicio por jurados no parece ser la opción más adecuada para investigar y juzgar estas <i>fattispecies</i>. |

Elaboración propia.

Por último, es importante mencionar otros dos tipos de conclusiones y mejoras del sistema de justicia en virtud de los desafíos abordados respecto de la implementación del juicio por jurados en

casos donde se investiguen presuntos hechos punibles contra la integridad sexual de niñas.

| Propuestas de reforma | |
|---|--|
| De tipo sistémico, en relación con el sistema de Administración de Justicia | Instrucción General PGN para las fiscalías para que pueda proponerle al juez de la causa en este sentido. Ventajas: vinculante para los demás representantes del MPF. Desventajas: no es vinculante para el juez. |
| | Acordadas por parte de los Consejos de la Magistratura. |
| Capacitación | Ley Micaela. Se debería hacer de manera previa, podría coadyuvar que tengan menos cuestiones que “pulir” en las instrucciones. Fundamentación: los jurados son funcionarios públicos accidentales. Si es obligatoria para jueces profesionales, ¿por qué no para jurados populares? Ventajas: ¿perspectiva de género? (entre signos de interrogación por qué ¿en un plano real, puede llegar a garantizarlo? Desventajas: cubre parcialmente, por cuestiones de género, pero no así perspectiva de niñez. |

Elaboración propia.

V. BIBLIOGRAFÍA

BELOFF, Mary, *Derechos del Niño*, 2º edición, Hammurabi, 2019, Buenos Aires.

—, “El menor de edad víctima en el proceso judicial: garantías procesales y deberes de prestación positiva del Estado” en *Acceso a la justicia de niños/as víctimas. Protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes víctimas o testigos de delitos o violencia*, 2009, pp. 21-30.

- , “La protección de los derechos de las niñas en la justicia juvenil”, HERRERA, Marisa, FERNÁNDEZ, Silvia E. y DE LA TORRE, Natalia en *Género, Derecho constitucional y derechos humanos*, Tomo II, Rubinzal Culzoni, 2019, Buenos Aires.
- , “Modelo o Sistema acusatorio. ¿Lo irreal vs. lo real?”, ponencia presentada en *VIII Congresso Internacional da Mentalidade Inquisitória*, 2021.
- , “Un modelo para armar ¡y otro para desarmar! Protección integral de derechos del niño vs. derechos en situación irregular” en *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, Editores del Puerto, 2004, Buenos Aires.
- , KIERSZENBAUM, Mariano, & TERRAGNI, Martiniano, “La justicia juvenil y el juicio por jurados” en *La Ley*, N° 183, 2017. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, “Juicio por jurados”, Ley 6451, 30/09/2021.
- CLÉRICO, Laura, “Hacia un análisis integral de estereotipos: desafiando la garantía estándar de imparcialidad” en *Revista Derecho del Estado*, N° 41, de 2018, pp. 67-96.
- Comité de Derechos del Niño, CRC/C/GC/13, Observación General N° 13, 18/04/2011.
- Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la Mujer, 06/09/1994, Belem Do Para, Brasil, e.v. 03/05/1995.
- Convención sobre los Derechos del Niño, 20/11/1989, Nueva York, Estados Unidos, e.v. 02/09/1990.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Castillo Petruzzi y otros vs. República del Perú”, 03/05/1999, Serie C, N° 52.
- , “Caso Claude Reyes y otros vs. Chile”, 19/09/2006, Serie C, N° 151.
- , “Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica”, 02/07/2004, Serie C, N° 107.
- , “Caso González y otras (‘Campo Algodonero’) vs. México”, 16/11/2009, Serie C, N° 205.
- , “Caso López Mendoza vs. Venezuela”, 01/11/2011, Serie C, N° 233.
- , “Castillo Petruzzi y otros vs. República del Perú”, 30/05/1999, Serie C, N° 41.
- , “Caso Véliz Franco y otros vs. Guatemala”, 19/05/2014, Serie C, N° 277.
- , “Caso V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua”, 08/03/2018, Serie C, N° 350.
- DEZA, Soledad, “Ni rebrote punitivista, ni paternalismo penal: juicio oportuno para las mujeres víctimas de violencia” en *Revista Pensamiento Penal*, 2013, Buenos Aires.

- DI CORLETO, Julieta, *Género y justicia penal*, Didot, 2017, Buenos Aires.
- DI CORLETO, Julieta & PIQUÉ, María L., “Pautas para la recolección y valoración de la prueba con perspectiva de género” en HURTADO POZO, José & OLAZÁBAL, Elvira Álvarez, *Género y derecho penal*, Instituto Pacífico, 2017.
- GONZÁLEZ, Cecilia, “Juicio por jurados y debida diligencia en el juzgamiento de la violencia de género. Las instrucciones al jurado”, en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 2021, N° 1, pp. 133-164.
- HENDLER, Edmundo S., *El juicio por jurados. Significados, genealogías, incógnitas*, Editores del Puerto, 2006, Buenos Aires.
- HODGKIN, Rachel y NEWELL, Peter, *Manual de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño*, UNICEF, 2002.
- LAJE ANAYA, Justo, “Delitos y Contravenciones” en *Lecciones y Ensayos*, 1964, N° 28, p. 31-46.
- LANGER, Máximo, “La dicotomía acusatorio—inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado” en MAIER, Julio B. y BOVINO, Alberto, *El procedimiento abreviado*, Editores del Puerto, 2001, Buenos Aires.
- , “La larga sombra de las categorías acusatorio—inquisitivo”, *Revista de Derecho Pública*, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, N° 32, 2014.
- MAIER, Julio B., *Derecho procesal penal, Tomo I, Fundamentos*, 2° ed., Editores del Puerto, 2004, Buenos Aires.
- MONOD NÚÑEZ, Paula, “¿Es constitucional la imposibilidad de recurrir la sentencia absolutoria del jurado en casos de violencia de género, o contrariamente es violatoria de Tratados Internacionales con pasible responsabilidad para el Estado argentino?” en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal de la CABA*, N° 16, 2020.
- Poder Judicial de Córdoba, “Conceptos básicos para juzgar con perspectiva de género”, URL <https://www.justiciacordoba.gob.ar/Estatico/justiciaCordoba/files/Contenido/TSJ/juradosPopulares/Conceptos%20b%C3%A1sicos%20para%20juzgar%20con%20perspectiva%20de%20g%C3%A9nero.pdf> consultado 01/12/2023.
- Provincia de Buenos Aires, “Juicio por Jurados”, Ley 14543, 20/11/2023.
- Provincia de Catamarca, “Juicio por Jurados, Organización de la Justicia”, Ley 5719, 28/10/2021.
- Provincia de Chaco, “Ley de juicio penal por jurados en Chaco”, Ley 7661, 15/09/2015.

- Provincia de Chubut, “Juicio por Jurados”, Ley XV N° 30, 22/12/2022.
- Provincia de Córdoba, “Ley de Jurados Populares”, Ley 9182, 22/09/2004.
- Provincia de Entre Ríos, “Juicio por Jurados”, Ley 10746, 07/11/2019.
- Provincia de Mendoza, “Juicio por Jurado”, Ley 9106, 16/10/2018.
- Provincia de Neuquén, “Código de Procedimiento Penal de la Provincia de Neuquén”, Ley 2784, 24/11/2011.
- Provincia de Río Negro, “Reforma Código Procesal Penal”, Ley 5020, 10/12/2014.
- Provincia de San Juan, “Código Procesal Penal de la Provincia de San Juan”, Ley 18581, 08/11/2018.
- República Argentina, “Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes”, Ley 26061, 28/09/2005.
- República Argentina, “Ley de Protección Integral a las Mujeres”, Ley 26385, 11/93/2009.
- ROMANO Aldana, PORTERIE Sidonie & HANS Valerie, “El jurado neuquino: el comienzo del jurado clásico en la Argentina”, en *Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales*, Ed. 2021.
- SANCINETTI, Marcelo A. “Testimonio único y principio de la duda” en *In-Dret*, 2013, N° 3, Barcelona.
- SCHIAVO, Nicolás, *El juicio por jurados*, Hammurabi, 2016, Buenos Aires.
- Corte Suprema de los Estados Unidos, *Batson v. Kentucky*”, 30/04/1986.
- , “*J.E.B. v. Alabama ex rel T.B.*”, 19/04/1994.
- , “*Taylor v. Louisiana*”, 21/01/1975.
- TERRAGNI, Martiniano & FREEDMAN, Diego, “Los derechos de niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos y su recepción en el derecho argentino” en *Acceso a la justicia de niños/as víctimas. Protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes víctimas o testigos de delitos o violencia*, 2009, pp. 07-18.



CORRUPCIÓN Y DERECHOS HUMANOS EN AMÉRICA LATINA: EL PARTICULAR IMPACTO EN LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES, CULTURALES Y AMBIENTALES*

SOFÍA PASQUINI**

Resumen: El presente trabajo tiene por objeto indagar en el vínculo existente entre la corrupción y los derechos humanos. Se busca demostrar cómo la relación entre estos fenómenos adquiere una connotación particular en Latinoamérica, donde la corrupción se ha constituido en una práctica permanente que impide la construcción de democracias sólidas y fundadas en los derechos humanos y en instituciones fuertes y confiables. Con dicho fin se formulan algunas consideraciones conceptuales y luego se analizan los avances del sistema interamericano de derechos humanos, que ha virado del estudio fragmentado a un enfoque que promueve el diálogo entre los regímenes jurídicos que regulan ambos fenómenos. Por último, se analizan casos acontecidos en Guatemala y Colombia, y se formulan algunas reflexiones finales sobre por qué las políticas públicas en materia de corrupción deberían tener una perspectiva de derechos humanos, haciendo hincapié en la recuperación de los bienes que, producto de la corrupción, no se destinan al cumplimiento efectivo de los derechos.

Palabras clave: corrupción — democracia — estado de derecho — derechos humanos — instituciones — derechos económicos, sociales y culturales — sistema interamericano de derechos humanos

Abstract: The aim of this paper is to investigate the link between corruption and human rights. It seeks to demonstrate how the relationship between these phenomena takes on a particular connotation in Latin America, where corruption has become a permanent practice that prevents the construction of solid democracies based on human rights and strong and reliable institutions. To this

* Recepción del original: 15/02/2023. Aceptación: 17/05/2023.

** A mamá, con amor.

end, some conceptual considerations are formulated, followed by an analysis of the progress made by the Inter-American human rights system, which has shifted from a fragmented study to an approach that promotes dialogue between the legal regimes that regulate both phenomena. Finally, we analyze cases in Guatemala and Colombia, and offer some final reflections on why public policies on corruption should have a human rights perspective, with an emphasis on the recovery of assets that, as a result of corruption, are not used for the effective fulfilment of rights.

Keywords: corruption — democracy — rule of law — government — human rights — institutions — economic, social and cultural rights — inter—american human rights system

I. INTRODUCCIÓN

Este ensayo se enmarca en la creciente discusión sobre el vínculo existente entre la corrupción, la protección, y el efectivo ejercicio de los derechos humanos. En los últimos años, Naciones Unidas y las organizaciones regionales han reconocido cada vez más los impactos negativos de la corrupción sobre el disfrute de los derechos humanos. En la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción se expone que la corrupción:

“[...] socava la democracia y el Estado de derecho, da pie a violaciones de los derechos humanos, distorsiona los mercados, menoscaba la calidad de vida y permite el florecimiento de la delincuencia organizada, el terrorismo y otras amenazas a la seguridad humana”.¹

Al mismo tiempo, aconteció a nivel internacional y regional un cambio de paradigma en el que se abandonó el estudio separado de ambos fenómenos para dar lugar a una comprensión más arraigada acerca del vínculo entre la corrupción y las violaciones a los derechos humanos por parte de actores e instituciones internacionales, con miras a desarrollar una agenda conjunta de lucha anticorrupción y promoción de derechos humanos.

1. Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, 31/10/2003, Preámbulo, párr. 1.

El objetivo de este estudio es explorar las distintas dimensiones que conforman la relación entre corrupción y derechos humanos, con especial hincapié en Latinoamérica. En años recientes, cobró fuerza en los países que integran la región la necesidad de explorar los elementos institucionales que impiden la construcción de democracias sólidamente fundadas en los derechos humanos en contextos posdictatoriales. La corrupción ha demostrado ser uno de los factores de más repercusión en la estabilidad de los incipientes sistemas democráticos latinoamericanos, toda vez que deslegitima las instituciones y aumenta la desigualdad social. Eso explica que el presente trabajo se detenga también en las interacciones entre la corrupción y la tríada democracia, Estado de derecho y derechos humanos.

Al momento de hablar de corrupción se busca lograr una conceptualización sencilla, pero abarcativa, de las diferentes aristas del fenómeno, dejando en claro que, si bien la corrupción puede manifestarse de diversas formas, no todas ellas constituyen violaciones de los derechos humanos. Asimismo, se evalúa como dificultad inicial el hecho de que los instrumentos en torno a los cuales está organizada la lucha internacional contra la corrupción no se pronuncian de manera determinante respecto de su definición y mucho menos respecto de su vinculación con los derechos humanos, lo que dificulta la conceptualización del fenómeno.

La hipótesis que se pretende demostrar es que la vulneración de derechos humanos causada por actos de corrupción es particularmente preocupante en la región por estar estas prácticas instauradas independientemente del gobierno de turno. En este sentido, se busca echar luz sobre el hecho de que la corrupción moviliza recursos que afectan seriamente la posibilidad de los Estados de cumplir con sus funciones de garantía y protección de derechos. En especial, hemos considerado relevante ciertos derechos que se ven especialmente vulnerados, como los derechos económicos, sociales y culturales, para lo cual, además, se evalúan casos de la jurisprudencia del sistema interamericano.

Este recorrido busca explicar la necesidad de profundizar y avanzar en un enfoque de la lucha anticorrupción multinivel, basado en los derechos humanos, cuya finalidad sea articular los derechos los ciudadanos con las obligaciones internacionales de los Estados asumidas en los tratados. Para ello, se propone el siguiente esquema de análisis: formular algunas consideraciones conceptuales de la corrupción; luego, analizar el fenómeno de corrupción en la tríada democracia, Estado de derecho y derechos humanos, y el vínculo de la corrupción con los derechos humanos, continuar con

un estudio de la situación actual del sistema interamericano de derechos humanos y sus más recientes aportes, haciendo alusión a casos recientes de la región, para así terminar con algunas conclusiones finales.

II. EL FENÓMENO DE LA CORRUPCIÓN

El término corrupción no es de índole técnica; no se considera un delito en la mayoría de los códigos penales alrededor del mundo y no tiene tampoco una definición legal en los tratados internacionales,² ni en los instrumentos que forman el cuerpo normativo de lucha contra la corrupción a nivel latinoamericano,³ que se limitan a enumerar aquellos actos que lo constituyen. Aun así, está fuera de discusión que la corrupción no es un fenómeno exclusivo de la actualidad ni de un momento histórico concreto. Por el contrario, es transversal y anómalo y se ha encontrado presente en todas las sociedades humanas a lo largo de la historia.

Desde la antigüedad, la corrupción de los sistemas de gobierno constituye uno de los temas recurrentes que interroga a los filósofos políticos como Platón en la *República*,⁴ Maquiavelo en sus obras en torno a la estabilidad política de los Estados⁵ y Montesquieu en *El espíritu de las leyes*.⁶ Ello problematiza su conceptualización, la cual debe ser lo suficientemente amplia como para abarcar una pluralidad de comportamientos que se han desarrollado a lo largo de siglos y por parte de personas pertenecientes a culturas y épocas variadas. La amplitud del concepto también debe responder a la complejidad del fenómeno: en todo caso, debe tenerse presente que “la corrupción es un fenómeno complejo que afecta a los derechos humanos en su integralidad —civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales—”.⁷

2. PETERS, “Corrupción y derechos humanos”, p. 28.

3. Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC), la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC) o la Convención sobre la Lucha contra el Cohecho de los Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la Organización para la Cooperación el Desarrollo Económico (OCDE).

4. PLATÓN, *República*.

5. MAQUIAVELO, Discursos sobre la primera década de Tito Livio.

6. MONTESQUIEU, *El espíritu de las leyes*.

7. CIDH, Resolución 1/18, 02/03/2018, p. 1.

Si bien no existe una definición comprensiva y universalmente aceptada de la corrupción, es posible identificar una concepción más o menos arraigada de lo que significa en las sociedades modernas. Esta idea entiende a la corrupción como una conducta que involucra un abuso de poder delegado para la obtención ilegítima de un beneficio privado, económico o de otro carácter,⁸ constituyendo un fenómeno complejo vinculado al ejercicio abusivo del poder. En concordancia, Transparencia Internacional la define como "el abuso de poder en beneficio propio".⁹ Warren agrega a esta discusión el entendimiento de la corrupción como una forma de exclusión engañosa o fraudulenta, toda vez que implica excluir de las decisiones colectivas a personas que, conforme reglas democráticas, tienen derecho a ser incluidas, con el fin de obtener ganancias en perjuicio de la colectividad.¹⁰

Ante la confluencia de diferentes conceptos, cabe mencionar el trabajo de Nash¹¹ que propone evaluar los elementos del acto para confirmar si estamos o no ante un fenómeno de corrupción. En términos de Nash, para esto deben confluir los siguientes elementos: (i) que exista de un sistema normativo que le otorgue a uno o varios agentes competencias para tomar decisiones en función de intereses que no son los suyos; (ii) que haya una violación de deber motivada por la obtención de un beneficio extraposicional, que no podría obtenerse cumpliendo con el deber que impone la norma; y (iii) que el agente oculte esa conducta corrupta por la carga negativa que implica la violación de un deber y por las sanciones que la mayoría de las veces llevan asociadas.

Este concepto amplio de corrupción logró extender el campo de referencia y permitir que determinados actos que, normalmente, no serían vistos como corruptos sean reconocidos como tales. Por un lado, la corrupción fue sacada del ámbito exclusivamente público al cual fue tradicionalmente asociada, para permitir una concepción de actos corruptos en la esfera privada, sin intervención de funcionarios del Estado. Para esto último, se coloca el foco no tanto en el bien o los valores que son agredidos por el acto corrupto, sino en el modo en el cual se agreden bienes jurídicos

8. MONTESQUIEU, *El espíritu de las leyes*.

9. Transparencia Internacional, "Guía de lenguaje claro sobre lucha contra la corrupción", p. 23.

10. WARREN, "What Does Corruption Mean in a Democracy?", p. 48.

11. NASH ROJAS, AGUILÓ BASCUÑAN & BASCUR CAMPOS, *Corrupción y derechos humanos: Una mirada...*, p. 16.

a priori indeterminados, transgrediendo potestades conferidas en intereses de terceros. Corresponde aquí aclarar que en este estudio nos preocupa estudiar la corrupción en el ámbito público, por su especial nexo con los derechos humanos.

Asimismo, si bien la corrupción puede manifestarse por un acto aislado de abuso de la función de poder en beneficio privado (propio o de terceros) o de una forma más compleja o estructural, mediante una práctica que define el funcionamiento de ciertas instituciones y que opera a través de redes de poder (lícito e ilícito), es esta última la que particularmente nos interpela en este trabajo. Esto a la luz de que las formas de corrupción relevantes en materia de derechos humanos serán aquellas cotidianas, ampliamente extendidas, que impactan de manera desproporcionada a sectores más vulnerables por su contacto permanente y de dependencia con los servicios públicos.¹²

III. CORRUPCIÓN Y LA TRÍADA DE DERECHOS HUMANOS, DEMOCRACIA Y ESTADO DE DERECHO

Para el análisis de la vinculación entre corrupción y derechos humanos, democracia y Estado de derecho, vale la pena partir de un esquema que se desprende de la centralidad que los derechos humanos han adquirido en las últimas décadas: existe una relación directa entre los derechos humanos (premisa o pacto mínimo), el acuerdo político (forma democrática de gobierno) y la forma en que se estructura el poder (Estado de derecho).¹³ Es decir, si los derechos humanos son un supuesto de la democracia y si el Estado de derecho es el mecanismo a través del cual se organiza el poder público para dar concreción a la organización legítima del poder, las formas de afectación de cualquiera de los tres elementos son de relevancia moral y jurídica en el marco de la ética política democrática. Desde aquí podemos establecer una primera conexión con la corrupción.

La idea de la centralidad de los derechos humanos y su concepción como pacto mínimo —moral y jurídico— tiene su origen en la doctrina

12. NASH ROJAS, AGUILÓ BASCUÑAN & BASCUR CAMPOS, *Corrupción y derechos humanos: Una mirada...*, p. 69.

13. NASH ROJAS, "Corrupción, democracia, Estado de derecho y...", p. 19.

de los derechos naturales de fines del siglo XVII, que responde a los abusos del poder monárquico absolutista, predicando que los seres humanos, por el solo hecho de ser tales, estaban dotados de derechos anteriores a la sociedad política de la cual formaban parte. Más allá del alcance de dicha doctrina, el reconocimiento y respeto por los derechos humanos fue por mucho tiempo un asunto discrecional de cada Estado. Esto cambió pos Segunda Guerra Mundial, donde los derechos pasan a ser un proyecto internacional y el trato que cada Estado brinda a los individuos sujetos a su jurisdicción deja de ser discrecional y pasa a obedecer las bases establecidas por un nuevo orden internacional.

Por su parte, el concepto de Estado de derecho aparece como un sistema de reglas en el que todas las personas, instituciones y entidades están sometidas a la ley, la cual se aplica de forma equitativa, justa y con total apego a los derechos humanos.¹⁴ Este modelo tiene su origen en los Estados modernos, en los que también se buscó reducir el poder de los monarcas e instaurar regímenes políticos basados en leyes que no debían violarse ni aplicarse de manera discriminatoria. No obstante, no es un concepto neutral, dado que no es predicable respecto de cualquier ordenamiento jurídico que funcione regularmente, lo es solo respecto de los Estados democráticos y republicanos.¹⁵

Con lo dicho, son evidentes los efectos negativos que el fenómeno de la corrupción tiene en el Estado de derecho, en tanto implica un apartamiento de la ley que debería regular el ejercicio del poder estatal. La corrupción es particularmente nociva al sistema democrático y republicano, que centraliza el poder legítimo de toma de decisiones en el Estado, cuando esos actos desvían las decisiones desde el bien común a beneficios privados, rompiendo esa base de convivencia democrática al generar privilegios en el acceso a la toma de decisiones.¹⁶ De ahí que en una sociedad democrática sea necesario prevenir y reprimir las prácticas corruptas que afectan el principio de igualdad, el imperio de la ley y la garantía de los derechos humanos.

14. Definición de *World Justice Project*.

15. Corte IDH, "Caso Alvarado Espinoza y otros vs. México. Fondo, Reparaciones y Costas", párr. 181.

16. NASH ROJAS, "Corrupción, democracia, Estado de Derecho y...", p. 21.

IV. CORRUPCIÓN Y DERECHOS HUMANOS

Establecido el marco común de la corrupción y los derechos humanos dentro de la ética política democrática, pasaremos a determinar el vínculo exclusivo entre ambos fenómenos. Es importante aclarar que la corrupción puede presentarse en distintas formas y en todas ellas hay afectación del sistema democrático y el Estado de derecho, pero no todas constituyen violaciones de los derechos humanos. En esta sección se evalúa en más detalle cuándo hay afectación de derechos humanos y de qué manera puede darse.

Tal como se adelantó algunos párrafos atrás, los derechos humanos son el sistema normativo más ampliamente reconocido, sobre el cual descansa el proyecto de comunidad internacional fundado tras la Segunda Guerra Mundial. Si bien esto no quiere decir que se hayan acabado las controversias en torno su cumplimiento, implica que existe un entendimiento compartido respecto de que los derechos humanos establecen una relación entre las personas naturales y los Estados, en la que los primeros son portadores de derechos y los segundos poseedores de obligaciones, con el objeto de asegurar las condiciones indispensables para alcanzar una vida digna.

La corrupción es un mal que aqueja a las incipientes democracias tanto en América Latina como el resto del mundo. Desde la perspectiva de los derechos humanos, la corrupción puede ser vista como uno de los mayores obstáculos en el cumplimiento de la obligación estatal de promover y proteger a los derechos humanos. Sistemas políticos corruptos niegan el derecho fundamental a la participación democrática. La corrupción en el sistema judicial no solo niega el derecho a la igualdad frente a la ley, sino a las mismas garantías judiciales declaradas por los instrumentos internacionales de derechos humanos. La corrupción en las funciones públicas pone a riesgo el derecho a la vida, por ejemplo, cuando se les niega asistencia médica a personas con enfermedades o se permite la construcción de edificios y obras públicas defectuosas por defectos en los procesos de selección del prestador de servicios.

Pese a las evidencias de vinculación entre los derechos humanos y la corrupción y al desarrollo de los estudios de cada concepto por separado,¹⁷ durante muchos años las convergencias entre la agenda anticorrupción y la

17. BURNEO LABRÍN, "Corrupción y derecho internacional de los...", pp. 333-347.

protección de los derechos humanos se mantuvieron separadas.¹⁸ Es recién a partir de la primera década del siglo XXI que empieza a tomar fuerza la visión que asume que existe esta conexión y se dan los primeros avances a nivel internacional y regional. En 2003, la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas publicó el primer documento que vinculaba corrupción y derechos humanos,¹⁹ marcando precedente para lo que fueron luego varias conferencias que trataron el vínculo en el marco de la ONU. En su Informe Anual de 2005, la CIDH notaba que:

“[...] el fenómeno de la corrupción no solo atañe a la legitimidad de las instituciones públicas, a la sociedad, al desarrollo integral de los pueblos [...] sino que tiene además un impacto específico en el disfrute efectivo de los derechos humanos de la colectividad en general”.²⁰

Parte del avance implicó abandonar la comprensión tradicional del fenómeno de la corrupción, que veía en este un delito sin víctimas y que pensaba que “el accionar irregular de algunos funcionarios o instituciones solo afectaba al Estado”.²¹ En efecto, tal como lo confirmó Transparencia Internacional,²² el enfoque basado en derechos humanos implicó un cambio de eje respecto de la perspectiva tradicional, ya que su mirada no se posa sobre los efectos de la corrupción en la eficiencia económica, sino sobre las personas y las consecuencias devastadoras que la corrupción tiene para sus vidas. Así, un aspecto en el que se ha progresado y respecto del cual hoy existen pocas dudas es en el entendimiento de la corrupción como vulneración de los derechos humanos.

Erradicadas las dudas respecto de la existencia de un vínculo estrecho entre ambos fenómenos, cabe mencionar algunos lineamientos que guíen su análisis, atento la complejidad que lo caracteriza. En términos de Nash,

18. ZALAQUETT, *Transparencia, rendición de cuentas y lucha contra la corrupción en América*, p. 348.

19. ECOSOC, E/CN.4/Sub.2/2003/18.

20. CIDH, OEA/Ser.L/V/II.124 Doc. 7, párr. 132.

21. SOSA, *Perspectiva del derecho penal sobre los...*, p. 45.

22. NASH ROJAS, AGUILÓ BASCUÑAN & BASCUR CAMPOS, *Corrupción y derechos humanos: Una mirada...*, p. 27.

para determinar si una práctica corrupta vulnera o no un derecho humano es necesario aclarar primero cuáles son las obligaciones que se derivan del derecho en cuestión. Para eso hay que determinar el contenido y alcance del derecho y relacionarlo con las obligaciones generales de respeto y garantía. Así, sabremos a qué está obligado el Estado respecto del derecho analizado.²³

Luego, debe determinarse en cada caso cómo y en qué grado un acto corrupto viola un derecho humano. Desde una perspectiva general, hay dos tipos de vínculos causales. En primer lugar, un acto corrupto viola directamente un derecho humano cuando significa el incumplimiento inmediato de una obligación estatal referida a dicho derecho.²⁴ Por ejemplo, un juez que acepta un soborno afecta su imparcialidad en el juicio y, por tanto, viola el derecho a un juicio justo. También hay ejemplos que muestran formas no individuales sino institucionales de posición de poder, en que el fenómeno de la corrupción impacta directamente en el ejercicio de derechos humanos como vida, salud o integridad personal, como se dio en el caso de afectación del Programa de Alimentación Escolar (PAE) por parte de instituciones aquejadas de corrupción en Colombia²⁵ que se describe más adelante. Es posible ver cómo la corrupción puede no solo significar la vulneración en casos individuales, sino también transformarse en un obstáculo estructural al ejercicio y goce de tales derechos.

En segundo lugar, se considera al acto corrupto como afectación indirecta de los derechos cuando funciona como antecedente esencial en una cadena de acontecimientos que conduce a la violación de un derecho. En estos casos decimos que el acto corrupto genera un riesgo directo de que se produzca una vulneración, pero no que su realización significa inmediatamente la violación de un derecho. Por ejemplo, si un funcionario de aduana permite la importación de desechos tóxicos desde otro país a cambio de un soborno y luego esos desechos se tiran en una zona habitacional afectando el derecho a la salud y la vida de quienes allí habitan. Un caso real acontecido en Guatemala respecto del sistema de adopción ilegal que constituye un ejemplo de esta dinámica será tratado más adelante.

23. NASH ROJAS, AGUILÓ BASCUÑAN & BASCUR CAMPOS, *Corrupción y derechos humanos: Una mirada...*, p. 27.

24. NASH ROJAS, "Derechos humanos y corrupción: Un enfoque...", pp. 25-26.

25. CNN Español, "No solo es la comida en...", 27/02/2018.

V. CORRUPCIÓN Y DERECHOS HUMANOS EN LAS DEMOCRACIAS LATINOAMERICANAS

El fenómeno de la corrupción es hace ya muchos años un mal endémico para la región latinoamericana. De conformidad con cifras del World Economic Forum (Foro Económico Mundial), los montos involucrados en corrupción ascenderían al 5 % del producto interno bruto (PIB) mundial.²⁶ Este desvío de fondos muchas veces funciona como base del argumento de la falta de recursos para justificar la insatisfacción de los derechos, sobre todo sociales, cuando lo que realmente sucede es que tales recursos existen, pero son utilizados en beneficio privado o mal administrados en políticas públicas atravesadas por la corrupción.

Asimismo, según el último "Índice de Percepción de la Corrupción" elaborado por Transparencia Internacional, los niveles de corrupción se han estancado en los últimos diez años, en medio de un entorno de abusos a los derechos humanos y deterioro de la democracia. Conforme surge de este, la región está en la medianía de la tabla mundial en materia de corrupción, lo que evidencia que se encuentra estancada y prácticamente no muestra avances en su lucha contra la corrupción.²⁷ En efecto, la población suele catalogar al fenómeno como uno de los principales responsables de la economía de algunos de sus países, la inseguridad, el desempleo, la violencia y la deficiencia en la prestación de los servicios públicos domiciliarios.²⁸

En los países latinoamericanos, la necesidad de explorar los elementos institucionales que impiden la construcción de democracias sólidamente fundadas en los derechos humanos surge a partir de los procesos de construcción o consolidación democrática. Uno de estos obstáculos, sin lugar a duda, es el fenómeno de la corrupción.²⁹ Desde hace décadas se registran innumerables casos de corrupción que han impactado distintos gobiernos de la región e incluso puede afirmarse que luego de iniciados los procesos de pacificación y consolidación de los Estados, los casos se han multiplicado en forma extremadamente preocupante.³⁰

26. World Economic Forum, "Reporte Anticorrupción".

27. TRANSPARENCIA INTERNACIONAL, "Américas: el debilitamiento de la democracia y el auge del populismo", 29/01/2019.

28. CNN Español, "Los países con más (y menos)...", 27/02/2018.

29. NASH ROJAS, "Derechos humanos y corrupción: Un enfoque...", p. 2.

30. CIDH & OEA, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 236, p. 23.

En la región, varios jefes de Estado han sido condenados por corrupción o bien han sido destituidos. Arnaldo Alemán continúa en la cárcel en Guatemala y Luis González Macchi permaneció 12 años en prisión. En Perú, Ollanta Humada se encuentra en la cárcel y Alberto Fujimori sufrió una condena de diez años y fue liberado, mientras que Alejandro Toledo está prófugo. En 1996, Carlos Andrés Pérez, dos veces presidente de Venezuela, fue condenado a 2 años y 4 meses de prisión. En Brasil, el fiscal Sergio Moro condujo la investigación "Lava Jato" de corrupción transnacional y en ese proceso Lula da Silva recibió una condena a 12 años. Amado Boudou, exvicepresidente de la Argentina, recibió una condena de 5 años y 6 meses de prisión en 2018.

La particularidad de la corrupción en Latinoamérica y su impacto negativo en los derechos humanos, radica en que cada vez más situaciones se alejan del paradigma de violaciones masivas y sistemáticas propio de las dictaduras. Se trata en cambio de situaciones en que la principal fuente de las violaciones es estructural, esto es, se sustenta en un diseño institucional (precario o estructuralmente discriminatorio) y en el ambiente cultural.³¹ La corrupción se genera o es facilitada por el modo en que las instituciones están organizadas, como suerte de patrones estructurales firmemente arraigados y enfocados en grupos determinados y cuyos derechos se violan precisamente en función de dicha pertenencia. Es un funcionamiento preestablecido con el que cada gobierno se encuentra al llegar al poder y que año a año cala más profundo, dificultando su eliminación.

Esto implica la existencia de dos fenómenos estructurales que afectan la vigencia de derechos humanos en la región. Por un lado, la discriminación estructural, que alude a una distinción institucionalizada que opera como mecanismo de segregación de grupos vulnerados. Es la preferencia sistemática en favor de los intereses de determinados grupos sociales en desmedro de otros, en función de ciertos marcadores sociales, como son la clase social, el género, la identidad étnica, la pertenencia cultural, etcétera. Por otro lado, la corrupción estructural, que funciona como práctica ilegal que determina el funcionamiento de ciertas instituciones y opera a través de una red de poder para mantener impunes a quienes le son funcionales. Esto incluso ha sido llevado más allá por ciertos literarios que determinan

31. GONZÁLEZ LE SAUX & NASH ROJAS, "Transparencia, lucha contra la corrupción y...", p. 20.

que hay “captura del Estado” cuando estos intereses corruptos calan profundo a niveles de incidir en la producción de las normas y políticas públicas de un Estado.

En efecto, la CIDH en su informe temático sobre “Derechos humanos y corrupción: Estándares interamericanos” de 2019 confirma esto. Esta aproximación concluye en que la corrupción presenta en la región características estructurales, donde concurren elementos institucionales (concentración de poder, desvío de fondos, ausencia de control, impunidad) y culturales (tolerancia a la corrupción) que explican la convivencia de distintas formas de corrupción en los países bajo su mandato.³² Diversos análisis llevados a cabo en la región muestran que la propia ciudadanía desempeña un papel clave en hacer de la corrupción algo “normal”, esperado y aceptable. Por un lado, existe evidencia de que, bajo determinadas circunstancias, los ciudadanos respaldan a políticos y gobernantes corruptos.³³ Por otro, se ha encontrado que las personas consideran admisible participar en la corrupción, accediendo a pagar sobornos, aun cuando puedan sentir un rechazo intrínseco hacia esa práctica, ya sea porque desconfía de la integridad del régimen político, porque ha sido víctima de corrupción o porque la percibe como parte necesaria e instaurada en el sistema político.³⁴

VI. EL IMPACTO PARTICULAR DE LA CORRUPCIÓN EN LOS DESC

En este apartado se tomará como punto de partida el concepto de discriminación estructural antes propuesto. Cuando esta discriminación se arraiga en las instituciones públicas, el poder público deja de ser aplicado a todos por igual, formándose canales paralelos para acceder a los servicios públicos. Este sistema paralelo es corrupción y es posible deducir que afecta selectiva y desproporcionadamente a los grupos menos aventajados, profundizando así su situación de vulnerabilidad.³⁵ En este sentido, es importante detenernos en los impactos de la corrupción específicamente en los DESC, ya que es una arista del problema que muestra graves consecuencias socioeconómicas.

32. CIDH & OEA, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 236, párr. 103.

33. CHANG & KERR, “An Insider-Outsider Theory of Popular...”.

34. MORRIS, “Disaggregating Corruption: A Comparison of Participation...”.

35. GRUENBERG, “Enfrentando la corrupción con medidas antidiscriminación”, p. 20.

Los DESC encuentran su fundamento en la dignidad humana, aseguran un cierto nivel de bienestar material y social y son, por ende, indivisibles y complementarios de los derechos civiles y políticos.³⁶ El reconocimiento de los DESC no es un mero catálogo de buenas intenciones por parte de los Estados, sino que derivan de tratados internacionales de derechos humanos, como el PIDESC. Asimismo, las discusiones en torno a la exigibilidad y justiciabilidad de estos derechos parece haber saldado la discusión estableciendo que los DESC "deben ser entendidos integralmente como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello".³⁷

La particularidad que presentan estos derechos es que, mientras que la directriz general en los derechos civiles y políticos es que el Estado se abstenga de actuar y respete las libertades (obligación de "no hacer"), en el caso de los DESC se espera del Estado un rol activo, acciones concretas (obligación de "hacer").³⁸ Y si bien es cierto que todos los derechos humanos importan costos, en los DESC se exige al Estado participación en la financiación y provisión de medidas que permitan su concreción, por ejemplo, con los presupuestos relacionados con asignaciones de proyectos de obras públicas.

Esto nos lleva a pensar que el rol activo que se le exige a los Estados para efectivizar los DESC los vuelve más endeble a las consecuencias de la corrupción: los grandes contratos que celebran los Estados para proveer o regular la provisión de servicios relacionados con la salud, la vivienda, el agua y la educación son ocasiones idóneas para la comisión de actos de corrupción a gran escala. Tales malversaciones de recursos impactan negativamente en la posibilidad de los gobiernos de cumplir con las medidas para el cumplimiento de los DESC, las cuales exigen el desembolso de grandes sumas de dinero.

Todo ello configura dos incumplimientos: por un lado, del principio del "máximo de los recursos disponibles", al que queda obligado el Estado en virtud del artículo 2.1 del PIDESC, tal como lo afirmó la CIDH en su informe de 2019.³⁹ Por otro lado, implica incumplimiento del deber que el

36. NOGUEIRA ALCALÁ, "Los derechos económicos, sociales y culturales...", p. 148.

37. Corte IDH, "Caso Acevedo Buendía", considerando 101.

38. Naciones Unidas, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, "La lucha contra la corrupción: desde...", p. 136.

39. CIDH & OEA, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 236, p. 24.

Estado tiene de asignar los recursos con un orden de prioridad en el cual la promoción de los derechos humanos y el principio de progresiva efectividad de los DESC estén primeros.

En este marco, se entiende que los grupos en situación de vulnerabilidad son los más afectados por el desvío de fondos estatales. Esto puede darse porque los presupuestos que se malversan suelen ser los que deberían destinarse a esos grupos, porque los sobornos exigidos afectan más a los grupos económicamente desaventajados o porque el acto de corrupción simplemente refuerza un criterio social de discriminación preexistente.⁴⁰ A la vez, sufren los mayores impactos de la corrupción en los niveles de crecimiento y estructura de un país al detraer recursos de la inversión pública que debería destinarse a favorecer la educación básica, mejorar la salud pública, fomentar la participación democrática de amplios sectores.⁴¹

Todo esto es particularmente alarmante en los países latinoamericanos, no solo por las endebles estructuras democráticas de las que hablamos algunas líneas atrás, sino por las cifras que reflejan la cantidad de personas viviendo en condiciones de vulnerabilidad: en el Informe Mundial 2023,⁴² Human Rights Watch afirma que, en América Latina, casi un tercio de la población vive en la pobreza y más de una décima parte en la pobreza extrema. Más de la mitad de los ingresos totales de la región van a parar al 20 % más rico. El racismo estructural continúa presente y la pobreza y la desigualdad afectan en forma desproporcionada a mujeres, niños, niñas y personas indígenas como parte de grupos vulnerables.

VII. CORRUPCIÓN Y DERECHOS HUMANOS EN EL SISTEMA INTERAMERICANO

El fenómeno de la corrupción y su relación con los derechos humanos, en espacial los DESC, es una materia que solo ha sido explorada por la Corte IDH en tiempos recientes. Ya se comienzan a configurar estándares jurisprudenciales generales sobre el tema y puede afirmarse que en el ámbito regional del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH),

40. VÁZQUEZ VALENCIA, *Corrupción y derechos humanos ¿por dónde...*, p. 30.

41. MALEM SEÑA, "Corrupción y derechos humanos", p. 68.

42. Human Rights Watch, "Informe Mundial 2023".

se ha identificado a la corrupción como un obstáculo para la garantía de los derechos y se ha dejado claro cómo perjudica la democracia de los Estados.

Antes de adentrarnos en la jurisprudencia más actual e ilustrativa, cabe analizar los avances más recientes en el SIDH tendientes a analizar el fenómeno de la corrupción y su impacto en los derechos humanos. Así, la Comisión IDH, mediante la Resolución 1/18 sobre Corrupción y Derechos Humanos, hace una primera aproximación integral sobre el tema, destacando algunos ejes fundamentales y formulando recomendaciones para abordar el fenómeno desde el enfoque de derechos humanos. De tal manera, incluye temas como: 1) independencia, imparcialidad, autonomía y capacidad de los sistemas de justicia; 2) transparencia, acceso a la información y libertad de expresión; 3) derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, y 4) cooperación internacional.⁴³

Tiempo después de la Resolución 1/18, la CIDH elaboró el informe temático sobre "Derechos humanos y corrupción: Estándares interamericanos" de 2019 que fuera mencionado algunos apartados atrás. Este trabajo es uno de los aportes más significativos del SIDH a la fecha para vincular la lucha contra la corrupción con la protección de derechos humanos.⁴⁴ Para empezar, el informe propone una caracterización multidimensional del fenómeno de la corrupción en la región, a partir de la cual se configura una nueva perspectiva para la lucha que lo enfrenta.

En tal sentido, la CIDH propone la integración en una agenda del enfrentamiento de estos dos fenómenos que históricamente han sido considerados separadamente, entendiendo que la erradicación de la corrupción beneficia el goce de los derechos humanos, mientras que la protección efectiva de estos reduce las posibilidades de actos de corrupción. Asimismo, busca ser un aporte para resolver la configuración de responsabilidad internacional de los Estados por violación de derechos humanos vinculado con actos de corrupción mediante la propuesta de un "enfoque integral", a través del cual puedan establecerse vínculos de suficiencia entre causales concurrentes.

El aporte es particularmente valioso respecto del análisis de la atribución de responsabilidad de los Estados. El Comité DESC hizo referencia a temáticas vinculadas con la corrupción en 107 oportunidades entre 2007 y

43. SOLANO LÓPEZ, *Mujer y corrupción: estrategias para abordar...*, p. 15.

44. NASH ROJAS, "Nuevos desarrollos sobre corrupción como violación...".

2019, lo que representa un 67 % del total de documentos confeccionados en ese rango de tiempo.⁴⁵ No obstante, en la mayoría de los casos no se estableció un vínculo directo con ningún derecho en particular, sino que se los vinculó solo con el incumplimiento del deber del artículo 2 del PIDESC de “adoptar medidas [...] hasta el máximo de los recursos de que disponga para lograr progresivamente [...] la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”.

Continuando con los elementos del análisis, en primer lugar, para que se configure responsabilidad internacional del Estado debe existir un incumplimiento de una obligación en materia de derechos humanos (ilícito internacional), que sea atribuible al Estado (atribución).⁴⁶ A la luz de la CADH, hay ilícito internacional cuando el Estado incumple una obligación de respeto (un agente estatal incumple su mandato por acción u omisión) o de garantía de los derechos humanos (no adopta las medidas efectivas para el pleno goce de los derechos).⁴⁷

Por tal motivo, para que un acto corrupto pueda considerarse fuente de violación de un derecho humano debe poder establecerse un nexo causal que pruebe que ese acto tiene capacidad suficiente para configurar un ilícito internacional y ser atribuido al Estado. En el análisis de la existencia del ilícito cabe la posibilidad de que la violación sea directa o indirecta, como se analizó *ut supra*. El estudio de la atribución, en cambio, presenta ciertas complejidades adicionales toda vez que los casos de corrupción tienen una trama secreta y muchas veces es imposible establecer la cadena de acontecimientos, complejizando la causalidad.

La forma de configurar esta atribución de responsabilidad es verificar si en el caso hubo incumplimiento de obligaciones del Estado en materia de derechos humanos, poniendo el foco en las obligaciones de respeto, garantía y no discriminación. En este campo, el Informe hace algunas contribuciones que vale la pena mencionar. Primeramente, la CIDH entiende que

45. Centre for Civil and Political Rights, “Improving the Human Rights dimension of...”.

46. NASH ROJAS, “Nuevos desarrollos sobre corrupción como violación...”.

47. Convención Americana sobre Derechos Humanos, 22/11/1969, art. 1.1: “1. Los Estados parte en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

hay infracción de la obligación de respetar el mandato normativo cuando las autoridades estatales actúan contrariamente a la obligación u omiten una actuación a la que están obligadas. Por ejemplo, el Comité DESC señala que esta obligación se vulnera cuando los Estados dan prioridad a los intereses de las empresas en detrimento de los derechos del Pacto sin la debida justificación.⁴⁸

En segundo lugar, en tanto las obligaciones de garantía, la CIDH sostiene que los Estados deben adoptar medidas institucionales (legislación, recursos eficaces, procedimientos rápidos y accesibles) para garantizar una adecuada protección de quienes se ven afectados por la corrupción estructural, tanto por los resultados de la corrupción como por quienes la denuncian y combaten.⁴⁹ Dentro de esta obligación, se entiende que los Estados también tienen el deber de investigar con debida diligencia los hechos de corrupción para que no queden en la impunidad, tanto en caso de agentes privados como de agentes estatales.⁵⁰

En tercer y último lugar, en cuanto a la obligación de no discriminación, la CIDH sostiene que la corrupción genera graves consecuencias para la igualdad, tanto formal como material. Esto puede darse porque una persona o sector social reciba un trato privilegiado o porque un acto corrupto profundiza desigualdades estructurales propias de nuestra región.⁵¹

Habiéndose establecido los elementos del ilícito internacional por corrupción y la atribución al Estado, cabe analizar el nexo causal con el daño. El daño no es un elemento de la responsabilidad internacional, pero sí es un elemento de la violación de derechos humanos porque es el antecedente de una de las consecuencias de la responsabilidad, cual es la obligación de reparación.⁵² El daño es la consecuencia gravosa directa y previsible del hecho ilícito y de ahí que sea posible sostener que un acto corrupto, fuente del ilícito, provoca un daño cuando este es una consecuencia previsible y necesaria de la actuación ilícita. En consecuencia, el daño no es un elemento de la responsabilidad, pero sí es determinante para las reparaciones.

Por su parte, la reparación consiste en que el Estado se haga cargo de las consecuencias del ilícito, adoptando medidas de restitución, satisfacción,

48. CIDH & OEA, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 236, párr. 252.

49. CIDH & OEA, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 236, párr. 258.

50. CIDH & OEA, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 236, párr. 264.

51. CIDH & OEA, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 236, párr. 267.

52. CRAWFORD, "Artículos sobre responsabilidad del Estado por...".

compensación y garantías de no repetición respecto de la víctima directa e indirecta y la sociedad en su conjunto. En materia de corrupción, para reparar hay que identificar cuáles son las víctimas, cuáles son los actores y de qué forma la infracción de las normas afecta a la sociedad. La CIDH entiende que cuando la corrupción genera o coadyuva a que se produzca una violación de derechos humanos, es fundamental que los Estados asuman la responsabilidad de reparar a las víctimas mediante una política integral de reparaciones no puede limitarse a investigar, restituir, rehabilitar e indemnizar a las víctimas directas. Por el contrario, la finalidad debe ser además la de promover la justicia y fortalecer el estado democrático de derecho en la región como una cuestión colectiva.

En conclusión, el Informe es un aporte valioso de la CIDH para construir un argumento que vincule de manera clara la corrupción con la responsabilidad internacional del Estado. Es importante analizar qué impacto práctico puede tener este nuevo enfoque integral que propone la CIDH, que a nuestro entender ayudaría a dar un paso más en casos donde la CIDH se limitó a identificar casos de corrupción, pero no atribuyó responsabilidad al Estado.

VII.A. Guatemala

En 2019, en el caso *Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala*⁵³ sobre adopciones ilegales en Guatemala, la CIDH estableció que existía un vínculo entre el contexto de corrupción en los procesos de adopción y el impacto negativo en derechos humanos de niños adoptados ilegalmente y sus padres. No obstante, no dio el paso posterior para considerar que dicho contexto de corrupción constituía parte de una violación estructural de derechos humanos, cuestión perfectamente posible de establecer a la luz de los hechos acreditados en el caso. Sin dar este paso, no le es posible a la

53. Corte IDH, "Caso Ramírez Escobar". La Sentencia declaró responsable internacionalmente al Estado de Guatemala por la separación arbitraria de la familia, en violación de la prohibición de injerencias arbitrarias en la vida familiar; los derechos a la protección de la familia; garantías judiciales; protección judicial, y de la prohibición de discriminación, y declaró responsable al Estado por la violación del derecho a la integridad personal de las víctimas, la ausencia de una investigación de las irregularidades cometidas en el proceso de separación de la familia y la violación de los derechos a la libertad personal, la identidad y el nombre de Osmin Tobar Ramírez.

Corte disponer medidas de reparación que busquen erradicar la corrupción que permitió o facilitó la práctica de las adopciones ilegales.⁵⁴

Aplicando el enfoque multidimensional propuesto en el Informe, podría haberse establecido que la omisión del Estado de sus obligaciones de control y protección respecto de la situación de corrupción acontecida en el proceso de adopción impidió que los diversos agentes estatales involucrados en los casos de adopción ilegal en Guatemala cumplieran con el deber de tomar las medidas adecuadas para la efectiva protección de los derechos de niños y niñas adoptados ilegalmente. Tampoco se permitió que se investigara y sancionara adecuadamente a todos los responsables por los delitos cometidos por la manera en que este sistema de corrupción estaba organizado y arraigado.

De haber hecho este análisis y no una mera declaración de existencia de un escenario de corrupción, nos permitiría contar en el SIDH con un precedente que establezca la existencia de un ilícito con fuente en un hecho de corrupción, vinculado causalmente con la vulneración de los derechos humanos de las víctimas y, en consecuencia, habría podido disponer medidas de reparación integral destinadas a erradicar la corrupción en materia de adopciones internacionales.

VII.B. Colombia

En Colombia rige hace ya varios años el Programa de Alimentación Escolar (PAE), uno de los sistemas de asistencia alimentaria del Gobierno que apunta a garantizar el derecho a la educación de los niños y niñas disminuyendo la deserción escolar y protegiendo por encima de todo el derecho de los alumnos a una alimentación adecuada.

Entre 2015 y 2018 se dieron a conocer los hechos de corrupción sucedidos alrededor del PAE por denuncias de docentes e investigaciones periodísticas. Dentro de los actos de corrupción se encontraba la cartelización de oferentes, la captura del proceso de selección de operadores, los sobrecostos en los contratos y los proveedores ficticios, todo ello aconteciendo mientras el Gobierno aseguraba que los recursos destinados al programa eran insuficientes. Lo cierto es que estas prácticas dejaron en evidencia que el presupuesto no era insuficiente, sino que era saqueado sistemáticamente

54. NASH ROJAS, “Nuevos desarrollos sobre corrupción como violación...”.

por los diferentes actores que participaron directa o indirectamente en la contratación.

En consecuencia, la corrupción que rodea al PAE afectó, por un lado, a la sociedad colombiana en general y, por el otro, a un grupo determinado de víctimas, a saber: los niños, las niñas y los adolescentes registrados como estudiantes oficiales. La sociedad se ve afectada no solo por el costo de los fondos que se debían destinar al programa y que se desviaron con fines corruptos, sino también por la pérdida de confianza en las instituciones que provoca la deslegitimación de la democracia y el Estado de derecho. En cuanto a los niños, vieron vulnerado de manera directa su derecho a la alimentación y a la salud (más aun considerando que se suministraron alimentos en mal estado). Por la vía indirecta, se afectó su derecho a la educación, ya que, si los niños dejan de recibir la alimentación, el incentivo para asistir a clase se reduce y aumenta la deserción escolar.

En este caso, la violación de los derechos a la salud, a la alimentación y a la educación bien puede implicar a su vez el incumplimiento de varias obligaciones internacionales del Estado.⁵⁵ Hubo apartamiento del deber de protección de los derechos en juego y de la obligación de garantía de estos, pues debe recordarse que, en el caso de los DESC, dicha protección no se agota con el establecimiento de programas sociales como el PAE, sino que es imperativo que se implementen también medidas de transparencia, monitoreo y control de la discrecionalidad de quienes los manejan, para asegurar que los beneficios de los programas sociales en efecto lleguen a sus destinatarios.⁵⁶ También podría argumentarse que no se respetó la obligación de no discriminación,⁵⁷ toda vez que los niños afectados forman parte de un grupo en condición de vulnerabilidad e indefensión que constitucionalmente es prevalente y superior.

55. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 03/01/1976, arts. 11, 12 y 13. Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, 17/11/1988, arts. 10, 12 y 13.

56. NASH ROJAS, "Corrupción, democracia, Estado de derecho y...", p. 171.

57. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 03/01/1976, art. 2.2. Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, 17/11/1988, art. 3.

VIII. EL PRINCIPAL DESAFÍO PARA EL SISTEMA: CONCLUSIONES

Este trabajo ha tenido por objeto explorar que el fenómeno de corrupción estructural que sufre la región, que tiene consecuencias negativas para el sistema democrático, el Estado de derecho y los derechos humanos. Se requieren esfuerzos proporcionales al problema. Este contexto nos permite entender también que la corrupción es un fenómeno complejo, multicausal y multidimensional y que se requiere una mirada holística para su mejor comprensión.

Asimismo, se le dio un enfoque centrado en el caso de Latinoamérica, con un estudio particular de las democracias débiles de los países que integran la región, analizando los fenómenos estructurales y culturales que atraviesan el problema de la corrupción y exigen transformaciones tendientes a erradicar la corrupción en sus facetas institucionales y culturales en conjunto. También se concluyó que los sistemas políticos de los países latinoamericanos propician en su conjunto que la gente prefiera romper las reglas a cumplirlas cuando solicita bienes o servicios públicos. Por último, se analizó el impacto desproporcionado que los actos corruptos tienen sobre las personas que pertenecen a grupos en situación de discriminación, sobre todo cuando se trata de la realización de los DESC.

A modo de cierre, se realizó un análisis del acercamiento de los órganos del SIDH al estudio profundizado de los casos de corrupción en relación con los derechos humanos. En este contexto, se mostró que el informe temático "Derechos humanos y corrupción: Estándares interamericanos" es un aporte sustantivo en la materia ya que incorpora nuevas perspectivas y conceptos que permiten resolver materias sustantivas sobre responsabilidad internacional del Estado y mejorar la aproximación práctica a los casos que pueden ser tratados por los órganos los derechos humanos a través del mecanismo de casos individuales.

Es esencial brindar estas reflexiones para impulsar el debate y proponer la adopción de medidas más efectivas para enfrentar la corrupción bajo la perspectiva de los derechos humanos. Aunque es difícil arribar a una lista de soluciones específicas, es factible ponerse de acuerdo en una meta y hoja de ruta común que enmarque las acciones de la región. De todos modos, parecería que la lucha debería estar enfocada a mitigar los impactos de la corrupción más que a erradicar el fenómeno, lo cual sería un tanto ambicioso considerando que es un mal que ha calado profundo en las sociedades latinoamericanas. En este sentido, proponer metas a corto plazo

a la vez que se generen nuevas condiciones culturales de la política podría funcionar mejor que fijar objetivos difíciles de alcanzar que se transformen en meros compromisos sobre los que no se realicen seguimientos sólidos.

De todo esto, creemos que deben ponerse en práctica una serie de acciones tendientes a confrontar la corrupción tales como, por ejemplo, mecanismos de monitoreo por parte de organismos como la Comisión IDH que permitan contar con diagnósticos regionales e informes temáticos y por país sobre el cumplimiento de las obligaciones de los Estados en la materia. Asimismo, pareciera crucial aplicar los enfoques del último Informe de la CIDH, el cual debiera verse reflejado en los próximos años en temas relevantes para la protección de derechos humanos en la región, como son las medidas de reparación y, particularmente, el rol que pueden jugar las garantías de no repetición como un instrumento de lucha internacional contra la corrupción.

BIBLIOGRAFÍA

- Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, A/HRC/23/26, Informe Resumido acerca de la Mesa Redonda sobre las Consecuencias Negativas de la Corrupción en el disfrute de los Derechos Humanos, 18/04/2013.
- Biblioteca Audiovisual de las Naciones Unidas, “Artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos”, CRAWFORD, James R., 2009, URL https://legal.un.org/avl/pdf/ha/rsiwa/rsiwa_s.pdf, consultado 17/09/2023.
- BURNEO LABRÍN, José A., “Corrupción y derecho internacional de los derechos humanos”, en *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*, N° 63, 2009, pp. 333-347.
- CHANG, Eric C.C., & KERR, Nicholas N., “An Insider-Outsider Theory of Popular Tolerance for Corrupt Politicians”, en *Governance*, Vol. 30, N° 1, pp. 67-84.
- CNN Español, “Los países con más (y menos) percepción de corrupción en América Latina”, MUÑOZ-LEDO, Rocío, 25/01/2022, URL <https://cnnespanol.cnn.com/2022/01/25/paises-mas-menos-corruptos-america-latina-orix/>, consultado 29/09/2023.
- , “No solo es la comida en descomposición: estos son los fraudes que padece la alimentación escolar en Colombia”, 27/02/2018, URL <https://>

- cnnspanol.cnn.com/2018/02/27/pae-programa-de-alimentacion-escolar-colombia-corrupcion-fraude-irregularidades/, consultado 29/09/23.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos & Organización de Estados Americanos, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 236, *Corrupción y derechos humanos: Estándares Interamericanos*, 2019.
- , OEA/Ser.L/V/II.124 Doc. 7. Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2005, 27/02/2006.
- , Resolución 1/18, *Corrupción y Derechos Humanos*, 2/03/2018.
- Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/Sub.2/2003/18, *La corrupción y sus repercusiones en el disfrute de los derechos humanos, en particular los derechos económicos, sociales y culturales*, 14/05/2003, 55° período de sesiones.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos, 22/11/1969, San José, Costa Rica, e.v. 19/03/1984, texto aprobado por Ley 23054.
- Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, 31/10/2003, Nueva York, Estados Unidos de América, e.v. 10/05/2006, texto aprobado por Ley 26097.
- Convención Interamericana contra la Corrupción, Caracas, Venezuela, e.v. 23/01/1997, texto aprobado por Ley 24759.
- Convención sobre la Lucha contra el Cohecho de los Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la Organización para la Cooperación el Desarrollo Económico, 17/12/1997, París, Francia, e.v. 06/10/2000, texto aprobado por Ley 25319.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Caso Alvarado Espinoza y otros vs. México", 28/11/2018, serie "C", N° 370.
- , "Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas", 09/03/2018, serie "C", N° 3513.
- , "Caso Suárez Peralta vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas", 21/05/2013, serie "C", N° 261.
- , "Cesantes y jubilados de la contraloría", "Caso Acevedo Buendía y otros vs. Perú", 01/07/2009, serie "C", N° 198.
- Centre for Civil and Political Rights, "Improving the Human Rights Dimension of the Fight against Corruption", 18/01/2018, URL https://ccprcentre.org/files/media/CCPR_Improving_the_Human_Rights_Dimension_of_the_Fight_Against_Corruption_FINAL.pdf
- FRIEDRICH, Carl J., "Corruption concepts in historical perspective", en HEIDENHEIMER, Arnold J. & JOHNSTON, Michael, *Political Corruption "Concepts & Contexts"*, 2° ed., Transaction Publishers, 1999, New Jersey, p. 15.

- GONZÁLEZ LE SAUX, Marianne & NASH ROJAS, Claudio, *Transparencia, lucha contra la corrupción y el sistema interamericano de derechos humanos*, Informe de la tercera reunión regional de especialistas, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2012, Santiago de Chile, URL https://www.anadep.org.br/wtk-site/cms/contenido/15182/Libro_Transparencia_Lucha_contra_la_Corrupcion.pdf
- GRUENBERG, Christian, “Enfrentando la corrupción con medidas anti-discriminación” en *Ideele*, N° 234, URL <https://revistaideele.com/ideele/content/enfrentando-la-corrupci%C3%B3n-con-medidas-antidiscriminaci%C3%B3n>, consultado 17/09/2023.
- Human Rights Watch, “Informe Mundial 2023”, 2023, URL <https://www.hrw.org/es/world-report/2023>
- MALEM SEÑA, Jorge F., “Corrupción y Derechos Humanos”, en *Derecho y Realidad*, Vol. 13, N° 25, Universidad Pompeu Fabra, 2017, Barcelona, pp. 63-74.
- MAQUIAVELO, Nicolás, *Discursos sobre la primera década de Tito Livio*, Editorial Gredos, 2011, Madrid, traducción de NAVARRO, Luis, notas de SARALEGUI, Miguel.
- MORRIS, Stephen D., “Disaggregating Corruption: A Comparison of Participation and Perceptions in Latin America with a Focus on Mexico”, en *Bulletin of Latin American Research*, Vol. 27, N° 3, pp. 388-409.
- Naciones Unidas, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, “La Lucha contra la Corrupción: desde un enfoque de derechos humanos para la administración de justicia”, 2022, Buenos Aires, URL <https://www.undp.org/es/argentina/publications/la-lucha-contra-la-corrupci%C3%B3n-desde-un-enfoque-de-derechos-humanos-para-la-administraci%C3%B3n-de-justicia>, consultado 18/09/2023.
- NASH ROJAS, Claudio, AGUILÓ BASCUÑÁN, Pedro & BASCUR CAMPOS, María Luisa, *Corrupción y derechos humanos: Una mirada desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2014, Santiago de Chile.
- NASH ROJAS, Claudio, “Corrupción, democracia, Estado de derecho y derechos humanos. Sus vínculos y sus consecuencias”, en NASH ROJAS, Claudio & FUCHS, Marie Christine, *Corrupción, Estado de derecho y derechos humanos: Manual de casos*, Fundación Konrad Adenauer, 2019, Bogotá.

- “Derechos humanos y corrupción: Un enfoque multidimensional”, en *Estudios de Derecho*, Vol. 75, N° 166, 2018, Buenos Aires, pp. 139-162.
- “Nuevos desarrollos sobre corrupción como violación de derechos humanos. El Informe ‘Derechos humanos y corrupción’ de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en *Cuestiones Constitucionales*, N° 45, 2021, Ciudad de México, pp. 205-235.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano”, en *Estudios Constitucionales*, Vol. 7, N° 2, 2009, pp. 143-205.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 16/12/1966, Nueva York, Estados Unidos de América, e.v. 03/01/1976.
- PETERS, Anne, “Corrupción y derechos humanos”, en TABLANTE, Carlos & ANTONIAZZI, Mariela M., *Impacto de la corrupción en los derechos humanos*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018, Ciudad de México.
- PLATÓN, *República*, Eudeba, 1986, Buenos Aires, traducción de CAMARERO, Antonio, notas de FARRÉ, Luis.
- Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, 17/11/1988, San Salvador, El Salvador, texto aprobado por Ley 24658, 15/07/1996.
- QUIROGA, Hugo, “El Estado faccioso en la Argentina. Corrupción de principios, corrupción de las instituciones”, en *Araucaria: Revista Iberoamericana de Filosofía, Política, Humanidades y Relaciones Internacionales*, Vol. 20, N° 40, 2018, Buenos Aires, pp. 233-257.
- SOLANO LÓPEZ, Ana L., *Mujer y corrupción: estrategias para abordar los impactos diferenciados de la corrupción en América Latina*, Eurosocial+, 2019, URL <https://eurosocial.eu/wp-content/uploads/2019/04/OK-5-Mujer-y-corrupcion-EUROSOCIAL.pdf>
- SOSA, Omar J., *Perspectiva del derecho penal sobre los actos de corrupción: El rol de la Oficina Anticorrupción*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Oficina Anticorrupción, 2012, Buenos Aires.
- Transparencia Internacional, “Guía de lenguaje claro sobre lucha contra la corrupción”, 2009, URL <https://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2014/10/Gu%C3%ADa-de-lenguaje-claro-sobre-lucha-contr-la-corrupci%C3%B3n.pdf>

Transparencia Internacional, “Américas: el debilitamiento de la democracia y el auge del populismo”, 29/01/2019, URL <https://www.transparency.org/es/news/cpi-2018-regional-analysis-americas>, consultado 29/09/2023.

VÁZQUEZ VALENCIA, Luis Daniel, *Corrupción y derechos humanos ¿por dónde comenzar la estrategia anticorrupción?*, Peter Lang, 2018, Nueva York.

WARREN, Mark E., “What Does Corruption Mean in a Democracy?”, en *American Journal of Political Science*, Vol. 48, N° 2, 2004, pp. 328-343.

World Economic Forum, “Reporte Anticorrupción”, 2012, URL <https://es.weforum.org/reports/>

World Justice Project, URL <https://worldjusticeproject.mx/estado-de-derecho/#:~:text=Para%20The%20World%20Justice%20Project,apego%20a%20los%20derechos%20humanos.>, consultado el 28/09/23.

ZALAUQUETT, José F., *Transparencia, rendición de cuentas y lucha contra la corrupción en América*, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2005, Santiago de Chile.



**VII JORNADAS DE INVESTIGADORES E
INVESTIGADORAS EN FORMACIÓN DEL INSTITUTO DE
INVESTIGACIONES JURÍDICAS Y SOCIALES AMBROSIO
LUCAS GIOJA**



LAS CAUSAS CONTRA LA LEY 27610: LA ACCIÓN JUDICIAL COMO AGITACIÓN POLÍTICA*

CHANTAL MEDICI**

Resumen: La ponencia lista las causas iniciadas contra la Ley 27610 e intenta indagar de qué tipo de abogacía de causa se trata. A partir de datos aportados por la Dirección Nacional de Salud Sexual y Reproductiva del Ministerio de Salud de la Nación, a través de informes emitidos por dicho organismo y por Amnistía Internacional se analizan los sentidos y los usos que se le da a la acción judicial en estos casos.

Palabras clave: interrupción legal del embarazo — causas judiciales — ley 27610 — aborto legal — litigio estratégico

Abstract: The paper lists the cases brought against Law 27610 and attempts to investigate what kind of advocacy is involved. Based on data provided by the National Directorate of Sexual and Reproductive Health of the National Ministry of Health, through reports issued by this body and by Amnesty International, the meanings and uses given to legal action in these cases are analysed.

Keywords: legal termination of pregnancy — court cases — law 27610 — legal abortion — strategic litigation

* Recepción del original: 10/04/2023. Aceptación: 27/06/2023.

** Doctoranda en Ciencias Sociales (UBA). Magíster en Políticas Públicas y Gerenciamiento del Desarrollo (UNSAM y Georgetown University). Licenciada en Sociología (UBA). Ponencia presentada en la mesa de discusión Derechos sexuales y reproductivos en contextos federales, coordinada por Florencia Mariana Brichetti y Déborah Gonzalez Area, en el marco de las VII Jornadas de Investigadores/as en Formación del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio Lucas Gioja (Nov. 2022)

I. INTRODUCCIÓN

De acuerdo con datos aportados por la Dirección Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable del Ministerio de Salud de la Nación y de análisis editados por Amnistía Internacional, desde la sanción de la Ley se iniciaron 38 causas contra la Ley 27610 de Interrupción Voluntaria y Legal del Embarazo (IVE).¹ Sin embargo, ninguna de ellas ha prosperado y solo algunas cautelares estuvieron vigentes algunos días. Los argumentos interpuestos por los sectores conservadores son muy similares a aquellos sobre los cuales la Corte Suprema de Justicia de la Nación se declaró en el fallo “F.A.L.”² de 2012 y a los que fueron debatidos en el Congreso durante los años 2018 y 2020. A su vez, mientras que los primeros meses de 2021 la actividad judicial fue intensa, decayó a partir del segundo semestre. También, en esa fecha, tuvieron lugar las elecciones legislativas, en las que ningún partido o alianza que tuviera la oposición al aborto como un elemento central de su plataforma tuvo un triunfo significativo.

Por ello, esta ponencia sugiere explorar en qué medida la incidencia en políticas públicas no es el único objetivo de la acción judicial de los sectores conservadores, sino que estos objetivos también pueden combinarse con otros como la manifestación política y como una forma de agitación electoral.

II. METODOLOGÍA

Para la realización de la presente ponencia, se combinaron métodos cuantitativos y cualitativos. Se obtuvo un listado de las causas formuladas contra la Ley 27610³ a través de un pedido de acceso a la información pública a la Dirección Nacional de Salud Sexual y Reproductiva del Ministerio de Salud de la Nación. A partir del listado, se efectuó un análisis cuantitativo respecto de las siguientes variables: las jurisdicciones, los tipos de accionantes, los tipos de acción y fecha de inicio de las causas. Dado que el pedido de información se realizó en agosto de 2022, se consideran todas las acciones iniciadas hasta ese momento.

1. Amnistía Internacional, “Ley 27610 de Interrupción Voluntaria del...”.

2. CSJN, “F.A.L. s/ medida autosatisfactiva”.

3. República Argentina, “Ley de Acceso a la interrupción voluntaria del embarazo”, Ley 27610.

A su vez, a través de la base de datos abierta del Poder Judicial de la Nación⁴ se accedió a los expedientes de las causas. Se seleccionaron cuatro fallos sobre los que se analizaron los argumentos utilizados por quienes iniciaron las causas. Estos fallos fueron los siguientes:

Junta Promotora del Partido NOS – distrito de Chaco c/ Estado Nacional s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad (Juzgado Federal N° 1 de Resistencia, febrero de 2021).⁵

Asociación Civil Portal de Belén c/ENA s/ Amparo Ley 16986 (Juzgado Federal N° 1 de Córdoba 30 de junio de 2021).⁶

Fiore Viñuales, María Cristina y otros c/Ministerio de Salud de la Nación s/acción meramente declarativa de inconstitucionalidad (Cámara Federal de Apelaciones de Salta 27 de agosto de 2021).⁷

Seri, Héctor Adolfo c/Poder Ejecutivo Nacional s/inc. apelación (Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, 1 de julio de 2021).⁸

Se utilizó la base de datos abierta de la Dirección Nacional Electoral para indagar sobre el desempeño en el terreno electoral de las personalidades y agrupaciones políticas que iniciaron las causas.⁹

Finalmente, se incorporaron los análisis realizados por Amnistía Internacional (2021) y por el Ministerio de Salud de la Nación a través del informe anual sobre implementación de la Ley (Ministerio de Salud de la Nación, 2021).

III. PRINCIPALES CONCEPTOS

Amnistía Internacional define como litigio estratégico a aquellos procedimientos iniciados entre dos contrarias para hacer cumplir o defender un derecho jurídico.¹⁰ Böhmer y Salem caracterizan esta práctica como la presentación de casos ante los tribunales para promover mejoras en las

4. Poder Judicial de la Nación, Sistema de Consulta Web, URL <https://scw.pjn.gov.ar/scw/home.seam> consultado 17/09/2023.

5. Juzgado Federal N° 1 de Resistencia, "Junta Promotora del Partido NOS – distrito...".

6. Juzgado Federal N° 1 de Córdoba, "Asociación Civil Portal de Belén c/ENA s/ amparo Ley 16986".

7. Cámara Federal de Apelaciones de Salta, "Fiore Viñuales, María Cristina y otros...".

8. Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, "Seri, Héctor Adolfo c/ Poder Ejecutivo...".

9. Argentina.gob.ar, Dirección Nacional Electoral, URL <https://www.argentina.gob.ar/interior/dine> consultado 17/09/2023.

10. Amnistía Internacional, "Litigio estratégico".

políticas públicas a través de los fallos judiciales.¹¹ A su vez, subrayan que constituye una nueva herramienta de acceso a la justicia para los sectores postergados que no alcanzarían esas instancias de otra forma. El Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) señala, además, la necesidad de articular la acción política con estrategias jurídicas dado que, por lo general, las estrategias legales que tienen mejores posibilidades de éxito son aquellas que se acompañan de un proceso de movilización social y activismo.¹²

El concepto de abogacía de causas o *cause lawyering* permite contemplar la utilización de instancias judiciales en otros aspectos de los procesos de definición y redefinición de los problemas públicos. Marshall y Hale la definen como un conjunto de prácticas sociales, profesionales, políticas y culturales en las que se comprometen profesionales del derecho y otros actores para movilizarse a fines de promover o resistir el cambio social.¹³

En línea con estas definiciones, en los siguientes párrafos se analizarán las acciones jurídicas iniciadas contra la Ley 27610 a la luz del contexto político del año 2021.

IV. LAS CAUSAS CONTRA LA LEY 27610

IV. A. Jurisdicciones donde se iniciaron las causas

De las 38 causas, 26 fueron iniciadas en la Justicia Federal y 10 en dependencias de los distintos poderes judiciales provinciales. No obtuvieron datos acerca de 2 causas. Se observa una importante dispersión en las jurisdicciones elegidas para el inicio de las causas: se registra 18 jurisdicciones distintas, que en su mayoría registran entre 1 y 3 casos cada una, a excepción de la Justicia en lo Contencioso Administrativo Federal, donde se iniciaron 7 causas. Por lo tanto, el espacio geográfico que lidera el inicio de estas causas es la Ciudad de Buenos Aires. En la siguiente tabla se detallan la cantidad de causas iniciadas por cada jurisdicción:

11. Centro de Implementación de Políticas Públicas para la Equidad y el Crecimiento (CIP-PEC), “Litigio estratégico: una herramienta para que el Poder Judicial tenga voz en políticas públicas clave”.

12. Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), La lucha por el derecho. Litigio estratégico y derechos humanos.

13. MARSHALL & HALE, “Cause Lawyering”.

| Tabla 1. Jurisdicciones en las que fueron iniciadas las causas contra la Ley 27610 hasta el mes de agosto 2022. ¹⁴ <i>En valores absolutos.</i> | | |
|--|---|---|
| Justicia Federal | Justicia en lo Contencioso Administrativo Federal | 7 |
| | Justicia Federal de Bahía Blanca | 1 |
| | Justicia Federal de Córdoba | 2 |
| | Justicia Federal de La Plata | 3 |
| | Justicia Federal de Mar del Plata | 3 |
| | Justicia Federal de Mendoza | 1 |
| | Justicia Federal de Paraná | 1 |
| | Justicia Federal de Resistencia | 1 |
| | Justicia Federal de Rosario | 2 |
| | Justicia Federal de Salta | 3 |
| | Justicia Federal de Tucumán | 2 |
| Justicias provinciales | Poder Judicial de la Provincia de Chaco | 1 |
| | Poder Judicial de la Provincia de Chubut | 1 |
| | Poder Judicial de la Provincia de Córdoba | 3 |
| | Poder Judicial de la Provincia de Corrientes | 1 |
| | Poder Judicial de la Provincia de San Luis | 2 |
| | Poder Judicial de la Provincia de San Juan | 1 |
| | Poder Judicial de la Provincia de Tucumán | 1 |
| Sin datos | 2 | |
| Total | 38 | |

Fuente: elaboración propia a partir de datos aportados por la DNSSR.

14. En algunos casos las causas se iniciaron en contra de resoluciones anteriores del Ministerio de Salud, como el Protocolo para la Atención Integral a las Personas con Derecho a la Interrupción Legal del Embarazo, y luego se agregaron escritos contra la Ley 27610. La fecha de inicio es anterior a la sanción de la ley. Por ello se analizan todos los aspectos de estas causas, menos la fecha de inicio.

Dado que las jurisdicciones judiciales no siempre coinciden con las provincias, a continuación, se analizan las provincias en las que fueron iniciadas las causas según la ubicación geográfica del juzgado donde fueron iniciadas, más allá de su pertenencia a la Justicia Federal o Nacional, a fines de analizar la dispersión territorial los juzgados donde fueron iniciadas las causas:

| Tabla 2. Dispersión geográfica por provincia de las causas iniciadas contra la Ley 27610 hasta el mes de agosto de 2022. <i>En valores absolutos.</i> | |
|---|----|
| Provincia de Buenos Aires | 7 |
| Ciudad Autónoma de Buenos Aires | 7 |
| Provincia de Chaco | 2 |
| Provincia de Chubut | 1 |
| Provincia de Córdoba | 4 |
| Provincia de Corrientes | 1 |
| Provincia de Entre Ríos | 1 |
| Provincia de La Pampa | 1 |
| Provincia de La Rioja | 1 |
| Provincia de Mendoza | 1 |
| Provincia de Salta | 3 |
| Provincia de San Juan | 1 |
| Provincia de San Luis | 2 |
| Provincia de Santa Fe | 2 |
| Provincia de Tucumán | 4 |
| Total | 38 |

Fuente: elaboración propia a partir de datos aportados por la DNSSR.

IV. B. Perfil de accionantes

Casi una tercera parte de quienes iniciaron las acciones fueron partidos políticos, profesionales de la política u otras personalidades de alto

perfil político (13 causas). En segundo lugar, se observa la participación de profesionales del derecho (11), otras personas que iniciaron la causa en su propio nombre (6) y asociaciones civiles u organizaciones no gubernamentales (5). En un caso la acción fue iniciada por una asesoría de menores e incapaces.

| | |
|--|----|
| Partidos políticos, profesionales de la política | 13 |
| Asociación civil, mutual, ONG | 5 |
| Asesoría de menores e incapaces | 1 |
| Abogada/o | 11 |
| Particular (otros/as) | 6 |
| Sin datos | 2 |
| Total | 38 |

Fuente: elaboración propia a partir de datos aportados por la DNSSR.

IV. C. Tipos de acción

En total, 32 de las causas procuraron que se declare la inconstitucionalidad de la Ley. La mayoría de estas acciones fueron acompañadas por la solicitud de medidas cautelares que suspendan la vigencia de la ley en el territorio nacional o provincial. En otros 5 casos se buscó la persecución penal del presidente Alberto Fernández y de las legisladoras y legisladores que votaron la Ley. En un caso, una persona se presentó en carácter de progenitor del embrión para evitar que su pareja acceda a la IVE.¹⁵

Se realizaron 21 amparos y 9 acciones declarativas de inconstitucionalidad. Las otras acciones fueron acciones declarativas de certeza, cautelares y una denuncia penal.

15. Amnistía Internacional, "Ley 27610 de Interrupción Voluntaria...".

IV. D. Fecha de inicio de las causas

Se pudo acceder a datos acerca de las fechas de inicio de 26 causas iniciadas en la Justicia Federal a través de la base de datos del Poder Judicial de la Nación¹⁶ y una causa iniciada en el ámbito de un Poder Judicial provincial, es decir, a un total de 27 causas. De estas, 20 fueron iniciadas entre enero y febrero de 2021 y solo 6 en los meses posteriores, todas ellas durante el primer semestre. En 3 casos no se contempló la fecha de inicio dado que se agregó la demanda contra la ley a un expediente anterior contra la Resolución 1/2019 del Ministerio de Salud de la Nación¹⁷ y no se pudo obtener el dato acerca del inicio de 12 causas iniciadas en el ámbito de los poderes judiciales provinciales.



Fuente: elaboración propia a partir de datos aportados por la DNSSR.

Sobre este punto es importante destacar que en el año 2021 tuvieron lugar las elecciones legislativas, en las cuales las agrupaciones y partidos que posicionaron la oposición al aborto legal como uno de los puntos centrales de su plataforma obtuvieron un magro desempeño electoral. Mientras que, en muchas ocasiones, no pasaron las PASO,¹⁸ quienes lograron

16. Poder Judicial de la Nación, URL <https://www.pjn.gov.ar/gestion-judicial> consultado 17/09/2023.

17. Ministerio de Salud, "Protocolo para la atención integral...".

18. Sigla correspondiente a las Primarias Abiertas Simultáneas y Obligatorias.

superar esta instancia no obtuvieron una cantidad significativa de votos. Son ejemplo de ello la agrupación "Unite por la Libertad y la Dignidad" de la Provincia de Santa Fe, que en el año 2019 sorprendió con la candidatura de Amalia Granata, que logró más de 200.000 votos. En el año posterior a sanción de la Ley 27610, la candidatura de Cynthia Fernández obtuvo poco más de 70.000 votos, es decir, una disminución significativa de su caudal electoral. Otro ejemplo son los resultados de Cynthia Hotton en la Provincia de Buenos Aires, que obtuvo poco más del 2 % de los votos. El partido Ciudadanos a Gobernar obtuvo el 0,6 % de los votos en Chaco y no logró superar las PASO, mientras que "Encuentro Vecinal por Córdoba", encabezado por García Elorrio, directivo de la organización conservadora Portal de Belén, que encabezó una acción contra la ley en 2021, obtuvo el 3,6 % en las elecciones generales.

Por otra parte, es reconocido el sorprendente éxito que tuvo La Libertad Avanza en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Es reconocida la posición antifeminista y contraria a la liberalización del aborto de esta agrupación, que enmarca en una posición de crítica a todo el sistema político, un posicionamiento económico liberal y nostalgia de la dictadura militar.¹⁹

IV. E. Argumentos jurídicos utilizados

Gran parte del debate giró en torno a la procedencia de las acciones.²⁰ Fueron más escasos los argumentos de fondo. La mayoría de los argumentos expuestos repitieron aquellos sobre los cuales la Corte Suprema ya se expidió en el fallo "F.A.L".²¹ Se agregaron otros elaborados luego de 2012 que ya fueron expuestos durante el debate parlamentario.

El principal argumento presente en todas las acciones, tal como lo fue en todas intervenciones del Congreso, fue la noción de que la Constitución Nacional consagra el derecho a la vida desde la concepción. Se insistió en la idea de que el artículo 4 de la Convención Americana de los Derechos

19. Los datos sobre el desempeño electoral de las distintas plataformas y agrupaciones fueron obtenidos de la página web de la Dirección Nacional Electoral, URL <https://www.argentina.gob.ar/interior/dine/resultados-y-estadisticas/elecciones-2021> consultado 17/09/2023.

20. VERBIC, Francisco, *Introducción a los procesos colectivos y las acciones de clase*.

21. CSJN, "F.A.L. s/ medida autosatisfactiva".

Humanos²² y el artículo 2 de la Convención de los Derechos del Niño²³ consagrarían el derecho a la vida desde la concepción. Asimismo, se repitió que el artículo 19 de nuestro Código Civil²⁴ reconoce la existencia de la persona humana desde la concepción, aun cuando el artículo 21 del mismo Código plantea que si este no nace con vida se considera que nunca existió.²⁵

En relación con la protección de la vida intrauterina, volvió a mencionarse la Ley 23849, que interpreta a los efectos de la Convención de los Derechos del Niño que el sujeto de derechos existe desde la concepción. Sobre esta materia también se había expedido la Corte Suprema en el fallo “F.A.L. s/ medida autosatisfactiva” y había sido largamente debatido en el Congreso.²⁶

Por otra parte, se planteó que el hecho de que la ley fuera de orden público atentaba contra el federalismo.²⁷ Se debatieron los alcances del artículo 43 de la Constitución Nacional,²⁸ la posibilidad de admitir acciones bajo la Ley 26061²⁹ que habilita a toda la ciudadanía a interponer acciones judiciales para el cumplimiento de los derechos que consagra. La justicia planteó repetidas veces que darle lugar a este tipo de acciones implicaría una afectación de la división de poderes.³⁰ La justicia también señaló varias veces la ausencia de un “caso concreto contencioso” o “caso judicial”.³¹

22. CADH, 7-22/11/1969, art. 4.

23. CDN, 20/11/1989, art. 2.

24. CCC, 29/09/1869, arts. 19 y 21.

25. Cámara Federal de Apelaciones de Salta, “Fiore Viñuales, María Cristina y otros...”.

26. CSJN, “F.A.L. s/ medida autosatisfactiva”.

27. República Argentina, “Constitución de la Nación Argentina”, Ley 24430, Artículos 5, 120 y 126. Juzgado Federal N° 1 de Córdoba, “Asociación Civil Portal de Belén c/ENA s/ amparo Ley 16986”.

28. Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, “Seri, Héctor Adolfo c/ Poder Ejecutivo...”.

29. República Argentina, “Ley de Protección Integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes”, Ley 26061.

30. El fallo Cámara Federal de Apelaciones de Salta, “Fiore Viñuales, María Cristina y otros c/ Ministerio de Salud de la Nación s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad”, cita el artículo 116 de la Constitución Nacional. El fallo Juzgado Federal de Resistencia N° 1, “Junta Promotora del Partido NOS – distrito Chaco c/ Estado Nacional s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad” cita a “Schlesinger v. Reservist Committee to Stop the War”, 418 U.S. 208, espec. págs. 222, 226/227, 1974; Fallos: 321: 1252. Se cita repetidas veces el precedente Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Thomas, Enrique c/ E.N.A. s/ amparo”, como por ejemplo en fallo Cámara Federal de Apelaciones de Salta, “Fiore Viñuales, María Cristina y otros c/ Ministerio de Salud de la Nación s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad”.

31. Juzgado Federal N° 1 de Córdoba, “Asociación Civil Portal de Belén c/ENA s/ amparo Ley 16986”.

V. CONCLUSIONES

En los párrafos anteriores se analizó una serie de detalles en relación con las causas iniciadas contra la Ley 27610.³² Se observa que casi un tercio de quienes lo hicieron fueron partidos políticos, profesionales de la política o personas de un alto perfil político. Una cantidad importante fue iniciada por asociaciones de la sociedad civil de reconocida orientación conservadora y que suelen actuar sobre los derechos sexuales y reproductivos, como la Asociación Civil Portal de Belén.³³

A su vez, la mayoría de las acciones fueron realizadas prontamente, poco después de la aprobación de la ley y durante un año electoral. Por otra parte, los argumentos jurídicos fueron poco novedosos y se reiteraron en muchas de las acciones. Esta reiteración, a pesar de las escasas perspectivas de una resolución favorable, puede sugerir que la incidencia en las políticas públicas en materia sexual y reproductiva no es el único objetivo de estas acciones judiciales.

El hecho de que las agrupaciones que presentaron las acciones demostraran una escasa representatividad electoral acompaña estos indicios, dado que la acción judicial puede ser una herramienta para una movilización política, para demostrar disconformidad con una política o ley, aunque no se espere incidir realmente en ella, o en este caso puede ser incluso parte de una agitación electoral.

Por otra parte, respecto a la dispersión territorial de las acciones, es interesante señalar que únicamente la Provincia de Buenos Aires y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires registran un importante número de ellas, en lugar de observarse un mayor número de éstas en las provincias del Norte argentino, del que suele esperarse una mayor movilización conservadora.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Amnistía Internacional, "Ley 27610 de Interrupción Voluntaria del Embarazo. El litigio como herramienta para defender y fortalecer su implementación. Análisis a un año de su vigencia", URL <https://amnis->

32. República Argentina, "Ley de Acceso a la interrupción voluntaria del embarazo", Ley 27610.

33. Juzgado Federal N° 1 de Córdoba, "Asociación Civil Portal de Belén c/ENA s/ amparo Ley 16986".

- [tia.org.ar/wp-content/uploads/delightful-downloads/2021/12/Informe-Litigio.pdf](https://www.tia.org.ar/wp-content/uploads/delightful-downloads/2021/12/Informe-Litigio.pdf) consultado 17/09/2023.
- , “Litigio estratégico”, URL <https://www.amnesty.org/es/strategic-litigation/> consultado 17/09/2023.
- Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, “Seri, Héctor Adolfo c/ Poder Ejecutivo Nacional s/inc. apelación”, 01/07/2021.
- Cámara Federal de Apelaciones de Salta, “Fiore Viñuales, María Cristina y otros c/ Ministerio de Salud de la Nación s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad”, 27/08/2021, *Id SAIJ: FA21500003*.
- Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), *La lucha por el derecho. Litigio estratégico y derechos humanos*, Buenos Aires: Siglo XXI, 2008, URL <https://www.cels.org.ar/web/wp-content/uploads/2008/10/La-Lucha-por-el-derecho.pdf> consultado 17/09/2023.
- Centro de Implementación de Políticas Públicas para la Equidad y el Crecimiento (CIPPEC), “Litigio estratégico: una herramienta para que el Poder Judicial tenga voz en políticas públicas clave”, BÖHMER, Martin & SALEM, Tatiana, XX/12/2010, <https://www.cippec.org/wp-content/uploads/2017/03/1966.pdf>, consultado 17/09/2023.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos, 7-22/11/1969, San José, Costa Rica, e.v. 18/07/1978, texto aprobado por Ley 23054, 19/03/1984.
- Convención de los Derechos del Niño, 20/11/1989, e.v. 02/09/1990, texto aprobado por Ley 23849, 22/10/1990.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Thomas, Enrique c/ E.N.A. s/ amparo”, 15/06/2010, *Id SAIJ: FA10000115*.
- , “F.A.L. s/ medida autosatisfactiva”, 13/03/2021, *Id SAIJ: FA12000021*.
- Juzgado Federal N° 1 de Resistencia, “Junta Promotora del Partido NOS – distrito Chaco c/ Estado Nacional s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad”, XX/02/2021, URL <https://www.diariojudicial.com/public/documentos/000/095/285/000095285.pdf> consultado 17/09/2023.
- Juzgado Federal N° 1 de Córdoba, “Asociación Civil Portal de Belén c/ ENA s/ amparo Ley 16986”, 30/07/2021, *Id SAIJ: FA2120008*.
- MARSHALL, Anna M. & HALE, Daniel C., “Cause Lawyering” en *Annual Review of Law and Social Science*, pp. 301- 320.
- Ministerio de Salud de la Nación, “ImplementAr IVE - ILE. Ley 27610. Informe anual 2021”, 03/2022, URL https://bancos.salud.gob.ar/sites/default/files/2022-03/ImplementAR_IVE-ILE_21032022.pdf consultado 07/10/2022.

—, "Protocolo para la atención integral de las personas con derecho a la interrupción legal del embarazo", Resolución 1/2019, 12/12/2019, Boletín Oficial.

República Argentina, "Código Civil y Comercial de la Nación", Ley 26994, 01/08/2015.

—, "Ley de Acceso a la interrupción voluntaria del embarazo", Ley 27610, 30/12/2020.

—, "Ley de Protección Integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes", Ley 26.061, 28/09/2005.

VERBIC, Francisco, *Introducción a los procesos colectivos y las acciones de clase*, Editores del Sur, 2021.



LAS PRAXIS PARTICIPATIVAS DE LA POBLACIÓN TRANS TRAVESTI COMO FACTOR DISRUPTIVO- DEMOCRATIZANTE DE LA SOCIEDAD ARGENTINA DEL SIGLO XXI*

BLAS SÁNCHEZ OVADILLA**

Resumen: Las sociedades contemporáneas, de carácter patriarcal, capitalista, racista y capacitista, preformaron a las personas como hombres y mujeres defensores/as de órdenes jurídico políticos binarios y limitadamente democráticos. En la Argentina de la poscrisis del 2001, emergieron novedosas instancias participativas transfeministas que, fortalecidas con la sanción de la Ley de Identidad de Género (entre otras normas) y el reclamo por "Ni Una Menos", ampliaron el juego democrático tradicional. En ese marco, las estrategias sociopolíticas protagonizadas por la población trans travesti se consolidaron, en ciertos casos, como factor disruptivo-democratizante del modelo democrático representativo republicano. El presente trabajo aborda la relevancia de estas praxis participativas trans travestis en nuestro país, buscando registrar las tensiones político-epistémicas con las bases del Estado social de Derecho. Se acudirá a una metodología exploratoria y cualitativa, ponderando documentos de activismos feministas y LGBTTTI+, artículos académicos y notas periodísticas. De esta manera, se constatará que las demandas trans travestis aportaron a la resignificación de los canales participativos vigentes, y, por otro lado, se verificará que—progresivamente— determinadas deconstrucciones sociopolíticas tuvieron lugar por impulso de la población mencionada.

Palabras clave: estado — democracia — población trans travesti

Abstract: Contemporary societies, of a patriarchal, capitalist, racist and ableist character, have preformed performed people as men and women defenders of binary and limitedly democratic legal-political orders. In post-

* Recepción del original: 10/4/2023. Aceptación: 27/06/2023.

** Facultad de Derecho y Ciencias Sociales–UNT.

crisis 2001 Argentina, new transfeminism participatory instances arose that, strengthened with the enactment of the Gender Identity Law (among other regulations) and the claim for "Ni Una Menos", expanded the traditional democratic game. In this framework, the socio-political strategies carried out by the *trans travesti* population were consolidated, in certain cases, as a disruptive-democratizing factor of the republican representative democratic model. This paper addresses the relevance of these trans travesti participatory praxis in our country, seeking to register political-epistemic tensions with the foundations of the Social State of Law. An exploratory and qualitative methodology will be used, pondering documents from feminist and LGBTTTI+ activism, academic articles and journalistic notes. In this way, it will be verified that the *trans travesti's* demands contributed to the redefinition of the current participatory channels, and, on the other hand, it will be verified that —progressively— certain sociopolitical deconstructions took place due to the impulse of the mentioned population.

Keywords: state — democracy — trans travesti population

I. MARCO TEÓRICO

El sistema político argentino, bajo el esquema republicano, representativo y electoral,¹ proyecta decisiones desde élites mayoritariamente masculinas hegemónicas,² donde intereses conservadores, corporativos,³ eclesásticos⁴ y capacitistas⁵ pujan contra demandas ambientales, laborales y de género,⁶ desalentando la participación de la ciudadanía.⁷

1. POUADELA, *Que se vayan todos: enigmas de la representación política*, p. 25.

2. GRUENBERG & MENAJOVSKY, "Masculinidades y utopías: imaginando nuevas alianzas...", p. 3.

3. POUADELA, *Que se vayan todos: enigmas de la representación política*, p. 10.

4. BARRANCOS & BUQUET, *Mujeres movilizadas en Sudamérica*, p. 55; VASCO, *La rebelión de las disidencias*, p. 61; VASCO, 30.400. *Derechos humanos y diversidad*, p. 60.

5. CRUZ PÉREZ, "Teoría feminista y discapacidad: un complicado encuentro en torno al cuerpo", p. 52.

6. BERKINS, "Un itinerario político del travestismo", p. 133; PRECIADO, "Multitudes *queer*. Nota para una política...", p. 157; FEDERICI, "Críticas feministas al marxismo. El tema capital que le faltó al Capital".

7. GARGARELLA, "La 'sala de máquinas' de las constituciones latinoamericanas. Entre lo viejo y lo nuevo".

El lema "el pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes", no obstante, ha sufrido fracturas tras la crisis del 2001.⁸ En ese contexto, los movimientos sociales,⁹ como los activismos feministas y LGBTTTTI+,¹⁰ han acrecentado su protagonismo¹¹ y, en el devenir de sus exigencias, realizando una "performatividad corporeizada y plural",¹²¹³ han recreado "una democracia más participativa",¹⁴¹⁵ escenificando, de esta manera, una ampliación del concepto clásico de democracia.¹⁶

Con una narrativa anti patriarcal,¹⁷ y de modo propositivo, estos activismos han pergeñado estrategias institucionales¹⁸ y no institucionales —asambleas, marchas, encuentros¹⁹ e intervenciones artísticas—²⁰ para visibilizar reivindicaciones, logrando concretizarlas.²¹ En Tucumán, incluso durante el ASPO,²² se alcanzó la adhesión a la Ley Micaela.

Desde el paradigma de los derechos humanos, la Ley de Identidad de Género ha planteado a la heterosexualidad como "algo a deconstruir",²³ habilitando el trayecto hacia una ciudadanía inclusiva.²⁴

Hay complejidades: la sociedad aún admite el formato sociopolítico binario.²⁵ Y, aunque el grito "Ni Una Menos" del 2015 haya controvertido

8. POUSELA, *Que se vayan todos: enigmas de la representación política*, p. 46; FIGARI, "Consideraciones sobre el movimiento LGBT en ...", p. 33.

9. ESPÍNDOLA, *Crisis y vitalidad de la representación...*, p. 189.

10. BARRANCOS, "Los caminos del feminismo en la Argentina: historia y derivas".

11. PRECIADO, "Multitudes *queer*. Nota para una política de los 'anormales'", p. 160.

12. BUTLER, *Cuerpos aliados y lucha política. Hacia una teoría performativa de la asamblea*, p. 15.

13. WAYAR, *Travesti: una teoría lo suficientemente buena*, p. 120.

14. WAYAR, *Travesti: una teoría lo suficientemente buena*, p. 100.

15. BARRANCOS, "Los caminos del feminismo en la Argentina: historia y derivas".

16. FIGARI, "Consideraciones sobre el movimiento LGBT en Argentina", p. 37.

17. SVAMPA, "Si las izquierdas tienen posibilidad de...", p. 104.

18. REGUEIRO DE GIACOMI, "El derecho a la identidad de género de niñas, niños y adolescentes", p. 102.

19. BERKINS, "Un itinerario político del travestismo", p. 128.

20. CARRARIO, BOSCHETTI & DIETRICH, "'Callejeras', la creatividad artística en los...", p. 15.

21. REGUEIRO DE GIACOMI, "El derecho a la identidad de género de niñas, niños y adolescentes", p. 102; BARRANCOS, "1. Feminismos y agencias de las sexualidades disidentes", p. 42.

22. Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio.

23. WAYAR, *Travesti: una teoría lo suficientemente buena*, p. 59.

24. BARRANCOS, "1. Feminismos y agencias de las sexualidades disidentes", p. 29.

25. WAYAR, *Travesti: una teoría lo suficientemente buena*, p. 25.

esa conformidad esencialista,²⁶ se evidencia cierta lentitud en el desplazamiento político-sociocultural para que las identidades trans travestis sean leídas como personas.

Más allá de la criminalización y la patologización (en dictadura y democracia),²⁷ las personas trans travestis han aparecido^{28,29} exigiendo una vida más vivible.³⁰ El derecho a la identidad de género, junto con el ejercicio del derecho a la reunión y a la petición, ha acelerado la concreción de otros derechos.³¹

Aún cuando la matriz heterosexual preforma orientaciones sexuales e identidades de género dicotómicas, se ha dicho que la comunidad LGBTTTI+ que bregue por "la deconstrucción del orden simbólico" habilitará una ciudadanía democrática radical.³² Para observar las tensiones epistémicas de las identidades disidentes con el Estado social de Derecho, si bien el análisis interseccional (género—raza—clase) es relevante, pueden contribuir a un abordaje más profundo las epistemologías trans travestis,³³ ya que proponen "un acercamiento implicado",³⁴ postulan "una identidad maleable, móvil y sin principios fijos"³⁵ y han expuesto que, para la multitud *queer*, opuesta a las políticas republicanas universalistas, "lo que está en juego es cómo resistir o cómo reconvertir las formas de subjetivación sexo políticas".³⁶

26. BARRANCOS, "1. Feminismos y agencias de las sexualidades disidentes", p. 42.

27. BERKINS, "Un itinerario político del travestismo", p. 133; DELFINO, "La lucha LGBTI también se inscribe..."; FIGARI, "Consideraciones sobre el movimiento LGBT en Argentina", p. 30; WAYAR, *Travesti: una teoría lo suficientemente buena*, p. 29; VASCO, *30.400. Derechos humanos y diversidad*, p. 36.

28. BUTLER, *Cuerpos aliados y lucha política. Hacia una teoría performativa de la asamblea*, p. 31.

29. BERKINS, "Un itinerario político del travestismo", p. 127.

30. BUTLER, *Cuerpos aliados y lucha política. Hacia una teoría performativa de la asamblea*, p. 18.

31. FIGARI, "Consideraciones sobre el movimiento LGBT en Argentina", pp. 30-37.

32. DUQUE, "Judith Butler y la teoría de la performatividad de género", p. 91.

33. RADÍ, "Políticas del conocimiento. Hacia una epistemología trans", p. 31.

34. WAYAR, *Travesti: una teoría lo suficientemente buena*, p. 24.

35. BERKINS, "Un itinerario político del travestismo", p. 136; FIGARI, "Consideraciones sobre el movimiento LGBT en Argentina", p. 35.

36. PRECIADO, "Multitudes *queer*. Nota para una política de los 'anormales'", p. 166.

II. OBJETIVOS GENERALES

- a) Repasar las exclusiones de género sobre las personas trans travestis en la democracia republicana representativa electoral argentina, a la vez que registrar el ensanchamiento democrático resultante de la lucha colectiva LGBTTTI+.
- b) Destacar las praxis participativas impulsadas por la población trans travesti en pos de alcanzar una ciudadanía plena e inclusiva, mencionando demandas y conquistas logradas, como la sanción de la Ley de Identidad de Género.

III. METODOLOGÍA

El presente trabajo adopta una metodología analítica-descriptiva, de carácter exploratorio y cualitativo, teniendo en cuenta documentos emitidos por los activismos feministas y LGBTTTI+, artículos académicos y notas periodísticas.

IV. HIPÓTESIS

En nuestro país, las praxis participativas de los colectivos trans travestis, en aras de exigir derechos conculcados, y con la concretización de algunos de ellos, han performado de modo disruptivo un ensanchamiento democrático, provocando una novedosa ampliación del concepto clásico de democracia en clave participativa. La conquista formal del derecho a la identidad de género ha repotenciado el ejercicio de los derechos a peticionar a las autoridades y a reunirse de la población trans travesti, lo que ha contribuido a una aceleración de medidas estatales para efectivizar derechos fundamentales pendientes. Asimismo, las epistemologías trans travestis han detectado limitaciones democrático-representativas, a la vez que han acercado elementos para proyectar sistemas políticos democráticos, participativos y no discriminatorios de las identidades trans travestis.

V. DESARROLLO DEL PROBLEMA

A los fines de abordar la presente exposición, subdivido su desarrollo en tres párrafos:

V.A. Contextos previos. Límites de la democracia de 1983.

V.B. Identidad de género y ensanchamiento democrático en clave participativa.

V.C. Tensiones epistémicas de lo trans travesti con el Estado social de Derecho.

V.A. Contextos previos. Límites de la democracia de 1983

En Argentina, después de la sangrienta dictadura de 1976,³⁷ la recuperación de la democracia había traído progresivas —aunque no inmediatas— consecuencias sobre los derechos humanos de la comunidad LGBTTTTI+.³⁸ Basta recordar la lucha trans travesti por el derecho a la identidad de género, con profundo anclaje en la lucha por el derecho a la identidad, exigido por Madres y Abuelas de Plaza de Mayo.³⁹

A su turno, la reforma constitucional de 1994 ha implicado, desde lo formal, un robustecimiento de los derechos humanos de las mujeres, las personas LGBTTTTI+, las personas adultas mayores, las infancias, las personas con discapacidad, los pueblos originarios y las personas damnificadas por el daño ambiental. Al tener la ley fundamental un mandato transformador, de no dominación o no sometimiento, se han fortalecido “las agendas de los movimientos feministas y LGBTTTTI+ que venían desde mucho antes luchando por ellas a través de diversas estrategias”.⁴⁰

La adopción de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que adquirió jerarquía constitucional, fue trascendente: la Corte Interamericana de Derechos Humanos, órgano competente para conocer los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos estatales con aque-

37. VASCO, 30.400. *Derechos humanos y diversidad*, p. 36.

38. VASCO, 30.400. *Derechos humanos y diversidad*, p. 5.

39. VASCO, 30.400. *Derechos humanos y diversidad*, p. 79.

40. CLÉRICO & VITA, “Justicia con perspectiva de géneros: mandato constitucional”, p. 29.

lla Convención,⁴¹ se ha caracterizado en estos últimos años por desenvolver un rol activo y de vanguardia en materia de promoción de los derechos humanos de las personas LGBTTTI+ en la región latinoamericana.⁴²

Sin embargo, no puede soslayarse que, hasta la sanción de la Ley de Identidad Género en 2012, la población trans travesti vivenció graves exclusiones en la democracia representativa electoral, la cual subsumo en dos grandes esferas: 1) la esfera electoral: no había documentos de identidad que reflejaran la identidad de género auto percibida sino la impuesta al nacer; los listados de candidatos, candidatas y candidates de los partidos políticos en los procesos electorales casi nunca se integraban por personas trans travestis; y tampoco se conoce que aquellos hayan enarbolado prioritariamente consignas en favor de sus derechos; y, 2) la esfera participativa: por ser cuerpos desobedientes a la heteronorma, los derechos a participar, a reunirse y a peticionar a las autoridades de las identidades trans travestis estaban proscritos, resultándoles prohibidos los espacios públicos.⁴³ Incluyo aquí a las resistencias lésbicas y gays a las militancias trans travestis en los años 90⁴⁴ y, también, a las dificultades de acceso en las ciudades de las personas trans con discapacidad.⁴⁵

Por su parte, la activista y teórica travesti Wayar ha expresado críticamente:

Yo soy hija de una época de estafa, al menos para nuestro colectivo, que esta democracia que era para todas y todos a nosotras las travestis no nos llegó en ese momento, se extendió muchísimo, siguió la violencia policial implementada desde el Estado con las mismas normas y de manera ilegal se nos perseguía, se nos criminalizaba, se nos seguía estigmatizando y se nos patologizaba.⁴⁶

41. Organización de los Estados Americanos, Convención Americana sobre Derechos Humanos, 22/11/1969, art. 33.

42. SÁNCHEZ OVADILLA, "El Colectivo LGBTTTI como consumidor hipervulnerable...", p. 109-110.

43. DELFINO, "La lucha LGBTI también se inscribe en Memoria, Verdad y Justicia".

44. BERKINS, "Un itinerario político del travestismo", pp.61-62; BARRANCOS, "1. Feminismos y agencias de las sexualidades disidentes", p. 47.

45. CRUZ PÉREZ, "Teoría feminista y discapacidad: un complicado encuentro en torno al cuerpo", p. 51.

46. WAYAR, *Travesti: una teoría lo suficientemente buena*, p. 30.

A las exclusiones de las esferas electoral y participativa mencionadas, junto a las sociales⁴⁷ (ámbito familiar) y laborales,⁴⁸ deben agregarse los distanciamientos impuestos por la ciencia médica,⁴⁹ que patologizaba las identidades trans travestis.⁵⁰

Si bien este panorama va a empezar a cambiar con la Ley de Identidad de Género,⁵¹ una mirada interseccional puede detectar la yuxtaposición de opresiones sobre las personas trans travestis —incluso si vivencian una discapacidad—. A su turno, las elaboraciones situadas de este colectivo aportan mayor profundidad de análisis.

De igual modo, la población trans travesti va a desafiar las exclusiones electorales y participativas en las calles: "las primeras manifestaciones 'trans' se originaron en el área capitalina, en oposición a los edictos policiales",⁵² edictos⁵³ que las colocaban "del lado del atentado a la moral y las buenas costumbres".⁵⁴

Por su parte, sobre los hechos del 2001, Berkins reflexionó que "por primera vez nosotras nos sentimos unidas a un reclamo en común: el no rotundo a la imposición del Estado de sitio",⁵⁵ resaltando que "con valor y decisión salimos a defender una democracia de la que poca parte nos toca".⁵⁶

Sobre las resistencias a los procesos de normalización, Preciado ha dicho que "el cuerpo de la multitud *queer* aparece en el centro de lo que podríamos llamar, para retomar una expresión de Deleuze y Guattari, un trabajo de 'desterritorialización de la heterosexualidad'".⁵⁷

Estas instancias participativas del activismo trans travesti han visibilizado la discriminación y violencias performadas por la matriz heterosexual.

47. GONZÁLEZ, "La ley de cupo laboral trans...", p. 246.

48. ROQUÉ, "Una edad difícil: Vejez trans y gay".

49. FARJI NEER, "Biocidadanías trans: demandas e iniciativas frente...", p. 2.

50. GRUENBERG & MENAJOVSKY, "Masculinidades y utopías: imaginando nuevas alianzas...", p. 4.

51. MISSÉ SÁNCHEZ & COLL-PLANAS, "La patologización de la transexualidad: reflexiones...", p. 45.

52. BARRANCOS, "1. Feminismos y agencias de las sexualidades disidentes", p. 47.

53. VASCO, *30.400. Derechos humanos y diversidad*, p. 79.

54. BERKINS, "Un itinerario político del travestismo", p. 133.

55. BERKINS, "Un itinerario político del travestismo", p. 133.

56. BERKINS, "Un itinerario político del travestismo", p. 133.

57. PRECIADO, "Multitudes *queer*. Nota para una política de los 'anormales'", p. 161.

Desde la teoría de la performatividad se ha entendido que, si "el sexo es un proceso de segregación, diferenciación y validación de cuerpos, ligado íntimamente al poder",⁵⁸ o, según Preciado, que "la heterosexualidad como tecnología biopolítica destinada a producir cuerpos heteros (*straight*)",⁵⁹ "se desprende que actuar mal al género, supondrá para el individuo una serie de castigos".⁶⁰

En ese marco, ha sido disruptivo que las identidades trans travestis no se contentasen con la normalidad pretendida por el modelo democrático binario, y que hayan ejercido el derecho a aparecer,⁶¹ manifestándose contra el *statu quo* patriarcal. Al poner en juego el derecho a la reunión y el derecho a peticionar a las autoridades, han cuestionado al orden político que las criminalizaba y miraba con desprecio (incluso, bajo una lógica de exterminio),⁶² y han interpelado al tejido social,⁶³ impulsando praxis participativas novedosas respecto de la democracia representativa que solo escuchaba lo electoral.

En esa sintonía, Figari ha destacado que

Cierta militancia tuvo claro que no era un imperativo centrarse en lo demandado sino en las fuerzas emancipadoras, que, a modo de mecanismo multiplicador, se liberaban sobre las prácticas políticas.⁶⁴

Y Delfino ha resaltado que, particularmente en Argentina y en América Latina, los derechos de las personas LGBTTTI+ se vivencian como "derechos contra la represión y la exclusión".⁶⁵

58. NOLASCO CLEMENTE, "Erving Goffman y Judith Butler: Un diálogo en clave de género", p. 22.

59. PRECIADO, "Multitudes *queer*. Nota para una política de los 'anormales'", p. 158.

60. NOLASCO CLEMENTE, "Erving Goffman y Judith Butler: Un diálogo en clave de género", p. 23.

61. BUTLER, *Cuerpos aliados y lucha política. Hacia una teoría performativa de la asamblea*, p. 31.

62. FIGARI, "Consideraciones sobre el movimiento LGBT en Argentina", p. 31.

63. WAYAR, *Travesti: una teoría lo suficientemente buena*, p. 18.

64. FIGARI, "Consideraciones sobre el movimiento LGBT en Argentina", p. 31.

65. DELFINO, "La lucha LGBTI también se inscribe en Memoria, Verdad y Justicia".

V.B. Identidad de género y ensanchamiento democrático en clave participativa

Las demandas elevadas por la población trans travesti organizada no han sido un reclamo social más. Con la sanción de la Ley de Identidad de Género (LIG, en adelante) en 2012, resalto que, en nuestro país, se ha performado una ampliación del concepto clásico de democracia, emergiendo sincrónicamente del esquema representativo republicano, una praxis participativa apostante más a una democracia en clave participativa de la multitud *queer*.

La aparición⁶⁶ de las identidades trans travestis en los espacios públicos, con el objeto de exigir la vigencia de sus derechos al Estado ha tenido como consecuencia que las esferas de exclusión descriptas arriba fueran poco a poco reduciéndose, logrando en el año 2021 que en el campo "sexo" del Documento Nacional de Identidad esté la nomenclatura "X", conforme el Decreto 476/2021,⁶⁷ la cual comprende las siguientes acepciones: "no binaria, indeterminada, no especificada, indefinida, no informada, autopercibida, no consignada; u otra acepción con la que pudiera identificarse la persona que no se sienta comprendida en el binomio masculino/femenino".⁶⁸

De esta manera, la población trans travesti y no binaria se ha acercado a la posibilidad de vivenciar una ciudadanía inclusiva, aunque, desde luego, ello no ha significado la merma de travesticidio y transfemicidios, e impunidad en su sanción;⁶⁹ ⁷⁰ así como tampoco ha redundado en que las personas trans con discapacidad tengan resueltas sus peticiones.⁷¹ Seguidamente, repaso cuatro instancias participativas trans travesti que han provocado un progresivo ensanchamiento democrático.

66. BUTLER, *Cuerpos aliados y lucha política. Hacia una teoría performativa de la asamblea*, p. 15.

67. Poder Ejecutivo Nacional, "Registro Nacional de las Personas", art. 2.

68. Poder Ejecutivo Nacional, "Registro Nacional de las Personas", art. 4.

69. MARIONA, "Por una mala investigación, sigue impune el transfemicidio de Cynthia Moreira".

70. VASCO, *30.400. Derechos humanos y diversidad*, p. 117.

71. CRUZ PÉREZ, "Teoría feminista y discapacidad: un complicado encuentro en torno al cuerpo", p. 58.

V.B.1. Fallo ALITT

Como antecedente disruptivo democratizante debe aludirse al fallo "ALITTALITT",⁷² del 2006. En este caso, la asociación fundada por Lohana Berkins había expuesto a la justicia que, para obtener reconocimiento de personería jurídica, entre sus objetivos estaban que:

Se reconozca que los travestis y los transexuales cuentan con una identidad propia, eliminándose prácticas marginatorias y estigmatizantes que vinculan al travestismo con la violencia y la prostitución como única alternativa de vida.⁷³

En esta oportunidad, la Corte Suprema de Justicia de la Nación expresó: "El sentido de la igualdad democrática y liberal es el del 'derecho a ser diferente', pero no puede confundirse nunca con la 'igualación', que es un ideal totalitario".⁷⁴

Este fallo tuvo gran importancia al mostrar que el Estado social de Derecho, a través del Poder Judicial, estaba anoticiado de la grave situación del colectivo trans travesti. Además, la sentencia había establecido que la identidad travesti no podía ser motivo de discriminación e impedimento para acceder al ejercicio del derecho de asociación. Al haberse obtenido esta medida en un ámbito androcéntrico como la justicia, las estrategias institucionales para avanzar en la lucha colectiva por el derecho a la identidad de género y por la vigencia de otros derechos (laborales, habitacionales, médicos) de la población trans travesti, adquirieron fuerza como vía legítima.

V.B.2. Debate previo a la LIG

Una instancia disruptiva democratizante fundamental la constituyeron la militancia⁷⁵ y el debate que precedieron a la sanción de la LIG.⁷⁷ Esta praxis participativa reflejó contundentemente que, así como el Poder Legislativo dis-

72. ALVADO, "El legado de Lohana Berkins, una llama viva para toda la sociedad".

73. Corte Suprema de Justicia de la Nación, "ALITT", considerando 3.

74. Corte Suprema de Justicia de la Nación, "ALITT", considerando 19.

75. FARJI NEER, "Biociudadanía trans: demandas e iniciativas frente...", p. 2.

76. BARRANCOS, "1. Feminismos y agencias de las sexualidades disidentes", p. 49.

77. REGUEIRO DE GIACOMI, "El derecho a la identidad de género de niñas, niños y adolescentes", p. 102.

cutía proyectos y aprobaba leyes, también los activismos LGBTTTTI+, y particularmente las personas trans travestis, tenían la capacidad política necesaria, de carácter organizativo y deliberativo, para contribuir a la elaboración de una norma con efectos vitales para aquella población. Aquí se buscaba preformar la deconstrucción del derecho o, al menos, de un sector de este. Es oportuno recordar a Lohana Berkins, para quien "el solo hecho de que existiera una ley como la que estábamos haciendo ya socavaba el binarismo".⁷⁸ Agregaba Berkins:

Rompemos el patrón porque a partir de una ley la forma en que el Estado va a constatar esa feminidad es a través de una declaración, no de algo anclado en la genitalidad.⁷⁹

Al mismo tiempo que la lógica representativa decidía sobre una norma como la Ley de Identidad de Género, de manera simultánea, las personas trans travestis acercaban sus posiciones. Sostengo que al lado del tradicional juego democrático representativo, emergían sincrónicamente elementos correspondientes a un juego democrático alternativo, de carácter participativo y todavía no institucionalizado.

V.B.3. Biociudadanía trans⁸⁰ pos LIG

Tengo en cuenta aquí las elaboraciones de Farji Neer, quien ha registrado un activismo específico, desplegado después de la sanción de la LIG hasta la efectiva reglamentación de su artículo 11 en el 2015. Esta autora ha indicado que:

los discursos y acciones desarrolladas por un sector del activismo y la comunidad trans frente al campo médico adquirieron las características de las demandas de biociudadanía. Reclamaron ejercer su autonomía de decisión en el marco de los tratamientos y recibir una atención de calidad por parte de equipos profesionales capacitados.⁸¹

78. FERNÁNDEZ, "Lohana Berkins: no pasar por esta vida como un fantasma".

79. FERNÁNDEZ, "Lohana Berkins: no pasar por esta vida como un fantasma".

80. FARJI NEER, "Biociudadánias trans: demandas e iniciativas frente...", p. 7.

81. FARJI NEER, "Biociudadánias trans: demandas e iniciativas frente...", pp. 8-9.

Enmarco como praxis disruptiva democratizante al conjunto de instancias implementadas bajo la categoría de biocidadanía trans, ya que, a los fines de alcanzar la implementación de la LIG en el ámbito médico-sanitario, la población trans travesti se convirtió en un relevante agente motorizador de cambios legislativos-administrativos, tarea en realidad correspondiente al Estado. En ese contexto, se adoptaron distintas y numerosas iniciativas para visibilizar la falta de capacitación del personal médico y denunciar la discriminación por razón de género. La biocidadanía trans es una caracterización que Farji Neer hizo para estudiar el empoderamiento ciudadano de las identidades trans travestis, desenvuelto este último con el objetivo de que lo aprobado por el Congreso tuviera efectiva vigencia.

V.B.4. Cupo laboral trans y reparación histórica

Abordo conjuntamente al cupo laboral trans y a la reparación histórica como medidas positivas conquistadas del Estado, a posteriori de la Ley Nacional 26.743 de Identidad de Género. Con esta última norma aprobada, el derecho a peticionar a las autoridades y el derecho de reunión resultaron reactualizados para la población trans travesti y se repotenció el derecho a aparecer *butleriano*, exigiendo al Estado social de Derecho la plena efectividad de otros derechos pendientes. Al encontrarse en situaciones de vulnerabilidad estructural,⁸² el planteo por hacer una vida más vivible⁸³ incluía que las personas trans travesti tuvieran igualdad de oportunidades y acceso a trabajos dignos.^{84 85} Hay que destacar que el cupo laboral trans fue impulsado por el colectivo trans travesti, movilizado en un espacio público opresor de las identidades de género disidentes.⁸⁶ Al sancionarse la histórica Ley Diana Sacayán—Lohana Berkins, se estableció que:

El Estado nacional, comprendiendo los tres poderes que lo integran, los ministerios públicos, los organismos descentralizados o autárquicos, los entes públicos no estatales, las empresas y sociedades

82. REDLACTRANS, “Basta de genocidio trans. Informe 2018”, p. 6.

83. BUTLER, *Cuerpos aliados y lucha política. Hacia una teoría performativa de la asamblea*, p. 18.

84. GONZÁLEZ, “La ley de cupo laboral trans como...”, p. 249.

85. BARRANCOS, “1. Feminismos y agencias de las sexualidades disidentes”, p. 49.

86. REDLACTRANS, “Basta de genocidio trans. Informe 2018”, pp. 4-5.

del Estado, debe ocupar en una proporción no inferior al uno por ciento (1%) de la totalidad de su personal con personas travestis, transexuales y transgénero, en todas las modalidades de contratación regular vigentes.⁸⁷

En Tucumán, el activismo transfeminista obtuvo la sanción de una norma similar, la "Ley 9353, que, a diferencia de la nacional, añadió las identidades no binarias.⁸⁸ Un poco antes, se habían logrado medidas positivas análogas en el Poder Judicial y en el municipio capitalino.⁸⁹

Por otro lado, englobo en este apartado la demanda por la reparación histórica trans, que es el reconocimiento "a personas trans como víctimas de la violencia estatal por su identidad de género durante la dictadura en la Argentina",⁹⁰ siendo la provincia de Santa Fe una de las pioneras en concretar esta política pública consistente en otorgar una pensión económica vitalicia.⁹¹ Debe resaltarse que en las jornadas por los derechos humanos y en las marchas del orgullo de estos años se viene visibilizando la consigna "30.400", para hacer memoria de aquellas personas desaparecidas cuya orientación sexual o identidad de género fue ocultada.⁹² En tanto, el dato más reciente es que en el Congreso de la Nación se presentó un proyecto de ley integral trans, incluyendo la reparación histórica trans.⁹³

Estas normas que obligan al Estado —federal o provincial— a garantizar el cupo laboral trans y llevar a cabo la reparación histórica son también resultados de las praxis participativas ensayadas por la población trans travesti organizada y movilizada, instancias articuladas con el conjunto del activismo LGBTTTI+ y a veces con los feminismos⁹⁴ y que, desde luego, han devenido en acciones democratizantes: lo debatido en asambleas y peticionado en las calles ha tenido proyección institucional, concretizándose

87. República Argentina, "Ley Diana Sacayán-Lohana Berkins", art. 5.

88. Provincia de Tucumán, "Ley N° 9353", art. 8.

89. SÁNCHEZ OVADILLA, "Movimiento LGBTTTI de Tucumán y situación actual...", p. 215.

90. CAMINOS, "Reparación histórica trans: 'Quedamos las sobrevivientes'".

91. CAMINOS, "Reparación histórica trans: 'Quedamos las sobrevivientes'".

92. VASCO, *30.400. Derechos humanos y diversidad*, p. 15.

93. Federación Argentina LGBT, "Ley Integral Trans – Presentamos el proyecto en el Senado de la Nación".

94. SÁNCHEZ OVADILLA, "Movimiento LGBTTTI de Tucumán y situación actual...", p. 205.

en políticas públicas en pos de efectivizar derechos humanos de las personas trans travestis.

V.C. Tensiones epistémicas de lo trans travesti con el Estado social de Derecho

En la democracia representativa republicana argentina, las élites gobernantes, mayoritariamente adherentes a las masculinidades hegemónicas,⁹⁵ han sido receptáculo de intereses capitalistas, capacitistas,⁹⁶ clericales⁹⁷ y, por tal motivo, pocas veces han tenido en cuenta los aportes democratizantes de mujeres e identidades trans travestis.

En ese contexto, el diseño y desenvolvimiento del Estado social de Derecho, ha tenido como base una división jerárquica binaria, cuyo esencialismo biológico recién ha empezado a erosionarse con la Ley de Identidad de Género. Sobre esta norma, la filósofa Diana Maffía ha destacado que "la percepción subjetiva de la persona que porta la identidad"⁹⁸ fue puesta como centro epistémico. Antes, la autora había advertido que:

Cuerpos hegemónicos que se han puesto como los únicos capaces en el ejercicio de la ciudadanía, la ciencia, el derecho, la teología; [...] silencian los sentidos de otros cuerpos hasta volverlos insignificantes.⁹⁹

No obstante, estos otros cuerpos han aparecido y han hablado:

Hoy tratamos de no pensar en sentido dicotómico o binario. Pensamos que es posible convivir con el sexo que tenemos y construir un género propio, distinto, nuestro.¹⁰⁰

95. GRUENBERG & MENAJOVSKY, "Masculinidades y utopías: imaginando nuevas alianzas...", p.3.

96. CRUZ PÉREZ, "Teoría feminista y discapacidad: un complicado encuentro en torno al cuerpo", p. 53.

97. VASCO, *30.400. Derechos humanos y diversidad*, p. 61.

98. YouTube, "Conferencia LNF: Género y políticas del conocimiento", 00:23:04.

99. MAFFÍA, "Los cuerpos como frontera", p. 4.

100. BERKINS, "Un itinerario político del travestismo", p. 135.

Marlene Wayar también ha subrayado la importancia de la construcción de la propia identidad, expresando "Primero soy"¹⁰¹ como prioridad, antes de ejercer algún oficio o profesión, agregando que ser travesti incluye "ejercer el derecho de puja política sobre para dónde va el sentido de construcción de esta sociedad".¹⁰²

La población trans travesti ha protagonizado una serie de instancias participativas que, valga la redundancia, ha democratizado la democracia. Estas praxis no solo han acontecido en el orden práctico sino que, también en el ámbito teórico, las epistemologías trans travesti han contribuido a pensar la deconstrucción de la matriz heterosexual, postulando "dejar de ser lo que se es para ser lo que cada uno desea",¹⁰³ ya que en el vivir "vas encontrando la forma de destruirlo".¹⁰⁴ Esto tiene suma relevancia, dado que "lo performático, desde la perspectiva butleriana, supone entonces que uno se hace su propio cuerpo, esto es, el cuerpo da cuenta del propio proyecto de subjetivación".¹⁰⁵

Las epistemologías trans travestis, postulando la elaboración del conocimiento situado,¹⁰⁶ habilitan una comprensión mayor de las limitaciones electorales y participativas vivenciadas por la población trans travesti en nuestra democracia representativa. Si bien la mirada interseccional en clave género—raza—clase ayuda a detectar opresiones entrecruzadas, las epistemologías de los cuerpos disidentes podrían permitir indagar con profundidad la deconstrucción dinámica de las identidades de género impuestas por la matriz heterosexual, hecho que escapa a la cualidad estática de lo interseccional.

VI. CONCLUSIONES

En este trabajo se ha constatado que, en la Argentina de estos últimos años, las praxis participativas de la población trans travesti, exigiendo el

101. WAYAR, *Travesti: una teoría lo suficientemente buena*, p. 38.

102. WAYAR, *Travesti: una teoría lo suficientemente buena*, p. 97.

103. WAYAR, *Travesti: una teoría lo suficientemente buena*, p. 113.

104. WAYAR, *Travesti: una teoría lo suficientemente buena*, p. 116.

105. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, "Cuerpos performados, cuerpos producidos: una reflexión...", p. 146.

106. RADÍ, "Políticas del conocimiento. Hacia una epistemología trans", p. 37.

ejercicio pleno del derecho a la identidad de género, ha performado un disruptivo ensanchamiento democrático, provocando una ampliación en clave participativa del concepto tradicional de democracia. Asimismo, una vez sancionada, la Ley de Identidad de Género ha contribuido a una aceleración en la concreción de políticas públicas en pos de efectivizar el acceso a otros derechos (salud, trabajo, vivienda, reparación histórica). Por último, se ha planteado la posibilidad de las epistemologías trans travesti para registrar limitaciones democrático-representativas de género, y se ha ponderado que estas acercan nuevos elementos teórico-prácticos para la proyección de sistemas políticos democráticos participativos, antidiscriminatorios y no represivos de las identidades trans travestis.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ALGEC –Asociación Latinoamericana de Gerontología Comunitaria–, “Una edad difícil: Vejez trans y gay”, 15/05/2018. URL <https://www.algec.org/una-edad-dificil-vejez-trans-gay/> consultado 23/01/2023.
- BARRANCOS, Dora, “1. Feminismos y agencias de las sexualidades disidentes” en FAUR, Eleonor (comp.) *Mujeres y varones en la Argentina de hoy. Géneros en movimiento*, Siglo Veintiuno Editores, 2017, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
- , “Mujeres movilizadas en Sudamérica”, en BARRANCOS, Dora & BUQUET CORLETO, Ana G. *Mujeres movilizadas en América Latina*, Clacso, 2022, Ciudad Autónoma de Buenos Aires. URL <https://biblioteca-repositorio.clacso.edu.ar/bitstream/CLACSO/169811/1/Mujeres-movilizadas.pdf> consultado 21/01/2023.
- BERKINS, Lohana, “Un itinerario político del travestismo”, en MAFFÍA, Diana (comp.), *Sexualidades migrantes. Género y transgénero*, Feminaria, 2003, Buenos Aires. URL <http://dianamaffia.com.ar/archivos/sexualidadesmigrantesdm.pdf> consultado 21/01/2023.
- BUTLER, Judith, *Cuerpos aliados y lucha política. Hacia una teoría performativa de la asamblea*. Paidós, 2017, Barcelona, traducción de VIEJO, María José. URL <https://www.legisver.gob.mx/equidadNotas/publicacionLXIII/Cuerposaliadosyluchapoliticaaciaunateoriaperformativa-de-laasamblea.pdf> consultado 21/01/2023.
- CEDOSTALC – CENTRO DE DOCUMENTACIÓN Y SITUACIÓN TRANS DE AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE–, *Basta de Genocidio Trans. Informe*

- 2018, 2019, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, URL <http://attta.org.ar/wp-content/uploads/2020/07/Informe-CeDoSTALC-2018-Argentina.pdf> consultada 22/01/2023.
- CLÉRICO, Laura & VITA, Leticia, “Justicia con perspectiva de géneros: mandato constitucional”, en HERRERA, Marisa, *Reforma judicial en clave feminista: un debate desde la Universidad*, Editores del Sur, 2021, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos, 22/11/1969, San José, Costa Rica, e.v. 09/05/1984, texto aprobado por Ley N° 23.054. URL <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/ancxos/25000-29999/28152/norma.htm> consultado 23/01/2023.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Asociación Lucha por la Identidad Travesti - Transexual c/ Inspección General de Justicia”, “ALITT” 21/11/2006, *SAIJ*. URL <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-asociacion-lucha-identidad-travesti-transexual-inspeccion-general-justicia-fa06000695-2006-11-21/123456789-596-0006-0ots-eupmocsollaf> consultado 24/01/2023.
- CRUZ PÉREZ, María P., “Teoría feminista y discapacidad: un complicado encuentro en torno al cuerpo”, en *Géneros – Revista de investigación y divulgación sobre los estudios de género*, Época 2, Año 19, N° 12, 2013, pp. 51-71. URL http://bvirtual.ucol.mx/descargables/484_teor%C3%ADa_feminista_discapacidad_51-72.pdf consultado 22/01/2023.
- DUQUE ACOSTA, Carlos A., “Judith Butler y la teoría de la performatividad de género”, en *Revista de Educación y pensamiento*, N° 17, 2010, Colombia, pp. 85-95. URL <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4040396> consultado 22/01/2023.
- ESPÍNDOLA, Alfredo M., *Crisis y vitalidad de la representación política moderna en los regímenes políticos occidentales actuales. Con especial referencia a América Latina y Argentina. 1989-2009*, Colección TESIS, 2015, Tucumán.
- FARJI NEER, Anahí, “Biociudadanías trans: demandas e iniciativas frente al sistema de salud argentino (2012-2015)”, en *Athenea Digital*, Vol. 19, N° 1, 2019, pp. 1-20. DOI <https://doi.org/10.5565/rev/athenea.2204> consultado 22/01/2023.
- Federación Argentina LGBT, “Ley Integral Trans – Presentamos el proyecto en el Senado de la Nación”, SPAGNUOLO, Marian, 27/09/2022. URL <https://falgbt.org/slider/ley-integral-trans-presentamos-el-proyecto-en-el-senado-de-la-nacion/> consultado 26/01/2023.

- FEDERICI, Silvia, "Críticas feministas al marxismo. El tema capital que le faltó a El Capital", en *Revista Anfibia*, 2018. URL <http://revistaanfibia.com/ensayo/tema-capital-le-falto-capital/> consultada 26/01/2023.
- FERNÁNDEZ, Josefina, "Lohana Berkins: no pasar por esta vida como un fantasma", en *Revista Anfibia*, 2020. URL <https://www.revistaanfibia.com/no-pasar-por-esta-vida-como-un-fantasma/> consultado 26/01/2023.
- FIGARI, Carlos Eduardo, "Consideraciones sobre el movimiento LGBT en Argentina", en *Boletín Onteaiken*, N° 24, 2017, pp. 30-39. URL <http://onteaiken.com.ar/ver/boletin24/onteaiken24-04.pdf> consultado 22/01/2023.
- GARGARELLA, Roberto, "La 'sala de máquinas' de las constituciones latinoamericanas. Entre lo viejo y lo nuevo", en *Revista Nueva Sociedad*, N° 258, 2015, URL <https://nuso.org/articulo/la-sala-de-maquinas-de-las-constituciones-latinoamericanas/> consultado 22/01/2023.
- GONZÁLEZ, Agustina D. "La ley de cupo laboral trans como medida positiva contra la desigualdad estructural: logros y desafíos", en *Lecciones y Ensayos*, N° 98, 2017, pp. 241-261. URL <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/98/la-ley-de-cupo-laboral.pdf> consultada 22/01/2023.
- GRUENBERG, Chris & SALDIVIA MENAJOVSKY, Laura, "Masculinidades y utopías: imaginando nuevas alianzas antipatriarcales", en GRUENBERG, Chris & SALDIVIA MENAJOVSKY, Laura (editorxs), *Masculinidades por devenir: teorías, prácticas y alianzas antipatriarcales post #MeToo*, Editorial: Universidad Nacional de General Sarmiento, 2022, México. URL <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/14/6975/12.pdf> consultado 21/01/2023.
- HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Edilberto, "Cuerpos performados, cuerpos producidos: una reflexión teórica en perspectiva fenomenológica", en *Temas Antropológicos, Revista Científica de Investigaciones Regionales*, Volumen 37, N° 1, 2014, Universidad Autónoma de Yucatán, pp. 141-155. URL <https://biblat.unam.mx/hevila/Temasantropologicos/2014-2015/vol37/no1/6.pdf> consultado 22/01/2023.
- La Nota, "Por una mala investigación, sigue impune el transfemicidio de Cynthia Moreira", MARIONA, Milagro, 20/09/2022. URL <https://lanotatucuman.com/por-una-mala-investigacion-sigue-impune-el-transfemicidio-de-cynthia-moreira/genero-y-diversidad/20/09/2022/73094/> consultado 26/01/2023.
- MAFFÍA, Diana, "Los cuerpos como frontera", 2007. URL <http://dianamaffia.com.ar/archivos/Los-cuerpos-como-frontera.pdf> consultado 26/01/2023

- Memoria Académica, "'Callejeras', la creatividad artística en los nuevos movimientos feministas neuquinos", CARRARIO, Marta; BOSCHETTI, Alejandra & DIETRICH, Daniela, 2011, URL http://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/trab_eventos/ev.4923/ev.4923.pdf consultado 22/01/2023.
- MISSÉ SÁNCHEZ, Miquel & COLL-PLANAS, Gerard, "La patologización de la transexualidad: reflexiones críticas y propuestas", en *Norte de Salud Mental*, vol. VIII, N° 38, 2010, pp. 44-55. URL <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4830142> consultado 22/01/2023.
- NOLASCO CLEMENTE, Patricia, "Erving Goffman y Judith Butler: Un diálogo en clave de género", en VERGARA, Gloria, SÁNCHEZ ADA, Aurora & FERNÁNDEZ, Amaury (Comp.), *Diálogos interdisciplinarios desde las ciencias sociales*, Universidad de Colima, 2018, Colima URL http://ww.ucol.mx/content/publicacionesenlinea/adjuntos/Dialogos-interdisciplinarios-desde-las-ciencias-sociales_463.pdf consultado 21/01/2023.
- Poder Ejecutivo Nacional, "Registro Nacional de las Personas", Decreto 476/2021, 21/07/2021, *BORA*. 21/07/2021 URL <https://www.boletoinoficial.gob.ar/detalleAviso/primer/247092/20210721> consultado 23/01/2023.
- POUSADELA, Inés María. *Que se vayan todos: enigmas de la representación política*, Capital Intelectual, 2006, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
- PRECIADO, Beatriz, "Multitudes queer. Nota para una política de los 'anormales'", en *Nombres. Revista de Filosofía*, N° 19, 2005, *Queer*, pp. 157-166. URL <https://revistas.unc.edu.ar/index.php/NOMBRES/article/view/2338> consultado 22/01/2023.
- Presentes, "La lucha LGBTI también se inscribe en Memoria, Verdad y Justicia" DELFINO, Silvia, 24/03/2017. URL <https://agenciapresentes.org/2017/03/24/la-lucha-lgbti-tambien-se-inscribe-proceso-memoria-verdad-justicia/> consultado 26/01/2023.
- , "Reparación histórica trans: 'Quedamos las sobrevivientes'", CAMINOS, Luciana, 10/01/2019. URL <https://agenciapresentes.org/2019/01/10/santafe-reparacion-historica-a-mujeres-trans-quedamos-las-sobrevivientes/> consultado 26/01/2023.
- Provincia de Tucumán, "Ley N° 9353", 06/01/2021, *HLT*. URL <https://www.legislaturadetucuman.gob.ar/leyesydecretos/LeyPDF/LY9353.pdf> consultado 23/01/2023.
- RADI, Blas, "Políticas del conocimiento. Hacia una epistemología trans", en LINK, Daniel & LÓPEZ SEOANE, Mariano (ed.), *Los mil*

pequeños sexos: intervenciones críticas sobre políticas de género y sexualidades, EDUNTREF, 2019, URL https://www.academia.edu/38980663/Pol%C3%ADticas_del_conocimiento_hacia_una_epistemolog%C3%ADa_trans consultado 22/01/2023.

REGUEIRO DE GIACOMI, Iñaki, “El derecho a la identidad de género de niñas, niños y adolescentes”, en *Revista Derechos Humanos*, Año I, N° 1, 2012, Ediciones Infojus, pp. 101-115. URL http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacfl20198-regueiro_de_giacomi-derecho_identidad_genero_ninas.htm consultado 23/01/2023.

República Argentina, “Ley Diana Sacayán—Lohana Berkins”, Ley 27636 de Promoción del Acceso al Empleo Formal para Personas Travestis, Transsexuales y Transgénero, 08/07/2021, *BORA*. 08/07/2021 URL <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/246655/20210708> consultado 23/01/2023.

SVAMPA, Maristella, “Si las izquierdas tienen posibilidad de reconstruirse en América Latina, tienen que incorporar dos elementos claves: la crítica socioecológica y la crítica al patriarcado”, en *Boletín Onteaiken*, N° 26, noviembre 2018, pp. 98-107. URL <http://onteaiken.com.ar/ver/boletin26/onteaiken26-08.pdf> consultado 23/01/2023.

Télam, “El legado de Lohana Berkins, una llama viva para toda la sociedad”, ALVADO, María A., 04/02/2022. URL <https://www.telam.com.ar/notas/202202/582714-lohana-berkins-legado-trans.html> consultado 26/01/2023.

VASCO, Pablo (Coord.), *La rebelión de las disidencias*, La Montaña, 2018, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

—, *30.400. Derechos humanos y diversidad*, La Montaña, 2022, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Voces en el Fénix, “Los caminos del feminismo en la Argentina: historia y derivas”, BARRANCOS, Dora, 03/01/2014. URL <https://vocesenelfenix.economicas.uba.ar/los-caminos-del-feminismo-en-la-argentina-historia-y-derivas/> consultado 22/01/2023.

WAYAR, Marlene. *Travesti: una teoría lo suficientemente buena*, editorial muchas nueces, 2018, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

YouTube, “Conferencia LNF: Género y políticas del conocimiento”, Canal Encuentro, 00:23:04, URL <https://youtu.be/edT2LIQLEPo> consultado 31/01/2023.



**CONVOCATORIA ESPECIAL SOBRE JUSTICIA
TRANSICIONAL**



APORTES DEL JUZGAMIENTO EN ARGENTINA AL CAMPO DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL: LAS INTERPRETACIONES SOBRE LA CALIFICACIÓN DE GENOCIDIO*

VALERIA THUS Y MALENA SILVEYRA**

Resumen: Las cuatro décadas desde la finalización de la dictadura militar en la Argentina han sido ricas en la construcción de distintas estrategias sobre cómo lidiar con los crímenes de Estado. En este artículo se desarrolla, en particular, el debate abierto respecto a la calificación jurídica de genocidio que se desarrolla en los tribunales nacionales desde la reapertura de las causas en 2006 a partir de un análisis de las argumentaciones desarrolladas por los Tribunales Federales y por la Cámara de Casación sobre el Juicio Fuerza de Tarea 5 del TOF 1 de La Plata de diciembre de 2021.

Palabras clave: justicia transicional — crímenes de estado — genocidio — crímenes de lesa humanidad — negacionismo

* Recepción del original: 21/06/2023. Aceptación: 24/08/2023.

** Valeria Thus es abogada (diploma de honor) de la Facultad de Derecho — UBA, doctora en Derecho Penal (2018) y magíster en Derecho Internacional de los Derechos Humanos (2015) — UBA. Docente del Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Facultad de Derecho. Investigadora del Grupo de Estudios Críticos en Política, Derecho y Sociedad (PoDeS) — IIGG — GIOJA. Coordina el Programa “Justicia y Memoria” y el seminario “Las/os estudiantes vamos a los juicios” dependientes de la Secretaría de Extensión Universitaria de la Facultad de Derecho. Representante Titular por la UBA ante la Red Interuniversitaria de Derechos Humanos y la Red Interuniversitaria sobre Género del CIN. Malena Silveyra es Licenciada en Sociología de la Facultad de Ciencias Sociales — UBA y Doctora en Ciencias Sociales (UBA). Coordina el Observatorio de Crímenes de Estado de la Facultad de Ciencias Sociales (UBA). Es investigadora del Centro de Estudios sobre Genocidio (UNTREF). Coordina junto a Valeria Thus el seminario “Las/os estudiantes vamos a los juicios” de la Secretaría de Extensión Universitaria y Bienestar Estudiantil de la Facultad de Derecho de la UBA. Es representante alterna por la UBA ante la Red Interuniversitaria de Derechos Humanos del CIN.

Abstract: The four decades since the end of the military dictatorship in Argentina have been rich in the construction of different strategies for what to do after State crimes were committed. This article develops, in particular, the open debate on the legal qualification of genocide that had developed in the national courts since the reopening of the cases in 2006 from an analysis of the arguments developed by the federal courts and by the Chamber of Cassation on the Trial Task Force 5 of the TOF 1 of La Plata in December 2021.

Keywords: transitional justice — state crimes — genocide — crimes against humanity — denialism

I. INTRODUCCIÓN

El 10 de diciembre de 2023 se cumplirán cuarenta años desde que finalizó la última dictadura militar en la Argentina. La campaña electoral de 1983 y los primeros momentos del gobierno de Raúl Alfonsín estarían fuertemente atravesados por el debate sobre cómo lidiar con los crímenes cometidos por las Fuerzas Armadas en los siete años que habían ocupado ilegal e ilegítimamente el gobierno nacional.

Si bien la dictadura militar en la Argentina se ubica dentro de un proceso regional enmarcado en la Doctrina de Seguridad Nacional estadounidense, la transición adquirió características singulares: por un lado, por el desenlace abrupto¹ del gobierno de facto y, por el otro, por características de la resistencia y denuncias a la dictadura desplegadas por las organizaciones de derechos humanos.

Desde aquellos primeros años de democracia, los organismos de derechos humanos y los abogados que militaban en ellos se dieron a la tarea de pensar, criticar y reinventar los modelos de justicia existentes en función de las características de la escena local. Así, nutridos de los debates surgidos en torno a procesos genocidas en otras latitudes (como los casos de los genocidios armenio y nazi), y de las propias experiencias locales de décadas anteriores, el devenir del proceso fue adquiriendo un color propio y singular.

1. PORTANTIERO & NUN, “Ensayos sobre la transición democrática en Argentina”; O’DONNELL, “Transiciones, continuidades y algunas paradojas”.

En estas cuatro décadas, la Argentina ha pasado por tres etapas con estrategias distintas: en un primer momento se conformó una comisión investigadora y se avanzó en la realización de juicios a los responsables principales de los delitos cometidos (Juicio a las Juntas Militares, Causa 13/85 y Juicio al circuito Camps, Causa 44/86); en una segunda etapa, cerrada la posibilidad de juicios penales se avanzó en juicios en el exterior y juicios por la verdad en la Argentina y, por último, en una tercera etapa que aún se encuentra en desarrollo, se reabrieron las causas en los tribunales federales de todo el país entendiendo que los delitos constituyen delitos de lesa humanidad.

Este recorrido ha posibilitado el aumento de producciones y reflexiones teórico-políticas respecto de los crímenes de Estado que, sin duda, se constituyen en un aporte a los campos de estudios, más allá del caso particular.

Si bien los distintos campos de estudios que se han dedicado a los crímenes de Estado surgieron en Estados Unidos y Europa una vez finalizada la Segunda Guerra Mundial y con el objetivo de comprender los crímenes del nazismo y prevenir el surgimiento de procesos similares, rápidamente se extenderían hacia otras regiones del mundo en el afán de abordar otros procesos de crímenes de Estado.

Las características propias del surgimiento del campo de estudios hicieron que este se ubicara en una intersección desafiante política e intelectualmente entre el activismo y la academia, y entre distintas disciplinas de las ciencias sociales y el ejercicio del derecho. La creación de las Naciones Unidas en 1945, así como la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio de 1948 pusieron en el escenario internacional la obligación de los Estados de responder no solo frente a sus propios ciudadanos (y víctimas directas), sino ante la comunidad internacional.²

En el caso de la Argentina, a partir de la finalización de la última dictadura militar (1983) comenzó un largo proceso en el intento de juzgar a los responsables de los crímenes perpetrados por el Estado desde mediados de la década de los 70. La existencia de organizaciones que habían sido parte de las experiencias anteriores en la búsqueda de justicia partir de

2. SENESE, "Memoria y justicia. La sanción internacional de la violencia".

la solidaridad internacional³ facilitaron que esa intersección se produjera muy tempranamente, aún en dictadura, y que dieran como resultado los pedidos de *habeas corpus* sobre las personas desaparecidas, las denuncias en el exterior en distintos organismos internacionales y que, más tarde, se condensarían en el reclamo por el juicio a los responsables.

Pero sería recién en las últimas décadas, con la toma de conciencia de que la criminalidad de los Estados posee mayor capacidad para producir daño social que la sumatoria de los delitos "comunes" que los componen, que un número importante de académicos de América Latina consagrarían sus esfuerzos al estudio de estas preocupaciones. Entre sus principales aportes, se encuentran el de plantear la necesidad de una drástica revisión epistemológica de la criminología, la incorporación de los genocidios periféricos, la urgencia en profundizar los estudios referentes a la prevención de los genocidios, y haber construido un enfoque más abarcativo respecto de sus consecuencias incorporando los procesos de negación y reparación legal. Esta mirada, permite establecer un puente que va desde la criminología al derecho penal (a la inversa de la mirada tradicional), como ciencia autónoma y externa, y desde allí aportar al diseño de políticas públicas normativas (leyes y sentencias).

La llegada del campo de estudios a la Argentina adquirió así un color particularísimo, gracias a las reflexiones acumuladas internacionalmente que se pusieron en diálogo con la experiencia local.⁴

3. En particular de lo que se conoció como Socorro Rojo Internacional, organización de solidaridad con los republicanos españoles durante la Guerra Civil que en el caso de la Argentina continuó su actividad en la defensa de los presos políticos, constituyéndose en 1937 como la Liga Argentina por los Derechos del Hombre, organización que continúa vigente y que impulsó la conformación de otras organizaciones de características similares, como la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos y las primeras organizaciones de familiares.

4. La lucha de los organismos de derechos humanos y la articulación con el proceso de juzgamiento ha sido abordado por diversos autores. En lo que refiere a los primeros años luego de finalización de la dictadura y el desarrollo de los primeros procesos judiciales, se destacan el trabajo de NINO, *Juicio al mal absoluto*, 2006, el de VERBITSKY, *Cíviles y militares: memoria secreta de la transición*, 1987, y el de CRENZEL, *La Historia Política Del Nunca Más*, 2008. Orientados al análisis de la lucha de los organismos de derechos humanos en la Argentina se destacan los trabajos de CATELA DA SILVA, *No habrá flores en la tumba del pasado. La experiencia de reconstrucción del mundo de los familiares de desaparecidos*, 2001, el de GORINI, *La rebelión de las madres: Historia de la Madres de Plaza de Mayo*, Tomos 1 y 2, 2006, y el de ALONSO, "Que digan donde están". *Una historia de los Derechos Humanos en la Argen-*

El caso argentino, en esta interacción o puente entre, por un lado, los aportes de la criminología crítica del sur y la implementación de políticas estatales (de juzgamiento de los crímenes de Estado, educación en derechos humanos, proyectos de ley), y por otro, las producciones locales preexistentes surgidas de la intersección entre derecho, ciencias sociales y activismo; ha incorporado al campo de estudios internacional ejes de discusión que permiten ensanchar el horizonte epistemológico de la criminología del genocidio.

En efecto, se ha caracterizado por: 1) ampliar el universo de casos de estudio de genocidios al escenario global incorporando el genocidio de los pueblos originarios; 2) disputar en el escenario doctrinario y judicial la calificación legal como genocidio de los crímenes cometidos por la última dictadura militar y 3) abordar el estudio de las consecuencias del genocidio, las particularidades del negacionismo en el caso argentino (la negación de la cantidad de víctimas, la teoría de los dos demonios o violencia mutua, entre otros aspectos).

II. CRIMINOLOGÍA CRÍTICA: APORTES DESDE EL SUR

En el último siglo la criminología sufrió innumerables revisiones y transformaciones en su objeto de estudio, sin que sea posible afirmar de manera enfática un consenso entre los diferentes enfoques que la integran sino, más bien, su amplia fragmentación. Al convertir a la criminología del siglo XXI en una suerte de torre de Babel, por donde circulan toda clase de teorías contradictorias y multidimensionales, siempre bajo el paraguas de una disciplina aparentemente común, por lo cual resulta más apropiado hablar de criminologías en plural.

Pero, si algo han tenido en común las distintas corrientes criminológicas, desde Lombroso hasta finales del siglo XX, es la completa omisión de la disciplina frente a la perpetración de genocidios, crímenes contra la humanidad y las diversas violaciones a los derechos humanos desplegados por los Estados, sobre todo en el último siglo. En efecto, la ciencia que estaba destinada al estudio del delito y el delincuente no pudo, no supo o

tina, 2022, Buenos Aires. Así también, nosotras hemos trabajado en extenso el proceso de juzgamiento en sus distintos periodos: THUS, *Juicios de lesa humanidad en Argentina: el rol del movimiento de derechos humanos en la construcción de la Memoria y la Verdad*; SILVEYRA y THUS (compiladoras), *Juzgar los crímenes de Estados...*, pp. 61-84; SILVEYRA, Malena, "Estado vs. Estado: 35 años de juzgamiento del genocidio argentino", pp. 42-62.

no quiso explicar los crímenes de Estado de los últimos cien años. En un siglo donde estos procesos lejos de ser la excepción parecen constituir la regla, la corriente dominante de la criminología parece haber habitado otro mundo y no pudo encontrar espacio en sus textos para estos eventos.

En palabras de Eugenio Zaffaroni, no quedan dudas de que:

"[...] la criminología de Garófalo no pasa de ser un manual sintético de técnicas de neutralización para crímenes de Estado, de que la construcción del concepto de vidas sin valor de vidas de Karl Binding fue un elemento de neutralización en el exterminio de enfermos terminales y mentales del nazismo, [...] o de que la elaboración del concepto de extraños a la comunidad del catedrático de Munich [Mezger] era una técnica de neutralización de las masacres de los campos de concentración".⁵

Recién en las últimas décadas la toma de conciencia de que la criminalidad de los Estados y las violaciones de los derechos humanos tienen mayor capacidad para producir daño social que los delitos comunes, hizo que un número importante de académicos de Europa (principalmente de habla inglesa) y América Latina consagraran sus esfuerzos al estudio de estas preocupaciones dentro de la cuestión criminal.

La nueva criminología o "criminologías", en tanto profusa fragmentación de su objeto de estudio, también denominada criminología preventiva de masacres o cautelar, surge como tendencia contestataria frente a la de corte tradicional liberal abocada a los daños causados por los delitos individuales. Su principal preocupación se ha concentrado en tomar como punto de partida la mirada de la víctima y se ha nutrido de los Estudios sobre Genocidio⁶ para reclamar la necesidad de plantear una drástica revisión epistemológica.

5. ZAFFARONI, "Presentación en MORRISON, *Criminología, civilización y nuevo orden mundial*", pp. 9-24.

6. El aporte de estos estudios es fundamental para identificar los problemas de la definición del delito de genocidio, el nexo entre el Estado y las políticas genocidas, conocer el rol de las ideologías en la comisión de actos genocidas, las técnicas de neutralización, así como también en la necesidad de abordar el análisis de las consecuencias de aquellas prácticas en las sociedades posgenocidas.

Andrew Woolford se ha encargado de cuestionar el rol de la criminología del genocidio que, en su opinión, ha reproducido casi mecánicamente los discursos de la primera generación de académicos del campo de estudios, imposibilitando una lectura crítica y situada de los procesos sociales. Según el autor, esto produjo la repetición de los problemas de la primera generación: comparaciones ambiciosas, legalismo estrecho y la falta de comprensión de los genocidios como procesos.

Por el contrario, el autor subraya la importancia de una segunda generación de trabajos en este campo, que ha sido ampliamente ignorada por los criminólogos y que permitiría a la criminología del genocidio superar algunas de sus limitaciones disciplinarias.

Así ha sostenido que:

"La criminología del genocidio, particularmente aquella que emergió en los Estados Unidos, es pasible de recibir las mismas críticas que han sido realizadas contra la primera generación de estudios sobre el genocidio. Aunque muchos criminólogos se están moviendo más allá de la investigación amplia, basada en fuentes secundarias, sobre el genocidio el énfasis sigue siendo colocado mayormente en estudios de casos canónicos del Holocausto, de carácter sincrónico más que diacrónico o procesual acerca de la materia y a partir de una concepción estrecha, legalista, del concepto de genocidio".⁷

7. WOOLFORD, "La nueva generación: criminología, estudios sobre el genocidio y colonialismo de los colonos", p. 143. En la misma línea, Hinton considera que, si bien tradicionalmente los estudios de genocidio se abocan al estudio de la prevención de estos, un enfoque más comprensivo de aquellos debería centrarse en las secuelas —lo que claramente concierne a la negación y la reparación (legal)—. La perspectiva antropológica de los estudios de genocidio explora asimismo los entendimientos locales y las prácticas sociales que afianzan el sistema de derechos humanos (al incluir la justicia transicional y los mecanismos ante los tribunales). Hinton propone contextualizar las categorías sociolegales preexistentes de modo que los estudios críticos de genocidio nos ayuden a comprender la cada vez más variada cantidad de situaciones y/o casos de genocidio: genocidio cultural, genocidio cometido por agentes no estatales, genocidio político, económico, social y de otros grupos constituidos en contextos históricos y sociales específicos. También incorpora los genocidios olvidados, clasificando las distintas modalidades en: prototípico (Holocausto), del siglo XX (Armenia, Camboya, Ruanda, Bosnia), del segundo círculo (Guatemala), periféricos (Argentina). Así como también incorpora las modalidades de colonialismo (conquistas, sociedades colonizadoras), es decir, aborda la relación entre genocidio y moderni-

Para Woolford, el campo de los estudios críticos sobre genocidio (Hinton, Powell, entre otros) está creciendo, al colocar el énfasis no solo en el estudio del núcleo de los estudios de genocidios (es decir, del Holocausto y Ruanda), sino también en aquellos casos frecuentemente mantenidos en la periferia del campo (como es el caso de Argentina o los diversos genocidios indígenas).⁸ Por ello, su mayor preocupación es tratar de provocar a los criminólogos para que ingresen a la conversación con la segunda generación de investigadores sobre genocidio: con enfoques críticos (Hinton, Powell, Verdeja), coloniales o de los colonos (Moses) y descolonizadores (Woolford).

Resalta, entonces, que esta segunda generación de trabajos en este campo —estudios críticos sobre genocidio— permite superar algunas de las limitaciones disciplinarias y un enfoque más comprensivo de aquellos debería centrarse en las secuelas —lo que claramente concierne a la negación y la reparación (legal)—. En este sentido, sostiene que la perspectiva antropológica aporta la exploración de los entendimientos locales y las prácticas sociales que afianzan el sistema de derechos humanos (al incluir la justicia transicional y los mecanismos ante los tribunales).

Desde los estudios críticos sobre genocidio es que venimos a señalar los aportes desde el sur. En América Latina, se destacan como estudios pioneros, los aportes de Del Olmo, Aniyar de Castro, Bergalli, Zaffaroni,

dad. (Véase: HINTON, "Critical Genocide Studies", en *Genocide Studies and Prevention: an International Journal*, vol. 7, N° 1, Article 3, 2012).

8. Hinton ha analizado en detalle la evolución de los estudios de genocidio al proponer una deconstrucción crítica de aquellos. Explica las distintas etapas de los estudios de genocidio: una primera generación pionera en estos estudios más caracterizados por el prototipo de académico activista (y toma como referencia la figura de Raphael Lemkin). Esta primera generación de estudios se encuentra metodológicamente ligada con otra disciplina —los estudios sobre el Holocausto— clausurándose en la década del 70-80 la posibilidad de estudios comparativos de los genocidios bajo el paraguas de la teoría de la *uniqueness*. Un segundo momento que Hinton considera más interesante es aquel en donde se ponen en debate los estudios de genocidio con los estudios sobre el Holocausto e incluso se comienzan a explorar otras disciplinas: estudios indígenas, estudios culturales, semiótica y teoría crítica. Disciplinas que permitieron conferirle un nuevo abordaje y comprensión, a la vez de permitir repensar las categorías existentes en la materia. Un tercer abordaje a los estudios críticos de genocidio que propone proviene de los académicos estadounidenses y de América Latina (principalmente Feierstein) que, en su opinión, están cuestionando los límites de la disciplina con una perspectiva regional, que logran cuestionar las posibles asunciones etnocéntricas (europeas) y descubren nuevas maneras de visualizar el campo.

entre otros, quienes desde diferentes enfoques denunciaron los abusos de las dictaduras latinoamericanas impulsando el respeto a los derechos humanos como freno de la violencia punitiva.

Sin embargo, continúa siendo una controversia si estas criminologías del sur tienen autonomía o las mismas se han configurado como consecuencia de procesos de traducción, traslación e importación cultural desde los países centrales.⁹ Pero incluso asumiendo el origen importado de estos nuevos enfoques criminológicos, nos interesa resaltar que el carácter distintivo que tienen sus aportes se relaciona con una alianza permanente con los activismos de derechos humanos en la región.

La criminología del genocidio en nuestro país se nutre de los aportes de la criminología crítica —cautelar— (Zaffaroni),¹⁰ de los colonos (Nagy)¹¹ y descolonizadora (Alagia).¹² Asimismo, se ha interesado con especial énfasis en las secuelas —realización simbólica y negacionismo— (Feierstein; Crocco; Thus; Silveyra) Argentina", "genre": "Tesis de Doctorado en Ciencias Sociales", "publisher": "Universidad de Buenos Aires", "publisher-place": "Buenos Aires, Argentina", "title": "Legitimidad, impunidad y justicia. La prensa escrita y el proceso de juzgamiento por crímenes de Estado en Argentina (2001-2019).¹³

9. Para Bailone, fue la traducción al español del libro *Estados de negación, ensayos sobre atrocidades y sufrimiento* de Stanley Cohen (2005) y el libro *Criminología, civilización y nuevo orden mundial* de Wayne Morrison (2006), los que traen a nuestra región la problemática del estudio del genocidio como delito estatalmente organizado. Estos autores influyen el texto de Zaffaroni titulado *¿Es posible una contribución penal eficaz a la prevención de los crímenes contra la humanidad?* (2009) junto a John Hagan, que desde la criminología anglosajona había estudiado el genocidio en Darfur. (ZAFFARONI, Eugenio R., *Crímenes de masa*). Comienza de esta forma una operación ya conocida para la criminología latinoamericana: la de la tradición de los procesos de traducción, traslación e importación cultural desde los países centrales (BAILONE, Matías, "Los fundamentos de la pena en los 'crímenes de Estado': el poder (auto) punitivo legitimado por la criminología crítica"). Sozzo, entiende que esta fue la práctica de recepción en el contexto del positivismo criminológico de finales del siglo XIX, y también fue utilizada, con matices latinoamericanos de liberación, en la nueva criminología de los años setenta. SOZZO, "Traduttore, traditore, traduzione, importación cultural e historia del presente de la criminología en América Latina".

10. ZAFFARONI, *Criminología: Aproximación desde un margen y La palabra de los muertos*.

11. DELRIO & LENTON & MUSANTE y otros, "Discussing Indigenous Genocide in Argentina: Past, Present, and Consequences of Argentinean State Policies toward Native Peoples".

12. ALAGIA, *Hacer sufrir. Imágenes del hombre y la sociedad en el derecho penal*.

13. CROCCO, *Legitimidad, impunidad y justicia. La prensa escrita y el proceso de juzgamiento por crímenes de Estado en Argentina*; FEIERSTEIN, *El genocidio como práctica social. Entre el nazismo y la experiencia argentina, Memorias y representaciones. Sobre la*

En el caso de Zaffaroni, podemos articular su pensamiento en tres etapas: en primer lugar, con su obra *Crímenes de Masa* (2010) donde el autor distingue los conceptos de genocidio y masacre. En razón de los límites normativos del concepto genocidio, opta por el uso del término masacre. En segundo lugar, en *La Palabra de los Muertos* (2011), profundiza la noción de criminología cautelar con la que pretende producir un cambio epistemológico considerando aquellos delitos que la criminología nunca tuvo en cuenta como son los delitos cometidos por el Estado. En *La cuestión criminal* (2012), afirma que todos los genocidios del siglo XX fueron cometidos por poderes punitivos, incluso los practicados por fuerzas armadas, pues cuando lo hicieron no fue en función bélica sino punitiva. Puntualmente sostiene que, en las dictaduras del Cono Sur, la mayoría fueron crímenes cometidos por policías o el ejército en función policial; en consecuencia, estamos frente a una masacre de Estado que saca ventaja de su poder ante alguien que está en una situación de vulnerabilidad absoluta.

Más recientemente y a partir de la creación de la Asociación Latinoamericana de Derecho Penal y Criminología (ALPEC) en 2011, se ha interesado por la categoría de genocidio por goteo, al sostener que se abren otras vías para la masacre expiatoria, siendo un hecho inequívoco el incremento extraordinario, racializado, de la muerte violenta y la prisonización en el continente a partir de la década de los 90 y asociado a la guerra punitiva a las drogas.

Por su parte, Alejandro Alagia analiza los puntos en común entre la masacre estatal y la pena pública, denunciando la doble naturaleza del genocidio: como delito y castigo, al referirse a las normas públicas y secretas de exterminio y al uso de la expresión delincuente para el enemigo subversivo en el caso argentino. En su opinión, nunca una masacre estatal está del todo fuera del derecho como tampoco la violencia legítima es del todo ajena a la crueldad.¹⁴

Pero, sin duda, quien ha abierto el campo de estudios como tal en la Argentina es el sociólogo Daniel Feierstein. Ya desde fines de la década de los 80 comenzó sus investigaciones sobre el genocidio perpetrado por el nazismo. Su lectura de Lemkin desde la sociología lo llevó a comprender

elaboración del genocidio y Los dos demonios (recargados); SILVEYRA, *Disputas de sentido sobre el proceso genocida argentino en las sentencias judiciales (2006-2019)* y THUS, *Negacionismo y derecho penal: El rol del derecho frente a las negaciones de los crímenes de Estado*.

14. ALAGIA, *Hacer sufrir. Imágenes del hombre y la sociedad en el derecho penal*.

el genocidio como una práctica social, es decir, como un proceso dinámico en el que intervienen distintos actores. Identificado por distintos autores como parte de la corriente de estudios críticos sobre genocidio, Feierstein propone la posibilidad de comparación de distintos casos nacionales para lo que construye una periodización modélica que da cuenta de la sucesión escalonada de elementos que se articulan en este proceso desde la construcción de condiciones de posibilidad del aniquilamiento hasta la transformación identitaria de la sociedad sobreviviente.

En sus décadas de trabajo sobre la temática, Feierstein se ha ocupado particularmente de proponer estudios que rebasen las fronteras disciplinares incorporando al análisis sociológico, elementos de las neurociencias y la psicología, el derecho y la filosofía.¹⁵ En lo que refiere a la articulación con el ejercicio del derecho, se destacan sus aportes críticos de la CONUG, así como su colaboración en la construcción de la original interpretación para el caso argentino adoptada por el juez Baltazar Garzón y, posteriormente, por un número significativo de tribunales nacionales.

En el apartado que sigue, entonces, nos dedicaremos a profundizar sobre los aportes de los estudios críticos sobre genocidio en el debate sobre la calificación de genocidio para el caso argentino, que se desarrolla en los tribunales a partir de la reapertura en 2006, dando cuenta, además, como adelantamos en la introducción, de las intersecciones y los diálogos entre derecho, ciencias sociales y activismo.

III. EL DEBATE SOBRE LA CALIFICACIÓN DE GENOCIDIO EN EL CASO ARGENTINO

El carácter genocida de la dictadura militar fue denunciado por el movimiento popular desde antes de que finalizara la dictadura militar. Durante la lucha contra la impunidad,¹⁶ se afianzó la analogía con el genocidio nazi

15. FEIERSTEIN, *El genocidio como práctica social. Entre el nazismo y la experiencia argentina, Memorias y representaciones. Sobre la elaboración del genocidio I y Los dos demonios (recargados)*.

16. Los primeros juicios en la Argentina se realizaron a poco de la finalización de la dictadura militar (Causa 13/85 y Causa 44/86). Sin embargo, la situación política de inestabilidad y la disputa entre distintos actores derivó en la promulgación de dos leyes: 1) Ley de Punto Final (1986) que limitaba el plazo de presentación y procesamiento de denuncias y

que había comenzado en la década de los 80, espejando ya no solo los procesos represivos en ambos casos, sino también la búsqueda de justicia para todos los responsables.

Una vez anuladas las leyes que impedían el juzgamiento, la Corte Suprema de Justicia de la Nación falló respecto de la imprescriptibilidad de los delitos, calificándolos como delitos de lesa humanidad de acuerdo con lo estipulado por la Corte Penal Internacional en el tratado conocido como "Estatuto de Roma", que los define como un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque.¹⁷

Por consiguiente, todos los juicios de esta nueva etapa parten de considerar a los ilícitos juzgados como delitos de lesa humanidad. Sin embargo, desde las primeras causas, ¡un conjunto de organizaciones que conformaron la querrela Justicia Ya! comenzaron a solicitar se calificara como genocidio. Mientras que el TOF 5 de CABA rechazó el pedido en la Causa Simón (04/08/2006), el TOF 1 de La Plata aceptaría incluir la calificación en la Causa Etchecolatz.

Independientemente de cómo se resuelva el debate en cada caso, el hecho de que más del 50% de las sentencias distribuidas en 17 provincias del país se haya realizado, muestra el peso que los argumentos han adquirido con el paso del tiempo.¹⁸

III.B. Los argumentos en disputa respecto a la calificación jurídica de genocidio

Partiendo de la base de que todas las causas en trámite traen consigo la calificación de la lesa humanidad, como se ha explicado anteriormente, el debate surge cuando se solicita que se incorpore la calificación de genocidio (ya sea mediante el pedido de cambio de calificación o de la articulación de ambas). De este modo, el debate se estructura en torno a la posibilidad y pertinencia de utilizar dicha figura del derecho internacional para el caso argentino.

Los fundamentos en contrario pueden ordenarse en tres núcleos argumentales: a) el respeto al principio de congruencia, b) la falta de tipifica-

2) Ley de Obediencia Debida (1987) que impedía la persecución penal a quienes se habían desempeñado en el cumplimiento de órdenes. Luego, en 1989 y 1990, se firmaron los decretos de indulto.

17. Naciones Unidas, ACONF183/9, 17/07/1998, p. 5.

18. FEIERSTEIN & SILVEYRA, "Genocidio o crímenes de lesa humanidad...".

ción del delito de genocidio en el derecho interno y c) la definición de cuál sería el grupo atacado para el caso argentino.

Si bien los tres núcleos se encuentran presentes en todo el proceso, la recurrencia ha ido variando con el avance del debate. Mientras que los dos primeros argumentos aparecían con frecuencia en los primeros años desde la reapertura, a medida que fue pasando el tiempo, tendió a concentrarse en el debate respecto del grupo atacado, y al mismo tiempo, aumentó el número de tribunales que rechaza la calificación sin extenderse en la argumentación particular.¹⁹

A continuación, se desarrollan los tres argumentos de modo sucinto.

III.B 1) Principio de congruencia

En las sentencias que rechazan la calificación se encuentra presente el núcleo argumental que sostiene que hacerlo implicaría la violación del principio de congruencia. Dicho principio estipula que debe existir una congruencia entre la pretensión (imputación), el objeto procesal (debate oral) y la resolución judicial (sentencia), por lo que, al solicitar la calificación en el alegato, no habiendo sido los imputados indagados durante el debate sobre ese delito, se estaría violando el mencionado principio.

“Al respecto, adelantamos que no tendrán acogida favorable tales solicitudes, en virtud de que, de aceptarla, nos encontraríamos ante una clara violación al principio de congruencia y, como correlato, a una vulneración al derecho de defensa en juicio. Ello, sin perjuicio de que, incluso en oportunidad de requerir la elevación a juicio en virtud de lo normado en el art. 347 del CPPN, la querrela encabezada por el Dr. Yanzón solicitó la elevación en iguales términos por los que en el marco del debate acusó a los imputados. En efecto, entendemos que las solicitudes introducidas por las querellas mencionadas no se tratan sólo de un cambio en la calificación legal, sino que alteran la plataforma

19. Para profundizar sobre esta distribución puede consultarse SILVEYRA, Malena, *Disputas de sentido sobre el proceso genocida argentino en las sentencias judiciales (2006-2019)*, Tesis de Doctorado, Universidad de Buenos Aires, 2022.

fáctica por la cual Ruffo, Guglielminetti, Martínez Ruiz y Cabanillas fueron oportunamente indagados y traídos a juicio".²⁰

Sin embargo, quienes sostienen que el cambio de la calificación no vulnera el principio de congruencia, hacen notar que el genocidio no es solo un delito, sino que refiere a un género de delitos,²¹ es decir, a un conjunto de delitos que se comenten como parte de un proceso genocida. De este modo, las imputaciones realizadas son por los delitos que, en este contexto histórico particular, constituyen un genocidio (homicidios, desapariciones forzadas, torturas, violaciones, etc.) y no por el genocidio en sí mismo. Este es el caso del TOF de Jujuy en la Causa Vargas que sostiene que:

"Asimismo, los cambios de calificación en los requerimientos cuestionados no infringieron el principio de congruencia porque la plataforma fáctica por la que fueron indagados y procesados los imputados coincide con la explicitada por el agente fiscal y la querrela del CODESEDH en los respectivos requerimientos de elevación a juicio. No varió en ninguno de los actos procesales intermedios. Desde el primer momento en que aquellos fueron indagados hasta la elevación de la causa a juicio, los hechos siempre fueron los mismos: la presunta participación en las privaciones ilegítimas de la libertad, tormentos y homicidios de las víctimas".²²

Complementariamente a este argumento, los tribunales que aceptan el cambio de calificación interpretan que el cambio de calificación legal es una potestad que tienen los tribunales en función de lo que estipula el Art. 401 del Código Procesal Penal de la Nación, permitiéndolo incluso aunque este cambio acarreará penas más altas para los condenados.

Con el tiempo este debate se fue saldando y cada vez menos tribunales lo sostienen, ya sea porque la calificación se incorporó en las instancias

20. TOF N° 1 de la Capital Federal, "Automotores Orletti", p. 1245.

21. FERREIRA, "El genocidio y su caracterización como 'eliminación parcial de grupo nacional'".

22. TOF Federal de Jujuy, "Vargas, Antonio Orlando y otros s/ privación ilegal de libertad...", pp. 52-53.

previas al juicio oral (al momento de las imputaciones) o por invocación del art. 401 del CPPN.

Pero vale la pena señalar que más allá de los argumentos que refutan la cuestión de fondo, existen tribunales que compartiendo este criterio, de todos modos, aceptan el cambio de calificación.

Este es el caso del TOF 1 de La Plata que, en la primera causa a su cargo, sostuvo la necesidad de mantener todos los tipos penales por los que se había indagado, procesado y requerido a los imputados para no poner en riesgo el tipo penal pero, al mismo tiempo, la necesidad de "llamar a las cosas por su nombre" e incorporar la calificación de genocidio. Para resolver estos intereses contradictorios, el tribunal decide calificar los delitos como de "lesa humanidad en el marco del genocidio perpetrado en la Argentina entre 1976 y 1986" considerando que:

"La vigencia de la Convención en la materia está fuera de toda discusión, como también lo está la del resto de las Convenciones sobre Derechos Humanos contenidas en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional. Considerar de ese modo –genocidio– y bajo ese trascendente paraguas legal las causas en trámite permitirá a mi entender ubicar los hechos investigados en el contexto adecuado, cumpliendo de ese modo la obligación contenida en el célebre fallo Velázquez Rodríguez en cuanto a investigar con seriedad y no como una simple formalidad. Todo ello es parte también de la reconstrucción de la memoria colectiva, y permitirá construir un futuro basado en el conocimiento de la verdad, piedra fundamental para evitar nuevas matanzas".²³

La fórmula construida en esa primera sentencia por el Tribunal Oral Federal N°1 de La Plata que considera al genocidio como "el marco" en el que se comenten los delitos, ha tenido una importante pregnancia en todo el proceso de juzgamiento.

23. TOF N°1 de La Plata, "Etchecolatz, Miguel Osvaldo s/ homicidio calificado", p. 96.

III.B 2) Delitos tipificados en el Código Penal Argentino

Otro de los argumentos que ha estado presente a la hora de rechazar el cambio de calificación refiere a la ausencia de la tipificación del delito de genocidio en el Código Penal vigente al momento de los hechos. Efectivamente, la República Argentina, a pesar de haber firmado la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio en 1956, aún no lo ha incorporado al derecho interno. Esta falta del Código Penal aparece como impedimento en las sentencias en las que se rechaza la calificación.

A continuación, se reproducen algunos de sus argumentos a modo de ejemplo:

"Que, en consecuencia, ante la orfandad, de una legislación que contemple el tema que se estudia, esa omisión legislativa no posibilita que los jueces puedan crear figuras penales ni aplicar por analogía sanciones previstas para otros delitos. De proceder de esta forma se estaría infringiendo gravemente el principio de legalidad y la esencia misma del sistema republicano de gobierno que el país ha materializado desde su independencia, constitutivo de la división de poderes, invadiendo esferas exclusivas del Poder Legislativo".²⁴

Al igual que en el caso anterior, esta falta del derecho interno, no es solamente percibida por los tribunales que rechazan la calificación de genocidio. Un conjunto de tribunales frente a esta dificultad opta por utilizar la formulación del TOF1 de La Plata, calificando los hechos "en el marco de genocidio".

Pero, por otro lado, y siguiendo la línea argumental utilizada con la cuestión de la congruencia, hay quienes no coinciden en que exista un problema por la falta de tipificación del delito en el Código Penal.²⁵ Si se entiende que los delitos por los que se requiere, imputa y juzga son

24. TOF de La Pampa, "IRIAR Fabio Carlos – GREPPI, Néstor Omar – CONSTANTINO, Roberto Esteban – FIORUCCI, Roberto Oscar – AGUILERA, Omar – CENIZO, Néstor Bonifacio – REINHART, Carlos Alberto – YORIO, Oscar – RETA, Athos – MARENCHINO, Hugo Roberto s/Inf.art.144 bis, inc.1º y último párr., Ley 14616, en fción. Art. 142, inc. 1º -Ley 20642 del CP en...", p. 455.

25. LOZADA, *Sobre el genocidio: el crimen fundamental*.

los delitos particulares (homicidios, torturas, desapariciones forzadas, etc.) cometidos contra sujetos concretos, y que el genocidio es el género de ese conjunto de delitos, entonces, la falta de tipificación no conlleva un problema a la hora de emitir la sentencia ya que los montos de las condenas se basan en las asignadas a esos delitos que sí se encuentran tipificados. Sin ir más lejos, lo mismo aplica para las causas que tipifican como delitos de lesa humanidad, figura que tampoco se encuentra incluida como delito en el derecho interno.

III.B 3) Grupo atacado conforme lo estipulado por la CONUG

Mientras que las interpretaciones respecto de los puntos a y b giraban en torno al derecho argentino y a los procesos locales, este tercer núcleo propone un debate de fondo sobre el modo de interpretar lo estipulado en la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio a la luz de lo sucedido en la Argentina, por lo que será central para los objetivos de esta tesis.

En diciembre de 1948, las Naciones Unidas definían como genocidio:

"[...]cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal:

- a) Matanza de miembros del grupo;
- b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;
- c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;
- d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo;
- e) Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo."²⁶

Como puede observarse, si bien en los proyectos iniciales incluían la protección a otros grupos, las negociaciones para su aprobación llevaron a que en la redacción final solo se establecieran cuatro grupos protegidos.

26. Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, 09/12/ 1948, Art. II.

Esta particularidad, resulta, en opinión de Feierstein, una grave violación al principio de igualdad ante la ley ya que realiza una categorización de las víctimas de crímenes de Estado, instituyendo grupos a los que habría que proteger y grupos a los que no. Entre ellos, el que más debate generó en Naciones Unidas y que luego fue debate en distintos casos nacionales es la exclusión de los grupos políticos.²⁷

Esta posición es compartida por algunos tribunales del país. Uno de ellos es el TOF 5 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que en la sentencia de la Causa 1270, conocida como "ESMA II" decía a este respecto:

"Y aunque resulte una obviedad a estas alturas, a la luz de nuestras exposiciones previas, es hora de decir que las razones que se esbozaron para dejar por fuera de la protección del delito de genocidio a los grupos políticos –y que fueron minuciosamente revisadas al inicio (Punto 3D)–, no tienen fundamentos sólidos valederos que ameriten, por un lado, dejar sin protección a estos grupos, y por otro, que de manera indirecta se permita la destrucción de los mismos. Y entre las razones más importantes y destacadas, se dijo que los grupos políticos carecían de estabilidad y permanencia y la respuesta a esto es contundente, al sostener que los grupos religiosos, que sí están dentro de la protección de este delito, presentan las mismas características de falta de estabilidad y permanencia, porque tanto en un grupo como en otro, la voluntad y la libertad que se tiene para pertenecer o no al mismo es fundamental. La elección de ser de una u otra religión es algo totalmente subjetivo, pues si bien el nacimiento en un primer momento, puede delimitar la religión de una persona, esta tiene la libertad de cambiar si es que así lo desea. Lo mismo ocurre con los grupos políticos. El compartir una u otra idea política, ser partidario de una u otra posición, está limitado sólo por la voluntad de los individuos. Por lo cual, este fundamento no es valedero ni mucho menos aceptable, ya que presenta una contradicción que no se puede obviar".²⁸

27. FEIERSTEIN, *Juicios. Sobre la elaboración del genocidio II*.

28. TOF N° 5 de la Capital Federal, "ESMA II", p. 1885.

Más allá de las diversas críticas o posicionamientos que los tribunales argentinos hacen respecto de la CONUG, a la hora de calificar los hechos, el análisis pasa por establecer si el caso se subsume a lo establecido por la normativa internacional. Los interrogantes que rondan los fundamentos giran entorno de a) establecer si corresponde pensar que el ataque se desplegó contra un grupo como tal; b) en caso afirmativo, cuál es sería grupo; y, por último, c) si se trata de uno de los cuatro grupos protegidos en la CONUG.

La motivación política del aniquilamiento es un denominador común de todas las sentencias en esta etapa de juzgamiento. Como ya se ha dicho en capítulos anteriores, la propia definición de los perpetradores marca esa motivación y no parece estar puesta en duda por ninguno de los tribunales. Sin embargo, el reconocimiento de esta intención no implica, necesariamente, que entienda que el ataque fue contra un grupo político, ya que puede considerarse que era contra sujetos particulares.

"En efecto, ha quedado acreditado en el juicio que el plan sistemático de eliminación de opositores políticos estableció como "blancos" a eliminar a aquellos que creían contrarios al régimen que las fuerzas armadas pretendían imponer. Es decir, esos "blancos" no fueron seleccionados por pertenecer a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal, sino antes bien por no comulgar con la idea política que ellos pretendían imponer. Por lo tanto, no se da en el caso el elemento intencional específico propio de la figura de genocidio. En todo caso se trata de delitos de lesa humanidad, que solo exige que se traten de actos cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque, tal como ocurre en el caso autos, como bien lo establece el art. 7. del Estatuto citado".²⁹

Como se desprende de la cita anterior, una interpretación posible es que, si bien el ataque es político, no es contra un grupo como tal, sino contra todos los opositores al régimen, que no constituirían un grupo ya que no se encuentran definidos por sus características propias sino por oponerse a otros.

29. TOF N°1 de Córdoba, "González Navarro, Jorge y otros p.ss.aa privación ilegítima de la libertad e imposición de tormentos agravados", p. 148.

“Esa realidad lleva a pensar que el grupo perseguido en nuestro país era de evidente naturaleza política, precisamente aquél que, por ser uno de los grupos fluctuantes y variables, con la consecuente dificultad de determinación, no fue incluido en la enumeración de la convención. Pero a tal punto no estaba determinado el grupo víctima por parte del victimario –y esta reflexión sirve también para lo que se dirá al tratar el planteo del Dr. Rezsés– que el reglamento RC-9-1 en su artículo 5.030 despeja cualquier duda sobre ello al consignar que “... Dado lo difícil que resulta, en ciertas circunstancias, hacer una exacta diferenciación entre los elementos subversivos y la población en general, podrá ocurrir que se detenga a personas inocentes. Atendiendo a ello, será preciso realizar una investigación rápida pero estricta, a fin de liberar a los mismos lo antes posible.”. Es decir, la propia imposibilidad de agrupar las víctimas de los hechos ocurridos en el período 1976–1983 bajo un patrón común, es la que impide su caracterización como tal”.³⁰

Para estos tribunales, entonces, la cuestión queda saldada no por los impedimentos de la propia CONUG (aunque se expliquen en las explicaciones de cómo los grupos políticos quedan excluidos en su redacción final), sino por el caso argentino. No se trata de la persecución a un grupo sino de la persecución a opositores, por lo tanto, no corresponde tipificarlo como genocidio.

Otros tribunales que también rechazan la calificación jurídica de genocidio reconociendo las motivaciones políticas en el caso argentino, argumentan diferente:

“Sin embargo, más allá de que un examen del contexto epocal de surgimiento de la definición de genocidio de la CONUG revele que inicialmente no se había previsto excluir de sus alcances a los grupos políticos; que resulte plausible considerar que tiene escaso sustento técnico-jurídico la exclusión de los grupos políticos de los grupos protegidos por la CONUG y, finalmente, que se constate la circunstancia de que las definiciones no jurídicas tienden a incluir

30. TOF de Mar del Plata, “Labolita Carlos Orlando y D’ Alessandro de Labolita Rosa s/ Querella - Las Flores”, p. 214.

a los grupos políticos en la definición de genocidio, este Tribunal entiende que los delitos perpetrados contra Guillermo Claudio Vargas Aiganasse como integrante del colectivo ‘grupo político’ constituyendo crímenes de lesa humanidad no se subsumen en el tipo del derecho penal internacional delito de genocidio, al menos en su formulación actual en la CONUG [...] Este Tribunal reconoce que el grado de reproche de los delitos cometidos contra Guillermo Claudio Vargas Aignasse es el mismo que el que merecen las acciones que tipifican el delito internacional de genocidio previsto por la CONUG y en este sentido configuran prácticas genocidas y, asimismo, que sus autores mediatos son claramente genocidas en el marco de una definición no jurídica del genocidio pero, por las consideraciones ut supra expuestas, entiende que la víctima no puede incluirse en ninguno de los grupos que tipifican la figura. Todo ello sin perjuicio de considerar que sería altamente recomendable que tuviera lugar una enmienda formal de la CONUG que incluya a los grupos políticos, el desarrollo de una jurisprudencia internacional que de modo concluyente decida su inclusión, la incorporación del delito de genocidio por una ley argentina que incluya a los grupos políticos reconociendo jurídicamente la especificidad de los politocidios y el reproche como genocidios que merecen o el desarrollo jurisprudencial en el orden local que explícitamente los incluya. Tales estrategias permitirían especialmente en Latinoamérica resignificar jurídicamente los delitos cometidos en el curso de sus dictaduras del último tercio del siglo XX en su alcance más justo”.³¹

Para los magistrados que sostienen esta argumentación, el ataque se desarrolla contra un grupo determinado, ese grupo es un “grupo político” y, al no estar contemplados los grupos políticos en la CONUG, no puede avanzarse en su calificación jurídica.³²

En ambos casos se reconoce la heterogeneidad de las víctimas en cuanto a sus ocupaciones, formación, clase social, lugar de residencia, actividad

31. TOF de Tucumán, Causa N° 03/08, pp.114-115.

32. Para un desarrollo en profundidad sobre las diferencias de interpretación respecto del grupo nacional en la convención puede consultarse SILVEYRA, *Disputas de sentido sobre el proceso genocida argentino en las sentencias judiciales (2006-2019)*.

política, etc.; pero mientras que el primer grupo considera que no son grupo por no autodefinirse las víctimas como tales, el segundo grupo entiende que el grupo no es definido por sus integrantes, sino por el perpetrador.

Frente a estas dificultades, un conjunto de activistas e intelectuales, comenzaron a reflexionar respecto del concepto de genocidio, retomando la definición acuñada por Lemkin, según la cual el objetivo del genocidio es la destrucción de los patrones nacionales del oprimido para ser reemplazada con los patrones nacionales del opresor.³³

En estas reflexiones fue ganando terreno la idea de que se podía pensar que el grupo atacado en el caso argentino era el grupo nacional, y, por ende, protegido por la CONUG. Los modos de comprender y definir a que refiere ese grupo nacional no han sido homogéneos durante todo el proceso, y se ha ido profundizando en el debate en la medida que fueron avanzando las causas y que se fueron articulando saberes construidos en distintos ámbitos (judicial, militante y académico).

Una de las conceptualizaciones iniciales es heredera de los sentidos construidos en el fallo elaborado por la Asamblea Nacional de España y el juez Baltazar Garzón. Coincidiendo también con aquellas sentencias que definían al grupo atacado como grupo político, entienden que el grupo no es definido por quienes resultan víctimas sino por el perpetrador.

“[Los elementos probatorios en el caso argentino] están, debidamente documentados, en éste como en otros procesos cuyos fallos han pasado en autoridad de cosa juzgada, los decretos de aniquilamiento, las directivas secretas de identificación del grupo nacional enemigo como de ‘los proclives a serlo’ y su clasificación como ‘opponentes activos’ y ‘potenciales’, las reglas y órdenes operativas ‘contra los elementos subversivos’ con sus anexos de inteligencia para el ataque en los más diversos ámbitos (político, sindical, estudiantil, cultural, educativo). Incluso, en el denominado ‘R.C. 9-1’ (17.12.1976), del Jefe del Estado Mayor General del Ejército (Viola), se ordena que el Ejército no aceptará rendiciones, lo que documenta aquella intención calificada de exterminio. “El conjunto de estos documentos constituye prueba directa de la voluntad genocida de los perpetradores..., también de una voluntad encubridora.

33. LEMKIN, *El dominio del eje en la Europa ocupada*.

Existió un plan para destruir un grupo entero de la población civil y otro plan para ocultar los hechos” (Cfr. ALAGIA, *Hacer sufrir. Imágenes del hombre y la sociedad en el derecho penal*, pp. 97-106).³⁴

En estas interpretaciones se entiende que la Nación está compuesta por distintos grupos nacionales ya sea definidos por sus integrantes o por los otros, y el genocidio argentino habría sido el intento de destrucción de un grupo nacional definido por el perpetrador.

“Por su parte, Lozada explica con mayor claridad la construcción de la víctima de este delito, cuando sella que la “enumeración restrictiva de los grupos protegidos no puede hacernos perder de vista, sin embargo, que la elección del grupo-objeto de destrucción constituye un dato esencial para la configuración del genocidio y que, en muchas ocasiones, la situación de un grupo determinado en el seno de un Estado puede definir mejor el peligro genocida que la naturaleza misma de ese grupo. Piénsese, por ejemplo, en el caso de minorías nacionales, étnicas o culturales que el Estado generalmente engloba, en circunstancias en que el mismo considera que no son susceptibles —por el motivo que fuere— de asimilación. A esto debe sumársele, además, el hecho de que el grupo-víctima no siempre constituye una realidad social, sino que muchas veces es producto de una representación del asesino, quien lo observa y lo construye ideológicamente como una amenaza a su propia supervivencia”.³⁵

De este modo, por más que se nomina al grupo atacado como grupo nacional, pareciera estar refiriendo al grupo definido como grupo político por aquellos tribunales que rechazan la calificación. Frente a la imposibilidad

34. TOF N°2 de Rosario, “NAST, Lucio César s/ Privación ilegal de la libertad agravada en concurso real con los delitos de tormentos calificados y asociación ilícita (Parcial Expte. N° 120/08)”, p. 224.

35. TOF de San Luis, “F. s/ Av. Delito (Fiochetti, Graciela)” y sus acumulados Expte. 771-F-06 “Fiscal s/ Av. Inf. Art. 142 bis del Código Penal” (Pedro Valentín Ledesma); Expte. 864-F-06 “Fiscal s/ Av. Infr. Art. 142 bis del Código Penal” (Santana Alcaraz) y Expte. 859-F-06 “Fernández, Víctor Carlos denuncia apremios ilegales”, p. 458.

de llamarlo grupo político por no estar contemplado en la convención se lo denomina nacional, pero el eje del aniquilamiento sigue estando dirigido a quienes serían parte de este grupo particular definido por cuestiones políticas. Se persigue a los miembros de *ese* grupo nacional, con el objetivo de aniquilar a ese grupo particular. Los otros "grupos nacionales" parecieran quedar por fuera del conflicto.

Sin embargo, esta interpretación posibilita una concepción de "lo nacional" que se aleja de las miradas esencialistas de las identidades nacionales y las comprende, en primer lugar, como productos dinámicos del devenir de las construcciones de sentido de la sociedad en un tiempo determinado, en este caso, a partir de la construcción del "otro" a destruir definida por los genocidas. Por lo tanto, no se concibe la existencia de una nacionalidad ahistórica y permanente, sino nacionalidades situadas en tiempos y contextos determinados.

En segundo lugar, al reconocer la existencia de distintos grupos nacionales, reconoce la existencia de distintas identidades y sectores dentro de esas nacionalidades por lo que ya no se las concibe como unidades identitariamente homogéneas.

Esta noción de lo nacional, al no referir exclusivamente a aquellos nacidos en un territorio determinado y al incorporar elementos culturales y políticos, habilitó la emergencia de una nueva interpretación que considera el caso argentino como un genocidio en el que el grupo atacado es el grupo nacional mediante la destrucción de una parcialidad del mismo.

"Este Tribunal ha dado una respuesta afirmativa a este interrogante. Aunque la cuestión ha dividido a la doctrina, tenemos dicho que el término 'nacional' no se identifica solo y necesariamente con el de 'nacionalidad' y que por 'grupo nacional' debe entenderse a todo grupo poblacional que mantiene un vínculo legal con el Estado Nacional que habita, pues por el solo hecho de habitarlo nacen derechos y obligaciones que son expresión jurídica de un hecho social de pertenencia y vinculación con ese Estado Nacional (Cfr. CIJ, caso "Nottebohm" o "Liechtenstein vs. Guatemala" del 06.04.1955). Siendo así, el término grupo nacional del art. 2º de la Convención es pertinente para calificar los hechos enjuiciados. Tenemos en cuenta para ello que el grupo nacional argentino fue exterminado 'en par-

te' ("total o parcialmente") y que la delimitación del (sub)grupo a 'destruir' o exterminar –catalogado como "subversivo" o "terrorista"– ha procedido de la perspectiva subjetiva de los perpetradores, abarcando con tan difusa denominación desde los grupos políticos armados hasta cualquier expresión de oposición política al régimen, de activismo social o gremial, de comportamiento crítico, disidente o contestatario. Las víctimas individuales fueron seleccionadas solo por su presunta pertenencia o afinidad con el grupo definido como enemigo (interno) por el infractor".³⁶

Este modo de interpretación posibilita, en algunos casos, ubicar el daño no solamente en aquellos que pasaron por los campos de concentración, sino en el conjunto del grupo nacional argentino. Esta interpretación no sugiere que la destrucción del grupo nacional argentino refiera a la destrucción de la nacionalidad argentina (en tanto existencia de la Nación argentina); sino, por el contrario, que se intenta destruir una nacionalidad argentina determinada. En los términos en que se ha caracterizado el proceso en esta tesis, implica la destrucción de la territorialidad social³⁷ previa al genocidio.

"Asimismo, declarar que lo que nos sucedió como sociedad ocurrió en el marco de un genocidio, tiene el valor agregado de esclarecer la real naturaleza del contexto (dada la uniformidad y sistematicidad de la práctica criminal empleada), el mecanismo causal que explica lo sucedido y la intención calificada del delito, claramente de exterminio parcial del grupo nacional argentino y de reorganización o reconfiguración de la sociedad toda. Se recrea así su significado histórico, se recuperan funciones no punitivas (reparadoras) del acto de juzgar, se aporta a la construcción de la memoria colectiva, se colabora para que lo que sucedió no vuelva a repetirse, todo ello,

36. TOF Paraná, "Céparo, Atilio Ricardo sobre inf. art. 144 bis en circ. art. 142 inc. 1, 2, 3, 5", p. 110.

37. Para el desarrollo del concepto de territorialidad social empleado con relación al caso del genocidio puede consultarse SILVEYRA, "Aproximaciones al concepto de genocidio desde una perspectiva marxista. Aportes para comprender el caso argentino" y SILVEYRA, *Disputas de sentido sobre el proceso genocida argentino en las sentencias judiciales (2006-2019)*.

sin mengua al debido proceso ni a las garantías del justiciable, sin agravio computable –en definitiva– para la defensa.”³⁸

Al entender el genocidio como un proceso que afecta a quienes persigue directamente y a quienes no, que busca reconfigurar a la sociedad toda, no solo amplía la visión hacia una concepción más cercana a las conceptualizaciones de Lemkin, sino que, además, amplía la concepción respecto del rol de la justicia.

Quienes la rechazan, lo hacen desde una definición de “lo nacional” diferente.

“De lo expuesto cabe inferir que el grupo nacional al que alude la Convención y que configura uno de los grupos protegidos por el tipo de genocidio es aquel que nuclea a varios sujetos que comparten como común denominador, un mismo origen, una idiosincrasia, un idioma, rasgos estos que caracterizan y dan cohesión, es decir, brindan unidad a ese conjunto de personas. Y es en virtud, precisamente de ese vínculo, que se intenta exterminar al grupo como tal, como modo de aniquilar esa condición. En esta inteligencia, no resulta ocioso traer a colación lo sostenido por autorizada doctrina, al afirmar que ‘la intención de quien elimina masivamente a personas pertenecientes a su propia nacionalidad por el hecho de no someterse a un determinado régimen político no es destruir su propia nacionalidad ni en todo ni en parte, sino por el contrario, destruir a aquel sector de sus nacionales que no se somete a sus dictados. Con ello el grupo identificado como víctima no lo es en tanto que grupo nacional, sino como un subgrupo del grupo nacional, cuyo criterio de cohesión es el dato de oponerse o no de acomodarse a las directrices del criminal.’”³⁹

Estas interpretaciones emparentan la idea de “lo nacional” a la de “Estado- nación” en términos geopolíticos. De este modo, el ataque a un grupo

38. TOF de Paraná, “Céparo, Atilio Ricardo sobre inf. art. 144 bis en circ. art. 142 inc. 1, 2, 3, 5”, p. 113.

39. TOF de Posadas, “Herrero, Carlos Omar s/Privación Ilegítima de la Libertad Agravada”, pp. 394-395.

nacional solo puede estar desplegado por miembros de otro grupo nacional, ya que si no se trataría de una autodestrucción. Los factores culturales quedan relegados, así como las multiplicidades de identidades nacionales dentro de un mismo país. En este sentido, yendo al extremo del razonamiento, el genocidio contra un grupo nacional sería aquel en el que el país atacado deja de existir.

A diferencia de lo que sucedía con las dificultades respecto a las posibilidades de violar el principio de congruencia y con la falta de tipificación de la figura en el derecho interno, en este caso, las distintas interpretaciones sobre qué se dice cuando se habla de "grupo nacional" dividen las aguas entre quienes aceptan los pedidos de calificación y los que no.⁴⁰

IV. A. PROPÓSITO DEL FALLO DE LA CÁMARA DE CASACIÓN SOBRE EL JUICIO "FUERZA DE TAREA 5" DEL TOF 1 DE LA PLATA

La decisión de calificar los hechos como constitutivos de crímenes internacionales (más precisamente como crímenes de lesa humanidad) originó un debate social y político que llegó a los tribunales: ¿Es correcta la calificación de los hechos como crímenes de lesa humanidad? ¿o se trató de un genocidio?

Esta distinción se reflejó en manifestaciones y discusiones públicas, consignas sociales y políticas y, también, en el ámbito judicial donde los tribunales se distinguen entre quienes se alinearon con una u otra postura, conforme se analizará en el acápite precedente.

Este debate llegó recientemente al tribunal penal de mayor jerarquía del país: la Cámara Federal de Casación Penal.

El 21 de diciembre de 2015, el Tribunal Oral Federal N°1 de La Plata juzgó el caso conocido como "Fuerza de Tareas 5" y resolvió condenar a Antonio Vaňek, Juan Carlos Herzberg, Jorge Alberto Errecaborde, José Casimiro Fernández Carró, Roberto Eduardo Fernando Guitián, Carlos José Ramón Schaller, Luis Rocca y Eduardo Antonio Meza como coautores del "delito internacional de genocidio".

40. La única excepción encontrada es el caso del Tribunal Oral Federal Formosa en la causa "Camicha, Juan Carlos y otros s/ asociación ilícita" Tribunal Oral Federal-Formosa, 13/11/2013 en la que a pesar de considerar que no puede sostenerse la existencia de un genocidio en términos jurídicos, sí puede incluirse en la calificación como "en el marco de genocidio" para dar cuenta de la verdad histórica.

Las defensas de los condenados cuestionaron, entre otros planteos, la calificación de los hechos como constitutivos del "delito internacional de genocidio" y la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal decidió, el 11 de julio de 2022, por mayoría, modificar la calificación legal y establecer que se trató de crímenes de lesa humanidad.

El juez Alejandro Slokar votó por mantener la calificación de genocidio, mientras que los jueces Yacobucci y Mahiques fueron quienes propusieron la calificación de crímenes de lesa humanidad.

El argumento de las defensas para cuestionar la calificación de los hechos de la acusación como parte del "delito internacional de genocidio" radica en que no se habría probado el dolo específico del tipo penal. Cabe recordar que el genocidio se configura por la combinación de alguna de las acciones tipificadas y el dolo especial que consiste en la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso.

Ya se han analizado en detalle los alcances de los votos de este fallo.⁴¹ En esta ocasión, reeditaremos los aspectos nodales así como los argumentos en tensión en el voto de la mayoría y minoría con relación a la calificación legal aplicable: el primero en votar la cuestión fue el juez Slokar, quien comenzó afirmando que "los delitos juzgados fueron cometidos en el marco del plan generalizado y sistemático de represión desplegado por el último gobierno de facto y, de esta manera, la comisión múltiple de los hechos punibles en cuestión (torturas, homicidios, privaciones ilegales de la libertad, desapariciones forzadas de personas) aparejan las imprescriptibles e imperativas obligaciones de investigación y sanción" y citó al tribunal de juicio al sostener que

"Tales delitos, desplegados con propósitos ideológicos, políticos y económicos, constituyen graves violaciones a los derechos humanos, que tuvieron lugar, esencialmente, en contra de los trabajadores de las empresas situadas en las localidades de Berisso, Ensenada y en la zona de Río Santiago".

41. THUS & GONZÁLEZ STIER, "Genocidio o crímenes de lesa humanidad en el caso argentino". A propósito del fallo de la Cámara Federal de Casación sobre el Juicio 'Fuerza de Tareas 5' del TOF 1 de La Plata", pp. 85-115.

La esencia del debate sobre la calificación legal (independientemente de los planteos de las defensas), radica en la interpretación de la extensión de los grupos identificados como posibles víctimas del delito de genocidio: nacional, étnico, racial o religioso.

La calificación de los hechos criminales cometidos por la dictadura como un genocidio encuentra fundamento en la intención de destruir (al menos parcialmente) a un grupo nacional argentino, mientras que quienes rechazan esa postura afirman que el grupo atacado debe identificarse como un grupo político que había sido expresamente excluido de la definición que prevé la Convención para la Prevención y la Sanción del delito de genocidio de 1948.

Slokar efectuó un repaso sobre el origen y la interpretación histórica de la palabra "genocidio" y señaló que los crímenes de la dictadura ya habían sido calificados de ese modo desde la primera denuncia de la Comisión Argentina de Derechos Humanos titulada "Argentina, proceso al genocidio". También citó el Sumario 19/1997 del Juzgado Central de Instrucción N° 5 de Madrid, por entonces a cargo del juez Baltasar Garzón, quien sostuvo que:

"Los Comandantes Generales de las Fuerzas Armadas Argentinas, con sus inspiradores civiles, planean el genocidio antes del golpe militar de marzo de 1976. La severa legislación y las amplias facultades represivas que les concede el gobierno constitucional no les alcanza para lograr lo que estimaban una solución drástica: la eliminación física del grupo nacional opositor a su ideología y a su proyecto" (Auto del 2 de noviembre de 1999).

De esa misma resolución se desprende que

"[...] sino puede eliminarse la motivación política cuando esa acción genocida es por razones étnicas o religiosas con mayor razón, no puede prescindirse de la calificación como genocidio cuando la base de la acción delictiva está formada por la motivación política y el objeto de la agresión es exactamente el mismo grupo de personas (grupo nacional, al que pertenece también el agresor, como sector predominante por el uso de la fuerza), a través de los mismos medios comisivos –muertes, secuestro seguido

de desaparición, torturas, agresiones sexuales, o desplazamientos forzosos– y con la misma finalidad de eliminar la discrepancia ideológica y de oposición política, que en todo caso se manifiesta en uno y otro supuestos [...]”.

Del texto extraído de la resolución de Garzón se desprende una separación entre la intencionalidad política del ataque (que se encuentra presente en todos los casos) y el objetivo de ese ataque: un grupo nacional, ya que

“Para los perpetradores argentinos la nacionalidad como ciudadanía amplia solo era compatible con valores ‘occidentales y cristianos’ que las órdenes secretas de aniquilamiento establecieron. Por ello la vida del grupo nacional aniquilado o afectado gravemente fue para los perpetradores indigna de ser tratada en calidad de libre e igual ante ley. Las órdenes de aniquilamiento dividieron a la población nacional entre ciudadanos dignos de serlo y otros declarados sin valor de vida, identificándoselos con el cáncer, la infiltración venenosa o con un tumor social que se hacía necesario extirpar. Los miembros de este grupo nacional quedan reducidos, por órdenes secretas de aniquilamiento en abstracto y por la experiencia concentracionaria en concreto, a grupo sacrificable al que se puede asesinar sin cometer homicidio, en beneficio de toda la sociedad y para que ésta pueda vivir”.

En este punto, Slokar no sólo toma los aspectos señalados desde una visión jurídica del asunto, sino que agrega fundamentos sociológicos citando a Feierstein respecto a que las prácticas genocidas resultan ser una

“tecnología de poder cuyo objetivo radica en la destrucción de las relaciones sociales de autonomía y cooperación y de la identidad de una sociedad, por medio del aniquilamiento de una fracción relevante [de la misma] [...] y del uso del terror”

enfoque que, además de visibilizar la magnitud de los horrores cometidos, permite explicar el cómo, el porqué y el para qué del genocidio nacional.

Ello habilita a colocar a los crímenes cometidos por la dictadura como parte de un genocidio reorganizador que define a los procesos de exterminio que, como el caso argentino, buscan transformar “las relaciones sociales hegemónicas al interior de un Estado nación preexistente”, con el objetivo de “clausurar aquellas relaciones que generan fricción o mediaciones al ejercicio del poder –contestatarias, críticas, solidarias– y reemplazarlas por una relación unidireccional con el poder”.

Esas circunstancias fueron aprobadas por el tribunal de juicio que, en la sentencia dejó establecido que

“el ataque a [grupos de trabajadores sindicalizados] no ha sido azaroso, sino claramente dirigido a desmembrar una estructura que se presentaba como ‘un férreo enemigo’ de cara a las finalidades económicas de los grandes grupos empresarios y al plan económico de la dictadura. Se trató de desarticular un sector obrero, organizado, con arraigada identidad como trabajadores, y alto compromiso en la defensa de la dignidad del trabajo, la industria nacional y representativos del trabajo calificado.... El plan represivo implementado por la dictadura cívico militar persiguió instalar un clima de terror y de disciplinamiento social que no solo resultó imprescindible para la aplicación contemporánea y posterior de políticas socio económicas de desigualdad, transferencia de recursos y modificación sustancial del reparto de ingresos entre los diversos sectores sociales, sino que lo tuvo como objeto y sin ello no se entiende su propia existencia. El genocidio y su profunda tarea de desarticulación de las instituciones de pertenencia de los sectores del trabajo, a punto de desarmar el entramado de relaciones de equilibrio de fuerzas y de negociación posible, tuvo como objetivo el diseño de una nueva sociedad en la que sectores enteros quedaron indefensos y disgregados frente a la concentración del poder económico traducido en único poder social efectivo, y con el respaldo abrumador del poder armado formal e informal [...]”.

Por todo eso, Slokar tomó la conclusión del voto mayoritario del tribunal de juicio y ratificó que se ha identificado a la represión dictatorial como

“una política de exterminio focalizada sobre un grupo nacional particular con el objeto de, a través de la violencia física y la difusión

del terror, lograr la reorganización del conjunto de la sociedad. El accionar represivo aparece, así como un medio para la obtención de un fin: el martirio de los individuos en tanto parte de un colectivo determinado, socialmente significativo para los victimarios, y el exterminio de ese colectivo como instrumento para la modificación de los lazos sociales”

y destacó que el criterio en orden a que el móvil político de un ataque dirigido contra uno de los grupos especialmente protegidos (*V.gr.* grupo nacional) no resulta óbice para la protección legal:

“Una vez afirmado que el grupo al que se ha dirigido el ataque con fines de destrucción del mismo es uno de los protegidos en el tipo de injusto, nada impide, para mantener esa calificación, que el sujeto activo del injusto añada a su voluntad criminal un móvil político porque, en toda destrucción de cualquiera de los grupos, también los motivos políticos pueden ser componentes del propósito de exterminio”.

Luego Slokar señaló que el hecho de que los perpetradores y las víctimas pertenezcan al mismo grupo nacional no resulta un obstáculo para determinar que existió un genocidio. Para ello se basó en las conclusiones del Informe Whitaker sobre la prevención y la sanción del crimen de genocidio.

Para concluir, criticó a quienes excluyen la calificación como genocidio sobre la base de la identidad política de las víctimas y afirmó que

“la interpretación que se limita a señalar la exclusión del ‘grupo político’ en la versión final de la Convención para la Prevención y Sanción del delito de genocidio para así descartar su aplicación a supuestos como el del presente proceso, no sólo desconoce los planteamientos *ut supra* referidos que dan cuenta de su subsunción en el ‘grupo nacional’, sino que además redundante en una discriminación negativa que niega el carácter de víctimas de genocidio a quienes son perseguidos por razones políticas (como también podrían serlo de género, identidad sexual, discapacidad u otros), lo que resulta hermenéuticamente inaceptable”.

Guillermo Yacubucci, por su parte, propuso un análisis diferente de la cuestión y lo argumenta en su visión sobre el principio de legalidad penal. Sostuvo que, para él, los jueces que integraron la mayoría del tribunal incurrieron en una decisión confusa y arbitraria, y propuso diferenciar

“entre las adjetivaciones o calificaciones que puedan expresarse mediante ciertos términos dentro de la comunicación coloquial, el debate político, el etiquetamiento sociológico, el señalamiento periodístico, o la disputa agonal y el significado normativo del *nomen iuris* que la legalidad impone para calificar hechos criminales”.

Y agregó que

“valerse del término ‘genocidio’, o aun apuntar como ‘genocidas’ a sujetos que han llevado a cabo comportamientos de intensa crueldad y capacidad lesiva contra la vida y la integridad de las personas, permite expresar el disvalor de esos actos en la dialéctica comunicativa. De esa manera, se señala una profunda contradicción con principios y valores humanos en virtud de la extensión cuantitativa y cualitativa de la afectación de los derechos fundamentales. En perspectiva semántica, ese uso resulta habilitado por su eficacia ilocucionaria en la consideración comunicativa, que no necesariamente expresa el contenido de antijuridicidad reglado por la legalidad penal y convencional del término usado”.

Concluyó, sobre ese punto, que la calificación de los hechos como “delito internacional de genocidio” constituye un uso retórico de la figura que

“no solo crea inseguridad, al banalizar aspectos propios de esa elaboración conceptual, sino que, además, pone en crisis –como lógica consecuencia jurídica– el principio de legalidad, las nociones del derecho internacional y convencional y, más precisamente aún, uno de sus derivados, como es el principio de tipicidad”.

Descartó también la posibilidad de invocar referencias a la evolución de la definición del delito de genocidio (que identificó como “propuestas

previas a la determinación legal alcanzada, que ampliaban la caracterización o identidad de los grupos hechas en el fallo") ya que resultarían relevantes para el debate histórico, pero no para calificar judicialmente los hechos.

Se aferró a la sentencia del precedente "Jelusic" del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia que examinó los componentes legales del crimen de genocidio tomando en cuenta solo aquellos que lo caracterizan "sin lugar a dudas" y toma del fallo del tribunal de juicio que "los grupos políticos y las motivaciones políticas 'quedaron excluidas' de la definición legal".

También sostuvo que la decisión del tribunal de juicio pone en crisis el significado y la expresividad normativa del término genocidio, "solidificada a nivel internacional".

Esencialmente cuestionó la categorización de las víctimas como identificadas bajo un "grupo nacional". Para ello señaló que se pretendió identificar bajo el rótulo de grupo nacional a

"un tramado de relaciones sociales que intenta describir como trabajadores. Primero, de una determinada zona –Ensenada, Berisso–, luego, que se extendería a todo el territorio para, finalmente, limitarlo a cierta opción política [...] cuando en verdad se señala como cómplices de los crímenes a otros integrantes de ese mismo colectivo, para lo cual distingue entre delegados gremiales de un sector –'opositores'– y delegados de comisiones 'oficialistas'".

Para Yacobucci, esas premisas

"indican la carencia de significado normativo para alcanzar la consideración de grupo nacional de esas víctimas que se vinculan entre sí por ciertas opciones políticas o sindicales de difícil generalización a la luz del objetivo que se quiere demostrar".

Citó jurisprudencia para justificar que los grupos con identidad política resultan expresamente excluidos de la definición. Sin embargo, también reconoció la mutabilidad de la noción de los grupos nacionales, étnicos,

raciales o religiosos, aunque descartó que esa circunstancia haya sido probada en el caso concreto.

A partir de ese razonamiento, remarcó que

“la noción de genocidio ha quedado circunscripta a un elenco determinado y estricto de situaciones que lo caracteriza, sobre todo, respecto de otros crímenes y atrocidades contra la humanidad. Especificidad, cabe acotar, particularmente surgida de las exigencias de mens rea respecto de ciertos grupos nacionales, étnicos, raciales o religiosos, ya que no todo grupo o colectivo de personas aparecen integrados al concepto de genocidio” (Cfr. Cryer & Friman & Robinson y otros, International Criminal Law and Procedure)

y que

“Como no se ha probado que esto suceda en los delitos aquí juzgados, la calificación de genocidio debe ser revisada. Esto, claro está, no es óbice para entender que los injustos cuyo juzgamiento y condena están bajo análisis de esta Cámara son constitutivos de crímenes de lesa humanidad, tal como fue motivo de acusación por el Fiscal durante el juicio, y plasmado en su realización objetiva y subjetiva, como hechos probados en el fallo”.

En otro punto, resulta interesante que Yacobucci se hace cargo de la crítica respecto de que la categoría de “crímenes de lesa humanidad” no se encontraba positivizada como tal al momento de la comisión de los crímenes (al menos en los términos actuales), pero sostiene que “según actual y constante doctrina de la Corte Suprema, a la que cabe atenerse, sí se encontraba vigente en el derecho internacional (*ius cogens*) y, en virtud del artículo 118 CN, ya tenía vigencia y resultaba vinculante para el ordenamiento argentino” y que, de acuerdo con el texto de la sentencia cuestionada, los hechos investigados y juzgados no resultan

“sucesos aislados, sino que se inscriben y forman parte de un universo de criminalidad organizada estatal, respecto de la que se han expedido diversos tribunales del país, especialmente a partir de la

Causa n° 13/84 –conocida como Juicio a las Juntas–, así como organismos locales e internacionales que bregan por la protección de los derechos humanos, coincidiendo en que la dictadura cívico-militar implementada entre los años 1976-1983, ha cometido infinidad de ilícitos que constituyen crímenes de lesa humanidad y por tanto imprescriptibles”.

Por último, Carlos Mahiques, acompañó el voto de Yacobucci. Descartó que los hechos juzgados puedan ser catalogados como parte de un genocidio y los calificó como crímenes de lesa humanidad.

Para ello destacó que

“la diferencia entre genocidio y el resto de los crímenes mayores del derecho penal internacional, también conocidos como ‘Core Crimes’, radica en la ultraintencionalidad, o el *dolus specialis*, que preside la actuación de los autores con el fin de exterminar a uno o varios, de los grupos protegidos –enumerados de forma taxativa por la norma–, de manera total o parcial” [y que]“mientras la característica de ‘delito internacional’ de los crímenes de lesa humanidad, de guerra o de agresión está dada por el elemento político o internacional que se encuentra en el ‘actus reus’, es decir, en el tipo objetivo del delito, en el caso del genocidio, ese elemento internacional está dado por la referida ultraintencionalidad (*Mens rea*). En otros términos, que el mencionado elemento, que connota en especial a esta infracción, se desplaza de la parte objetiva a la subjetiva, justamente a través de la mentada ‘ultraintencionalidad’”.

Y aclaró que no descarta que las víctimas pertenezcan a un “grupo nacional” pero que

“lo que motivó el plan sistemático de desaparición y tortura no fue la nacionalidad de las víctimas, sino su ‘oposición al plan implementado’. Así, el ataque perpetrado desde el aparato estatal contra la población civil que acarrió la ‘destrucción parcial’ de ese ‘grupo nacional’, no estuvo dirigido contra dicha población por su pertenencia a un grupo nacional, es decir, por ser argentinos, sino por su ideología a pertenencia política”.

Destacó que la calificación de los hechos como crímenes de lesa humanidad —y no como genocidio—

“no los convierte en menos graves o aberrantes. En el campo de los delitos internacionales, no existen delitos más graves que otros por su calificación legal. Todos ellos conllevan un menoscabo a bienes jurídicos fundamentales como la paz, la dignidad humana y la seguridad internacional. En todo caso la ‘mayor gravedad’ de los hechos en sucesos de esas proporciones dependerá de sus circunstancias y características, y no de su calificación legal”.

Y concluyó que

“por no tratarse de hechos aislados, sino planificados y ejecutados en el marco, y ‘como parte de un ataque generalizado o sistemático’, es que dichos ataques deben recibir la denominación de crímenes de ‘lesa humanidad’, y ser, bajo esta calificación, juzgados y sancionados por los tribunales competentes”.

Hasta aquí hemos reseñado los principales argumentos del fallo y, como sabemos, las sentencias judiciales tienen efectos inmediatos “sobre los cuerpos” (en alusión a la dimensión coercitiva del derecho penal) pero también mediatos “sobre los sentidos” del pasado en nuestro presente democrático (dimensión discursiva - eficacia nominativa y performativa del derecho).

Se configura como un aporte valioso porque: a) se reafirma la conceptualización como crímenes internacionales de los delitos perpetrados por la dictadura y consecuentemente su carácter imprescriptible y merecedores de condena penal (por unanimidad); b) se consolida la calificación de desaparición forzada (por unanimidad); c) se reconoce el carácter mutable de la noción de grupos nacionales, étnicos, raciales o religiosos (más allá que se descarta en el caso concreto por déficit probatorio) y d) se discute por primera vez en un tribunal de alzada la calificación legal de genocidio y los sentidos en disputa. Parafraseando el fallo, el genocidio como práctica social y como delito no es una “metáfora”.

Uno de los aspectos más controversiales, no ya en el análisis normativo de las figuras penales en danza, radica en el modo de comprensión del

derecho y su relación con otras ciencias sociales. Es, quizás, este, el aporte central a la criminología crítica del genocidio desde el sur.

En el fallo, en el voto de la mayoría, se hace referencia a la diferenciación entre el valor normativo que el sistema jurídico le otorga al genocidio del que le otorgan las ciencias sociales, denunciando la indistinción como acto impropio de la magistratura.

En sentido contrario, en el voto de la minoría, se postula la necesaria relación entre derecho y ciencias sociales, se sustenta el voto en los aportes que brindan la criminología del genocidio a la cuestión, de modo de permitir a la ciencia jurídica escoger una figura legal que explica mejor el objetivo y la estrategia de los perpetradores, quiénes son las víctimas, cuál es el daño causado y los motivos del aniquilamiento.

Ordenar una sociedad supone necesariamente establecer una gramática del sufrimiento. El campo jurídico es, por encima de todo, un campo discursivo y, por eso mismo, la lucha por el derecho es, por un lado, la lucha por la nominación, por la consagración jurídica de los nombres del sufrimiento humano, por entronizar los nombres que ya se encuentran en uso y, por el otro, la lucha por publicitar y colocar en uso, en boca de las personas las palabras de la ley y también de las sentencias.

Por eso, nominar como crímenes de lesa humanidad o como genocidio, los crímenes perpetrados por la dictadura militar, no es indistinto. Se ponen en acto la capacidad de influencia en la esfera pública y las estrategias para "oficializar" o "institucionalizar" una narrativa del pasado. El derecho se presenta, entonces, no solo como la palabra autorizada de la nación, capaz de regular, sino también de crear, o de dar estatus de realidad a las entidades cuyo derecho garantiza, e instituye su existencia a partir del mero acto de nominación y se configura como una herramienta válida para evitar el negacionismo normativo.⁴²

42. Adam JONES analiza el negacionismo normativo al incorporar a la mencionada categorización aquellas posiciones jurídicas que descartan la posibilidad de tipificación del genocidio (JONES, *Genocide. A Comprehensive Introduction*, p. 357). Para un análisis sobre los efectos negacionistas de la calificación legal en el caso argentino, véase: THUS, Valeria y GONZÁLEZ STIER, Daniel, "Genocidio o crímenes de lesa humanidad en el caso argentino. A propósito del fallo de la Cámara Federal de Casación sobre el Juicio "Fuerza de Tareas 5" del TOF 1 de La Plata", pp.104 y ss.)

V. CONCLUSIONES

La Argentina ha aportado, desde su experiencia particular, reflexiones e interpretaciones significativas al campo de estudios de la justicia transicional y de los estudios de crímenes de Estado.

En este artículo nos hemos detenido, particularmente, en lo referido a la interpretación sobre la calificación jurídica de genocidio. Los debates impulsados por un conjunto de sobrevivientes respecto a la posibilidad de juzgar los crímenes cometidos por la dictadura como genocidio obligaron a la revisión crítica de lo establecido por la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio.

La dificultad frente a la ausencia de los grupos políticos como uno de los grupos protegidos por la CONUG llevó a juristas y militantes de organismos de derechos humanos al debate sobre la definición de los cuatro grupos protegidos. De ese modo, aquello que originalmente fue percibido como un problema para su aplicación, terminó por abrir las posibilidades de una interpretación del sentido de grupo nacional que se acerca más a aquello que Lemkin, el creador del neologismo, había definido en su libro *El dominio del eje sobre la Europa ocupada*.

La interpretación que permite pensar el ataque contra una parcialidad del grupo nacional con el objetivo de la transformación identitaria de del conjunto, permitió comprender el genocidio no solo como el aniquilamiento masivo de personas, sino sobre todo como una tecnología de poder que busca la transformación de la sociedad sobreviviente. De este modo, la pregunta sobre las características de la parcialidad del grupo nacional que es perseguido, y, sobre todo, la pregunta sobre el lugar que ocupaba en el conjunto social y cómo este se ve transformado una vez finalizada la dictadura, permite que la escena judicial se constituya no solo en un espacio de retribución para las víctimas directas, sino en un espejo en el cual mirarnos como sociedad para preguntarnos sobre los modos de ser y estar en el mundo concreto en la actualidad.

Y por eso es válido preguntarnos ¿por qué hoy tiene un peso central que la justicia "nomine" los crímenes cometidos por la dictadura? O, mejor dicho, ¿qué es lo que "esconde" o invisibiliza optar por una u otra fórmula legal?

La calificación como genocidio o como crimen de lesa humanidad no es inocua ni insustancial y genera consecuencias en la comprensión acabada del proceso histórico y en las disputas por los sentidos de memoria. En efecto, el debate sobre la calificación legal respecto de los críme-

nes perpetrados por la dictadura cívico militar permite abrir las preguntas por los “efectos negacionistas” de estas configuraciones normativas que, fundándose en víctimas indiferenciadas y en el horror descontextualizado, obturan comprender las causas del genocidio en un contexto concreto y particular: cuando justamente se ha empezado a discutir la responsabilidad civil —empresarial— de la dictadura (causalidad del proceso genocida) y cuando media un recrudecimiento de estos discursos negacionistas en el campo político, académico y normativo.

Desde esta perspectiva —y allí se configura su aporte a la criminología del genocidio desde el sur—, el derecho, como ámbito agonial sobre la apropiación política del pasado, nos permite, con sus conceptualizaciones, formular las representaciones de lo acontecido y convertir al escenario judicial en árbitro de la verdad frente a los negacionismos de los últimos tiempos. El derecho se configura entonces como herramienta política y de reparación a las víctimas y permite la indagación en categorías que provienen de disciplinas afines (criminología del genocidio) y (re)pensar estos problemas más allá de la estrecha legalidad.

BIBLIOGRAFÍA

- ALAGIA, Alejandro, *Hacer sufrir. Imágenes del hombre y la sociedad en el derecho penal*, Ediar, 2013, Buenos Aires.
- ALONSO, Luciano, “*Que digan dónde están*”. *Una historia de los derechos humanos en la Argentina*, Prometeo, 2022, Buenos Aires.
- BAILONE, Matías, “Los fundamentos de la pena en los ‘crímenes de Estado’: el poder (auto) punitivo legitimado por la criminología crítica”, en *Revista Nueva Crítica Penal*, Vol. 1, N° 1 (2019), ISSN: 2525-0620, pp. 43-63.
- CATELA DA SILVA, Ludmila, *No habrá flores en la tumba del pasado. La experiencia de reconstrucción del mundo de los familiares de desaparecidos*, Al Margen, 2001, La Plata.
- Conferencia Diplomática Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de Plenipotenciarios de las Naciones sobre el establecimiento de una corte penal corte penal internacional, ACONF183/9, 17/07/1998.
- Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, 09/12/1948, e.v. 12/01/1951
- CRENZEL, Emilio, *La historia política del nunca más. la memoria de las*

desapariciones en la argentina, Siglo XXI, 2008, Buenos Aires.

CROCCO, Natalia, "Legitimidad, impunidad y justicia. La prensa escrita y el proceso de juzgamiento por crímenes de Estado en Argentina (2001-2019)", Tesis de Doctorado en Ciencias Sociales, defendida 29/10/2020, Universidad de Buenos Aires, 2020.

DELRIO, Walter M. & LENTON, Diana I. & MUSANTE, Marcelo y otros, "Discussing Indigenous Genocide in Argentina: Past, Present, and Consequences of Argentinean State Policies toward Native Peoples", en *Genocide Studies and Prevention*, Vol. 5, N° 2, agosto 2010, Toronto, ISSN: 1911-03595; pp. 138-159 URL: <https://utpjournals.press/doi/10.3138/gsp.5.2.138>

FEIERSTEIN, Daniel, *El genocidio como práctica social. Entre el nazismo y la experiencia argentina*, Fondo de Cultura Económica, 2007, Buenos Aires;

—, *Memorias y representaciones. Sobre la elaboración del genocidio*, Fondo de Cultura Económica, 2012, Buenos Aires.

—, *Juicios. Sobre la elaboración del genocidio II*, Fondo de Cultura Económica, 2015, Buenos Aires.

—, *Los dos demonios (recargados)*, Marea, 2018, Buenos Aires.

FEIERSTEIN, Daniel & SILVEYRA, Malena, "Genocidio o crímenes de lesa humanidad: el debate jurídico argentino como disputa por el sentido asignado al pasado", en *Revista Estudios de Derecho*, Vol. 77, N° 170 (2020), Antioquia, pp. 17-46, URL <https://doi.org/10.17533/udea.esde.v77n170a01>

FERREIRA, Marcelo, "El genocidio y su caracterización como 'eliminación parcial de grupo nacional'", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N° 8, 2012, Buenos Aires, ISSN 0034-7914, pp. 84-102.

GORINI, Ulises, *La rebelión de las madres: Historia de la Madres de Plaza de Mayo*. Tomo I (1976-1983), Norma, 2006, Buenos Aires.

—, *La rebelión de las madres: Historia de la Madres de Plaza de Mayo*. Tomo II (1983-1986), Norma, 2006, Buenos Aires.

HINTON, Alexander L., "Critical Genocide Studies", en *Genocide Studies and Prevention: an International Journal*, vol. 7, N° 1, Article 3, 2012 URL <https://digitalcommons.usf.edu/gsp/vol7/iss1/3>

JONES, Adam, *Genocide. A Comprehensive Introduction*, 2ª. ed., Routledge, 2010, Abingdon and New York.

LEMKIN, Raphael, *El dominio del eje en la Europa ocupada*, Prometeo y Edutref, 2009, Buenos Aires.

- LOZADA, Martín, *Sobre el genocidio: el crimen fundamental*, Capital Intelectual, 2008, Buenos Aires.
- NINO, Carlos S., *Juicio al Mal Absoluto*, Ariel, 2006, Buenos Aires.
- O' DONNELL, Guillermo, "Transiciones, continuidades y algunas paradojas", en *Cuadernos Políticos*, N° 56, ene- abr 1989, México D.F., pp. 19-36.
- PORTANTIERO, Juan C. & NUN, José, *Ensayos sobre la transición democrática en Argentina*, Puntosur, 1987, Buenos Aires.
- SENESE, Salvatore, "Memoria y justicia. La sanción internacional de la violencia", en EIROA, Pablo D & OTERO, Juan M. (Compiladores), *Memoria y derecho penal*, Ed. Fabián J. Di Plácido, 2007, Buenos Aires.
- SILVEYRA, Malena, "Aproximaciones al concepto de genocidio desde una perspectiva marxista. Aportes para comprender el caso argentino", en *Conflicto Social. Revista Del Programa de Investigaciones Sobre Conflicto Social*, Vol. 11, N° 20, jul- dic 2018, Buenos Aires, ISSN 1852-2262, pp. 143-170.
- , "Disputas de sentido sobre el proceso genocida argentino en las sentencias judiciales (2006-2019)", Tesis de Doctorado, defendida el 08/07/2022, Universidad de Buenos Aires.
- , "Estado vs. Estado: 35 años de juzgamiento del genocidio argentino", en *Revista de Estudios sobre Genocidio*, Volumen 15, diciembre de 2020, Universidad Nacional de Tres de Febrero, pp. 42-62.
- SILVEYRA, Malena & THUS, Valeria (compiladoras), *Juzgar los crímenes de Estados a 15 años de la reapertura de los juicios en la Argentina*, Eudeba, 2022, Buenos Aires.
- SOZZO, Máximo, "'Traduttore, traditore' traducción, importación cultural e historia del presente de la criminología en América Latina", en *Reconstruyendo las criminologías críticas*, Ad-Hoc, 2006, Buenos Aires.
- THUS, Valeria, *Negacionismo y derecho penal: El rol del derecho frente a las negaciones de los crímenes de Estado*, Didot, 2020, Buenos Aires.
- , "Juicios de lesa humanidad en Argentina: el rol del movimiento de derechos humanos en la construcción de la Memoria y la Verdad
- THUS, Valeria & GONZÁLEZ STIER, Daniel, "Genocidio o crímenes de lesa humanidad en el caso argentino. A propósito del fallo de la Cámara Federal de Casación sobre el Juicio 'Fuerza de Tareas 5' del TOF 1 de La Plata", en *Revista Pensar en Derecho*, N° 21, diciembre de 2022, Eudeba, Facultad de Derecho, UBA, Buenos Aires, ISSN (versión electrónica): 2314-0194, pp. 85-115.

Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Jujuy, "Vargas, Antonio Orlando y otros s/ privación ilegal de libertad, imposición de tortura, homicidio agravado por alevosía y por el concurso de dos o más personas", 11/08/2014, Causa N° 76000073/2011.

Tribunal Oral en lo Criminal Federal de San Luis, Causa N° 1914-"F"-07-TOCFSL, caratulados: "F. s/ Av. Delito (Fiochetti, Graciela)" y sus acumulados Expte. 771-F-06 "Fiscal s/ Av. Inf. Art. 142 bis del Código Penal" (Pedro Valentín Ledesma); Expte. 864-F-06 "Fiscal s/ Av. Infr. Art. 142 bis del Código Penal" (Santana Alcaraz) y Expte. 859-F-06 "Fernández, Víctor Carlos denuncia apremios ilegales", 12/03/2009

Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Tucumán, Causa N° 03/08, 28/08/2008

Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1 de la Capital Federal, "Automotores Orletti", "Guillamondegui, Néstor Horacio y otros s/privación ilegal de la libertad agravada, imposición de tormentos y homicidio calificado", 2011, Causa 1627.

Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1 de La Plata, "Etchecolatz, Miguel Osvaldo s/ homicidio calificado", 26/09/2006, Causa N° 2251/2006.

Tribunal Oral Federal de Paraná, "Céparo, Atilio Ricardo sobre inf. art. 144 bis en circ. art. 142 inc. 1, 2, 3, 5", 08/10/2016, Causa N° FPA 13000001/2012/TO2

Tribunal Oral Federal de Posadas, "Herrero, Carlos Omar s/Privación Ilegítima de la Libertad Agravada", 2012, Causa N° 87/2010

Tribunal Oral Federal- La Pampa, "IRIART, Fabio Carlos – GREPPI, Néstor Omar – CONSTANTINO, Roberto Esteban – FIORUCCI, Roberto Oscar – AGUILERA, Omar – CENIZO, Néstor Bonifacio – REINHART, Carlos Alberto – YORIO, Oscar – RETA, Athos – MARENCHINO, Hugo Roberto s/Inf.art.144 bis, inc.1° y último párr., Ley 14616, en fcción. Art. 142, inc. 1° -Ley 20642 del CP en...", 16/11/2010, Causa N° 8/10.

Tribunal Oral Federal Mar del Plata, "Labolita Carlos Orlando y D' Alessandro de Labolita Rosa s/ Querella - Las Flores", 03/07/2009, Causa N° 30746

Tribunal Oral Federal N°1 de Córdoba, "González Navarro, Jorge y otros p.ss.aa privación ilegítima de la libertad e imposición de tormentos agravados", 15/05/2018, Expte. FCB 35022396/2012

Tribunal Oral Federal N° 2 de Rosario, "NAST, Lucio César s/ Privación ilegal de la libertad agravada en concurso real con los delitos de

- tormentos calificados y asociación ilícita (Parcial Expte. N° 120/08)", 10/10/ 2014, Causa N° FRO 85000124/2010
Tribunal Oral Federal N° 5 de la Capital Federal, "ESMA II", 26/10/201, Causa N° 1270
- VERBITSKY, Horacio, *Civiles y militares: memoria secreta de la transición*, Contrapunto, 1987, Buenos Aires.
- WOOLFORD, Andrew, "La nueva generación: criminología, estudios sobre el genocidio y colonialismo de los colonos", en *Revista Crítica Penal y Poder*, N° 5, septiembre de 2013, número especial: "Redefiniendo la cuestión criminal: Crímenes de Estado, atrocidades masivas y daño social", pp.138-162.
- ZAFFARONI, Eugenio R., *Crímenes de masa*, Ediciones Madres de Plaza de Mayo, 2010, Buenos Aires.
- , *Criminología: aproximación desde un margen*, Temis, 1998, Bogotá.
- , *La palabra de los muertos*. Ediar, 2011, Buenos Aires.
- , Presentación en MORRISON, Wayne, *Criminología, civilización y nuevo orden mundial*, Anthropos, 2012, Barcelona.

JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL: FRACTURAS Y CONTINUIDADES FRENTE A LEGADOS AUTORITARIOS*

LEONARDO GABRIEL FILIPPINI**

Resumen: Este trabajo describe la manera en la que la jurisprudencia constitucional argentina desde 1983 incorpora citas y lenguaje de fallos correspondientes a períodos autoritarios del país. En la primera parte muestra cómo esto ocurre incluso en temas como jurisdicción militar, control jurisdiccional de los procedimientos políticos de remoción de funcionarios, validez de las leyes *de facto*, o *habeas corpus*. En la segunda parte, identifica la manera habitual en la que la Corte se refiere a su propia práctica en materia de empleo de precedentes y postula que no existe una explicación razonada acerca de la referencia a fallos de las cortes *de facto* y que ello compromete la capacidad argumental de una jurisprudencia constitucional democrática ante amenazadas antidemocráticas.

Palabras clave: jurisprudencia constitucional — precedentes — gobiernos de facto — corte suprema de justicia de la nación.

Abstract: This paper describes the way in which Argentine constitutional jurisprudence incorporates quotations and language from rulings corresponding to authoritarian periods in the country since 1983. In the first part, it shows how this occurs even on issues such as military jurisdiction, jurisdictional control of political procedures for the removal of officials, validity of *de facto* laws, or *habeas corpus*. In the second part, he identifies the usual way in which the Court refers to its own practice in the use of precedents and postulates that there is no reasoned explanation about the reference to rulings of *de facto* courts and

*Recepción del original: 01/07/2023. Aceptación: 24/08/2023.

**Abogado UBA. Profesor de Derecho UBA. Dedicatoria: Agradezco de modo particular a Juan F. Gon-zález Bertomeu, Laura Clérico y Magdalena Álvarez, entre muchas otras personas que me han hecho generosas críticas y aportes.

that this compromises the argumentative capacity of a democratic constitutional jurisprudence in the face of antidemocratic threats.

Keywords: constitutional jurisprudence — precedents — *de facto* governments — national supreme court of justice.

I. PRESENTACIÓN

La jurisprudencia constitucional argentina desde 1983 incorpora citas y lenguaje de fallos correspondientes a periodos autoritarios del país. Los múltiples golpes de Estado durante el siglo XX, ciertamente, hacen inexorable que una porción importante de la producción del tribunal corresponda a periodos no democráticos. La continuidad institucional desde la *Corte Carrió* en adelante viene morigerando la presencia de citas a decisiones de periodos no democráticos. Con todo, la práctica se mantiene y sigue siendo una operación no problematizada de modo expreso por la Corte.

¿En qué consiste exactamente este uso o práctica? ¿Es una característica significativa de la jurisprudencia, o solo una contingencia ineludible e inocua? ¿Por qué y para qué una corte de la democracia recurre a fallos dictados en dictaduras? ¿En qué condiciones se justifica la consideración de decisiones judiciales emitidas en contextos de opresión en la ilación de una jurisprudencia constitucional? ¿Deberíamos revisar esta práctica argumental? En este trabajo nos acercamos tentativamente a dos cuestiones en torno a esas varias preguntas.

En la primera parte, más bien descriptiva, mostramos los modos en los que el tribunal resuelve casos desde 1983, con alusiones a fallos previos, sin considerar expresamente el momento de su emisión o la conformación previa de la Corte. La Corte pone en diálogo a todas sus decisiones, tanto las dictadas en contextos autoritarios como democráticos, incluso en temas como jurisdicción militar, control jurisdiccional de los procedimientos políticos de remoción de funcionarios, validez de las leyes *de facto* o *habeas corpus*.

En la segunda parte postulamos que esta práctica puede ser un problema para democracias frágiles y anticipa un ejercicio de asimilación frente futuros gobiernos autoritarios. Analizando la forma en la que la propia Corte dice usar sus fallos dejamos sugerido que no existe una explicitación razonada acerca del empleo de los fallos de las cortes *de facto* y que ello

compromete la capacidad argumental de una jurisprudencia constitucional democrática.

II. PRIMERA PARTE. CONTINUIDADES

En 1983, la composición de la Corte fue renovada. No obstante, desde entonces, sus fallos han incluido referencias a otros anteriores dictados en periodos de suspensión del orden constitucional. Esto ocurre incluso en casos donde la materia en discusión se vincula ostensiblemente con la vigencia plena del Estado de derecho, o con la legitimidad de origen de los órganos emisores de las decisiones evaluadas. Vamos a presentar algunos ejemplos que funcionan como descripción suficiente para caracterizar a esta práctica.¹

II.A. Jurisdicción militar

La definición de los límites y alcances de la jurisdicción militar fue un tema de sensibilidad crítica en la transición. La Corte tempranamente respaldó la validez constitucional de Ley 23049 del Congreso de la democracia recuperada,² que autorizó a la justicia civil a avocarse al conocimiento de las causas por violaciones a derechos humanos allí donde la jurisdicción militar no mostrara avances significativos. El último párrafo de su artículo 10° estableció que: "... Si la Cámara advirtiese una demora injustificada o negligencia en la tramitación del juicio asumirá el conocimiento del proceso cualquiera sea el estado en que se encuentren los autos". El respaldo de la Corte a esta ley, en definitiva, permitió el juicio a las tres primeras juntas militares del periodo 1976-1983.

El dispositivo legal de la Ley 23049 era inédito y fue abiertamente desafiado por las defensas que lo enfrentaron a la garantía del juez natural. En lo central, alegaron que el juzgamiento ante la Cámara Federal implicaba sacar a los imputados de sus jueces naturales, el Consejo Supremo de

1. En este trabajo no pretendemos una evaluación exhaustiva de la jurisprudencia. Juan González Bertomeu ha encarado un análisis cuantitativo mucho más ambicioso de las referencias incluidas a fallos de distintos periodos institucionales previos, cuya publicación futura sin dudas aprovechará a la discusión.

2. República Argentina, Ley 23.049.

las Fuerzas Armadas (Cosufa). La Corte rechazó el planteo en "Bignone" (Fallos: 306:655). Para la mayoría del tribunal, si bien en principio correspondía la intervención del fuero castrense, quedaba latente el recurso a la justicia civil de acuerdo con la nueva ley. Los jueces Carrió y Fayt indicaron que el fuero militar era admisible, en tanto fuero real o de causa, con base la doctrina del fallo "González Victorica", del 10 de septiembre de 1958, (Fallos: 241:342), entre otros de variadas fechas citados en este último.³ También recalcaron que la justicia militar no formaba parte del sistema judicial de la Nación y que su jurisdicción había sido organizada como consecuencia del poder atribuido al Congreso por el entonces artículo 67.23 de la CN, hoy 75.27, con base en Fallos 149:175 (1927).⁴ La Ley 23049, concluyeron, había adecuado el procedimiento ante la justicia militar a los principios de la Constitución. Ello más allá de la solución en "Bignone" clarificó y avaló doctrinalmente lo que luego sería el accionar de la Cámara Federal.

Poco más tarde, en "Videla" (Fallos: 306:2101), la Corte tuvo ocasión de revisar el avocamiento efectivamente operado. Carrió, Fayt y Petracchi señalaron "que el contexto que ilumina el significado de las disposiciones... no está integrado de palabras, 'sino de historia y finalidades'" y entendieron que el personal militar podía invocar como jueces naturales a los órganos jurisdiccionales militares *exclusivamente* para los delitos de ese tipo, tal "como lo han repetido uniformemente y desde antiguo los pronunciamientos del tribunal", invocando "González Victorica" y sus citas, como en "Bignone".⁵ Pero también señalaron que "a partir de la jurisprudencia de la Corte" era posible restringir las atribuciones del Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas en forma compatible con la garantía de juez natural, según la doctrina establecida en la sentencia de Fallos: 17:22.⁶

Así, para la *Corte Carrió*, en 1984 el criterio en torno al alcance de la garantía del juez natural estaba claramente establecido "desde antiguo

3. CSJN, "Proceso seguido c/ el capitán Pedro S. Zeballos y otros"; "Raviolo Audisio, Héctor A., y otros". Cfr: CSJN, "Bignone, Reynaldo Benito A.", considerando 9 del voto de Carrió y Fayt.

4. CSJN, "Bignone, Reynaldo Benito A.", considerando 10 del voto de Carrió y Fayt.

5. CSJN, "Videla, Jorge Rafael", considerando 11 del voto de Carrió, Fayt y Petracchi, con cita de Fallos: 236:588; 241:342 y sus citas.

6. CSJN, "Videla, Jorge Rafael", considerandos 12 y 13 del voto de Carrió, Fayt y Petracchi.

de la jurisprudencia del Alto Tribunal", conclusión apoyada con las citas de Fallos: 17:22 (1876); 95:201 (1902); 114:89 (1911); 135:51 (1921), 135:190 (1921); 155:286 (1929); 186:41 (1940) y, en el segundo aspecto, también del entonces reciente "Bignone". Veinte años más tarde, en 2015, la Corte seguiría afirmando que el "alcance y contenido" de la garantía del juez natural ha sido "precisado desde antiguo" por el Tribunal, otra vez, con la cita a una de sus primeras decisiones, la de Fallos: 17:22, entre otras.⁷ No había, pues, decía el tribunal, novedad alguna en la manera de concebir la garantía del artículo 18 constitucional.

II.B. Control judicial de los procedimientos de enjuiciamiento político

Podemos detenernos también en la jurisprudencia de la Corte sobre la posibilidad de controlar judicialmente los procedimientos políticos de remoción de funcionarios. También aquí el criterio judicial se asienta en interpretaciones previas, y sin distinguir los diversos momentos en los que las citas invocadas habían sido generadas. Desde 1983, con "Graffigna Latino" (Fallos: 308:2609) la Corte entiende mayoritariamente que las decisiones de juicios políticos provinciales pueden llegar a configurar una cuestión justiciable si está comprometida la vigencia de alguna garantía constitucional. En ese caso el presidente José S. Caballero votó en disidencia. A su modo de ver, en cambio, "de acuerdo con la constante jurisprudencia del tribunal" los órganos provinciales establecidos para sustanciar los juicios políticos no son tribunales de justicia, sus decisiones no son revisables por la Corte y la invocación de la violación de garantías judiciales no alcanza para sortear ese requisito de admisibilidad. El presidente Caballero citó en su apoyo algunos fallos que corresponden a períodos no democráticos,⁸ incluyéndola dictadura 1976/83.⁹

En "Brusa" (Fallos: 326:4816), volveremos a ver algunas de esas citas. Se discutía la posibilidad de revisar la remoción de un juez nacional por mal desempeño. Según la Constitución, los jueces nacionales pueden ser removidos a través de un proceso de juicio político y tal decisión es irrecurrible

7. CSJN, "Pérez de Smith, Ana", considerando 8 de la mayoría.

8. Cfr. CSJN, "Amaya Gómez, Pedro" y "Legal, Olver Pedro".

9. CSJN, "De Coulon, Carlos Santiago", "Raúl Pedro Caminos" y "Marín, Rubén Hugo".

(arts. 114 y 115 CN). Los jueces Petracchi y Zaffaroni señalaron que la Corte no puede sustituir el criterio sustancial de un jurado de enjuiciamiento, pero sí puede analizar las violaciones graves al debido proceso y respaldaron su razonamiento en "Cardillo", del 18 de abril de 1958,¹⁰ para resaltar que

...es posible [...] que el significado de un texto constitucional sea en sí mismo de inteligencia controvertida, pero la solución se aclara cuando se lo considera en relación con otras disposiciones de la Constitución (Fallos: 240:311).¹¹

Boggiano y Vázquez citaron el mismo precedente de 1958.¹²

"Cardillo" fue fallado por la *Corte Orgaz*, designada por la llamada Revolución Libertadora, bajo la presidencia *de facto* de Pedro Eugenio Aramburu. Lo firman los jueces Orgaz, Argañarás, Galli, Villegas Basavilbaso, y concurre Herrera. Orgaz y Villegas Basavilbaso fueron confirmados semanas después, el 1º de mayo de 1958, por el electo presidente Arturo Frondizi, que envió sus pliegos al Senado junto, al de otros tres nuevos jueces, en reemplazo los otros tres que renunciaron ante el recambio presidencial.

En "Brusa", Maqueda reúne indistintamente jurisprudencia de la Corte producida durante regímenes democráticos y autoritarios, para respaldar una parte de su argumento:

... nuestro sistema [...] ha atribuido en forma exclusiva al Senado [...] la responsabilidad de valorar políticamente la conducta de los funcionarios [...] tomando en consideración [...] el carácter netamente no jurisdiccional del único efecto conferido a su decisión que es la de destituir al imputado. Ello permitió desde antiguo sostener a este Tribunal que lo atinente al enjuiciamiento [...] es materia propia y excluyente de los órganos asignados constitucionalmente a ese efecto, escapando su cometido, de naturaleza política, al contralor judicial.¹³

10. CSJN, "José c/ Ind. y Com. Marconetti Ltda. S."

11. CSJN, "José c/ Ind. y Com. Marconetti Ltda. SA", considerando 9.

12. CSJN, "José c/ Ind. y Com. Marconetti Ltda. SA", considerando 5, con cita de Fallos: 240:311 y sus citas.

13. CSJN, "Brusa, Víctor Hermes s/ pedido de enjuiciamiento", considerando 10 del voto de Maqueda.

En apoyo a lo anterior, el juez cita Fallos: 136:147 (1922); 215:157 (1949); 238:58 (1957); 264:7 (1966); 270:240 (1968); 271: 69 (1968); 277:23 (1970); 285:43 (1973); 292:565 (1975); 300:488 (1978); 301:1226 (1979); 302:254 (1980); 304:351 (1982). Y sobre esa base destaca que esta doctrina ha sido fijada uniformemente por la Corte Suprema "bajo las presidencias de Repetto, Casares, Orgaz, Aráoz de Lamadrid, Ortiz Basualdo, Bercaitz, Heredia y Gabrielli" en "ocho etapas" de la vida del tribunal "con invariable precisión".¹⁴

Los precedentes citados y las presidencias referidas corresponden a sucesivas cortes en circunstancias dispares. La mayoría, durante gobiernos no constitucionales.¹⁵ "Gartland" (1968),¹⁶ por ejemplo, fue dictado durante el gobierno de Onganía, en respaldo a la Ley *de facto* 16937 de 1966, que asignaba carácter inapelable a las sentencias de enjuiciamiento de jueces en causas de responsabilidad política. A su vez reitera la jurisprudencia de la Corte bajo la presidencia de Castillo,¹⁷ de la Revolución Libertadora¹⁸ y de la Revolución Argentina del mismo Onganía.¹⁹ La ley *de facto* que la Corte respaldó en "Gartland", por cierto, recién sería derogada por otra norma *de facto* de Jorge Rafael Videla, en 1976.²⁰ En forma contemporánea a "Gartland", la Corte falló "Olver, Pedro Legal" (1968), donde dijo que "con arreglo a jurisprudencia reiterada de esta Corte"²¹ no era admisible un recurso extraordinario federal contra la decisión de un órgano de enjuiciamiento político, citando, entre otros, a "Livieri" (1960)²² de la Corte del gobierno constitucional de Arturo Frondizi.

En fin, las cortes de las democracias y de los gobiernos autoritarios, como venimos viendo, se han citado recíprocamente en torno al alcance del control judicial por parte del tribunal de las remociones de funcionarios, incluso más allá de la escasa precisión respecto del tipo de procedimiento

14. Con cita de Oyhanarte, "La Corte Suprema y el juicio político a jueces provinciales", pp. 458-459.

15. Solo cuatro parecen corresponder a períodos democráticos. CSJN, "Castellano, Joaquín", "Sánchez Seschi", "González Roque", "Sindicato de Empleados Jaboneros".

16. CSJN, "Gartland".

17. CSJN, "Fiscal General de la Provincia de Jujuy".

18. CSJN, "Amaya Gómez, Pedro".

19. CSJN, "Campos, José Manuel", "Legal, Olver Pedro".

20. República Argentina, "Ley de enjuiciamiento de magistrados judiciales", art. 39.

21. CSJN, "Legal, Olver Pedro", considerando 2.

22. CSJN, "Francisco Livieri".

revisado en cada caso –desde la remoción de jueces o gobernadores, hasta otras producidas en el ámbito universitario– y tanto en procedimientos surgidos en contextos *de facto* como democráticos. En la afirmación acerca de una sólida jurisprudencia consolidada, tampoco parecen haber importado demasiado algunas disidencias, en principio en sentidos opuesto, como las de Boffi Boggero en 1966 o Caballero en 1986.

II.C. Validez de los actos de gobiernos *de facto*

La Corte también emplea precedentes variados de su propio registro para resolver sobre la validez y efectos de los actos de los gobiernos *de facto*. Durante décadas –y desde 1983 con mayor intensidad– la cuestión de la validez de los gobiernos autoritarios y de sus actos recibió una importante reflexión.²³ Según Spector,²⁴ las muchas posturas se pueden ordenar, en definitiva, en torno a dos ideas: La “equivalencia” o la “no equivalencia” entre las normas *de iure* y *de facto*.

Hasta 1983 rigió la noción de la *revolución triunfante*. Esto sostuvo la Corte en su Acordada de 1930, por la que reconoció validez al golpe de Estado de Uriburu.²⁵ Para esta tesis, las decisiones de los gobiernos militares son tan eficaces como las *de iure*. La Acordada del 7 de junio de 1943²⁶ y los fallos “Arlandini” (Fallos: 208:184) y “Ricardo F. Molinas” (Fallos: 270:367), en la misma línea, también atribuyeron a las normas *de facto* la misma validez que a los actos legislativos de los gobiernos *de iure*.²⁷

A partir de 1983, en cambio, la Corte afirmó la no equivalencia, a partir de “Aramayo”.²⁸ Para esta posición “existe una diferencia esencial” según la naturaleza de los gobiernos.²⁹ “Aramayo” quebró la *doctrina de facto*³⁰ y su doctrina autorizó varias posibilidades acerca del modo en que

23. Saba, Roberto; “Constitución y golpe de Estado”, pp. 1044 y ss. Beade *et. al.*; “Normas de facto / Normas de iure...”, p. 160. Böhmer, Martín; “La Corte de los 80 y de los 90...”.

24. *Cfr.* Spector, “Leyes de Facto”. *Cfr.* Gargarella, Roberto, “¿De qué depende la validez de las normas penales?”, p. 149.

25. Acordada que, a su vez, citó CSJN, “Ricardo Moreno Postigo, Cristóbal”.

26. CSJN, “Acordada sobre reconocimiento del gobierno surgido de la revolución del 4 de junio de 1943”.

27. SPECTOR, “Leyes de Facto”.

28. CSJN, “Aramayo, Domingo Raúl”.

29. SPECTOR, “Leyes de Facto”.

30. BEADE *et. al.*; “Normas de facto / Normas de iure...”, p. 165.

las normas *de facto* podían ser consideradas en cada caso. Para la Corte, esos actos solo subsisten en tanto los poderes de la democracia los "ratifiquen o desechen explícita o implícitamente".³¹

Aramayo era un juez designado por el gobierno constitucional anterior al golpe de 1976 que fue destituido por la dictadura. Pedía ser repuesto en su cargo. El tribunal, no obstante, entendió que la seguridad jurídica exigía otorgar validez a algunas decisiones *de facto*, más allá de la ilegitimidad de origen del gobierno militar, y en atención a la delicada transición que se atravesaba.³² Así, el tribunal condicionó los efectos de las normas *de facto* a la decisión expresa o tácita del gobierno constitucional, pero ratificó, en general, los efectos producidos hasta 1983³³ y el exjuez debió tolerar su remoción.³⁴

En casos posteriores como "Doufourq" o "Bosch", la Corte ratificó la validez precaria de las decisiones *de facto*. Algunos creen que esta jurisprudencia no es consistente, en particular "Bosch".³⁵ Pero aun así no hay duda del nudo del criterio. Se abandonó la equivalencia y se habilitó un universo de situaciones de revisión de la normativa *de facto*: las leyes de la dictadura tienen que ser ratificadas o descartadas, al menos, tácitamente. Este criterio, favorable al valor de las decisiones nacidas de una deliberación o necesarias para esa deliberación –aun con origen viciado– le permitió a la Corte validar actos del gobierno *de facto*, pero también anular la autoamnistía de la última junta militar.³⁶

El 22 de diciembre de 1983, en sesiones extraordinarias días después de restablecida la democracia, se sancionó la Ley 23040 que derogó por

31. CSJN, "Aramayo, Domingo Raúl", considerando 3. El criterio fue anunciado en la cadena nacional con la que al tercer día de su asunción el presidente Alfonsín anunció el proyecto de la que sería la Ley 23040.

32. CSJN, "Aramayo, Domingo Raúl", considerando 6. Böhmer llama la atención sobre ese argumento adicional.

33. CSJN, "Aramayo, Domingo Raúl", considerando 5.

34. Sugería Marcelo Alegre que con ello la Corte afirma también su propia legitimidad y que, de otro modo entrarían en crisis las designaciones del presidente Alfonsín.

35. BEADE *et. al.*; "Normas de facto / Normas de iure...", p. 165.

36. CSJN, "Causa originariamente instruida por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas en cumplimiento del Decreto 158/83 del Poder Ejecutivo Nacional". *Cfr.* SABA, Roberto, "Constitución y golpe de Estado", p. 1049; citando a NINO, Carlos, "La validez de las normas de facto", pp. 89-108. Para Saba, el artículo 36 CN hasta parece admitir una lectura "más radical" que las presunciones de Nino o Aramayo (p. 1050).

inconstitucional y declaró "insanablemente nula la Ley *de facto* 22924" (Ley 23040, art. 1°). Durante 1984 y 1985 la Corte recibió algunos planteos, relativos al alcance de esta nueva ley y a la subsistencia de los efectos de derogada, pero no los abrió por distintas deficiencias en los planteos.³⁷

En diciembre de 1986, finalmente, la Corte respaldó abiertamente la Ley 23040 al ratificar la condena a los excomandantes. Dijo que entre las atribuciones del Congreso de hacer las leyes de la Nación se encuentra la facultad para derogar las normas que "por sus vicios de naturaleza constitucional, no pueden seguir vigentes..." pues ese poder "tiene como límite el que determinan los principios básicos de la Constitución y la integridad de las garantías y derechos reconocidos en ella" (Voto del Dr. José Severo Caballero, en Fallos: 309:5).³⁸

La Corte, asimismo, declaró que la autoamnistía militar no generó, ni podría haber producido nunca ningún efecto:

... si bien desde su origen (Fallos 2:127 [1865]) esta Corte Suprema y la experiencia jurídica nacional han reconocido por razones de seguridad jurídica la continuidad en los gobiernos de jure de la legislación de los gobiernos de facto, y el poder de estos de realizar los actos necesarios para el cumplimiento de sus fines; ello ha sido sin perjuicio de rechazarla o privarla de efectos, cuando tales normas configurasen un evidente abuso de poder frente a las garantías y derechos esenciales de los individuos, o bien un palmario exceso en el uso de las facultades que ejercitaran los poderes públicos que se desempeñasen en sustitución de las autoridades legítimas.³⁹

Según el tribunal existía una "experiencia jurídica nacional" de acuerdo con la cual existen límites a los efectos de las normas *de facto* abusivas. Es muy discutible, sin embargo, que la Acordada de 1930 o el precedente de 1865 que la Corte reencuentra en 1986, efectivamente contengan una afirmación semejante. Luego de la batalla de Pavón, en 1861, el victorioso gobernador de Buenos Aires Bartolomé Mitre fue designado Encargado

37. CSJN, "Salguero, Cecilio Manuel", "Radice, Jorge Carlos", "Lami Dozo, Basilio Arturo" y "Di Rosa, José Eduardo".

38. CSJN, "Fiorillo, Juan y Fernández, Francisco Melchor".

39. CSJN, "Causa originariamente instruida por el Consejo...".

del Poder Ejecutivo Nacional, "de manera ajena –por supuesto– a los procedimientos constitucionales".⁴⁰ La Corte por entonces no estaba constituida, pero reconoció la autoridad de Mitre apenas puesta en funciones. Esto es lo que hizo en el fallo de 1865 que la Corte cita en 1986. A fines del siglo XIX, el tribunal reconoció en Mitre los atributos de la revolución triunfante y asentida, pero no dijo mucho sobre los límites a ese poder y, por cierto, como observó Martín Farrell, tampoco hubo tanta distancia entre aquel fallo y la Acordada de 1930.

Petracchi y Bacqué, además, consideraron que la autoamnistía llamada Ley de Pacificación Nacional estaba prohibida por el artículo 29 constitucional y, como tal, sus efectos no quedaban amparados por el principio de ley penal más benigna (cons. 2° a 7°). De tal modo, concluyeron que el artículo 2 de la Ley 23040 no lesionaba la cosa juzgada, puesto que la Corte había reconocido "numerosas excepciones al principio de la inmutabilidad de las sentencias" y que estas "deben ceder frente a la necesidad de afirmar otros valores jurídicos de raigambre constitucional" (cons. 8°). Las citas en este tramo argumental van desde Fallos: 238:18, de 1957, hasta Fallos: 278:85, de 1970.⁴¹

En la década de 1990, en un nuevo giro, la Corte volvió a equiparar normas *de iure* y *de facto* en "Godoy", recortando drásticamente el camino de "Aramayo". Los casos "Console de Ulla" (Fallos: 313:1483), "Gaggiomo" (Fallos: 314:1477) y "Pignataro" (Fallos: 314:1257) ratificaron lo que luce como el regreso a la tesis de la equivalencia.⁴² En "Godoy" la mayoría cuestionó abiertamente la tesis de la *validez precaria* de Nino. Marcó que

... ante decisiones más o menos recientes [...] [como Aramayo] parece imprescindible destacar que la vida social se vería seriamente

40. FARRELL, "Carl Schmitt, Hans Kelsen y la Corte Suprema".

41. La necesidad de restringir la cosa juzgada para posibilitar la afirmación de otros valores se apoya en CSJN, "Bemberg, Otto Eduardo y otros c/ Nación". Belluscio y Fayt también citan Fallos: 278:85. Respecto de las excepciones a la inmutabilidad de las sentencias, por ejemplo, el voto del juez Belluscio cita Fallos: 254:320; 255:162; 258:220; 278:85 y 281:421.

42. Para SPECTOR, en rigor, "... la doctrina de la inequivalencia no niega toda validez a las normas *de facto*, sino que reconoce la posibilidad de su ratificación implícita por el gobierno constitucional" y cree que luego de la reforma constitucional de 1994 la doctrina de la inequivalencia "es la única admisible".

trastornada [...] si [...] los tribunales [...] entienden que [...] hay miles de leyes y [...] decretos, actos administrativos, contratos públicos y sentencias [...] que solo tienen apariencia de tales, porque, en rigor, están viciados de ilegitimidad y subsisten únicamente por una especie de condescendencia discrecional y revocable de los actuales gobernantes "de iure" [...] Existiría la extraña categoría de leyes, tratados y decretos desprovistos de "legitimidad" que, sin embargo, tendrían vida jurídica, aunque precaria y fácilmente extingible (cons. 4°).

II.D. *Habeas corpus*

La Corte viene afirmando, asimismo, que la tramitación de la acción de *habeas corpus* debe agotar las diligencias "tendientes a hacer efectivo su objeto" y que corresponde admitir la instancia extraordinaria cuando el criterio de los jueces de la causa "pueda llegar a frustrar la finalidad del instituto" como garantía para la protección de la libertad ambulatoria consagrada en el artículo 43 de la Constitución. Hay una larga cadena de fallos que viene usando ese mismo lenguaje, con cita de decisiones previas con similar fraseo⁴³ que el tribunal "tiene declarado" incluso desde antes de la incorporación del artículo 43.⁴⁴

La jurisprudencia de la *Corte Carrió*, a poco de restaurada la democracia usaba el mismo lenguaje.⁴⁵ El 22 de mayo de 1984, ya decía lo mismo al resolver en la acción de *habeas corpus* presentada a favor de los detenidos-desaparecidos Hebe Araceli Susana Mascia de Szapiro y de Edmundo Daniel Szapiro: la acción de *habeas corpus* "exige el agotamiento de las diligencias necesarias para hacer efectiva su finalidad, cual es la de restablecer la libertad personal del beneficiario". También que "corresponde que la Corte intervenga para resguardar la vigencia del instituto".⁴⁶

43. CSJN, "Sánchez, Norma Beatriz"; "Verbitsky", considerando 5 del voto de la mayoría y considerando 5 del voto de Rosatti; "Rivera Vaca, Marco Antonio", punto 8 del dictamen del PGN; "Haro, Eduardo Mariano", considerando 6 del voto de la mayoría, "Gómez, Sergio"; "Gallardo, Juan Carlos", considerando 7 del voto de Nazareno, Moliné O'Connor y Vázquez; "Lara, María Verónica", considerando 5 del voto de la mayoría.

44. Así en CSJN, "Villareal, José Alberto", considerando 4, y "Creature, Laura Noemí".

45. CSJN, "Haider, Ricardo René".

46. CSJN, "Szapiro, Edmundo Daniel", considerando 3.

Este lenguaje consolidado abreva de manera bastante directa de las formulaciones en plena dictadura. En Fallos: 302:967 (1980) la Corte ratificaba:

... la doctrina establecida en otros precedentes [señalaba que] el amparo otorgado por el art. 18 de la Constitución Nacional contra toda detención ilegítima incluye la acción de *habeas corpus* y una adecuada averiguación dentro de ella que asegure la efectiva vigencia de la garantía constitucional" (cons. 1º). [También que] exige se agoten los trámites judiciales que razonablemente aconsejen las circunstancias a fin de hacer eficaz y expeditiva la finalidad del referido instituto.⁴⁷

Esta jurisprudencia replica la de varios otros casos en dictadura, con el mismo lenguaje enfático sobre la diligencia exigida en casos de personas detenidas-desaparecidas:⁴⁸ en "Ollero", la Corte indicó proseguir la indagación sobre la suerte de Inés Ollero, a pesar de la negativa de las fuerzas de seguridad a dar información.⁴⁹ La doctrina también aparece en sendas decisiones respecto de la búsqueda de Alfredo Antonio Giorgi,⁵⁰ de Roberto Grunbaum,⁵¹ y de Celia Machado y Jorge y Humberto Rébori.⁵²

En paralelo, en aquellos tiempos tramitó asimismo el grupo de casos "Pérez de Smith"⁵³ que delató la casi nula tramitación de más de 400 *habeas corpus*. En sus sucesivos pronunciamientos, la Corte afirmó que, de comprobarse, ello podría configurar una privación de justicia y exhortó al

47. CSJN, "Ogando, Emilio Horacio", considerandos 6 y 7.

48. CSJN, "Ollero", "Giorgi", "Grunbaum" y "Machado, Celia Sara".

49. CSJN, "Ollero", considerando 4. "... exige se agoten los trámites judiciales que [...] aconsejan las circunstancias a fin de hacer eficaz y expeditiva la finalidad del [...] instituto...". Cfr: NUGUER, Jaime; *Un habeas corpus en dictadura...*

50. CSJN, "Giorgi", considerando 6. El 27 de noviembre de 1978 un grupo armado secuestró a Giorgi en el Parque Tecnológico Miguelete.

51. CSJN, "Grunbaum". En contra de la opinión del procurador Mario Justo López, la Corte repitió su doctrina de "Ollero" y "Giorgi". Roberto Grunbaum fue privado ilegalmente de su libertad el 16 de junio de 1977, por personal dependiente del Ejército argentino.

52. CSJN, "Machado, Celia Sara".

53. CSJN, "Pérez de Smith, Ana María I", "Pérez de Smith, Ana María II", "Pérez de Smith, Ana María III" y "Pérez de Smith, Ana María IV",

Poder Ejecutivo a intensificar las indagaciones.⁵⁴ El tribunal aclaró que no podía intervenir más que por las vías del recurso, que debía ser deferente al Poder Ejecutivo, y que la situación generalizada no era asimilable al caso *Ollero*, con relación a las atribuciones del tribunal para revisar las investigaciones.

Muchos años más tarde la Corte consagró el derecho a la verdad en "Urteaga" (1998). Allí respaldó la necesidad de una averiguación profunda sobre el destino de las personas desaparecidas citando esa misma jurisprudencia de "Pérez de Smith".⁵⁵ El juez Bossert destacó que:

... ya en la época en que se sucedieron los hechos [...] la Corte admitió que era necesario requerir ante el Poder Ejecutivo Nacional que intensificara [...] la investigación sobre el paradero y la situación de las personas cuya desaparición se denuncia [...] a fin de que los magistrados estén en condiciones de ejercer su imperio constitucional resolviendo, con la necesaria efectividad que exige el derecho'.⁵⁶

Según dijo Bossert, la Corte había tenido ocasión de urgir entonces al Poder Ejecutivo Nacional "a adoptar las medidas necesarias [...] a fin de crear las condiciones requeridas para que el Poder Judicial pudiera llevar a cabal término la decisión de las causas... ("Pérez de Smith", Fallos: 300:1282, considerandos 2° y 7°)" (cons. 5°).

El enunciado según el cual el *habeas corpus* debe tramitarse con diligencia a fin de lograr satisfacer su finalidad esencial, como vemos, no es nuevo y ha sido repetido sin grandes variaciones en dictadura y en democracia.⁵⁷ Esta consistente trayectoria, por supuesto, puede leerse de modos

54. "Pérez de Smith" fue percibido por algunos como una oportunidad de esclarecimiento. *Cfr.* MIGNONE & ESTLUND & ISSACHAROFF, "Dictatorship on Trial...", p. 122. Otros opinan que, en definitiva, el fallo no resultó eficaz y que incluso fue bien recibido por el gobierno dictatorial. *Cfr.* BOHOSLAVSKY & GARGARELLA, "El rol de la Corte Suprema...", pp. 84 y ss.

55. También citó a Fallos: 298:441, otro *habeas corpus* fallido en su momento.

56. CSJN, "Urteaga", considerando 14 del voto de Bossert, citando causas Fallos: 297:338 y 298:441.

57. Si bien no nos detenemos a detallar esto en el texto, la jurisprudencia se ha usado indistintamente tanto respecto de *habeas corpus* dirigidos a la averiguación del destino de una persona y de la legitimidad de su detención como con relación a condiciones de detención, antes y después de la reforma de 1994.

diversos. Podemos pensar, que los casos resueltos en dictadura al menos mitigaron los efectos del terrorismo de Estado, o que pudieron servir a forzar algunas grietas.⁵⁸ Incluso que hasta ofrecieron algún aporte duradero, como la mención en "Urteaga" sugiere.

En contra, queda la impresión de un halo de cinismo. El puñado de casos citados donde existió alguna indicación en el sentido de requerir al Poder Ejecutivo garantías para el ejercicio de la jurisdicción y así poder investigar parece definitivamente oscurecido por el masivo rechazo a los reclamos. Esa es, justamente, la denuncia en "Pérez de Smith".⁵⁹ El informe *Nunca Más* en 1984 concluyó que existieron "millares de recursos de *habeas corpus*" cuyos "resultados en ningún caso respondieron a tan grandes expectativas [...] casi inexorablemente al llegar a la Corte Suprema, esta fallaba en contra de la libertad". Para la CoNaDeP no era extraño que "los jueces no hayan logrado ubicar ni recuperar a uno solo de tantos secuestrados".⁶⁰

III. SEGUNDA PARTE ¿RUPTURAS?

III.A. La jurisprudencia en transición

El contexto de la transición sin dudas marcó el tono dramático del primer grupo de decisiones a partir de 1983. Alfonsín era consciente de la fragilidad en la que debía desplegarse "la voluntad política y moral por superar más de medio siglo de autoritarismo", dice Portantiero, y la cuestión de los derechos humanos "resultaba el *experimentum crucis* de esa tentativa de condenar el pasado sin poner en cuestión, nuevamente, el futuro".⁶¹ La Corte era consciente de ello y acompañó a la administración.

Nino abiertamente describe que se desplegó una reforma judicial debido a que los jueces que debían llevar adelante el programa oficial de

58. Por ejemplo, MIGNONE & ESTLUND & ISSACHAROFF, "*Dictatorship on Trial...*", p. 122. También NUGUER, *Un habeas corpus en Dictadura...* p. 40.

59. "El fallo 'Pérez de Smith' sirve únicamente para conservar la ficción de la existencia de un verdadero poder judicial [...] Ningún juez, que nosotros sepamos, allanó los sitios donde se sabía que había desaparecidos". Cfr. TEITELBAUM, Alejandro, "¿Será Justicia?". En un sentido crítico, también, CELS, "Detenidos políticos y *habeas corpus* colectivo".

60. CoNaDeP, *Informe Nunca Más*.

61. PORTANTIERO, "Prólogo", p. 14.

derechos humanos habían jurado por el estatuto de los militares. Así fue reemplazada la Corte y los jueces de "tribunales políticamente sensibles",⁶² de modo que "los jueces en los tribunales clave [...] fueran amigos cercanos de la administración".⁶³ Está claro que los jueces de la democracia renaciente estaban persuadidos del contexto e impronta de la administración y advertían que la cuestión de la jurisdicción militar "era un punto de controversia".⁶⁴ Respecto del juzgamiento civil de los crímenes de la dictadura, la Corte produjo decisiones absolutamente originales. Pero a pesar de ello, respaldó sus decisiones en líneas argumentales que la jurisprudencia, a modo de ver del tribunal, ya ofrecía.

Parece así haber perseguido un balance en sus argumentaciones, de modo de administrar delicadamente las rupturas y continuidades conceptuales en el período jurisprudencial que inauguraba. El uso de los precedentes trató de iluminar una continuidad interpretativa en torno a principios fundamentales de una Constitución violentada reiteradas veces, a la vez que mostraba una actitud proactiva de apoyo a la transición.

En definitiva, la Corte colaboró a romper con un pasado inmediato de un modo inédito, pero sobre la base de referencias tangibles a principios anclados en alguna cierta memoria colectiva de libertades constitucionales. Así, podemos concluir que fincó parte de su esfuerzo en recuperar selectivamente trazas de legalidad en sus propios fallos anteriores. Quizá acompañó una idea de época según la cual habíamos extraviado un camino de civilidad—real o soñado—al que podríamos retomar.⁶⁵ El uso de esos precedentes quizá también sirvió para morigerar el impacto del hecho notorio de que la Corte y la Cámara habían sido integradas con varios jueces *amigos* del nuevo gobierno, al decir de Nino. En definitiva, la Corte apuntaló al proyecto político de la transición: hizo posible la jurisdicción civil y confirmó las condenas⁶⁶—y, más tarde, también la Ley de Obediencia Debida—.

62. NINO, *Juicio al mal absoluto*, pp. 136-137.

63. Nino cree que igualmente "mantuvieron un alto grado de independencia". NINO, *Juicio al mal absoluto*, p. 143.

64. NINO, *Juicio al mal absoluto*, pp. 137-138.

65. *La República Perdida* se tituló un documental de 1983, dirigido por Miguel Pérez y guionado por Luis Gregorich, según la idea de Enrique Vanoli. Gregorich, al frente de Eudeba, se ocupó de la publicación del informe *Nunca Más*.

66. Según Paixao la radicación del juicio a las juntas ante un tribunal civil fue una cuestión que ha sido motivo de una intensa discusión "a la que puso fin" el pronunciamiento de la

En la sentencia de la "Causa 13", la Cámara Federal rechazó el planteo de los defensores contra el avocamiento por resultar una cuestión ya resuelta por la Corte.⁶⁷ El máximo tribunal, en definitiva, había consolidado tiempo antes la posibilidad de llevar adelante el juicio.⁶⁸

Por otro lado, como vimos, la Corte también discutió abiertamente, en una y otra dirección, en torno a la validez y eficacia de las normas de los gobiernos *de facto*, en diálogo con decisiones de distintas conformaciones históricas de la Corte. Esta jurisprudencia, al menos hasta "Godoy", que hacía foco en la legitimidad precaria de las normas en análisis no parece haber producido una reacción espejada en el modo en que el tribunal pondera la producción de su propia jurisprudencia anterior. Tampoco ha problematizado los procedimientos de designación de los jueces cuyos votos recupera. Tal vez solo gracias a esta omisión ha podido afirmar que su doctrina de 1865 efectivamente predecía la nulidad de la autoamnistía de la última dictadura impuesta más de un siglo después. Preguntas similares aparecen al pensar en el modo en que el tribunal trató la cuestión de los procedimientos de remoción, algunos operados durante interrupciones institucionales, o consideró su jurisprudencia en torno a la protección de la libertad personal.

III.B. ¿Qué hacer con la jurisprudencia dictada durante gobiernos *de facto*?

La Corte, como vimos, ha elaborado posiciones sustantivas en torno a la legitimidad de la autoridad *de facto* y de sus actos. Tal como Nino explicaba, los jueces enfrentaron varias veces el dilema de qué hacer frente a las normas de un gobierno *de facto* durante la vigencia de tales gobiernos, e incluso una vez recuperado el orden institucional. Para Nino, "hay ciertos aspectos de las consideraciones referidas a la paz social y a la seguridad que siguen siendo aplicables a las normas *de facto* aun después de restablecido el sistema democrático de gobierno".⁶⁹ Por extensión, la subsistencia del

Corte del 27 de diciembre de 1984 y que confirmó la decisión de la cámara de asumir el caso. *Cfr.* PAIXAO, "El juicio público...", p. 4.

67. Cámara Federal, Causa 13. Punto 3. Impugnación de la validez de la Ley 23049.

68. Pellet Lastra destaca que el fallo de fines de 1984 ratificando la competencia de la justicia civil "permitió instalar al año siguiente" el tribunal que juzgó a los comandantes (*Cfr.* PELLET LASTRA, *Historia política de la Corte*, pp. 418 y 419-443).

69. NINO, "Una nueva estrategia...", p. 5.

efecto de las sentencias dictadas en dictadura podría sostenerse en razones de estabilidad, o de necesidad, siguiendo a Nino. O incluso alguien podría defender la estabilidad de todas las decisiones judiciales. Al fin de cuentas, decía el exministro Julio Oyhanarte, "la Corte no puede modificar el curso de la historia";⁷⁰ a lo sumo "puede intentar salvar aquellos valores institucionales que todavía pueden ser salvados".⁷¹

Sin embargo, la pregunta en este trabajo es otra. Incluso justificando la extendida estabilidad de los efectos de las decisiones judiciales adoptadas en contextos autoritarios, con las excepciones a la cosa juzgada aceptadas por las doctrinas dominantes, ello sigue sin explicar por qué deberíamos atribuir a tales precedentes, ahora, algún valor de referencia. La Corte no aclara cómo y por qué asigna a todos sus precedentes alguna virtualidad hoy: ¿qué rendimiento argumentativo asignar a la jurisprudencia de 1976-1983 sobre *habeas corpus*, por ejemplo? ¿Por qué y para qué emplear precedentes de períodos autoritarios?

Como decía Nino, bajo la distinción semántica *de iure* y *de facto* "se esconde la distinción genuina de gobiernos democráticos y gobiernos autocráticos, y esta distinción es [...] de gran importancia moral".⁷² Aquí sugeriremos que la falta de buenas razones para recurrir a citas o precedentes dictados durante gobiernos autoritarios compromete, al menos parcialmente, la autoridad de la jurisprudencia de la Corte. Al cabo, es una jurisprudencia con dificultades para identificar distinciones de gran importancia moral, y por ello puede resultar vulnerable ante embates autoritarios.

III.C. La doctrina de la Corte sobre el uso de sus propios precedentes

¿Qué dice la Corte que hace cuando mantiene o modifica un precedente? En "Miguel Baretta" (1939)⁷³ parece haberse consolidado la síntesis del criterio central de nuestro tribunal:⁷⁴

70. OYHANARTE, "Historia del Poder Judicial", p. 106.

71. OYHANARTE, "Historia del Poder Judicial", p. 173.

72. NINO, "Una nueva estrategia...", p. 5.

73. CSJN, "Baretta".

74. CSJN, "Procurador Fiscal c/ Director del diario *La Provincia*", "Manufactura Algodonera Argentina Sociedad Anónima", "Baretta", "Ferrocarril del Sud", "Alemann", entre otros.

... no podría el Tribunal apartarse de su doctrina, sino sobre la base de causas suficientemente graves, como para hacer ineludible tal cambio de criterio [...] Sería [...] en extremo inconveniente para la comunidad [...] si los precedentes no fueran debidamente considerados y consecuentemente seguidos [...] aun cuando ello no signifique que la autoridad de los antecedentes sea decisiva en todos los supuestos, ni que pueda en materia constitucional aplicarse el principio de *'stare decisis'* sin las debidas reservas [...] no es menos cierto, que cuando de las modalidades del supuesto a fallarse no resulta de manera clara, el error y la inconveniencia de las decisiones ya recaídas sobre la cuestión legal objeto del pleito, la solución [...] debe buscarse en la doctrina de los [...] precedentes.

Este estándar fue reiteradamente usado por la Corte con variaciones menores.⁷⁵ En 2016 en *CEPIS* el juez Maqueda reitera el argumento, aunque habla del error "o" de la inconveniencia de mantener el criterio como justificación de un cambio.⁷⁶ Lorenzetti en su voto propio en "Ingenieros" más tarde retomó el fallo de 1939 con la conjunción "y".⁷⁷

Más cerca en el tiempo, "Schiffirin" reflejaría el estado de la cuestión, con sus matices actuales.⁷⁸ La reforma de 1994 fijó un tope de 75 años para el retiro de los jueces. En el caso "Fayt", la Corte había dicho que la Asamblea Constituyente de 1994, había excedido los límites de la ley de convocatoria y no tenía atribuciones para introducir tal modificación. En consecuencia, autorizó al juez de la Corte Carlos S. Fayt a seguir desempeñándose en

75. CSJN, "Villegas", "Procurador Fiscal c/ Director del diario *La Provincia*", "Manufactura Algodonera Argentina Sociedad Anónima", "Predassi", "Ferrocarril del Sud", "Pipino Vda. de Caballero", "Alemann", entre otros. Fayt, en su disidencia parcial de Fallos: 336:244 (considerando 9), entendía que se verificaba la "inconveniencia" de mantener, en lo pertinente, la *ratio decidendi* de "Gutiérrez" (Fallos: 321:1984). El 11 de febrero de 2014, por ejemplo (considerando 6 de la mayoría en "Artear", relativo al reparto de publicidad oficial, Fallos: 337:47).

76. CSJN, "Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad", considerando 43.

77. CSJN, "Ingenieros", considerando 7 del voto de Lorenzetti. Todos los jueces en "Ingenieros", citan "Villamil" (Fallos: 340:345). Con todo, la mayoría son tres votos individuales concurrentes (Rosenkrantz, Highton y Lorenzetti) y hay una disidencia conjunta de Maqueda y Rosatti.

78. CSJN, "Schiffirin".

el tribunal.⁷⁹ Schiffrin era un juez de cámara con una situación similar, pero al tratar su planteo la mayoría del tribunal abandonó el criterio de *Fayt*. El juez Maqueda consideró que se daban los supuestos de "Baretta". Rosatti con un giro propio afirmó que la modificación de la jurisprudencia corresponde "cuando existen causas suficientemente graves o *median razones de justicia*, entre las cuales se encuentra el reconocimiento del carácter erróneo de la decisión que no decide seguirse".⁸⁰ En el considerando 15º, Rosatti cita a "Cardillo".

El juez Rosenkrantz votó en disidencia sobre el fondo. Con todo, presentó una idea similar respecto del tratamiento que debía darse a los precedentes y sostuvo la solución de "Fayt" sobre la base de que el "fundamento central" en esa sentencia era correcto:

Aquella decisión fue la que debía tomar esta Corte y lo hizo, en lo medular, por la razón correcta. Se ajusta al texto de nuestra Constitución, a las normas y principios que ella consagra y sigue los métodos canónicos de su interpretación, definitorios de nuestra tradición constitucional.⁸¹

La Corte, como vemos, afirma desde 1939 que debe mantener su doctrina, cuando ella es correcta y modificarla si advierte errores o razones de justicia de cierta envergadura. De ello se seguiría que los precedentes dictados por jueces designados por gobiernos autoritarios, o por cortes contemporáneas y deferentes a tales gobiernos, cuya cita persiste, no expresarían "de manera clara" el "error e inconveniencia" del criterio que subyace a tales decisiones.

Por supuesto, no podemos asegurar cuál es la función exacta que la Corte le asigna a la cita de un fallo previo ¿Toda cita a un fallo pretérito implica la invocación de un precedente? No lo sabemos y, en general, la doctrina nacional se queja de esa imprecisión. No obstante, y más allá del sentido más específico que la idea del precedente puede tener en el *common law*, podemos apelar a alguna definición de trabajo suficientemente sofisticada. Por ejemplo, que un

79. CSJN, "Fayt".

80. CSJN, "Fayt", considerando 22 del voto de Rosatti, sin destacado, con cita de Fallos: 183:409; 313:1333, disidencia del juez Petracchi; 329:759 y 337:47.

81. CSJN, "Fayt", considerando 28 del voto de Rosenkrantz.

precedente es una "decisión judicial previa que por su semejanza con el caso actual debe ser tenida en cuenta en el razonamiento judicial..."⁸²

Frente a la cita a los casos fallados en dictaduras, entonces, nos debemos la pregunta acerca de qué grado de semejanza pueden tener con los casos de hoy y de qué modo, deberían ser "tenidos en cuenta".

III.D. ¿Mantenimiento y abandono tácitos?

Una lectura de nuestra jurisprudencia constitucional podría indicar que la Corte viene ejerciendo un examen tácito sobre sus propios precedentes. Los precedentes nacidos en climas autoritarios solo serían una referencia *precaria*, sujeta a que la propia Corte los recicle o descarte, siguiendo a Nino. Sin embargo, el tribunal no deja implicado este criterio. Las decisiones son traídas sin mayores referencias a una posible debilidad de origen. Los fallos de contextos autoritarios, como vimos, son tratados junto a otros, en las habituales enumeraciones, sin mayores énfasis, o incluso destacados, como doctrina autorizada. Vimos también que hay variadas referencias totalizantes que unifican la doctrina del tribunal con fórmulas como tales como: este ha sido desde antiguo el criterio del tribunal, o parecidas. Tampoco hay cautelas expresas respecto de los procesos de designación de los jueces firmantes. "Siri" (1956) y "Kot" (1957), por ejemplo, dos fallos muy celebrados como paradigmas de la protección judicial de derechos, los decidió la Corte de la *Revolución Libertadora*, cuya jurisprudencia, además, podía entrar en diálogo con alguna poción de su historia, pero eludía la referencia a los fallos del tribunal dictados entre 1947 y hasta el golpe de 1955.⁸³ Muchas decisiones desde 1983 traen la jurisprudencia de la última dictadura.

En fin, la jurisprudencia parece reposar, subliminalmente, en la visión del exjuez Oyhanarte, para quien la Corte, siempre, habría intentado ser independiente del gobierno, pero no del país, aun cuando "es claro que hubo instantes de oscuridad"; a resultas de ello, su argumentación jurisprudencia disimula los trazos oscuros y tiene en cuenta, a las doctrinas de todas las cortes, "en todas sus etapas".⁸⁴

82. Se trata de una definición de trabajo propuesta por Jaime Couso para encarar una tarea de análisis comparativo del uso de las decisiones previas que tomamos por ser útil aquí. *Cfr.* COUSO y MERA, *Precedentes y justicia penal*, pp. 48-49.

83. Esto es lo que, al menos cuantitativamente, ilumina Juan González Bertomeu.

84. OYHANARTE, "La Corte Suprema y el juicio...", p. 202.

III.E. El trabajo de resolver casos

En un plano menos profundo, podría pensarse que la jurisprudencia constitucional simplemente recupera argumentos plausibles presentes en algún razonamiento jurídico propio anterior, para cuya formulación no ha sido decisivo el contexto general en el marco del cual fueron expresados y en los que esa información del entorno no generaría ninguna variación relevante para la comprensión de los hechos. Un argumento que puede tener algún color respecto de casos muy ajenos al interés público, de correcta solución con argumentaciones rutinarias. Pero, si por contraste, pensamos en los razonamientos que acompañaron las prácticas dominantes en materia de privación de la libertad durante la última dictadura, la inocuidad de la cita se hace menos intuitiva y la defensa de su uso o invocación sobre la base de que solo expresarían argumentos formalmente correctos pierde rendimiento. Además, de nuevo, ¿cuál sería el sentido de aludir a un fallo dictado bajo un régimen no democrático solo por la calidad formal de su argumento? ¿Qué es lo que aporta a la decisión actual la documentación del empleo anterior de un mismo argumento?

Ciertamente, también puede hallarse alguna explicación causal acerca de la presencia de citas previas en el trabajo de burocracias judiciales que replican fragmentos de fallos anteriores, con lenguaje ya usado por la Corte. Casi una consecuencia estilística de un sesgo profesional. Es posible incluso que nuestra formación legal nos condicione a esos usos y prácticas de iteración más o menos automatizada, como las simplificaciones propias del trabajo con sumarios o síntesis de jurisprudencia, inevitables en algún punto, al costo evidente de cierta pérdida de fineza y definición. Sobre lo primero, González Bertomeu trae algunas reflexiones. Nota que la Corte, de alguna manera, encara una tarea rutinaria de administración de justicia, que se trata de un cuerpo burocrático complejo y que, más allá de la inestabilidad del contexto político, se ha mantenido en buena parte como un ente de la administración de justicia y no una auténtica corte constitucional. No es una corte regular de apelaciones pero, sigue siendo, una corte de apelación.⁸⁵ Respecto del segundo aspecto, se han analizado textos de derecho civil frente al instituto de la ausencia con presunción de fallecimiento a lo

85. GONZÁLEZ BERTOMEU, "Tell Me Who You Cite...".

largo de los años, sugiriendo que existen prácticas similares a las que notamos aquí en la jurisprudencia constitucional.⁸⁶

En la misma línea, y sobre la base del repaso de más de una centena de fallos de la Corte, Alberto F. Garay, nota que "existe una tendencia judicial a remitirse a sentencias propias anteriores",⁸⁷ aunque esas remisiones son "como mínimo, imprecisas".⁸⁸ Recuerda que Genaro Carrió, entre nosotros, cuestionaba que en lugar de

... analizar los hechos de casos anteriores para verificar con la mayor precisión posible qué fue lo que se decidió, preferimos deducir de párrafos sueltos, muchas veces tomados fuera de contexto, la solución del problema o del caso que tenemos a examen.⁸⁹

III.F. LOS DESAFÍOS POR DELANTE

Tratar de comprender qué explica una característica de nuestra práctica de argumentación judicial, sin embargo, no avanza sobre su justificación. Si la mejor explicación que encontramos nos remite a una formación legal sesgada, o al poco celo con el que trabajamos, como dicen Garay y Carrió, difícilmente haya mucho valor en perpetuar ese camino. No obstante, una lectura constructiva de la jurisprudencia constitucional podría asumir provisoriamente que sí existen buenas razones detrás de lo que ocurre, quizá más en línea con las lecturas de Nino u Oyhanarte, que aun con profundas diferencias, invitan a una continuidad supervisada, con rupturas focalizadas.

¿La cita a fallos dictados en dictadura es un problema, entonces? ¿Y, en tal caso, de qué tipo de problema hablamos? Si la reconstrucción que aquí presentamos es correcta, la falta de consideración a ciertos hechos significativos del contexto de solución de cada caso previo sería, coloquialmente hablando, no otra cosa que una mala aplicación del derecho. Fallos

86. FILIPPINI, "Juristas y enseñanza del derecho...", pp. 26 y ss.

87. GARAY, *La doctrina del precedente...*, p. 28.

88. GARAY, *La doctrina del precedente...*, p. 28.

89. GARAY, *La doctrina del precedente...*, pp. 28-29, citando a CARRIÓ, Genaro R., *Recurso de amparo...*, p. 174.

erradamente citados: el precedente no es aplicable, entonces, llanamente, porque los hechos son distintos. Y naturalmente, esto es un problema, fundamentalmente de buena práctica profesional.

Aun así, subsiste una pregunta más profunda, o un problema de otra categoría. Si la jurisprudencia no yerra en identificar hechos asimilables y convoca a su jurisprudencia anterior, es porque abraza alguna idea acerca de la autoridad de sus fallos previos. Por alguna razón los "tiene en cuenta" ahora. Y así llegamos a la cuestión que queremos presentar. Una jurisprudencia constitucional incapaz de lidiar con el legado de su propia actuación en dictadura es un problema de otra especie. La ausencia de reflexión sobre la propia práctica pasada nos desorienta y hace menos persuasiva su alusión a una jurisprudencia que no logra anclar en sucesos históricos consolidados. De modo emblemático, creemos que la Corte no logra entablar un diálogo sustancioso entre lo que dijo el *Nunca Más* y el lugar que asigna a sus precedentes en materia de *habeas corpus* durante los peores años del terrorismo de Estado. Algo parecido ocurre en las otras materias. Si la jurisprudencia constitucional no hilvana una lectura reflexiva de su propia producción durante gobiernos autoritarios podría carecer de músculo para discernir nuevas amenazas antidemocráticas.

IV. BIBLIOGRAFÍA

Archivo Histórico RTA, "Cadena nacional: Raúl Alfonsín anula la Ley de Amnistía", URL <https://www.archivorta.com.ar/asset/raul-alfonsin-anula-la-ley-de-amnistia/>, consultado 17/09/2023.

BEADE, Gustavo A., *et. al.*, "Normas de facto / Normas de *iure*: La influencia filosófica en la Corte Carrió", en CLÉRICO, Laura & GUAIDÓ, Paula, *La Corte Genaro*, Ad Hoc, 2019, Buenos Aires.

BÖHMER, Martín F., "La Corte de los 80 y de los 90: Un diálogo sobre el *rule of law* en Argentina", en SELA 2000, *Estado de derecho y democracia: un debate acerca del rule of law*, Del Puerto, 2001, Buenos Aires.

BOHOSLAVSKY, Juan P. & GARGARELLA, Roberto, "El rol de la Corte Suprema. Aportes repetidos y novedosos", en BOHOSLAVSKY, Juan P., *¿Usted también, doctor?: Complicidad de jueces, fiscales y abogados durante la dictadura*, Siglo Veintiuno Editores, 2015, Buenos Aires.

Centro de Estudios Legales y Sociales, "Detenidos políticos y *habeas corpus* colectivo", Informe, octubre de 1991, Buenos Aires, URL <https://cels.org.ar/>

[sitios/publicacionesenladictadura/wp-content/uploads/sites/3/2019/03/De-tenidos-politicos-y-habeas-corporus-colectivos.pdf](https://www.sitios/publicacionesenladictadura/wp-content/uploads/sites/3/2019/03/De-tenidos-politicos-y-habeas-corporus-colectivos.pdf), consultado 17/09/2023.

COMISIÓN NACIONAL SOBRE LA DESAPARICIÓN DE PERSONAS, *Nunca Más. Informe de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas*, Eudeba, Buenos Aires, 1984.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Acordada sobre reconocimiento del Gobierno Provisional de la Nación", 10/09/1930, *Fallos*, 158:290.

—, "Acordada sobre Reconocimiento del gobierno surgido de la Revolución del 4 de junio de 1943", 07/06/1943, *Fallos*: 196:5.

—, "Alemann y Cía. SAGIF", 1975, *Fallos*: 293:50.

—, "Amaya Gómez, Pedro", 12/06/1957, *Fallos*: 238:58.

—, "Aramayo, Domingo Raúl", 14/02/1984, *Fallos*: 306:72.

—, "Arlandini, Enrique", 22/08/1947, *Fallos*: 208:184.

—, "Arte Radiotelevisivo Argentino SA c/ EN - JGM - SMC s/amparo Ley 16986", 11/02/2014, *Fallos*: 337:47.

—, "Baretta, Miguel c/ Prov. de Córdoba. Ferrocarril del Sud c/ Yacimientos Petroliferos Fiscales", 12/05/1939, *Fallos*: 183:409.

—, "Barreto", 21/03/2006, *Fallos*: 329:759.

—, "Beckley, Alejandro Alcides y otros c. Iribas, Jorge A.", 1978, *Fallos*: 300:488.

—, "Bemberg, Otto Eduardo y otros c/ Nación Fallos", 29/12/1971, *Fallos*: 281:421.

—, "Bignone, Reynaldo Benito A.", 21/06/1984, *Fallos*: 306:655.

—, "Brusa, Víctor Hermes s/ pedido de enjuiciamiento", 11/12/2003, *Fallos*: 326:4816.

—, "Campbell Olguía, Dougald", 08/06/1970, *Fallos*: 277:23.

—, "Campos, José Manuel", *Fallos*: 167:22.

—, "Castellanos, Joaquín en el juicio político que se le siguiera en la Honorable Cámara de Senadores de la Provincia de Salta", 21/02/1922, *Fallos*: 136:147.

—, "Causa originariamente instruida por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas en cumplimiento del Decreto 158/83 del Poder Ejecutivo Nacional", 30/12/1986, *Fallos*: 309:1689.

—, "Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c/ Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo", 18/08/6, *Fallos*: 339:1077.

—, "Competencia entre Cámara Criminal de la Capital y Cámara Federal de La Plata", 21/06/1902, *Fallos*: 95:201.

- , "Console de Ulla, Ángela Marta c/ Universidad de Buenos Aires - Carrera de Psicología", 8/12/1990, *Fallos* 313:1483.
- , "Cots, Libia Elda c/ Estado nacional - Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos y otros s/ sumario s/ incidente de embargo", 12/03/2013, *Fallos*: 336:244.
- , "Creature, Laura Noemi", 1985, *Fallos*: 307:93.
- , "De Coulon, Carlos Santiago", 29/12/1979, *Fallos*: 301:1226.
- , "Devicenzi, Amadeo; Roselli, Luis Sem; Maciel, Emilio N. y otros", 1921, *Fallos*: 135:190.
- , "Di Rosa, José Eduardo", 15/10/1985, *Fallos*: 307:1990.
- , "Don Cristóbal Moreno Postigo, tutor testamentario de los menores hijos de don Ricardo Matia s/ remoción de tutela", 30/03/1927, *Fallos*: 148:303.
- , "Dr. Magin Suárez, Luis", 19/12/1986, *Fallos* 308:2609.
- , "Entre D. Baldomero Martínez y D. Manuel Otero, sobre cobro ejecutivo de pesos, procedentes de una letra de Aduana", 05/08/1865, *Fallos*: 2:127.
- , "Fayt Carlos S. c/ EN", 19/08/1999, *Fallos*: 322:1616.
- , "Felix E. Dufourq", 27/03/1984, *Fallos*: 306:174.
- , "Ferrocarril del Sud c/ Yacimientos Petrolíferos Fiscales", 1942, *Fallos*: 192:414.
- , "Fiorillo, Juan y Fernández, Francisco Melchor", 31/03/1987, *Fallos*: 310:0.
- , "Fiscal General de la Provincia de Jujuy", 1942, 193:495.
- , "Francisco Livieri", 19/09/1960, *Fallos*: 247:674.
- , "Gaggiamo, Héctor José Carlos c/ Provincia de Santa Fe s/ recurso contencioso - administrativo de plena jurisdicción", 19/11/1991, *Fallos*: 314:1477.
- , "Gallardo, Juan Carlos s/ *habeas corpus*", 01/11/1999, *Fallos*: 322:2735.
- , "Gartland, Alberto R. H.", 17/06/1968, *Fallos*: 271:69.
- , "Giorgi, Osvaldo César s/Pedido respecto de Alfredo Antonio Giorgi", 27/12/1979, *Fallos*: 302:772.
- , "Gómez, Juan Carlos c/ Exporland SRL", 1963, *Fallos*: 255:162.
- , "Gómez, Sergio s/ *habeas corpus*", 21/12/2000, *Fallos*: 323:4108.
- , "González Victorica, Diego Leonardo", 10/09/1958, *Fallos*: 241:342.
- , "González, Roque", 14/02/1966, *Fallos*: 264:7.

- , "Grunbaum, Roberto s/Recurso de *habeas corpus* interpuesto a su favor por su padre don Tiberio Grunbaum", 15/11/1979, *Fallos*: 301:1047.
- , "Gutiérrez, Alberto c/ Ferrocarriles Argentinos s/ daños y perjuicios (acc. tránsito c/ lesiones o muerte)", 13/08/1998, *Fallos*: 321:1984.
- , "Haider, Ricardo René", 1984, *Fallos*: 306:551.
- , "Haro, Eduardo Mariano s/ *habeas corpus* correctivo", 29/05/2007, *Fallos*: 330:2429.
- , "Ingenieros, María Gimena c/ Techint Sociedad Anónima Compañía Técnica Internacional s/ accidente – ley especial", 09/05/2019 *Fallos*: 342:761.
- , "Jaramillo Ermenegildo c/ Severo Chumbita", 04/11/1875, *Fallos*: 17:22.
- , "José c/ Ind. y Com. Marconetti Ltda. SA", 18/04/1958, *Fallos*: 240:311.
- , "Kaswalder de Bustos, Malvina Rosa Nicéfora", 23/10/1970, *Fallos*: 278:85.
- , "Lami Dozo, Basilio Arturo s/ Decreto 158/83", 31/07/1984, *Fallos*: 306:911.
- , "Lara, María Verónica s/ *habeas corpus*", 22/12/1998, *Fallos*: 321:3611.
- , "Legal, Olver Pedro", 19/04/1968, *Fallos*: 270:240.
- , "Machado, Celia Sara y otros s/ *habeas corpus*", 15/10/1981, *Fallos*: 303:1558.
- , "Manufactura Algodonera Argentina Sociedad Anónima c/ Fábrica Argentina de Alpargatas Sociedad Anónima. La Calamita, Ángel c/ Cía. Gral. de FF. CC. de la Prov. de Bs. Aires. De Marco, Luis c/ Compañía Garimaldi SA Szeles, Irene B. c/ Bugatti, Bartolo", 1937, *Fallos*: 178:25.
- , "Marín, Rubén Hugo", 1982, *Fallos*: 304:351.
- , "Martínez, Manuel; García, Matías y otros", 1921, *Fallos*: 135:51.
- , "Molinas, Ricardo F. Cambiaso, Osvaldo Agustín", 10/05/1968, *Fallos*: 270:367.
- , "Montalvo, Ernesto Alfredo psa. Inf. Ley 20771", 11/12/1990, *Fallos*: 313:1333.
- , "Ogando, Emilio Horacio", 09/09/1980, *Fallos*: 302:967.
- , "Ollero, César s/*Habeas corpus* interpuesto a favor de su hija Inés Ollero", 25/04/1978, *Fallos*: 300:457.

- , "Pérez de Smith, Ana María y otros", 26/12/1980, *Fallos*: 302:1680.
- , "Pérez de Smith, Ana María y otros", 18/04/1977, *Fallos*: 297:338.
- , "Pérez de Smith, Ana María y otros", 20/07/1978, *Fallos*: 300:832.
- , "Pérez de Smith, Ana María y otros", 21/12/1978, *Fallos*: 300:1282.
- , "Pignataro, Luis Ángel p/ inf. arts. 1° y 2° de la Ley 14346 y arts. 25 y 27 de la ley 22.421", 15/10/1991, *Fallos*: 314:1257.
- , "Pipino Vda. De Caballero, Libia E., y otros c/ FF.CC. del Estado", 1950, *Fallos*: 216:91.
- , "Predassi, Ricardo c/ Colegio Nac. de Paraná", 1937, *Fallos*: 179:216.
- , "Prique de Guippeville de Beaurepaire, María A. G. Apolonio, Nicolás c/ Municip. de Bs. Aires", 1940, *Fallos*: 186:41.
- , "Proceso seguido c/ el capitán Pedro S. Zeballos y otros", 27/04/1905, *Fallos*: 101:401.
- , "Procurador Fiscal c. director del diario *La Provincia* Procurador Fiscal c/ Bertotto, José G. (Diario *Democracia*)", 23/12/1932, *Fallos*: 167:121.
- , "Radice, Jorge Carlos", 1984, *Fallos*: 306:756.
- , "Raúl Pedro Caminos", 1980, *Fallos*: 302:254.
- , "Raviolo Audisio, Héctor A., y otros", 26/12/1956, *Fallos*: 236:588.
- , "Recurso de hecho deducido por José R. Machado en la causa Machado, Celia Sara; Rébori, Jorge Lucio y Rébori Humberto s/ *habeas corpus*", 24/07/1980, *Fallos*: 302:772.
- , "Recurso Extraordinario deducido por F. M. Still en autos c/ L. M. Golsoll", 31/12/1910, *Fallos*: 114:89.
- , "Reynal O'Connor, Luis", 04/09/1929, *Fallos*: 155:286
- , "Rivera Vaca, Marco Antonio y otros/ *habeas corpus*", 16/11/2009, *Fallos*: 332:2544.
- , "SRL Samuel Kot", 05/09/1958, *Fallos*: LL, 92-627; JA, 1958-IV-216.
- , "Salguero, Cecilio Manuel", 29/03/1984, *Fallos*: 306:172.
- , "Sánchez Seschi, Eduardo A. c/ Prov. de Bs. Aires", 1949, *Fallos*: 215:157.
- , "Sánchez, Norma Beatriz y otros/ *habeas corpus*", 21/03/2023, *Fallos*: 346:193.
- , "Schiffirin, Leopoldo Héctor c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ acción meramente declarativa", 28/03/2017, *Fallos*: 340:257.

- , "Schmerkin, Sara y otros c/ Benilux SRL", 1964, *Fallos*: 258:220.
- , "Sindicato de Empleados Jaboneros c/ Delbene Hnos y Cía. S.A. Jabón Federal", 1975, *Fallos*: 292:565.
- , "Siri, Ángel, s/ recurso de *habeas corpus*", 27/12/1957, *Fallos*: 239:459.
- , "Solarí Brumana, Juan Antonio", 14/02/1973, *Fallos*: 285:43.
- , "Szapiro, Edmundo Daniel y otra", 22/05/1984, *Fallos*: 306:448.
- , "Teniente coronel de Hernández, Ángel", 10/12/1926, *Fallos*: 149:175.
- , "Tibold, José y otros", 1966, *Fallos*: 320.
- , "Urteaga Facundo Raúl c/ EN – Estado Mayor Conjunto de las FFAA s/amparo Ley 16986", 15/10/1998, *Fallos*: 321:2767.
- , "Verbitsky, Horacio s/ *habeas corpus*", 13/05/2021, *Fallos*: 344:1102.
- , "Videla, Jorge Rafael", 27/12/1984, *Fallos*: 306:2101.
- , "Villamil Amelia Ana c/ Estado Nacional s/ daños y perjuicios", 28/03/2017, *Fallos*: 340:345.
- , "Villareal de Rodríguez, Manuela c/ Onetto, Domingo C.", 05/06/1957, *Fallos*: 238:18.
- , "Villarreal, José Alberto s/ pedido de unificación de pena", 22/03/1988, *Fallos*: 311:308.
- , "Villegas y Cía.", 1932, *Fallos*: 166:220.
- , "Zamorano, Carlos Mariano s/ *habeas corpus*", 09/08/1977, *Fallos*: 298:441.
- COUSO, Jaime y MERA, Jorge, *Precedentes y Justicia Penal*, UDP, Santiago (2011).
- FARRELL, Martín D., "Carl Schmitt, Hans Kelsen y la Corte Suprema", en *Revista Jurídica de la Universidad de San Andrés*, Número 2, 2015.
- FILIPPINI, Leonardo G., "Juristas y enseñanza del derecho en dictadura y en años posteriores", en BOHOSLAVSKY, Juan P., *¿Usted también, doctor?: Complicidad de jueces, fiscales y abogados durante la dictadura*, Siglo Veintiuno Editores, 2015, Buenos Aires.
- GARAY, Alberto F., *La doctrina del precedente en la Corte Suprema*, Abeledo Perrot, 2013, Buenos Aires.
- GARGARELLA, Roberto, "¿De qué depende la validez de las normas penales?", en *Castigar al prójimo*, Siglo XXI, 2016, Buenos Aires.
- GONZÁLEZ BERTOMEU, Juan F., "Tell Me Who You Cite, And I Will Tell You Who You Are Supreme Court Citations under Regime Instability in Argentina", Draft, disponible en <https://ssrn.com/abstract=3487114>.

- MIGNONE, E. & ESTLUND & ISSACHAROFF, "Dictatorship on Trial: Prosecution of Human Rights Violations in Argentina", *Yale Journal of International Law*, vo. 10, 1984.
- NINO, Carlos S., "La validez de las normas de facto", en *La validez del derecho*, Astrea, 1985, Buenos Aires.
- , "Una nueva estrategia para el tratamiento en las normas de facto", en *La Ley*, 1983-D, 936.
- , Juicio al mal absoluto ¿Hasta dónde debe llegar la justicia retroactiva en casos de violaciones masivas de los derechos humanos?, edición ampliada, Siglo XXI, 2015, Buenos Aires.
- NUGUER, Jaime, Un habeas corpus en dictadura - Las acciones judiciales por Inés Ollero que culminaron con el encarcelamiento del jefe de la ESMA, Lenguaje claro editora, 2014, Carapachay.
- OYHANARTE, Julio, "Historia del Poder Judicial", en *Todo es Historia*, N°61, 1972.
- , "La Corte Suprema y el juicio político a jueces provinciales", *El Derecho*, N°128, 1988.
- PAIXAO, Enrique, "El juicio público a las juntas no lesiona las garantías de la defensa", en *El Diario del Juicio*, Año I, N° 1, 1985, Buenos Aires.
- PELLET LASTRA, Arturo, *Historia Política de la Corte (1930-1990)*, Ad-Hoc, 2001, Buenos Aires.
- PORTANTIERO, Juan C., "Prólogo", en ALFONSÍN, Raúl R., *Memoria política. Transición a la democracia y derechos humanos*, Fondo de Cultura Económica, 2004, Buenos Aires.
- República Argentina, Ley 16937, Tribunal de Enjuiciamiento para los Jueces de las Cámaras Nacionales de Apelación y Jueces Nacionales de Primera Instancia, 30/08/1966.
- , Ley 21374 de Enjuiciamiento de Magistrados Judiciales, 23/06/1976.
- , Ley 22924 Pacificación Nacional, 22/09/1983.
- , Ley 23040 de Pacificación Nacional, 22/12/1983.
- , Ley 23049, Código de Justicia Militar, 09/02/1984.
- SABA, Roberto, "Constitución y golpe de Estado", en *Constitución de la Nación argentina comentada*; GARGARELLA, R. y GUIDI, S. (dir.), Buenos Aires, La Ley, 2019, Tomo I, Buenos Aires.
- SPECTOR, Horacio, "Leyes de Facto", Secretaría Parlamentaria del Honorable Congreso de la Nación Argentina, URL https://www.hcdn.gob.ar/secpar/dgral_info_parlamentaria/dip/glosario/L/leyes_facto.html consultado 28/09/2023.

TEITELBAUM, Alejandro, "¿Será Justicia?", en *La República*, Año IV, N° 18, 1981, p. 5, edición facsimilar, Senado de la Nación Argentina, UNR editora, y Eudeba, Buenos Aires, Rosario.



LOS DESAFÍOS DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL EN LA ARGENTINA: ADAPTAR SU MARCO CONCEPTUAL Y DESMONTAR LAS ESTRUCTURAS ILIBERALES SUBNACIONALES*

PATRICIO DANIEL MÉNDEZ MONTENEGRO**

Resumen: A 40 años de la recuperación democrática en Argentina existen consensos sobre la incorporación de la Argentina al concierto de países democráticos. Sin embargo, subsisten preocupaciones respecto al carácter democrático de muchas unidades subnacionales, donde aún persisten prácticas asociadas al autoritarismo. Esta lección va a sostener dos tesis centrales. Primero, que el marco jurídico y la literatura especializada, inspirada en la transición argentina, obviaron las dificultades adicionales presentadas por el carácter federal que comparten la Argentina y tantos otros países. Segundo, que, para resolver los persistentes problemas democráticos y legales en estas unidades subnacionales, hay que abandonar las nociones clásicas de la justicia transicional y expandir su alcance, algo que ya está en marcha dentro de las nuevas teorías sobre la materia. Su aplicación sobre países ya democratizados a nivel nacional, pero en los que persisten problemas a nivel local despierta desafíos, problemas y dilemas que serán abordados en los apartados II, III y IV. El trabajo incluye, además, un apartado donde se esbozan algunas posibles soluciones a esos dilemas, proponiendo formas de activar cambios sociales que den lugar a la democratización de esas jurisdicciones. El trabajo concluye con la idea de que, en los casos más graves, la única forma de lograr cambios profundos es mediante la intervención federal acompañada de herramientas típicas de la justicia transicional.

* Recepción del original: 04/07/2023. Aceptación: 29/08/2023

** Abogado con Diploma de Honor UBA-Derecho. LL.M. en Derechos Económicos, Sociales y Culturales en University of Essex. Docente UBA/UTDT. Agradezco especialmente a Clara Sandoval Villalba por su ayuda brindada durante la redacción de esta tesis de maestría. El mismo reconocimiento merecen Emiliano y Guillermina por el aguante interminable en esos meses de lectura, aislamiento social y escritura.

Palabras clave: federalismo — justicia transicional — derechos humanos — democracia — intervención federal

Abstract: Forty years after the recovery of democracy in Argentina, there is consensus on the incorporation of Argentina into the concert of democratic countries. However, there are still concerns about the democratic character of many subnational units, where practices associated with authoritarianism still persist. This lesson will support two central theses. First, that the legal framework and specialized literature, inspired by the Argentine transition, overlooked the additional difficulties presented by the federal character shared by Argentina and so many other countries. Second, that, in order to solve the persistent democratic and legal problems in these subnational units, it is necessary to abandon the classical notions of transitional justice and expand its scope, something that is already underway within the new theories on the subject. Its application to countries that are already democratized at the national level, but where problems persist at the local level, raises challenges, problems and dilemmas that will be addressed in sections II, III and IV. The paper also includes a section outlining some possible solutions to these dilemmas, proposing ways to activate social changes that lead to the democratization of these jurisdictions. The paper concludes with the idea that, in the most serious cases, the only way to achieve profound changes is through federal intervention accompanied by tools typical of transitional justice.

Keywords: federalism — transitional justice — human rights — democracy — federal intervention

I. INTRODUCCIÓN

La justicia transicional parece estar de moda en el mundo. La literatura especializada y los organismos de derechos humanos han venido utilizando el concepto y el lenguaje de la justicia transicional en escenarios radicalmente diferentes a los que originalmente fue pensado. Sin embargo, en la Argentina parece haber sido un concepto utilizado en la transición iniciada en los años 80 y cuya utilidad parece haberse agotado a pesar de que todavía existen deudas pendientes en el proceso de transición a la democracia. Según estudios comparativos, la mitad de las provincias argentinas viven en regímenes no democráticos, con severos déficits a la hora de proteger

derechos humanos básicos.¹ A pesar de esto, nadie utiliza el lenguaje de la justicia transicional para abordar esos problemas.

En buena medida eso se puede deber a que la justicia transicional fue pensada para contextos sumamente específicos de transición política en los cuales era esencial abordar las violaciones a los derechos humanos para “dibujar una clara línea con el pasado”.² Lidiar con el pasado era crucial para sentar las bases de un nuevo régimen democrático.³ En estos casos, las opciones estaban restringidas por el poder que tenían los perpetradores en la sociedad, llevando a los gobiernos a tomar decisiones difíciles respecto al proceso transicional, muchas veces, teniendo que optar entre estabilidad y justicia,⁴ con el riesgo de amenazar la transición en su conjunto.⁵ Como sostiene Thomas Hansen, la teoría inicial de la justicia transicional se centró en el concepto de una ventana de oportunidad en la cual las políticas y las medidas podrían ser implementadas.⁶ Adicionalmente, el proceso solía darse en un contexto de transición del autoritarismo a la democracia. Los actores involucrados solían ser autoridades públicas, burócratas, policías, jueces y militares del antiguo régimen que eran acusados por las nuevas autoridades democráticas elegidas por el pueblo a nivel nacional.

Sin embargo, estos pilares empezaron a crujir con el intento de expandir la noción de justicia transicional para aplicarla a nuevos escenarios. En primer lugar, las metas y el contexto ya no están restringidos a la transición del autoritarismo a la democracia. En la actualidad, la justicia transicional es aplicada a la transición del conflicto a la paz.⁷ En segundo lugar, muchos casos paradigmáticos no necesariamente hicieron que un país evolucione a un régimen liberal, como es el caso de Ruanda.⁸ En tercer lugar, hay diversos casos en los cuales la implementación de medidas de justicia transicional se dio en democracias consolidadas, pero donde existe una minoría cuyos derechos humanos fueron sistemáticamente violados, como es el

1. GERVASONI, “A Rentier Theory of Subnational Regimes...”, p. 62.

2. MENDEZ, “Accountability for Past Abuses”, p.255.

3. NINO, *Radical Evil on Trial*, p. 188.

4. ZALAUQUETT, “Balancing Ethical Imperatives and Political Constraints...”, p. 1429.

5. NINO, “Response: The Duty to Punish Past...”, p. 2627.

6. HANSEL, “The Time and Space of Transitional...”, p. 34.

7. AG, A/HRC/21/46, p. 16.

8. CLARK & KAUFFMAN, *After Genocide: Transitional Justice, Post-Conflict Reconstruction...*, p. 47.

caso de las Primeras Naciones de Canadá o las comunidades aborígenes de Australia.⁹ Finalmente, la noción de ventana de oportunidad perdió terreno en la literatura, y hoy existen procesos transicionales bien lejanos en el tiempo de las graves violaciones a los derechos humanos.¹⁰

Sin embargo, al expandir el concepto, existe un riesgo claro de desnaturalizarlo. Como sostiene Mark Kersten:

“La justicia transicional es el último concepto sexy en la política internacional y todos quieren un pedazo de la torta de la justicia transicional. Pero al poner todo lo relacionado al mantenimiento de la paz, la justicia y la toma de decisiones en escenarios post conflicto bajo el paraguas de la justicia transicional corremos el riesgo de erosionar su valor y su especificidad”.¹¹

A la luz de esta doble tendencia hacia la expansión y la desnaturalización del concepto ¿es posible y adecuado utilizar las herramientas de justicia transicional para abordar los persistentes déficits democráticos y de protección de los derechos en la Argentina? Esta lección va a sostener que sí, que el marco conceptual en la materia tiene potencial transformador. Sin embargo, para hacerlo, es necesario abordar dos cuestiones que la disciplina ha ignorado. En primer lugar, el marco conceptual de la justicia transicional ha estado centrado principalmente en implementar medidas, reparaciones y reformas a nivel nacional para consolidar el Estado de derecho y la democracia en el país. Pero ¿acaso no puede haber violaciones a los derechos humanos a nivel subnacional? ¿Las policías locales no han tenido y siguen teniendo un rol relevante a la hora de ejecutar violaciones sistemáticas a los derechos humanos? ¿Qué herramientas tiene el Estado Nacional en contextos federales como el nuestro para desbaratar esas prácticas iliberales? ¿Acaso las instituciones subnacionales no pueden ofrecer resistencia a los procesos de democratización a nivel nacional?

En segundo lugar, si es posible que las autoridades subnacionales puedan ser tanto facilitadoras de violaciones de los derechos humanos como sus responsables principales, entonces ¿pueden los regímenes autoritarios

9. QUINN, “Wither the ‘Transition’ of Transitional Justice”, p. 63.

10. COLLINS, *Post-Transitional Justice: Human Rights Trials in...*, p 110.

11. *Cf.*: KERSTEN, “Justice in Conflict, Transitional Justice: paradigm...”.

subnacionales ser abordados a través del lente de la justicia transicional? La respuesta afirmativa de esta pregunta implica expandir el alcance de la justicia transicional a sistemas políticos relativamente democráticos que protejan medianamente los derechos humanos y los principios del Estado de derecho pero que, al mismo tiempo, tengan regímenes autoritarios subnacionales que sistemáticamente violan los derechos humanos y tengan escasas credenciales democráticas.

Esta lección tiene dos objetivos centrales. El primero de ellos es sostener la necesidad de repensar los desafíos adicionales que presenta el federalismo en los procesos transicionales, reflexión que está ausente de la literatura especializada. El segundo, pensar el modo en que las herramientas típicas de la justicia transicional pueden ayudarnos a desencadenar procesos de democratización subnacional en el marco del federalismo argentino, sin que esto desnaturalice el concepto original. El trabajo va a estar dividido en cuatro secciones. En primer lugar, se va a realizar un análisis del marco jurídico internacional que sienta los estándares sobre la transición democrática para sostener que está pensado para países unitarios. En segundo lugar, se procederá a hacer una revisión de la literatura sobre los procesos de democratización para advertir uno de los principales escollos teóricos: los procesos de democratización no son lineales, ni a todo o nada, sino que suelen enfrentar resistencias sociales y territoriales. En este contexto, se va a hacer foco sobre lo que la ciencia política ha denominado los "regímenes autoritarios subnacionales" y se va a llamar la atención sobre los vínculos que el federalismo tiene con la desprotección de los derechos fundamentales y con la violencia estatal. En el tercer apartado, se va a hacer un análisis de las tensiones existentes entre el régimen federal de gobierno con el derecho internacional de los derechos humanos, exponiendo los límites que tiene el gobierno nacional a la hora de articular respuestas que prevengan y sancionen aquellas violaciones. La conclusión del trabajo sostendrá que uno de los desafíos jurídicos para la consolidación de la democracia en Argentina es pensar la forma en que se pueden activar procesos democratizantes en provincias capturadas por elites iliberales donde existen violaciones sistemáticas a los derechos humanos.

II. MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL

En esta sección se analizarán los reportes del secretario general de la ONU, el Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia

y reparación y el Asesor Especial del Secretario General sobre la Prevención del Genocidio, y se argumentará que a pesar de las importantes contribuciones que hicieron a los debates y los dilemas que enfrentan los países en contextos transicionales, omiten un aspecto problemático de la justicia transicional. Cuando se piensa sobre los obstáculos que enfrentan los procesos transicionales, los expertos suelen mencionar la debilidad de las instituciones estatales, la división étnica-lingüística de la sociedad, las raíces sociales y económicas del conflicto, la capacidad de resistencia de los antiguos detentadores del poder, las burocracias heredadas del antiguo régimen o los problemas financieros.¹² Este trabajo busca poner de resalto otro factor relevante que está ausente en la literatura especializada: los países federales que atraviesan un proceso de transición a la democracia presentan un desafío adicional a la teoría y la práctica en la materia. Mientras el marco jurídico actual es pensado para ser implementado en la esfera institucional nacional, la violación a los derechos humanos también puede tener origen a nivel subnacional. En este sentido, la autonomía subnacional, un pilar básico de cualquier país federal, puede obstaculizar el proceso de democratización.

El reporte seminal en la materia fue "Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o ha sufrido conflictos" redactado por el secretario general de la ONU en 2004. Las palabras utilizadas por el reporte muestran la noción tradicional de la justicia transicional. En el párrafo 12 se delinear las principales reformas que la ONU implementó en los países en los cuales asistió a reforzar el imperio de la ley, la seguridad y el Poder Judicial. Entre ellas, el reporte menciona "formar a funcionarios nacionales de la administración de justicia, prestar apoyo a los órganos internos de reforma judicial" y a ayudar "a las entidades nacionales a investigar y seleccionar policías, jueces y fiscales".¹³

En el párrafo 23, el informe recomienda una aproximación integral a la justicia transicional, sosteniendo que las reformas judiciales deberían ser

12. Al respecto véase Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia y reparación, A/67/368, art 27; Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia y reparación, A/HRC/24/42, p 21-89; Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia y reparación, A/HRC/7/56, p 33; Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia y reparación, A/70/438, p 33-36; Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/37/65, p 17-21.

13. Consejo de Seguridad ONU, S/2004/616, p. 12.

comprendidas de todas las instituciones que pertenecen al Poder Judicial, "en el desarrollo y la aplicación de un plan estratégico para el sector, controlado y dirigido desde el país".¹⁴

El párrafo 27 llama la atención sobre la falta de confianza en el Poder Judicial y las fuerzas de seguridad cuando ellos tuvieron un vínculo directo con las violaciones a los derechos humanos. "Lo típico en estos casos es que el sistema judicial, la policía y el sistema penitenciario nacional" hayan quedado desfinanciados y desacreditados, por lo que "el restablecimiento de la capacidad y la legitimidad de las instituciones nacionales es una empresa de largo plazo".¹⁵ Por último, el párrafo 39 apunta a la importancia de los juicios penales como una forma de *accountability* a los perpetradores y como una forma de justicia para las víctimas y enfatiza su efecto sobre la legitimidad de los grupos extremistas para "hacerlos desaparecer del proceso político nacional".¹⁶

Este entendimiento sobre el contexto en el cual la justicia transicional es apoyado por el segundo informe del relator especial en el fundamento de su mandato. Este documento ofrece un claro ejemplo del contexto en que nace la disciplina. Se trata de países con "niveles relativamente avanzados de institucionalización horizontal y vertical, es decir que sus intuiciones podían abarcar íntegramente sus respectivos territorios nacionales".¹⁷ Dado que los dictadores ocuparon las instituciones nacionales, la solución consistía en recuperar esas "instituciones y tradiciones brutalmente interrumpidas".¹⁸ De hecho, ese fue el punto de Carlos Nino y Jaime Malamud Goti, arquitectos del proceso de justicia transicional en nuestro país.¹⁹

En esta misma línea el Consejo de Derechos Humanos realizó un estudio conjunto sobre la contribución de la justicia de transición a la prevención de las violaciones y transgresiones manifiestas de los derechos humanos y las violaciones graves del derecho internacional humanitario.²⁰

14. Consejo de Seguridad ONU, S/2004/616, p. 23.

15. Consejo de Seguridad ONU, S/2004/616, p. 27.

16. Consejo de Seguridad ONU, S/2004/616, p. 39.

17. Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia y reparación, A/HRC/21/46, p. 15.

18. Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia y reparación, A/HRC/21/46, p. 15.

19. NINO, *Radical Evil on Trial*, p. 118.

20. Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia y reparación, A/HRC/24/42, p. 59.

Allí, se enfatiza la necesidad de realizar reformas institucionales como mecanismos de no repetición como

“El fortalecimiento de la capacidad de las estructuras nacionales, incluidos los órganos legislativos, el poder judicial y las instituciones nacionales de derechos humanos para defender la buena gobernanza, los derechos humanos y el Estado de derecho”.²¹

Este informe tiene la característica particular de mencionar al federalismo como un posible mecanismo institucional preventivo, dado que una segunda cámara y la autonomía provincial pueden tener efectos positivos que empoderen a las minorías territoriales a participar en la toma de decisiones.²²

De los informes analizados se puede desprender que el proceso de justicia transicional puede enfrentar desafíos de los propios perpetradores que aún mantienen el poder de algunas instituciones estatales y de la propia sociedad civil adicta al antiguo régimen. También existen problemas relativos al financiamiento y el profesionalismo de las comisiones de verdad, la falta de entrenamiento de los fiscales y del Poder Judicial y el riesgo de la manipulación política del proceso de purgas y fiscalización de las burocracias públicas.

II.A. Los problemas del marco jurídico internacional

IIA. 1. Un marco jurídico pensado para países unitarios

Sin embargo, este tipo de obstáculos y problemas son típicos de países unitarios. Los países federales pueden presentar problemas que no están abordados en la literatura sobre la justicia transicional ni en el marco normativo internacional. Esto es particularmente relevante dado que el federalismo es el arreglo institucional adoptado por numerosos países alrededor del mundo. Aunque los expertos caracterizan que solo 25 de los 195 países reconocen son federales, representan alrededor del 40 % de la población total mundial, ya que los países más extensos territorialmente suelen ser

21. Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/37/65, p. 25.

22. Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/37/65, p. 6.

federales. Así, países como Argentina, Alemania, los Estados Unidos, México, Rusia o Brasil tienen históricos legados federales y, al mismo tiempo, de violaciones a los derechos humanos en el pasado y en el presente.

En este contexto, es importante para la literatura sobre justicia transicional reconocer los desafíos particulares que el federalismo presenta para el éxito de los procesos de transición a la democracia. En esta sección se van a presentar algunas ideas de como este diseño institucional afecta las metas transformadoras de la justicia transicional. Primero, se va a ver en qué difieren los arreglos unitarios y federales, haciendo hincapié en las características del federalismo. Segundo, se va a argumentar que la justicia transicional descansa en algunas premisas dudosas que no pueden ser aplicadas a países federales. Tercero, se va a analizar cómo esas características afectan las metas que persiguen los procesos transicionales.

El federalismo puede ser descrito como una forma territorial de organización del poder a través del cual algunas potestades y atribuciones están distribuidas entre Estados subnacionales y el Estado nacional.²³ La principal característica del federalismo es que los Estados subnacionales retienen algunas competencias exclusivas para sí mismas, temas donde las unidades locales van a tener la última palabra institucional.²⁴ En una federación, hay una combinación de autogobierno y gobierno compartido.²⁵

La magnitud de este conjunto de competencias exclusivas puede depender del país del que se trate y del grado de federalismo de un país.²⁶ Así, algunos países pueden otorgarles la última palabra institucional a los Estados subnacionales sobre un gran conjunto de temas. El típico ejemplo es los Estados Unidos donde cada Estado tiene sus propias reglas criminales, civiles, laborales, sanitarias y electorales. Otros países, como Alemania, reservan la mayoría del Poder Legislativo al gobierno nacional, reservando la aplicación de las políticas públicas a las entidades federadas.²⁷

En este sentido, las provincias están a cargo del contenido y la implementación de políticas públicas que tienen como objetivo proteger los derechos fundamentales. A través de sus propias burocracias, asambleas legislativas y cortes provinciales, las autoridades locales son responsables

23. DAHL, "Federalism and the Democratic Process", p. 95.

24. WATTS, "Federalism, Federal Political Systems, and Federations", p. 117.

25. ELAZAR, "From statism to federalism: a paradigm..." , p. 5.

26. STEPAN, "Federalismo y democracia", p. 27.

27. SOSA WAGNER, "Repaso al federalismo alemán", p. 50.

de esta importante tarea. Sin embargo, es importante repetir que el rasgo esencial del federalismo es que crea un conjunto de temas en que es la localidad y no el Estado nacional, el que decide los objetivos y las políticas a desarrollar.

Por otro lado, un país unitario es caracterizado por la existencia de una única fuente de soberanía, basado en el modelo westfaliano. Como indica Daniel Elazar:

“El principio fundante de los Estados unitarios es la organización eficiente del poder. La eficiencia es definida como la que maximiza el control del centro sobre la periferia o la cúspide de la pirámide sobre los estratos inferiores, dependiendo del grado de gobierno republicano o democrático involucrado”.²⁸

A pesar de que suele haber entidades subnacionales con gobiernos democráticamente electos, su composición e incluso su existencia es decidida por el Estado nacional. A su vez, la magnitud de las competencias de las que gozan puede ser reducida o expandida por el centro. De ese modo, los Estados unitarios tienen un único polo de instituciones políticas, con una sola estructura de poder sobre el territorio. Así, en todo el país se aplican las mismas leyes y los individuos tienen los mismos derechos y obligaciones.²⁹

Una de las consecuencias de adoptar el sistema federal de gobierno es que los países suelen tender a sumar mayor cantidad de actores con poder de veto en sus sistemas institucionales. Según Tsebelis, los actores de veto son individuos o grupos cuyo consentimiento es necesario para adoptar una decisión política en un país determinado.³⁰ Cuantos más actores con poder de veto existan en un país, más dificultoso será construir acuerdos que alteren el *statu quo*. En un país federal, la Constitución Nacional tiende a crear actores con poderes de veto adicionales a los que existen en países unitarios, el Senado y los gobernadores un clásico ejemplo.³¹

Las características inherentes del federalismo impactan en los procesos de justicia transicional de, al menos, tres maneras diferentes. Primero,

28. ELAZAR, “Contrasting Unitary and Federal Systems”, p. 243.

29. AJA, *El Estado autonómico, federalismo y el...*, p. 23.

30. TSEBELIS, *Veto Players: How Political Institutions Work*, p. 440.

31. STEPAN, “Electorally Generated veto Players in Unitary...”, p. 323.

ellas tienden a extender y multiplicar las instituciones que deben ser reformadas para lograr el objetivo de prevenir las violaciones a los derechos humanos y generar instituciones sólidas. Segundo, el federalismo puede ayudar a crear nuevos desafíos y obstáculos a los procesos transicionales que no están previstos en los informes mencionados en la sección anterior. Tercero, los poderes judiciales, ejecutivos y legislativos locales pueden imponer trabas a los procesos transicionales en la esfera nacional, presentando soluciones alternativas o incluso resistencias a las políticas impulsadas a nivel nacional. Vale recordar que estas políticas diferenciadas están protegidas constitucionalmente por la institución de la autonomía provincial.

IIA.1.a. El federalismo dificulta la difusión del proceso de democratización

Como se puede desprender de lo anteriormente expuesto, resulta vital para las sociedades transicionales implementar reformas en sus sistemas legales y burocráticos para prevenir futuros abusos. Al parecer, tanto la teoría como el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho humanitario asumen dos cuestiones. Una posibilidad es que las violaciones a los derechos humanos provienen de instituciones nacionales como las fuerzas armadas con la complicidad judicial, la policía nacional o las burocracias centrales. La otra posibilidad es que los países son unitarios, es decir, que no hay entidades subnacionales constitucionalmente protegidas que pueden provocar o facilitar violaciones a los derechos humanos. La primera de las presunciones suele estar bastante presente en la literatura federal, donde se sostiene que los Estados subnacionales pueden ayudar a reforzar el sistema de frenos y contrapesos a la tiranía de la mayoría nacional, ya que la división territorial del poder coadyuvar a dividir el poder en cuantas esferas sea posible.³² De esa manera, las entidades subnacionales pueden ayudar a prevenir o al menos a limitar las derivas autoritarias del gobierno nacional.

Sin embargo, lo contrario parece ser cierto también. Como muestran Ginsburg y Huq, el autoritarismo puede desarrollarse a través de las elecciones subnacionales y así acceder al poder y eventualmente llevarlo al Estado nacional, dado que las elecciones locales son más fáciles de ganar que las nacionales y sus instituciones son más fácilmente cooptables.³³

32. Cf: MADISON, HAMILTON & JAY, *El federalista*.

33. GINSBURG & HUQ, *How to save a constitutional democracy*, p. 149.

Si esta primera hipótesis no puede ser sostenida por la teoría ni por la práctica, es importante evaluar la segunda. El marco normativo sobre la justicia transicional está bien diseñado y las recomendaciones del Relator Especial han dado guías precisas para llevar adelante un proceso de transición a la democracia cuando son las instituciones nacionales las que son responsables de las violaciones a los derechos humanos. La idea principal es que, a través de la investigación penal a las autoridades nacionales, el desarrollo de instituciones de la verdad y a través de ciertas garantías de no repetición países con un legado autoritario pueden comenzar un lento proceso de transición a la democracia y al respeto de los derechos humanos.

Esto suele asumir que

“...los Estados nación ocupan territorios delimitados [...] En estos lugares, cualquier cambio de régimen va a ser centralizado y uniforme. Pero la mayoría de los Estados nación son más grandes y sus territorios menos integrados [...] Un cambio producido en la capital no necesariamente desencadena un acatamiento inmediato ni uniforme a lo largo y ancho del espacio político. Cualquier cambio sustancial (la transición a la democratización política y social, por ejemplo) va a tomar más tiempo para diseminarse y tornarse fructífero en espacio y tiempo [...] cuanto más grande y menos integrado –o más institucionalmente descentralizado– es el Estado nacional, más irregular va a ser el proceso de cambio de régimen”.³⁴

Como ya fue mencionado, los países federales tienen su propio conjunto de instituciones estatales que están constitucionalmente encargadas de diversas competencias exclusivas. Tienen sus propios departamentos de policía, sus propias burocracias, su propio poder judicial, sus propios ministerios públicos y sus propias cámaras representativas. Esto significa que las instituciones locales y nacionales comparten un alto grado de soberanía y representatividad de sus ciudadanos.

Esto tiene consecuencias manifiestas en el proceso de justicia transicional. Primero, como explica Ginsburg

34. BEHREND & WHITEHEAD, “The struggle for subnational democracy”, p. 155.

“La existencia del federalismo permite que la democratización se dé de manera puntual e irregular. Muchas democracias federales –incluyendo a los Estados Unidos, México o Brasil– por lo tanto, tienen experiencias con los que los politólogos denominan enclaves autoritarios en algunas regiones o Estados, enclaves que pueden sobrevivir por años o incluso por décadas. La existencia de autoritarismos subnacionales también puede tener repercusiones más amplias a nivel nacional. Por ejemplo, un grupo de resultados electorales locales o un conjunto de políticas públicas pueden atrincherar una coalición antidemocrática y, por lo tanto, tornarla nacionalmente inexpugnable. Los patrones de difusión, a través de los cuales las políticas y las instituciones adoptadas en un Estado pueden difundirse en otros, no necesariamente distinguen entre contenidos democráticos o antidemocráticos [...] Si un conjunto suficiente de estados adoptan estos instrumentos, la competencia a nivel nacional y subnacional se va a ver severamente limitada, profundizando más que aliviando la situación democrática”.³⁵

En otras palabras, los Estados subnacionales pueden ser las fuentes de las violaciones a los derechos humanos. Sus consecuencias van a ser desarrolladas en la próxima sección.

II.A.1.b. El federalismo multiplica los puntos de resistencia al proceso de transición.

Una segunda consecuencia es que el federalismo puede obstruir o incluso frustrar las metas que persigue la justicia transicional. Implementar las recomendaciones formuladas en el derecho internacional de los derechos humanos a nivel nacional puede no ser suficiente para cumplir las promesas normativas de fortalecer el Estado de derecho y el respeto a los derechos humanos y erradicar el autoritarismo y la violencia de la sociedad que enfrenta el proceso transicional. Los países federales tienen que enfrentar el hecho de que cualquier poder judicial provincial, cada fuerza de policía, cada organización paramilitar local con aquiescencia del Estado o incluso cada Ministerio Público pueden estar ligados al previo régimen

35. GINSBURG & HUO, *How to save a constitutional democracy*, p. 149.

represivo. Dado que las provincias son vitales para un gran conjunto de políticas públicas, un programa transicional que no tenga en cuenta al autoritarismo provincial está destinado a fracasar.

En tercer lugar, las autoridades locales pueden tener enfoques diferentes respecto a las políticas transicionales implementadas desde el centro y pueden manifestarlas públicamente. En países federales, las autoridades nacionales solamente gozan de un poder parcial y suelen enfrentar resistencias subnacionales a sus políticas.³⁶ A pesar de que el Estado nacional tiene obligaciones internacionales en la materia, carece de atribuciones para implementarlas a nivel subnacional. Las competencias locales les dan a los Estados subnacionales la autonomía para influir en el resultado de las políticas transicionales. Un ejemplo puede ser ilustrativo. Bien puede pasar que el Presidente y una mayoría legislativa puedan querer implementar un programa amplio de políticas transicionales. Siguiendo las recomendaciones de las Naciones Unidas, sancionan leyes de imprescriptibilidad de las violaciones a los derechos humanos, crean cortes especiales para perseguir penalmente a los perpetradores —creando comisiones de verdad—, proveen reparaciones económicas para las víctimas y realizan purgas a las fuerzas de seguridad y de defensa. En un intento de respetar la tradición federal del país, la legislación invita a las provincias a hacer lo mismo en el ámbito de sus propias instituciones. Por supuesto, la popularidad del gobierno nacional puede hacer que muchas provincias sigan al pie de la letra el ejemplo del Estado nacional e implementen un conjunto similar de políticas. Otros, incluso, pueden ser federal aún más audaces en sus políticas transicionales prohibiendo partidos políticos herederos del antiguo régimen, lo que bien puede generar ansiedad y mayor oposición de los miembros del antiguo régimen que aún gozan de poder o tienen conexiones con elites poderosas, poniendo en riesgo el proceso a nivel nacional. Otro conjunto de provincias simplemente puede no hacer nada y silenciosamente mantener el *statu quo* autoritario heredado. Finalmente, algunas provincias pueden oponerse públicamente al proceso transicional, llamando a la reconciliación, a que no haya ni vencedores ni vencidos, dejando a las violaciones de derechos humanos sin justicia ni reparación y a sus instituciones públicas con cómplices de esas violaciones a los derechos fundamentales.

36. GARDNER, "The theory and practice of contestatory...", p. 527.

En un Estado unitario, la oposición a la transición puede manifestarse y pueden aparecer dificultades, como bien muestra el informe. Sin embargo, la principal diferencia es que mientras los países unitarios pueden tener desafíos de facto, el federalismo crea actores institucionales constitucionalmente protegidos con capacidad de vetar las políticas públicas transicionales. Esto debe ser considerado a la hora de diseñar un programa de transición. La autonomía subnacional multiplica las posibilidades de resistencias. Si esto es correcto, si el federalismo puede obstaculizar o incluso detener la difusión de la democratización y de las reformas, entonces los efectos en cascada de la democratización, los controles mutuos y la justicia pueden ser resistidos por autoridades locales escépticas del proceso transicional y así disminuir su efecto disuasorio.³⁷

III. QUÉ PUEDE HACER LA JUSTICIA TRANSICIONAL POR LA DEMOCRATIZACIÓN EN ARGENTINA

Esta segunda sección del ensayo va a sostener que el proceso inconcluso de democratización puede ser resuelto dentro del marco de la justicia transicional. Con ese objetivo, la primera subsección va a analizar los problemas típicos de democratización analizados por los autores más relevantes en la materia para poner de resalto su carácter irregular y paulatino. En la segunda subsección, se analizará la relación entre el autoritarismo subnacional y los límites del proceso transicional de los años 80. En la tercera subsección se van a analizar las tensiones entre el derecho internacional de los derechos humanos y el sistema federal de gobierno. Por último, se analizarán las formas de activar transformaciones en las provincias afectadas por el autoritarismo y se va a argumentar que para hacerlo es imperioso que se implementen procesos transicionales en las comunidades afectadas.

III.A Los regímenes autoritarios subnacionales y el federalismo

El proceso de democratización que se dio en América Latina y en el Este europeo muestra el camino sinuoso que atraviesa la intención de abandonar el autoritarismo y pasar a un régimen de respeto al Estado de

37. SIKKINK & KIM, "The justice cascade: The origins...", p. 269.

derecho y los derechos humanos, como la democratización puede ser desigualmente distribuida dentro de los Estados nación. En los años 70, los procesos de democratización eran pensados como lineales, progresivos y constantes. "un proceso el cual, una vez iniciado, conduce aun con algunos pocos inconvenientes y problemas, a la democracia".³⁸ A contramano de esta tendencia, Guillermo O'Donnell ha demostrado que se trata de un proceso potencialmente reversible, falibles y con posibles finales autoritarios.³⁹ A su vez, el autor también puso de relieve que los procesos tienen alcances diferenciados. Esto implica que los procesos de democratización pueden alcanzar a diferentes grupos y a diferentes territorios de manera desigual. Esto dio lugar al concepto de "las zonas marrones del Estado".⁴⁰ En palabras del autor:

"En las zonas marrones hay elecciones, gobernadores y legisladores nacionales y provinciales. Los partidos que allí operan, aun cuando sean miembros nominales de un partido político nacional, no son más que maquinarias personalistas ansiosamente dependientes de las prebendas que puedan extraer de las agencias nacionales y provinciales. Esos partidos y los gobiernos locales funcionan sobre la base de fenómenos como el personalismo, el familismo, el prebendarismo, el clientelismo y procedimientos similares".⁴¹

En este sentido, O'Donnell muestra el modo en que la forma federal de organización del poder puede impedir la completa difusión de la democracia en todo el territorio de un país. En esta misma línea, Edward Gibson argumenta que el federalismo directamente empodera a los gobiernos autoritarios subnacionales, protegiendo a sus prácticas iliberales del proceso de supervisión nacional.⁴²

Los estudios pioneros de estos dos autores dieron lugar a una gran literatura sobre los llamados "autoritarismos subnacionales", "regímenes híbridos", "juegos cerrados", entre otros nombres que denominan

38. PASQUINO, "Orden político y democratización", p. 423.

39. O'DONNELL, *Democracia, agencia y Estado*, p. 199.

40. O'DONNELL, "On the State, Democratization and Some...", p. 1355.

41. O'DONNELL, "On the State, Democratization and Some...", p. 1366.

42. GIBSON, *Boundary Control: Subnational Authoritarianism in Federal...*

fenómenos similares. Esto implica que en un país pueden convivir regímenes liberal-democráticos con otros híbridos junto a regímenes autoritarios. A pesar de que no existe un consenso sobre el alcance de cada concepto, existen consensos de que estos tienen "una parcial o incompleta aplicación de las normas democráticas que supuestamente deberían prevalecer a nivel nacional".⁴³ Estos regímenes se caracterizan por su reducido nivel de competitividad política, cooptación oligárquica o familiar del Estado subnacional, una sociedad civil debilitada, sistemas electorales con sesgos mayoritarios, control de los medios de comunicación, versiones defectuosas del sistema de frenos y contrapesos, y un poder judicial débil que llevan a un alto grado de impunidad de las autoridades públicas cuando cometen violaciones a los derechos fundamentales. Se trata de un fenómeno largamente estudiado en grandes federaciones como la Argentina, Brasil, los Estados Unidos de América, India, México y Rusia.

Existe una profunda división entre los autores sobre las razones que llevan a la existencia y persistencia de los regímenes autoritarios subnacionales o de las prácticas iliberales que allí existen. El primer grupo se enmarca dentro de las teorías estructurales, que argumentan que existe una correlación entre el grado de desarrollo económico y los niveles de democratización subnacional. Carlos Gervasoni, por ejemplo, sostiene que los ciudadanos de las provincias subdesarrolladas no tienen suficiente poder de negociación como contribuyentes. Dado que ciertas provincias dependen de mayor manera de los recursos y la asistencia del gobierno nacional que de sus propios contribuyentes, las autoridades locales tienen mayor autonomía de las demandas de los ciudadanos. Esto es lo que el autor denomina el efecto impositivo. De modo complementario, los estados subnacionales suelen tener un control muy grande de las actividades económicas y de las posibilidades de empleabilidad a través de los empleos públicos. Por lo tanto, los ciudadanos se ven limitados en su autonomía económica, elevando su dependencia de las autoridades locales. Esto es lo que el autor denomina el efecto de gasto.⁴⁴ Alfred Montero, en una línea similar, argumenta que los Estados subnacionales con una baja densidad demográfica,

43. BEHREND & WHITEHEAD, "Setting the Comparative Agenda: Territorially Uneven...", p. 1.

44. GERVASONI, "A Rentier Theory of Subnational Regimes...", p. 302.

alta homogeneidad social, bajos niveles de diversidad económica y baja autonomía económica son más propensos a formas de dominación autoritarias.⁴⁵

El otro grupo de autores en la materia ofrecen explicaciones estratégicas relativas a su reproducción en el tiempo, es decir, no se concentran en los orígenes sino en los procesos que hacen a su subsistencia. Edward Gibson aduce que los regímenes autoritarios subnacionales son exitosos cuando son capaces de controlar las fronteras del conflicto subnacional que se provoca como consecuencia de las prácticas autoritarias. Las provincias gozan de una amplia gama de competencias para resistir los esfuerzos democratizantes que provienen del gobierno nacional y perpetuar sus políticas iliberales.⁴⁶ La concepción dual de la soberanía que defiende el federalismo y las acciones concertadas y coordinadas de los Estados iliberales pueden crear un balance de poder que resista efectivamente a los esfuerzos democratizantes.⁴⁷

En una línea similar, Agustina Giraudy sostiene que los regímenes autoritarios subnacionales persisten por la importancia que los gobiernos subnacionales tienen a la hora de aprobar leyes en el Senado y gracias a la inhabilidad y el insuficiente poder del gobierno nacional a la hora de facilitar el cambio en aquellas subunidades. Esta combinación crea incentivos para tener relaciones pacíficas con esos gobiernos, asegurando sus votos en los recintos legislativos y mantener el *statu quo*.⁴⁸

III.B Autoritarismo subnacional y graves violaciones a los derechos humanos

Si la existencia de este tipo de regímenes es un aspecto relevante de los países federales, los académicos de la justicia transicional y los relatores especiales en la materia deberían reconsiderar los fundamentos y las políticas que proponen para la transición a la democracia y la paz. En primer lugar, la transición en países con una larga historia federal debería tener en cuenta estas circunstancias para efectivamente alcanzar las necesidades acuciantes de consolidar la democracia.

45. MONTERO, "Uneven Democracy? Subnational Authoritarianism in Democratic...", p. 7.

46. GIBSON, *Boundary control*, p 12.

47. GIBSON & KING, "Federalism and Subnational Democratization in the...", p. 28.

48. GIRAUDY, "The Politics of Subnational Undemocratic Regime...", p. 60.

Los países federales tienen una característica inherente: el hecho de que sean federales muestra que ningún grupo ni élite fue capaz de imponer su poder totalmente sobre los demás. Como muestran Feeley y Rubin, los Estados federales emergen como producto de una "negociación trágica".⁴⁹ Como se vio en el primer apartado, el marco conceptual de la justicia transicional generalmente asume que las violaciones a los derechos humanos son producidas por las instituciones nacionales como las fuerzas armadas, grupos paramilitares, las fuerzas de seguridad con la complicidad del Poder Judicial, la ayuda logística de funcionarios públicos nacionales y el silencio de la prensa. En ocasiones, se pone de resalto el rol de gobiernos extranjeros y agencias de seguridad nacional, como lo fue en el caso del Plan Cóndor.

Sin embargo, estas instituciones pueden carecer del conocimiento del territorio y de las dinámicas sociales de grandes porciones del país. De hecho, el federalismo suele ser justificado normativamente como un mecanismo institucional de descentralización que permite estructuras gubernamentales más eficientes e informadas. Por lo tanto, es solamente lógico que idear e implementar un plan sistemático de violación a los derechos humanos y represión política requiera la colaboración de autoridades provinciales. Sin ellas, las metas perseguidas por los responsables de las violaciones a los derechos serían imposibles de alcanzar. Como sugiere Kent Eaton, las fuerzas policiales provinciales en Argentina "jugaron un papel especialmente importante en el apoyo del terrorismo de Estado".⁵⁰

La persistencia de los regímenes autoritarios subnacionales, por lo tanto, puede ser fruto de procesos transicionales que no advirtieron el carácter local y territorial de la violencia del pasado. La continuidad de gobiernos locales con severos déficits en el respeto de los derechos humanos muestra que, aunque los procesos transicionales puedan ser exitosos en el ámbito nacional, eso no significa que ese éxito "derrame" sobre las unidades subnacionales. En este sentido, cuando un país federal enfrenta el autoritarismo del pasado, se le debe prestar especial atención no solamente a implementar las medidas clásicas de la justicia transicional en la esfera nacional sino a cada una de las unidades subnacionales. Las agencias policiales locales, los poderes judiciales provinciales, las burocracias provinciales

49. FEELEY & RUBIN, *Federalism: Political Identity and Tragic Compromise*, p. 52.

50. EATON, "Paradoxes of police reform: federalism, parties...", p. 5.

deben ser sometidos a un proceso de control y purga por parte de las autoridades transicionales. A su vez, deben implementarse comisiones de verdad provinciales y los responsables locales deben ser sometidos a procesos y sometidos a la justicia. Se deben replicar los esfuerzos reformistas que se llevan a cabo a nivel nacional también en las provincias afectadas.

La mayoría de los países federales ha ignorado estos hechos y eso ha llevado al parcial fracaso de las transiciones. Como bien describe Jaime Malamud Goti:

“En los 80, cuando impulsamos el proceso transicional en Argentina junto a Nino y Raúl Alfonsín, no estábamos enfocados en los señores feudales provinciales. Tal vez deberíamos haber hecho algo, pero estábamos enfocados en los militares, que eran muy poderosos en ese momento”.⁵¹

III.C Federalismo y derecho internacional de los derechos humanos: una relación tensa

La mayoría de los países federales tienen instituciones democráticas y prácticas liberales fuertemente arraigadas. Argentina podría ser, a priori, parte de ese grupo de países, cuando se considera que la Constitución Nacional protege una amplia gama de derechos fundamentales, crea mecanismos institucionales para protegerlos y garantizar remedios judiciales para litigar aquellas prácticas que los violentan ante los tribunales. Sin embargo, la naturaleza federal de nuestra carta magna les otorga a las provincias una amplia gama de competencias y atribuciones. A pesar de que la Constitución Nacional reconoce una diversidad de derechos humanos, su implementación queda, en gran medida, reservada a los gobiernos provinciales, es decir, gran parte de las obligaciones de derecho internacional en la materia recaen sobre áreas que suelen estar, de modo exclusivo o concurrente, en manos de las provincias.⁵² Si bien es posible argumentar que la autonomía provincial puede llevar a políticas experimentales sobre cómo proteger de mejor manera los derechos, también es verdad que permite que algunas provincias

51. Entrevista personal realizada Jaime Malamud Goti el 23/5/2021.

52. SMULOVITZ, "Legal inequality and federalism: Domestic violence...", p. 2.

mantengan sus prácticas iliberales debajo de la supervisión nacional, siendo los que originan la violación al derecho humano en cuestión.⁵³ Esto produce un grado de tensión entre la forma federal de gobierno y las obligaciones internacionales de respeto, protección y garantía de los derechos humanos.⁵⁴

Esta tensión entre el derecho internacional de los derechos humanos y el federalismo no se limita a la Argentina. Este ensayo no intenta argumentar que se trata de un fenómeno relacionado a los defectos particulares del federalismo argentino sino a las bases mismas del derecho internacional y las complejidades propias de la estructura federal de gobierno. Tal es así que este fenómeno fue analizado en países tan disímiles como Canadá,⁵⁵ Estados Unidos de América,⁵⁶ Australia,⁵⁷ Nigeria y Etiopía.⁵⁸

Mark Tushnet, reconocido experto en teoría constitucional argumenta que el federalismo posee dos obstáculos fundamentales relativos a la implementación de las obligaciones internacionales de derechos humanos. En primer lugar, el federalismo impone restricciones al alcance en las atribuciones del Poder Legislativo central. Esto significa que mientras el Estado nacional es el encargado de negociar, firmar y ratificar los tratados, su implementación suele caer bajo la jurisdicción exclusiva o concurrente de las autoridades subnacionales. El segundo problema radica en que el federalismo impone restricciones a los métodos disponibles para implementar los derechos humanos en sus territorios. De este modo, el gobierno nacional no puede "dirigir" a las autoridades subnacionales para implementar las obligaciones nacientes de los tratados.⁵⁹ En conclusión, se puede decir que:

"Mientras el gobierno central puede comprometer al Estado a un tratado, no siempre puede garantizar su cumplimiento, especialmente si el tema del tratado cae por fuera de las competencias legislativas exclusivas y derrama sobre las competencias legislativas de las autoridades regionales".⁶⁰

53. CHIACCHIERA CASTRO, "La República Argentina ante la Corte IDH: Año 2019", pp. 1-4.

54. BRADLEY, "The treaty power and American federalism", p. 397.

55. STROM & FINKLE, "Treaty Implementation: The Canadian Game Needs...", p. 39.

56. TUSHNET, "Federalism and International Human Rights in...", p. 841.

57. OPEKIN & ROTHWELL, "The Impact of Treaties on Australian...", p. 1.

58. EBOBRAH & EBOIBI, "Federalism and the Challenge of Applying...", p. 1.

59. TUSHNET, "Federalism and International Human Rights in...", p. 863.

60. EBOBRAH & EBOIBI, "Federalism and the Challenge of Applying...", p. 3.

El derecho internacional suele asumir que los Estados gozan del absoluto control sobre su territorio, pero esto no suele ser el caso en los países federales.⁶¹

¿Pero cómo es que el derecho internacional resuelve esta tensión? A lo largo de los tratados internacionales más conocidos, el derecho internacional establece que los Estados no pueden evitar su responsabilidad internacional a través de su estructura federal de gobierno. El artículo 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados claramente establece que los Estados no pueden invocar disposiciones de derecho interno para justificar una violación a lo establecido en un tratado internacional. Un Estado incurre en responsabilidad internacional por cualquier violación, más allá del nivel de gobierno que efectivamente lleve adelante la violación. Cualquier acto u omisión llevada adelante por cualquier órgano del Estado es atribuido al Estado nación. La responsabilidad internacional es atribuida al Estado incluso cuando la Constitución Nacional no le otorga al Estado nacional la competencia para obligar a las autoridades subnacionales a cumplir sus obligaciones internacionales.⁶²

De igual manera, el artículo 29 de la Convención de Viena establece que los tratados son obligatorios y vinculantes en todo el territorio del Estado, a menos que una intención diferente surja del texto del tratado. De ese modo, "el derecho internacional se muestra agnóstico a cómo los gobiernos nacionales ordenan sus relaciones políticas, siempre que el gobierno nacional permanezca responsable".⁶³

A su vez, tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establecen que "las disposiciones del presente Pacto serán aplicables a todas las partes componentes de los Estados federales, sin limitación ni excepción alguna".⁶⁴ En similar sentido, al interpretar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Comité de Derechos Humanos expresó que los Estados parte no pueden invocar su derecho constitucional o doméstico para justificar su fracaso a la hora de proteger los derechos humanos, incluyendo su estructura federal.⁶⁵

61. SPIRO, "The States and International Human Rights", p. 579.

62. STARKE, *Introduction to International Law*, p. 187.

63. SWAINE, *Does Federalism Constrain the Treaty Power?*, p. 412.

64. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 23 marzo de 1976, art. 50.

65. CDH, Observación General 31, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13

Esto también ha sido reconocido por la Corte Internacional de Justicia en el caso *LaGrand*, donde se argumentó que

“Considerando que la responsabilidad internacional de un Estado está comprometida por la acción de los órganos y autoridades competentes que actúan en ese Estado, cualesquiera que sean; Considerando que los Estados Unidos deberían tomar todas las medidas a su alcance para garantizar que *Walter LaGrand* no sea ejecutado y espera de la decisión final en este procedimiento; Considerando que, de acuerdo con la información de que dispone la Corte, la implementación de las medidas indicadas en la presente Orden es competencia del Gobernador de Arizona; Considerando que, en consecuencia, el Gobierno de los Estados Unidos tiene la obligación de transmitir la presente Orden a dicho Gobernador; Considerando que el Gobernador de Arizona tiene la obligación de actuar de conformidad con los compromisos internacionales de los Estados Unidos”.⁶⁶

El sistema interamericano dista de ser muy diferente al internacional. Tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como la Corte reciben casos donde el agente que perpetra las violaciones a los derechos no es el Estado federal sino el Estado local. Sin embargo, bajo el derecho internacional, las provincias no son agentes del derecho internacional. Es por esto que el Estado nación es responsable por las violaciones emanadas por el Estado provincial a la vez que está severamente limitado en su capacidad de abordar la problemática dado que el arreglo federal de gobierno le previene de interferir en su gobierno autónomo.⁶⁷

Esto lleva a un problema recurrente y a un debate académico. Suele suceder que los Estados, en sus defensas ante la Comisión y la Corte, suelen usar su sistema federal de gobierno para argumentar que no pueden ser responsables por los actos u omisiones del Estado provincial. Estas violaciones son fruto de las leyes provinciales, o perpetrados por las agencias de

66. ICJ, *LaGrand, Germany v United States*, párr. 32.

67. Al respecto resulta interesante la posición del Estado de Tasmania frente a la comunicación presentada por Nicholas Toonen. Comité de Derechos Humanos, Comunicación N° 488/1992, U.N. Doc. CCPR/C/50/D/488/1992.

su propia burocracia y avalados por su propio Poder Judicial. Como dice Ariel Dulitzky

“Resulta cierto que varios países han intentado ampararse en su estructura federal para limitar los efectos internos de la ratificación de tratados de derechos humanos o para restringir el alcance de su responsabilidad internacional. Paralelamente, autoridades locales han pretendido desentenderse de las obligaciones que les corresponden argumentando que los tratados han sido ratificados por el gobierno federal y no por el estadual y por ende no deben cumplir los mismos”.⁶⁸

En los propios informes de la Comisión queda claro que el federalismo es, entonces, usado como una razón constitucional para limitar las obligaciones de derecho internacional ante el sistema interamericano.⁶⁹ A pesar de este problema recurrente, los autores argumentan que los Estados subnacionales están obligados a honrar las obligaciones de derechos humanos que emanan de los tratados firmados por el Estado federal.⁷⁰

El derecho interamericano en la materia es claro. En primer lugar, la Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 1, reconoce los derechos a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, más allá de carácter federal o unitario de país. A su vez, en el artículo 28 se establece que, más allá del carácter unitario o federal, todos los Estados deben respetar y proteger los derechos reconocidos en el tratado. Por esta razón, los Estados federales deben adoptar todas las medidas legales y constitucionales para cumplir con sus obligaciones. Por lo tanto, el gobierno central debe utilizar todos los medios necesarios para evitar que la estructura federal de gobierno se convierta en un límite al goce de los derechos reconocidos en la Convención. Si bien el federalismo puede distribuir roles y funciones hacia dentro de un país, no puede bajo ninguna manera

“Relevará al Estado de adoptar por sí o a través de sus unidades territoriales las medidas necesarias para asegurar que los derechos

68. DULITZKY, “Federalismo y derechos humanos. El Caso...”, p. 201

69. DULITZKY, “Federalismo y derechos humanos. El Caso...”, p. 201.

70. DULITZKY, “Federalismo y derechos humanos. El Caso...”, p. 201.

reconocidos en la convención sean efectivamente respetados o para prevenir sus violaciones".⁷¹

Asimismo, existe una obligación de investigar la presunta violación de los derechos humanos que no puede ser descartada después de una investigación irrita realizada por tribunales locales adictos o infra capacitados. El Estado federal tiene una obligación irrenunciable de investigar y reparar todas las violaciones a los derechos, cosa que ha sido reconocida por la propia Corte en el caso Garrido Baigorria. Allí, el tribunal estableció que "según una jurisprudencia centenaria y que no ha variado hasta ahora, un Estado no puede alegar su estructura federal para dejar de cumplir una obligación internacional".⁷²

En conclusión, es claro que el derecho internacional de los derechos humanos es ciego a la distribución territorial del poder que realizan los estados haciendo responsable al Estado nacional de las violaciones a los derechos humanos que se perpetran en su territorio. Las recomendaciones y las reparaciones dispuestas por los organismos internacionales para detener las fuentes de la violación y para evitar futuras violaciones son vinculantes tanto para las unidades subnacionales como para el Estado nacional. Sin embargo, dada la estructura federal interna, los estados subnacionales tienen herramientas para ignorarlas y el Estado nacional tiene pocas herramientas para implementarlas contra los deseos del Estado subnacional, lo que presenta un problema institucional grave. Una posible persistencia de estas prácticas ¿amerita la implementación de mecanismos transicionales a las provincias?

III.D Expandir la justicia transicional a contextos provinciales. una reflexión necesaria.

III.D.1. Las circunstancias de la justicia (transicional)

La influencia de John Rawls desde la filosofía política a la teórica jurídica es innegable. Su concepto de justicia ha marcado un antes y un después en la pregunta de cómo pensar sociedades con instituciones adecua-

71. DULITZKY, "Federalismo y derechos humanos. El Caso...", p. 211.

72. Corte IDH, "Caso Garrido y Baigorria", considerando 46

das.⁷³ Dentro de su amplísimo y complejo sistema de pensamiento, Rawls se pregunta por las condiciones de fondo en la cual las cuestiones de la justicia aparecen.⁷⁴ Como bien sabemos, la teoría del autor norteamericano se centró en la cuestión de la distribución de los beneficios y las cargas de la cooperación social, así como los derechos y las obligaciones que las personas deberían gozar en las instituciones básicas de la sociedad, es decir en una teoría distributiva de la justicia.

Pero, ¿cuáles son las circunstancias de la justicia transicional? ¿En qué condiciones emergen las cuestiones de cómo, cuándo y por qué atravesar la transición del autoritarismo a la democracia? Entender esta cuestión nos permitirá saber si las situaciones que existen en algunas provincias argentinas ameritan o no implementar mecanismos asociados a la justicia transicional. En el caso de que esto no sea así, quizás estemos ante un caso de aplicación inadecuada del marco normativo transicional y, como se dijo en la introducción de esta lección, una desnaturalización del concepto.

Las sociedades estables y transicionales difieren en gran medida en diversos aspectos. Primero, en una sociedad estable hay desigualdades estructurales limitadas mientras que en las sociedades transicionales existen desigualdades estructurales marcadas. Estas desigualdades políticas y económicas permean a todos los ámbitos de la sociedad. Las desigualdades políticas surgen cuando las interacciones están reguladas no por las reglas legales declaradas, sino por la voluntad de las autoridades políticas particulares. En este sentido, los prospectos de vida están indebidamente limitados por estas desigualdades.⁷⁵ Estas desigualdades son marcadas y estructurales cuando pertenecen a personas pertenecientes a ciertos grupos o ideologías determinadas. Una característica de los regímenes autoritarios subnacionales es que, aunque pueden tener instituciones liberales democráticas, están permanecen dormidas y las prácticas iliberales son las que prevalecen. No solo que existen altos grados de pobreza, indigencia y necesidades básicas insatisfechas, sino que existen desigualdades políticas provenientes de raíces étnicas e ideológicas que dificultan gravemente que los individuos puedan desarrollar sus planes de vida.

73. RIVERA CASTRO, *Circumstances of justice*, p. 92.

74. RAWLS, *La teoría de la justicia*, p. 18.

75. MURPHY, *The Conceptual Foundations of Transitional Justice*, p. 43.

Otro aspecto relevante que diferencia a las sociedades estables de las transicionales es que en las primeras existen infracciones o irregularidades anormales e individuales, mientras que en las segundas las infracciones políticas son normalizadas y colectivas. Estas irregularidades son violaciones a los derechos humanos, civiles, políticas, económicas y sociales que están normalizadas en el sentido de que son sistemáticas y perpetradas por oficiales públicos directamente o con su connivencia para alcanzar objetivos políticos.⁷⁶ Los casos de abusos policiales a minorías insulares con impunidad judicial que son realizados contra disidentes políticos, periodistas y minorías étnicas muestran lo normalizado y sistemático de las infracciones provinciales.

Resulta relevante mencionar que la naturaleza sistémica de los abusos policiales tiene una relación directa con los legados autoritarios de la dictadura militar. Como muestra Laura Glanc, en la transición de la dictadura a la democracia, los operadores de la justicia transicional pensaron que los esfuerzos debían concentrarse en reformar y purgar las fuerzas militares y que, de ese modo, las restantes fuerzas de seguridad seguirían la tendencia hacia la protección de los derechos humanos. Las fuerzas policiales permanecieron casi inalteradas después de décadas en donde la dictadura militar ya había terminado.⁷⁷ Glanc sostiene que existió una continuación de las prácticas represivas existentes en las fuerzas militares que se trasladó a las fuerzas policiales. La violación de los derechos humanos no es idéntica en su alcance y extensión. Las prácticas represivas variaron, pero continuaron durante el periodo de democratización.⁷⁸

Podemos observar que los departamentos de policía a lo largo y ancho del país continúan como una de las principales fuentes de violaciones a los derechos humanos, aun produciendo detenciones arbitrarias, tortura, e incluso desapariciones forzadas. Los departamentos de policía provinciales constituyen la principal falla de las garantías de no repetición implementadas en el relativamente exitoso proceso transicional de Argentina.⁷⁹ El federalismo, como fue mencionado anteriormente, permanece como un obstáculo para su reforma, dado que "las instituciones federales magnifican los efectos de las disputas in-

76. MURPHY, *The conceptual foundations of transitional justice*, p. 50.

77. CELS & Human Rights Watch, "La inseguridad policial: Violencia de...", p. 43.

78. GLANC, "Caught between Soldiers and Police Officers...", p. 479.

79. BONNER, "Never Again: Transitional Justice and Persistent...", p. 235.

tergubernamentales sobre la policía entre las autoridades nacionales, provinciales y municipales".⁸⁰

III.D.2 Como activar un cambio

Recapitulando lo mencionado en los apartados anteriores, Argentina experimenta un cuadro complejo donde coexisten regímenes democráticos, regímenes híbridos y regímenes autoritarios. En este sentido, a pesar de su estructura federal, el Estado nacional y las provincias tienen el deber de asegurar la democracia, los controles cruzados y los derechos humanos a sus ciudadanos. Este deber tiene un origen constitucional, establecido en el artículo 5 y 31 de la Constitución Nacional, así como de los diferentes tratados de derechos humanos firmados, ratificados y aprobados por nuestro país. En este sentido, la modificación de la situación experimentada en muchas provincias no solo es una deuda de la transición democrática sino un deber jurídico específico de la Argentina.

Las formas de producir esas necesarias reformas son diversas y multicausales. En esta sección, se argumentarán dos puntos separados. En primer lugar, que los países que tienen en su territorio regímenes autoritarios subnacionales tienen un deber de derecho internacional de utilizar todos los mecanismos y medidas a su alcance para desarticular sus estructuras y prácticas iliberales. En segundo lugar, esos mecanismos que, en última instancia, incluyen a la intervención federal, tienen que estar enfocados en alcanzar una transformación social y una reforma institucional, y no a meramente hacer cambios superficiales.

Como ya se dijo más arriba, las subunidades provinciales tienen la obligación de respetar y proteger los derechos humanos consagrados en la Constitución Nacional y los tratados internacionales ratificados por los Estados. Asimismo, los Estados federales están obligados a tomar todas las medidas necesarias para que esto se cumpla.⁸¹ ¿Cuáles son esas medidas disponibles?

En principio, dado el contexto institucional del que se trata, la provincia en cuestión podría enfrentar una situación donde su burocracia y su

80. EATON, "Paradoxes of Police Reform: Federalism, Parties...", p. 8.

81. CIDH, Resolución N° 01/90, Casos 9768, 9780 y 9828 (México) p. 96; CIDH, Informe anual 1990-1991, OEA/Ser.L/V/II.79.rev.1, Doc. 12; CDH, Toonen v. Australia, Comunicación N° 488/1992.

sistema político estén estructuralmente obstaculizados de resolver sus violaciones a los derechos humanos, situación que Rodríguez Garavito llama de "bloqueo institucional".⁸² En esa situación, es necesario recurrir a soluciones que provengan de afuera del sistema institucional local. Un posible conjunto de respuestas institucionales provenientes del sistema interamericano puede incluir comunicados, medidas cautelares o incluso un dictamen de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En un caso más extremo, la situación podría ameritar un fallo de la Corte IDH que señale la naturaleza sistemática de las violaciones a los derechos humanos, llamando al Estado a condenar a los culpables, reparar a las víctimas, solicitar reformas institucionales para prevenir futuros episodios similares. Las reparaciones incluso pueden ser "transformadoras", en el sentido de no solo retornar la situación a la situación anterior sino buscar rectificar un patrón de desigualdades estructurales. Podríamos estar frente a una decisión similar a la de *González c/México*.⁸³ Por lo tanto, decisiones que son consecuencia de litigio estratégico podrían tener un "efecto desbloqueador" en la cual la relación de poder entre el Estado y las víctimas podría alterarse, una situación que lleva a "nuevas posibilidades de negociación, colaboración y discusión entre los actores del caso, que deriven en soluciones que habrían sido inviábiles bajo las condiciones de balance de poder previo al fallo".⁸⁴

En una línea similar, Jacqueline Behrend y Laurence Whitehead argumentan que la democratización subnacional puede ser "activada" por decisiones judiciales como la que se imaginan aquí. Estas provincias tienen algunas instituciones liberales-democráticas como una Constitución, autoridades electas, una policía bajo mandato civil, un poder judicial con garantías institucionales de independencia, etc. Sin embargo, las prácticas iliberales mencionadas anteriormente son las que prevalecen sobre las instituciones locales. Una respuesta del sistema interamericano podría despertar a la sociedad civil, los medios de comunicación y a actores políticos disidentes y, de esa manera, activar formas locales de contestación.⁸⁵

A pesar de los beneficios aparentes de esta estrategia, es posible argumentar que tiene ciertas debilidades. En primer lugar, los estudios demuestran que las organizaciones de la sociedad civil son inexistentes o

82. GARAVITO & FRANCO, *Juicio a la exclusión*, p. 89.

83. Corte IDH, *González y otros (Campos algodóneros) c/Méjico*.

84. GARAVITO & FRANCO, *Juicio a la exclusión*, p. 51

85. BEHREND & WHITEHEAD, "The Struggle for Subnational Democracy", p. 163.

demasiado débiles en muchas de estas provincias como para encarnar un cambio después de tantas décadas de gobierno autoritario.⁸⁶ De hecho, los conflictos cobran notoriedad cuando ONG nacionales e internacionales se apersonan en el territorio y nacionalizan el conflicto.⁸⁷ Las organizaciones sociales no pueden ser, en este caso, motores del cambio social. En segundo lugar, aun cuando una decisión judicial pudiera subrayar el carácter sistemático de la violación a los derechos fundamentales, la estructura federal de gobierno podría seguir siendo un recurso que la provincia podría utilizar para dilatar la implementación de la decisión. Ante una decisión de este tipo, la provincia podría resistir la implementación del fallo y las autoridades nacionales podrían hacer muy poco debido a la naturaleza federal del país, como ya se explicó. Las sentencias de seguimiento de recomendaciones de la Corte IDH muestran la lentitud que toman estos casos tan complejos.⁸⁸ Tercero y más importante, cualquier decisión relativa a estos casos de violación puntual de algunos derechos humanos no irían al punto neurálgico de las violaciones a los derechos que se dan en estas provincias. Aun cuando las reparaciones transformadoras pueden tener un efecto significativo para alguna comunidad afectada, una decisión judicial no podría enmendar los problemas estructurales que se viven en esa localidad, como el inexistente Estado de derecho, la dependencia de los medios de comunicación, las actividades ilegales de la policía, la cooptación del Poder Judicial, entre otros fenómenos. Las sociedades transicionales, como se dijo, no enfrentan desigualdades limitadas y esporádicas o males individuales y esporádicos, donde paradigmas retributivos, correctivos y distributivos de la justicia podrían dar solución a los problemas. Estamos frente a una situación donde solo el paradigma transicional de la justicia puede alcanzar la transformación social.⁸⁹

Si la activación local está llamada a fracasar o a ser insuficiente, es necesario considerar otras estrategias. Edward Gibson diferencia a las estrategias de democratización lideradas por partidos y a aquellas lideradas por el centro o la capital de un país. Una democratización liderada por algún partido opositor provincial, dada la situación anteriormente descrita, parece imposible. Sin embargo, una transición liderada por el centro puede

86. LUCIANI, "Allocation vs. Production States: A Theoretical...", p. 75.

87. GIBSON, *Boundary Control*, p. 32.

88. GONZÁLEZ SALBERG, "Do States comply with the compulsory...", p. 96.

89. MURPHY, *The Conceptual Foundations of Transitional Justice*, p. 83.

ser útil. En estas situaciones de violaciones sistemáticas de derechos humanos "medidas centralizadoras o unitarizantes tomadas por el nivel federal pueden ser justificadas dadas las circunstancias, incluso tomando en cuenta el principio de subsidiariedad que rige en sistemas federales".⁹⁰

Argentina tiene una herramienta constitucional que tiene la potencia para empezar a resolver estos problemas que enfrentamos. El artículo 6 de la Constitución Nacional, como vimos, crea un instituto creado para enfrentar violaciones a la forma republicana de gobierno o a casos donde hay violaciones sistemáticas a los derechos constitucionales, llamada la intervención federal.

III.D.1.a. La intervención federal (pero no de cualquier forma)

La intervención federal es un mecanismo establecido en el artículo 6 de la Constitución Nacional que permite vulnerar el escudo protector creado por la autonomía provincial en casos de extrema gravedad institucional. El artículo prevé diferentes circunstancias donde procede la intervención federal, pero en este apartado nos vamos a concentrar en aquella donde el "gobierno federal" entiende que se violó la forma republicana de gobierno.

Los artículos 5 y 6 deben ser leídos e interpretados como dos caras de una misma moneda, al punto de que la Constitución de los Estados Unidos los establece en un mismo artículo. Para entender el alcance de la intervención federal y analizar su procedencia es necesario imprescindible entender cuáles son las funciones del artículo 5. Allí la Constitución establece dos obligaciones conectadas pero separadas. Por un lado, el texto del artículo 5 obliga a las provincias a dictar su propia constitución provincial de acuerdo con el sistema republicano y representativo y respetando los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional. A su vez, si esas constituciones respetan esos preceptos, el gobierno federal tiene el deber de garantizar a esas provincias el goce y ejercicio de sus instituciones.⁹¹

En este sentido, el artículo 5 establece tanto la garantía republicana en las provincias y, al mismo tiempo, la garantía de la autonomía provincial. La autonomía provincial ha sido la más estudiada de este par, siendo la que mayor atención política, doctrinaria y jurisprudencial ha recibido desde los

90. WYTENBACH, "Systemic and Structural Factors Relating to...", p. 43.

91. JONES MERRIT, "The guarantee clause and state autonomy...", p. 2.

albores de la organización constitucional de nuestro país. Que pertenece a la esfera de las provincias y que a la esfera del Estado nacional es una tarea frecuente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.⁹²

Sobre este tema, la jurisprudencia clásica de la Corte fue sumamente restrictiva y utilizó la antigua doctrina de las cuestiones políticas no justiciables. En el precedente *Costes*, la Corte manifestó que “dilucidar la compatibilidad de las instituciones provinciales con el artículo 5 de la Constitución Nacional implica una cuestión de carácter político, prohibida como tal a los tribunales de justicia”.⁹³ En esta misma línea, German Bidart Campos argumentó que la compatibilidad de las leyes provinciales y la garantía republicana era una cuestión exclusiva de las leyes y la política provincial, ajena a los tribunales federales. Esta atribución debe ser ejercida por el poder legislativo federal, que puede intervenir a los gobiernos provinciales y restablecer el Estado de derecho en caso de vulneración.⁹⁴

Después de la restauración democrática en 1983, la mayoría de las cuestiones consideradas como “cuestiones políticas no justiciables” fueron lentamente revisadas judicialmente y la garantía republicana no fue la excepción. De ese modo, en la última década apareció una extensa jurisprudencia en torno a la garantía republicana, que comenzó con el caso *UCR c/Santiago del Estero* y continuó con casos relativos a *Rio Negro* y *La Rioja*.⁹⁵ Recientemente esa jurisprudencia se ha expandido al caso de *San Juan*.⁹⁶

Así, la Corte ha ido respondiendo al interrogante de cuáles son los contenidos esenciales de la forma republicana de gobierno, las razones por las cuales es procedente su intervención para resolver pleitos eminentemente regidos por el derecho público provincial y su rol como garante de los pisos mínimos republicanos. De esta forma, la Corte ha encontrado mecanismos de intervención en conflictos provinciales más sutiles y con efectos más restringidos.

Si la jurisprudencia sobre el artículo 5 desarrolló mecanismos puntuales para intervenir en conflictos inherentemente provinciales, el artículo 6

92. MILL, *Considerations on representative government*, p. 299.

93. Corte Suprema de Justicia de la Nación, “*Costes c/Andrés Prado*”.

94. BIDART CAMPOS, *Manual de la Constitución reformada*, p. 461.

95. Méndez Montenegro & VITALINI, “Haz lo que yo digo pero...”, p. 53.

96. Corte Suprema de Justicia de la Nación, “*Evolución liberal y otro c/ San Juan provincia de s/amparo*”.

prevé el “recurso más extremo y el remedio tal vez más duro” de nuestro sistema federal.⁹⁷ A pesar de los avances respecto al artículo 5, el instituto de la intervención federal permanece todavía permeado por los debates constitucionales previos al retorno de la democracia. Tal es así que, como dijimos en la introducción a este trabajo, históricamente las razones que daban lugar a una intervención federal se consideraron como “cuestiones políticas no justiciables”, es decir, que no había estándares objetivos para analizar cuando existía una vulneración del gobierno republicano provincial. En palabras de la Corte:

“La intervención nacional en las provincias, en todos los casos en que la Constitución la permite o prescribe, es un acto político por su naturaleza, cuya verificación corresponde exclusivamente a los poderes políticos de la Nación [...] sin ninguna participación del Poder Judicial”.⁹⁸

La historia de esta institución ha sido problemática desde los albores de la organización nacional, dado que muchas veces fue utilizado arbitrariamente para remover a los gobernadores opositores y poner en su lugar a políticos oficialistas o aliados y, de esa manera, tener más posibilidades de ganar las próximas elecciones provinciales. En otras palabras, la intervención federal fue utilizada como una excusa para perseguir políticos opositores y no como una herramienta de democratización o protección de los derechos fundamentales. Ha habido casos en donde “los partidos de la oposición que llegan al poder después de una intervención federal reproducen muchas de las estructuras y prácticas iliberales de sus predecesores”.⁹⁹

Sin embargo, las intervenciones federales pueden tener un efecto positivo en la democratización y el desmantelamiento de las prácticas iliberales. Jacqueline Behrend muestra alguno de los efectos positivos que las intervenciones pueden tener en la contestabilidad electores, la independencia judicial, el desmantelamiento de la violencia policial y la endogamia política, llevando a mayores controles civiles sobre la policía y oxigenando

97. BIDART CAMPOS, *Manual de la Constitución reformada*, p. 460.

98. Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Cullen c/Llerena”, p. 431.

99. BEHREND, “Federal Intervention and Subnational Democratization in...”, p. 112.

las estructuras judiciales.¹⁰⁰ También, se dieron casos en los cuales la intervención federal permitió la construcción de sistemas electorales más justos. En casos muy extremos, donde las estructuras iliberales son tan predominantes y donde formas más sutiles de activación democrática pueden ser insuficientes, la intervención federal se constituye como el único mecanismo que el gobierno nacional tiene para lograr cambios sustanciales. Si este es el caso, podemos afirmar que el gobierno nacional tiene una obligación de intervenir las provincias donde gobiernan regímenes autoritarios subnacionales. Sin embargo, para evitar algunos de los problemas del pasado y evitar que se trate de un mero recambio de personas y se logre una verdadera reforma social y gubernamental, es necesario atar las intervenciones federales a un paradigma de justicia transicional.

En esta instancia, es posible que muchos pueden argumentar que aplicar el paradigma de la justicia transicional a las situaciones de intervención federal implica estirar y desnaturalizar el concepto. Sin embargo, dentro de las circunstancias de la justicia transicional podemos notar que todas están en el contexto como los reseñados. Ya se mencionó que las violaciones a los derechos humanos en estas provincias derivan de desigualdades estructurales marcadas y que las infracciones son normalizadas colectiva y políticamente. En el escenario de una intervención federal, las otras dos circunstancias de la justicia transicional emergen: existe una incertidumbre seria y existencial y una duda fundamental sobre la autoridad.¹⁰¹

Una sociedad donde impera la incertidumbre existencial es caracterizada por el miedo de que la transformación social que pretende la justicia transicional fracase y que el antiguo régimen vuelva al poder. El éxito del proceso es dudoso. De acuerdo con Murphy, las desigualdades podrían persistir o podrían adquirir una nueva forma. Esta situación afecta tanto a las nuevas autoridades como a la población en general, dado que no hay certezas de que el antiguo régimen pueda retornar al poder y vengarse de aquellos que colaboren con el régimen transicional. Esta es exactamente la situación que se presenta en el contexto de una intervención federal. Su naturaleza provisoria y el riesgo de que se trate de un recambio de nombres más no de prácticas conlleva la posibilidad de que vuelvan los antiguos

100. Ejemplos de este tipo de intervenciones se pueden encontrar en los casos de Catamarca. Véase BEHREND, "Federal intervention and subnational democratization in Argentina", p. 98.

101. MURPHY, *The Conceptual Foundations of Transitional Justice*, p. 70.

gobernadores o que las nuevas autoridades implementen prácticas liberales similares.

La incertidumbre sobre las autoridades, por su parte, refiere a cuestiones relativas a la autoridad y la legitimidad del nuevo gobierno para investigar y reparar las infracciones del pasado. Su autoridad es cuestionada debido a que no hay evidencia de que el nuevo régimen le ponga fin a la violación de los derechos humanos.¹⁰² Los gobiernos transicionales nunca son enteramente liberales ni democráticos, ya que muchos líderes transicionales no son necesariamente electos, sino que su función es permitir el cambio. Esta es la naturaleza del interventor federal. Se trata de una persona designada directamente por el Poder Ejecutivo y que suele ser una persona ajena a la provincia. Su intervención suele ser vista como una indebida interferencia desde la capital, como una intrusión nacional a las arraigadas prácticas provinciales. Su legitimidad para implementar reformas es resistida por muchos locales porque carece de credenciales democráticas.

En este sentido, la intervención federal en las provincias más afectadas por el autoritarismo y la violación a los derechos humanos, con una sociedad civil débil incapaz de producir cambios desde la periferia, se constituye como la única alternativa para atacar una de las deudas más relevantes del proceso transicional argentino. Sin embargo, esta debe ir acompañada de los mecanismos propios de la justicia transicional como una investigación imparcial de los hechos del pasado, una revisión judicial sobre las autoridades públicas implicadas, un proceso de oxigenación de las burocracias civiles y armadas de la provincia y reformas legales que impidan la repetición de estos hechos en el futuro. Si ha funcionado en diversos países del mundo, incluso el nuestro, estos mecanismos pueden dar lugar al fortalecimiento del Estado de derecho y la protección de los derechos fundamentales.

IV. CONCLUSIÓN

Las políticas de memoria, verdad y justicia pusieron a la Argentina a la vanguardia mundial de la justicia transicional. Ese proceso fue sumamente

102. MURPHY, *The Conceptual Foundations of Transitional Justice*, p. 72.

exitoso, el primer ejemplo de juzgamiento autóctono a los perpetradores de las peores violaciones a los derechos humanos. Los actores e intelectuales que participaron de ese proceso se convirtieron en figuras descolantes en la materia. Se trató de una serie de actos audaces en un contexto de incertidumbre total sobre el éxito del proceso.

A 40 años de esa hazaña, todavía quedan severas deudas pendientes en el proceso de asegurar la democracia y los derechos humanos a todos los habitantes del pueblo argentino. Fallos recientes como los de Santiago del Estero, La Rioja o San Juan han puesto de relieve las escasas credenciales democráticas de muchas jurisdicciones. El voto concurrente del juez Rosenkrantz llamó la atención sobre los peligros de la erosión democrática en nuestro país y sus consecuencias sobre los derechos y la forma republicana de gobierno. A su vez, los casos de violaciones flagrantes a los derechos humanos en Formosa son solo la cara visible de un problema más extendido de lo admitido.

Esta lección sostuvo que existe un déficit a la hora de pensar la justicia transicional en contextos federales. Los desafíos, las fuentes de violación a los derechos humanos, los focos de resistencia, las amenazas al proceso y las responsabilidades institucionales son diferentes a lo que ocurre en países unitarios. El marco normativo y el marco conceptual en la materia merecen dedicar mayor reflexión a la intersección sobre federalismo y justicia transicional. Esta lección pretendió realizar aportes en ese sentido.

A su vez, en la segunda parte, esta lección abordó las dificultades actuales en desencadenar cambios y transformaciones en estas provincias capturadas por estructuras y prácticas iliberales. En ese sentido, caracterizó a los regímenes autoritarios e híbridos que todavía subsisten en la mitad de las provincias argentinas y subrayó las amenazas que existen a los derechos fundamentales. Por otra parte, analizó las limitaciones que impone el sistema federal de gobierno al carácter transformador del derecho internacional de los derechos humanos. Por último, sostuvo que, en los casos más recalcitrantes, existe un deber de utilizar la herramienta de intervención federal para desmontar esas estructuras autoritarias. Sin embargo, esa herramienta carecería de eficacia si no se complementa con las herramientas clásicas de la justicia transicional como los juicios a los responsables de las violaciones a los derechos humanos, las comisiones de verdad, purgas a las burocracias y garantías de no repetición. Esta última propuesta, de expandir la utilización de la justicia transicional a

contextos provinciales, se enmarca en una tendencia global de reconceptualización del ámbito y tiempo de aplicación de estas herramientas sin desnaturalizar la intención original de la disciplina de garantizar el Estado de derecho, la protección de los derechos humanos y la estabilidad democrática.

BIBLIOGRAFÍA

- AJA, Eliseo, *El Estado autonómico, federalismo y el hecho diferencial*, 1ª ed., Alianza, 1999, Madrid.
- BEHREND, Jacqueline & WHITEHEAD, Laurence, *Illiberal Practices: Territorial Variance within Large Federal Democracies*, Johns Hopkins University Press, 2016.
- , “The Struggle for Subnational Democracy”, en *27 Journal of Democracy*, vol. 155, 2016.
- BIDART CAMPOS, Germán, *Manual de la Constitución reformada*, Ediar, 1996, Buenos Aires.
- BONNER, Michelle, “‘Never Again’: Transitional Justice and Persistent Police Violence in Argentina”, en *International Journal of Transitional Justice*, vol. 8, pp. 235- 255, 2014.
- BRADLEY, Curtis, “The treaty power and American federalism”, en *Michigan Law Review*, vol. 97, 1998.
- Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) & Human Rights Watch (HRW), *La inseguridad policial: Violencia de las fuerzas de seguridad en la Argentina*, 1998.
- CHIACCHIERA CASTRO, Paulina “La República Argentina ante la Corte IDH: Año 2019”, en *El Derecho*, 2020.
- CLARK, Phil & KAUFMAN, Zachary D., *After Genocide: Transitional Justice, Post-Conflict Reconstruction and Reconciliation in Rwanda and Beyond*, ed. Hurst & Company, 2008.
- COLLINS, Cath, *Post-Transitional Justice: Human Rights Trials in Chile and El Salvador*, Ed. Pennsylvania State University Press, 2010, Pennsylvania.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Garrido y Baigorria v. Argentina”, 27/08/1998.
- , “González y otros (Campos algodonereros) v. México”, 16/11/2009.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Resolución N° 01/90, 17/05/1990, párr. 96 V.

- Consejo de Seguridad ONU, S/2004/616, "Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o ha sufrido conflictos", 23/08/2004.
- DAHL, Ronald, "Federalism and the Democratic Process", en *American Society for Political and Legal Philosophy*, vol. 25, p. 95.
- DULITZKY, Ariel, "Federalismo y derechos humanos. El Caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la República Argentina", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. VI, p. 199, 2006.
- EATON, Kent, "Paradoxes of Police Reform: Federalism, Parties, and Civil Society in Argentina's Public Security Crisis", en *Latin American Research Review*, vol. 43, p. 5, 2008.
- EATON, Kent & PRIETO, Juan, "Subnational Authoritarianism and Democratization in Colombia. Divergent Paths in Cesar and Magdalena", en *Violence in Latin America and the Caribbean. Subnational Structures*, Cambridge University Press, 2017.
- EBOBRAH, Solomon & EBOIBI, Felix, "Federalism and the Challenge of Applying International Human Rights Law Against Child Marriage in Africa", en *Journal of African Law*, vol. 61, p. 333, 2017.
- ELAZAR, Daniel "Contrasting Unitary and Federal Systems", en *International Political Science Review*, vol. 18, p. 237, 1997.
- , "From statism to federalism: a paradigm shift", en *International Political Science Review*, vol. 17, p. 5.
- GARDNER, James, "The theory and practice of contestatory federalism", en *William & Mary Law Review*, Vol. 60, p. 507.
- GERVASONI, Carlos, "A Rentier Theory of Subnational Regimes: Fiscal Federalism, Democracy, and Authoritarianism in the Argentine Provinces", en *World Politics*, vol. 62, p. 302, 2010.
- GIBSON, Edward, *Boundary Control: Subnational Authoritarianism in Federal Democracies*, Cambridge University Press, 2012.
- GIBSON, Edward & KING, Daniel, "Federalism and Subnational Democratization in the United States: The South in the Nineteenth and Twentieth Centuries", en *Illiberal Practices: Territorial Variance within Large Federal Democracies*, Johns Hopkins University Press, 2016.
- GINSBURG, Tom & HUQ Azis, *How to Save a Constitutional Democracy*, University of Chicago Press, 2019.
- GIRAUDY, Agustina, "The Politics of Subnational Undemocratic Regime Reproduction in Argentina and Mexico", en *Journal of Politics in Latin America*, vol. 2, p. 53, 2010.

- GLANC, Laura, "Caught between Soldiers and Police Officers: Police Violence in Contemporary Argentina", en *Policing and Society*, vol. 24, p. 479, 2014.
- GONZALEZ & SALZBERG, Damian, "Do States comply with the compulsory judgments of the Inter-American Court of Human Rights? An empirical study of the compliance with 330 measures of reparation", en *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, vol. 13, 2014.
- JONES MERRIT, Debrah, "The guarantee clause and state autonomy: Federalism for a third century", en *Columbia Law Review*, Vol. 88, N° 1, pp. 1-78, 1988.
- KERSTEN, Mark, "Justice in Conflict, Transitional Justice: paradigm shift or hot air?", URL <https://justiceinconflict.org/2011/07/19/transitional-justice-paradigm-shift-or-hot-air/> 28/10/2023
- LUCIANI, Giacomo, "Allocation vs Production States: A Theoretical Framework", en HAZEM & GIACOMO, Croom Helm, *The Rentier State*, 1987.
- MADISON, James, HAMILTON, Alexander & JAY, John, *El Federalista*, FCE, 2014, México.
- MÉNDEZ, Juan, "Accountability for Past Abuses", en *Human Rights Quarterly*, vol. 19, 1997, p. 255.
- MÉNDEZ MONTENEGRO, Patricio Daniel & VITALINI, Emiliano Martín, "Haz lo que yo digo pero no lo que yo hago: La Corte Suprema como contralor del republicanismo provincial", en *Jurisprudencia Argentina*, Fascículo III, 2021.
- MILL, John Stuart, *Considerations on representative government*, Alianza, 2019.
- MONTERO, Alfred, *Uneven Democracy? Subnational Authoritarianism in Democratic Brazil*, Paper delivered at Latin American Studies Association Annual Meeting, Montreal, Quebec, Canada 2007.
- MURPHY, Colleen, *The Conceptual Foundations of Transitional Justice*, Cambridge University Press, 2017.
- NINO, Carlos, *Radical Evil on Trial*, Yale University Press, 1996.
- , "Response: The Duty to Punish Past Abuses of Human Rights into Context: The Case of Argentina", en *Transitional Justice: How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes*, Kritz, Vol. I, 1995.
- OBEL HANSEL, Thomas, "The Time and Space of Transitional Justice" in LAWYER, Cheryl, MOFFETT, Luke & JACOBS, Dov, *Research Handbook on Transitional Justice*, Edward Elgar Publishing, 2017, Cheltenham - Northampton.

- O'DONNELL, Guillermo, *Democracia, agencia y Estado*, 1ª ed., Prometeo, 2010, Buenos Aires.
- , "On the State, Democratization and Some Conceptual Problems: A Latin American View with Glances at Some Postcommunist Countries", *World Development*, vol. 21, 1993, p. 1355.
- OPESKIN & ROTHWELL, "The Impact of Treaties on Australian Federalism", en *Case Western Reserve*, vol. 27, p. 61.
- PASQUINO, Gianfranco, "Orden político y democratización", en *Revista SAAP*, Vol. 5, N° 2, pp. 423 - 435.
- QUINN, Johanna, "Wither the 'Transition' of Transitional Justice", en *Interdisciplinary Journal of Human Rights Law*, vol. 63, 2015.
- RAWLS, John, *Teoría de la Justicia*, 2ª ed., Fondo de Cultura Económica, 1995.
- RIVERA CASTRO, "Circumstances of justice", en *The Cambridge Rawls lexicon*, Cambridge University Press, 2014.
- RODRÍGUEZ GARAVITO, Carlos & RODRÍGUEZ FRANCO, Adriana, Juicio a la exclusión: El Impacto de los tribunales sobre los Derechos Sociales en el Sur Global, Siglo XXI, 2015, Buenos Aires.
- RUBIN, Edward & FEELEY, Malcolm, *Federalism: Political Identity & Tragic Compromise*, University of Michigan University Press, 2008.
- SIKKINK, Kathrinn & KIM, Hunjoon, "The Justice Cascade: The Origins and Effectiveness of Prosecutions of Human Rights Violations", en *Annual Review of Law and Social Science*, vol. 9, 2013, p. 269.
- SMULOVITZ, Catalina, "Legal inequality and federalism: Domestic violence laws in the Argentine provinces", en *Latin American Politics and Society*, vol. 57, N° 3, 2015.
- SOSA WAGNER, "Repaso al federalismo alemán", en *Revista de Administración Pública*, vol. 214, pp. 43-56.
- SPIRO, Peter, "The States and International Human Rights", en *Forham Law Review*, vol. 66, 1997.
- STEPAN, Alfred, "Electorally Generated veto Players in Unitary and Federal Systems", en *Federalism and Democracy in Latin America*, John Hopkins University Press, 2004.
- , "Federalismo y Democracia", en *Journal of Democracy*, vol. 10, N° 4, 1999, pp. 19-34.
- STARKE, Joseph, *Introduction to International Law*, Butterworth, 1963.
- STROM, Torsten & FINKLE, Peter, "Treaty Implementation: The Canadian Game Needs Australian Rules", en *University of Ottawa*, vol. 25, 1993.

- SWAINE, Edward, “Does Federalism Constrain the Treaty Power?”, en *Columbia Law Review*, vol. 103, 2003, p. 403.
- TBILISI, George, *Veto Players: How Political Institutions Work*, Princeton University Press, 2002.
- TUS NET, Mark, “Federalism and International Human Rights in the New Constitutional Order”, en *SCORN Electronic Journal*, 2001.
- UNHCR, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, General comment N° 31, The nature of the general legal obligation imposed on States Parties to the Covenant, 26/05/2004.
- , A/HRC/21/46, “Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia y reparación”, Pablo de Greiff, 2012.
- , A/HRC/24/42, “Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia y reparación”, Pablo de Greiff”, 2013.
- , A/HRC/27/56, “Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia y reparación”, Pablo de Greiff, 2014.
- , A/67/368, “Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia y reparación”, Pablo de Greiff”, 2012.
- , A/70/438, “Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia y reparación”, Pablo de Greiff, 2015.
- , CCPR/C/50/D/488/1992, *Toonen v. Australia*, Communication N° 488/1992, 1994.
- WATTS, Ronald, “Federalism, Federal Political Systems, and Federations”, en *Annual Review of Political Science*, vol. 1, 1008, p. 117.
- WYTENBACH, Judith, “Systemic and Structural Factors Relating to Quality and Equality of Human Rights Implementation in Federal States”, en *International Human Rights Law Review*, vol. 7, 2018, p. 43.
- ZALAUQUETT, José, “Balancing Ethical Imperatives and Political Constraints: The Dilemma of New Democracies Confronting Past Human Rights Violations”, en *Transitional Justice: How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes*, Vol. I: General Considerations, United States Institute of Peace Press, 1995.



NO ES LA PALABRA FINAL*

LEONARDO GABRIEL FILIPPINI**

El "Documento final de la Junta Militar sobre la guerra contra la subversión y el terrorismo" –el Documento Delta en la jerga de su preparación¹– fue un intento de respuesta de la dictadura a la cuestión de las personas desaparecidas. Luego de meses de elaboración, fue presentado el jueves 28 de abril de 1983 a través de la televisión abierta donde fue leído mientras se proyectaban distintas imágenes y con una amplia cobertura y transcripciones completas en la prensa gráfica los días siguientes.²

Diego Galante describe que el documento se basó sobre "una serie de construcciones de sentido que las Fuerzas Armadas habían ido esbozando en los años previos": La afirmación de que se había tratado de una guerra sucia; que los errores habían sido una contingencia inevitable y que la responsabilidad principal era del terrorismo, ante el cual las Fuerzas Armadas fueron llamadas a responder para defender a la nación.³

En los días previos a la presentación del documento final, Raúl Alfonsín había hecho pública su denuncia de lo que denominó pacto militar-sindical. El sábado 30 del mismo mes, el diario *La Nación* anunciaba que antes de octubre de ese año sería sancionada una ley de amnistía, de lo que también daba cuenta el mismo día *Clarín*.

En ese contexto, el 2 de mayo de 1983 Alfonsín hizo circular un texto, titulado "Derechos Humanos. Desaparecidos. No es la palabra final"

* Recepción del original: 29/6/2023. Aceptación: 29/6/2023.

** Abogado UBA. Profesor de Derecho UBA. Dedicatoria: Agradecemos el tiempo y la ayuda generosa de Emilio Crenzel, Diego Galante, Ana Milwebsky, Leandro Giacobone y, muy especialmente, de Martín D. Farrell.

1. FRANCO, "El 'Documento Final' y las demandas en torno a los desaparecidos ...", p. 251.

2. "Cadena nacional: Documento final de la Junta Militar", en Prisma, URL <https://www.archivorta.com.ar/asset/cadena-nacional-documento-final-de-la-junta-militar/> consultado 16/10/2023

3. GALANTE, "El Juicio a las Juntas: Discursos entre política y justicia en la transición argentina", p. 28.

en reacción con el documento de la junta, junto a otro, de diseño similar: “Contra los pactos a espaldas del pueblo. Afianzar la democracia”. Este último reproducía su conferencia de prensa del 25 de abril en torno al pacto mencionado. El 22 de septiembre de 1983, finalmente, se sancionaría la autoamnistía denominada Ley de Pacificación Nacional.

El profesor Martín Farrell compartió un tiempo atrás algunos detalles de la producción de aquel primer contradocumento de Alfonsín al balance de la Junta:

... en el momento mismo que apareció el documento [final] nos llamé a Jaime [Malamud Goti], Genaro [Carrió], Carlos Nino y a mí, y nos dijo que de ninguna manera iba a aceptar esto. [Esto fue] entre un jueves y un viernes, Genaro Carrió se iba el sábado a España y terminamos de redactar el documento [...]. en el estudio de Alfonsín y Germán López, que estaba en la Av. de Mayo, un sábado al mediodía.⁴

El documento no tenía título. Germán López se ocupó de distribuirlo y fue él, según Farrell, quien sugirió el que finalmente tuvo.

“No es la palabra final” circuló como documento suelto y como texto correspondiente a una “conferencia de prensa”. En su tiempo, fue publicado en el periódico *Combatir*.⁵ Más adelante en 1983 fue reproducido también en *Historia del radicalismo*, una colección de fascículos sobre el partido con la dirección editorial de Mario Monteverde.⁶

Carlos Nino, en *Juicio al mal absoluto* lo menciona con un título diferente: “Esta no es la última palabra” y Pablo Gerchunoff lo incluye en *El planisferio invertido*, aunque sin otra referencia que la fecha y el título.⁷

Gracias a la colaboración de Leandro Giacobone, de la Biblioteca y Archivo Histórico de la UCR, podemos ofrecer copias del documento original: el suelto fechado el 2 de mayo de 1983 y reproducido en *Combatir*, de modo

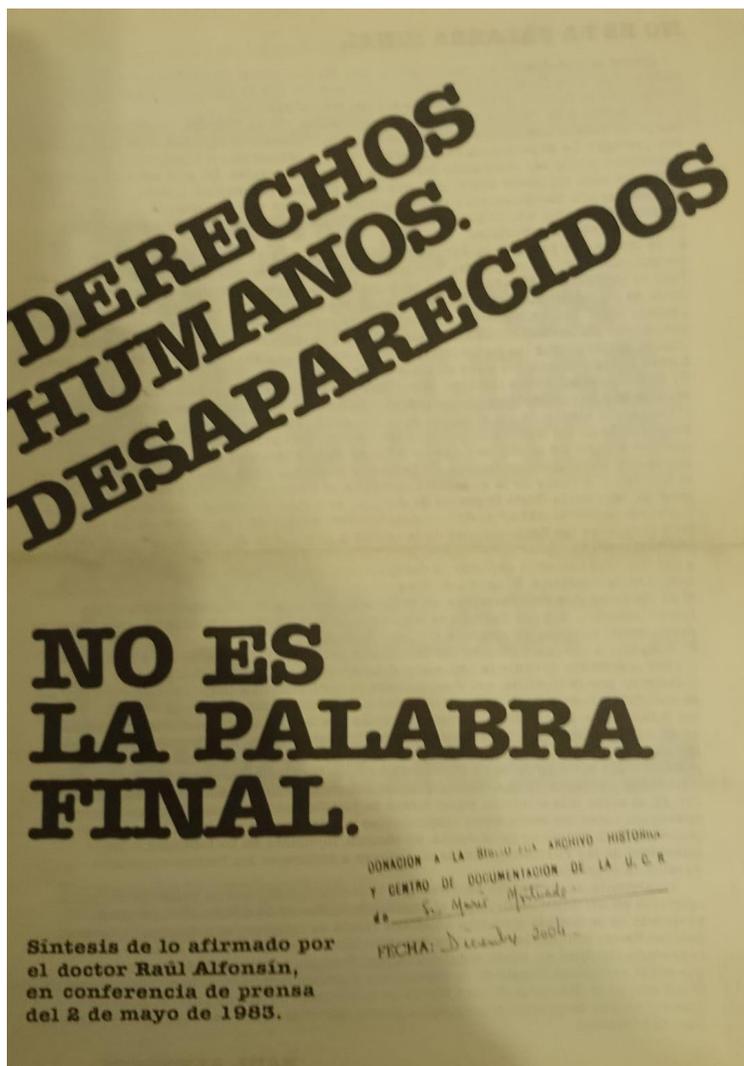
4. YouTube, “Juicios a las Juntas Militares: estrategias y diseño desde la filosofía moral”, en DerechoUBA, URL <https://www.youtube.com/watch?v=gtx9PaaVQ8>, consultado 16/10/2023.

5. ALFONSÍN, “El documento de las FF.AA. sobre desaparecidos: No es la palabra final...”, p. 34.

6. MACCHI, “Historia del radicalismo: su acción, sus hombres, sus ideas”, pp. 788/9.

7. NINO, “Juicio al mal absoluto”, p. 130.

de facilitar su acceso y compartir uno de los documentos de mayor interés en las discusiones de los meses previos a la recuperación de la democracia.



NO ES LA PALABRA FINAL

Frete al documento emitido por la Junta Militar con el propósito declarado de decir su "palabra final" sobre los problemas creados por la represión al terrorismo subversivo, es necesario formular las siguientes reflexiones:

- 1) Los métodos de represión típicamente utilizados por la Fuerzas Armadas fuera del campo de batalla constituyeron precisamente la violación de aquellos derechos que se dijo proteger. La experiencia extranjera en países democráticos comprueba que el terrorismo puede ser combatido dentro de los límites legales. En este terreno, como en cualquier otro, no puede sostenerse que el fin justifica los medios, puesto que hay medios que son absolutamente incompatibles con el fin que se pretende obtener. El propio gobierno ha admitido implícitamente haber empleado los mismos métodos utilizados por los terroristas.
- 2) Se invoca por parte de la Junta Militar la existencia de mecanismos constitucionales que suspenden transitoriamente los derechos y garantías individuales. Pero es obvio que el estado de sitio no suspende el derecho a la vida o a la integridad física de los habitantes, ni el de ser juzgado por sus jueces naturales con el debido proceso legal. El documento de la Junta omite señalar que las Fuerzas Armadas no sólo excedieron los límites constitucionales durante la represión sino que derrocaron al mismo gobierno que las había convocado a combatir la subversión. Apelan, así, a una fuente de legitimidad que ellas mismas destruyeron.
- 3) El documento invoca también al pretendido consenso de la población. En este sentido hay que señalar que la opinión pública estuvo sistemáticamente privada de información acerca de los alcances de la actividad represiva y sujeta a una intensa propaganda de los medios de información controlados por el Estado. Prueba de ello es que aún hoy no ha podido ser dado a conocer en la Argentina el informe presentado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la O.E.A. que visitó el país en el año 1979. A pesar de la antedicha campaña, el consenso invocado estuvo lejos de ser general. Incluso la Corte Suprema de Justicia se dirigió en más de una oportunidad al gobierno nacional exhortándolo a mantenerse dentro de los límites de la ley, y son bien conocidas las declaraciones de la Iglesia y de otras instituciones representativas en igual sentido.
- 4) El informe pretende explicar la desaparición de miles de personas a través de un conjunto de hipótesis. Ninguna de ellas comprende, sin embargo, el caso más corriente: el de los detenidos desaparecidos, es decir, aquellas personas —incluso niños— que fueron secuestradas por fuerzas de seguridad en sus domicilios y de las cuales nunca se proporcionó noticias, ni siquiera al Poder Judicial.
- 5) Respecto a las conclusiones del documento cabe señalar lo siguiente: a) Los actos ilícitos cometidos durante la represión deberán ser juzgados por la Justicia y no solamente por la historia; esa Justicia será la civil, común a todos los argentinos, y no se admitirán fueros personales contrarios a la Constitución. b) Será la Justicia, y no los interesados, la que decidirá qué conductas pueden considerarse razonablemente actos de servicio. Según principios jurídicos básicos, es inadmisibles que delitos contra la vida o la integridad física de ciudadanos que no opongan resistencia, puedan ser considerados actos propios de la actividad de las Fuerzas Armadas. c) Será la Justicia, y no los interesados, la que decida quiénes tienen derecho a invocar la obediencia debida, el error o la coacción como forma de justificación o excusa. Ello esclarecerá la diferencia entre los verdaderos responsables y quienes sólo se vieron obligados a obedecer. El documento de la Junta, en cambio, involucra en su totalidad a los miembros de las Fuerzas Armadas al negarse a esclarecer los hechos cometidos durante la represión.

Finalmente, es necesario declarar que la reconciliación que se pretende no puede apoyarse en un documento como el analizado, donde no se advierte un genuino propósito de enmienda sino una amenaza velada de reiterar las actitudes del pasado, desatendiendo incluso los recientes requerimientos del Episcopado. Nada de lo aquí expresado significa en modo alguno una justificación o tolerancia del terrorismo, al que como verdadero flagelo de la democracia siempre hemos repudiado enérgicamente. Si constituye la denuncia de otra forma de terrorismo: la que se vale del aparato coactivo estatal despreciando principios que fundamentan el estado de derecho y hacen a la dignidad humana.

RAUL ALFONSIN

Buenos Aires, 2 de Mayo de 1983

BIBLIOGRAFÍA

ALFONSÍN, Raúl, "El documento de las FF.AA. sobre desaparecidos: No es la palabra final. Conferencia de prensa del Dr. Raúl Alfonsín", en Periódico *Combatir* 1983 Año 1, N° 1, 06/1983, p. 3.

FRANCO, Marina, "El 'Documento Final' y las demandas en torno a los desaparecidos en la última etapa de la dictadura militar argentina" en *Antiteses*, Vol. 11, N° 21, agosto 2018, DOI 10.5433/1984-3356.2018v11n21p244, pp. 244-266.

GALANTE, Diego, "El Juicio a las Juntas: Discursos entre política y justicia en la transición argentina", Universidad Nacional de General Sarmiento, Universidad Nacional de La Plata, Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación, Universidad Nacional de Misiones 2019, Los Polvorines.

MACCHI, Rubén R., "Historia del radicalismo: su acción, sus hombres, sus ideas" tomo III, GAM, 1982, Buenos Aires.

NINO, Carlos, "Juicio al mal absoluto", Siglo veintiuno, 2015, Buenos Aires.

Prisma, "Cadena nacional: Documento final de la Junta Militar", URL <https://www.archivorta.com.ar/asset/cadena-nacional-documento-final-de-la-junta-militar/> consultado 17/09/2023.

YouTube, "Juicios a las Juntas Militares: estrategias y diseño desde la filosofía moral", DerechoUBA, URL <https://www.youtube.com/watch?v=gtx9PaaVQ8> consultado el 17/09/2023.



IS MEMORY THE FIFTH PILLAR OF TRANSITIONAL JUSTICE? (LATIN) AMERICAN PERSPECTIVES AND THE ARGENTINIAN CASE*

FELIX SAMOILOVICH**

Abstract: A traditional approach to Transitional Justice (TJ) recognizes four constitutive elements: truth, justice, reparation, and guarantees of non-recurrence. However, the UN Special Rapporteur for this matter proposed in 2020 to add a fifth pillar: memory. This paper aims to recognize if, in the (Latin)American context and, particularly considering the Argentinian experience, Memory can be subsumed in a preexistent element or must be recognized as an independent constitutive pillar.

Firstly, this paper recalls the conceptualization of the four original constitutive elements. A summarized revision of each of them would be necessary to understand whether memory can be considered within one of the four recognized components. Secondly, it identifies what makes an element considered an element. Although it seems to be a play on words, it is critical to understand which criteria are used to determine what constitutes a constitutive component. Third, since state practice and a normative approach are the identified criteria, this paper analyzes the memorialization processes both in practice and legally in Argentina as a case study. Additionally, it identifies the InterAmerican Court of Human Rights case law regarding memory.

Finally, I conclude by analyzing if under the recognized criteria, focusing on the (Latin)American and Argentinian cases, it could be affirmed that memory is an independent component and, thus, it can be recognized as the fifth pillar of TJ.

Keywords: memory — memorialization processes — transitional justice — international law.

* Recepción del original: 15/6/2023. Aceptación: 10/07/2023.

** Estudiante.

Resumen: Un enfoque tradicional de la justicia transicional (JT) reconoce cuatro elementos constitutivos: verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición. Sin embargo, el Relator Especial de la ONU para esta materia propuso en 2020 agregar un quinto pilar: la memoria. Este trabajo se propone reconocer si, en el contexto (latino) americano y, particularmente considerando la experiencia argentina, la memoria puede subsumirse en un elemento preexistente o debe ser reconocida como un pilar constitutivo independiente.

En primer lugar, este trabajo recuerda la conceptualización de los cuatro elementos constitutivos originales. Sería necesaria una revisión resumida de cada uno de ellos para comprender si la memoria puede considerarse dentro de uno de los cuatro componentes reconocidos. En segundo lugar, se identifica qué hace que un elemento sea considerado como tal. Aunque parezca un juego de palabras, es fundamental comprender qué criterios se utilizan para determinar qué constituye un componente constitutivo. En tercer lugar, dado que la práctica estatal y un enfoque normativo son los criterios identificados, este documento analiza los procesos de memorialización tanto en la práctica como jurídicamente en la Argentina. Adicionalmente, se identifica la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de memoria.

Finalmente, concluyo analizando si bajo los criterios reconocidos, centrándome en los casos (latino)americanos y argentinos, se podría afirmar que la memoria es un componente independiente y, por lo tanto, puede ser reconocido como el quinto pilar de la TJ.

Palabras clave: memoria – procesos de memorialización – justicia transicional – derecho internacional.

I. INTRODUCTION

Over the past 50 years, states worldwide, including those in Latin America, have overthrown military dictatorships and totalitarian regimes, in favor of democratic and free societies.¹

The International Center for Transitional Justice (ICTJ) defines Transitional Justice (TJ) as the way ‘societies respond to the legacies of massive and serious human rights violations’ by those regimes.²

1. TEITEL, *Transitional Justice*, p. 3.

2. International Center for Transitional Justice (ICTJ), ‘What is Transitional Justice?’.

The UN Secretary-General affirmed that the notion of TJ comprises the processes to deal with past abuses of International Human Rights Law (IHRL). Strategies to achieve such an objective must be holistic, incorporating integrated attention to individual criminal prosecutions, reparations, truth-seeking, institutional reform, vetting, dismissals, or a combination of them.³

A different approach was proposed by Ruti Teitel, who describes TJ as a distinctive conception of law and justice in the context of political transformation intending to address past systematic violations of IHRL. TJ may adopt different legal and non-legal responses to IHRL violations which means that the concept itself rejects the idea of a universal or ideal norm that should be applied to liberal democracies everywhere.⁴ She stated that a genealogical perspective situates TJ in a political context, moving away from essentializing approaches and thereby illuminating the dynamic relationship between TJ and politics over time. Thus, under her conception, the Rule-of-Law in TJ is a mere product of political change.⁵

In 2011, the Human Rights Council created the UN Special Rapporteur on the promotion of truth, justice, reparation, and guarantees of non-recurrence.⁶ The four strategies mentioned by the UN Secretary-General in 2004 were translated into a new UN vocabulary: truth, justice, reparation and guarantees of non-recurrence. The first Special Rapporteur was Pablo de Greiff, who had a normative approach. He stated in his first report that the above-mentioned strategies were the four constitutive elements of TJ.⁷ Regarding Memory, he said in 2012 that:

(...) although (the four elements) is not a closed list—for instance, memorialization is an important element of most transitions and a natural complement to truth-seeking—the point now is to show that these are not elements of a random list. Rather, they are parts of a whole.⁸

3. United Nations Security Council, S/2004/616, pars. 8 and 26.

4. TEITEL, *Transitional Justice*, p. 4.

5. TEITEL, 'Transitional Justice Genealogy', p. 94.

6. United Nations General Assembly, A/HRC/RES/18/7.

7. United Nations General Assembly, A/HRC/21/46.

8. DE GREIFF, 'Theorizing Transitional Justice', p. 34.

Memory studies, at that point, had not crossed paths with studies of transitional justice.⁹

Memory was not seen as a constitutive element. Until 2020, when Fabian Salvioli assumed the role of the second UN Special Rapporteur on the promotion of truth, justice, reparation, and guarantees of non-repetition, Memory was not recognized as a constitutive component. He made a Report named 'Memorialization processes in the context of serious violations of human rights and international humanitarian law: The fifth pillar of transitional justice' where he systematically analyzed memorialization processes and proposed that Memory should be identified as the fifth element.¹⁰

This paper will, firstly, summarize the conceptualization of the four original constitutive elements. Secondly, it will introduce the discussion on the approaches taken to determine which the constitutive elements are. Once those approaches are determined, it will analyze if, under the Inter-American Human Rights System and, in the Argentinian case in particular, Memory constitutes an independent element of TJ.

II. TRANSITIONAL JUSTICE AS EARTH, WATER, AIR, AND FIRE

II.A. Truth

Although there are no treaties that recognized the right to truth *per se*, some authors affirm that it is a binding human right obligation for states in accordance with Customary International Law (CIL)¹¹ and/or General Principles of Law (GPL).¹² The right to truth is also ruled in several soft law UN resolutions.¹³

The right to truth is not only a legal norm but also a narrative device, standing at the threshold between them. Truth is relevant in the context of TJ since societies must know what gross violations of IHRL were committed by their State. The desire for truth may even be used to justify the

9. BARAHONA DE BRITO, *Transitional Justice and Memory: Exploring Perspectives*, p. 359.

10. United Nations General Assembly, A/HRC/45/45.

11. United Nations Economic and Social Council, E/CN.4/Sub.2/1995/20, pars 39-40.

12. MÉNDEZ, *The Right to Truth*, p. 264-268.

13. United Nations Human Rights Commission, E/CN.4/RES/2005/66.

non-prosecution of certain alleged offenders in "amnesty-for-truth".¹⁴ In South Africa in the 1980s, those who had violated human rights were allowed to exchange the truth for their amnesty. Although this process was criticized, it is necessary to extract the idea that knowing what happened is a fundamental step to repair the damage caused.

One effective approach for uncovering the legal truth is through Truth Commissions. These commissions are official and temporary bodies established to investigate a pattern of violations over a period that usually concludes with a final report and some recommendations for institutional reforms. Until 2006, 30 States had created Truth Commissions.¹⁵ Currently, over 40 Truth Commissions have been established.¹⁶

II.B. Justice

The individual criminal liability of those who had committed gross violations to IHRL is currently a fact, but this not always been the case. Before the 1980s, there was no individual criminal liability for governmental officials,¹⁷ with some exceptions as in the Nuremberg or the Tokyo Trials.

The UN Secretary-General said in 2006 that Justice 'implies regard for the rights of the accused, for the interests of victims and for the well-being of society at large'.¹⁸ Principle 19 of the Set of principles for the protection and promotion of human rights through action to combat impunity, approved by the Commission on Human Rights, rules that states must prosecute, try and convict the perpetrators of violations of IHL and IHRL.¹⁹

Despite the current recognition of this individual responsibility, it is necessary to emphasize that Justice in terms of TJ is focused on restorative justice:

While punitive justice sees the State as the victim, retributive justice sees the individual and the community in which he or she lives as

14. NAQVI, *The right to the truth in international law: fact or fiction*, p. 246 and 273.

15. HAYNER, *Truth commissions: a schematic overview*, p. 295 and 296.

16. GONZALEZ, 'Set to fail? Assessing tendencies in truth commissions created after violent conflict', p.7.

17. SIKKINK & BOOTH WALLING, 'The Impact of Human Rights Trials in Latin America', p. 427-445.

18. United Nations Security Council, S/2004/616, par. 8.

19. United Nations Economic and Social Council, E/CN.4/2005/102/Add.1, principle 19.

the one who has suffered the harm. This idea of retributive justice seems to be better suited to the concept of transitional justice since it would achieve a double objective: compensating the victim and social coexistence.²⁰

Both modes of justice, retributive and restorative, have been applied in the processes of TJ, and there is no single formula for success. Experiences have shown that each approach can have positive and negative effects, and they are not mutually exclusive. They can be complementary, depending on the specific context.²¹

Context and Truth should not exclude the establishment of Trials. There is a false dichotomy between Truth and Justice. Those experiences that combined truth and justice obtained the best results in the satisfaction of human rights. Going through judicial processes does not weaken the new political order. Quantitative studies have demonstrated conflict leads to human rights violations, but human rights trials have not led to more conflict.²²

II.C. Reparation

The concept of 'Reparations' is used in two different concepts related to TJ. The first and best known is linked to judicial processes and has the objective of redressing the harm that victims may have suffered as a consequence of grave violations of IHRL. This context is mainly related to International Law and focuses on individual reparations. It can take various forms such as Restitution (reestablishing the victim's status *quo ante*), Compensation (quantification of harm beyond the economic loss), Rehabilitation (social, medical, and psychological care, as well as legal services), or Satisfaction (a broad category that includes, for example, the recognition of IHRL violations by a State).²³

20. GARFUNKEL, 'Verdad y justicia: ¿términos incompatibles en la justicia transicional?', p. 433.

21. UMPRIMNY & SAFFON, 'Justicia Transicional y Justicia restaurativa: tensiones y complementariedades'.

22. GARFUNKEL, 'Verdad y justicia: ¿términos incompatibles en la justicia transicional?', p. 440.

23. DE GREIFF, 'Justice and Reparations', p. 452.

The UN General Assembly approved, in this regard, the Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law. It provides possible juridical measures to implement at a national level.²⁴

The second context in which the term is used is in reparation programs. Here 'reparations' refers to a political project focused on the domestic level and collective responses. Programs of reparations aim to offer advantages directly to those who have suffered from specific types of crimes, without considering truth-telling, criminal justice, or institutional reform as integral components of reparations. Reparations programs can pursue material or symbolic reparations. Material reparations may assume the form of compensation and symbolic reparations may include, for instance, official apologies, the change of names of public spaces, the establishment of days of commemoration, and the creation of museums and parks dedicated to the memory of victims, among others.²⁵

Although theoretically it seems the right thing to do, implementing reparations during times of transition poses significant obstacles. For example, social acceptance. Reparations are seen from an individual perspective rather than a collective one. Thus, Victims are often at the forefront of claiming reparations. However, reparation programs aim to raise awareness and increase sensitivity in the whole society, even if they are focused on victims. This requires a more inclusive process with broad objectives, which in many societies takes time.²⁶

II.D. Guarantees of non-recurrence

The right to victim's reparation is not only focused on the past but also on the future. As a component of TJ, guarantees of non-recurrence (GNR) mean that actions, policies, institutions, and other available measures are implemented to prevent massive human rights violations from taking place again. These guarantees have a preventive nature and, thus, issues such as trust, or confidence-building are key factors to avoid future violence.²⁷

24. United Nations General Assembly, A/RES/60/147.

25. DE GREIFF, 'Justice and Reparations', p. 453.

26. MOFFETT, 'Transitional justice and reparations: Remediating the past?', p. 400.

27. SARKIN, 'Towards a Greater Understanding of Guarantees...', pp. 202-203.

In the general framework of IHRL reparations and GNR are phrased together. The principle of non-recurrence was typically invoked for verbal agreements, public apologies, and promises to avoid future violations. However, in the context of TJ, the scope of violations expands to include mass human rights violations committed by state agents against their citizens, using state institutions and laws.²⁸ Thus, GNR must involve institutional changes and not only isolated measures.

The subject to whom the GNR are directed is society at large, not limiting it to the direct or indirect victims. One of its underlying objectives is to identify and counter the causes of violence or rights violations. Such guarantees are applied in three spheres: institutional, civilian and cultural. At the institutional level, measures include boosting the reunification of separated families, the ratification of international treaties and complying with IHRL standards and making institutional reforms to ensure the independence of the judiciary, among others. In the civilian spheres, the guarantees of non-recurrence comprise preventing any persecution or attacks on civil society representatives and eliminating excessive burdens or disproportional heavy bureaucratic procedures that limit civil society participation. Culturally, educational reforms, cultural interventions, memorialization, or archives of the crimes, are considered part of the non-recurrence policies.²⁹

III. BEYOND THE FOUR CONSTITUTIVE ELEMENTS

III.A. What means 'Memory' in transitional justice?

Memory, as Memorialization, is the process of creating public memorials, which are the physical representations or commemorative activities placed in public spaces concerning past events. They are created to provoke specific reactions, such as recognizing a past event, personal reflection, or learning, and being curious about historical periods.³⁰ These memorials can be focused on specific events regardless of the period of occurrence or

28. DAVIDOVIC, 'The Law of 'Never Again': Transitional...', p. 406.

29. United Nations General Assembly, A/HRC/30/42, pars. 26 and 103-121.

30. BRETT, BICKFORD, SEVCENKO & others, *Memorialization and Democracy: State Policy and...*, p. 1.

in the persons involved (soldiers, combatants, victims, political leaders, or activists, for example).³¹

Memorialization can take different forms: authentic sites (where the gross Human Rights violations occurred); symbolic sites (such as monuments carrying the names of victims or renaming); and activities (such as public apologies or temporary exhibits). Additionally, several cultural works such as films, documentaries, or literature are helpful to establish memorialization processes. Thus, Memorials comprise many ways to remember the wrongs of the past. Not every way is useful for every transition, since they must be suitable for the wishes or culture of the communities concerned.³²

Elizabeth Jelin asks some questions about the memorialization processes to which further attention must be paid: What is to be remembered? Does this refer to remembering political violence, state repression, and human suffering? Or are the social and political conditions that allowed the violent conflict to emerge part of what we must remember?³³

III.B. Which is the role of Memorialization processes?

Memory, as a State fostering the remembrance of gross violations of human rights within its territory, was undeniably part of TJ since its beginnings. The First UN Special Rapporteur on the promotion of truth, justice, reparation, and guarantees of non-recurrence, affirmed that Truth Commissions contribute to the creation of a culture of memorialization and remembrance.³⁴ He also said, regarding reparations, that states should take collective symbolic measures such as renaming public spaces or building museums and memorials. He particularly points out that they have a significant impact since they make memory of the victims a public matter and can provide recognition to victims not only as victims but also as rights holders.³⁵ Additionally, referring to GNR, he recommended education or cultural interventions, including memorialization and museums.³⁶

31. BICKFORD, *MemoryWorks/Memory Works*, p. 494.

32. United Nations General Assembly, A/HRC/25/49, pars. 6-7.

33. JELIN, 'Memory and Democracy: Toward a Transformative Relationship', p. 174.

34. United Nations General Assembly, A/HRC/24/42, par. 83.

35. United Nations General Assembly, A/69/518, par. 33.

36. United Nations General Assembly, A/72/523, pars. 75-80.

Scholars agree that Memorialization processes highly contribute to transitional periods. However, they disagree on considering it as distinct—or not—from the truth, justice, reparation, and guarantees of non-recurrence.

The four elements were chosen by an integral analysis of the practice of states dealing with human rights violations. The measures taken were mainly: criminal prosecutions, truth-telling Commissions, reparations, and different forms of institutional reforms. Each element (truth, justice, reparation, and guarantees of non-recurrence) is not limited to such specific measures, constituting a gender-species relationship. The elements of TJ share two 'mediate' goals (giving recognition to victims and promoting civic trust); and two 'final' goals (promoting reconciliation and strengthening democracy). All these aims prove that TJ is a 'holistic' concept.³⁷

Fabian Salvioli argues that TJ requires the identification of Memory as its fifth pillar:

Without the memory of the past, there can be no right to truth, justice, reparation, or guarantees of non-recurrence. For this reason, memory processes in connection with serious violations of human rights and international humanitarian law constitute the fifth pillar of TJ. It is both a stand-alone and a cross-cutting pillar, as it contributes to the implementation of the other four pillars and is a vital tool for enabling societies to emerge from the cycle of hatred and conflict and begin taking definite steps toward building a culture of peace.³⁸

He held that the obligation to safeguard human rights through memory processes is particularly important in societies that have experienced gross violations of human rights. This obligation arises from primary (treaties and CIL) and secondary (principles and guidelines, soft-law) sources of international human rights law and is an essential aspect of full reparation, including satisfaction and guarantees of non-recurrence. Memory processes in TJ should take a human rights approach and aim to establish a dialogic truth, creating conditions for critical debate about past crimes and

37. DE GREIFF, 'Theorizing Transitional Justice', pp. 33-34.

38. United Nations General Assembly, A/HRC/45/45, par. 21.

responsibility. Multiple narratives and interpretations of past violence can coexist. It seems that Fabian Salvioli, as his predecessor, has a normative approach also based on practical experience. In his analysis, he identified three situations: memorialization in times of conflict, memorialization in post-conflict situations, and weaponization of memory in connection with the politicization of social networks.³⁹

This paper will look at one study case of memorialization in post-conflict situations: Argentina. To do so, it will analyze, since a normative approach was recognized, the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights (IACtHR) regarding memorialization. Thus, with a practical and theoretical analysis it will be able to answer whether, in that state, the memorialization processes are a *stand-alone and a cross-cutting pillar*.

III.C. Inter-American System of Human Rights (IASHR)

III.C.1. Inter-American Court of Human Rights

In the case law of the Inter-American Court of Human Rights (hereinafter, IACtHR), symbolic reparations were ordered in several cases. In the Court's words, symbolic reparations are a tool to:

... recall the events that resulted in human rights violations, keep alive the memory of the victims and to raise public awareness in an event and avoid such serious incidents occurring in the future.⁴⁰

In a systematic analysis, the terms 'monumento,' 'simbólico,' 'memorial,' 'placa conmemorativa' and 'perdonar/perdón/pedido de perdón,' ('monument,' 'symbolic,' 'memorial,' 'commemorative plaque' and 'forgive/forgive/request for forgiveness,' respectively) were used in 149 over 369 judgments delivered by the IACtHR from 1987 to 2019.⁴¹ This Court referred to the different ways of preserving memory as reparations or guarantees of non-recurrence.

39. United Nations General Assembly, A/HRC/45/45, pars. 17, 31, 36 and 38.

40. I/A Court H.R., 'Case of Rochac Hernández et al. v. El...', par. 235.

41. GREELEY, FALCIONI, REYES & others, *Repairing Symbolic Reparations: Assessing the...*, p. footnote 8.

If the measure was agreed upon with the victims and the state, the IACtHR tends to refer to them as reparations. The Court has recognized agreements regarding several measures: to erect a memorial monument,⁴² to install a bust,⁴³ to name streets, parks, and schools,⁴⁴ to create a museum,⁴⁵ to install a plaque, create a TV program, a diploma course, and a scholarship,⁴⁶ and, also, to make documentaries about what happened and to build a National Remembrance Park.⁴⁷

If the measure was acknowledged by the state, the IACtHR has referred to them both as reparations and GNR. While in the case "Trujillo Oroza", the Court refers to the creation of an educational center as a reparation,⁴⁸ in the case "Moiwana Community" it refers to the establishment of a memorial as a GNR.⁴⁹

If the measure was requested by the petitioners, the Court tends to refer to them as Guarantees of non-reparation. The Court ordered States to erect a monument,⁵⁰ name well-known streets or squares,⁵¹ establish an educational center,⁵² install plaques,⁵³ and create special mentions of victims in already existing monuments.⁵⁴ In the case of 'Chitay Nech', the Court rejected the creation of a museum by arguing that monuments and plaques fulfill the guarantees of non-recurrence.⁵⁵

42. I/A Court H.R., 'Case of Barrios Altos v. Peru', par. 44. f).

43. I/A Court H.R., 'Case of Huilca Teese v. Peru', par.115.

44. I/A Court H.R., 'Case Benavides Cevallos v. Ecuador', par. 48.5.

45. I/A Court H.R., 'Case of the Río Negro Massacres [...]', pars. 169-170.

46. I/A Court H.R., 'Case of La Rochela Massacre v. Colombia', par. 277.

47. I/A Court H.R., 'Case of Gudiel Álvarez et al.[...]', pars. 347 to 349.

48. I/A Court H.R., 'Case of Trujillo Oroza v. Bolivia', par. 122.

49. I/A Court H.R., 'Case of Moiwana Community v. Suriname', par. 218.

50. I/A Court H.R., 'Case of 19 Merchants v. Colombia', par. 272/3; 'Case of the 'Mapiripán Massacre' v. Colombia', par. 315; 'Case of the Pueblo Bello Massacre v. Colombia', par. 278; 'Case of Goiburú et al. v. Paraguay', par. 177; 'Case of González et al. ('Cotton Field') v. Mexico', par. 471; 'Case of the Dos Erres Massacre v. Guatemala', par. 265.

51. I/A Court H.R., 'Case of Myrna Mack Chang v. Guatemala', par. 286.

52. I/A Court H.R., 'Case of 'Street Children' (Villagrán Morales et al)', par. 103.

53. I/A Court H.R., 'Case of Myrna Mack Chang', par. 286; 'Case of the Ituango Massacres v. Colombia', par. 408; 'Case of Anzualdo Castro v. Peru', par. 201; 'Case of Chitay Nech et al. v. Guatemala', par. 251.

54. I/A Court H.R., 'Case of the Miguel Castro-Castro Prison v. Peru', par. 454; 'Case of La Cantuta v. Peru', par. 236.

55. I/A Court H.R., 'Case of Chitay Nech et al. v. Guatemala', par. 251.

In these cases, different arguments were used to order the state to take memorialization measures. The most common argument was that the measure will 'contribute to awakening public awareness to avoid repetition of acts such as those that occurred in the instant case and to keeping the memory of the victims alive'.⁵⁶ In other cases, the Court stated that this was a 'measure to prevent such grave events happening in the future'⁵⁷ or 'to preserve (victims) memory and as a guarantee of non-repetition'.⁵⁸

III.C.2. *Inter-American Commission of Human Rights*

The Inter-American Commission of Human Rights (hereinafter, IA-CHR) adopted resolution 3/2019 setting the "Principles on Public Policies on Memory in the Americas". It defines Memory as:

... how people and peoples build meaning and relate the past to the present in the act of remembering serious violations of human rights and/or the actions of victims and civil society in defense and promotion of human rights and democratic values in such contexts.⁵⁹

Principle 1 sets that Memorialization processes must have a comprehensive approach and cross-cutting the justice, truth, reparations, and GNR measures. Additionally, the public policies on memory shall be victim-centered and built with consultations among victims. Memory initiatives include but are not limited to public acts of acknowledgment, human rights education, a national day of remembrance, the establishment of plaques, monuments or museums, renaming streets, and cultural events.⁶⁰

56. I/A Court H.R., 'Case of 19 Merchants v. Colombia', par. 272-273; 'Case of Myrna Mack Chang', par. 286; 'Case of 'Street Children' (Villagrán Morales et al.)', 103; 'Case of Chitay Nech et al. v. Guatemala', par. 251; 'Case of Moiwana Community v. Suriname', par. 218.

57. I/A Court H.R., 'Case of the Mapiripán Massacre v. Colombia', par. 315; 'Case of the Pueblo Bello Massacre v. Colombia', par. 278; 'Case of González et al. ('Cotton Field') v. Mexico', par. 471.

58. I/A Court H.R., 'Case of the Dos Erres Massacre v. Guatemala', par. 265; 'Case of Anzualdo Castro v. Peru', par. 201.

59. I/A Court H.R., *Principles on Public Policies on Memory in the Americas*.

60. I/A Court H.R., *Principles on Public Policies on Memory in the Americas*, principles I and IX.

III.D. Memorialization in Argentina

Argentina is one of the most relevant study cases regarding TJ. This is mainly, due to the trials of the military juntas in the 80s. This was the first time in the world that the trials of perpetrators of gross human rights violations were judged by a regular Tribunal, not created ad-hoc, as the Nuremberg or the Tokyo Trials or even the ICTY and ICTR.

The dictatorships of *el Proceso de Reorganización Nacional* (the National Reorganization Process), particularly, the military juntas (the head of the army, the navy, and the air force) from 1976 to 1983 were forced to stand trial. The *Proceso* was the fifth dictatorship in Argentina and the cruelest and bloodiest.

The brief history of the last dictatorship starts with the death of Juan Domingo Perón in July 1974, who was three-time president and still is one of the most popular figures in national politics. His third wife, Isabel, the vice president, inherited the presidency. The Peronist movement had since the 60s both a left —and a right-wing, wrestling one another—. The presidency of Isabel adopted a right-wing position. To achieve their objective, her welfare minister, José López Rega, created the *Alianza Anti-Comunista Argentina* (*Triple AAA*, Argentine Anti-Communist Alliance), a right-wing death squad created to murder leftist guerrillas, priests, intellectuals, lawyers, politicians, among others. In response, the left wing founded *Montoneros*, a guerrilla organization, fighting the security forces.⁶¹

In this context, Isabel was forced to resign on March 24, 1976. She was incarcerated by the military forces, who saw the proliferation of leftist ideas in Latin America and Argentina as a serious threat to the Argentinian State. From 1976 to 1983, four juntas governed the State. They elaborated and enforced an extermination plan directed against leftists, journalists, and human rights defenders, among others. It is estimated that there were 30.000 fatal victims of the dictatorship.

The TJ process in Argentina started after the election —in 1983— of a democratic president, Raul Alfonsín, who said he would give impulse to the criminal prosecution of the Military juntas of *el Proceso*.

Francesca Lessa states that three periods can be defined in the aftermath of 1983. The first phase from 1983-1985, which saw the establishment

61. ROMERO, *A History of Argentina in the Twentieth Century*, pp. 211-213.

of a truth commission and limited prosecutions under President Alfonsín. The second phase from 1986-2002 was marked by the enactment of impunity laws and presidential pardons, which resulted from the armed forces opposing human rights prosecutions. Despite this, civil society and human rights organizations worked to prevent the past from being forgotten. The third phase from 2003-2012 saw a shift away from impunity and towards accountability, with the annulment of impunity laws and presidential pardons, and the resumption of criminal proceedings.⁶²

Since the turn of the 21st century, a memorialization process started in Argentina. On August 30th, 2001, access to *Parque de la Memoria* (Memory Park) was inaugurated after a 3 year-plan was approved in 1998. The Monument to the Victims was held on November 7, 2007.⁶³ It is composed of four concrete stelae containing 30,000 Patagonian porphyry slabs of which about nine thousand are engraved with the victims' names.⁶⁴

Another memorialization process with state support was the placement of tiles in several streets and squares across Buenos Aires to commemorate the disappearances by the association Barrios x Memoria y Justicia (Neighborhoods for Memory and Justice), since 2005. During the dictatorship, 498 clandestine detention centers were used to kidnap and illegally detained people either to kill them or to torture them in exchange for information. Some of these centers were transformed into memorials to encourage reflection and critical thinking. Some examples are El Olimpo in 2003, Army Mechanic School (ESMA) in 2004, *El Club Atlético* in 2005, *Mansión Seré* and Automotores Orletti in 2006 in Buenos Aires, the Police Intelligence Department in 2006 and *La Perla* in 2008 in Córdoba, and the Brigade of Resistance Investigations in the Chaco.⁶⁵

Additionally, Argentina has adopted laws and issued a presidential decree regarding Memory:

- the 'National Day of Memory for Truth and Justice,' established by Law No. 26,085/06 on March 24th, honors the victims of the

62. LESSA, *Memory and Transitional Justice in Argentina and Uruguay*, pp. 49-50.

63. LESSA, *Memory and Transitional Justice in Argentina and Uruguay*, p. 77.

64. Buenos Aires Ciudad, 'Monumento a las Víctimas del Terrorismo de Estado'.

65. LESSA, *Memory and Transitional Justice in Argentina and Uruguay*, pp. 77-78.

1976 dictatorship, which started that day. This law was instituted by Law No. 25,633.

- National Law No. 26.323/07 sets December 10th as the 'Day of the Restoration of Democracy.'
- the National Memory Archive was created by Presidential Decree No. 1259/03 in December 2013. Among its functions was the preservation of State documentation related to human rights violations. It is located in the former clandestine detention center ESMA.⁶⁶
- Law No. 26,691 on Sites of Memory was also enacted, whose objective is the preservation, signaling, and dissemination of 'sites of memory of State terrorism', understood as those places that operated as clandestine centers of detention, or where emblematic events of the illegal repression were carried out during *el Proceso*.

There are two additional key concepts to understand how TJ operates in Argentina: *Nunca más* ('Never Again') and *Memoria, Verdad y Justicia* ('Memory, Truth, and Justice').

Nunca más is the name of the book which reproduces the Report of the CONADEP (National Commission on the Disappearance of Persons) in 1984. The report collects testimonies of the disappearance and death of around 9000 people during the military dictatorship in Argentina. The Commission concluded with a series of recommendations to initiate legal actions against those responsible.

Although Argentina is one of the most important case studies regarding TJ, outside academic circles, the concept of TJ is alien to the Argentinian lexicon. At a domestic level, the transitional process is known by the motto *Memoria, Verdad y Justicia*.

IV. CONCLUSION

The constitutive elements of TJ were chosen in the eyes of both state practice and regulations. Three questions must be answered to conclude

66. ESCALANTE, 'Memory as a human right in Argentina: a reconstruction based on critical theory', p. 15.

this paper: Rules or judgments are recognizing the Memorialization process? Can 'Memory' policies be found in the Argentinian case? And maybe the most important: Does it operate within a preexistent element or as an independent one?

Firstly, Memorials to remember the victims of gross violation of HR were ordered at a regional level by the IACtHR. The Court has referred to the memorials as reparations or a GNR depending on whether it was proposed by the State or was petitioned by the victims. In the former case, it is categorized as a GNR and, in the latter, as reparations. However, such division seems forced since the measures included in both cases are mostly the same.

Secondly, both at a regional and a domestic level, regulations were passed regarding memorialization processes. The IACHR *Principles on Public Policies on Memory in the Americas* recognized Memory as cross-cutting regarding Truth, Justice, Reparations, and GNR. Additionally, one of the national laws instituted the National Day of Memory for Truth and Justice. Memory, under this law, is a requirement for achieving Truth and Justice objectives.

The difficulty to categorizing 'Memory' unequivocally under one element, noting that the remaining four elements were mentioned by either the IACHR, the IACtHR, or domestic regulations, proves that Memory does not fit within any of them.

Thirdly, Argentina has elaborated several 'Memory' policies such as the establishment of a national park, the installation of tiles where the disappeared worked or studied and the transformation of the detention centers into Memorials inviting to reflection, among others. These memorials, such as the *Parque de la Memoria*, have both an individual and a collective perspective: the names of the 9,000 recognized disappearances are written but there are still 30,000 plaques appealing to the collective memory. Again, individual memory policies can be considered reparations, while collective memory policies can be considered GNR.

The fractioning of 'Memory policies' to categorize them under one of the four original elements, led to the point where Memory cannot continue to be subsumed under a preexistent element and must be considered a constitutive element. In conclusion, instead of considering each memorialization as part of a different constitutive element, its cross-cutting nature must be recognized.

Therefore, 'Memory' must be considered the fifth pillar of TJ in the Americas, in general, and, particularly, in Argentina.

BIBLIOGRAPHY

- BARAHONA DE BRITO, Alexandra, 'Transitional Justice and Memory: Exploring Perspectives' in *South European Society and Politics*, Vol. 15, No. 3, 2010.
- BICKFORD, Louis, 'Memoryworks/memory works' in RAMÍREZ-BARAT, Clara, *Transitional Justice, Culture and Society: Beyond Outreach*, Social Science Research Council, 2014, New York.
- BRETT, Sebastian, BICKFORD, Louis; SEVCENKO, Elisabeth and other, 'Memorialization and Democracy: State Policy and Civic Action', International Center for Transitional Justice, 2008, Santiago de Chile.
- DAVIDOVIC, Maja, 'The Law of 'Never Again': Transitional Justice and the Transformation of the Norm of Non-Recurrence' in *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 15, N° 2, 2021.
- DE GREIFF, Pablo, 'Justice and Reparations', in PABLO DE GREIFF ed., *The Handbook of Reparations*, Oxford University Press, 2006, USA.
- , 'Theorizing Transitional Justice' in *American Society of Political Legal Philosophy*, Vol. 51, 2012.
- Economic and Social Council, E/CN.4/Sub.2/1995/20, 'Eighth annual report and list of States which, since 1 January 1985, have proclaimed, extended or terminated a state of emergency', 26/06/1995.
- , E/CN.4/RES/2005/66, 'Right to the Truth', 20/4/2005.
- , E/CN.4/2005/102/Add.1, 'Report of the independent expert to update the Set of principles to combat impunity, Diane Orentlicher', 8/7/2005.
- ESCALANTE, Lucia Soledad, 'La memoria como derecho humano en Argentina: Una reconstrucción desde la teoría crítica' in *Derecho y Ciencias Sociales*, Vol. 25, 2021.
- GARFUNKEL, Ianiv, 'Verdad y justicia: términos incompatibles en la justicia transicional' in *American University International Law Review*, Vol. 32, No. 2, 2015.
- GONZALEZ, Eduardo, 'Set to fail? Assessing tendencies in truth commissions created after violent conflict', in International Center for Transitional Justice, *Can Truth Commissions Strengthen Peace Processes?*, 2014.
- GREELEY, Robin Adèle, FALCIONI, José Luis, REYES, Ana María y otros, 'Repairing Symbolic Reparations: Assessing the Effectiveness of Memorialization in the Inter-American System of Human Rights' in *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 14, No. 1, 2020.

- HAYNER, Priscilla, 'Truth commissions: a schematic overview' in *International Review of the Red Cross*, Vol. 88, No. 862, 2006.
- Inter-American Commission on Human Rights, 'Principles on Public Policies on Memory in the Americas', resolution 3/2019, 11/9/2019.
- Inter-American Court of Human Rights, 'Case of Anzualdo Castro v. Peru'. 22/9/2009, Preliminary objection, merits, reparations and costs.
- , 'Case of Barrios Altos v. Peru', 30/11/2001, Reparations and Costs.
- , 'Case of Benavides Cevallos v. Ecuador', 19/6/1998, Merits, Reparations and costs.
- , 'Case of Chitay Nech et al. v. Guatemala'. 25/5/2010, Preliminary objections, merits, reparations, and costs.
- , 'Case of the Dos Erres Massacre v. Guatemala', 24/11/2009, Preliminary objection, merits, reparations and costs.
- , 'Case of González et al. ('Cotton Field') v. Mexico', 16/11/2009, Preliminary objection, merits, reparations and costs.
- , 'Case of Goiburú et al. v. Paraguay', 22/9/2006, Merits, reparations and costs.
- , 'Case of Gudiel Álvarez et al. ('Diario Militar') v. Guatemala', 20/11/2012, Merits, reparations and costs.
- , 'Case of Huilca-Tecse v. Peru'. 3/3/2005, Merits, Reparations, and costs.
- , 'Case of La Cantuta v. Peru', 29/11/2006, Merits, reparations and costs.
- , 'Case of La Rochela Massacre v. Colombia', 11/5/2007, Merits, reparations and costs.
- , 'Case of Moiwana Community v. Suriname', 15/6/2005, Preliminary objections, merits, reparations and costs.
- , 'Case of Myrna Mack Chang Vs. Guatemala', 25/11/2003, Merits, reparations and costs.
- , 'Case of Rochac Hernández et al. v. El Salvador', 14/10/2014, Merits, Reparations and Costs.
- , 'Case of 'Street Children', 'Villagrán-Morales' et al.) v. Guatemala'. 26/5/2001, Reparations and costs.
- , 'Case of the 'Mapiripán Massacre' v. Colombia', 15/9/2005, Merits, reparations and costs.
- , 'Case of the Ituango Massacres v. Colombia', 1/7/2006, Preliminary objection, merits, reparations and costs.
- , 'Case of the Miguel Castro-Castro Prison v. Peru', 25/11/2006, Merits, reparations and costs.

- , 'Case of the Pueblo Bello Massacre v. Colombia'. 3/1/2006, Merits, reparations and costs.
- , 'Case of the Río Negro Massacres v. Guatemala', 4/9/2012, Preliminary objection, merits, reparations and costs.
- , 'Case of Trujillo Oroza v. Bolivia', 27/2/2002, Reparations and costs.
- , 'Case of 19 Merchants v. Colombia'. 5/7/2004.
- INTERNATIONAL CENTER FOR TRANSITIONAL JUSTICE, 'What is Transitional Justice?', URL <https://www.ictj.org/es/que-es-la-justicia-transicional>, consulted 12/10/2023.
- JELIN, Elizabeth, 'Memory and Democracy: Toward a Transformative Relationship', in GREADY, Paul & ROBINS, Simon eds., *From Transitional to Transformative Justice*, Cambridge University Press, 2019, York (UK).
- LESSA, Francesca, 'Memory and Transitional Justice in Argentina and Uruguay', Palgrave Macmillan, 2013, New York (USA).
- MÉNDEZ, Juan E., 'The Right to Truth', in JOYNER, Christopher C. ed., *Reining in Impunity for International Crimes and Serious Violations of Fundamental Human Rights: Proceedings of the Siracusa Conference 17–21 September 1998*, St. Agnes, Ere's, 1998, Toulouse (France).
- MOFFETT, Luke 'Transitional justice and reparations: Remediating the past?' en LAWTHORP, Cheryl, MOFFETT Luke, DOV JACOBS Andorize Eds., *Research Handbook on Transitional Justice*, Edward Elgar, 2017, UK.
- Parque de la Memoria, 'Monumento a las Víctimas del Terrorismo de Estado', URL <https://parquedelamemoria.org.ar/monumento/>, consultado 12/10/2023.
- ROMERO, Luis Alberto, 'A History of Argentina in the Twentieth Century', Fondo de Cultura Económica de Argentina, 2007, Buenos Aires.
- SARKIN, Jeremy Julin, 'Towards a Greater Understanding of Guarantees of Non-Repetition (GNR) or Non-Recurrence of Human Rights Violations: How GNR Intersects Transitional Justice with Processes of State (Re)Building, the Rule of Law, Democratic Governance, Reconciliation, Nation Building, Social Cohesion and Human Rights Protection' in *Stanford Journal of International Law*, Vol. 57, No. 2, 2021.
- SIKKINK, Kathryn & BOOTH WALLING, Carrie, 'The Impact of Human Rights Trials in Latin America' in *Journal of Peace Research*, Vol. 44, No. 4, 2007.
- TEITEL, Ruti G., 'Transitional Justice Genealogy' in *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 16, 2003.

- , 'Transitional Justice', in *American Political Science Review*, Vol. 95, N° 3, 2001, Oxford University Press.
- UMPRIMNY, Rodrigo & SAFFON, Maria Paula, 'Justicia transicional y justicia restaurativa: tensiones y complementariedades', URL https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_52.pdf, consultado 12/10/2023.
- United Nations General Assembly, A/69/518, Promotion of truth, justice, reparation and guarantees of non-recurrence, 14/10/2014.
- , A/72/523, Promotion of truth, justice, reparation and guarantees of non-recurrence, 12/10/2017.
- , A/RES/60/147, Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law, 21/3/2006.
- , Report of the Special Rapporteur on the promotion of truth, justice, reparation and guarantees of non-recurrence, A/HRC/45/45, "Memorialization processes in the context of serious violations of human rights and international humanitarian law: the fifth pillar of transitional justice", 9/7/2020.
- , A/HRC/30/42, "Report of the Special Rapporteur on the promotion of truth, justice, reparation and guarantees of non-recurrence, Pablo de Greiff", 7/9/2015.
- , A/HRC/21/46, "Report of the Special Rapporteur on the promotion of truth, justice, reparation and guarantees of non-recurrence, Pablo de Greiff", 9/8/2012.
- , A/HRC/24/42, "Report of the Special Rapporteur on the promotion of truth, justice, reparation and guarantees of non-recurrence, Pablo de Greiff", 8/8/2013.
- , A/HRC/RES/18/7, "Special Rapporteur on the promotion of truth, justice, reparation and guarantees of non-recurrence", 13/10/2011.
- , A/HRC/25/49, "Report of the Special Rapporteur in the field of cultural rights, Farida Shaheed", 23/01/2014.
- United Nations Security Council, Report of the Secretary-General, S/2004/616, "The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies: Report of the Secretary-General", 23/08/2004.
- YASMIN NAQVI, "The right to the truth in international law: fact or fiction?" in *International Review of the Red Cross*, Vol. 862, No. 88, 2006.



¿ES LA MEMORIA EL QUINTO PILAR DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL?: PERSPECTIVAS LATINOAMERICANAS Y EL CASO ARGENTINO*

FÉLIX SAMOILOVICH**

Resumen: Un enfoque tradicional de la justicia transicional (JT) reconoce cuatro elementos constitutivos: verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición. Sin embargo, el relator especial de las Naciones Unidas en cuanto a esta materia propuso en 2020 agregar un quinto pilar: la memoria. Este trabajo se propone reconocer si, en el contexto latinoamericano y, particularmente, al considerar la experiencia argentina, la memoria puede subsumirse en un elemento preexistente o debe ser reconocida como un pilar constitutivo independiente.

En primer lugar, este trabajo evoca la conceptualización de los cuatro elementos constitutivos originales. Una revisión resumida de cada uno de ellos es necesaria para comprender si la memoria puede considerarse dentro de uno de los cuatro componentes reconocidos. En segundo lugar, se identifica qué hace que un elemento sea considerado como tal. Aunque parezca un juego de palabras, es fundamental comprender qué criterios se utilizan para determinar qué constituye un componente constitutivo. En tercer lugar, dado que la práctica estatal y un enfoque normativo son los criterios identificados, este documento analiza los procesos de memorialización tanto en la práctica como en lo jurídico en la Argentina. Adicionalmente, se identifica la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de memoria.

Finalmente, concluyo analizando si bajo los criterios reconocidos, centrándome en los casos (latino)americanos y argentinos, se podría afirmar que la memoria es un componente independiente y, por lo tanto, puede ser reconocido como el quinto pilar de la justicia transicional.

* Recepción del original: 15/6/2023. Aceptación: 10/07/2023.

** Estudiante.

Palabras clave: memoria — procesos de memorialización — justicia transicional — derecho internacional

Abstract: A traditional approach to Transitional Justice (TJ) recognizes four constitutive elements: truth, justice, reparation, and guarantees of non—recurrence. However, the UN Special Rapporteur for this matter proposed in 2020 to add a fifth pillar: memory. This paper aims to recognize if, in the (Latin)American context and, particularly considering the Argentinian experience, Memory can be subsumed in a preexistent element or must be recognized as an independent constitutive pillar.

Firstly, this paper recalls the conceptualization of the four original constitutive elements. A summarized revision of each of them would be necessary to understand whether memory can be considered within one of the four recognized components. Secondly, it identifies what makes an element considered an element. Although it seems to be a play on words, it is critical to understand which criteria are used to determine what constitutes a constitutive component. Third, since state practice and a normative approach are the identified criteria, this paper analyzes the memorialization processes both in practice and legally in Argentina as a case study. Additionally, it identifies the InterAmerican Court of Human Rights case law regarding memory.

Finally, I conclude by analyzing if under the recognized criteria, focusing on the (Latin)American and Argentinian cases, it could be affirmed that memory is an independent component and, thus, it can be recognized as the fifth pillar of TJ.

Keywords: memory — memorialization processes — transitional justice — international law

I. INTRODUCCIÓN

En los últimos 50 años, Estados de todo el mundo, incluidos los de América Latina, han derrocado dictaduras militares y regímenes totalitarios en favor de sociedades democráticas y libres.¹

El Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ, por sus siglas en inglés) define la justicia transicional (JT) como la forma en que

1. TEITEL, *Transitional Justice*, p. 3.

“las sociedades responden a los legados de violaciones masivas y graves de los derechos humanos” por parte de esos regímenes.²

El Secretario General de la ONU afirmó que la noción de JT abarca los procesos para tratar las violaciones pasadas al derecho internacional de los derechos humanos (DIDH). Las estrategias para alcanzar dicho objetivo deben ser holísticas, incorporando una atención integrada a los enjuiciamientos penales individuales, las indemnizaciones, la búsqueda de la verdad, la reforma institucional, la investigación de antecedentes y las destituciones o a una combinación adecuada de estos elementos.³

Ruti Teitel propuso un abordaje diferente al describir la justicia transicional como una concepción distintiva del derecho y la justicia en el contexto de una transformación política que pretende ocuparse de las violaciones pasadas y sistemáticas del DIDH. La justicia transicional puede adoptar diferentes respuestas jurídicas y no jurídicas a las violaciones del DIDH, lo que significa que el propio concepto rechaza la idea de una norma universal o ideal que deba aplicarse a las democracias liberales de todo el mundo.⁴ Afirmó que una perspectiva genealógica sitúa la justicia transicional en un contexto político, alejándose de los enfoques esencialistas y señalando la relación dinámica entre la justicia transicional y la política a lo largo del tiempo. Por ello, bajo su concepción, el Estado de derecho en la justicia transicional es un mero producto del cambio político.⁵

En 2011, el Consejo de Derechos Humanos creó la Relatoría Especial de la Organización de las Naciones Unidas sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición.⁶ Las cuatro estrategias mencionadas por el Secretario General en 2004 se convirtieron en un nuevo vocabulario de Naciones Unidas: verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición. El primer Relator Especial fue Pablo de Greiff, que tenía un enfoque normativo. En su primer informe afirmó que los antes mencionados son los cuatro elementos constitutivos de la JT.⁷ Respecto a la Memoria, dijo en 2012 que:

2. Centro integral para la Justicia Transicional, “¿Que es la Justicia Transicional?”.

3. Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, S/2004/616, párrs. 8 y 26.

4. TEITEL, *Transitional Justice*, p. 4.

5. TEITEL, “Transitional Justice Genealogy”, p. 94.

6. United Nations General Assembly, A/HRC/RES/18/7.

7. Asamblea General de las Naciones Unidas, A/HRC/21/46.

... aunque [los cuatro elementos] no son una lista cerrada –por ejemplo, la memorialización es un elemento importante de la mayoría de las transiciones y un complemento natural de la búsqueda de la verdad– la cuestión ahora es demostrar que no son elementos de una lista aleatoria. Más bien, son partes de un todo.⁸

Los estudios sobre la memoria, en ese momento, no se habían cruzado con los estudios sobre la justicia transicional.⁹

La memoria no era vista como un elemento constitutivo. Hasta 2020, cuando Fabián Salvioli asumió como segundo Relator Especial de la ONU sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, la memoria no fue reconocida como un componente constitutivo. El realizó un informe denominado “Los procesos de memorialización en el contexto de violaciones graves de derechos humanos y el derecho internacional humanitario: el quinto pilar de la justicia transicional” donde analizó sistemáticamente los procesos de memorialización y propuso que la memoria debería ser identificada como el quinto elemento.¹⁰

Este ensayo resumirá, en primer lugar, la conceptualización de los cuatro elementos constitutivos originales. En segundo lugar, introducirá la discusión sobre los enfoques adoptados para determinar cuáles son los elementos constitutivos. Una vez determinados dichos enfoques, se analizará si, bajo el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y, en el caso argentino en particular, la memoria constituye un elemento independiente en la JT.

II. JUSTICIA TRANSICIONAL COMO TIERRA, AGUA, AIRE Y FUEGO

II.A. Verdad

Si bien no hay tratados que reconozcan el derecho a la verdad *per se*, algunos autores afirman que constituye una obligación vinculante en materia de derechos humanos para el Estado de acuerdo con el Derecho

8. DE GREIFF, “Theorizing Transitional Justice”, p. 34.

9. BARAHONA DE BRITO, *Transitional Justice and Memory: Exploring Perspectives*, p. 359.

10. Asamblea General de las Naciones Unidas, A/HRC/45/45.

Internacional Consuetudinario¹¹ y/o Principios Generales del Derecho.¹² El derecho a la verdad también se encuentra regulado en múltiples resoluciones no vinculantes de Comités de la ONU.¹³

El derecho a la verdad no es solo una norma jurídica, sino también un dispositivo narrativo, que se sitúa en el umbral entre ambos. La verdad es relevante en el contexto de la JT debido a que las sociedades deben saber qué violaciones graves del DIDH cometió su Estado. El deseo de verdad puede incluso utilizarse para justificar el no enjuiciamiento de ciertos presuntos delincuentes como con las “amnistías a cambio de la verdad”.¹⁴ En Sudáfrica, en la década de 1980, los perpetradores de las violaciones graves a los derechos humanos pudieron intercambiar la verdad por su amnistía. Aunque este proceso fue criticado, es necesario extraer la idea de que saber lo que ocurrió es un paso fundamental para reparar el daño causado.

Una estrategia eficaz para descubrir la verdad legal es a través de las comisiones de la verdad. Estas comisiones son órganos oficiales y temporales creados para investigar un patrón de violaciones durante un periodo de tiempo que suele concluir con un informe final y algunas recomendaciones de reformas institucionales. Hasta 2006, 30 Estados habían creado comisiones de la verdad.¹⁵ Actualmente, más de 40 comisiones de la verdad han sido establecidas.¹⁶

II.B. Justicia

La responsabilidad penal individual de quienes hayan cometido violaciones graves al DIDH es actualmente un hecho, pero no siempre ha sido así. Antes de la década de 1980, no existía responsabilidad penal individual para los funcionarios gubernamentales,¹⁷ con algunas excepciones como los Juicios de Nuremberg y Tokio.

11. Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, E/CN.4/Sub.2/1995/20, párrs. 39-40.

12. MÉNDEZ, *The Right to Truth*, pp. 264-268.

13. Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, E/CN.4/RES/2005/66.

14. NAQVI, *El derecho a la verdad en el derecho internacional: ¿realidad o ficción?*, pp. 246 y 273.

15. HAYNER, *Comisiones de la verdad: resumen esquemático*, pp. 295-296.

16. GONZÁLEZ, “Set to fail? Assessing tendencies in truth commissions created after violent conflict”, p. 7.

17. SIKKINK & BOOTH WALLING, “The Impact of Human Rights Trials in Latin America”, p. 427.

El Secretario General de la ONU dijo en 2006 que Justicia “implica tener en cuenta los derechos de los acusados, los intereses de las víctimas y el bienestar de la sociedad en general”.¹⁸ El principio 19 del Conjunto de Principios para la Protección y la Promoción de los Derechos Humanos mediante la Lucha contra la Impunidad, aprobado por la Comisión de Derechos Humanos, establece que los Estados deben perseguir, juzgar y condenar a los autores de violaciones del DIH y del DIDH.¹⁹

A pesar del reconocimiento actual de esta responsabilidad individual, es necesario destacar que la justicia en términos de JT se centra en la justicia restaurativa:

Mientras la justicia punitiva ve en el Estado a la víctima, la justicia retributiva ve que es el individuo particular y la comunidad en la que habita quien ha sufrido el daño. Esta idea de justicia retributiva pareciera adecuarse mejor al concepto de justicia transicional debido a que lograría un doble objetivo: compensar a la víctima y convivencia social.²⁰

Ambos modos de justicia, retributiva y reparadora, se han aplicado en los procesos de justicia transicional, y no existe una fórmula única para el éxito. La experiencia ha demostrado que cada enfoque puede tener efectos positivos y negativos, y que no se excluyen mutuamente. Pueden complementarse dependiendo del contexto específico.²¹

El contexto y la verdad no deben excluir el establecimiento de juicios. Existe una falsa dicotomía entre verdad y justicia. Por el contrario, aquellas experiencias que combinaron verdad y justicia obtuvieron los mejores resultados en la satisfacción de los derechos humanos. Atravesar por procesos judiciales no debilita el nuevo orden político. Varios estudios cuantitativos han demostrado que los conflictos conducen a violaciones de los

18. Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, S/2004/616, párr. 8.

19. Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, E/CN.4/2005/102/Add.1, Principio 9.

20. GARFUNKEL, “Verdad y justicia: ¿términos incompatibles en la justicia transicional?”, p. 433.

21. UMPRIMNY & SAFFON, “Justicia transicional y justicia restaurativa: tensiones y complementariedades”.

derechos humanos, pero los juicios de derechos humanos no han conducido al establecimiento de nuevos o mayores conflictos.²²

II.C. Reparaciones

El concepto “reparaciones” se utiliza de dos maneras diferentes en relación con la JT. El primero, y más conocido, está vinculado a los procesos judiciales y tiene como objetivo reparar el daño que las víctimas hayan podido sufrir como consecuencia de graves violaciones al DIDH. Este concepto está relacionado principalmente con el derecho internacional y se centra en las reparaciones individuales. Puede adoptar diversas formas como la restitución (restablecimiento del *status quo* ante de la víctima), la compensación (cuantificación del daño más allá de la pérdida económica), la rehabilitación (atención social, médica y psicológica, incluso servicios jurídicos) o la satisfacción (categoría amplia que incluye, por ejemplo, el reconocimiento de las violaciones del DIDH por parte de un Estado).²³

La Asamblea General de la ONU aprobó, en este sentido, los Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones Manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones. Estos Principios proporcionan posibles medidas jurídicas para aplicar a nivel nacional.²⁴

El segundo contexto en el que se utiliza el término es en los programas de reparaciones. Aquí, “reparaciones” se refiere a un proyecto político centrado en el ámbito doméstico y en las respuestas colectivas. Los programas de reparaciones pretenden ofrecer ventajas directamente a quienes han sufrido determinados tipos de delitos, sin considerar la búsqueda de la verdad, la justicia penal o la reforma institucional como componentes integrales de las reparaciones. Estos programas pueden perseguir reparaciones materiales o simbólicas. Las reparaciones materiales pueden adoptar la forma de indemnizaciones; las simbólicas, pueden incluir, por ejemplo, disculpas oficiales, el cambio de nombre de espacios públicos, el estable-

22. GARFUNKEL, “Verdad y justicia: ¿términos incompatibles en la justicia transicional?”, p. 440.

23. DE GREIFF, “Justicia y reparaciones”, p. 409.

24. Asamblea General de las Naciones Unidas, A/RES/60/147.

cimiento de días de conmemoración y la creación de museos y parques dedicados a la memoria de las víctimas, entre otras.²⁵

Aunque teóricamente parezca lo correcto, la aplicación de reparaciones en tiempos de transición plantea importantes obstáculos. Por ejemplo, la aceptación social. Las reparaciones suelen percibirse desde una perspectiva individual y no colectiva. Por ello, las víctimas suelen estar en primera línea a la hora de reclamar reparaciones. Sin embargo, los programas de reparación pretenden concienciar y sensibilizar a toda la sociedad, aunque estén centrados en las víctimas. Esto requiere un proceso más inclusivo con objetivos amplios, lo que en muchas sociedades lleva tiempo.²⁶

II.D. Garantías de no repetición

El derecho a la reparación de las víctimas no solo se centra en el pasado, sino también en el futuro. Como componente de la JT, las garantías de no repetición (GNR) implican la implementación de acciones, políticas, instituciones y otras medidas disponibles para evitar que se vuelvan a producir violaciones masivas de derechos humanos. Estas garantías tienen un carácter preventivo y, por lo tanto, cuestiones como la confianza o el fomento de la confianza son factores clave para evitar la violencia en el futuro.²⁷

En el marco general del DIDH, las reparaciones y las GNR se formulan conjuntamente. El principio de no repetición se invocaba normalmente para acuerdos verbales, disculpas públicas y promesas de evitar futuras violaciones. Sin embargo, en el contexto de los TJ, el alcance de las violaciones se amplía para incluir las violaciones masivas de los derechos humanos cometidas por agentes estatales contra sus ciudadanos, utilizando las instituciones y las leyes del Estado.²⁸ Es decir, las GNR deben implicar cambios institucionales y no solo medidas aisladas.

El sujeto al que se dirigen las GNR es la sociedad en general, no limitándose a las víctimas directas o indirectas. Uno de sus objetivos subyacentes es identificar y contrarrestar las causas de la violencia o las violaciones de derechos. Estas garantías se aplican en tres ámbitos: institucional, civil

25. DE GREIFF, “Justicia y reparaciones”, p. 411.

26. MOFFETT, “Transitional justice and reparations: Remediating the past?”, p. 400.

27. SARKIN, “Towards a Greater Understanding of Guarantees...”, pp. 202-3.

28. DAVIDOVIC, “The Law of ‘Never Again...’”, p. 406.

y cultural. En el ámbito institucional, las medidas incluyen el impulso a la reunificación de familias separadas, la ratificación de tratados internacionales y el cumplimiento de las normas del DIDH, y la realización de reformas institucionales para garantizar la independencia del Poder Judicial, entre otras. En el ámbito civil, las garantías de no repetición comprenden impedir cualquier persecución o ataque a representantes de la sociedad civil y eliminar cargas excesivas o procedimientos burocráticos pesados y desproporcionados que limitan la participación de la sociedad civil. Culturalmente, las reformas educativas, las intervenciones culturales, la memorialización o los archivos de los crímenes se consideran parte de las políticas de no repetición.²⁹

III. MÁS ALLÁ DE LOS CUATRO ELEMENTOS CONSTITUTIVOS

III.A. ¿Qué significa “memoria” en la justicia transicional?

La memoria, o memorialización, es el proceso de creación de monumentos públicos, que son las representaciones físicas, o actividades conmemorativas colocadas en espacios públicos relativas a acontecimientos pasados. Se crean para provocar reacciones específicas, como el reconocimiento de un acontecimiento pasado, la reflexión personal o el aprendizaje, y la curiosidad por los periodos históricos.³⁰ Estos monumentos conmemorativos pueden centrarse en acontecimientos concretos, independientemente del periodo en que se produjeron o de las personas implicadas (soldados, combatientes, víctimas, líderes políticos o activistas, por ejemplo).³¹

La memorialización puede adoptar distintas formas: los lugares originales (donde se produjeron las graves violaciones de los derechos humanos); lugares simbólicos (como monumentos con los nombres de las víctimas o cambio de nombre); y los actos (como disculpas públicas o exposiciones temporales). Además, varias obras culturales como películas, documentales o literatura son útiles para establecer procesos de

29. Asamblea General de las Naciones Unidas, A/HRC/30/42, párrs. 26 y 103-121.

30. BRETT, BICKFORD, SEVCENKO y otros, *Memorialización y democracia: Políticas de Estado...*, p. 1.

31. BICKFORD, *Memoryworks/memory works*, p. 494.

memorialización. Así pues, los memoriales comprenden muchas formas de recordar los errores del pasado. No todas las formas son útiles para todas las transiciones, ya que deben adecuarse a los deseos o a la cultura de las comunidades afectadas.³²

Elizabeth Jelin plantea algunas preguntas sobre los procesos de memorialización a las que hay que prestar más atención: ¿Qué hay que recordar? ¿Se trata de recordar la violencia política, la represión estatal y el sufrimiento humano? ¿O son las condiciones sociales y políticas que permitieron el surgimiento del conflicto violento parte de lo que debemos recordar?³³

II.B. ¿Cuál es el rol de los procesos de memorialización?

La memoria, como un Estado fomentando el recuerdo de las graves violaciones de los derechos humanos en su territorio, innegablemente formó parte de la JT desde sus inicios. El primer Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, afirmó que las comisiones de la verdad contribuyen a la creación de una cultura de la memorialización y el recuerdo.³⁴ También señaló, en relación con las reparaciones, que los Estados deben adoptar medidas simbólicas colectivas, como, por ejemplo, cambiar el nombre de espacios públicos o construir museos y monumentos conmemorativos. En particular, señaló que estas medidas tienen un impacto significativo ya que hacen de la memoria de las víctimas un asunto público que puede proporcionar reconocimiento a las víctimas, no solo como víctimas, sino también como titulares de derechos.³⁵ Además, refiriéndose a la GNR, recomendó intervenciones educativas o culturales, incluyendo la memorialización y los museos.³⁶

Los estudiosos coinciden en que los procesos de memorialización contribuyen en gran medida a los periodos de transición. Sin embargo, discrepan en considerarlo distinto —o no— de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición.

32. Asamblea General de las Naciones Unidas, A/HRC/25/49, 6-7.

33. JELIN, “Memory and Democracy: Toward a Transformative Relationship”, p. 174.

34. Asamblea General de las Naciones Unidas, A/HRC/24/42, 83.

35. Asamblea General de las Naciones Unidas, A/69/518, párr. 33.

36. Asamblea General de las Naciones Unidas, A/72/523, párr. 75-80.

Los cuatro pilares fueron elegidos mediante un análisis integral de la práctica de los Estados frente a las violaciones de los derechos humanos. Las medidas adoptadas fueron principalmente: enjuiciamientos penales, comisiones para el esclarecimiento de la verdad, reparaciones y diferentes formas de reformas institucionales. Cada elemento (verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición) no se limita a medidas específicas, constituyendo una relación género—especie. Los elementos de la JT comparten dos objetivos “mediatos”, (dar reconocimiento a las víctimas y promover la confianza cívica); y dos objetivos “finales” (promover la reconciliación y fortalecer la democracia). Todos estos objetivos demuestran que la justicia transicional es un concepto “holístico”.³⁷

Fabian Salvioli sostiene que la JT requiere la identificación de la memoria como su quinto pilar:

Sin memoria del pasado, no puede haber derecho a la verdad, a la justicia, a la reparación, ni garantías de no repetición. Por ello, los procesos de memoria respecto de las graves violaciones de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario constituyen el quinto pilar de la justicia transicional. Se trata de un pilar autónomo y a la vez transversal, ya que contribuye a la implementación de los cuatro restantes, y representa una herramienta vital para permitir a las sociedades salir de la lógica del odio y el conflicto, e iniciar procesos sólidos hacia una cultura de paz.³⁸

Salvioli sostuvo que la obligación de salvaguardar los derechos humanos mediante procesos de memoria es especialmente importante en las sociedades que han sufrido graves violaciones de los derechos humanos. Esta obligación surge de fuentes primarias (tratados y costumbre internacional) y secundarias (principios y directrices, *soft law*) del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y es un aspecto esencial de la reparación integral, incluyendo la satisfacción y las garantías de no repetición. Los procesos de memoria en la JT deben adoptar un enfoque de derechos humanos y aspirar a establecer una verdad dialógica, creando las condiciones para un debate crítico sobre los crímenes del pasado y

37. DE GREIFF, “Theorizing Transitional Justice”, p. 33-34.

38. Asamblea General de las Naciones Unidas, A/HRC/45/45, párr. 21.

la responsabilidad. Pueden coexistir múltiples narrativas e interpretaciones de la violencia del pasado. Parece que Fabian Salvioli, como su predecesor, tiene un enfoque normativo basado también en la experiencia práctica. En su análisis, identificó tres situaciones: la memorialización en tiempos de conflicto, la memorialización en situaciones de posconflicto y la militarización de la memoria en relación con la politización de las redes sociales.³⁹

Este documento analizará un caso de estudio de la memorialización en situaciones de posconflicto: la Argentina. Para ello analizará, desde un enfoque normativo reconocido, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en materia de memorialización. Así, con un análisis práctico y teórico podrá responder si, en la Argentina, los procesos de memorialización son un *pilar autónomo y transversal*.

III.C. Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos

III.C.1. Corte Interamericana de Derechos Humanos

En la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH), se ordenaron reparaciones simbólicas en varios casos. En palabras de la Corte, las reparaciones simbólicas son una herramienta para:

... recordar los hechos que dieron lugar a violaciones de derechos humanos, mantener viva la memoria de las víctimas y sensibilizar a la opinión pública sobre un hecho y evitar que incidentes tan graves ocurran en el futuro.⁴⁰

En un análisis sistemático, los términos “monumento”, “simbólico”, “memorial”, “placa conmemorativa” y “perdonar/perdón/pedido de perdón” se utilizaron en 149 de las 369 sentencias dictadas por la Corte IDH

39. Asamblea General de las Naciones Unidas, A/HRC/45/45, párrs. 17, 31, 36 and 38.

40. CORTE IDH, “Caso Rochac Hernández y otros c. El Salvador”, párr. 235.

entre 1987 y 2019.⁴¹ La Corte IDH refirió a las distintas formas de preservar la memoria como reparaciones o garantías de no repetición.

Si la medida fue acordada con las víctimas y el Estado, la Corte IDH tiende a referirse a ellas como reparaciones. La Corte ha reconocido acuerdos relativos a varias medidas: erigir un monumento conmemorativo,⁴² instalar un busto,⁴³ nombrar calles, parques y escuelas,⁴⁴ crear un museo,⁴⁵ o instalar una placa, crear un programa de televisión, un curso certificado y becas⁴⁶ y también, hacer documentales respecto de lo que sucedió y construir un Parque Nacional de la Memoria.⁴⁷

Si la medida fue reconocida por el Estado, la Corte IDH se ha referido a ellas tanto como reparaciones como GNR. Mientras que en el caso “Trujillo Oroza”, la Corte se refiere a la creación de un centro educativo como una reparación,⁴⁸ en el caso “Comunidad Moiwana” se refirió al establecimiento de un memorial como una GNR.⁴⁹

Si la medida fue solicitada por los peticionarios, el Tribunal tiende a referirse a ellas como GNR. La Corte IDH ordenó a Estados erigir monumentos,⁵⁰ el nombramiento de calles o parques conocidos,⁵¹ el establecimiento de un centro educativo,⁵² la instalación de placas conmemorativas,⁵³ y la creación de menciones especiales de víctimas en

41. GREELEY, FALCIONI, REYES y otros, *Repairing Symbolic Reparations: Assessing the...*, nota al pie 8.

42. CORTE IDH, “Caso Barrios Altos c. Perú”, párr. 44. f).

43. CORTE IDH, “Caso Huilca Tecse c. Perú”, párr. 115.

44. CORTE IDH, “Caso Benavides Cevallos c. Ecuador”, párr. 48.5.

45. CORTE IDH, “Caso Masacre de Río Negro c. Guatemala”, párrs. 169-170.

46. CORTE IDH, “Caso Masacre La Rochela c. Colombia”, párr. 277.

47. CORTE IDH, “Caso Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) c. Guatemala”, párrs. 347-349.

48. CORTE IDH, “Caso Trujillo Oroza c. Bolivia”, párr. 122.

49. CORTE IDH, “Caso Comunidad Moiwana c. Suriname”, párr. 218

50. CORTE IDH, “Caso 19 comerciantes c. Colombia”, párrs. 272/3; “Caso Masacre de Mapiripán c. Colombia”, párr. 315; “Caso Masacre Pueblo Bello c. Colombia”, párr. 278; “Case of Goiburú y otros c. Paraguay”, párr. 177; “Caso González y otros (“Campo Algodonero”) c. México”, párr. 471; “Caso Masacre de las Dos Erres c. Guatemala”, párr. 265.

51. CORTE IDH, “Caso Myrna Mack Chang c. Guatemala”, párr. 286.

52. CORTE IDH, “Caso ‘niños de la calle’ (Villagrán Morales y otros) c. Guatemala”, párr. 103.

53. CORTE IDH, “Caso Myrna Mack Chang c. Guatemala”, párr. 286; “Caso Masacre de Ituango c. Colombia”, párr. 408; “Caso Anzualdo Castro c. Perú”, párr. 201; “Caso de Chitay Nech y otros c. Guatemala”, párr. 251.

monumentos ya existentes.⁵⁴ En el caso de “Chitay Nech”, el Tribunal rechazó la creación de un museo argumentando que los monumentos y las placas cumplen las garantías de no repetición.⁵⁵

En estos casos, se utilizaron diferentes argumentos para ordenar al Estado la adopción de medidas de memorialización. El argumento más utilizado fue que la medida “contribuirá a despertar la conciencia pública para evitar la repetición de actos como los ocurridos en el presente caso y a mantener viva la memoria de las víctimas”.⁵⁶ En otros casos, el Tribunal declaró que se trataba de una “medida para evitar que hechos tan graves se produzcan en el futuro”⁵⁷ o “para preservar la memoria (de las víctimas) y como garantía de no repetición”.⁵⁸

III.C.2. Comisión Interamericana de Derechos Humanos

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH) adoptó la Resolución 3/2019 que establece los Principios sobre Políticas Públicas de Memoria en las Américas. Esta define memoria como:

... las formas en que las personas y los pueblos construyen sentido y relacionan el pasado con el presente en el acto de recordar respecto de graves violaciones a los derechos humanos y/o de las acciones de las víctimas y sociedad civil en la defensa y promoción de los derechos humanos y valores democráticos en tales contextos.⁵⁹

54. CORTE IDH, “Caso Prisión de Miguel Castro-Castro c. Perú”, párr. 454; “Caso La Cantuta c. Perú”, párr. 236.

55. CORTE IDH, “Caso Chitay Nech y otros c. Guatemala”, párr. 251.

56. CORTE IDH, “Caso 19 comerciantes c. Colombia”, párrs. 272/3; “Caso Myrna Mack Chang c. Guatemala”, párr. 286; “Caso ‘niños de la calle’ (Villagrán Morales y otros) c. Guatemala”, párr. 103; “Caso Chitay Nech y otros c. Guatemala”, párr. 251; “Caso Comunidad Moiwana c. Suriname”, párr. 218.

57. CORTE IDH, “Caso Masacre de Mapiripán c. Colombia”, para. 315; “Caso Masacre Pueblo Bello c. Colombia”, párr. 278; “Caso Goiburú y otros c. Paraguay”, párr. 177; “Caso González y otros (‘Campo Algodonero’) c. México”, párr. 471.

58. CORTE IDH, “Caso Masacre de las Dos Erres c. Guatemala”, párr. 265; “Caso Anzualdo Castro c. Perú”, párr. 201

59. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Principios sobre políticas públicas de memoria...*

El Principio 1 establece que los procesos de memorialización deben tener un enfoque integral y transversal a las medidas de justicia, verdad, reparación y GNR. Además, las políticas públicas de memoria deberán centrarse en las víctimas y construirse en consultas entre ellas. Las iniciativas de memoria incluyen, entre otras, actos públicos de reconocimiento, educación en derechos humanos, un día nacional de conmemoración, el establecimiento de placas, monumentos o museos, el cambio de nombre de calles y eventos culturales.⁶⁰

III.D La memorialización en la Argentina

La Argentina es uno de los casos de estudio más relevantes en materia de JT. Esto se debe, principalmente, a los juicios a las juntas militares en la década de 1980. Esta fue la primera vez en el mundo en donde los perpetradores de graves violaciones a los derechos humanos fueron juzgados por un Tribunal ordinario, no creado *ad hoc*, como los Juicios de Nuremberg o Tokio o incluso el TPIY y el TPIR.

La dictadura del Proceso de Reorganización Nacional (PRN), particularmente las juntas militares desde 1976 a 1983 fueron obligados a comparecer ante un tribunal ordinario. El PRN fue la quinta dictadura de la Argentina, la más cruel y sangrienta.

Brevemente, la última dictadura comienza con la muerte de Juan Domingo Perón en julio de 1974, quien fue tres veces presidente y sigue siendo una de las figuras más populares de la política nacional. Su tercera esposa, Isabel, la vicepresidenta, heredó la presidencia. El movimiento peronista tenía desde la década de 1960 un ala de izquierda y otra de derecha, que luchaban entre sí. La presidencia de Isabel adoptó una posición de derecha. Para lograr su objetivo, su ministro de Bienestar Social, José López Rega, creó la Alianza Anticomunista Argentina (Triple A o AAA), un escuadrón de la muerte de derecha creado para asesinar a guerrilleros de izquierda, sacerdotes, intelectuales, abogados y políticos, entre otros. En respuesta, la izquierda fundó Montoneros, una organización guerrillera que luchaba contra las fuerzas de seguridad.⁶¹

60. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Principios sobre políticas públicas de memoria...*, principios I y IX.

61. ROMERO, *A History of Argentina in the Twentieth Century*, pp. 211-213.

En este contexto, Isabel fue obligada a renunciar el 24 de marzo de 1976 y fue encarcelada por las fuerzas militares, que veían en la proliferación de ideas de izquierda en América Latina y en la Argentina una seria amenaza para el Estado argentino. Desde 1976 hasta 1983, cuatro juntas militares gobernaron el Estado. Elaboraron y aplicaron un plan de exterminio dirigido contra izquierdistas, periodistas y defensores de los derechos humanos, entre otros. Se calcula que hubo 30.000 víctimas fatales de la dictadura.

El proceso de JT en la Argentina se inició tras la elección —en 1983— de un presidente democrático, Raúl Alfonsín, quien dijo que daría impulso a la persecución penal de las juntas militares del PRN.

Francesca Lessa afirma que a partir de 1983 se pueden definir tres períodos. La primera fase de 1983—1985, que vio el establecimiento de una comisión de la verdad y enjuiciamientos limitados bajo el presidente Alfonsín. La segunda fase, de 1986 a 2002, estuvo marcada por la promulgación de leyes contra la impunidad y los indultos presidenciales, resultado de la oposición de las fuerzas armadas a los enjuiciamientos por violaciones de los derechos humanos. A pesar de ello, la sociedad civil y las organizaciones de derechos humanos trabajaron para evitar que el pasado cayera en el olvido. En la tercera fase, de 2003 a 2012, se produjo un alejamiento de la impunidad y un acercamiento a la rendición de cuentas, con la anulación de las leyes de impunidad y los indultos presidenciales, y la reanudación de los procesos penales.⁶²

Desde comienzos del siglo XXI, se inició en la Argentina un proceso de memorialización. El 30 de agosto de 2001 se inauguró el acceso al Parque de la Memoria, tras un plan de tres años aprobado en 1998. El 7 de noviembre de 2007 se inauguró el Monumento a las Víctimas del Terrorismo de Estado.⁶³ Se compone de cuatro estelas de hormigón que contienen 30.000 losas de pórfido patagónico, de las cuales unas 9.000 llevan grabados los nombres de las víctimas.⁶⁴

Otro proceso de memorialización con apoyo estatal fue la colocación de baldosas en varias calles y plazas de Buenos Aires desde 2005 por parte de la asociación Barrios x Memoria y Justicia para conmemorar las des-

62. LESSA, *Memory and Transitional Justice in Argentina and Uruguay*, pp. 49-50.

63. LESSA, *Memory and Transitional Justice in Argentina and Uruguay*, p. 77.

64. Buenos Aires Ciudad, “Monumento a las Víctimas del Terrorismo de Estado”.

apariciones forzadas. Durante la dictadura se utilizaron 498 centros clandestinos de detención para secuestrar y detener ilegalmente a personas, ya fuera para matarlas o para torturarlas a cambio de información. Algunos de estos centros se transformaron en espacios de memoria para fomentar la reflexión y el pensamiento crítico. Algunos ejemplos son El Olimpo en 2003, la Escuela de Mecánica de la Armada (ESMA) en 2004, El Club Atlético en 2005, Mansión Seré y Automotores Orletti en 2006 en Buenos Aires, el Departamento de Inteligencia de la Policía en 2006 y La Perla en 2008 en Córdoba, y la Brigada de Investigaciones de la Resistencia en el Chaco.⁶⁵

Además, la Argentina ha aprobado leyes y emitido un decreto presidencial sobre la memoria:

- El Día Nacional de la Memoria por la Verdad y la Justicia, establecido por la Ley 26085/06 el día 24 de marzo, honra a las víctimas de la última dictadura, que comenzó ese día. Esta ley fue instituida por la Ley 25633.
- La Ley Nacional 26323/07 establece el 10 de diciembre como el Día de la Restauración de la Democracia.
- El Archivo Nacional de la Memoria fue creado por el Decreto Presidencial 1259/03 de diciembre de 2013. Entre sus funciones se encuentra la preservación de la documentación estatal relacionada con violaciones a los derechos humanos. Está ubicado en el ex centro clandestino de detención ESMA.⁶⁶
- La Ley 26691 de Sitios de Memoria, cuyo objetivo es la preservación, señalización y difusión de los “sitios de memoria del terrorismo de Estado”, entendidos como aquellos lugares que funcionaron como centros clandestinos de detención, o donde se llevaron a cabo hechos emblemáticos de la represión ilegal durante el Proceso.

Hay otros dos conceptos clave para entender cómo funciona el TJ en la Argentina: el *Nunca más* y *memoria, verdad y justicia*.

El *Nunca Más* es el nombre del libro que reproduce el Informe de la CONADEP (Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas) de

65. LESSA, *Memory and Transitional Justice in Argentina and Uruguay*, pp. 77-78.

66. ESCALANTE, “La memoria como derecho humano en...”, p. 15.

1984. El informe recoge testimonios de la desaparición y muerte de unas 9.000 personas durante la dictadura militar en la Argentina. La Comisión concluyó con una serie de recomendaciones para iniciar acciones legales contra los responsables.

Aunque la Argentina es uno de los casos de estudio más importantes en materia de JT, fuera de los círculos académicos, el concepto de JT es ajeno al léxico argentino. A nivel interno, el proceso transicional se conoce bajo el lema “Memoria, verdad y justicia”.

IV. CONCLUSIÓN

Los elementos constitutivos de la TJ se eligieron teniendo en cuenta tanto la práctica estatal como la normativa. Para concluir este trabajo es necesario responder a tres preguntas: ¿Las normas o las sentencias están reconociendo el proceso de memorialización? ¿Se pueden encontrar políticas de “memoria” en el caso argentino? Y quizás la más importante: ¿Opera dentro de un elemento preexistente o como uno independiente?

En primer lugar, los memoriales para recordar a las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos fueron ordenados a nivel regional por la Corte IDH. La Corte se ha referido a los memoriales como reparaciones o como una GNR dependiendo de si fue propuesta por el Estado o fue solicitada por las víctimas. En el primer caso, se cataloga como GNR y, en el segundo, como reparaciones. Sin embargo, esta división parece forzada ya que las medidas incluidas en ambos casos son en su mayoría las mismas.

En segundo lugar, tanto a nivel regional como nacional, se aprobaron normas relativas a los procesos de memorialización. Los Principios de la CIDH sobre Políticas Públicas de Memoria en las Américas reconocieron a la Memoria como un eje transversal respecto de la verdad, la justicia, las reparaciones y la GNR. Adicionalmente, una ley nacional determinó el Día Nacional de la Memoria por la Verdad y la Justicia. La memoria, según esta ley, es un requisito para alcanzar los objetivos de verdad y justicia.

La dificultad para categorizar la “memoria” inequívocamente bajo un elemento, observando que los restantes cuatro elementos fueron mencionados ya sea por la CIDH, la Corte IDH, o la normativa nacional, demuestra que la memoria no encaja dentro de ninguno de ellos.

En tercer lugar, la Argentina ha elaborado varias políticas de “memoria” como la creación de un parque nacional, la instalación de baldosas donde tra-

bajaron o estudiaron los desaparecidos y la transformación de los centros de detención en memoriales que invitan a la reflexión, entre otras. Estos memoriales, como el Parque de la Memoria, tienen una perspectiva tanto individual como colectiva: están escritos los nombres de los 9.000 desaparecidos reconocidos, pero aún quedan 30.000 placas apelando a la memoria colectiva. Nuevamente, las políticas de memoria individuales pueden considerarse reparaciones, mientras que las políticas de memoria colectivas pueden considerarse GNR.

El fraccionamiento de las “políticas de memoria” para categorizarlas bajo uno de los cuatro elementos originales, ha llegado al punto en que la memoria no puede seguir siendo subsumida bajo un elemento preexistente y debe ser considerada un elemento constitutivo. En conclusión, en lugar de considerar cada iniciativa de memoria como parte de un elemento constitutivo diferente, debe reconocerse su carácter transversal.

Por lo tanto, la “memoria” debe ser considerada el quinto pilar de la TJ en las Américas, en general, y, en particular, en la Argentina.

BIBLIOGRAFÍA

- Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, A/RES/60/147, Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones Manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones, 21/3/2006.
- , A/69/518, Promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, 14/10/2014.
- , A/72/523, Promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, 12/10/2017.
- , A/RES/60/147, Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, 21/3/2006.
- , A/HRC/45/45, Los procesos de memorialización en el contexto de violaciones graves de derechos humanos y del derecho internacional humanitario: el quinto pilar de la justicia transicional, 9/7/2020.
- , A/HRC/30/42, Informe del relator especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, 7/9/2015.

- , A/HRC/21/46, Informe del relator especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Pablo de Greiff, 9/8/2012
- , A/HRC/24/42, Informe del relator especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Pablo de Greiff, 8/8/2013.
- , A/HRC/RES/18/7, relator especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, 13/10/2011.
- , A/HRC/25/49, Informe de la relatora especial sobre los derechos culturales, Farida Shaheed, 23/01/2014.
- , A/HRC/45/45, Los procesos de memorialización en el contexto de violaciones graves de derechos humanos y del derecho internacional humanitario: el quinto pilar de la justicia transicional, 09/07/2020.
- BARAHONA DE BRITO, Alexandra, “Transitional Justice and Memory: Exploring Perspectives”, *South European Society and Politics*, Vol. 15, N° 3, 2010.
- BICKFORD, Louis, “Memoryworks/memory works”, en RAMÍREZ-BARAT, Clara, *Transitional Justice, Culture and Society: Beyond Outreach*, Social Science Research Council, 2014, Nueva York.
- BRETT, Sebastian; BICKFORD, Louis; SEVCENKO, Elisabeth y RIOS, Marcela; “Memorialización y democracia: Políticas de Estado y acción civil”, International Center for Transitional Justice, 2008, Santiago de Chile.
- Centro Internacional de Justicia Transicional, “¿Qué es la Justicia Transicional?”, URL <https://www.ictj.org/es/que-es-la-justicia-transicional>, consultado 28/12/2023.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Principios sobre Políticas Públicas de Memoria en las Américas, Resolución 3/2019, 9/11/2019.
- , E/CN.4/RES/2005/66, El derecho a la verdad, 20/4/2005.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, “Caso ‘niños de la calle’ (Villagrán Morales y otros) c. Guatemala”. Reparaciones y costas. 26/5/2001.
- , “Caso 19 comerciantes c. Colombia”. Fondo, Reparaciones y Costas. 5/7/2004
- , “Caso Anzualdo Castro c. Perú”. Objeciones preliminares, Fondo, Reparaciones y costas. 22/9/2009.
- , “Caso Barrios Altos c. Perú”. Reparaciones y costas. 30/11/2001.
- , “Caso Benavides Cevallos c. Ecuador”. Fondo, reparaciones y costas. 19/6/1998.

- , “Caso Chitay Nech y otros c. Guatemala”. Objeciones preliminares, Fondo, Reparaciones y costas. 25/5/2010.
- , “Caso Comunidad Moiwana c. Suriname”. Objeciones preliminares, Fondo, Reparaciones y costas. 15/6/2005.
- , “Caso Goiburú y otros c. Paraguay”. Fondo, Reparaciones y Costas. 22/9/2006.
- , “Caso González y otros (“Campo Algodonero”) c. México”. Objeciones preliminares, Fondo, Reparaciones y costas. 26/11/2009.
- , “Caso Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) c. Guatemala”. Fondo, Reparaciones y costas. 20/11/2012.
- , “Caso Huilca Tecse c. Perú”. Fondo, Reparaciones y Costas. 3/3/2005
- , “Caso La Cantuta c. Perú”. Fondo, Reparaciones y Costas. 29/11/2006.
- , “Caso Masacre de Ituango c. Colombia”. Objeciones preliminares, Fondo, Reparaciones y costas. 1/7/2006.
- , “Caso Masacre de La Rochela c. Colombia”. Fondo, reparaciones y costas. 11/5/2007.
- , “Caso Masacre de las Dos Erres c. Guatemala”. Objeciones preliminares, Fondo, Reparaciones y costas. 24/11/2009.
- , “Caso Masacre de Mapiripán c. Colombia”. Fondo, reparaciones y costas. 15/9/2005.
- , “Caso Masacre de Río Negro c. Guatemala”. Objeciones preliminares, Fondo, Reparaciones y costas. 4/9/2012.
- , “Caso Masacre Pueblo Bello c. Colombia”. Fondo, reparaciones y costas. 3/1/2006.
- , “Caso Myrna Mack Chang c. Guatemala”. Fondo, reparaciones y costas. 25/11/2003.
- , “Caso Prisión de Miguel Castro-Castro c. Perú”. Fondo, reparaciones y costas. 25/11/2006.
- , “Caso Rochac Hernández y otros c. El Salvador”. Fondo, reparaciones y costas. 14/10/2014.
- , “Caso Trujillo Oroza c. Bolivia”. Reparaciones y costas. 27/2/2002.
- DAVIDOVIC, Maja, “The Law of ‘Never Again’: Transitional Justice and the Transformation of the Norm of Non-Recurrence”, *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 15, 2021.
- DE GREIFF, Pablo, “Justice and Reparations”, en PABLO DE GREIFF (ed.), *The Handbook of Reparations*, Oxford University Press, 2006, Oxford.
- DE GREIFF, Pablo, “Theorizing Transitional Justice”, en *American Society of Political Legal Philosophy*, Vol. 51, 2012.

- ESCALANTE, Lucia Soledad, “La memoria como derecho humano en Argentina: Una reconstrucción desde la teoría crítica”, en *Derecho y Ciencias Sociales*, Vol. 25, 2021.
- GONZÁLEZ, Eduardo, “Set to fail? Assessing tendencies in truth commissions created after violent conflict”, en International Center for Transitional Justice, *Can Truth Commissions Strengthen Peace Processes?*, 2012.
- GARFUNKEL, Ianiv, “Verdad y justicia: ¿términos incompatibles en la justicia transicional?”, *American University International Law Review*, Vol. 32, N° 2, 2005.
- GREELEY, Robin Adèle, FALCIONI, José Luis, REYES, Ana María y otros, “Repairing Symbolic Reparations: Assessing the Effectiveness of Memorialization in the Inter-American System of Human Rights”, be *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 14, 2020.
- HAYNER, Priscilla, “Comisiones de la verdad: resumen esquemático”, *International Review of the Red Cross*, Vol. 862, N° 88, 2006.
- JELIN, Elizabeth, “Memory and Democracy: Toward a Transformative Relationship”, en GREADY, Paul & ROBINS, Simon (eds.), *From Transitional to Transformative Justice*, Cambridge University Press, 2019, York (RU).
- Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, S/2004/616, El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, 23/8/2004.
- LESSA, Francesca, “Memory and Transitional Justice in Argentina and Uruguay”, Palgrave Macmillan, 2013, Nueva York (EE. UU.).
- MÉNDEZ, Juan E., “The Right to Truth”, en JOYNER, Christopher C. ed., *Reining in Impunity for International Crimes and Serious Violations of Fundamental Human Rights: Proceedings of the Siracusa Conference 17-21 September 1998*, St. Agnes, Ere`s, 1998, Toulouse (Francia).
- MOFFETT, Luke “Transitional justice and reparations: Remediating the past?” en LAWThER, Cheryl, MOFFETT Luke, DOV JACOBS Andorize (Eds.), *Research Handbook on Transitional Justice*, Elgar, 2017, RU.
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas, A/HRC/RES/18/7, Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, 13/10/2011.
- Parque de la Memoria, “Monumento a las Víctimas del Terrorismo de Estado”. URL <https://parquedelamemoria.org.ar/monumento/>, consultado 28/12/2023.
- ROMERO, Luis Alberto, *Historia argentina del siglo XX*, Fondo de Cultura Económica de Argentina, 2007, Buenos Aires.

- SARKIN, Jeremy Julin, “Towards a Greater Understanding of Guarantees of Non-Repetition (GNR) or Non-Recurrence of Human Rights Violations: How GNR Intersects Transitional Justice with Processes of State (Re)Building, the Rule of Law, Democratic Governance, Reconciliation, Nation Building, Social Cohesion, and Human Rights Protection”, *Stanford Journal of International Law*, Vol. 57, N° 2, 2021.
- SIKKINK, Kathryn y BOOTH WALLING, Carrie, “The Impact of Human Rights Trials in Latin America”, *Journal of Peace Research*, Vol. 44, N° 4, 2007.
- TEITEL, Ruti G., *Transitional Justice*, Oxford University Press, 2000, Oxford.
- , “Transitional Justice Genealogy”, en *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 16, 2003.
- UMPRIMNY, Rodrigo & SAFFON, María Paula, “Justicia Transicional y justicia restaurativa: tensiones y complementariedades. De Justicia (2017). URL https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_52.pdf consultado 28/12/2023.
- YASMIN NAQVI, “El derecho a la verdad en el derecho internacional: ¿realidad o ficción?”, 862(88) *International Review of the Red Cross* 245, Vol. 862, N° 88, 2006.



LA JUSTICIA DE DON CORLEONE: HESITACIONES SOBRE LA MORAL, LA POLÍTICA Y EL DERECHO*

LEANDRO ABEL MARTÍNEZ**

*Creo en América. Este país ha hecho mi fortuna (Bonasera).¹
...pues después de todo no somos comunistas (Barzini).²*

Resumen: El trabajo persigue un doble propósito concatenado. En primer lugar, rendir homenaje a un hito de la cinematografía: *El Padrino*. En aras del tributo, se reflexiona acerca de temas centrales de la filosofía en sus múltiples planos, tomando situaciones de la película que ponen en evidencia posiciones morales de algunos de los personajes. La pretensión es sencilla: distinguir entre la moral, la política y el derecho. En segundo término, vincular la ficción con la realidad, trayendo a colación los pronunciamientos “Muiña” y “Batalla” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Ambos son casos en los que se juzgan crímenes de lesa humanidad y evidencian que en esa esfera temática las categorías morales, políticas y jurídicas se tornan imprecisas. En el itinerario, haré hincapié en el concepto de validez del derecho y en el sentimiento de justicia o injusticia que provocan tanto las normas jurídicas como las decisiones judiciales. Con relación a las vinculaciones entre el derecho y la justicia, una de las ideas centrales es que no existe un método empírico para atribuir verdad o falsedad a los juicios morales. La mirada sobre los problemas jurídicos y el abordaje jurisprudencial —corresponde confesarlo— es de corte netamente positivista.

* Recepción del original: 13/07/2023. Aceptación: 28/10/2023.

** Abogado. Agradezco profundamente la colaboración de Juliana Belén Aragón, el aporte crítico del profesor Guillermo Jensen y, especialmente, los comentarios del profesor Martín Diego Farrell sobre legalidad y moralidad. Por último, mi reconocimiento a la Lic. Clarisa Vittoni por las correcciones del texto.

1. PUZO, *El Padrino*, p. 43. Aclaración: teniendo en cuenta que la película es sumamente fiel al texto de la novela, prefiero documentar los hechos utilizando la literalidad de la traducción escrita. La frase es pronunciada en la primera escena de la película.

2. PUZO, *El Padrino*, p. 429.

Palabras clave: iuspositivismo — iusnaturalismo — lesa humanidad — el padrino — muiña — batalla

Abstract: The paper pursues a dual interconnected purpose. First, to pay tribute to a milestone in cinematography: *The Godfather*. In this tribute, reflections are made on central themes of philosophy across various planes, using situations from the film that highlight the moral positions of some characters. The aim is simple: distinguishing between morality, politics, and law. Second, to link fiction with reality by bringing up the pronouncements "Muiña" and "Batalla" from the Federal Supreme Court of Justice. Both are cases where crimes against humanity are being judged, and they demonstrate that in these thematic moral, political, and legal categories become blurry. Throughout the journey, emphasis will be placed on the validity of the Law and the sense of justice or injustice provoked by legal norms and judicial decisions. Regarding the connections between law and justice, one of the central ideas is that there is no empirical method to attribute truth or falsehood to moral judgments. It must be admitted that the perspective on legal problems and jurisprudential approaches is distinctly positivist.

Keywords: legal positivism — natural law — crimes against humanity — the godfather — muiña — batalla

I. ELOGIO Y PROPÓSITO

En 1972, se estrenó una de las obras maestras de la historia del séptimo arte: *El Padrino*. Fue dirigida por Francis Ford Coppola y producida por Albert S. Ruddy (Paramount Pictures). Constituye una adaptación de la novela homónima (1969) de Mario Puzo. El guion adaptado de la película, merecedor del premio Oscar, pertenece a Coppola y a Puzo. Además, recibió la estatuilla otorgada por la Academia de Artes y Ciencias Cinematográficas en los rubros de mejor película y de mejor actor (Marlon Brando por su interpretación de Vito Corleone).³

Los hacedores de la ópera prima mafiosa podrían haber descansado en los laureles de su palmarés y en la gloria taquillera de la primera saga,

3. En la partida de nacimiento italiana el apellido es Andolini. El cambio por Corleone, lugar de origen, es modificado al llegar como inmigrante a Estados Unidos. Siendo un niño huérfano emigra ante la amenaza de muerte de don Ciccio que había asesinado a su familia.

sin embargo, nos brindaron una de las mejores trilogías cinematográficas que conocemos hasta el día de la fecha.⁴ No soy crítico de cine, pero desde hace años participo en tertulias, ocasionales, donde se discute cuál de las entregas es la mejor de todas. En lo personal, cambio de posición todo el tiempo. El diagnóstico es tripolaridad cinéfila. La culpa de mi enfermedad la tienen los artífices de la historia.

Uno de los propósitos de estas breves páginas es formular algunas reflexiones como excusa para satisfacer mi predilección por una joya que en 2022 cumplió 50 años. En pos de ese objetivo, analizaré situaciones que exponen posturas morales de los personajes y dan cuenta de discusiones insalvables, que honran el pluralismo de las ideas, en el ámbito académico. Si bien el material permite realizar un gran despliegue teórico, me conformaré con reseñar y analizar solo algunos fragmentos.

Antes de abordar el tema, es necesario consensuar algunos puntos. A lo largo del texto, las reflexiones o afirmaciones o dubitaciones pretenden llamar la atención, en tono provocativo, sobre ciertos problemas que operan fuera de la pantalla grande.

II. ACLARACIONES SEMÁNTICAS

En *Juicio al mal absoluto*, Carlos Santiago Nino propone distinguir tres planos de análisis respecto de los problemas de la justicia retroactiva o, dicho de otro modo, del juzgamiento a las violaciones masivas a los derechos humanos: el moral, el político y el jurídico.⁵ Las categorías de Nino son de utilidad para nuestro caso, dado que aquí se propone diferenciar o identificar esos niveles de análisis. El eje del opúsculo se relaciona con la concepción de los cursos de acción justos o injustos.⁶

4. Se destacan, a mi gusto, las trilogías de *Batman* de Christopher Nolan y de *El Señor de los Anillos* de Peter Jackson.

5. NINO, *Juicio al mal absoluto*, pp. 9-14. Es oportuno llamar la atención que, en la obra citada, Nino no utiliza la expresión "justicia transicional". El autor denomina al gobierno de la recuperación de la democracia como de "transición" y al analizar el juicio a las juntas militares se refiere a la "justicia retroactiva" (pp. 7-14). En cuanto al último punto, el capítulo segundo, en donde se describe la política del gobierno del presidente Raúl R. Alfonsín, se titula "La justicia retroactiva en la Argentina" (pp. 76-170).

6. En cuanto a la inserción del valor justicia en el constitucionalismo, Daniel Mendonca y Ricardo A. Guibourg señalan: "La justicia es una referencia recurrente en el lenguaje cons-

Existen distintas interpretaciones sobre lo bueno y lo malo, lo correcto o lo incorrecto y lo justo o lo injusto, etcétera.⁷ Las miradas pueden provenir desde la filosofía moral, la política⁸ y la jurídica.⁹ Naturalmente, en cada una de ellas se expresan y entran en conflicto diferentes enfoques teóricos sobre un mismo tema. A fin de graficar la complejidad del asunto, expongo a continuación el pensamiento de algunos autores que, desde lue-

titucional, porque se la venera como la clave de bóveda de todo el sistema jurídico, como el valor que da sentido a las normas, otorga contenido legítimo a su aplicación y exige a veces su reformulación o su relectura" (MENDONCA y GUIBOURG, *La odisea constitucional. Constitución, teoría y método*, p. 64).

7. Sobre la cuestión, Carlos Rosenkrantz explica: "Un hecho incontrastable de nuestras sociedades es el pluralismo. Disentimos acerca de las concepciones del bien. Carecemos de una visión común acerca de aquello que constituye una vida que merezca ser vivida y disentimos respecto de lo que cada uno de nosotros debe hacer por cada uno de todos los demás. No estamos de acuerdo acerca de lo que tenemos que procurar para otros y qué es lo que tenemos que esforzarnos en evitarles. Para ponerlo en terminología rawlsiana, tenemos distintas concepciones de la justicia. En razón de este disenso, el derecho debe ser entendido como un sistema de reglas pues las reglas son especialmente importantes para coordinar conductas y así encarar proyectos comunes para lograr beneficios recíprocos" (ROSENKRANTZ, "La obligación de los jueces de aplicar el derecho: una réplica kantiana a Martín Farrell", pp. 181-182).

8. En cuanto a las complejas relaciones entre las decisiones políticas y el correspondiente sustento moral, es admirable la reflexión del presidente Raúl Ricardo Alfonsín al recordar la estrategia para el juzgamiento de los crímenes de la última dictadura: "Nuestro objetivo no podía ser el juicio y la condena a todos los que de una u otra manera habían vulnerado los derechos humanos, porque esto era irrealizable, sino alcanzar un castigo ejemplificador que previniera la reiteración de hechos similares en el futuro. Necesitábamos dejar una impronta en la conciencia colectiva en el sentido que no había ningún grupo, por poderoso que fuera, que estuviera por encima de la ley y que pudiera sacrificar al ser humano en función de logros supuestamente valiosos. Queríamos prevenirnos como sociedad; sentar el precedente de que nunca más un argentino sería sacado de su casa en la noche, torturado o asesinado por funcionarios del aparato estatal" (ALFONSÍN, *Memoria política. Transición a la democracia y derechos humanos*, pp. 45- 46).

9. Conuerdo con Raúl Gustavo Ferreyra, quien, en oportunidad de analizar los distintos enfoques sobre el mundo del derecho, afirma: "El hombre forma parte del mundo natural porque es producto o resultado de la naturaleza o su evolución. La naturaleza no da fundamento ni dispone de ningún estado de cosas para que una decisión o convención humana sea producida de determinada forma. La naturaleza no dispone, entre sus uniformidades y regularidades, de ningún modelo moral y/o jurídico. El derecho es una eminente creación de la razón y experiencia del hombre; por tanto, es él quien introduce un nuevo patrón o sistema a la naturaleza, que le ha dado la posibilidad de que viva en el mundo" (FERREYRA, *Fundamentos constitucionales*, p. 25).

go, no sintetizan el universo teórico involucrado en cada saber o disciplina.

Desde la filosofía moral, consecuencialista, Martín Diego Farrell explica: "El utilitarismo sostiene un principio supremo, por ejemplo, que la felicidad es el único valor y esta es sin duda una afirmación ética".¹⁰ En contraposición, la deontología¹¹ pone el acento en los deberes y en la aplicación de las reglas, con prescindencia de sus consecuencias.

Desde la filosofía política, liberal e igualitaria, John Rawls entiende: "No concebimos la justicia como equidad como una doctrina moral comprensiva sino como una concepción política que se aplica a esa estructura de instituciones políticas y sociales".¹² La teoría de Rawls necesita para la construcción de la idea de una sociedad ordenada, entendida como un sistema equitativo de cooperación, concebir a las personas como libres e iguales y portadoras de dos facultades morales: poseer un sentido de justicia política y una concepción del bien.¹³ Otras miradas liberales proponen un rol mínimo del Estado.¹⁴

Desde la filosofía jurídica positivista, Norberto Bobbio intenta redefinir las corrientes clásicas¹⁵ y dice:

"[...] por jusnaturalismo entiendo la teoría de la superioridad del derecho natural sobre el derecho positivo; por positivismo jurídico la teoría de la exclusividad del derecho positivo. El jusnaturalismo es dualista; el positivismo jurídico, monista".¹⁶

10. FARRELL, "Una obsesión por la unidad", p. 90.

11. El referente clásico es Immanuel Kant.

12. RAWLS, *La justicia como equidad. Una reformulación*, p. 36.

13. PUZO, *El Padrino*, pp. 31- 43.

14. En esa línea de pensamiento, se destaca Robert Nozick.

15. Eugenio Bulygin cataloga como figuras rectoras del positivismo jurídico a Alf Ross, H. L. A. Hart y Norberto Bobbio. Dentro de las teorías iusnaturalistas, señala que se destacan Ronald Dworkin, Jhon Rawls, Robert Nozick, Jhon Finnis y Carlos Santiago Nino (BULYGIN, "Sobre el status ontológico de los derechos humanos", pp. 621 y 622). Naturalmente, el listado es incompleto. Me doy licencia para incluir a Eugenio Bulygin, Ricardo Guibourg, Martín Diego Farrell, Andrés Rosler y Antonio García Amado como positivistas de mi preferencia. Asimismo, deben ser tenidos en cuenta Robert Alexy y Manuel Atienza en la corriente iusmoralista (en la terminología pergeñada por García Amado). En la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, mi alma máter, reina el pluralismo de ideas en las cátedras de la asignatura Teoría del Derecho.

16. BOBBIO, *El problema del positivismo jurídico*, pp. 68. El autor distingue varios tipos de positivismo.

En definitiva, el acervo cultural que nos brinda la historia del pensamiento planetario es inmensa y excede las modestas aspiraciones de estas líneas. Simplemente, quise obtener un seguro frente a eventuales "vendettas" académicas. Volvamos, entonces, a la trama mafiosa.

III. BONASERA PIDE JUSTICIA

La célebre novela comienza en un Tribunal Criminal de la Corte de Nueva York. Allí se está desarrollando el juicio a dos hombres que intentaron abusar y luego golpearon brutalmente a la hija de Amerigo Bonasera. El juez toma la palabra y pronuncia su veredicto:

Actuaron ustedes como bestias salvajes [...] y menos mal que no agredieron sexualmente a aquella pobre chica, pues ello les hubiera costado una pena de veinte años [...] Pero teniendo en cuenta su edad, su limpio historial, la buena reputación de sus familias... y porque la ley, en su majestad, no busca venganzas de tipo alguno, les condeno a tres años de prisión. La sentencia queda en suspenso.¹⁷

El fallo trajo felicidad a los dos acusados y a sus padres, pero tristeza y furia a Bonasera, que exclamó amargamente y con los ojos llorosos:

¡Os prometo que lloraréis como yo he llorado! [...] ¡Os haré llorar como vuestros hijos me hacen llorar a mí! [...] Nos han puesto en ridículo [...] si queremos justicia, deberemos arrodillarnos ante Don Corleone.¹⁸

El último sábado de agosto de 1945, en Long Island (New York), se celebró la boda de la hija del Padrino, Constanzia Corleone. Durante la fiesta y conforme la tradición siciliana, el Don recibió a las personas que querían honrarlo con dinero o solicitarle algún tipo de favor. Al llegar el turno del empresario de pompas fúnebres, Bonasera, Don Vito Corleone lo recibió con frialdad en su despacho. Lo acompañaban el "consiglieri" Tom

17. PUZO, *El Padrino*, pp. 15-16.

18. PUZO, *El Padrino*, pp. 16-17.

Hagen y su hijo Sonny Corleone. La frigidez del Don se debía a que Bonasera nunca lo había llamado “Padrino”, ni le había pedido consejo o ayuda, y de esa manera había rechazado su amistad. Tuvieron el siguiente diálogo:

- Solo le pido que haga justicia (Bonasera).
- El tribunal ya hizo justicia —adujo Don Corleone, con sequedad.
- No —replicó Bonasera, con un gesto de obstinación—. Hizo justicia a los jóvenes, pero no a mí.
- Con una ligera inclinación, El Don dio a entender que había sabido apreciar la sutil diferencia.
- ¿Cuál es tu justicia? —preguntó seguidamente.
- Ojo por ojo —respondió Bonasera.
- Has pedido más. Tu hija está viva —señaló el Don.
- Que sufran como sufre ella —convino Bonasera.¹⁹

Finalmente, Bonasera inclinó la cabeza y solicitó la amistad del Don. A raíz de la genuflexión, el Padrino sentenció:

Bien, tendrás justicia —aseguró—. Algún día, un día que tal vez nunca llegue, te llamaré para pedirte algún pequeño servicio. Hasta entonces, considera esta justicia como un regalo de mi esposa, la madrina de tu hija.²⁰

Luego, Don Vito le pidió a Hagen que encargara el asunto al “caporegime” Peter Clemenza, sin causar la muerte de los jóvenes que hirieron a la hija de Bonasera: “...después de todo [...] no somos asesinos”.²¹

IV. LA SENTENCIA JUDICIAL Y LA “VENDETTA” MAFIOSA

Para Bonasera la sentencia judicial es injusta, habida cuenta de que dejó en libertad a los agresores de su hija. Bonasera entiende a la justicia

19. PUZO, *El Padrino*, p. 47.

20. PUZO, *El Padrino*, p. 49.

21. PUZO, *El Padrino*, p. 49.

como sinónimo de venganza basada en la ley del talión. Sin embargo, para los acusados y sus familias el veredicto es justo, razón por la cual les causó alivio y felicidad.

Por su parte, el juez al momento de fallar, tuvo en consideración las circunstancias personales de los acusados y los hechos del caso, y dejó claramente expresado que el sistema legal no busca la venganza. En este sentido, la ley positiva le otorga al magistrado la facultad discrecional de suspender la condena sobre la base de un conjunto de valoraciones personales.

Tomando como ejemplo el Código Penal argentino, el artículo 26 (párrafo primero), dispone:

En los casos de primera condena a pena de prisión que no exceda de tres años, será facultad de los tribunales disponer en el mismo pronunciamiento que se deje en suspenso el cumplimiento de la pena. Esta decisión deberá ser fundada, bajo sanción de nulidad, en la personalidad moral del condenado, su actitud posterior al delito, los motivos que lo impulsaron a delinquir, la naturaleza del hecho y las demás circunstancias que demuestren la inconveniencia de aplicar efectivamente la privación de libertad. El tribunal requerirá las informaciones pertinentes para formar criterio, pudiendo las partes aportar también la prueba útil a tal efecto.

Con relación al espíritu de la norma citada, para nuestro sistema constitucional las cárceles no son concebidas para el castigo y la mortificación de las personas privadas de libertad (art. 18 de la Constitución Nacional). En la misma línea, la Convención Americana de Derechos Humanos, que goza de jerarquía constitucional, garantiza el debido respeto de la dignidad de las personas privadas de libertad y dispone que la pena tiene como finalidad esencial tanto la reforma como la readaptación social de los condenados (art. 5, incs. 2 y 6). Detrás de la normativa reseñada, subyace una concepción humanista.²² En definitiva, el juez se encontraba amparado en

22. Daniel PASTOR enseña: "La ideología de este humanismo ilustrado respecto del aparato represivo de la autoridad pública es asimismo muy clara. El poder penal es también una amarga necesidad, que si bien –por consiguiente– no puede ser suprimida, debe ser controlada por el reconocimiento en el individuo de derechos frente al aparato represivo.

una regla jurídica para justificar su decisión, razón por la cual su decisión es legal y las consideraciones sobre su justicia no inciden en su validez.

En cambio, el Padrino luego de escuchar las razones de Bonasera decidió el castigo físico de los victimarios, sin que este implique la muerte de ambos. Para fundar la “vendetta” mafiosa se basó en su propio código moral y, probablemente, en las tradiciones de la “cosa nostra”. Nótese que al igual que el juez, Don Vito valoró las circunstancias del caso, concluyendo piadosamente que la imposición de la pena de muerte era excesiva.

Ahora bien, ¿cuál de las sentencias es moralmente justa? La cuestión es discutible y depende de la subjetividad del observador. En mi opinión y con ánimo de provocar, el castigo moralmente justo es el de Don. Sin embargo, no tengo un método para demostrar que mi afirmación es la correcta. Desde el plano jurídico, nada tengo para objetar respecto del obrar judicial: ¿res iudicata pro veritate accipitur?²³

V. VALIDEZ Y JUSTICIA DE LAS NORMAS

La decisión judicial está sustentada en una norma jurídica —más allá del amplio margen de discrecionalidad que esta le otorga al juez— y la “vendetta” mafiosa se basa en un juicio moral acerca del castigo que corresponde aplicar. Dado el contexto, estimo conveniente detenerme, brevemente, en el marco legal y moral que rodea a los veredictos.

Tal como señalé, el artículo 26 del Código Penal argentino —finjamos que es una réplica del utilizado por el juez neoyorquino— faculta al juez a evaluar el contexto de un caso para aplicar la sanción penal. Entiendo que la norma se enrola en las denominadas de textura abierta, por cuanto no es demasiado precisa en establecer reglas aplicables a casos particulares. Llegado a este punto, me podría preguntar si la norma es de mi agrado, o, si ella es válida y, ergo, aplicable.

En general, me causan temor las habilitaciones legislativas al resto de los poderes estatales para que tomen decisiones sin parámetros claros. De

Derechos fundamentales y garantías judiciales que son, en esencia, prerrogativas de no punición y de punición no arbitraria según el caso” (PASTOR, “La ideología penal de ciertos pronunciamientos...”, pp. 24).

23. Conforme el *Diccionario Panhispánico del Español Jurídico*: “La cosa juzgada se tiene por verdad” (Ulpiano: Digesto 1, 5, 25 = 50, 17, 207), URL <https://dpej.rae.es/lema/res-iudicata-pro-veritate-accipitur>, consultado el 20/05/2023.

todas maneras, no puedo dejar de reconocer que el artículo 26 del Código Penal es válido en tanto fue creado por el poder competente, el Congreso de la Nación, respetando el procedimiento para la formación y sanción de las leyes. Asimismo, la norma se reputa válida, ya que no contraviene el contenido de normas supremas: la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional.

El examen sobre el respeto a la competencia y el procedimiento puede denominarse de validez formal. El *test* relativo al contenido y adecuación de la norma respecto de sus superiores cabría identificarlo como de validez material. Entonces, ¿una norma formal y materialmente válida es necesariamente justa? Entiendo que no.²⁴

La discusión sobre el aborto es ejemplificadora. Los pañuelos verdes y celestes exhiben posiciones antagónicas: los primeros a favor y los segundos en contra. Ambos ofrecen argumentos para considerar. Desde 2020, la interrupción voluntaria del embarazo es Ley (27610). Sin temor a equivocarme, la norma es válida en los sentidos antes explicados, aunque el juicio sobre su moralidad dependerá del color del pañuelo. Los juicios morales no son verdaderos ni falsos, dado que no existe un método para atribuirles corrección o incorrección.

Respecto del caso que nos ocupa, para los acusados y sus familias el fallo judicial —sustentado en una norma válida— fue bueno, pero para Bonasera fue malo. Surge entonces la pregunta sobre cómo desempatamos el debate en torno a la justicia de la norma jurídica y la decisión judicial.

En contraposición, la sentencia del Padrino no puede considerarse válida, ya que se encuentra al margen del sistema estatal. Independientemente de su ilegalidad, para Bonasera, la decisión de Don Corleone es más justa que la del juez, aunque para los imputados no lo es.

24. Al respecto, Guillermo Jensen en un estudio sobre Fernando Atria explica que el autor: "...pretende impugnar el moralismo epistémico que sostiene que las decisiones deliberadas son moralmente mejores por el solo hecho de ser tomadas bajo ciertas condiciones de deliberación. Para el profesor chileno la validez del derecho no está relacionada con la corrección moral de una decisión: una decisión política deliberada vale, en tanto derecho, a pesar de que algunos entiendan que es injusta" ("¿Un lenguaje nuevo para el derecho...", p. 129).

VI. IUSPOSITIVISMO JUDICIAL VERSUS IUSNATURALISMO MAFIOSO

La vieja, aunque siempre actual, discusión acerca de las relaciones entre el derecho y la moral está implícita en estas líneas. Dicho de otro modo: positivismo jurídico frente al iusnaturalismo. Simplificadamente, la primera teoría defiende la desconexión entre el derecho y la moral, a diferencia de la segunda doctrina que pregona una conexión necesaria.

Desde una supuesta mirada iusnaturalista mafiosa, la decisión judicial y la norma que la sustenta pueden considerarse incompatibles con ciertos principios morales y de justicia universal, o en rigor de verdad: regionales. En consecuencia, ante la palmaria injusticia de la sentencia, Bonasera podría aferrarse a la conocida fórmula de Gustav Radbruch: "La injusticia extrema no es derecho". En este caso, para la idiosincrasia siciliana de Bonasera, la aplicación de la ley del "ojo por ojo" sería el castigo proporcionalmente justo. De todos modos, a mi humilde modo de ver, la tesis iusnaturalista (teleológica, racionalista o historicista) carece de un método empírico para identificar esos valores universales.²⁵

Desde la concepción positivista, los enunciados morales no tienen contenido empírico. Según Nino para algunos autores positivistas (Kelsen, Ross y otros) los juicios morales:

... no expresan, por lo tanto, genuinas posiciones que puedan ser calificadas de verdaderas o falsas. Los enunciados valorativos son, para ellos, subjetivos y relativos y se limitan a ser la expresión de estados emocionales de quienes los formulan.²⁶

Por esta razón, aquí se torna relevante la validez de la norma para su aplicación, con independencia del juicio moral que se le pueda atribuir.

Como bien señala Andrés Rosler:

25. En cuanto a los aportes del iusnaturalismo, Mónica PINTO sostiene: "La combinación de las ideas iusnaturalistas, que predicaron los derechos del hombre por el solo hecho de ser tal, y del liberalismo constitucional, que impuso como límite al poder del Estado el respeto de determinados derechos del hombre, resultó en la consagración de las llamadas libertades públicas" (PINTO, *Temas de derechos humanos*, p. 2).

26. NINO, *Introducción al análisis del derecho*, p. 31.

“Todo positivista de ley —permítaseme la redundancia— cree que la normatividad del derecho es independiente de consideraciones morales. Sin embargo, el positivismo no aboga por una desconexión total entre el derecho y la moral ni considera que para que una disposición sea jurídica entonces tiene que ser inmoral”.²⁷

En mi opinión, el derecho goza de autoridad si es creado por el poder autorizado por la Constitución Nacional o por las normas que de ella se derivan. En ese itinerario, la democracia se expresa a través de los poderes Legislativo y Ejecutivo, como así también, mediante otros órganos constitucionales o aquellos que han sido instaurados por la legislación.

Rosler explica que en la actualidad:

...es el interpretativismo dworkiniano el que lleva a cabo el proyecto que algunos le atribuyen al iusnaturalismo, a saber, la idea de que el derecho no es sino la continuación de la moralidad por otros medios.²⁸

La crítica hace hincapié en el papel protagónico de los jueces para resolver controversias de acuerdo con sus propios juicios morales. A continuación, concluye: “Parafraseando a don Corleone, entonces, el enemigo del positivismo parecía ser Tattaglia (el iusnaturalismo) pero terminó siendo Barzini (el interpretativismo)”.²⁹ El paralelismo responde a que el verdadero asesino de Santino Corleone, alias “Sonny”, es Barzini, quien luego es eliminado por orden de Michael Corleone.

Es esclarecedor Eugenio Bulygin al explicar su filosofía jurídica y, en particular, el escepticismo axiológico que pregona, cuando expresa:

En la medida que esos juicios dependen de factores emocionales, no son verdaderos ni falsos. Esto no implica que no sean importantes; hay gente que sacrifica su vida por sus ideales políticos, morales o

27. ROSLER, *La ley es la ley. Autoridad e interpretación en la filosofía del derecho*, p. 57.

28. ROSLER, *La ley es la ley. Autoridad e interpretación en la filosofía del derecho*, p. 178.

29. ROSLER, *La ley es la ley. Autoridad e interpretación en la filosofía del derecho*, pp. 177-178.

religiosos, pero una cosa es la importancia y otra muy distinta la verdad. Esto firmemente convencido de que Mozart es más valioso que Johann Strauss, que la catedral de Chartres le supera en belleza al monumento a Vittorio Emmanuele, que Gandhi es moralmente superior a Bush, que la democracia es preferible a una dictadura, que una botella de buen tinto es mejor que Coca-Cola. Pero no creo que todo esto sean verdades.³⁰

Emulando a Bulygin pensemos en la belleza femenina y masculina. Creo que tanto Brigitte Bardot como Jane Birkin pueden ser consideradas de las actrices más bellas de la historia del séptimo arte. En 1973, ambas compartieron cartel y escenas provocadoras en el film "Si Don Juan fuese mujer" (este Don no es mafioso). Las dos interpretaron junto a Serge Gainsbourg la sugerente canción *Je T'aime... moi non plus*. Una y otra vivieron romances apasionados con Gainsbourg.

Ahora bien: ¿cuál de estas divas es más bella? Yo creo que Jane Birkin, pero no tengo razones objetivas para brindar, ya que mi juicio responde a mis preferencias estéticas y emociones indiscifrables. Paradójicamente, Gainsbourg era considerado un hombre feo para los canones de belleza sociales reinantes,³¹ pero cautivó a Bardot y a Birkin, entre muchas mujeres de su época. En suma, los estereotipos tradicionales acerca de la hermosura son subjetivos y no son los únicos para determinar la valía, en el campo de la seducción, de una persona. La inteligencia, la personalidad, el encanto, el habla, el lenguaje corporal, etcétera, también cuentan.

VII. REFLEXIONES METAÉTICAS³²

La actitud de Bonasera podría enrolarse dentro de las teorías descriptivistas, en la versión naturalista, ya que está convencido de que su juicio

30. BULYGIN, "Discurso pronunciado por el Dr. Eugenio...", pp. 323-324.

31. En torno a algunos de los etiquetamientos, puede recordarse el spaghetti western de Sergio Leone: El bueno, el malo y el feo (1966). Los papeles son interpretados por Clint Eastwood, Lee Van Cleef y Eli Wallach (el actor es Don Altobello en el Padrino III), respectivamente. La película es la última de la conocida "trilogía del dólar".

32. "La ética normativa formula juicios morales, y la metaética nos indica la naturaleza de los juicios morales que se han formulado" (FARRELL, *Entre el derecho y la moral*, p. 128).

de valor es verdadero y puede ser justificado racionalmente. Así se lo hace saber al Padrino en el diálogo que reproduce al inicio de estas breves reflexiones.

Asimismo, el sentido de justicia de Bonasera podría asociarse al subjetivismo social centralizado, ya que conforme explica Ricardo Guibourg:

... hace depender la justicia de una conducta de la aprobación de esa misma conducta por un grupo y no ya por un individuo. En ese contexto se reproduce la distinción anterior, entre el subjetivismo centralizado (que considera observador privilegiado a un grupo determinado, al que sería raro que el individuo que sostiene esa posición no perteneciera) y el subjetivismo social difuso, que juzga a cada grupo habilitado para tener su propia moral verdadera cualquiera sea su contenido.³³

En este sentido, Bonasera es parte de la comunidad ítalo-americana que vive en New York y que proviene, en particular, de Sicilia. De allí que la vida de ese grupo social se desarrolle conforme las tradiciones y los códigos de conducta sicilianos, como, por ejemplo, la ley del silencio u omertá.

Me confieso simpatizante de las teorías no descriptivistas o no cognitivistas, en atención a que: "...piensan que en materia moral no hay nada que conocer, nada que describir, sencillamente porque no hay hechos morales".³⁴ Debido a esta razón metaética, me veo impedido de demostrar que la sentencia de Don Vito Corleone es más justa que la del magistrado y viceversa.

En torno a esta dificultad, Guibourg sostiene:

... al afirmar que una proposición es verdadera, implicamos que ella resulta aceptable según ciertos criterios generales de aceptabilidad que, a su vez, gozan de amplísimo (prácticamente unánime) consenso. Si aplicamos este paradigma al discurso moral, es claro que los juicios éticos no son verdaderos ni falsos, ya que los criterios

33. GUIBOURG, *La construcción del pensamiento. Decisiones metodológicas*, pp. 131 y 132.

34. PUZO, *El Padrino*, p. 132.

generales de aceptabilidad según los cuales ellos suelen aceptarse están muy lejos de ser incontrovertidos: aun cuando algunas o muchas personas coincidan fuertemente en un conjunto de criterios, muchas otras emplean criterios diferentes. Desde este punto de vista general, pues, se llega a una conclusión no descriptivista; no tanto ni tan solo por razones metafísicas, sino simplemente porque no están dadas las condiciones epistemológicas necesarias para un uso consistente del concepto de verdad.³⁵

En este apartado, quise poner de manifiesto, entre otras tantas cuestiones, que el entorno social influye en nuestras aseveraciones morales, y las perplejidades que plantea la determinación y justificación de la verdad.

VIII. GARANTISMO VERSUS PUNITIVISMO: LOS CASOS "MUIÑA" Y "BATALLA"

Varios de los tópicos expuestos en este breve ensayo, guardan relación con situaciones vernáculas. A modo de justificación del parentesco de la ficción con la realidad, cabe traer a colación lo ocurrido hace pocos años en dos sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) en pleitos de suma sensibilidad social.³⁶ Me refiero al juzgamiento de los crímenes de lesa humanidad.³⁷ Los precedentes son conocidos como "Muiña"³⁸ y "Batalla".³⁹ Uno y otro ya son parte de la sinuosa historia argentina en la materia en cuarenta años del retorno de la democracia.

Sucintamente, se describen a continuación las ideas y vueltas, junto a los cambios normativos producidos en el tiempo, que fueron configurando

35. PUZO, *El Padrino*, p. 136.

36. Sobre el tema, se destaca la obra de ROSLER, *Si quiere una garantía compre una...*

37. Jaime E. Malamud Goti utiliza la terminología "crímenes de Estado" para titular un libro que aborda el problema (*Crímenes de Estado. Dilemas de la Justicia*).

38. CSJN, "Muiña". La mayoría fue conformada por el voto conjunto de Highton de Nolasco y de Rosenkrantz y el individual de Rosatti. En disidencias particulares votaron Lorenzetti y Maqueda.

39. CSJN, "Batalla". La mayoría fue conformada por los votos conjuntos, por un lado, de Highton de Nolasco y de Rosatti y, por otro, de Maqueda y de Lorenzetti. En disidencia y sosteniendo su posición en Muiña, votó Rosenkrantz.

el escenario actual respecto de los juicios.⁴⁰ A tales fines y para aportar claridad a la exposición, divido cronológicamente los hechos políticos y normativos en cuatro etapas.

VII. A. Primera

Recuperación del sistema democrático y afirmación de los derechos humanos (1983); derogación por medio de la Ley 23040 del Decreto Ley 22924 de autoamnistía, denominado de "pacificación nacional", dictado por la dictadura militar (1983); dictado de los decretos presidenciales 157 y 158 que ordenaron el juzgamiento contra quienes habían ejercido el terrorismo subversivo y el terrorismo de Estado (1983); creación y actuación de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas y elaboración del informe "Nunca más" (1983-1984); aprobación de la CADH por Ley 23054 y reconocimiento de la competencia de la Corte IDH por parte de la Argentina (1984); realización del juicio y condena a las juntas militares (1985); sanción de las Leyes 23492 y 23521 conocidas como de "Punto Final" y de "Obediencia Debida" (1986 y 1987); declaración de constitucionalidad de las Leyes 23040 y 23521 (1987, *Cfr*: CSJN, "Camps", Fallos: 310:1162 y otros); y la convalidación de la Ley 23492 (1988, *Cfr*: CSJN "Jofré", Fallos: 311:80).

4040. En ese itinerario, no puede desconocerse la influencia e impronta que ha tenido el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Para ilustrar la cuestión solo mencionaré lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Barrios Altos": "Esta Corte considera que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el derecho internacional de los derechos humanos". La Argentina no era parte en el caso, pero la CSJN hizo suyos esos argumentos en "Arancibia Clavel" que fue la sentencia precursora en la reapertura de los juicios de lesa humanidad. En sentido contrario, la CN permite que el Congreso de la Nación conceda amnistías generales (art. 99, inciso 20) y que el presidente indulte o conmute penas por delitos sujetos a la jurisdicción federal (art. 99, inc. 5).

VIII. B. Segunda

Dictado de los decretos presidenciales de indulto a los condenados y procesados (1989 y 1990); declaración de constitucionalidad del indulto a los procesados (1992, *Cfr*: CSJN “Aquino”, Fallos: 315:2421 y otros); sanción de las Leyes 24043 y 24411 de reparaciones (1991 y 1994); concreción de la reforma constitucional que —entre otras cosas— introdujo nuevas disposiciones (art. 36 y 75, inc. 22) que reaseguraron la supremacía y la vigencia de la Constitución frente a actos de fuerza contra el orden democrático y plasmaron la jerarquización a nivel constitucional de una serie de instrumentos internacionales sobre derechos humanos (1994); aprobación de la “Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas” por Ley 24556 (1995); aprobación de la “Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad” por Ley 24584 (1995); otorgamiento de jerarquía constitucional a la “Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas” por Ley 24820 (1997); promoción de juicios por la verdad (1998, *Cfr*: CSJN, “Urteaga”, Fallos: 321:2767); sanción de la Ley 24952 de derogación de las Leyes 23492 y 23521 (1998); y la sanción de la Ley 27156 de aprobación del Estatuto de Roma (2001) que tipifica los delitos de lesa humanidad.

VIII. C. Tercera

Otorgamiento de jerarquía constitucional a la “Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad” por Ley 25778 (2003); sanción de la Ley 25779 de nulidad de las Leyes 23492 y 23521 (2003); reinicio de los juicios por crímenes de lesa humanidad (2003); sanción de Leyes 25914 y 26564 de reparaciones (2004 y 2009); declaración de imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad por aplicación del derecho internacional consuetudinario (2004, *Cfr*: CSJN, “Arancibia Clavel”, Fallos: 327:3312); declaración de inconstitucionalidad de las Leyes 23492 y 23521 y constitucionalidad de la Ley 25779 (2005, *Cfr*: CSJN, “Simón”, Fallos: 328:2056); declaración de inconstitucionalidad de los decretos de indulto (2007 y 2010, *Cfr*: CSJN, “Mazzeo”, Fallos: 330:3248 y “Videla”, Fallos: 333:1657); y la sanción de la Ley 27156 de prohibición de indultos, amnistías y conmutación de penas en delitos de lesa humanidad (2015).

VIII. D. Cuarta

Aplicación del beneficio de la prisión domiciliaria respecto de los crímenes de lesa humanidad (2017, *Cfr.* CSJN, “Alespeiti”, Fallos: 340:493); aplicación del beneficio del “2 x 1” respecto de los crímenes de lesa humanidad (2017, *Cfr.* CSJN, “Bignone” [“Muiña”], Fallos: 340:549); sanción de Ley 27362 de interpretación contraria a la aplicación del beneficio del “2 x 1” respecto de tales crímenes (2017); inaplicación del beneficio del “2 x 1” respecto de tales crímenes (2018, *Cfr.* CSJN, “Hidalgo Garzón” [“Batalla”], Fallos: 341:1768); y la continuación de los juicios por crímenes de lesa humanidad (actualidad).

El fallo “Muiña”⁴¹ de la CSJN fue considerado injusto por gran parte de la sociedad argentina, que se movilizó, y por el Congreso de la Nación, que reaccionó, inmediatamente dictando una ley interpretativa (Ley 27362).⁴² La decisión judicial data del 3 de mayo de 2017 y la ley fue sancionada el 10 de mayo del mismo año. En la sentencia, se aplicó para casos de lesa humanidad la llamada ley del “2 x 1” (Ley 24390).

De acuerdo a esa ley, luego de transcurridos dos años de prisión preventiva, se toman dos días de cárcel por cada día de prisión cautelar para el cómputo de la pena. La ley del “2 x 1” estaba derogada (Ley 25430). En “Muiña” se encontraba en juego, principalmente, el respeto del principio de legalidad (artículo 18 de la Constitución Nacional) y la aplicación retroactiva de la ley penal más benigna consagrada en el artículo 2

41. Según Farrell: “La minoría del Tribunal (Lorenzetti y Maqueda) entendió que la ley no se aplicaba a este tipo de delitos, e invocó para ello textos y principios del derecho internacional. La mayoría de la Corte (Highton, Rosatti y Rosenkrantz) en cambio, sostuvo que los principios del derecho internacional no pueden desplazar a los derechos y garantías otorgados por la Constitución: cualquier cláusula contenida en un tratado que viole las prescripciones del artículo 27 de la Constitución es nula” (FARRELL, “La otra Batalla”).

42. República Argentina, “Conductas delictivas. Delitos de lesa humanidad...”, art. 1°. De conformidad con lo previsto en la Ley 27156, el artículo 7° de la Ley 24390 —derogada por Ley 25430— no es aplicable a conductas delictivas que encuadren en la categoría de delitos de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra, según el derecho interno o internacional. Art. 2°. El cómputo de las penas establecido en su oportunidad por el artículo 7° de la Ley 24390 —derogada por Ley 25430— será aplicable solamente a aquellos casos en los que el condenado hubiere estado privado de su libertad en forma preventiva durante el período comprendido entre la entrada en vigencia y la derogación de aquella ley. Art. 3°. Lo dispuesto por los artículos anteriores es la interpretación auténtica del artículo 7° de la Ley 24390 —derogada por ley 25430— y será aplicable aún a las causas en trámite.

del Código Penal, como así también en instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional (art. 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos y art. 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

La ley interpretativa dictada por el Poder Legislativo dispuso que la ley del “2 x 1” no fuera aplicable a los delitos de lesa humanidad, entre otros crímenes. Asimismo, estableció el plazo temporal de aplicabilidad de la ley en crisis. Por último, el legislador manifestó que actuaba ejerciendo su rol de intérprete auténtico de las leyes. Este conjunto de acontecimientos, provocó que dos integrantes del máximo tribunal cambiaran de postura en el caso “Batalla”⁴³ (4 de diciembre de 2018) conformando así una nueva mayoría.⁴⁴

La decisión de la CSJN se inserta en una concepción ideológica, transfronteriza e imperante en las últimas décadas, acerca del derecho penal de los derechos humanos.⁴⁵ Conforme este movimiento, la imposición del

43. Según, Rosler: “Si nos concentráramos en la coherencia del voto de los jueces en “Batalla” con relación a “Muiña” [...] observaríamos dos grandes bloques. Por un lado, percibiríamos que Lorenzetti, Maqueda y Rosenkrantz han sido coherentes con relación a “Muiña”, aunque obviamente por razones diferentes: Lorenzetti y Maqueda han mantenido su desapego a las garantías penales, mientras que Rosenkrantz ha confirmado su apego a las mencionadas garantías. Por el otro lado, en cambio, notaríamos que Rosatti y Highton han modificado sustancialmente su posición, ya que se habían aferrado al derecho —es decir, a las garantías penales— en “Muiña” pero cambiaron de opinión en “Batalla” (ROSLER, *Si quiere una garantía compre una...*, p. 63).

44. Sobre las complejidades del asunto, Pastor dice: “No hay nada más evidente, sencillo y rentable para un jurista, desde todo punto de vista, que afirmar que los crímenes deben ser castigados para que en el mundo prevalezca la justicia y reine la paz [...] Pero el derecho, también el internacional, considera igualmente que toda persona acusada de un hecho punible, de cualquier crimen, tiene derechos y garantías inherentes a su dignidad que deben ser respetados como único modo de llegar a una sentencia condenatoria de calidad jurídicamente aceptable para que en ese caso no haya una impunidad [...] Ello se mantiene en pie aunque el acusado sea un asesino serial contra la humanidad” (PASTOR, “La ideología penal de ciertos pronunciamientos...”, p. 20).

45. Al respecto, Pastor expresa: “En América Latina es actualmente un hecho público y notorio, pero también insólito, que los organismos internacionales de protección y en las organizaciones activistas de derechos humanos se han convertido en defensores del neopunitivismo más radical. El punto de reconocimiento de esta disfunción cultural se aprecia a partir de un marcado fundamentalismo de lo penal, que es el rasgo característico del neopunitivismo extremo” (PASTOR, *Tendencias. Hacia una aplicación más imparcial del derecho penal*, p. 376).

castigo y la necesidad de hacer justicia justifican, sin asumirlo, el apartamiento de las reglas. En su auxilio convergen las teorías que promueven la ponderación judicial y rechazan la aplicación de las normas que pueden ser tachadas de inmorales.⁴⁶ En mi humilde parecer: iusnaturalismo judicial neopunitivista contemporáneo.

Frente al panorama reseñado, entiendo que “Muiña” configura una decisión deontológica y fundada en el derecho. Por el contrario, opino que “Batalla” denota una solución consecuencialista y sustentada en juicios morales, encubiertos bajo el ropaje de una ley interpretativa de dudosa constitucionalidad. El ministro disidente en “Batalla”, explica en otro lugar:

Un filósofo deontológico seguramente estará más dispuesto a considerar a las reglas jurídicas como imperativos categóricos mientras que un consecuencialista las verá más bien como meras consideraciones normativas que, en ciertas circunstancias muy especiales, podrían ser derrotadas por consideraciones relativas a las consecuencias que habrían de producirse.⁴⁷

IX. PREGUNTAS FINALES

—¿Qué clase de hombres seríamos si careciéramos de la facultad de razonar? —comenzó. Seríamos como las bestias de la selva (Don Corleone).⁴⁸

Todos nosotros somos hombres de honor, por lo que no será necesario firmar documento alguno. Después de todo, no somos abogados (Don Corleone).⁴⁹

46. Sobre este tópico, Antonio García Amado explica: “...conforme a las teorías iusmoralistas y ponderadoras [...] el juez, que debe estar sometido al derecho, tal como dicen nuestras propias constituciones, lo está en cuanto la norma de derecho no lleve en el caso a una decisión inmoral. Por eso, para los defensores del principialismo antipositivista y de la ponderación, el razonamiento del juez es un razonamiento de naturaleza moral” (GARCÍA AMADO, *Decidir y argumentar sobre derechos*, pp. 66). El neoconstitucionalismo, tan de moda en la academia y en los estrados judiciales, se enrola en las corrientes de pensamiento antes enunciadas.

47. ROSENKRANTZ, “La obligación de los jueces de...”, p. 180.

4848. PUZO, *El Padrino*, p. 434.

49. PUZO, *El Padrino*, p. 426.

Luego de la muerte de Santino Corleone, se celebró un cónclave al que asistieron los jefes de las cinco familias de New York y de las principales ciudades de los Estados Unidos. En el encuentro, encabezado por Don Emilio Barzini, Don Corleone pactó la paz con Don Phillip Tattaglia. Ambos habían perdido un hijo y comenzado una guerra sin cuartel, que ponía en riesgo los negocios de la "cosa nostra". En su discurso, Don Corleone sostuvo:

El bien común es lo primero. Juro que mientras yo sea jefe de mi familia, ninguno de los míos levantará un solo dedo contra ninguno de los aquí presentes, salvo que la provocación sea intolerable. Estoy dispuesto a sacrificar mis intereses comerciales en aras del bien común.⁵⁰

La frase da cuenta de que Don Corleone considera las repercusiones de sus eventuales acciones. Farrell, luego de afirmar que el filósofo griego Epicuro era un consecuencialista (en la versión utilitarista), explica que esa filosofía: "[...] significa que, antes de realizar una acción motivada por nuestros deseos, debemos preguntarnos por las consecuencias de la acción".⁵¹ La idea del "bien común" o el cálculo consecuencialista puede advertirse en el mundo de las decisiones judiciales. Indudablemente, "Batalla" responde en alguna medida a esos esquemas de pensamiento.

A modo de cierre, resulta oportuno, aunque no esclarecedor, realizar algunas preguntas:

¿"Batalla" es moralmente más justo que "Muiña"? Para gran parte de la sociedad, la respuesta más probable es que sí (presumo), ya que no beneficia a las personas que violaron derechos humanos. En ambos casos, cualquier solución tiene valor moral.

¿"Batalla" es políticamente más correcto que "Muiña"? Sin lugar a duda, la respuesta es que sí (adhiero), dado que no coloca al decisor en un lugar incómodo.⁵² Aunque para que los jueces no se dejen llevar por

50. PUZO, *El Padrino*, pp. 435-436.

51. FARRELL, *Entre el derecho y la moral*, p. 169.

52. Sobre las miradas políticas, Jensen trae a cuento el pensamiento de Atria y dice: "Las concepciones políticas resultan decisivas para pensar e interpretar la constitución, lo que termina por reafirmar la politicidad intrínseca que subyace a toda constitución. Atria dedica

consideraciones políticas, sus cargos no dependen del voto popular.

¿“Batalla” es jurídicamente más ajustado al derecho que “Muiña”? Para un positivista, la respuesta más segura es que no (comparto), debido a que la decisión no guarda mucho apego a los principios de legalidad y de igualdad ante la ley, entre otras razones normativas.⁵³

En definitiva, Don Vito Corleone es un buen hombre, un gran padre de familia y una persona comprometida con su comunidad o un mafioso, violento y desalmado, dependiendo de la posición —moral, política o jurídica— desde donde se lo mire.

BIBLIOGRAFÍA

- ALFONSÍN, Raúl, *Memoria política. Transición a la democracia y derechos humanos*, 1ª ed., Fondo de Cultura Económica, 2004, Buenos Aires.
- ALONSO, Juan Pablo, “Un caso difícil en el Código Civil español”, en *Principios jurídicos implícitos*, 1ª ed., Marcial Pons, 2018, Madrid.
- BOBBIO, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, 1ª ed., Eudeba, 1965, Buenos Aires, traducción de Ernesto Garzón Valdés.
- BULYGIN, Eugenio, “Sobre el estatus ontológico de los derechos humanos”, en ALCHOURRÓN, Carlos E., & BULYGIN, Eugenio, *Análisis Lógico y Derecho*, 1ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1991, Madrid.
- , “Discurso pronunciado por el Dr. Eugenio Bulygin con motivo de su investidura como doctor *honoris causa* por la Universidad Alicante”, en *Academia*, Revista sobre enseñanza del Derecho, Año 6, Número 12, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Rubinzal – Culzoni, 2008, pp. 319-324.

algunas de sus mejores páginas al ataque contra el neoconstitucionalismo, al que acusa de encubrir bajo un manto de imparcialidad jurídica interpretaciones constitucionales totalmente basadas en las preferencias políticas e ideológicas de los jueces” (FARRELL, *Entre el derecho y la moral*, p. 125).

53. De todas maneras, le asiste razón a Juan Pablo Alonso cuando sostiene: “La teoría de la argumentación jurídica no siempre ofrece una única respuesta correcta (aunque esto no significa que a veces la ofrezca). En algunos casos [...] solo nos ofrece un abanico de respuestas coherentes con el sistema; un conjunto de respuestas correctas alternativas” (ALONSO, “Un caso difícil en el Código Civil español”, p. 4).

- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso "Barrios Altos vs. Perú, Fondo", párr. 41, 14/03/01.
- CORTE SUPREMA DE LA JUSTICIA DE LA NACIÓN, "Muiña", "Bignone, Reynaldo Benito Antonio y otro s/ recurso extraordinario", 3/05/2017, *Fallos* 340:549.
- , "Batalla", "Hidalgo Garzón, Carlos del Señor y otros s/ inf. art. 144 bis", 4/12/2018, *Fallos* 341:1768.
- FARRELL, Martín D., *Entre el derecho y la moral*, 1ª ed., Abeledo Perrot, 2012, Buenos Aires.
- , Martín D., "Una obsesión por la unidad", en ALEGRE, Marcelo (compilador), *El imperio de Ronald Dworkin, Ensayos de filosofía moral, política y jurídica*, Eudeba, 1ª ed., 2019, Buenos Aires.
- , Martín D., "La otra batalla", en *Disidencia*, Blog del Departamento de Derecho de la Universidad de San Andrés, URL, <https://endisidencia.com/2018/12/la-otra-batalla/>, consultado el 20/05/2023.
- FERREYRA, Raúl G., *Fundamentos constitucionales*, 2ª ed., Ediar, 2019, Buenos Aires.
- GARCÍA AMADO, Antonio, *Decidir y argumentar sobre derechos*, 1ª ed., Tirant lo Blanch, 2017, México DF.
- GUIBOURG, Ricardo, *La construcción del pensamiento. Decisiones metodológicas*, Colihue Universidad, 1ª ed., 2006, Buenos Aires.
- JENSEN, Guillermo E., "¿Un lenguaje nuevo para el derecho y la política? Notas sobre Constitución y Teología Política en la Forma del Derecho de Fernando Atria", en CAPPELLETTI, Guillermo A. (comp.), *Anuario de la Revista de Derecho Constitucional de la Universidad del Salvador*, Año 2019, Tomo 6, IJ Editores, Buenos Aires, 2020, pp. 119-168.
- MALAMUD GOTI, Jaime E., *Crímenes de Estado. Dilemas de la Justicia*, 1º ed., Hammurabi, 2015, Buenos Aires.
- MENDONCA, Daniel y GUIBOURG, Ricardo A., *La odisea constitucional. Constitución, teoría y método*, 1ª ed., Marcial Pons, 2004, Madrid.
- NINO, Carlos S., *Juicio al mal absoluto*, 1ª ed., Emecé, 1997, Buenos Aires.
- , *Introducción al análisis del derecho*, Astrea, 2ª ed., 1998, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
- PASTOR, Daniel R., *Tendencias. Hacia una aplicación más imparcial del derecho penal*, Hammurabi, 1ª ed., 2021, Buenos Aires.
- , "La ideología penal de ciertos pronunciamientos de los Órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: ¿garantías para el imputado, para la víctima o para el aparato represivo del Estado?", en

Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional, vol. 2, 2011.

PINTO, Mónica. *Temas de derechos humanos*, 2ª ed., Editores del Puerto, 2011, Buenos Aires.

PUZO, Mario, *El Padrino*, 1ª ed., Ediciones B, 2004, Barcelona, traducción de Ángel Arnau.

RAWLS, John, *La justicia como equidad. Una reformulación*, 1ª ed., Paidós, 2004, Buenos Aires, traducción de Andrés de Francisco.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario Panhispánico del Español Jurídico*, URL <https://dpej.rae.es/lema/res-iudicata-pro-veritate-accipitur>, consultado el 2/05/2023.

ROSENKRANTZ, Carlos, “La obligación de los jueces de aplicar el derecho: una réplica kantiana a Martín Farrell”, en QUINTANA, Joaquín Millón & SAULINO, María Florencia (coords.), *Tomando las consecuencias en serio. Ensayos en homenaje a Martín Diego Farrell*, 1ª ed., Thomson Reuters, La Ley, 2022, Buenos Aires.

ROSLER, Andrés, *La ley es la ley. Autoridad e interpretación en la filosofía del derecho*, 1ª ed., Katz, 2019, Buenos Aires.

—, *Si quiere una garantía compre una tostadora. Ensayos sobre punitivismo y Estado de derecho*, 1ª ed., Editores del Sur, 2022, Buenos Aires.

ENTREVISTAS



INTERVIEW TO ALEXANDRA HERFROY-MISCHLER*

Lecciones y Ensayos: —*Most of our audience are students or people who are not so much introduced into transitional justice. Thus, to enlighten them, how were the beginnings of your professional career? And at what point did your interest in transitional justice emerge?*

Alexandra Herfroy-Mischler: —I have always thought that transitional justice marked my existence since I was born. I was born in Strasbourg, which is in the east of France, and Strasbourg has been occupied by Germany. There were three wars: one in 1870, the First World War and the Second World War. So, I have always struggled to deal with occupations, war and identity issues.

I did a PhD on Holocaust victims funds owned by Swiss banks. That research was very important because I was dealing with my story as both a Swiss and a French and I was very interested in understanding what was going on with the Jewish community there. The doctorate was really about journalism, the role of the media in the process of transitional justice. It's really not about the law, the legal aspects. I basically compared the coverage of the Swiss press agency and Associated Press and the *Agence France—Presse*, the French one, in German, English and French, in three languages, and I tried to track how this chapter was covered in the media.

It was a bit later, unfortunately after my PhD, that I discovered that what I was doing was actually labeled under transitional justice. I got a postdoc at the Hebrew University of Jerusalem. This is when I made the Aliá and I moved to Israel from my postdoc at the journalism department. Once I moved, I got a second postdoc at the Truman Research Institute for the Advancement of Peace. During these two postdocs, I started to articulate the concept of transitional justice from the social sciences perspective.

* Interview done by the members of the Editorial Board of *Lecciones y Ensayos*, on the 14th of march of 2023. Included in this number to commemorate the 40 years of democracy that Argentina reached in Argentina in 2023.

It was very hard because I was one of the first researchers to do that, to look at the role of media and transitional justice. There was very little research about this. That is a blessing for this interview because you're able to work in a new field but, on the other hand, you have very few theoretical elements to start with.

I was very inspired by John Torpey, a sociologist from America who basically mapped out the chronological steps of transitional justice beyond trial. That really inspired me, and that is what I was most trying to figure out: what is left from the transitional justice processes 10 years later on? How much has changed, how much unfortunately stayed the same, and how the collective memory is built in a society.

Since then, I've been busy with other subjects because as a researcher sometimes you have to jump on opportunities for funding. I got a little bit sidetracked to counterterrorism, but I think it wasn't really a sidetrack. I realized that some researchers were also conceiving the link between transitional justice and terrorism, which was not obvious at the beginning at all, like in the 90s and 2000s. Nowadays, the crimes included are broadening.

But then, I came back as a teacher of transitional justice in Israel, five years ago. Now the class is full, there is a waiting list of a year in advance. I'm extremely stunned, blessed and sad at the same time for the students who have to wait. It's a course where I teach about transitional justice chronologically, about how it developed, and we talk about all types of transitional justice. We end up wondering how much of these concepts can apply to an ongoing asymmetrical conflict like the Israeli—Palestinian conflict.

I had a baby during COVID—19, so I also had to pause some research. After that, I really felt like Israel was ready for grasping transitional justice and that's what I'm doing very intensively. I feel like I'm on a mission. I've been a female Orthodox rabbi since September 2022 and I sometimes feel like “wow” because of receiving the rabbinical ordination. I have never thought about the role of clergy in transitional justice like we had Archbishop Tutu with the apartheid but then I suddenly felt that, as much as Imam Priest, some rabbis have a very extremist take on a religion, and they can infuriate the conflict. Maybe we should look at how they can bring peaceful resolution of conflict. If transitional justice is all about forgiveness and reconciliation, then maybe religion has a role to play. This is a new direction that I want to take from now on. The role of female clergy looks like something very specific as well. It's a different way of doing

stuff and we don't know much about it yet.

Lecciones y Ensayos: —*It's a field that has so many things to work with now. But you mentioned John Torpey and, in this sense, we would like to ask you which professor has had the greatest impact on your academic life.*

Alexandra Herfroy-Mischler: —John Torpey was my obsession for the whole postdoc years and until I encountered the reading, the literature, from professor Ruti Teitel. She had an immense impact on how I think because, first of all, I'm not a lawyer and I feel very bad about it because I don't have the skills to understand in detail the legal ramifications. Then I felt that is fine because in sociology, anthropology, media science, international relation, there isn't much written about transitional justice and maybe this is another insight. But I definitely needed to encounter her literature and research. We're active colleagues together and I was very influenced by her inputs.

The last researcher that I met very recently this year is Dr. Limor Yehuda. I'm researching in what we call partnership—based peace between Palestinian and Israelis. She really pushed me a lot towards articulating how transitional justice is applicable to asymmetric and ongoing conflict because the idea is that you can do transitional justice when the conflict is finished, otherwise, you do something else. There is another researcher that I discovered recently, Yoav Kapshuk, who is based in the Kinneret College in the Sea of Galilee. He is tackling the concept of pre transitional justice. It is really breaking through new ground saying this is stuff that happened on a grassroots level that people are so fed up and they feel like politics are going nowhere and public officers are not ready to take any concrete steps, so people like you and me, civilians on an everyday basis, decide to reconcile, decide to coexist. That's a fantastic look at transitional justice because not every conflict is fitting the two categories that have been designed so far. I really like this outlook of things that can already happen, even unconsciously. People are not conscious of doing transitional justice or mapping out stuff for the benefit of transitional justice, but they are. I think they should be recognized as such and validated in what they're doing and researching.

Lecciones y Ensayos: —*Do you consider that there is a dialogue between the transitional justice processes in Europe and those that occurred, for example, in Latin America? What is the difference or what stands out to you in those processes?*

Alexandra Herfroy-Mischler: —I think that mainly, in Europe, where we were defining the genocide, we basically built up the whole post Holocaust and the transitional justice on the genocide. For example, in Kosovo, a genocide is an ethnic cleansing and there’s some other labeling for crimes against humanity. But in the case of Argentina, and I believe other countries of South America, transitional justice is happening post dictatorship governments. So, it’s a very political oriented crime and it’s only the actions that take place within that framework that do qualify for transitional justice. For example, what happened in Argentina with the torture, the kidnapping, and the disappearances qualifies as a crime against humanity and the trials are framed as such. In Europe, on the other hand, it was war, so it’s a different type within transitional justice. It was much later that we included civil war into the framework of transitional justice. If I may, thanks to what happened in South America, we realized that we needed to expand the content of the type of conflict that we include in transitional justice. The angle of entry is the same. Torture will qualify, kidnapping will qualify, but the political framework of the abuse and the regime that is orchestrated does not come an army nor it happens during war. It’s not dictated by an international relation in terms of war. It’s very national, local and it’s not depending on external intervention. These are the main differences that I see here.

Lecciones y Ensayos: —*In that same sense, we wanted to ask you, what do you think are the particular impacts that the argentinian transitional justice process had on an international level? In particular, if these different characteristics had an impact in other transitional justice processes.*

Alexandra Herfroy-Mischler: —I feel that we are copy-pasting the same steps that John Torpey codified, like trial and then truth commission and institutional reform and then payment for reparation. What is fascinating about Argentina is that no later than last July, there was another trial of someone who was 98 years old. I’m sorry, I’m blanking on the name, but I do feel that it’s sending a message to the world community in terms of ‘even 40 years down the road, we’re still going to trial criminals for violations of human rights’. It’s not only about the Nazis. It’s not only about crimes that happened within the war. It also applies to crimes that are deeply rooted into politics and abusive regimes that were national. The international law is still applying even down the road and I feel it is really a good signal to be sent to the world that this is happening in Argentina.

Criminals must know that even 40 years down the road, even if it's political crimes, they will be tracked and sued. I think it's very important for the victims as well, because they're sent a message that it's never too late to complain and it's never too late to pursue justice. This is bringing back dignity to humanity, saying that there will be justice. Forever. Always.

Lecciones y Ensayos: —*Thank you. In that line, what do you think are the current challenges of the transitional justice processes?*

Alexandra Herfroy-Mischler: —I do feel that some minorities haven't been represented at all. I'm obsessed with women's rights, and, just last week, I saw a video on Arte.TV about a woman who was born from a forced pregnancy house made by the Nazis. She's 75 years old and it is only now that she feels like she's entitled to tell her story about her false pregnancy. I know from one of my family members that there was also forced sterilization. Trust me, believe me or not, this didn't qualify yet as a crime against humanity until very late. Rape also came, I think in the year 2000, as qualifying for crime against humanity and that transitional justice process. It is late and we need to help these women because most of them are completely traumatized and they're not going to get up in the morning and say 'hey, you know what? I'm going to try and file a complaint'. We need to help them. So, us, our generation who carry in our DNA the trauma will have the freedom to think and help in the strengths to do it. We need to join forces and do it.

I think about all the sexual minorities, like the LGBTQ+ community, and many others that have been persecuted also, like Jehovah witnesses, and basically no one has ever fought for their compensation or reparation or has educated about this aspect. There is really a lot of work to do there.

Lecciones y Ensayos: —*We wanted to ask you how the passage of time and international changes in general can influence this collective memory that is built after the transitional justice processes and particularly how this collective memory is capitalized.*

Alexandra Herfroy-Mischler: —Part of the transitional justice process, the end of it, is what John Torpey defined as communicative history. In other words, it is about changing, about updating history books. And it's about building museums that are political. All the truth that has been edified in the truth commission needs to be found in museums, because we need to educate the next generation with this truth that the victims edified. It can be a list of names of the victims, if we can have that; it can be places where the crime took place; or also a commemoration day. This is

very important to choose, as a society, a day where we commemorate the violation of human rights, remember the victims and honor the families that are survivors and give them space in the media and at schools and having also an official discourse on that day. I think it's very important to make sure that we, as a collective, are on top of perpetrating the memory at least once a year. To have this moment, we have to choose a date that makes sense for all the victims. And basically, society as a whole is being forced to pay tribute to the memory of the victim and to educate the next generation about what happened in the past and to make sure that it's not happening ever again. I think that maybe schools should institute a plan to visit these museums. You have to figure out the age when you start programming the visits, in order to not create more trauma. But I do feel that this is something that you can do also as a family, to talk about it at least once a year. You commemorate the way that it makes sense to your own culture, your own religion, your own background, so that the victims are honored and remembered.

Lecciones y Ensayos: —*That's really interesting. We wanted to add a small question but kind of related to what you were saying. You mentioned, for example, that there's a role that schools should play in making transitional justice memory alive. What are your thoughts on the university's responsibility in this process?*

Alexandra Herfroy-Mischler: —Well, it's tricky. I'm not well placed to tell you about this because we're having a debate now in Israel about the commemoration day. There are alternative commemorations, alternative narratives. People are labeled as criminals because they don't honor the official narrative. So, it's very complicated. I do feel that universities should take part in these ceremonies. Different countries do different things. For example, in Israel, the day that we commemorate the victims of the Shoá, we have normal classes in the morning, then we commemorate at ten and then we go back to class. But in France, for example, the commemoration of the end of Second World War is in May, while on the 27th of January is the European commemoration of the genocides, 'genocides' in plural because we include all the population that has been a victim of Nazism. The 8th of May is the day off. You can just go to the beach and enjoy a day off. You don't do memory work. I do feel that whatever you do is important, that it's part of your day. Memory is not something that is done in an individual because it's not like we can't trust an individual to do it, but it's along these lines. Of course, you cannot force people to commemorate.

That's not what I'm saying at all. But what I'm saying is that maybe you need to create a space where everyone is enabled to commemorate if they want, because they're free to do it at that time. But it also needs to be really part of your everyday life. It's a very Jewish thing to do. I'm aware that maybe it's not suitable for other cultures or religions, but I do feel that we managed to make it feel part of who we are as a collective in Israel because kids go to school at 8:00, we stop at 10:00 for the siren and then we go back to business. In classes, of course, we debrief, we talk about it a lot and students prepare in advance research, stories or interviews that they share. That's maybe the side that is very interesting. The memory is part of everyday life. I'm not sure if it is the ideal recipe, but it's one recipe.

Lecciones y Ensayos: —*That's amazing. In Argentina right now we're very concerned about how to keep this collective memory alive, despite the different challenges that we're currently facing. In your work there was a phrase that really stuck with to us, which is this idea that the effectiveness of transitional justice may be judged on the basis of the circulation of the newly updated, mutually agreed upon, historical narratives. So, how do you think it's a good way to deal with negationism? Speeches that appear oftentimes, for example, in the media, which are very complex.*

Alexandra Herfroy-Mischler: —About the negationist speeches, I'm not sure I'm qualified because in Israel there's just no way. What I tackled here in the research, I tried to show it in order to know that transitional justice is effective. It's really producing long—lasting fruits: that the narrative of the victims becomes the narrative. If that's not the case, if they're still voices that are saying 'oh, they just lied or they made it up. It's not that bad or just they were terrorists anyway. They deserve it'. If that happens it means that we didn't do it right. The transitional justice process somehow failed because the way that you can evaluate effectiveness is the fact that what was okay to say is not anymore. It's criminal. And if you buy into it still, after the transition somehow you can go to jail for incitement to hatred or negationism. For me, countries that are still struggling with that, I would tell them 'you know what, maybe look into it. Maybe you need to adapt stuff. Maybe you need to push a little bit more for the commemoration. Maybe you need to have more education in school about it so that no one can say that that never happened. It's just a conspiracy and lie'. Also, field trip to places. With the Shoá we have these camps, unfortunately we have many of them. I wonder, for example, if they have sites that you can visit where mass murders hap-

pened. If you bring every kid from school there, I don’t think that tomorrow they’re going to say ‘it didn’t happen’.

The generation that probably would be negationist is maybe the first generation whose parents didn’t tell them, whose parents didn’t or could not speak about it because they were too traumatized. Or people who have genuine anchored hatred inside them. And that’s very hard because it’s not like you can’t have a cup of coffee with them. We are still buying into Nazism for example. It’s really hard to rationalize it and to speak about that. But I think we have to, there’s just no choice.

Lecciones y Ensayos: —*That’s so interesting. Returning to the transitional justice process, what do you think is the role of truth in that process?*

Alexandra Herfroy-Mischler: —I think that truth is a postmodern understanding. What is the Truth? You have two steps of Truth. You have the Truth about facts. That’s the journalism part. Truth as facts is non—negotiable tangible factual information that we’ve verified scientifically and is edified as the truth of what actually happened. And then you have the truth with a small ‘t’, which is a postmodern understanding. It is people’s perspective on what happened. In journalism, you have to answer the four questions of who, what, when and where. This can be factual. But the ‘why?’ starts to be subjective amongst the victim and amongst the perpetrator. I think Eichmann was extremely creative about answering the ‘why?’. And that just doesn’t fit with the victim’s perspective on ‘why?’ Transitional justice is this capacity to have the small individual truths of the victim. That is conceivable to the perpetrator as also part of the truth. That’s why he did all this crime. So that’s one angle. True telling is about defining the facts in a truth commission. But it’s also making sure that all these victims that were silenced during the whole process of the abusive regime and the fact that they were basically misrepresented in their narrative and their perspective is not happening anymore. The voiceless now is heard. The victim is heard and the perpetrator usually has to listen. He’s forced by law. He has no other choice. Does he really understand the narrative? I’m not sure. Like when Eichmann was hanged. He stayed the same up until the end despite having heard more than a hundred testimonies of people about what happened, he would stick to his truth somehow.

But what is important for us as a community? Us, who were completely brought into the narrative of the perpetrator, having heard the truth of the victim, cannot follow that other truth anymore. It is this realization of ‘whatever I thought was true cannot exist in the realm of truth anymore

because I'm aware of the small truths of the victim. Therefore, my global truth is completely changed and this is transitional justice for me'. It is capacity from perpetrators saying 'wow I was completely brainwashed' or maybe they were acting purposefully in the worst—case scenario. But the ones who are going to transit are the ones who are able to acknowledge the truth of the victim. That is part of the real truth as well. Being able to find them in a supermarket, at the cinema, coexisting together. Also, that their truth can exist because they updated their own truths as perpetrators in light of what they heard from the victim.

Lecciones y Ensayos: —*And in the same sense, what role does reconciliation place in the transitional justice process?*

Alexandra Herfroy-Mischler: —I think that reconciliation is the ultimate purpose of transitional justice. Transitional justice is happening. Perpetrators get either a judge send them to jail and they end up outside of the community that we're building after the transition or there is amnesty because they confess their regret and validate the truth of the victim. This could grant them the capacity to be part of this new state, this new regime as full citizens. It's not clear—cut or black and white, but this is pretty much the option.

Reconciliation is trying to secure a democratic regime, where enemies from the past could coexist peacefully in the present. That's not easy at all and sometimes, on the local level, there's some purge that is happening between civilians due to they remembering what this person did and wanting to do justice to themselves. Most of the time it doesn't happen but sometimes it can. So, if the transitional justice process is well done, the victims feel that they've been heard, that they've been validated, that they're complete and that they're part of this new society. Therefore, co-existence is happening in a peaceful way and there is a long-lasting peace that is happening in the future.

We're building sites about who are the good guys and who are the bad guys. But at the end of the day, the good guys and the bad guys have to live together as a new society. Those who were able to acknowledge the pain and the truth of the victim, because those who were not end up in jail and are dealt with through the trials. There can be a regime where 90% of the population was the oppressor and 10% was the victim, and you can't have a prison full of perpetrators. You have to find a way to get them active again in this new regime. I would not be surprised if some people say 'oh, you're Asian. I wonder what you did during those years'. Questioning

and being feeling like, ‘oh wow. I don’t know if I can trust you’. You are calculating whether or not it is safe for you to be in the same room with this person. Do they really change? Do they really amend? Do they really regret it? It’s just fake for them to survive and not end up in jail. It creates a lot of resentment that will last at least one generation. We have to be aware of that. There is thick and thin reconciliation: thin reconciliation is that ‘I know you’re not going to stab me in a street or in a supermarket and that I will not kill you in a street or in a supermarket’, and thick reconciliation is about not forgiveness but, if possible, some kind of will on both sides to live together peacefully and to grant a peaceful future for the next generation. Saying that, we sacrificed this generation and things are never going to be like 100%. We are in doubt, we are in fear, despite the fact that we’ve been through all of this, but for the sake of the next generation, I’ll make an effort to somehow reconcile, either thin or thick. It really depends on each person.

Lecciones y Ensayos: —*And regarding the next generations, how do you think that cultural productions, like films and books, influence the process of building memory, truth and justice?*

Alexandra Herfroy-Mischler: —This is a very important input and not very well researched actually. There is some research about the rule of theater, like embodying the crime on the scene and talking about it in a different way than with a conference, for example. There are also songs that are written, books, of course, as well, exhibitions of survivors who are trying to communicate what they’ve been through. Sometimes these perspectives kind of happen very naturally. I think everyone is an artist somehow. It’s really helping to heal the trauma, to go through these venues. Unfortunately, I think it’s very under—researched because it looks like social sciences have to work with qualitative data: interviews, surveys, numbers and stuff. But I know some issues from the Oxford International Journal of Transitional Justice are opening up to some research about theater and painting and how this is a healing part and that probably should be more researched in terms of like the appeasing potential and the coexistence construction through arts and cultural production.

Lecciones y Ensayos: —*As a last question we would like to ask you what do you recommend for young people who are interested in research and also still in the university.*

Alexandra Herfroy-Mischler: —My advice would be to research with your gut. I think that, for me, the journey had a starting point in a

personal history from my family that I wanted to figure out. That gave me the strength to get up at 5 am and get to work, read articles, make interviews. There's something very cathartic about researching something that is very dear to you, about trying to heal these wounds by knowledge and by understanding it from the brain. Because sometimes it's easier to articulate a theoretical understanding of what you're going through yourself as a third or fourth generation, and I also want to encourage people to do their research as a duty. As a memory duty to the victims as well. I feel, at least because of my doctorate, a very strong blessing to be alive in a democracy, during times of peace. I felt like I owed the victims to research them and to give voice to what they have been through to publicize, to speak up, to do the best I could to honor their memory. That's my way of, somehow, dedicating my life to carrying out their memory. Of course, it's not perfect, but I do feel that it's driving me in strengths and productivity, that researching something that would not grasp me and get a hold on me would never achieve basically.

That's what I would tell the students. But naturally, I do feel like we all do that. I have a lot of students who write seminar papers with me and there's a healing process going on by understanding, it is very important because we do feel emotions anyways, but sometimes we need to label these emotions and sort them out. Then, the more we research and the more we realize that all humanity is going through the same process of trauma healing. When we're dealing with gross human rights violations, we have to help each other through that. And I think it's a beautiful thing to do in your life to be part of the healing process of humanity by documenting how, basically, it destroyed itself, and how it's moving towards healing itself as well.



ENTREVISTA A ALEXANDRA HERFROY-MISCHLER*

Lecciones y Ensayos: —*La mayoría de nuestro público son estudiantes o personas poco familiarizadas con la justicia transicional. De modo tal, que nos gustaría preguntarle ¿cómo fueron los comienzos de su carrera profesional? ¿Y en qué momento surgió su interés por la justicia transicional?*

Alexandra Herfroy-Mischler: —Siempre he pensado que la justicia transicional marcó mi existencia desde que nació. Nací en Estrasburgo, que está al este de Francia y estuvo ocupada por Alemania. Hubo tres guerras: una en 1870, la Primera Guerra Mundial y la Segunda Guerra Mundial. Así que me cuesta mucho lidiar con las ocupaciones, la guerra y los conflictos de identidad.

Hice un doctorado sobre los fondos de las víctimas del Holocausto administrados por bancos suizos. Esa investigación fue muy importante porque estaba lidiando con mi historia como suiza y francesa, y me interesaba mucho entender lo que estaba pasando con la comunidad judía allí. El doctorado trataba realmente sobre periodismo, el papel de los medios de comunicación en el proceso de justicia transicional. En realidad, no se trata de la ley o el aspecto jurídico. Básicamente, comparé la cobertura de la Swiss Press Agency and Associated Press y la Agence France-Presse, la francesa, en alemán, inglés y francés, en tres idiomas, e intenté rastrear cómo se cubrió este capítulo en los medios de comunicación.

Fue un poco más tarde, desgraciadamente después de mi doctorado, cuando descubrí que, en realidad, lo que estaba haciendo cuadraba dentro de lo que se llama justicia transicional. Conseguí un posdoctorado en la Universidad Hebrea de Jerusalén. Fue entonces cuando hice el *Aliá* y me trasladé a Israel desde mi posdoctorado en el departamento de periodismo.

* Entrevista realizada por miembros del Consejo de Redacción de Lecciones y Ensayos, el 14 de marzo de 2023. Incluida en este número para conmemorar los 40 años de democracia que la Argentina alcanzó en 2023.

Una vez allí, conseguí un segundo posdoctorado en el Instituto de Investigación Truman para el Avance de la Paz. Durante estos dos posdoctorados, empecé a articular el concepto de justicia transicional desde la perspectiva de las ciencias sociales. Fue muy duro porque fui una de las primeras investigadoras en hacerlo, en analizar el papel de los medios de comunicación y la justicia transicional. Había muy poca investigación al respecto. Eso es una bendición para esta entrevista porque se está trabajando en un campo nuevo, pero, por otro lado, se tienen muy pocos elementos teóricos para empezar.

Me inspiré mucho en John Torpey, un sociólogo estadounidense que básicamente trazó los pasos cronológicos de la justicia transicional más allá del juicio. Eso me inspiró mucho y es lo que más intentaba averiguar: ¿qué queda de los procesos de justicia transicional diez años después? Cuánto ha cambiado, cuánto, por desgracia, sigue igual y cómo se construye la memoria colectiva en una sociedad.

Desde entonces, he estado ocupada con otros temas, porque como investigadora a veces tienes que aprovechar las oportunidades de financiación. Me desvié un poco hacia el contraterrorismo, pero creo que en realidad no fue un desvío. Me di cuenta de que algunos investigadores también estaban concibiendo el vínculo entre la justicia transicional y el terrorismo, algo que no era obvio en absoluto al principio, como en los años 90 y 2000. Hoy en día, es como ampliar qué tipo de crímenes se incluyen.

Pero luego, volví como profesora de justicia transicional en Israel, hace ya cinco años. Ahora la clase está llena, hay lista de espera como con un año de antelación. Estoy muy sorprendida, agradecida y triste al mismo tiempo por los estudiantes que tienen que esperar. Es un curso en el que enseño sobre justicia transicional, cronológicamente, cómo se desarrolló y hablamos de todos los tipos de justicia transicional, y terminamos preguntándonos hasta qué punto estos conceptos pueden aplicarse a un conflicto asimétrico en curso como el conflicto palestino-israelí.

Tuve un bebé durante COVID-19 y debí hacer una pausa en mi investigación. Después de eso, realmente sentí que Israel estaba listo para comprender la justicia transicional y eso es lo que estoy haciendo muy intensamente. Me siento como en una misión. Soy una mujer rabina ortodoxa desde septiembre de 2022 y creo que el hecho de haber recibido la ordenación rabínica, a veces, me hace sentir como 'wow'. Nunca había pensado en el papel del clero en la justicia transicional, cómo tuvimos al arzobispo Tutu con el apartheid, pero de repente sentí que, tanto como

el Imam Priest, algunos rabinos tienen una visión muy extremista de una religión y pueden enfurecer el conflicto. Quizá deberíamos ver cómo pueden aportar una resolución pacífica del conflicto. Si la justicia transicional consiste en el perdón y la reconciliación, quizá la religión tenga un papel que desempeñar. Esta es una nueva dirección que quiero tomar a partir de ahora. El papel del clero femenino también parece algo muy específico. Es una forma diferente de hacer las cosas y aún no sabemos mucho sobre ella.

Lecciones y Ensayos: —*Es un campo que tiene muchas cosas que trabajar. Pero ha mencionado a John Torpey y, en este sentido, nos gustaría preguntarle ¿qué profesor ha tenido mayor impacto en su vida académica?*

Alexandra Herfroy-Mischler: —John Torpey fue mi obsesión durante todos los años de posdoctorado, hasta que me encontré con la lectura, la literatura de la profesora Ruti Teitel. Tuvo un impacto inmenso en mi forma de pensar porque, en primer lugar, no soy abogada y me siento muy mal por ello porque no tengo las habilidades para entender en detalle las ramificaciones legales. Luego me pareció bien porque en sociología, antropología, ciencia de los medios de comunicación, relaciones internacionales, no hay mucho escrito sobre justicia transicional y quizá esta sea otra perspectiva. Pero definitivamente necesitaba encontrarme con su literatura e investigación. Somos colegas activas y sus aportes me influyeron mucho.

La última investigadora que he conocido este año es la Dra. Limor Yehuda. Estoy investigando lo que llamamos paz basada en la asociación entre palestinos e israelíes. Ella me impulsó mucho a articular cómo la justicia transicional es aplicable a los conflictos asimétricos y a los conflictos en curso porque la idea es que se puede hacer justicia transicional cuando el conflicto ha terminado, de lo contrario, se hace otra cosa. Hay otro investigador que he descubierto recientemente, Yoav Kapshuk, que trabaja en el Kinneret College, en el Mar de Galilea, y está abordando el concepto de justicia pretransicional. Es como si realmente abriera nuevos caminos diciendo que son cosas que ocurren a nivel popular, que la gente está tan harta y siente que la política no va a ninguna parte y que los funcionarios públicos no están dispuestos a dar ningún paso concreto, así que gente como tú y como yo, civiles de a pie, deciden reconciliarse, deciden coexistir. Es una visión fantástica de la justicia transicional, porque no todos los conflictos encajan en las dos categorías que se han diseñado hasta ahora. Me gusta mucho esta perspectiva de las cosas que ya pueden suceder, incluso inconscientemente. La gente no es consciente de estar haciendo justicia transicional o trazando cosas en beneficio de la justicia transicional,

pero lo están haciendo. Creo que deberían ser reconocidos como tales y validados en lo que están haciendo e investigando.

Lecciones y Ensayos: —*¿Considera que existe un diálogo entre los procesos de justicia transicional en Europa y los que se dieron, por ejemplo, en América Latina? ¿Cuál es la diferencia o qué destaca para usted en esos procesos?*

Alexandra Herfroy-Mischler: —Mm-hmm. Creo que principalmente en Europa, donde definimos el genocidio, básicamente construimos todo el post Holocausto y la justicia transicional sobre el genocidio. Por ejemplo, en Kosovo, la idea de genocidio se desarrolló sobre la limpieza étnica y se consideró otras cosas como crímenes contra la humanidad. Pero en el caso de la Argentina, y creo que, en otros países de Sudamérica, la justicia transicional se produce tras los gobiernos dictatoriales. Por lo tanto, se trata de un crimen muy orientado a la política y solo las acciones que se llevan a cabo en ese marco pueden encuadrarse dentro de la justicia transicional. Por ejemplo, lo que pasó en la Argentina, la tortura, el secuestro y las desapariciones se califican como crimen contra la humanidad y los juicios se enmarcan como tales. En Europa, por el contrario, fue una guerra, por lo que es un tipo diferente dentro de la justicia transicional. Fue mucho más tarde cuando incluimos la guerra civil en el marco de la justicia transicional. Si se me permite, gracias a lo ocurrido en Sudamérica, nos dimos cuenta de que necesitábamos ampliar el contenido del tipo de conflicto que incluimos en la justicia transicional. El ángulo de entrada es el mismo. La tortura calificará, el secuestro calificará, pero el contexto político del abuso y del régimen que es orquestado no viene de un ejército ni sucede durante la guerra. No está dictado por una relación internacional en términos de guerra. Es muy nacional, local y no depende de la intervención externa. Estas son las principales diferencias que veo aquí.

Lecciones y Ensayos: —*En ese mismo sentido, queríamos preguntarte, ¿cuáles crees que son los impactos puntuales que tuvo el proceso de justicia transicional argentino a nivel internacional? En concreto, si es que estas diferentes características tuvieron algún impacto en otros procesos de justicia transicional.*

Alexandra Herfroy-Mischler: —Siento que estamos copiando los mismos pasos que codificó John Torpey, como el juicio y luego la comisión de la verdad y la reforma institucional y luego el pago de la reparación. Lo fascinante de la Argentina es que, no más tarde que este último julio, hubo otro juicio contra alguien de 98 años. Perdonen que no recuerde el

nombre, pero el punto es que creo que eso está enviando un mensaje a la comunidad internacional en el sentido de que, incluso 40 años después, seguiremos juzgando a criminales por violaciones de los derechos humanos. No se trata solo de los nazis. No se trata solo de crímenes que ocurrieron durante la guerra. También se aplica a crímenes que están profundamente arraigados en la política y en regímenes abusivos que fueron nacionales. El derecho internacional se sigue aplicando incluso más adelante y creo que es realmente una buena señal que se envía al mundo de que esto está ocurriendo en la Argentina. Los delincuentes tienen que saber que incluso dentro de 40 años, aunque se trate de delitos políticos, serán perseguidos y demandados. Creo que también es muy importante para las víctimas, porque se les envía el mensaje de que nunca es tarde para denunciar y nunca es tarde para buscar justicia. Esto es devolver la dignidad a la humanidad, decir que habrá justicia. Siempre.

Lecciones y Ensayos: —*Gracias. En esa línea, ¿cuáles cree que son los retos actuales del proceso de justicia transicional?*

Alexandra Herfroy-Mischler: —Siento que algunas minorías no han sido representadas en absoluto. Estoy obsesionada con los derechos de la mujer y justo la semana pasada vi un video en Arte.TV sobre una mujer que nació en un hogar de embarazos forzados llevado a cabo por los nazis. Tiene 75 años y recién ahora se siente con derecho a contar su historia sobre el falso embarazo. Sé por uno de los miembros de mi familia que también hubo esterilizaciones forzadas. Créanme o no, esto no se calificó como crimen contra la humanidad hasta muy tarde. La violación también llegó, creo que, en el año 2000, a calificar como crimen contra la humanidad y para el proceso de justicia transicional. Es tarde y tenemos que ayudar a estas mujeres porque la mayoría de ellas están completamente traumatizadas y no van a levantarse por la mañana y decir: 'oye, ¿sabes qué? Voy a intentar presentar una denuncia'. Tenemos que ayudarlas. Para que nosotros, nuestra generación, que lleva en su ADN el trauma, tenga la libertad de pensar y ayudar en las fuerzas para hacerlo. Tenemos que unir fuerzas y hacerlo.

Pienso en todas las minorías sexuales, como los LGBTQ+, y en muchas minorías que también han sido perseguidas, como los testigos de Jehová, y básicamente nadie está luchando por su compensación o reparación o educando sobre este aspecto. Realmente queda mucho trabajo por hacer en este sentido.

Lecciones y Ensayos: —*Queríamos preguntarle cómo el paso del tiempo y los cambios internacionales en general pueden influir en esta*

memoria colectiva que se construye tras los procesos de justicia transicional y, en particular, cómo se capitaliza esta memoria colectiva.

Alexandra Herfroy-Mischler: —Una parte del proceso de justicia transicional, su fin, es lo que John Torpey definió como historia comunicativa. En otras palabras, se trata de cambiar, de actualizar los libros de historia. Y se trata de construir museos que sean políticos. Toda la verdad que ha sido edificada en la comisión de la verdad tiene que encontrarse en los museos, porque necesitamos educar a la próxima generación con esta verdad que la víctima edificó. Puede ser una lista de nombres de las víctimas, si podemos tenerla; puede ser en lugares donde tuvo lugar el crimen; también podría ser un día de conmemoración. Es muy importante elegir, como sociedad, un día en el que conmemoremos la violación de los derechos humanos, recordemos a las víctimas y honremos a las familias de los supervivientes y les demos un espacio en los medios de comunicación y en las escuelas y tengamos también un discurso oficial ese día. Creo que es muy importante asegurarnos de que, como colectivo, nos ocupamos de perpetrar la memoria al menos una vez al año. Para tener este momento, tenemos que elegir una fecha que tenga sentido para todas las víctimas. Y básicamente, toda la sociedad se ve obligada a rendir homenaje a la memoria de la víctima y a educar a la próxima generación sobre lo que ocurrió en el pasado y asegurarse de que no vuelva a ocurrir nunca. Creo que tal vez las escuelas deberían instituir un plan para visitar estos museos. Habría que determinar la edad a la que se empieza para no crear más traumas. Pero creo que es algo que también se puede hacer en familia, hablar de ello al menos una vez al año. Se conmemora de la manera que tenga sentido para la propia cultura, la propia religión, los propios antecedentes, de modo que se honre y recuerde a las víctimas.

Lecciones y Ensayos: —*Es muy interesante. Queríamos añadir una pequeña pregunta, pero relacionada con lo que estabas diciendo. Has mencionado, por ejemplo, que las escuelas deberían desempeñar un papel a la hora de dar vida a la memoria de la justicia transicional. ¿Qué opinas de la responsabilidad de la universidad en este proceso?*

Alexandra Herfroy-Mischler: —Bueno, es complicado. No estoy muy bien posicionada para hablarles de eso porque ahora estamos teniendo un debate en Israel sobre el día de conmemoración. Hay conmemoraciones alternativas, narrativas alternativas. Se los tacha de criminales porque no honran la narrativa oficial. Así que es muy complicado. Pero dicho esto, una vez que el país elige una fecha oficial, se celebran ceremonias y quizá

en los colegios. Creo que las universidades deberían participar en estas ceremonias. Los distintos países hacen cosas diferentes. Por ejemplo, en Israel, el día que conmemoramos a las víctimas de la Shoá, tenemos clases normalmente por la mañana y conmemoramos a las diez y luego volvemos a las clases. Pero en Francia, por ejemplo, en mayo es la conmemoración del final de la Segunda Guerra Mundial, mientras que el 27 de enero es la conmemoración europea de los genocidios, "genocidios" en plural porque incluimos a toda la población que ha sido víctima del nazismo. El 8 de mayo es el día libre. Vas a la playa y disfrutas de un día libre. No haces el trabajo de memoria. Creo que hagas lo que hagas es importante que forme parte de tu día. Ese recuerdo no es algo que se haga de forma individual, porque no es que no podamos confiar en que un individuo lo haga, pero va en esa línea. Por supuesto que no se puede obligar a la gente a conmemorar. No es eso lo que estoy diciendo en absoluto. Lo que quiero decir es que quizá haya que crear un espacio en el que todo el mundo pueda conmemorar si quiere, porque es libre de hacerlo en ese momento. Pero también tiene que formar parte de la vida cotidiana. Es algo muy judío. Soy consciente de que quizá no sea adecuado para otras culturas o religiones. Pero creo que hemos conseguido que forme parte de lo que somos como colectivo en Israel, porque los niños van al colegio a las 8:00, paran a las 10:00 para oír la sirena y luego volvemos a lo nuestro. En las clases, por supuesto, damos el debate, hablamos mucho de ello y los estudiantes preparan de antemano investigaciones, historias o entrevistas que comparten. Ese es quizá el aspecto más interesante. La memoria forma parte de la vida cotidiana. No estoy seguro de que sea la receta ideal, pero es una receta.

Lecciones y Ensayos: —*Es increíble. En la Argentina en este momento estamos muy preocupados por cómo mantener viva esta memoria colectiva, a pesar de los distintos desafíos que estamos enfrentando. En tu trabajo había una frase que nos llamó mucho la atención, que es esta idea de que la efectividad de la justicia transicional puede ser juzgada sobre la base de la circulación de las narrativas históricas recién actualizadas, mutuamente acordadas. ¿Te parece una buena manera de hacer frente al negacionismo? Discursos que aparecen a menudo, por ejemplo, en los medios de comunicación y que son muy complejos.*

Alexandra Herfroy-Mischler: —Sobre los discursos negacionistas, no estoy segura de estar legitimada porque en Israel no hay forma. Lo que abordé aquí en la investigación traté de demostrarlo para saber que la justicia transicional es eficaz. Realmente está dando frutos duraderos:

que la narrativa de la víctima se convierta en su narrativa. Si no es así, si sigue habiendo voces que dicen “Oh, ellos solo, ya sabes, solo mintieron o se lo inventaron. No es tan grave o simplemente eran terroristas. Se lo merecen”. Si eso sucede, entonces no lo hicimos bien. El proceso de justicia transicional fracasó de alguna manera porque la forma en que se puede evaluar la eficacia es el hecho de que lo que estaba bien decir ya no lo está. Es criminal. Y si todavía te lo crees, después de la transición, de alguna manera podrás ir a la cárcel por incitación al odio o negacionismo. Para mí, a los países que todavía están luchando con eso, les diría “¿saben qué?, tal vez deban estudiarlo. Quizá necesiten adaptar cosas. Tal vez necesiten impulsar un poco más la conmemoración. Tal vez sea necesario educar más en la escuela para que nadie pueda decir que eso nunca ocurrió, que es una conspiración y una mentira”. También, excursiones a lugares. Con la Shoá tenemos estos campos, lamentablemente muchos de ellos. Me pregunto, por ejemplo, si tienen sitios que se puedan visitar donde ocurrieron asesinatos en masa. Si llevas a todos los niños de la escuela allí, no creo que mañana digan “eso no sucedió”.

La generación que probablemente sea negacionista es quizá la primera cuyos sus padres no se lo explicaron, cuyos padres no quisieron o no pudieron hablar de ello porque estaban demasiado traumatizados. O personas que tienen un auténtico odio anclado en su interior. Y eso es muy difícil porque no es como si no pudieras tomarte un café con ellos. Seguimos creyendo en un nazismo, por ejemplo. Es muy difícil racionalizarlo y hablar de ello. Pero creo que tenemos que hacerlo, no hay otra opción.

Lecciones y Ensayos: —*Qué interesante. Volviendo al proceso de justicia transicional. ¿Cuál cree que es el papel de la verdad en ese proceso?*

Alexandra Herfroy-Mischler: —Creo que la verdad es un concepto posmoderno. ¿Qué es la Verdad? Hay dos niveles de Verdad. Tienes la Verdad sobre los hechos. Esa es la parte periodística. La Verdad como hechos es información factual tangible no negociable que hemos verificado científicamente y se edifican como la verdad de lo que realmente ocurrió. Y luego está la verdad con “v” minúscula, que es una interpretación posmoderna. Es la perspectiva de la gente sobre lo que ocurrió. En periodismo, hay que responder a las cinco preguntas de quién, qué, cuándo y dónde. Esto puede ser objetivo. Pero el “¿por qué?” empieza a ser subjetivo entre la víctima y el autor. Creo que Eichmann fue extremadamente creativo a la hora de responder al “¿por qué?”. Y eso no encaja con la perspectiva de la víctima sobre el “¿por qué?”. La justicia transicional es esta capacidad de

tener las pequeñas verdades individuales de la víctima. Eso es concebible para el perpetrador como también parte de la verdad. Por eso cometió todo ese crimen. Así que ese es un ángulo. Decir la verdad es definir los hechos en una comisión de la verdad. Pero también es asegurarse de que todas estas víctimas que fueron silenciadas durante todo el proceso del régimen abusivo y el hecho de que fueron básicamente tergiversadas en su narrativa y su perspectiva ya no sucede. Ahora se escucha a los que no tienen voz. La víctima es escuchada y el agresor normalmente tiene que escuchar. La ley lo obliga. No tiene otra opción. ¿Entiende realmente la narrativa? No estoy segura. Como cuando ahorcaron a Eichmann. Siguió siendo el mismo hasta el final a pesar de haber escuchado más de cien testimonios de personas sobre lo sucedido, se aferraba a su verdad de alguna manera.

Pero ¿qué es importante para nosotros como comunidad? Nosotros, que estábamos completamente atrapados en la narrativa del agresor. Habiendo escuchado la verdad de la víctima ya no podemos seguir esa otra verdad. Me doy cuenta de que lo que creía que era verdad ya no puede existir en el ámbito de la verdad porque soy consciente de las pequeñas verdades de la víctima. Por lo tanto, mi verdad global ha cambiado por completo y esto es justicia transicional para mí. Es la capacidad de los perpetradores de decir "vaya, me lavaron el cerebro por completo" o tal vez actuaron a propósito en el peor de los casos. Pero los que van a transitar son los que son capaces de reconocer la verdad de la víctima. Eso también forma parte de la verdad real. Poder encontrarlos en un supermercado, en el cine coexistiendo juntos y que su verdad pueda existir porque actualizaron sus propias verdades como perpetradores a la luz de lo que escucharon de la víctima.

Lecciones y Ensayos: —*Y en el mismo sentido, ¿qué papel desempeña la reconciliación en el proceso de justicia transicional?*

Alexandra Herfroy-Mischler: —Creo que la reconciliación es el fin último de la justicia transicional. La justicia transicional está ocurriendo. Los perpetradores o bien son condenados a prisión y quedan fuera de la comunidad que estamos construyendo tras la transición o bien hay amnistía porque confiesan su arrepentimiento y validan la verdad de la víctima. Esto podría otorgarles la capacidad de formar parte de este nuevo Estado, de este nuevo régimen, como ciudadanos de pleno derecho. No es blanco o negro, pero esta es más o menos la opción.

La reconciliación es intentar asegurar un régimen democrático, en el que los enemigos del pasado puedan coexistir pacíficamente en el presente.

Eso no es nada fácil y a veces, a nivel local, se produce alguna purga entre civiles porque recuerdan lo que esa persona hizo y quieren hacer justicia conmigo mismo. La mayoría de las veces no ocurre, pero a veces sí. Así que, si el proceso de justicia transicional se hace bien, las víctimas sienten que han sido escuchadas, que han sido validadas, que están completas y que forman parte de esta nueva sociedad. Por lo tanto, la coexistencia se produce de forma pacífica y hay una paz duradera en el futuro.

Construimos sitios sobre quiénes son los buenos y quiénes los malos. Pero, al fin y al cabo, los buenos y los malos tienen que convivir como una nueva sociedad. Los que fueron capaces de reconocer el dolor y la verdad de la víctima, porque los que no lo fueron acaban en la cárcel o se lidia con ellos a través de los juicios. Puede haber un régimen en el que el 90 % de la población era el opresor y el 10 % era la víctima y no puedes tener una cárcel llena de perpetradores. Tienes que encontrar la manera de que vuelvan a estar activos en este nuevo régimen. No me sorprendería que algunas personas dijeran “oh, eres ese asiático. Me pregunto qué hiciste durante esos años”. Cuestionándose y sintiéndose como “Oh, wow. No sé si puedo confiar en vos”. Estás calculando como persona si es seguro o no estar en la misma habitación con esta persona. ¿Cambiará de verdad? ¿Realmente se enmienda? ¿Se arrepiente de verdad? Es una farsa para ellos sobrevivir y no acabar en la cárcel. Crea mucho resentimiento que durará al menos una generación. Tenemos que ser conscientes de ello. Existe la reconciliación en sentido estricto: la reconciliación en sentido estricto consiste en que “sé que no me vas a apuñalar en la calle o en un supermercado y que yo no te voy a matar en la calle o en un supermercado”, y la reconciliación en sentido estricto no consiste en el perdón sino, si es posible, en algún tipo de voluntad por ambas partes de convivir pacíficamente y garantizar un futuro pacífico a la próxima generación. Dicho esto, hemos sacrificado a esta generación y las cosas nunca van a ser como al 100 %. Tenemos dudas, tenemos miedo, a pesar de que hemos pasado por todo esto, pero por el bien de la próxima generación, haré un esfuerzo de alguna manera para reconciliarnos en las buenas y en las malas. Realmente depende de cada persona.

Lecciones y Ensayos: —*Y con respecto a las próximas generaciones. ¿Cómo cree que influyen las producciones culturales, como películas y libros, en el proceso de construcción de la memoria, la verdad y la justicia?*

Alexandra Herfroy-Mischler: —Se trata de un aporte muy importante y poco investigada en realidad. Hay algunas investigaciones sobre la

regla del teatro, como representar el crimen en la escena y hablar de ello de una manera diferente que, en una conferencia, por ejemplo. También hay canciones que se escriben, y libros, por supuesto, que también, exposiciones de supervivientes que intentan comunicar lo que han vivido. A veces estas perspectivas surgen de forma muy natural. Creo que todos somos artistas de alguna manera. Pasar por estos lugares ayuda mucho a curar el trauma. Por desgracia, creo que no se ha investigado lo suficiente, porque parece que las ciencias sociales tienen que ser cualitativas, trabajar con datos, entrevistas, encuestas, cifras y demás. Pero sé que en algunos números del Oxford International Journal of Transitional Justice se están llevando a cabo investigaciones sobre el teatro y la pintura y sobre cómo esto es una parte curativa y que probablemente debería investigarse más en términos del potencial apaciguador y de la construcción de la coexistencia a través de las artes y la producción cultural.

Lecciones y Ensayos: —*Como última pregunta, nos gustaría preguntarle ¿qué recomienda a los jóvenes que se interesan por la investigación y aún están en la universidad?*

Alexandra Herfroy-Mischler: —Mi consejo sería que investiguen desde su intuición. Creo que para mí el viaje empezó con una historia personal de mi familia que quería averiguar. Eso me dio fuerzas a veces para levantarme a las 5 de la mañana y ponerme en marcha y trabajar. Leer artículos, hacer entrevistas. Hay algo muy catártico en investigar algo que te es muy querido, en intentar curar esas heridas mediante el conocimiento, mediante la comprensión desde el cerebro. Porque a veces es más fácil articular una comprensión teórica de lo que uno mismo está viviendo como tercera o cuarta generación y también quiero animar a la gente a que investigue como un deber. También como un deber de memoria para con las víctimas. Al menos en lo que respecta a mi doctorado, tengo la fuerte sensación de haber sido bendecida por vivir en democracia, en tiempos de paz. Sentí que estaba en deuda con las víctimas, que debía investigar sobre ellas y dar voz a lo que han sufrido para darlo a conocer, hablar para hacer lo mejor que pudiera para honrar su memoria. Esa es mi forma de, de alguna manera, dedicar mi vida a cargar con su memoria. Por supuesto, no es perfecto, pero sí siento que me impulsa en fuerza y productividad, que investigando algo que no me agarrara y se apoderara de mí nunca lo conseguiría básicamente.

Eso es lo que les diría a los estudiantes. Pero, naturalmente, creo que todos lo hacemos. Tengo muchos estudiantes que escriben trabajos de

seminario conmigo y hay un proceso de curación que surge a partir de la comprensión, que es muy importante porque sentimos emociones de todos modos, pero a veces tenemos que etiquetar estas emociones y ordenarlas. Entonces, cuanto más investigamos, más nos damos cuenta de que toda la humanidad está pasando por el mismo proceso de curación del trauma. Cuando nos enfrentamos a graves violaciones de los derechos humanos, tenemos que ayudarnos mutuamente. Y creo que es hermoso formar parte del proceso de curación de la humanidad documentando cómo, básicamente, se destruyó a sí misma y cómo está avanzando hacia su curación.

ENTREVISTA A LA PROF. LUCILA LARRANDART*

Lecciones y Ensayos: —*¿Cómo era la universidad en sus años de estudiante? ¿Hubo docentes o compañeros que marcaron su trayectoria profesional?*

Lucila Larrandart: —La facultad era totalmente distinta porque el estudio era totalmente distinto. Yo curse en la década del 60 —hace años— y en esa época no había cursos, el 80 % de las materias las dábamos libres. No había clases ni cursos donde vos conocés personas y docentes. A nosotros nos decían qué libro teníamos que leer y algunos compraban apuntes, eso dependía de si uno quería estudiar bien. Yo en general lo que hacía era estudiar con tratados, porque además entendía mejor. No tenías quien te explicara, no solo en lo profesional sino intelectualmente. Tampoco había discusiones que se estuvieran llevando a cabo por las distintas teorías. Las materias eran separadas unas de otras, no tenías esa formación de ahora. A los profesores no los conocías directamente, aparecían en el momento que ibas a rendir el examen y era total, sobre toda la materia con bolillero, después te hacían preguntas. Era lo que se llamaba el examen libre, no tenías que hacer ningún trabajo.

Lecciones y Ensayos: —*¿No había intercambio, no?*

Lucila Larrandart: —Yo hice muy poquitos cursos, había algunas cátedras que dictaban clases, no sé si quienes las daban eran ayudantes. Yo tuve más contacto con la facultad como docente que como estudiante. Entré como docente al poco tiempo de recibirme y desde entonces quedé como docente, salvo durante la dictadura que me echaron, esos siete, ocho años no estuve. Después estuve siempre. En esa época empezabas la carrera docente en el escalón más bajo que era ayudante de segunda. Después te promovían a ayudante de primera, después jefe de trabajos prácticos y ya para adjunto tenías que concursar. La facultad tiene una gran demora

*Entrevista realizada por miembros del Consejo de Redacción de Lecciones y Ensayos el 10 de abril de 2023.

en implementar concursos para renovar a los profesores. Hay profesores, incluso en lo que era mi cátedra, que hace 20 años que son adjuntos con comisiones a cargo, pero no abren concursos y entonces son profesores adjuntos no regulares.

El principal penalista de la época, Soler, nunca fue titular porque no era argentino. Para que te nombraran en la UBA debías tener nacionalidad argentina y Soler era español.

Otro penalista que fue el que más desarrolló el derecho penal en la facultad como contratado, porque tampoco podía ser nombrado profesor, era Jiménez de Asúa que estaba exiliado de la dictadura de Franco. Nunca fue profesor regular porque era español, pero esta era una regulación de la UBA en general, no solo de la Facultad de Derecho. Eran esas cosas antiguas que existían, no sé las otras materias, pero en Penal había varios que no tenían nacionalidad argentina, que en general eran exiliados de otros países.

Actualmente cuando te nombran titular no tenés obligación de dar clase, es una cosa increíble. Es decir, tenés obligación de dar clase mientras no seas titular. Se hace con una fundamentación, creo yo, en que el titular es el que hace seminarios y forma a la gente. Alguna fundamentación tiene, pero lo concreto es que yo no sé si ahora la hay. Yo daba cursos siendo titular, porque además me gustaba inspirar. Pero no tienen obligación, entonces no sé si ustedes conocen a todos los titulares, de todas las cátedras.

Lecciones y Ensayos: —*¿Cómo fue su experiencia como docente en la facultad? ¿Como fue volver luego de ser echada durante la última dictadura?*

Lucila Larrandart: —Entre en el 70 por concurso en carrera docente, porque ahí sí había concursos. Cuando yo curse Penal, estaba dividido era Penal I y Penal II. Penal I era parte general y Penal II parte especial, lo cual era un disparate.

Yo entré en Penal II porque era la única que abría concurso. En 1973, 1974 yo era jefe de trabajos prácticos, pero tenía clases a cargo porque las comisiones de enseñanza estaban a cargo ellos, los adjuntos daban clase, pero no manejaban las comisiones. Cuando viene el golpe de Estado, en realidad la Universidad la intervienen meses después del golpe, no la intervienen inmediatamente. Intervienen la Universidad, desaparecen profesores, mucha represión también. Además, la Universidad pasó a depender creo del Ministerio del Interior.

Una universidad pública pasa a depender del Ministerio del Interior. Era para controlar nada más, se deroga el gobierno tripartito y hay un

interventor en cada facultad. Cambia totalmente la estructura. A mí me declaran cesante en el 76.

Uno pensaba que iba a ser igual que los otros golpes de Estado, lo que no se sabía es que iba a haber terrorismo de Estado. En general siempre se gobernaba en estado de sitio acá y uno podía ser detenido sin motivo. Entonces durante los golpes de Estado había gente que iba presa y por ahí estaba tres o cuatro años a disposición del Poder Ejecutivo. En la Constitución hay posibilidades de que el Poder Ejecutivo asuma la facultad de detener sin causa a cualquiera salvo que elijas irte del país. Pero cuando dan el golpe en el 76 derogan esta posibilidad ya no podías irte del país, ibas preso directamente.

Derogan la posibilidad constitucional de que elijas irte del país. Por eso durante toda esta larga dictadura que comenzó en 1955, hay mucha gente exiliada argentina en el exterior. Precisamente por eso, porque elegían irse del país para no ir preso. Porque ibas preso y no tenías posibilidad de salir, porque no había causa, ni tenías un juicio.

Yo volví a la facultad, creo que en el 83 con Zaffaroni. Iba a decir con Bacigalupo, pero él ya no estaba ya que se tuvo que ir antes del golpe de Estado por estar en la lista.

La dictadura vuelve a intervenir las facultades para regularizarla y llamar a elecciones en los claustros y entonces asignan cátedras a personas sin concurso. Con Bacigalupo en el exterior quedaba Zaffaroni que nunca se tuvo que exiliar. Ahí le ofrecen una cátedra y él me llama para ser adjunta y después, cuando abrieron concursos, él concursó para titular y yo para adjunta. Fui adjunta regular hasta que concursé para titular. De modo que no sé cómo funcionó académicamente durante la dictadura, porque mientras todo el resto fue represión hubo gente en la facultad que se recibió.

Yo volví con la facultad ya regularizada. Debe haber sido en el 84 porque Alfonsín asume en diciembre del 83. Lo cierto es que en el 84 se empiezan a regularizar todos los niveles. En el caso de la universidad, como es gobierno tripartito se llamaron a elecciones.

Lecciones y Ensayos: —*A principios de la década de los 80, se integró como abogada al Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) ¿Cómo fue participar durante la dictadura?*

Lucila Larrandart: —Ahí trabajamos quienes encausamos nuestra profesión en los derechos humanos a raíz de la dictadura. Uno pensaba que los que estaban detenidos estaban a disposición del Poder Ejecutivo. Es decir, los que fueron detenidos luego de que se les destruyera la casa

y se los llevaran. Incluso antes de este golpe de Estado, se presentaban *habeas corpus* para saber dónde estaba alguien detenido y la causa. No tenía que haber causa a veces porque estaban “a disposición del Ejecutivo”. Había estado de sitio, pero de todas formas se presentaban *habeas corpus* para aclarar la situación. Había gente que era llevada al sur y los tiraban en Puerto Madryn o que quedaban a disposición del Poder Ejecutivo en una cárcel del sur. Presentábamos *habeas corpus*, después cuando pasa un tiempo, nos dimos cuenta: ahí nació el concepto de desaparecidos. Videla dice expresamente: “tan desaparecidos no están”.

Uno junto con los familiares de los desaparecidos se empezaba a dar cuenta que no estaban a disposición del Poder Ejecutivo, sino que no existían. Por eso yo digo que hasta el 76 jurídicamente la gente estaba viva o muerta y que los militares inventaron una tercera categoría que no existía ni existió jurídicamente que era *desaparecido*. Vivo, muerto o *desaparecido*.

Con Mignone trabajábamos antes de que constituyera el CELS. Mignone fue el tipo más lúcido del movimiento de derechos humanos porque fue quien se dio cuenta de algo. De hecho, por algo el CELS es de los pocos espacios que siguieron con una tarea jurídicamente seria, seria con relación a una buena asistencia jurídica. Él se da cuenta de algo en un momento, cuando va a venir la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Fue en el 79, él trabajaba en la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos y tenía financiación de Estados Unidos ya que no estaban de acuerdo con el terrorismo de Estado. Una cosa es promover un gobierno de derecha y otra cosa es promover un gobierno que utiliza el terrorismo de Estado. Entonces, ahí él reconoce lo que hace falta. Más allá de que existían movimientos de derechos humanos, movilizaciones y una asistencia jurídica imperfecta, solamente se preguntaban por abogados y se presentaban elementales *habeas corpus*. No había una lucha en serio jurídica, un cuestionamiento del concepto de Estado de no derecho.

Él se da cuenta de que hay que crear un organismo, un instituto de derechos humanos —le puso Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS)—, que brindara asistencia jurídica. A partir de la posibilidad de la llegada de la CIDH y la trascendencia internacional de eso, era hora de hacer cosas en serio jurídicamente. Incluso de buscar salidas jurídicas, de hacer un trabajo jurídico en serio. Entonces creó el CELS.

Por eso, incluso ahora me llamó una fiscal por un caso que yo trabajé con Mignone en el año 77 sobre tres chicos de edades distintas, de cuatro a ocho años, a los que les mataron al padre y a la madre. Luego, cuando los

familiares se dan cuenta que no se los van a dar, los internan en un instituto de menores, separados. Una cosa innecesaria. Entonces presentamos un montón de cosas, sobre todo para hacer que no los internaran. Todo esto usando las leyes vigentes, siempre fue para amparo. Al niño se lo internaba para protegerlo, pero en este caso había familia de los dos lados que podían adoptar. Presentamos un montón de cosas y yo me olvidé de este caso, fue en el 77 y el año pasado me llamó para decirme que esos chicos de adultos hicieron un juicio contra el Estado, en democracia, pidiendo indemnización ya que estuvieron internados ocho años. Salieron a los dieciocho años. La fiscal auxiliar de la causa me llama y me comenta que todo lo que nosotros hicimos con Mignone lo usó para ganar el juicio. Era una tarea jurídica, no era una invención, pero era lo que había visto Mignone que se necesitaba. Él tenía una hija desaparecida, llegó a los derechos humanos por un problema personal. Un tipo con una lucidez muy particular. Tampoco pensó lo que iba a generar. Nosotros trabajábamos en un área con el CELS y ahora tiene varios departamentos, no solo hace asistencia en causas penales sino también investigaciones. Mignone vio clarito lo que se necesitaba en ese momento. Ahora le pedí a la fiscal que me avise para ir a escuchar el veredicto, me parece mentira. Cuarenta años han pasado, una cosa increíble.

Lecciones y Ensayos: —*¿Qué puede contarnos de su experiencia en la Conadep?*

Lucila Larrandart: —En el CELS entré durante la dictadura, a principios de los 80. La Comisión de Derechos Humanos vino en el 79. Yo trabajaba en el CELS con otra abogada con la que era muy cómplice, se murió hace poco. Después, cuando se crea la Conadep me llama un conocido mío, nombrado secretario ahí, para preguntarme si quería entrar. Yo lo dudé ya que de la Conadep se pensaba, como decía Colombes, que Alfonsín “*llamo a diez personas para quedar bien, y luego ustedes le dieron vuelta la tortilla*”. Nunca pensó que iban a hacer el *Nunca Más*. Funcionó menos de un año la Conadep hasta que hizo el informe.

Entonces me llamó este amigo que lo habían designado ya que los secretarios reclutaban gente. Tenían que contratar enseguida y llamaron personas que ya trabajan en derechos humanos. Lo pensé bastante. Sábado traía las provisiones de Alfonsín, era el intermediario. Yo llamaba a asamblea y amenazaba con la renuncia de todo el personal y con comunicar a los medios y así nos permitieron hacer más cosas. Ahí trabajé en la Secretaría de Denuncias. Lo más difícil fue poder entrecruzar, a veces veo el

Nunca Más y pienso en cómo fue eso posible. Además, nosotros teníamos experiencia por las denuncias aisladas de los familiares, pero lo que tuvo la Conadep fue ser un centro para que la gente fuera a denunciar sin tanto miedo, porque era un organismo oficial y no un organismo de derechos humanos prohibido por los militares. Era con un gobierno democrático y una institución oficial, no manejada por los militares.

A pesar de ello, hubo gente que no fue a la Conadep sobre todo del interior por una cuestión de tiempo. La gente del interior que tenía información y plata para venir venía, sino no. Por eso se trabajó con nueve mil casos nomás y está la discusión actual de los números.

Los primeros días fueron increíbles ya que había colas de diez cuadras de los familiares para hacer la denuncia. Confiaban en que iba a "pasar algo". Después en el Juicio a las Juntas me di cuenta de cómo venía la mano, porque ahí ya aparecen comprometidos los jueces. Incluso si leen la sentencia se van a dar cuenta. Ellos juzgan a las tres primeras juntas, o sea al aparato que daba las órdenes. Ellos tomaron lo de Roxin de autor mediato porque juzgaban a los comandantes, a las tres juntas que en los siete años fueron cambiando. Juzgaban nada más que a la cúpula, no juzgaron a nadie más, entonces ellos no podían hablar de nada. Sin embargo, van a ver, en la sentencia cuando la lean, que habla sobre obediencia debida.

La primera vez que había elementos era a través de las denuncias, porque en algunos lados tomaban, en el interior del país, denuncias en nombre de la Conadep. Sobre todo, Córdoba, Mendoza, Noreste, que tuvieron centros clandestinos de detención muy importantes, y en los que hubo importantes números de personas desaparecidas.

Me acuerdo decir: ¿cómo hacemos? A mí se me ocurrió primero, empezar a preguntar cosas "edilicias" para poder cruzar a los que hacían la denuncia, sobre todo para que tuvieran en cuenta los empleados que recibían la denuncia. Por ejemplo, si había baños, como eran los baños, si había pisos, más pisos. Es decir, características edilicias para tener información y poder cruzar para empezar a construir. Yo cada vez que leo el relato de la Conadep, que se detectaron tantos centros clandestinos, me vuelvo a preguntar ¿cómo hicimos?

Trabajábamos todo el día de la mañana a la noche y los fines de semana, porque además no teníamos tiempo y había que hacer todo. Ahora, el *Nunca Más* no lo puede leer nadie, es brutal, es brutal. Ahora salió en capítulos en *Página 12*, todos los miércoles. Pero también es ilegible. Mi hijo nunca lo pudo leer, leyó dos o tres capítulos y lo dejó, le pasa a todo

el mundo lo mismo. Porque además un nivel de información de ese tipo no lo tolerás, no lo tolerás.

Pero nosotros pensábamos igual que no tenía tanta importancia la Conadep, ¿por qué? Porque se iba a investigar en los juzgados. El objetivo era el Juicio a las Juntas, el juzgamiento de la conducta de los que habían dado las órdenes. Pero, además, después uno pensaba que se iba a investigar hasta para saber dónde podían estar los cadáveres, porque para las familias es una cosa tan buscada el cuerpo, es lo único que les queda.

Es como el duelo. Incluso se ponían contentos cuando aparecían los cadáveres que aparecían en los ríos. Claro, porque tenían con quién hacer el duelo y a quién llevarle flores. Aunque sea, nunca se recuperaron todos, es muy difícil entre muchos huesos recuperar todo el cadáver. Pero sí se recuperaban partes, y hasta con la mitad del cuerpo se alegraban viste, claro... algo tenés por lo menos. En ese sentido fue muy frustrante porque uno pensaba que no importa porque ya se va a averiguar.

A partir del 86 era la averiguación en concreto de los hechos, porque una cosa es lo que hicieron Videla, Macera y Agosti que dieron las órdenes y planificaron el terrorismo de Estado. Hasta eso, simbólicamente puede significar algo por ejemplo para los familiares, pero lo que se quiere es saber por lo menos qué pasó.

Uno estaba esperanzado en la importancia que tuvo el *Nunca Más* cuando lo terminan. Penalmente, no es una buena prueba, no es una prueba total. Se convirtió en una prueba total por lo que pasó durante todos los años después.

Únicamente un penalista puede... quien estudia derecho, puede empezar a entender por qué los jueces de la Causa 13 hablan de obediencia debida en el juicio que fue en el 1985, lo único que tenían era el *Nunca Más* como prueba. Evidentemente tenían todo preparado para la obediencia debida, porque además no correspondía (yo lo digo incluso en el libro) porque no podés hablar de terceros que no tenés bajo juzgamiento penal. Yo creo que tenían planificado esto, la salida de la obediencia debida, del punto final.

Yo nunca pensé que lo de la Conadep iba a adquirir la importancia que tuvo. Pero adquirió esa importancia porque después no se pudo investigar. En realidad, como durante la dictadura los jueces no hicieron lo que tenían que hacer, que era investigar, aunque le dijeran que no lo tenían detenido y todo. Si habían desaparecido a alguien tenían que investigar por ser privación ilegítima de la libertad y nadie investigó nada, entonces

no había prueba de nada. Esto es lo brutal, que no había tampoco prueba independiente.

Lecciones y Ensayos: —*Claro, y para vincularlo con esto último que venía diciendo, cuando vuelve la democracia en diciembre del 83, al tiempo usted vuelve a trabajar en el Poder Judicial, ¿cómo fue esa vuelta?*

Lucila Larrandart: —No, yo volví cuando salió el Código Oral. Yo no hubiera vuelto. Volví porque me pidieron. Yo en ese momento tenía mi estudio, que estaba muy bien y estaba como directora del Patronato de Liberados de la Provincia de Buenos Aires que me encantaba porque dependía del Ejecutivo y no del Judicial.

El juez de instrucción investigaba y el juez de sentencia hacia la parte del plenario cuando se recibía toda la prueba y dictaba la sentencia. Modifican todo esto y, si bien no hacen un código acusatorio, hacen una mezcla. Una primera parte que es escrita conjuga instrucción y una segunda parte que es oral, en realidad la oralización es el plenario. Y entonces ¿qué pasa? Tienen de golpe en todas las provincias que nombrar, porque jueces federales había, pero no había tribunales orales.

Yo me imagino, deben haber estado desesperados porque a mí me llamó el ministro de Justicia de la Provincia de Buenos Aires y me dice: “Mirá Lucila, te voy a proponer una cosa: tenés que venir a la justicia porque salió el Código Oral.” Le digo que no, que yo no tengo ningún interés en volver. Finalmente, me insistió tanto que le dije: “mirá déjame pensar, pero te voy a decir que no”. Estaban llamando a gente que conocieran porque estaban desesperados para que nombraran. Además, era una jurisdicción enorme. La Matanza tenía en ese momento un millón y medio de habitantes, La Matanza sola, que era una parte de la jurisdicción penal de San Martín. Teníamos Campana, Zárate, San Isidro, San Martín, un montón. Pero por la cantidad de habitantes, no por la cantidad de delitos, por la cantidad de habitantes. La justicia se programa en función de la cantidad de habitantes.

Lecciones y Ensayos: —*Volviendo un poco a cuando usted va a San Martín, integra el Tribunal Oral, usted ahí, tenemos entendido, condena distintos represores de la última dictadura militar.*

Lucila Larrandart: —Si, eso fue después porque yo entré en el 93 cuando se unifica el Código. Y las causas llegan a mi tribunal en 2000 y pico. Y las causas de derechos humanos empiezan a moverse cuando Kirchner derogó las leyes de Obediencia Debida y Punto Final, que ahí la Corte se da vuelta y declara la inconstitucionalidad de lo que había declarado

constitucional en los años antes. Entonces, yo creo que las primeras causas, las de Campo de Mayo, yo ya las había investigado. Yo había descubierto el Campo de Mayo en la Conadep, había recibido todas las denuncias, incluso lo habíamos allanado. Estaba todo demolido, pero reconocen los lugares donde habían estado privados de la libertad, que era el Campito y otro más.

Lecciones y Ensayos: —*¿Encontró alguna dificultad probatoria? Porque los sucesos habían pasado hace mucho tiempo y en las causas de lesa humanidad, en la etapa de juicio oral se incorporan muchos testimonios por lectura.*

Lucila Larrandart: —En las causas de terrorismo de Estado, como también en otro tipo de causas, en general se había juzgado mal. Pero eso pasó por el tiempo, porque con el asunto de Obediencia Debida y Punto Final, hasta que en el 2003 que Kirchner derogó todo desde el 85. Lo que había eran testimonios, por eso se cita mucho el testimonio del Juicio a las Juntas, porque habían alcanzado a declarar ante jueces. Eso hace que adquiera importancia un testimonio que no era testimonio. La denuncia que hacen en la Conadep no era una testimonial, lo que vos decís es leer un testimonio, incorporarlo por lectura que tiene el mismo valor, pero incorporar por lectura una denuncia y darle valor. En los delitos que nosotros juzgamos surgieron cosas nuevas, jurídicas. Uno es el manejo de teorías de la autoría, todos repetían y pegaban a Roxin. Eso lo podían hacer los jueces de la Cámara Federal porque estaban juzgando a la cúpula. Pero no lo podían hacer con el resto. Desde Videla hasta el último del campo eran autores mediatos, hasta el ejecutor, el jefe del campo o el sargento que mandaba el ejecutor, todos eran autores mediatos, lo que es un disparate, es responsabilidad objetiva. Yo no puedo emplear el mismo criterio que empleo para tres cómplices que asaltan un banco que para el que dirige un campo con destino de detención. No es lo mismo, porque uno está gobernando y tiene que asegurar los derechos de los otros y utiliza ese poder que tiene para cometer los delitos. Tienen que ser otros principios.

Yo amplíe como coautores, no como autores mediatos, y la prueba es otra. Cuando yo tengo hechos que son cometidos clandestinamente por los autores que manejan la publicidad, el registro, todos los medios de prueba, no puedo emplear el mismo criterio.

Lecciones y Ensayos: —*¿Qué opina usted sobre los vaivenes que tuvo la Corte con los fallos Muño y Batalla, con esto del 2 x 1?*

Lucila Larrandart: —¿En qué sentido? La Corte toda la vida tuvo lo mismo. Estamos hablando de la Obediencia Debida y Punto Final que un momento fue constitucional y cuando cambió el gobierno fue inconstitucional, es lo que siempre hace la Corte. Por eso es importante, que en algún momento se llegue a la doctrina de las consecuencias, el que las hace las paga.

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

Lucila Larrandart: —Yo estoy desactualizada. Yo he sido más docente en la facultad que estudiante, entonces no sé cómo están ahora. Te puedo decir qué consejo le daría a un docente. Mis exalumnos me hacen acordar de cosas. Tenía un alumno que después se volvió profesor, Alberto Bovino, siempre me dijo que yo tenía una táctica. Yo enseñaba Derecho Penal siempre y en Penal vienen con toda la mentalidad recargada, la hipertrofia del derecho penal, de la mano dura, de la inseguridad, están atosigados de eso. Yo lo que les pedía la primera clase era que leyeran algún libro. De esto me hizo acordar Bovino, a ellos les dije que leyeran libros escritos por abolicionistas, que son gente de derecho en general europeos, que piensan que se tiene que abolir el derecho penal. Yo no estoy de acuerdo con eso, pienso que el derecho penal es para regular el aparato represivo del Estado y sirve para eso, pero son muy buenos los libros. Uno es de un finlandés es Nils Christie que se llama *Los límites del dolor*, es chiquitito y te da vuelta la cabeza. Para un joven que lo único que tiene es la alimentación de los medios de comunicación que le incrementan la represividad, le da vuelta la cabeza.

Entonces, les decía que si algún día andan por calle Corrientes o una zona de librerías les voy a recomendar que compren ese libro y lo lean. Él dice que eso le condicionó la vida, eso... Él empezó a estudiar de grande y me dijo: "Yo obediente, no tenía la misma edad que todos los chicos que empezaban Penal, fui a Corrientes hasta ubicar una librería que tenía el libro de Nils Christie. Empecé a leer esa tarde, no lo pude dejar, no dormí esa noche para terminar el libro y me cambió la vida". Además, no hay cosas establecidas en la enseñanza, depende del modo de ser y la formación de cada uno. En derecho público no se puede estar en los dos lados, tenés que elegir en una posición u otra. Pero en derecho privado, comercial, civil podés estar en un conflicto similar de un lado o del otro. En derecho público tenés que estar de un solo lado, tanto en derecho administrativo como en derecho penal.

Entonces, a los alumnos lo que les aconsejaría, pero es medio abstracto, es que estudien, y estudiar no significa decir de memoria las cosas. En Penal, estudiar la ley, lo que dice la ley es tiempo perdido, porque la ley se cambia de un día para el otro. Vos no sabés el derecho penal por saber el Código Penal, porque el Código te lo dan vuelta mañana. Es decir, hay dogmática en derecho tanto en penal como en las otras ramas del derecho, pero estudiar el derecho en serio es estudiar los principios de cada una de las ramas del derecho. Por último, les aconsejo que siempre busquen algún autor crítico de la rama y lean la parte crítica, no la oficial.



ENTREVISTA AL PROF. CLAUS ROXIN*

VALENTINA PEDERNERA & CONSEJO DE REDACCIÓN DE LYE**

Valentina Pedernera y LyE: —*Nos gustaría comenzar con una pregunta que ya le deben haber hecho muchas veces, pero que siempre es interesante: ¿Cómo se decidió a estudiar Derecho y qué fue lo determinante para orientarse al Derecho Penal?*

Claus Roxin: —La respuesta es: nada en absoluto. El hecho de que yo no supiera qué iba a estudiar llevó a mi padre a decirme, sin más, “entonces estudia Derecho, porque así podrás ejercer muchas profesiones diferentes”. Esa es la razón. Lo que me acercó al Derecho penal, en cambio, fue mi propia decisión. La razón de ello es que el Derecho penal está muy relacionado con el futuro y el destino de las personas. Eso me interesa tanto psicológica como humanamente, por lo que pensé que valía la pena estudiar esta materia.

Valentina Pedernera y LyE: —*Usted vivió en una Alemania totalmente convulsionada y dividida por los efectos del totalitarismo. ¿Alguna de estas experiencias históricas lo marcó especialmente? ¿Qué impacto tuvo este contexto histórico en su formación académica y en el desarrollo de sus teorías?*

*Entrevista realizada de forma presencial por miembros del Consejo de Redacción de Lecciones y Ensayos y la Prof. Valentina Pedernera el día 22 de octubre de 2022 en Stockdorf, Alemania. El Prof. Claus Roxin es un abogado y jurista alemán destacado por su labor en el ámbito del Derecho Penal, Derecho Penal Internacional, Derecho Procesal Penal y Teoría del Derecho. Es uno de los penalistas de mayor influencia en discusión contemporánea del Derecho Penal de la tradición romano-germánica, lo que le ha hecho acreedor de casi una veintena de Doctorados Honoris Causa y reconocimientos académicos como la orden Raimundo Peñafort en España.

**Valentina Pedernera es Abogada e Integrante del Cuadro de Honor en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba y desde el año 2021 se desempeña como becaria doctoral del Servicio Alemán de Intercambio Académico (DAAD).

Desde el Consejo de Redacción de Lecciones y Ensayos agradecemos profundamente a la Prof. Pedernera por su colaboración en la realización de esta entrevista y en su proceso de traducción al idioma español.

Claus Roxin: —Sobre esto solo puedo decir lo siguiente. Mi padre fue empleado y luego apoderado de un banco inglés durante toda su vida. En concreto, del Barclays Bank. De tal forma, nuestra familia no tenía ningún tipo de relación con los nazis. En consecuencia, estuvimos muy felices cuando la guerra finalmente terminó y nos libramos de ese tipo de gobierno. Yo no he tenido problemas o consecuencias concretas del pasado nazi. Alemania, por supuesto que sí. En cuanto al desarrollo de mis teorías, mi idea fue que teníamos que construir un verdadero Estado liberal para que algo como el nazismo no pudiera volver a ocurrir nunca más.

Valentina Pedernera y LyE: —*A lo largo de su carrera se aprecia un gran interés por la parte general del derecho penal. ¿Cuál cree que ha sido la razón por la que le dio preponderancia a esta parte del derecho penal por sobre la parte especial?*

Claus Roxin: —La razón es que las cuestiones fundamentales sobre la justificación del derecho penal y los fundamentos de la pena se responden en la parte general del derecho penal. La parte especial solo se refiere a cuestiones específicas. La pregunta importante sobre los requisitos bajo los cuales alguien puede ser penalmente responsable se responde solamente en la parte general. Esa es la razón por la que la he elegido. Porque la parte general se refiere a las diversas maneras de comportamiento de las personas.

Valentina Pedernera y LyE: —*Como sabemos, su tratado de Derecho penal y su obra completa sobre la parte general del Derecho penal representa su idea de ver y estudiar al Derecho penal como una cuestión internacional sobre la que se puede discutir en pie de igualdad más allá de las nacionalidades de los interlocutores.*

Claus Roxin: —Es cierto que el derecho penal tiene la misma tarea en todos los países. Debe garantizar la paz y la libertad. Debe impedir que los individuos sean atacados y que sus intereses sean lesionados. Asimismo, el individuo debe conservar, en la medida de lo posible, la libertad de configurar su propia vida. Estos principios no solo se aplican en Alemania, sino que son igualmente válidos en todos los países civilizados. Por eso, en mi opinión, la dogmática penal es una cuestión internacional. Mis obras han sido

Valentina Pedernera y LyE: —*El hecho de que el derecho penal sea una cuestión internacional podría llevar a una cierta compatibilidad entre los dos sistemas penales más conocidos: el continental europeo y el anglosajón. ¿Cómo valora la influencia de la literatura inglesa en la ciencia penal alemana y de la influencia alemana en la ciencia anglosajona?*

Claus Roxin: —Yo no veo que exista tal compatibilidad entre la dogmática alemana y el derecho penal angloamericano. Aun así, el tema es interesante. Por ejemplo, yo intento incluir ideólogos extranjeros en mi tratado de derecho penal, pero la normativa angloamericana no es realmente compatible, porque allí no existe un sistema de leyes. El principio *nullum crimen sine lege* con un elaborado cuerpo de párrafos (artículos) no existe allí. Eso es un problema, un problema internacional. Si eso puede ser cambiado ya es otra cuestión. Pero el derecho penal alemán no puede aprender nada del derecho penal anglosajón. Puede aprender de las teorías jurídicas generales, que están muy desarrolladas, pero no en derecho penal [sustantivo].

Valentina Pedernera y LyE: —*El proceso de expansión de la dogmática alemana hacia otros países se ha profundizado por la traducción al español de sus obras y las de profesor Günther Jakobs, entre otros autores. Este proceso permitió que las teorías alemanas sean conocidas en América Latina y que la comunidad académica sea más extensa y diversa. Además, luego se empezaron a implementar programas de intercambio académico y de cooperación internacional. En virtud de ello, varios/as penalistas de Argentina y Latinoamérica han realizado estancias de investigación en Alemania. Usted ha sido tutor de muchos de ellos y ha sido responsable de que esa cooperación académica sea fructífera.*

En relación con estas experiencias de intercambio académico, que en lo personal me involucran [Valentina Pedernera], podría contarnos ¿cómo comenzaron a generarse estos intercambios en su carrera y qué reflexión puede compartir sobre su experiencia como tutor?

Claus Roxin: —Normalmente se desarrollaba así. Los estudiantes internacionales me preguntaban si podían trabajar y formar parte de mi cátedra durante algunos semestres. Por lo general, yo decía que sí, por supuesto. Así llegué a conocer a profesores latinoamericanos y también dio como resultado que yo reciba invitaciones de muchas universidades latinoamericanas. He dado conferencias en casi todos los países latinoamericanos. Desde República Dominicana hasta Argentina y Chile. He estado en América muchas veces, unas 25 veces aproximadamente.

Valentina Pedernera y LyE: —*La segunda pregunta al respecto es: En su opinión, ¿Cuáles cree que serían otras posibles maneras de visibilizar y profundizar estos lazos de cooperación académica con América Latina?*

Claus Roxin: —Yo no conozco ninguna otra posibilidad. Otras posibilidades solo pueden surgir, por ejemplo, si la gente latinoamericana

aprende el idioma alemán y estudia la doctrina alemana en América Latina. Eso es teóricamente plausible, pero muy raro en la práctica. Es mucho más sencillo venir a Alemania un semestre o un año, aprender bien el alemán y luego perfeccionarse en estas cosas. Así, yo no creo que sea imprescindible hacer todo esto estando en América Latina y sin venir a Alemania.

Valentina Pedernera y LyE: —*Como hemos dicho, sus obras han sido muy importantes en el derecho penal latinoamericano. En concreto, su obra "Autoría y dominio del hecho en Derecho penal" (Täterschaft und Tatherrschaft) y su tan conocida "Teoría de la voluntad en los aparatos organizados de poder" (Theorie der Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate) han sido aplicadas en los distintos procesos judiciales en contra de los miembros de gobiernos de facto en América Latina.*

Cuando pensó y escribió sobre ello, ¿se imaginó que sus ideas iban a tener un impacto transversal en la consolidación de las democracias a lo largo de un continente entero?

Claus Roxin: —Eso es absolutamente correcto. La teoría del dominio de la voluntad a través de los aparatos organizados de poder ha influido mucho, por ejemplo, en la jurisprudencia de Chile, de Perú y de Argentina. En particular, yo he leído la sentencia contra Fujimori y creo que había 33 citas de mis libros de texto y de "Täterschaft". Como he dicho, he estado en estos países, a raíz de estos procesos y por otras cuestiones académicas.

Valentina Pedernera y LyE: —*En retrospectiva, ¿qué valoración hace de los distintos procesos de acusación en los que se implementó su teoría?*

Claus Roxin: —No se puede emitir un juicio general al respecto. Hay procesos en los que mis teorías se han aplicado de forma totalmente correcta y los hay en los que se ha aplicado de forma superficial e incorrecta. Pero para evaluarlos deberíamos estudiar en profundidad e individualmente toda la jurisprudencia latinoamericana. No podemos hacer eso esta tarde. De cualquier modo, es de suponer que los jueces latinoamericanos, cuando me citan, muchas veces no reflejan mi verdadera opinión.

Valentina Pedernera y LyE: —*Un poco más en concreto sobre su influyente "teoría de la voluntad en los aparatos organizados de poder": en el último tiempo, la Corte Penal Internacional ha ido reemplazando el concepto de "fungibilidad del instrumento" por la "inmediatez del cumplimiento de la orden de los superiores" ¿Qué opinión le merece esta tendencia de la Corte Penal Internacional?*

Claus Roxin: —No es más que otra formulación para la fungibilidad. En efecto, el cumplimiento de la orden se basa en el hecho de que un gran

número de personas está bajo el dominio de un dictador o dirigente que detenta el poder. Así, si una de esas personas subordinadas no ejecuta la orden, otra lo hará en su lugar. Por lo tanto, no existe una diferencia real con respecto al criterio de la fungibilidad.

Valentina Pedernera y LyE: —*Si pensamos en desafíos actuales a los que se enfrenta la dogmática penal moderna, no podemos perder de vista la importancia que revisten temas como la responsabilidad penal de las personas jurídicas. ¿Cuál es su posición al respecto?*

Claus Roxin: —Mi respuesta es que las personas jurídicas deberían ser penalmente responsables, pero bajo otras reglas: como personalidades diferenciadas. Esto significa que debería existir un derecho penal independiente y específico para las personas jurídicas que coexista con el derecho penal de las personas físicas o humanas.

Valentina Pedernera y LyE: —*Teniendo en cuenta su larga y exitosa trayectoria como profesor universitario y lo importante que son tales figuras en la educación, ¿Cuál es su filosofía para la enseñanza? ¿Cuáles son sus principios básicos o prioridades a la hora de transmitir el saber?*

Claus Roxin: —Los profesores deben hablar libremente, no deben leer en voz alta. Porque si solo se lee en voz alta, la gente podría simplemente leer un libro. Quien enseña debe hablar sin leer y dar muchos ejemplos prácticos. También deben asegurarse de que la gente entienda lo que se explica. Por eso siempre hago muchas preguntas a la clase. Así puedo ver si han entendido mis explicaciones. Los temas deben acordarse de forma clara y concreta y se debe permanecer cerca de quien aprende.

Valentina Pedernera y LyE: —*Si tuviera que elegir una obra "clave" o la más importante de sus publicaciones, ¿cuál sería el artículo académico u obra que le recomendaría leer a cualquier abogado/a?*

Claus Roxin: —Creo que recomendaría dos obras. En primer lugar, "Autoría y Dominio del hecho en Derecho Penal" ("Täterschaft und Taterrschaft"), mi trabajo de habilitación. En segundo lugar, mis trabajos sobre la imputación objetiva en el derecho penal. Estos dos son trabajos principales en mi doctrina que yo recomendaría.

Valentina Pedernera y LyE: —*Cuando tiene una idea que quiere plasmar en un artículo académico o libro, ¿Cuál es su proceso creativo?*

Claus Roxin: —Bien, cuando me surgen ideas o reflexiones sobre un problema, anoto estas ideas y ocurrencias en un papel, aunque se trate de ideas que luego requieren ser más elaboradas. Después, tras un periodo de varias semanas, considero si estas ideas pueden resumirse o recapitularse en

un concepto más general. Si es así, escribo el texto de trabajo con ayuda de mis anotaciones. No lo escribo demasiado largo, quizás solo dos páginas.

Valentina Pedernera y LyE: —*¿Qué consejo le daría a quienes están empezando en la tarea de escribir un artículo o una tesis, sobre todo en tiempos en que suele pensarse que “todo está dicho” o que es difícil aportar nuevas ideas a la ciencia penal?*

Claus Roxin: —Bueno, puedo mencionar lo que suelo hacer yo. Cuando leo casos de jurisprudencia, siempre surgen preguntas que hasta ahora no han sido respondidas. Por ejemplo, ahora hay una nueva legislación en Alemania según la cual podría prohibirse bajo pena el hecho de pasar por delante de una casa. Esto se debe a que el autor, en algún sentido, ha entrado en la casa. En consecuencia, parece que ahora podría prohibirse pasar por delante de una casa. Y allí surge claramente la pregunta sobre si esto es realmente sostenible. Ciertamente, yo creo que no, como es de esperarse. No se pueden castigar comportamientos que no son punibles. Salir a la calle es un derecho humano general. Como se ve, se pueden encontrar decisiones dudosas en la jurisprudencia y ahí es donde yo empezaría con el trabajo de pensar y escribir.

Valentina Pedernera y LyE: —*Muchas gracias.*

INTERVIEW MIT CLAUS ROXIN*

VALENTINA PEDERNERA & CONSEJO DE REDACCIÓN DE LYE**

Valentina Pedernera y LyE: —*Für den Beginn möchten wir mit einer Frage anfangen, die Ihnen sicher schon oft gestellt wurde, die aber immer wieder interessant ist: Wie sind Sie dazu gekommen, Jura zu studieren und was hat Sie dazu motiviert, sich für das Strafrecht zu entscheiden?*

Claus Roxin: —Die Antwort ist: gar nichts. Die Tatsache, dass ich nicht wusste, was ich studieren sollte, hat dazu geführt, dass mein Vater sagte: „Studiere mal Jura, damit kannst du sehr viele Berufe ausüben.“ Das ist der Grund. Und was mich dazu Strafrecht gebracht hat, das ist meine eigene Entscheidung. Der Grund dafür ist, dass das Strafrecht mit dem Schicksal von Menschen zu tun hat. Das interessiert mich psychologisch und menschlich zu sehr, dass ich gedacht habe, dies lohnt sich, dieses Fach zu studieren.

Valentina Pedernera y LyE: —*Sie haben in einem Deutschland gelebt, das durch die Auswirkungen des Totalitarismus völlig erschüttert und geteilt war. Hat Sie eine dieser historischen Erfahrungen besonders geprägt? Welche Auswirkungen hatte dieser historische Kontext auf Ihre akademische Ausbildung und die Entwicklung Ihrer Theorien?*

Claus Roxin: —Dazu ist folgendes zu sagen. Mein Vater war sein ganzes Leben lang Angestellte und später ein Prokurist bei einer englischen

* Interview durchgeführt von Mitgliedern des Redaktionsrats von Lecciones y Ensayos und Prof. Valentina Pedernera am 22. Oktober 2022 in Stockdorf, Deutschland. Prof. Claus Roxin ist ein bekannter deutscher Anwalt und Jurist, der für seine Arbeit in den Bereichen Strafrecht, Internationales Strafrecht, Strafprozessrecht und Rechtstheorie bekannt ist. Er ist einer der einflussreichsten Strafrechtler in der zeitgenössischen Diskussion des Strafrechts der römisch-germanischen Tradition, was ihm fast zwanzig Ehrendoktorwürden und akademische Auszeichnungen wie den Raimundo-Peñafort-Orden in Spanien eingebracht hat.

** Valentina Pedernera ist Anwältin und Mitglied der Ehrenliste der Juristischen Fakultät der Nationalen Universität von Córdoba und seit 2021 Stipendiatin des Deutschen Akademischen Austauschdienstes (DAAD).

Vom Redaktionsrat von Lecciones y Ensayos danken wir Prof. Pedernera herzlich für ihre Mitarbeit bei der Durchführung dieses Interviews und bei der Übersetzung ins Spanische.

Bank, der Barclays Bank. Dadurch hatte unsere Familie gar keine Beziehung zu den Nazis. Infolgedessen waren wir froh, dass der Krieg zu Ende war und dass wir diese Herrschaft ledig waren. Ich habe keine Probleme mit der Nazi Vergangenheit für mich gehabt. Für Deutschland, selbstverständlich. Meine Idee war, wir müssen einen echten liberalen Staat aufbauen, damit so etwas wie die Nazizeit nie wieder passieren kann.

Valentina Pedernera y LyE: —*Während Ihrer gesamten Laufbahn kann man ein ausgeprägtes Interesse am allgemeinen Teil des Strafrechts erkennen. Was war -Ihrer Meinung nach- der Grund dafür, dass dieser Teil des Strafrechts gegenüber dem Besonderen Teil des Strafrechts den Vorzug gegeben hat?*

Claus Roxin: —Der Grund ist der, dass die prinzipiellen Fragen nach der Berechtigung des Strafrechts und nach den Grundsätzen des Strafens vom allgemeinen Teil beantwortet werden. Der besondere Teil hat nur die Spezialität. Die wichtige Frage unter welchen Voraussetzungen jemand sich strafbar macht, die ist nur im allgemeinen Teil beantwortet. Das ist der Grund, weshalb ich mich dazu entschieden habe. Da der allgemeine Teil, der bezieht sich auf die Handlungsweise der konkreten Persönlichkeit.

Valentina Pedernera y LyE: —*Wie wir alle wissen, Ihr zweibändiger Lehrbuch des Strafrechts und Ihr Gesamtwerk im allgemeinen Teil stellt Ihre Idee dar, dass das Strafrecht als eine internationale Angelegenheit zu betrachten und zu studieren, die unabhängig von der Nationalität der Gesprächspartner diskutiert werden kann.*

Claus Roxin: —Richtig ist, dass das Strafrecht in allen Ländern dieselbe Aufgabe hat. Es soll Friede und Freiheit sichern. Es soll also verhindern, dass der Einzelne angegriffen und in seinen Interessen geschädigt wird. Es soll dabei dem Einzelnen, so weit wie möglich, Freiheit, persönliche Lebensgestaltung bleiben. Diese Grundsätze gelten nicht nur in Deutschland, sondern gelten in allen zivilisierten Ländern gleichermaßen. Deswegen ist die Strafrechtsdogmatik nach meiner Auffassung eine internationale Problematik. Meine Werke sind in zahlreiche Sprachen übersetzt und das ist ein Beweis für diese Tatsache.

Valentina Pedernera y LyE: —*Die Tatsache, dass das Strafrecht eine internationale Angelegenheit ist, könnte zu einer gewissen Kompatibilität zwischen den beiden bekanntesten Strafrechtssystemen führen. Wie beurteilen Sie den Einfluss der englischen Literatur auf die deutsche Strafrechtswissenschaft und den Einfluss der deutschen Dogmatik auf die angelsächsische Wissenschaft?*

Claus Roxin: —Eine Kompatibilität zwischen der deutschen Dogmatik und das angelsächsische Strafrecht kann ich nicht sehen. Ist doch interessant. Ich versuche ja auch in meinem Lehrbuch beispielsweise ausländische Ideologen aufzunehmen, aber angloamerikanische Regelungen sind nicht richtig kompatibel, weil es kein Gesetzssystem gibt. Das *Nullum Claus Roxin* *sine lege* („kein Verbrechen, keine Strafe ohne Gesetz“) mit einem ausgefeilten Paragraphenwerk gibt es dort nicht. Das ist ein Problem, ein internationales Problem. Ob das noch mal geändert werden kann, ist eine andere Frage. Aber das deutsche Strafrecht kann von dem angelsächsischen Strafrecht nichts lernen. Wohl von den allgemeinen Rechts-theorien, dieses denen hoch entwickelt sind, aber nicht im Strafrecht.

Valentina Pedernera y LyE: —*Die Übersetzung Ihrer Werke und derjenigen von Professor Günther Jakobs ins Spanische hat den Prozess der Verbreitung der deutschen Dogmatik in anderen Ländern vertieft. Aus dieser Weise wurden deutsche Theorien in Lateinamerika bekannt, und dies ermöglicht eine größere und vielfältige akademische Gemeinschaft.*

Darüber hinaus wurden Programme für den akademischen Austausch und die internationale Zusammenarbeit angeführt. Infolgedessen haben mehrere lateinamerikanische Wissenschaftler einen Forschungsaufenthalt in Deutschland absolviert. Sie haben viele von ihnen betreut und waren für den Erfolg dieser akademischen Zusammenarbeit verantwortlich.

Im Zusammenhang mit diesen akademischen Austausch-Erfahrungen, an denen ich persönlich beteiligt bin, möchten wir einige Fragen stellen. Erste Frage: Wie hat sich dieser Austausch in Ihrer beruflichen Laufbahn entwickelt und welche Überlegungen können Sie über Ihre Erfahrungen als Betreuer anstellen/mit uns teilen?

Claus Roxin: —Entwickelt hat sich das, normalerweise so, dass ausländische Studenten mich angefragt haben, ob sie bei mir in meinem Lehrstuhl einige Semester arbeiten und bleiben könnten. Ich habe normalerweise natürlich ja gesagt. Dadurch habe ich auch lateinamerikanische Lehrer kennengelernt. Das hat dazu geführt, dass sehr viele lateinamerikanische Universitäten mich eingeladen haben. Ich habe in fast allen Staaten Lateinamerika Vorträge gehalten. Angefangen von der Dominikanischen Republik bis nach Argentinien und Chile. Ich bin sehr oft dort gewesen, ungefähr 25 Mal.

Valentina Pedernera y LyE: —*Die zweite Frage in dieser Hinsicht ist: Nach Ihrer Meinung, welche anderen Möglichkeiten wären denkbar, um diese akademischen Kooperationsbeziehungen mit Lateinamerika zu vertiefen?*

Claus Roxin: —Ich kenne keine andere Möglichkeit. Andere Möglichkeiten können sich nur ergeben, darauf, dass beispielsweise Leute in Lateinamerika die deutsche Sprache lernen und die deutsche Literatur in Lateinamerika studieren. Das ist theoretisch denkbar, praktisch, aber sehr selten. Es ist sehr viel einfacher ein Semester oder ein Jahr nach Deutschland zu kommen, gut Deutsch zu lernen und dann in diesen Sachen perfekt zu sein. Also, ich glaube nicht, dass es sinnvoll ist, das allein von Lateinamerika aus zu arrangieren.

Valentina Pedernera y LyE: —*Wie wir bereits gesagt haben, waren Ihre Werke für das lateinamerikanische Strafrecht sehr wichtig. Insbesondere Ihre Werke Täterschaft und Tatherrschaft und ihre bekannte Theorie der Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate wurden in den verschiedenen Prozessen gegen Mitglieder von De-facto-Regierungen in Lateinamerika angewandt.*

Claus Roxin: —Das ist völlig richtig. *Theorie der Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate* hat, zum Beispiel, sehr beeinflusst die Rechtsprechung in Perú in Prozessen gegen Fujimori. Ich habe das Urteil gelesen. Es gab, glaube ich, 33 Zitate aus meinen Lehrbüchern und *Täterschaft* und auch dort in die chilenische Rechtsprechung eingegangen. Also, diese Verbindung ist unleugbar, auch für die Prozesse gegen Diktatoren in Argentinien.

Valentina Pedernera y LyE: —*Im Rückblick: Wie beurteilen Sie die verschiedenen Strafverfahren, in denen Ihre Theorie umgesetzt wurde?*

Claus Roxin: —Da kann kein allgemeines Urteil fallen. Es gibt solchen in denen es völlig richtig angewandt ist, und solche, in denen es oberflächlich und unrichtig angewandt worden ist. Aber dann müssen wir dann die ganze lateinamerikanische Rechtsprechung Einzel durchstudieren. Das können wir heute Nachmittag nicht machen. Aber jedenfalls können sie davon ausgehen, dass nicht alles lateinamerikanische Richter berufen, wenn sie mir zitieren, dass nicht alles eine wirkliche Meinung ist.

Valentina Pedernera y LyE: —*Etwas spezifischer auf ihre „Theorie der Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate“: In der letzten Zeit hat der Internationale Strafgerichtshof das Konzept der Funktionalität des unmittelbar Ausführenden durch die Unmittelbarkeit der Befolgung des Befehls der Anweisenden ersetzt. Was ist Ihre Meinung zu dieser Entwicklung des Internationalen Strafgerichtshofs?*

Claus Roxin: —Es ist nur eine andere Formulierung für den Funktionalität. Die Befolgung des Befehls beruht darauf, dass ganz viele Leute

der Herrschaft des Machthabers unterstehen. Wenn der eine nicht handelt, dann handelt der zweite. Deswegen ist ein wirklicher Unterschied gegenüber dem Kriterium der Fungibilität nicht gegeben.

Valentina Pedermera y LyE: —*Wenn wir an die aktuellen Herausforderungen der modernen Strafrechtsdogmatik nachdenken, dürfen wir die Bedeutung von Fragen wie der strafrechtlichen Verantwortlichkeit juristischer Personen nicht aus den Augen verlieren. Was ist Ihr Standpunkt dazu?*

Claus Roxin: —Meine Antwort ist: Juristische Personen müssen zur Verantwortung gezogen werden aber nach anderen Regeln. Also, als individuelle Persönlichkeit. Das heißt, es muss ein eigenes Verbandsstrafrecht geben, das neben dem personellen Strafrecht steht.

Valentina Pedermera y LyE: —*Angesichts Ihrer langen und erfolgreichen Laufbahn auf Professor an der Universität: welche ist Ihre Lehrphilosophie und welche sind Ihre Grundprinzipien oder Prioritäten bei der Vermittlung des Wissens?*

Claus Roxin: —Die Professoren sollen freisprechen, also nicht ablesen. Denn wenn man nur abliest, denn könnte die Leute genauso ein Buch lesen. Sie sollen freisprechen und viele praktische Beispiele bringen. Sie sollen sich auch überzeugen, ob die Leute ihre Worte verstanden haben. Deshalb habe ich immer viele Fragen gefragt. Auf diese Weise kann ich feststellen, ob die meine Worte verstanden haben. Also man muss sehr wahr und konkret an die Leute herangehen.

Valentina Pedermera y LyE: —*Wenn Sie ein zentrales oder „Schlüsselwerk“ von all Ihren veröffentlichten Arbeiten auswählen müssen, welche Artikel oder Arbeit/Werk würden Sie jedem Juristen zur Lektüre empfehlen?*

Claus Roxin: —Ich glaube, ich würde zwei Dinge empfehlen. Einmal, "Täterschaft und Tatherrschaft", meine Habilitationsarbeit. Zweitens, meine Arbeit über die Objektive Zurechnung. Diese beiden sind Hauptelemente in meiner Doktrin. Die würde ich ihnen empfehlen.

Valentina Pedermera y LyE: —*Wie entfaltet Ihr kreativer Prozess, wenn Sie eine Idee haben, die Sie in einen wissenschaftlichen Artikel oder Buch umsetzen wollen?*

Claus Roxin: —Ich habe Denken über einem Problem bedacht und habe gewisse Einfälle. Also, ich habe Idee und diese Einfälle notiere ich auf Papier. Nach einer Zeit von mehreren Wochen überlege ich, ob diese Einfälle Gesamtkonzeption zusammenfassen lassen. Wenn das der Fall ist,

schreibe ich anhand dieser Notizen den Arbeitstext. Nicht zu viel, vielleicht zwei Seiten.

Valentina Pedernera y LyE: —*Welchen Rat würden Sie in diesem Zusammenhang denjenigen geben, die mit dem Verfassen eines Artikels oder einer Dissertation beginnen, insbesondere in Zeiten, in denen man oft der Meinung ist, „alles schon gesagt wurde“ oder dass es schwierig ist, neue Idee zur Strafrechtswissenschaft beizutragen?*

Claus Roxin: —Ich mache das so, dass ich die Rechtsprechung ansehe, und daraus ergeben sich Fragen, die bis hier nicht beantwortet sind. Zum Beispiel gibt es jetzt eine neue Gesetzgebung in Deutschland, wonach ist bei Strafe verboten werden kann, an einem Haus vorbeizugehen. Und zwar deswegen, weil der Täter in das Haus eingebrochen ist. Deswegen werde ich nun verboten, an dem Haus vorbeizugehen. Damit ergibt sich die Frage, ob ist das wirklich haltbar. Ich denke wohl nicht, denn man muss es erwarten. Wenn man die straffrei verhält, kann man deswegen nicht bestraft werden. Das war auf die Straße gegangen ist, ist ein allgemeines Menschenrecht. Man finden kann in der Rechtsprechung zweifelhafte Entscheidungen und dort würde ich einsetzen.

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, 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, y el autor o la autora recibirá 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 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, disponible 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 autor 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 26522 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?rsk=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 exácto 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 la 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, 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 con nosotros y nosotras 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.

