



ARGENTINA



Lecciones y Ensayos

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

LECCIONES
Y
ENSAYOS

FACULTAD DE DERECHO

Decano

Dr. Alberto J. Bueres

Vicedecano

Dr. Marcelo Gebhardt

DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES

Directora

Mary Beloff

Subdirector

Luis R. J. Sáenz

Secretario

Jonathan M. Brodsky

**CONSEJO DE REDACCIÓN
SEGUNDO SEMESTRE 2020**

Directora

Julieta Nieva

Subdirector

Bautista Grandi

Secretario de Redacción

Inti Raymi Azulay

Colaboradores/as

Agustina Alvarez

Barbara Blanc

Ezequiel Curcio

Rocío Belen Guastavino

Ana Horowitz

Francisco Ladelfa

Lucía Martínez Larrea

Victoria Belén Mourenza

Valentín Otiñano

Vanina Saucedo

Florencia Segal

Santiago Amilcar Travaglio

Todos/as los/as integrantes del 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 del/de la autor/a, a lye@derecho.uba.ar.

FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

LECCIONES Y ENSAYOS

CONSEJO ASESOR

José Casás
María Laura Clérico
Anibal D'Auría
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

IN MEMORIAM DE JULIO MAIER

Beloff, Mary, *En recuerdo de Julio Maier: “Fui siempre universitario”* 17

LECCIONES

Langer, Máximo & Mackenzie, Eason, *La Silenciosa Expansión de la Jurisdicción Internacional*..... 27
Melograna, Luciana, *Los Actos Preparatorios Punibles*..... 93
Nino, Carlos Santiago, *La existencia de un poder judicial* 133
Suárez, Pablo, *El doble filo del especismo: subhumanos y superhumanos. Algunas asimetrías en la filosofía liberal contemporánea*..... 171

ENSAYOS

Bellino, Maximiliano Luis, *Sobre la democracia liberal de mercado y la estabilidad democrática*..... 217

TRABAJOS DE CURSOS DEL CPO ORIENTADOS A LA INVESTIGACIÓN

Levin, Julieta, *Soberanía Estatal y Derechos Humanos: ¿irreconciliables? Un análisis de la validez y los efectos de las reservas a la CEDAW* 243
Pereda, Azul, *Principios Generales Del Derecho Y El Derecho Islámico* 263
Castro Sammartino, Delfina, *El valor jurídico de las normas de jus cogens y su rol en las controversias internacionales*..... 285

COMENTARIOS A JURISPRUDENCIA

Almejún, Juan Martin, *Derechos LGTBIQ+ en Estados Unidos: La narrativa de la Corte Suprema de Justicia en materia de igualdad y no discriminación* 307

UNIVERSITARIAS

Fihman, Ramiro Manuel, <i>Recorrido por el Complejo Penitenciario Brians 2 en Barcelona: breve relato de una actividad en el marco del Programa de Movilidad para Estudiantes de la Facultad de Derecho de la UBA 2019/2020</i>	339
Lora, Laura Noemí & Bermejo, Paula Noelia, <i>Reseña del I Congreso Federal Internacional e Interdisciplinario: Derechos Humanos para la Niñez y la Adolescencia</i>	353

XVII CONCURSO DE ENSAYOS “DR. IGNACIO WINIZKY”:
REFORMA DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL FEDERAL

Rodríguez Urribarri, Camila, <i>Una víctima activa: su rol en el Código Procesal Penal Federal</i>	375
--	-----

PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN

<i>¿Cómo publicar en Lecciones y Ensayos?</i>	403
<i>¿Cómo participar en Lecciones y Ensayos?</i>	407

EDITORIAL

Siempre se ha dicho que *Lecciones y Ensayos* es pasado, presente y futuro. Por ello, creemos que es necesario mirar de dónde venimos para saber a dónde vamos. Construimos y crecemos en relación con lo hecho por anteriores miembros, seguimos proyectos y establecemos debates ya dados, pero siempre con la nueva perspectiva que nos brindan los tiempos que vivimos. Tenemos un legado de más de sesenta años y reconocemos que, hoy en día, estamos parados en este lugar gracias a aquellos/as estudiantes que en su momento pasaron por la Revista.

Cada propuesta que planteamos busca superarnos, con la esperanza de dejar una huella en la historia de *Lecciones y Ensayos*, así como lo hicieron nuestros predecesores. La necesidad de mirar al futuro, de observar y captar lo que se viene, y más aún en tiempos tan cambiantes, hacen de *Lecciones y Ensayos* un espacio dinámico y, muchas veces, con ímpetu de progresar sobre lo elaborado.

A pesar de la lejanía física actual, en este cuatrimestre el Consejo ha procurado mantener y reforzar sus vínculos, no solo al interior entre sus miembros, sino con la comunidad académica en general. Creemos que desde nuestro espacio horizontal de trabajo podemos aportar mucho al crecimiento de esta comunidad. Con este objetivo en la mira, hemos logrado tener contactos con otras revistas y hemos realizado actividades que dan una mayor participación a estudiantes de las carreras de la Facultad de Derecho, mediante la creación de espacios donde colaboramos aportando un poco de nuestro conocimiento al afuera. Así, destacamos el “Taller de Escritura Académica”, realizado a raíz de una problemática que nos atraviesa. Es por ello que decidimos poner la Revista al servicio de los intereses de los/as estudiantes, y brindar herramientas prácticas y teóricas para la redacción de ensayos, teniendo en cuenta la paridad de género y la necesidad de plantear dinámicas distintas de trabajos.

Lecciones y Ensayos, en su afán por seguir estableciendo una comunicación con el mundo, tanto académico como profesional, reconoce los progresos en materia de género que se vislumbran en distintos ámbitos de nuestras vidas. Especialmente en este año, aun bajo una situación extraordinaria ocasionada por la pandemia, se logró finalmente la aprobación de la Ley de Interrupción

Voluntaria del Embarazo, fruto de la lucha del movimiento de mujeres y diversidades que consiguieron instalar en la agenda política y social una temática que desde hace décadas se encontraba en las sombras. Desde la Revista, celebramos la aprobación de la ley 27610, que implica una ampliación de derechos para las mujeres y personas con capacidad de gestar, y permite comenzar a desandar una historia marcada por la discriminación y la desigualdad.

En relación con nuestra Facultad de Derecho, pueden destacarse ciertos progresos en materia de géneros; por ejemplo, la adhesión al “Protocolo de acción institucional para la prevención e intervención ante situaciones de violencia o de discriminación de género u orientación sexual” y la creación del sistema de capacitación mediante la Resolución (CD) n° 1861/19, en concordancia con la “Ley Micaela”.

Lecciones y Ensayos ve por delante una gran oportunidad para crecer y mejorar en este aspecto. En este sentido, la Revista se ha visto interpelada por el avance en cuestiones de género y lo ha plasmado en algunas de sus decisiones, especialmente en lo que respecta a las personas invitadas a entrevistar. Asimismo, en lo que refiere a la conformación de jurados/as de los concursos que hemos organizado también se busca incorporar la participación activa de mujeres.

No obstante, *Lecciones y Ensayos* en muchos casos se encuentra inmersa en la lógica tradicional que rige el ámbito académico, y a menudo contamos con escasas herramientas para poder hacerle frente. A pesar de que, actualmente, nuestro Consejo cuenta con paridad de género en sus integrantes y en la cantidad de trabajos aprobados, puede que esta paridad no perdure en el tiempo tanto como fuese deseable.

Estas son algunas de las cuestiones que nos llaman la atención como integrantes de una revista académica conformada y dirigida por estudiantes y, además, como parte del alumnado de la Facultad de Derecho en general, por lo que nos resulta indispensable continuar desarrollando acciones que permitan paulatinamente incorporar en la Revista algunos de los reclamos en materia de géneros, diversidades y colectivo LGBTIQ+.

Con este panorama, nos encontramos ante un cierre de año complejo en todo sentido. Hemos tenido logros y desaciertos, pero seguimos con la convicción de que *Lecciones y Ensayos* es un lugar de cambio. Desde nuestro presente, esperamos aportar –al menos en pequeña medida– un mejor futuro, con jóvenes igualmente involucrados respecto de temas actuales, apostar al intercambio de ideas y al debate como herramienta para la construcción de un saber jurídico comprometido con su tiempo.

IN MEMORIAM DE JULIO MAIER

El Consejo de Redacción de la Revista Lecciones
y Ensayos recuerda al Profesor Julio Maier.

EN RECUERDO DE JULIO MAIER: “FUI SIEMPRE UNIVERSITARIO”

MARY BELOFF*

I.

Me animo a pensar que a Julio Maier le habría encantado la idea de que los estudiantes que hacen *Lecciones y Ensayos*, la revista jurídica más antigua y prestigiosa de la Facultad, quisieran recordarlo en sus páginas. Resulta difícil encontrar un lugar mejor para hacerlo, por dos razones que, según entiendo, son definitorias de su figura como jurista y gran maestro del Derecho Procesal Penal latinoamericano.

La primera es que Maier expresaba la mejor versión de la tradición universitaria argentina porque, como dijo una vez en esta revista, siempre fue un universitario.¹ Nacido y formado hasta obtener el grado de Doctor en la Universidad Nacional de Córdoba, reformista y liberal en el sentido más puro de esas palabras,² pudo también abrazar a la Universidad de Buenos Aires desde los inicios de su actividad docente hasta llegar a ser Profesor Emérito. Aun con todos los condicionamientos económicos que su

* Profesora de la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Directora del Departamento de Publicaciones de la misma Facultad.

1. “La mejor respuesta a esto es que yo no fui siempre juez, porque siempre fui académico, lo digo con cierto orgullo y sin egolatría alguna. Es decir, yo fui universitario: lo único que he hecho durante todos los días desde hace cuarenta y pico de años, casi cincuenta años. [...] Fui siempre universitario: esto es lo que nunca dejé de hacer. [...] Es decir, lo que yo siempre fui de carrera, fue un universitario...”, en “Entrevista al Dr. Julio Maier”, p. 247.

2. Como muestra, valen los autores y libros que referencia en la entrevista citada como los que más influyeron en su concepción del Derecho: sus maestros Alfredo Vélez Mariconde, Ricardo Núñez, Sebastián Soler y Armin Kaufmann, junto con la obra de Genaro Carrió, H. L. A. Hart y Hans Kelsen.

vocación universitaria implicaba,³ nunca aceptó enseñar en universidades privadas porque creo que no entendía otra forma de ser universitario que el serlo en una universidad pública, laica y gratuita.⁴

La segunda, porque siempre le gustó estar rodeado de jóvenes. Generaciones de estudiantes se acercaron a él a lo largo de varias décadas para aprender Derecho, pero también porque encontraban en Maier una manera particular de ser jurista: una que podía ser rigurosa y accesible a la vez, capaz de explicar el problema teórico más abstruso con una metáfora futbolística y genuinamente preocupada por las consecuencias que generan las interpretaciones legales en el mundo real, sin perder calidad científica.

Encuentro ahora un tercer motivo que conecta al homenajeado con este espacio en el que se lo recuerda. Participar activamente de una revista jurídica fue una labor académica muy importante para Julio Maier. Lo hizo principalmente en *Doctrina Penal* (la sucesora de *Nuevo Pensamiento Penal*) y, años después, ya con sus discípulos, en *Nueva Doctrina Penal*. Creo que también es posible sostener que, en diferentes momentos, también directa o indirectamente formó parte de *Lecciones y Ensayos*: con sus artículos en más de una ocasión,⁵ como conferencista en actividades organizadas por la revista,⁶ a través de diferentes miembros que éramos ayudantes alumnos de su cátedra, y hasta en una completísima entrevista que ha recuperado actualidad por la triste noticia de su partida.⁷

3. “Mi vocación siempre estuvo en la Universidad. [...] La Universidad me dio mucho. Lo que no me dio ni me dará es la posibilidad inmediata de vivir económicamente de ella. De hecho, tuve que hacer algo más que la Universidad, pero esto no quiere decir que no me haya dado nada, todo lo contrario. Mi vida dependió íntegramente de la universidad; posiblemente, no hubiera llegado a nada de otro modo. Yo no tengo actuación política alguna como para haber progresado en este país sin necesidad de la Universidad. Siempre me destaqué en ella y estoy orgulloso de eso.” En “Entrevista al Dr. Julio Maier”, p. 250.

4. *Cfr.* “Entrevista al Dr. Julio Maier”, p. 249.

5. Su artículo “República y justicia criminal” correspondiente al n.º 50; su artículo “Democracia y administración de justicia penal en Iberoamérica: Los proyectos para la reforma del sistema penal” correspondiente al n.º 59; sus artículos “República y justicia criminal, 1988 (reedición)” y “A treinta años del proyecto de reforma de 1986 del Código Procesal Penal de la Nación, 2016” correspondientes al n.º Extraordinario por los 60 años de la revista.

6. Recuerdo su presencia en la presentación del número especial por los sesenta años de *Lecciones y Ensayos*, el 06 de diciembre de 2017 en la Facultad de Derecho.

7. “Entrevista al Dr. Julio Maier”.

II.

Con su inconfundible acento cordobés (a pesar de haber pasado la mayor parte de su vida en esta ciudad que lo reconoció como propio al punto de honrarlo como miembro del Tribunal Superior de Justicia en su primera integración), Julio Maier fue uno de los juristas más reconocidos de su generación.

La actividad académica dominó su identidad como hombre de Derecho,⁸ pero también tuvo una extendida y reconocida carrera profesional como abogado y en el Poder Judicial, donde ocupó diferentes cargos hasta llegar a ser juez penal y, años más tarde, juez del mencionado Tribunal.

No me parece que sea la oportunidad para repasar todos (¡y tantos!) logros y méritos profesionales. Mucho se ha publicado en estos meses al respecto.⁹ Me parece mejor recordar al Julio Maier que yo conocí, uno de los tantos posibles.

Steiner enseña que hay tres tipos de relaciones entre maestros y discípulos.¹⁰ Aunque algo simplificadoras de la realidad como suelen serlo las clasificaciones, son –no obstante– bastante ilustrativas de ese vínculo formidable. Julio Maier tuvo muchos tipos de discípulos, para quienes probablemente él haya sido una clase diferente de maestro. Es más, algunas de sus formas de ser maestro hoy quizás generarían alguna resistencia “cultural”, por así decirlo; pero fue maestro con vocación, no tanto por dar clases,¹¹ sino por enseñar de otra forma, principalmente a través de la investigación y de la escritura. Fue maestro porque quería tener discípulos, porque entendía y apreciaba el valor que tiene esa relación en la vida académica, porque se reconocía discípulo de sus maestros (sobre todo de Alfredo Vélez Mariconde y Ricardo Núñez en Córdoba, pero también de Sebastián Soler en Buenos Aires y de Armin Kauffman en Alemania). Fue maestro porque cumplió con quienes

8. “[...] del hecho de haberme destacado en la Universidad[dependió íntegramente mi vida”, en “Entrevista al Dr. Julio Maier”, p. 2.

9. El estudio/homenaje más completo que se ha publicado hasta ahora es el de Máximo Langeter en el n.º 9 de la *Revista de Derecho Penal y Criminología*, de octubre de 2020, pp. 42-52.

10. STEINER, *Lessons of the Masters*, p. 4.

11. Regreso a la entrevista: “[...] una es la transmisión de conocimiento al alumno, la docencia. No es ésta para la que yo creo personalmente estar muy dotado. Por lo menos, a mí me gusta más la otra, estar sentado frente a una computadora como cuando ustedes llegaron; sentarme frente a la máquina, con mis libros y tratar de solucionar un caso jurídico.”

lo elegimos como tal a lo largo del *cursus honorum* exigido por una carrera académica: con el ingreso y acompañamiento en la Carrera Docente; con la promoción junto con la crítica (ácida en ocasiones) de las primeras publicaciones en el marco del productivo e inolvidable Seminario de su cátedra; con la orientación, las recomendaciones y la insistencia en que realizáramos alguna estancia de investigación en una universidad extranjera (preferentemente alemana); y, finalmente, con la dirección de la tesis doctoral, lo que para él constituía un requisito esencial de quien se considerara académico pero que, sobre todo, coronaba la relación maestro-discípulo.

En ese vínculo, Maier era generoso pero inflexible y hasta llegó a publicar su disgusto en alguna ocasión; sin embargo, su vocación científica prevalecía y pudo aceptar otras posibilidades de formación para un penalista, diferentes de estudiar en Alemania, con apoyo incondicional a quienes, en su cátedra, tomamos otros rumbos y decidimos cursar nuestros posgrados en los Estados Unidos.

III.

Supe por primera vez de Maier cuando, al descubrir mi interés temprano por el Derecho Penal y Procesal Penal como estudiante, luego de una poco memorable (por decir lo menos) experiencia en *Elementos*, busqué para incorporarme como ayudante alumna una cátedra que tuviera una mirada amplia, moderna e integral de las ciencias penales.

Era una época particular tanto para la disciplina como para la justicia penal, tan necesitadas de renovación y, a la vez, de legitimación a partir de la recuperación democrática. En ese contexto de reivindicación de la ley penal como límite y garantía de defensa de los derechos humanos, Julio Maier dirigió el primer proyecto de reforma procesal penal que aspiraba a cumplir con el programa constitucional, a partir de la implementación del llamado modelo acusatorio de enjuiciamiento criminal. Su proyecto finalmente no fue aprobado, pero no puede decirse que haya fracasado. La discusión amplísima y de insuperable calidad técnica que generó la reforma sentó las bases para la aprobación de otro Código¹² que, más allá

12. Me refiero al Código Procesal Penal de la Nación, Ley n.º 23984, aún vigente en prácticamente todo el territorio nacional con excepción de la jurisdicción federal de Salta y Jujuy,

de sus concesiones al inquisitivo, abrió el camino para que, en adelante, cuestiones tales como el juicio oral y público, los criterios de oportunidad procesal, las formas alternativas y hasta el juicio por jurados no constituyeran más obstáculos culturales en el ámbito nacional y federal, con independencia de su viabilidad política.

Lo conocí en el *Symposium internacional sobre la transformación de la justicia penal en la República Argentina*¹³ y, a partir de entonces, por las siguientes décadas, fue una figura central en mi vida profesional, académica y judicial. Ingresé a su cátedra como ayudante alumna y, una vez graduada, como auxiliar docente con un examen que se convertiría en mi primera publicación bajo su mirada. No tuvo el más mínimo reparo en proponerme como profesora adjunta interina para que pudiera enseñar un curso en el Ciclo Profesional Orientado sobre la materia que investigaba hacía algún tiempo en la Facultad, cuando como regla esos cursos eran enseñados entonces por Profesores Titulares como él mismo, o bien por profesores adjuntos con destacadísima trayectoria en el campo. Integré más tarde su cátedra como profesora adjunta regular luego de un concurso inolvidable. Dirigí mi tesis doctoral.

Fue también uno de mis jefes en el Tribunal Superior los casi diez años que fui allí Secretaria Penal, Contravencional y de Faltas. Es curioso cómo se construyen las identidades. En esos años era frecuente que las personas asumieran que trabajaba exclusivamente con Maier, en su vocalía, no para el Tribunal. El vínculo académico era más fuerte que el judicial, al punto de condicionar la mirada externa que subordinaba el primero al segundo. Ahora que lo pienso, hay una coincidencia triste, no del todo extraña por una razón generacional. Julio Maier fue mi jefe allí como también lo fue José Osvaldo Casás, otro gran universitario, recordado en esta revista hace no tanto tiempo por mi compañero y amigo desde esos años, Horacio Corti.

a pesar de la aprobación de otro Código Procesal Penal Federal, sancionado sin debate siquiera mínimamente comparable al que generó el llamado "Código Maier" de 1986, por la Ley n.º 27063 con las incorporaciones dispuestas por la Ley n.º 27272 y las modificaciones introducidas por la Ley n.º 27482.

13. "Hacia una nueva justicia penal", *Symposium* internacional sobre la transformación de la justicia penal en la República Argentina, Consejo para la Consolidación de la Democracia, Presidencia de la Nación, 1989.

IV.

Sostén intelectual de las transformaciones de los sistemas de enjuiciamiento penal, de inquisitivos a acusatorios, en prácticamente todos los países de la región, tuve en alguna ocasión el privilegio de acompañarlo y de aprender de su trabajo como asesor en estas reformas.¹⁴ Creo que, en el fondo, aun en ese rol técnico, con todas las transacciones con la realidad que implica el hecho de que un modelo teórico se concrete en una política pública y en un diseño institucional, Maier seguía siendo un maestro.

Algo que siempre me resultó paradójico de su pensamiento es que entendía como pocos las exigencias del modelo constitucional argentino, basado en el estadounidense, en materia procesal penal. Defensor acérrimo del juicio por jurados, no se identificaba sin embargo con la cultura legal estadounidense. Para simplificar, digamos que para Maier el modelo acusatorio era algo diferente del modelo adversarial. Para él, "el acusatorio" tenía que ver con el aseguramiento de los principios y las reglas, primero constitucionales y más tarde convencionales, en un sentido material, no sólo formal. Por eso, llama la atención cómo esa idea del acusatorio que tanto defendió haya quedado reducida, en los últimos años, a ejercicios prácticos, a "técnicas de litigación oral", cuando más del noventa por ciento de las sentencias penales que se emiten en los nuevos sistemas son resultado de la negación del debido proceso legal, a través de juicios abreviados.

V.

Julio Maier era un maestro y un académico responsable. Siempre enseñó sus cursos, siempre preparó sus conferencias, aunque fueran de los mismos temas que conocía de memoria.

Podía además ser muy divertido. Era incansable. Recuerdo una vez que me tocó presentar una ponencia en el primer panel de la mañana de uno de los fantásticos Congresos de Estudiantes de Derecho Penal y Criminología que inventamos en esos años (y con los que recorrimos la

14. "Yo siempre fui un pesimista teórico y un gran optimista práctico". "Entrevista al Dr. Julio Maier", p. 2.

Argentina y algunos países latinoamericanos con algunos compañeros de la cátedra, liderados por el queridísimo Alberto Bovino). Luego de una jornada intensa, la noche anterior habíamos ido a alguna fiesta que parecía no terminar nunca. Me escabullí apenas pude, bajo la mirada desaprobadora de mi maestro y de mis amigos. Para mí el motivo era obvio: debía estar descansada al otro día, muy temprano. Asumí que nadie me acompañaría durante mi exposición. Grande fue mi sorpresa al llegar al salón donde tendría lugar la actividad y ver a Julio Maier sentado en primera fila, como el mejor público, más despierto y más atento que ninguno.

Aunque reconocido como figura indiscutida del Derecho Procesal Penal latinoamericano, fue un jurista integral. No había problema del Derecho que no pudiera desentrañar y resolver luego de forma sencilla; podía argumentar cualquier cuestión legal con solvencia, rigurosidad y claridad expositiva, tal vez por esa excelente formación filosófica de base a partir de una teoría general que siempre reivindicó, pero a lo mejor también porque le gustaban las palabras más que los argumentos.

Es que a Julio Maier le gustaba escribir Derecho, pero sobre todo le encantaba escribir. Lo hacía naturalmente, con mucha claridad, en lo que parecía fluir sin esfuerzo, con enorme calidad narrativa. Era meticuloso con la gramática, cuidadoso con las palabras. Quizás porque pensara que el Derecho "no era gran cosa", quizás porque "lo único que quería era jugar al fútbol", dedicó sus últimos años a escribir sobre otros temas, en otros formatos. Me ilusiona pensar que esa escritura le dio más alegría que la que le proporcionaba escribir sobre áridas cuestiones legales.

Y cuando las palabras fallan, habla la música, decía H. C. Andersen. Para Maier, la música no era un complemento, algo accesorio. Sobre todo en el último tramo de su vida, retirado (¿retirado?) del campo legal; se dedicó a ella con entusiasmo, compromiso, disciplina, como lo había hecho con el Derecho Procesal Penal. Era posible encontrarnos en ese amor por la música, aunque nuestras preferencias estilísticas fueran algo diferentes.

VI.

Podría escribir un libro sobre lo que significó Julio Maier para mí, pero no lo voy a hacer ahora.

Alguien dijo que solemos adjudicar al tiempo transcurrido el beneficio de la experiencia, quizás como una compensación simbólica. Tengo

una sensación extraña al escribir estas páginas. Cuando lo conocí, él debía tener más o menos la misma edad que tengo ahora que me toca recordarlo.

En diciembre del año pasado, la vida me dio la oportunidad de agradecerle que hubiera sido mi maestro, con algo que –hasta donde puedo saber– lo hizo sentirse orgulloso. Fue en una ocasión pública, en nuestra casa, la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, frente a decenas –si no cientos– de universitarios profesores e investigadores. Intercambiamos al saludarnos, casi en un susurro, esas palabras que nunca se dicen maestros y discípulos. Fue la última vez que lo vi, pero creo que fue la mejor.

BIBLIOGRAFÍA

“Entrevista al Dr. Julio Maier”, en *Lecciones y Ensayos*, 2002, n.º 77, pp. 245-279.

STEINER, George, *Lessons of the Masters*, Harvard University Press, 2003, Cambridge.

LECCIONES

LA SILENCIOSA EXPANSIÓN DE LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL*

MÁXIMO LANGER & MACKENZIE EASON**

Resumen: Basado en una recolección de datos original de alcance mundial de todas las denuncias sobre crímenes internacionales centrales basadas en la jurisdicción universal presentadas entre 1961 y 2017 y contra la extendida percepción por parte de expertos en derecho penal internacional que el uso de la jurisdicción universal ha estado decayendo, este artículo muestra que la práctica de la jurisdicción universal se ha estado expandiendo discretamente dado que ha habido un aumento significativo en el número de juicios basados en la jurisdicción universal, en la frecuencia con la cual estos juicios han tenido lugar año a año y en el alcance geográfico de la litigación basada en la jurisdicción universal. Esta expansión ha sido probablemente resultado de, entre otros factores, la adopción de leyes implementando el Estatuto de la Corte Penal Internacional en distintos

* Recepción del original: 21/05/2020. Recepción de la traducción: 15/02/2021. Aprobación: 9/03/2021.

** Máximo Langer es Profesor de Derecho en la Facultad de Derecho de la UCLA; Mackenzie Eason es candidato del Programa de Doctorado del Departamento de Ciencias Políticas de la UCLA y abogado recibido de la Facultad de Derecho de la UCLA. Los autores quieren agradecer los invaluable comentarios sobre el presente artículo y las sugerencias sobre distintos puntos a Alejandro Chehtman, Mirjan Damaška, Richard Dicker, Kristen Eichensehr, Marcelo Ferrante, Daniel Franchini, Julia Geneuss, Monica Hakimi, Florian Jeßberger, Leslie Johns, Julian Davis Mortenson, Michiel Pestman, Kaajal Ramjathan-Keogh, Kathy Roberts, Santiago Schipetto, Horacio Spector, Federico Tronchin, y participantes en seminarios de la Sociedad Estadounidense de Derecho Internacional, el Centro Europeo de Derechos Constitucionales y Humanos, la Facultad de Derecho Kline de la Universidad de Drexel, y la Universidad Torcuato DiTella. También agradecemos a Francesca Parente por su asistencia con las figuras de este artículo, a la Biblioteca de Derecho “Hugh & Hazel Darling” de la Facultad de Derecho de UCLA por el apoyo a la investigación, y a Milagros Merega y Santiago Schiopetto por su traducción de este artículo del inglés al español que fue revisada por Máximo Langer. Este artículo fue originalmente publicado en inglés como *The Quiet Expansion of Universal Jurisdiction*, en el número 30 del *European Journal of International Law*, 779 (2019).

Estados, la creación por parte de distintos Estados de unidades especializadas en delitos internacionales, el aprendizaje institucional por parte de los Estados y las organizaciones no gubernamentales (ONG), cambios tecnológicos, nuevas olas de inmigración y refugiados a Estados que ejercen la jurisdicción universal, críticas al derecho penal internacional como neo-colonial y la búsqueda de nuevas jurisdicciones por parte de las ONG de derechos humanos. La expansión de la jurisdicción universal ha sido discreta porque la mayoría de los acusados enjuiciados han sido de bajo nivel jerárquico, los Estados ejerciendo la jurisdicción universal no han hecho un esfuerzo de publicitar estos juicios y los expertos en derecho internacional han asumido erróneamente que Bélgica y España eran representativas de las tendencias en materia de jurisdicción universal. El artículo finalmente evalúa los aspectos positivos y negativos de la discreta expansión de la jurisdicción universal para sus defensores y críticos.

Palabras clave: jurisdicción universal — competencia universal — derecho penal internacional — crímenes internacionales — persecuciones transnacionales

Abstract: Based on an original worldwide survey of all universal jurisdiction complaints over core international crimes presented between 1961 and 2017 and against widespread perception by international criminal law experts that universal jurisdiction is in decline, this article shows that universal jurisdiction practice has been quietly expanding as there has been a significant growth in the number of universal jurisdiction trials, in the frequency with which these trials take place year by year and in the geographical scope of universal jurisdiction litigation. This expansion is likely the result of, among other factors, the adoption of International Criminal Court implementing statutes, the creation of specialized international crimes units by states, institutional learning by states and non-governmental organizations (NGOs), technological changes, new migration and refugee waves to universal jurisdiction states, criticisms of international criminal law as neo-colonial and the search of new venues by human rights NGOs. The expansion of universal jurisdiction has been quiet because most tried defendants have been low-level, universal jurisdiction states have not made an effort to publicize these trials and observers have wrongly assumed that Belgium and Spain were representative of universal jurisdiction trends. The article finally assesses positive and negative aspects of the quiet expansion of universal jurisdiction for its defenders and critics.

Keywords: universal jurisdiction — international criminal law — international crimes — transnational prosecutions

I. INTRODUCCIÓN

Recientemente, especialistas en derecho penal internacional han sostenido que las investigaciones y juicios penales por violaciones del derecho penal internacional basados en el principio de jurisdicción universal están muriendo o declinando, conclusión a la que han llegado citando una serie de casos de alta resonancia que marcaron un retroceso en la materia desde el año 2003.¹ En el presente texto desafiaremos esta difundida narrativa de "ascenso y caída". Utilizando datos recolectados como parte de una investigación de todos los casos de jurisdicción universal² que han

1. Ver, BEN-ARI, "Universal Jurisdiction: Chronicle of a..."; DE LA RASILLA DEL MORAL, "The Swan Song of Universal..."; GENOVESE and BARRAL DIEGO, "The Slow Death of Universal Jurisdiction..."; HWANG, "China: The Growth of a new..."; LUBAN, "After the Honeymoon. Reflections on the...", p. 512, (señalando que uno de los fenómenos que debe ser abordado es el deceso de la jurisdicción universal); REYDAMS, "The rise and fall of universal...", p. 337; ROTH-ARRIAZA, "Just a Bubble? Perspectives on the...", p. 540, ("Un área donde ha habido definitivamente una poda es en la aceptación y el uso de la jurisdicción universal para perseguir delitos internacionales en terceros países").

2. Este trabajo fue realizado como parte de un esfuerzo para actualizar y expandir la base de datos de casos de jurisdicción universal originalmente compilada por Máximo Langer. Esta base de datos contiene información sobre toda denuncia penal (o caso considerado de oficio por las autoridades públicas) que (a) involucró la supuesta comisión de uno o más de los cuatro crímenes internacionales centrales (entre los que incluimos a los crímenes de lesa humanidad, genocidio, tortura y crímenes de guerra) por parte de personas físicas (b) presentada o iniciado entre los años 1957 y 2017, y (c) que de manera parcial o total se haya basado el principio de justicia universal, mediante el cual un Estado tiene la autoridad para perseguir, juzgar y penar ciertos delitos, aun cuando el Estado en cuestión no tuvo una vinculación territorial, de nacionalidad con el imputado o la víctima, o de interés nacional, con el delito cuando este último fue cometido. Así, la base de datos no incluye demandas civiles presentadas bajo el principio de jurisdicción universal civil, ni casos criminales seguidos contra personas jurídicas, ni casos en los que se hubiese denunciado la comisión de otros crímenes que pueden ser juzgados bajo el principio de justicia universal, tales como piratería o tráfico de personas. La base de datos original fue creada por Máximo Langer entre julio de 2009 y junio de 2010. Langer identificó los casos incluidos en la base de datos original utilizando un sistema de búsqueda de doble ceguera, en el cual encargó a dos ayudantes de investigación la identificación y codificación de casos de jurisdicción universal, chequeó el trabajo realizado por los ayudantes de identificación y documentó pormenorizadamente los casos incluidos en la base de datos. Mackenzie Eason inició la actualización y expansión de la base de datos en 2016. Langer y Eason trabajaron en forma conjunta para identificar casos que ocurrieron desde la creación de la base de datos original y agregaron nuevos factores a la base de datos y documentaron aún más los casos ya contenidos en la

incluido la imputación de al menos un delito internacional central,³ entre 1961 y 2017,⁴ mostramos no solo que el uso de la jurisdicción universal no ha estado declinando en las décadas recientes, sino que, de hecho, ha estado persistente pero silenciosamente expandiéndose a lo largo del tiempo. (El modo en que los datos fueron recolectados y las definiciones utilizadas para su inclusión en la base de datos son explicadas en las notas 2 a 4 y 10 a 12 de este artículo).

Esta expansión ha ocurrido de varias maneras. Numéricamente, la suma total de denuncias y de acusados juzgados en base a la jurisdicción universal continúa en ascenso. Sin embargo, más significativamente, su ascenso en años recientes se ha vuelto tanto más regular como más rápido. Cada uno de los últimos diez años estudiados en este artículo ha tenido al menos una persecución basada en el principio de jurisdicción universal que

base de datos. La información contenida en la base de datos de Langer y Eason fue obtenida de distintas fuentes, entre las cuales se incluyen resoluciones judiciales que fueron publicadas; *LEXIS-NEXIS* y *Westlaw*; revistas especializadas tales como el *Journal of International Criminal Justice* y el *Yearbook of International Humanitarian Law* (Compendio anual de derecho humanitario internacional); libros importantes sobre la jurisdicción universal y derecho penal internacional; sitios webs del Centro de Derechos Constitucionales, el Centro de Justicia y Rendición de Cuentas (*Center for Justice and Accountability*), el Centro Europeo de Derechos Constitucionales y Humanos, el Portal de Justicia de La Haya, *Human Rights Watch* (Mirador de los Derechos Humanos), el Centro Internacional para la Justicia Transicional, la Federación Internacional de Derechos Humanos y *TRIAL International*; reportes sobre jurisdicción universal y derecho penal internacional de Amnistía Internacional, Civitas Maxima, *Human Rights Watch* y *Redress*; artículos periodísticos publicados en diarios y otros documentos públicos; como así también el motor de búsqueda de *Google*.

3. Los cuatro delitos internacionales incluidos como criterios de selección en la base de datos son: delitos de lesa humanidad, genocidio, tortura y crímenes de guerra. Aunque en algunas oportunidades el delito de tortura no es considerado como un delito internacional central, lo incluimos en esta categoría por conveniencia de uso y porque su persecución basada en el principio de jurisdicción universal presenta temas similares a los de los otros tres delitos descriptos.

4. El caso más antiguo incluido en la base de datos de Langer y Eason es el juicio seguido contra el oficial Nazi Adolf Eichmann en Israel en el año 1961, que suele ser considerado el primer ejemplo de un tribunal domestico aplicando el principio de jurisdicción universal para juzgar uno o más crímenes internacionales centrales. Las denuncias (o casos iniciados de oficio por las autoridades) y los juicios más actuales incluidos en la base de datos mencionada son del 2017. La base de datos se encuentra actualizada hasta el fin del 2017. Así, la codificación en la base de datos de los casos que se encontraban en curso o pendientes de resolución para esa fecha –y la discusión de esos casos en este artículo– refleja el estado de esos casos para esa fecha.

ha sido llevada a juicio, y, en esta década, ha habido más juicios que en las dos décadas anteriores combinadas. Además del crecimiento numérico, encontramos que la jurisdicción universal se ha expandido geográficamente. Mientras que en la última década se han observado retrocesos en el uso de la jurisdicción universal para perseguir y juzgar delitos internacionales en partes de Europa occidental, en este mismo período han ocurrido avances en otros lugares del mundo ya que un número creciente de Estados –tanto en el mundo desarrollado como en el mundo en desarrollo– han utilizado este principio de jurisdicción universal. Este crecimiento en el número y en la distribución geográfica de los Estados que permiten o incentivan estos casos es particularmente remarcable ya que los casos que están teniendo lugar en estas nuevas jurisdicciones incluyen no solo denuncias, sino también investigaciones formales e incluso juicios.

En las Secciones 2 y 3 de este artículo, analizamos estos hallazgos empíricos en más detalle y consideramos por qué la jurisdicción universal se ha estado expandiendo de estas maneras. En la Sección 2, presentamos nuestros hallazgos sobre la expansión numérica de la jurisdicción universal y consideramos un número de factores que posiblemente han contribuido a esta tendencia. Estos factores incluyen: la adopción de legislación interna que ha implementado el Estatuto de la Corte Penal Internacional y que ha incluido regulaciones sobre la jurisdicción universal; la creación de unidades especializadas de investigación y persecución penal en ciertos países dedicadas a investigar y perseguir crímenes internacionales; el creciente número de organizaciones no gubernamentales dedicadas principalmente a documentar y abogar por la persecución de delitos internacionales; funcionarios y activistas que han paulatinamente mejorado sus estrategias de investigación y litigación, al aprender de casos anteriores basados en la jurisdicción universal; los efectos de los cambios tecnológicos, en particular con relación a los costos de la obtención y organización de la evidencia necesaria para perseguir crímenes que fueron cometidos a cientos de millas de distancia por parte de las instituciones que investigan estos delitos; y la gran cantidad de refugiados y migrantes que han participado o traen información de crímenes internacionales perpetrados en Iraq, Siria u otros lugares que se radican en Estados de occidente. En la Sección 3, presentamos nuestros hallazgos sobre la expansión geográfica de la jurisdicción universal y consideramos los factores que probablemente contribuyeron a esta tendencia. Estos factores incluyen a las víctimas y las organizaciones no gubernamentales que están en la constante búsqueda de nuevos escenarios en los cuales puedan buscar

justicia por crímenes internacionales; las críticas a la jurisdicción universal por supuestamente estar sesgada contra funcionarios públicos africanos; y un “efecto de tiro por la culata extraterritorial” contra algunos países que han aplicado la jurisdicción universal, tales como España.⁵

Luego de analizar cómo y por qué la aplicación de la jurisdicción universal se ha estado expandiendo, en la Sección 4 consideramos otra sorprendente cuestión: ¿por qué la expansión de la jurisdicción universal ha sido tan silenciosa que aun algunos de los más importantes expertos en derecho penal internacional y jurisdicción universal no la han advertido? Sugerimos que esta expansión pasó desapercibida para quienes escriben sobre la salud de la jurisdicción universal por las siguientes razones. En primer lugar, porque los casos más recientes no han involucrado imputados ni cuestiones geopolíticas que “hagan ruido” en la comunidad del derecho internacional. A diferencia de los casos paradigmáticos de Eichmann o Pinochet, la mayoría de las investigaciones y los juicios en los que se aplicó la justicia universal se han enfocado en imputados de “bajo costo”⁶ o imputados que ya se encontraban radicados en el estado persecutor. En segundo lugar, ha habido cambios procesales y políticos en las formas en las que los casos de jurisdicción universal

5. Sobre el concepto “efecto de tiro por la culata extraterritorial”, véase, por ejemplo, Cámara Federal de Casación Penal, Sala 4, CFP 4591/2010/7/CFC2, Registro n.º 656/18, 11/06/2018, s. VI, Opinión del Juez Hornos (invocando precedente por la Tribunal Constitucional de España para argumentar que la Argentina tiene jurisdicción universal sobre supuestos delitos cometidos en 1936 en el Protectorado español en Marruecos). El “efecto de tiro por la culata extraterritorial” que articulamos aquí es diferente del efecto bumerán identificado por KECK & SIKKINK, *Activists Beyond Borders. Advocacy Networks in...*, en el cual las organizaciones no gubernamentales locales y los grupos de la sociedad civil reclutan el apoyo de organizaciones no gubernamentales y autoridades estatales extranjeras para ejercer presión sobre su propio gobierno local. El efecto bumerán de Keck y Sikkink también ha operado respecto de las denuncias presentadas en la Argentina, ya que organizaciones no gubernamentales españolas y grupos de la sociedad civil han utilizado la investigación de Argentina para presionar a las autoridades de su país. Pero el efecto bumerán de Keck y Sikkink no se refiere específicamente a situaciones en las que el ejercicio inicial extraterritorial de la jurisdicción por un Estado genera recíprocamente el uso extraterritorial de la jurisdicción por otros Estados por supuestos delitos cometidos en el Estado inicial.

6. Los imputados de “bajo costo” son aquellos cuya persecución no implican costos diplomáticos o de otro tipo sustanciales para los poderes políticos (legislatura y ejecutivo) del Estado que lleva adelante el proceso, situación que puede deberse —entre distintos factores— a que el Estado de nacionalidad del imputado es políticamente débil, no protesta o no impone grandes costos a los poderes políticos del Estado persecutor. Sobre el concepto de imputados de bajo, mediano y alto costo, ver LANGER, “The Diplomacy of Universal Jurisdiction: The...”.

son iniciados y llevados adelante que han cambiado los incentivos que distintos tipos de actores tienen para iniciar estos casos. En la medida en que ha habido un mayor número de Estados que han establecido unidades especiales de policías, fiscales e incluso jueces dedicados a perseguir y juzgar delitos internacionales, la forma en que los casos de jurisdicción universal son iniciados e investigados puede haber cambiado, con los casos iniciados por actores estatales debiendo seguir normas institucionales y profesionales de confidencialidad o secreto. Y para las organizaciones no gubernamentales y activistas más involucrados en litigios o procesos basados en la jurisdicción universal, los beneficios y costos estratégicos de litigios o procesos penales "que hacen ruido" han cambiado en décadas recientes, y aquellos actores involucrados en presentar casos contra imputados de alto perfil capaces de resistir o huir de los esfuerzos de justicia pueden haber tenido incentivos para "actuar silenciosamente". Además, en varias oportunidades los Estados han tramitado investigaciones relacionadas con la jurisdicción universal como si fuesen principalmente juicios locales y no han hecho (suficientes) esfuerzos informar sobre y explicar estos juicios a audiencias internacionales. La prominencia o visibilidad de algunas reformas, tales como las enmiendas a los estatutos de jurisdicción universal de Bélgica y de España también pueden contribuir a explicar por qué la expansión de la jurisdicción universal ha pasado desapercibida.

Finalmente, el presente trabajo describe y evalúa el alcance y los patrones de la silenciosa expansión de los procesos de jurisdicción universal. Respecto del alcance, en los últimos diez años discutidos en este artículo hubo más juicios de jurisdicción universal finalizados que en los veinte años anteriores combinados, y ha habido un considerablemente mayor número de juicios por jurisdicción universal resueltos que los completados por la Corte Penal Internacional. La expansión tanto en la cantidad como en la frecuencia de juicios seguidos bajo el principio de jurisdicción universal puede ser considerado como un desarrollo positivo por parte de los defensores de la jurisdicción universal en la medida en que estos juicios hacen que respondan penalmente personas que participaron en la comisión de crímenes internacionales. Con relación a los patrones, vemos dos nuevas tendencias que son alentadoras para los defensores de la jurisdicción universal. En primer lugar, a pesar de las alegaciones de que la jurisdicción universal ha sido utilizada en exceso contra personas de nacionalidades africanas y funcionarios de dicho continente, encontramos en base a nuestros datos que éste no ha sido el caso. Hemos constatado que la gran mayoría de las denuncias han sido presentadas contra nacionales de

países que no se encuentran en África, y más de la mitad de los juicios que han culminado no han tenido como acusados a ciudadanos de países africanos. Asimismo, aún en los procesos que han involucrado a personas oriundas de países africanos, la mayoría de los acusados se habían convertido en residentes o ciudadanos del Estado acusador con anterioridad al inicio del proceso contra ellos. En este sentido, encontramos que los juicios de jurisdicción universal locales han estado menos enfocados en ciudadanos de países africanos que los casos perseguidos hasta ahora por la Corte Penal Internacional.

También señalamos que la naturaleza discreta de los casos que han sostenido la expansión de la jurisdicción universal sugiere que no se han cumplido las terribles predicciones de los detractores de la jurisdicción universal que la jurisdicción universal perturbaría gravemente las relaciones entre los Estados o infringiría profundamente en su soberanía.⁷ El predominio de imputados de "bajo costo" y de imputados que ya estaban viviendo o residiendo en los países acusadores sugiere que, en la práctica, la jurisdicción universal no ha funcionado como una "justiciera" global.⁸ Sin embargo, el carácter "silencioso" de la expansión de la jurisdicción universal también puede considerarse problemático. En primer lugar, si entendemos que la aplicación de este principio pasa desapercibido para posibles partícipes en delitos internacionales y otras personas, las investigaciones, juicios y eventuales castigos impuestos bajo la jurisdicción universal no tendrían efectos preventivo-generales y tampoco contribuirían a la proyección de normas contra la comisión de delitos internacionales sostenida por muchos defensores de la justicia internacional, ni se fomentarían persecuciones de estos casos penales en los Estados en los que se cometieron dichos delitos. Además, la concentración de los procesos judiciales de jurisdicción universal en residentes de los Estados acusadores significa que éstos son procesos de carácter reactivo, no proactivo, por lo que los juicios no reflejan la gravedad de los delitos internacionales cometidos por los distintos lados en una situación determinada, sino la movilidad internacional e involuntaria de miembros de esos grupos. Esta concentración en los residentes puede reflejar una concepción del rol de los Estados que

7. Entre estas críticas, ver, por ejemplo, KISSINGER, "The pitfalls of universal jurisdiction", pp. 86-96; GOLDSMITH & KRASNER, "The Pitfalls of Idealism", pp. 47, 51-52 y 55; KISSINGER, "The Pitfalls of Universal Jurisdiction: Risking ...", p. 86; KONTOROVICH, "The Inefficiency of Universal Jurisdiction"; SNYDER & VINJAMURI, "Trial and Errors".

8. Ver LANGER, "The Diplomacy of Universal Jurisdiction: The...".

aplican la jurisdicción universal de no ser refugios seguros para los autores de crímenes internacionales, en vez de desenvolverse como perseguidores globales de graves violaciones a los derechos humanos internacionales.⁹

II. LA EXPANSIÓN CUANTITATIVA DE LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL

Nuestros datos indican que el uso de la jurisdicción universal como base para realizar denuncias y juicios seguidos respecto de personas acusadas de cometer uno o más delitos internacionales centrales se ha mantenido constante o ha aumentado –tanto en número como en frecuencia– a lo largo del tiempo.¹⁰ En esta sección, primero discutiremos nuestras conclusiones sobre las denuncias penales y los casos iniciados de oficio por las autoridades. Luego pasaremos a nuestras conclusiones sobre los juicios de jurisdicción universal completados.¹¹

9. Respecto de la articulación de las concepciones del rol de los Estados dentro del régimen de jurisdicción universal como “ausencia de refugio seguro” versus “perseguidor global”, ver LANGER, “Universal Jurisdiction is not Disappearing: The...”, [de aquí en adelante “Universal Jurisdiction is not Disappearing”]. Este artículo ha sido publicado en español como LANGER, “La jurisdicción universal no está desapareciendo:...”, (traducción de Leandro A. Dias).

10. Nuestro análisis en esta sección se basará en las tendencias respecto de la totalidad de denuncias y juicios de jurisdicción universal. Este es un enfoque que tiene sentido por dos razones: el número total de denuncias y juicios, y los cambios en los índices de presentación de denuncias y celebración de juicios a lo largo del tiempo (a) son prueba de las fluctuaciones en el alcance y la aceptación de esta práctica y (b) proporcionan una forma de evaluar la precisión de la teoría central de la narrativa de “ascenso y descenso” respecto la jurisdicción universal, más precisamente que el número total de denuncias y juicios de jurisdicción universal está en descenso. Se podría de manera alternativa analizar la evolución de la práctica de la jurisdicción universal como un porcentaje respecto del número total de delitos internacionales cometidos a nivel mundial, tomando a tales fines el número total de denuncias y juicios por año como numerador y el número total de delitos internacionales cometidos en todo el mundo por año como denominador. De este modo, se podría calcular qué porcentaje de los delitos internacionales son puestos en conocimiento de las autoridades que legalmente pueden juzgarlos bajo la jurisdicción universal y qué porcentaje de los delitos internacionales es juzgado a lo largo del tiempo sobre la base de la jurisdicción universal. Aunque este enfoque alternativo puede ser promisorio, y puede ser un camino que recorramos en investigaciones futuras, requeriría una importante investigación formal y estadística que está fuera del alcance de este artículo.

11. A los efectos del presente trabajo, definimos a los juicios de jurisdicción universal como persecuciones penales basadas en el principio de jurisdicción universal que han sido juzgadas mediante una sentencia luego de la realización de un juicio.

II.A. Denuncias y casos iniciados de oficio por las autoridades (investigaciones *ex officio*)¹²

Máximo Langer reportó que entre 1961 y junio de 2010 se presentaron 1051 denuncias penales (incluyendo en ese número a los casos iniciados de oficio por autoridades estatales) sobre la base de la jurisdicción universal. En nuestra actualización de la base de datos entre el 2016 y el 2018, encontramos 822 casos (entre ellos, tanto los iniciados por denuncias como los de oficio) no incluidos en la versión de 2011, 549 de los cuales se iniciaron entre junio de 2010 a la actualidad.¹³ Este hallazgo es de por sí suficiente

12. Para los fines de este proyecto, definimos a la denuncia penal como un informe presentado ante las autoridades estatales por parte de una persona física o jurídica sobre la posible comisión de un delito por parte de una persona física. La unidad del análisis es el imputado. Esto significa que, si una denuncia fue presentada o un juicio llevado a cabo respecto de dos imputados, se codificaron dos denuncias o juicios, es decir uno por imputado. Asimismo, cuando se denunció un hecho cuyo autor era desconocido, se registró una sola denuncia, salvo que se supiese o se pudiese estimar la cantidad de imputados involucrados. Las denuncias (o los casos iniciados de oficio por las autoridades) se codificaron respecto de al menos uno de los delitos internacionales (lesa humanidad, genocidio, tortura y crímenes de guerra) y fueron total o parcialmente iniciados en virtud de la jurisdicción universal. A los fines de la codificación, se definió a los procesos seguidos por jurisdicción universal (tanto denuncias como juicios) como aquellos en los que el estado acusador no tenía interés territorial, personal ni nacional con alguno de los principales delitos internacionales al momento que fueron cometidos. De este modo, la codificación incluyó casos que podemos llamar de jurisdicción universal plena/pura —aquellos en los que no había ningún vínculo entre el estado acusador y el crimen cometido o el acusado aún después de la comisión— y jurisdicción universal no pura —casos en los que había relación entre el estado acusador y el crimen cometido o el imputado, por ejemplo, si este último se encontrase en territorio del estado acusador—.

13. Esto significa que encontramos 297 casos (iniciados en virtud de una denuncia o de oficio) que fueron presentados con anterioridad a julio de 2010 que no habían sido incluidos en la primera versión de la base de datos. Esto no fue una sorpresa. Como fue discutido por LANGER, “The Diplomacy of Universal Jurisdiction: The...”, en pp. 7-8, nota 23, todo conteo de denuncias y casos iniciados de oficio cada año que se basa en una revisión de las fuentes públicamente disponibles inevitablemente no logrará identificar un número de ellas por dos razones: primero, porque algunas autoridades y denunciante no anuncian públicamente que esa denuncia ha sido presentada (de hecho, un porcentaje sustancial de denuncias que encontramos fueron presentadas antes de julio de 2010 fueron anunciadas públicamente solo luego de esa fecha) y, segundo, debido a lo difícil que es identificar y analizar el vasto número de fuentes alrededor del mundo en los cuales denuncias o casos son anunciados o reportados. El artículo de LANGER, “The Diplomacy of Universal Jurisdiction: The...”, también explicó que la subrepresentación de denuncias y casos iniciados de oficio

para mostrar que el uso de la jurisdicción universal se está expandiendo, al menos en términos de número brutos. Aún más importante, no encontramos evidencia de que la tasa a las cual los nuevos casos de jurisdicción universal están siendo iniciados esté decreciendo. Como podemos ver en la figura 1, el número de denuncias y casos iniciados de oficio de jurisdicción universal presentados ha cambiado ampliamente de un año a otro, dificultando identificar a primera vista una tendencia en particular. Cuando vamos más allá de la primera vista, sin embargo, encontramos indicaciones que la tasa de casos de jurisdicción universal iniciados ha estado actualmente aumentando en el tiempo. Cuando usamos una línea de tendencia usando una regresión lineal simple, se ve que el fenómeno ha sido relativamente constante o incluso ha aumentado ligeramente en el tiempo.¹⁴ Una comparación década a década provee apoyo adicional. Antes de 1988, hubo 286 denuncias o casos iniciados de oficio. En la década de 1988 a 1997, hubo 342. En la década siguiente –1998-2007– hubo 503 denuncias o casos iniciados de oficio. Y, en la última década de nuestros datos –2008-2017– hubo 815, lo que representa un total casi tan alto como el total de las dos décadas anteriores combinadas.

Estos hallazgos son notables, particularmente en el contexto de este trabajo, porque desafían un punto central de la narrativa de “la caída de la jurisdicción universal”. Es decir, muchos académicos del derecho penal internacional que han adoptado esta narrativa,¹⁵ han señalado una serie de modificaciones a

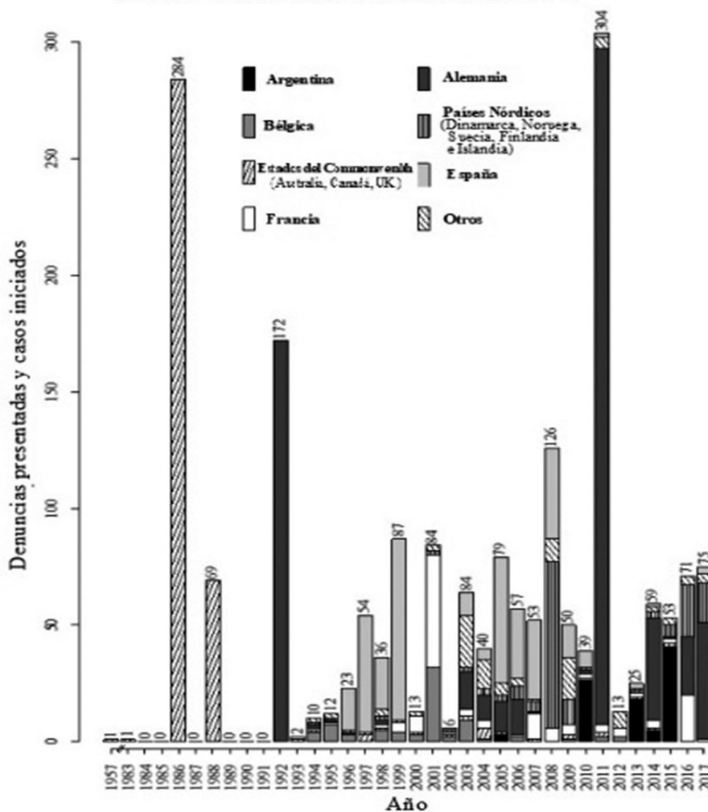
no cuestionaría su marco, hipótesis, análisis y conclusiones, sino que, por el contrario, los confirmarían aún más, ya que los juicios basados en la jurisdicción universal raramente se encuentren insuficientemente representados porque son públicos. Hipótesis que toma aún más fuerza si consideramos que en la actualización realizada para el presente artículo no encontramos ningún juicio que se hubiese llevado a cabo antes de 2010 que no había sido ya incluido oportunamente en la primera versión de la base de datos del 2010.

14. Llegamos a esta conclusión usando una regresión univariada entre el número total de casos y la variable año. Esta regresión mostró que, por cada año adicional, la tasa de casos presentados aumentó ligeramente —con un coeficiente positivo de 0.03 que fue estadísticamente significativo a un nivel de confianza de 0.01.

15. Ver, BEN-ARI, “Universal Jurisdiction: Chronicle of a...”; DE LA RASILLA DEL MORAL, “The Swan Song of Universal...”; GENOVESE & BARRAL DIEGO, “The Slow Death of Universal Jurisdiction...”; HWANG, “China: The Growth of a new...”; LUBAN, “After the Honeymoon. Reflections on the...”, p. 512, (señalando que uno de los fenómenos que debe ser abordado es el deceso de la jurisdicción universal); REYDAMS, “The rise and fall of universal...”, p. 337; ROTH-ARRIAZA, “Just a Bubble? Perspectives on the...”, p. 540, (“Un área donde ha habido definitivamente una poda es en la aceptación y el uso de la jurisdicción universal para perseguir delitos internacionales en terceros países”).

la legislación sobre jurisdicción universal de países como el Reino de España y el Reino de Bélgica, que habían sido fundamentales para algunas de las aplicaciones tempranas de jurisdicción universal, sugiriendo que los esfuerzos desplegados por estos estados para reducir el uso de la jurisdicción universal sería eventualmente seguidos por otros estados, o que estas modificaciones redundarían en la reducción general del uso de la jurisdicción universal. Este foco en países como España y Bélgica es completamente comprensible ya que han tenido un rol sustancial en el desarrollo de estos procesos durante la década del 90 y los primeros años de la década del 2000. Sin embargo, ninguna de las predicciones mencionadas efectivamente ocurrió.

**Figura 1: Denuncias de jurisdicción universal
 por año y por Estado perseguidor**



En la figura 1, podemos ver que las enmiendas realizadas a las leyes de jurisdicción universal de Bélgica –en el año 2003– y al de España –en los años 2009 y 2014– afectaron la cantidad de denuncias e investigaciones iniciadas de oficio en dichos países, ya que el número total de casos ha caído abruptamente después de los años 2003 y 2009, respectivamente. Sin perjuicio de lo mencionado, estos cambios tuvieron poco impacto en el número total de denuncias presentadas cada año. En el caso de Bélgica, esta falta de impacto general se debió al relativamente bajo número de denuncias recibidas por Bélgica aun durante su pico, si lo comparamos con el número total de denuncias presentadas cada año. En verdad, aun durante fines de la década del 90 y comienzos de la década del 2000 –el apogeo de casos de jurisdicción universal en Bélgica– hubo muchas más denuncias presentadas en Alemania y Francia que en Bélgica. Y esta dinámica ha continuado mitigando la pérdida de Bélgica como un foro robusto de jurisdicción universal luego del 2003 dado que Alemania y Francia han continuado siendo activos como Estados de jurisdicción universal, manteniendo o aumentando el número de casos recibidos en las décadas siguientes.

En el caso de España, aunque sus tribunales habían tramitado gran parte de las denuncias de jurisdicción universal que fueron presentadas entre 1996 y 2008, y el número total de casos de jurisdicción universal (ya sea iniciados de oficio o a raíz de una denuncia) luego de las enmiendas a sus leyes del año 2009 ha disminuido considerablemente, los efectos de estas modificaciones no han impactado en el número total de casos de jurisdicción universal en trámite en el mundo, ya que hubo varios Estados que se han interesado en desarrollar estos procesos que antes no lo habían hecho. Dado este crecimiento sostenido de denuncias basadas en jurisdicción universal en estos nuevos Estados –entre los que corresponde, notablemente, mencionar a la Argentina y a varios Estados escandinavos–, consideramos que no fue adecuado el gran énfasis que los especialistas en derecho penal internacional escribiendo sobre jurisdicción universal pusieron en la situación de España y Bélgica. Y es que sin perjuicio de que estos estados fueron fundamentales para el desarrollo de la jurisdicción universal en sus inicios, para mediados o los últimos años de la década del 2000 ya no ni el barómetro ni los únicos que llevaban adelante estas prácticas.

Habiendo dicho esto, hay diversas razones por las que debemos ser cautos al hacer nuestro análisis de la evolución de la tasa de denuncias basadas en la jurisdicción universal a lo largo del tiempo, como así también

al hacer nuestras interpretaciones de los datos subyacentes en los que se basa. En primer lugar, hemos incluido algunos casos reportados de arrestos o de otros procesos formales, a los que tuvimos que asignarles una fecha estimada de inicio del proceso, ya que no hemos encontrado todavía informes fiables que nos den certeza de la fecha exacta en la que se presentó el caso.¹⁶ En segundo lugar, como ya fuera explicado por Langer, es probable que haya sesgos de selección que puedan generar que algunas denuncias o causas iniciadas de oficio de jurisdicción universal no sean reportadas, situación que distorsionaría cualquier tendencia que observamos en el tiempo.¹⁷ Por ejemplo, sabemos que Alemania ha iniciado dos investigaciones estructurales respecto de delitos cometidos en Siria y por personas afiliadas con el Estado Islámico, y que Suecia y Francia también tienen sus respectivas investigaciones en curso por delitos cometidos en Siria.¹⁸ Pero lo que no sabemos respecto de estos procesos confidenciales es la cantidad de personas que han sido consideradas potenciales imputadas.¹⁹ Si estas investigaciones estructurales son de la misma escala de otras investigaciones estructurales pasadas –varias de las cuales han resultado

16. Ha habido varios procesos respecto de los cuales no se sabe su fecha exacta de inicio, por ejemplo, debido a que hubo denuncias o actuaciones de oficio que se desarrollaron durante un período de tiempo. En estas circunstancias, a estos casos los hemos codificado como si hubiesen sido iniciado en el primer año del período comprendido. Por ejemplo, sabemos que en el año 2011 se inició en Alemania una investigación estructural sobre Siria, la cual continúa en trámite al día de la fecha. También estimamos que, en el transcurso de esta investigación, las autoridades alemanas han abierto investigaciones individuales respecto de un mínimo de 300 personas. Sin embargo, en casi todos estos casos, las autoridades alemanas no han informado en qué momento iniciaron las investigaciones individuales de cada imputado. Por lo que codificamos a todos estos casos como iniciados en el año 2011.

17. Ver LANGER, "The Diplomacy of Universal Jurisdiction: The...", pp. 7 y 8, nota 23.

18. Ver, por ejemplo, Human Rights Watch, "These Are the Crimes We Are...", pp. 33 y 44.

19. En el caso de la investigación integral respecto de Siria desarrollada en Alemania se le han remitido trescientas comunicaciones al Fiscal Federal sobre presuntos autores individuales. Ver Parlamento Alemán, *Deutscher Bundestag, Drucksach*. De esta información no podemos determinar si las comunicaciones de mención eran respecto de un autor individualizado o si fueron respecto de personas no identificadas pero que han podido serlo con el desarrollo de la investigación. Sin embargo, en esta situación nosotros codificamos esta denuncia como trescientas investigaciones, a modo de estimación del alcance de esta investigación estructural. En consecuencia, este número de trescientos imputados puede resultar ser una sobrestimación tanto como una subestimación, dependiendo de si a) hay una superposición de posibles imputados en esas comunicaciones o b) las autoridades alemanas todavía no terminaron de procesar todos los posibles imputados que surjan de esas comunicaciones.

en la investigación de cientos de personas²⁰— o si crecen a esa escala en el futuro, la tendencia de las denuncias basadas en la jurisdicción universal podría cambiar y aumentar aún más. Sin dejar de lado todas estas reservas, nuestros datos no indican una disminución en el número de denuncias o investigaciones iniciadas de oficio basadas en la jurisdicción universal a lo largo del tiempo.

II.B. Juicios finalizados

De acuerdo con Langer, hubo treinta y dos procesos de jurisdicción universal que culminaron con la celebración de un juicio entre 1961 y junio de 2010.²¹ En la presente actualización de la base de datos realizada por Langer y Eason, encontramos que desde julio de 2010 hasta el 2017 se han completado 29 juicios de jurisdicción universal. Los datos obtenidos respecto de la totalidad de juicios de jurisdicción universal que culminaron muestran su aumento total y otros dos resultados interesantes se observan al graficarlos en el tiempo. Tal como podemos ver en la Figura 2, los juicios de jurisdicción universal se han vuelto cada vez más frecuentes en las últimas décadas. En la década entre 1988 y 1997, se emitieron sentencias en sólo 8 juicios de jurisdicción universal. Entre 1998 y 2007 este número aumentó a 18. Finalmente, en la última década —de 2008 a 2017— se completaron 34 juicios de jurisdicción universal.²² En perspectiva, hubo más

20. Ver, por ejemplo, Dominion of Canada, Deschênes Commission of Inquiry on War Criminals; HETHERINGTON & CHALMERS, *War Crimes. Report of the War...*; HANNICH, “Justice in the Name of All...”, p. 510.

21. LANGER, “The Diplomacy of Universal Jurisdiction: The...”.

22. GARROD, “Unraveling the Confused Relationship between Treaty...” ha recientemente reportado 34 juicios contra 41 acusados. Pero ha intentado argumentar que ninguno de estos juicios estuvo basado en la jurisdicción universal. La dificultad e inverosimilitud de su argumento son indicados por el hecho que, para desarrollarlo, necesita explícitamente estar en desacuerdo, criticar, desestimar como *dicta* o dejar de lado opiniones, decisiones, afirmaciones y la práctica de múltiples Estados (por ej., pp. 145, 160-162, 171), múltiples tribunales y jueces de diversos Estados (por ej., pp. 143, 145, 181, 182), la Corte Internacional de Justicia (CIJ) (por ej., pp. 126, 130, 135-172), la Comisión de Derecho Internacional (por ej., pp. 128, 146), el Tribunal Penal para la ex-Yugoslavia (por ej., pp. 142-143, 180-181, 183), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (p. 190), el Comité Internacional de la Cruz Roja (por ej., pp. 146, 183), el Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas (por ej., p. 145), el Restatement (Third) of Foreign Relations de los Estados Unidos (por ej., p. 146), el Restatement (Fourth) of Foreign Relations de los

juicios finalizados en la última década que en la suma de todos los años anteriores.

Estados Unidos (por ej., pp. 128, 146), el Instituto de Derecho Internacional (por ej., pp. 145-146) y muchos doctrinarios (por ej., pp. 128, 134-135, 145, 167-169). El primer paso de su argumento es distinguir entre jurisdicción universal y lo que llama “jurisdicción basada en un tratado”. Aunque no provee una clara definición de “jurisdicción universal”, parece entenderla como la ausencia de toda conexión entre el delito y el Estado perseguidor (por ej., pp. 131-132) y en la cual la jurisdicción está basada en el derecho internacional consuetudinario (por ej., pp. 165-167, 176-177). Define la “jurisdicción basada en un tratado” como competencia que surge de las obligaciones del tratado de extraditar o perseguir (p. 132) y “como el permiso bajo el derecho internacional de establecer competencia sobre un delito relevante al tratado cometido en el extranjero, incluyendo ciudadanos de otro Estado parte del régimen del tratado, en ausencia de otra conexión de competencia legalmente aceptada para el Estado perseguidor al momento en el que se comete la conducta” (p. 175), dice que la jurisdicción basada en un tratado se aplica *inter partes* (p. 177) y que el Estado en donde el imputado se encuentra actúa como representante de otro Estado parte del tratado que tiene una conexión relevante con el delito como la territorialidad o la nacionalidad (por ej., pp. 177-178). En contraposición, consistentemente con la opinión de la Corte Internacional de Justicia en *Habré* (ver CIJ, “Belgium v. Senegal”, párrafos 74-75, 84, 91, 119) y de muchas otras autoridades, nosotros incluimos en el concepto de jurisdicción universal persecuciones penales por parte de un Estado que no tenía ninguna conexión territorial, nacional o de interés nacional con el delito al momento de su comisión y consideramos que estas afirmaciones jurisdiccionales pueden estar basada en el derecho internacional consuetudinario o en un tratado. El segundo paso de Garrod es argumentar que los 34 juicios contra 41 acusados que reporta han estado basados exclusivamente en la jurisdicción basada en un tratado que establece la obligación de extraditar o perseguir (por ej., pp. 127, 170-171). Este argumento no funciona aun dentro del propio marco propuesto por Garrod ya que no es consistente con la realidad. Por ejemplo, su conteo incluye, como el nuestro, el juicio contra Adolfo Scilingo en España que Garrod considera un caso de nacionalidad pasiva basada en un tratado, pasando por alto que si bien el tribunal de juicio y el Tribunal Supremo español mencionaron que hubo ciudadanos españoles y personas de ascendencia española entre los miles de víctimas de la dictadura militar en Argentina, Scilingo fue condenado por el homicidio de 30 personas respecto de las actuales no había prueba de que eras ciudadanos españoles o incluso de descendencia española. Garrod también pasa por alto que, de acuerdo con el Tribunal Supremo español, el ejercicio de jurisdicción por parte de España en el caso fue respecto de crímenes de lesa humanidad bajo el derecho internacional consuetudinario, crímenes de lesa humanidad que no tenían ninguna base posible en un tratado al momento en el que los delitos fueron cometidos. Ver Audiencia Nacional de España, Sala de lo penal, Sección 3ª, “Caso Scilingo”; Tribunal Supremo de España, Sala de lo penal, “Caso Scilingo”.

el 2016 y el 2018 la base de datos de Langer y Eason, no encontramos ningún juicio anterior al 2010 que no hubiese sido incluido en la codificación o conteo original de Langer.

En segundo lugar, el número total de juicios celebrados con sentencia sirve como un indicador más preciso del apoyo y la dedicación que los Estados en los que se llevaron adelante dichos procesos tienen respecto de la aplicación del principio de jurisdicción universal. Si consideramos que el costo de recibir y analizar denuncias penales para los Estados es relativamente bajo, tomar el aumento del número de denuncias como indicador del compromiso de un Estado con la jurisdicción universal es poco preciso. En efecto, si consideramos que personas particulares y organizaciones pueden presentar denuncias penales, utilizar solo este valor como medida para estimar el apoyo de un Estado confundiría las preferencias y elecciones de los denunciados particulares y las distintas organizaciones con el compromiso del Estado. Por el contrario, avanzar con estos casos mediante investigaciones, acusaciones y juicios es una tarea costosa y compleja para el Estado perseguidor y la decisión de hacerlo típicamente recae en funcionarios estatales.²³ En suma, la tasa de juicios concluidos no es únicamente una señal más costosa de apoyo a la jurisdicción universal, sino también un índice de medición más confiable respecto de las preferencias de los Estados que llevan adelante estos procesos.

II.C. Factores explicativos

El aumento, tanto de la frecuencia como de la regularidad de la celebración de juicios de jurisdicción universal es llamativo y posiblemente sea el resultado de varios factores causales. En términos de los incentivos y desincentivos que los funcionarios públicos tienen para decidir si perseguir casos de jurisdicción universal –discutidos en detalle en Langer²⁴–, todos los factores analizados en esta sección actúan para reducir los costos –ya sean económicos, logísticos, profesionales o políticos– de llevar adelante casos de jurisdicción universal o para aumentar los costos de la decisión de no llevar adelante este tipo de procesos.

23. Sobre cómo los poderes del Estado políticos (es decir, el ejecutivo y el legislativo) pueden determinar qué casos van a juicio no solo a través de decisiones sobre la persecución penal, sino también a través de la aprobación y modificación de leyes sobre jurisdicción universal, ver LANGER, “The Diplomacy of Universal Jurisdiction: The...”.

24. LANGER, “The Diplomacy of Universal Jurisdiction: The...”, p. 5.

II.C.1. Legislación implementada por la Corte Penal Internacional

Uno de los factores podría ser la adopción de nueva legislación sobre jurisdicción universal, generalmente como parte de la implementación en la legislación doméstica del estatuto de la Corte Penal Internacional.²⁵ Estos cambios legislativos sirven como plataforma para la expansión tanto de las denuncias como los juicios de jurisdicción universal al aumentar el número países en los cuales reclamos basados en la jurisdicción universal pueden ser presentados.

II.C.2. Creación de Unidades de Investigación Especializadas

Además de los cambios legislativos mencionados, los cuales generaron un mayor número de Estados en los que se puede proceder en casos de jurisdicción universal, el aumento de la frecuencia y regularidad de estos casos y juicios probablemente también sean parcialmente consecuencia de cambios y procesos institucionales que aumentaron la cantidad de lugares en los que la aplicación de la jurisdicción universal es logísticamente posible. Respecto de los cambios institucionales, el más evidente ha sido la creación de unidades especializadas de investigación de delitos internacionales en la policía o en el ministerio público fiscal o de los jueces de instrucción.²⁶ La creación de estas unidades brinda sostén a la denuncia,

25. Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Ver, por ejemplo, République Française, Loi 2010-930, Art. 8, J.O., p. 14678, por la que se adapta el derecho penal al establecimiento de la Corte Penal Internacional; República Federal Alemana, Völkerstrafgesetzbuch [VStGB] [Código de Delitos contra el Derecho Internacional]; Reino Unido, Ley de la Corte Penal Internacional, del 2001, c. 17, §53(3). Respecto de cómo la ratificación del estatuto de la Corte Penal Internacional ha generado la adopción de nueva legislación sobre jurisdicción universal, ver LANGER, "The Archipelago and the Wheel: The..."; VAN SCHAACK & PEROVIC, "The Prevalence of 'Present-In' Jurisdiction". Ver también el caso de tortura en Zimbabue, Sudáfrica, presentado (y confirmado por la Corte Constitucional Sudafricana) "en virtud de la ley del Estatuto de Roma del país". Ver Opinio Iuris, "Guest Post: The Zimbabwe Torture docket case", 20/05/2014.

26. Ver, por ejemplo, la Unidad Central de Lucha contra los Crímenes de Guerra y otros Delitos contemplados en el Código Alemán Contra los Crímenes de Derecho Internacional (BKA, "Zentralstelle zur Bekämpfung von Kriegsverbrechen und..."); Unidad Fiscal de Crímenes de Guerra dependiente de la Fiscalía Federal (Alemania); Human Rights Watch, "These Are the Crimes We Are...", p. 29; Unidad de Crímenes de Guerra de la Policía (Suecia); Unidad Especializada de Crímenes de Guerra dentro de las autoridades Fiscales (Suecia) (Human Rights Watch, "These Are the Crimes We Are...", p. 26).

investigación y el enjuiciamiento de los delitos de jurisdicción universal, por un lado, porque proporciona los recursos y experiencia necesaria para hacerlo, y por otro porque establecen nexos institucionales con funcionarios responsables de la aplicación de la ley, inmigración, inteligencia u otras materias en las que pueden resultar de interés compartir la información. Podemos ver evidencia del funcionamiento de estas unidades especiales en el aumento de casos recientes, ya que la mayoría de los Estados que han realizado juicios de jurisdicción universal en los últimos años tienen estas unidades²⁷ y muchos de ellos culminaron con la realización de un juicio, para lo cual estas unidades especiales de investigación jugaron un papel instrumental.²⁸

II.C.3. Aprendizaje institucional

Además de los esfuerzos explícitos de los Estados por aumentar la capacidad de sus funcionarios para investigar y enjuiciar delitos internacionales, el aumento de la aplicación de la jurisdicción universal probablemente también se haya debido a un proceso institucional menos visible: el aprendizaje institucional. Este término²⁹ hace referencia a la "capacidad" de las instituciones complejas de, a lo largo del tiempo, "aprender, adaptar y cambiar" a través del tiempo tanto sus marcos institucionales como sus estrategias prácticas.³⁰ Si bien este proceso de aprendizaje y adaptación

27. Ver, por ejemplo, el juicio de Sadi Bugingo, un ciudadano de Ruanda que fue enjuiciado en Noruega. Este caso se inició en virtud de una investigación realizada por la Autoridad Nacional de Noruega Contra el Crimen Organizado y otros delitos graves, respecto de 19 personas acusadas de haber cometido genocidio, que vivían en ese estado. GAHIMA, *Transitional justice in Rwanda: accountability for...*, p. 209. En igual sentido, en 2011 se condenó en Suecia a Ahmet Makitan (una persona que era ciudadano de Yugoslavia) por crímenes de guerra y tortura, proceso que se originó en virtud de una investigación llevada adelante por la Comisión Nacional de Crímenes de Guerra de Suecia. Ver Jurist, "Sweden prosecutor brings war crimes charges...", 05/01/2010. Ver también, por ej., el juicio de *Eshetu Alemu* para el cual la investigación criminal fue llevada adelante por el Equipo de Crímenes Internacionales de la Policía Nacional de los Países Bajos.

28. Sobre estas unidades, véase, por ejemplo, HUMAN RIGHTS WATCH, *The Long Arm of Justice: Lessons ...*

29. Tomamos prestado este concepto de trabajo de la economía, que examina el fenómeno de la innovación respecto del conocimiento –tanto teórico como práctico–, como un bien económico, por lo que la generación de conocimiento sería un modo de producción.

30. JOHNSON, "Institutional Learning", p. 23.

puede ser el resultado de una investigación activa, estamos más interesados en cómo este proceso puede deberse al aprendizaje como “subproducto de actividades rutinarias”.³¹ Hay una teoría de aprendizaje institucional destacada que sostiene que hay tres formas para que este conocimiento sea adquirido: haciendo, usando o interactuando. Las dos primeras formas de aprendizaje mencionadas se refieren a la manera en la cual los productores de sistemas complejos pueden aprender, cómo consecuencia de la experiencia repetida, a ser más efectivos/eficientes al producir esos sistemas, y a cómo los usuarios pueden aprender, en el mismo proceso interactivo de prueba y error, a ser más efectivos/eficientes en la utilización de estos mismos sistemas complejos. La tercera, se refiere a la manera en la que la interacción –ya sea respecto de la retroalimentación entre usuarios y productores o respecto de la comunicación entre comunidades de productores o comunidades de usuarios– puede llevar a aumentos en la efectividad/eficiencia tanto para usuarios como para productores.³²

De nuestros datos podemos ver evidencia sobre los dos primeros modos de aprendizaje experimental. Independientemente que consideremos a los funcionarios del Estado, que lleven adelante investigaciones y juicios de jurisdicción universal, productores o usuarios del sistema complejo de doctrina y práctica de la jurisdicción universal, podemos observar evidencia que demuestra que los funcionarios cuantos más casos llevan más efectivos/eficientes se vuelven; es decir van “aprendiendo haciendo” o “aprendiendo usando”. Tal como indica la tabla 1, la mayoría de los Estados que han celebrado uno o más juicios de jurisdicción universal en la última década, lo hicieron luego de haber llevado adelante al menos un juicio de esas características en la década anterior. Asimismo, de los Estados que no habían llevado adelante ningún juicio antes de 2008, todos –menos uno– celebraron más de un juicio en los años comprendidos entre 2008 y 2017. Este patrón indica que la experiencia de llevar adelante procesos de jurisdicción universal genera conocimiento institucional, el cual facilita llevar adelante más juicios de jurisdicción universal en el futuro.³³

31. LUNDVALL & JOHNSON, *The Learning Economy and the Economics...*, p. 118.

32. LUNDVALL & JOHNSON, *The Learning Economy and the Economics...*, p. 94. Ver, también, LUNDVALL, *The economics of knowledge and learning*, p. 21.

33. Se podría encontrar una tendencia similar si los grupos que aglutinan a personas que realizan demandas, querellas o denuncias y las organizaciones no gubernamentales de derechos humanos son consideradas “usuarias” de este sistema. Si bien todavía no hemos

Tabla 1: Evidencia de Aprendizaje Institucional

Estados que realizaron juicios de jurisdicción universal 2008-2017	Número de juicios de jurisdicción universal entre 2008-2017	¿Al menos un juicio de jurisdicción universal antes del 2008?
Austria	2	Sí
Bélgica	1	Sí
Canadá	2	Sí
Finlandia	5	No
Francia	4	Sí
Alemania	5	Sí
Noruega	2	No
Senegal	1	No
Suecia	9	No
Países Bajos	2	Sí
Reino Unido	1	Sí

También advertimos prueba que da cuenta que tanto los estados como las organizaciones no gubernamentales se involucran en el proceso de “aprendizaje por interacción”. En los últimos años, se han establecido nuevas redes de trabajo y bases de datos oficiales sobre delitos internacionales, las cuales han facilitado que funcionarios públicos investigando esos casos se reúnan periódicamente e intercambien información relacionada con estos delitos internacionales.³⁴ En esas reuniones también han participado

analizado la información necesaria para ver si los grupos que han formulado denuncias que originaron casos de jurisdicción universal han tendido a participar en el futuro o si han aumentado la probabilidad de que esos casos lleguen a un veredicto, hemos encontrado que unos pocos grupos han participado o han sido responsables de una gran cantidad de procesos que hemos documentado. Estos grupos incluyen ECCHR (Centro Europeo de Derechos Constitucionales y Humanos), CPCR (El Colectivo de Partes Civiles para Ruanda), FIDH (Federación Internacional de Derechos Humanos), *Redress (The Redress Trust)*, Trial International, etc. Hay motivos para suponer que este intercambio repetido y reiterado con los funcionarios y las normas que rigen la jurisdicción universal habrían generado un efecto de “aprendizaje por el uso”.

34. Entre las redes de trabajo oficiales se incluye a la “Red de puntos de contacto en relación con personas responsables de Genocidio, Crímenes de Lesa Humanidad y Crímenes de Guerra” (“Red de Genocidio de la Unión Europea”), la cual es convocada dos veces al año por la Presidencia del Consejo de la Unión Europea. Con relación a esto es oportuno

organizaciones no gubernamentales que han creado o fortalecieron sus propias bases de datos sobre crímenes internacionales. De esta forma, los avances detallados han permitido y facilitado el aprendizaje institucional, que puede haber sido utilizado para desarrollar y gestionar una mayor cantidad de juicios de jurisdicción universal.

II.C.4. Cambio tecnológico

Además de estos factores normativos e institucionales, también ha habido una serie de avances tecnológicos que han reducido las dificultades logísticas y los costos económicos de las investigaciones y juicios de jurisdicción universal. El primero de estos fue el aumento de la disponibilidad de dispositivos conectados a internet capaces de registrar mediante fotografías, audio y vídeo y el uso de esta tecnología para documentar los delitos tipificados en el derecho internacional. Al haberse generalizado el uso de teléfonos inteligentes, aún en las zonas más pobres y propensas a conflictos del mundo, cada vez son más las personas que tienen los medios para confiable y claramente "registrar y documentar actos atroces".³⁵ Como estos dispositivos se encuentran conectados a internet, este cambio tecnológico también les ha facilitado a las víctimas remitir las pruebas documentales a sus abogados y compartirlas con el resto de la comunidad internacional a través de redes sociales.

Estos cambios tecnológicos han reducido los costos logísticos y económicos de reunir toda la evidencia para llevar adelante procesos de jurisdicción universal. En efecto, ha habido varios casos recientes en los que hubo prueba fotográfica y de video que fue crucial para la investigación (con sus respectivos metadatos y marcas de tiempo) que estuvieron fácilmente disponibles para los fiscales en las redes sociales,³⁶ ya que habían

mencionar la reciente creación de la Oficina Europea de Apoyo al Asilo (EASO). En lo que concierne a las bases de datos, la INTERPOL ha creado su sección propia de delitos internacionales. También se está intentando crear una base de datos central respecto de crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y genocidio en la EUROPOL. Respecto de esto último, véase Human Rights Watch, "These Are the Crimes We Are...", pp. 55-60.

35. Ver, por ejemplo, OpiniónJuris, "And So It Begins... Social Media...", 17/08/2017; Just Security, "The ICC's New Libya Case: Extraterritorial...", 23/08/2017.

36. Ver, por ejemplo, los juicios desarrollados en Finlandia contra Jebbar Salman Ammar y Hadi Habeeb Hilal (ciudadanos iraquíes) y los que se llevaron a cabo en Suecia contra Mouhannad Droubi y Haisam Omar Sakhanh (ciudadanos sirios).

sido publicadas por las víctimas o los presuntos autores.³⁷ Si bien tanto los abogados como los fiscales continúan recabando su propia evidencia, es dable observar que recientemente se ha vuelto una práctica más común usar fotos y vídeos compartidos en redes sociales como prueba, ya sea en casos de derecho interno de cada Estado o internacionales.³⁸ Los grupos activistas han comenzado a adaptarse a esta tendencia, proveyéndole capacitación a las víctimas y a las personas que son testigos de estos delitos sobre cómo captar evidencia en tiempo real de manera tal que aumente la probabilidad de que esta prueba sea útil para los esfuerzos de persecución penal.³⁹ Grupos legales y de presión han respondido a esta misma tendencia diseñando soluciones tecnológicas para sobreponerse al problema de mantener la validez de las pruebas,⁴⁰ y trabajando en cuestiones legales y estratégicas para aprovechar de la mejor manera estas evidencias.⁴¹

Estas tecnologías también han permitido que las pruebas sean enviadas a través de las fronteras de manera más sencilla. En parte, debido a que es cada vez más fácil y barato acceder a internet tanto por fibra óptica como por celulares, extremo que ha permitido que las víctimas y los

37. En casos como estos, la evidencia usada por los demandantes o los fiscales generalmente es publicada por los presuntos imputados o por grupos que están asociados a estos como parte de la propaganda o del reclutamiento. En referencia con la Corte Penal Internacional, ver Just Security, “The ICC’s New Libya Case: Extraterritorial...”, 23/08/2017.

38. Ver, Just Security, “The ICC’s New Libya Case: Extraterritorial...”, 23/08/2017.

39. Ver, por ejemplo, Just Security, “The ICC’s New Libya Case: Extraterritorial...”, 23/08/2017: “Organizaciones como *Witness* ... proveen entrenamiento y directrices para documentar crímenes en video”); Trial International, “Training Journalists on Human Rights Reporting”, 7/07/2016.

40. Ver, por ejemplo, EyeWitness to Atrocities, “Collect Verifiable Photos and Videos”; Just Security, “The ICC’s New Libya Case: Extraterritorial...”, 23/08/2017: “La Asociación Internacional de Abogados ha creado una aplicación que permite transferir fotografías y vídeos de manera autenticada y segura”. Hay varias empresas privadas trabajando en tecnologías destinadas a resolver otros problemas planteados por la proliferación de evidencia digital. Por ejemplo, en un caso reciente de la Corte Penal Internacional se vio la primera prueba de alto perfil de un paquete de software destinado a resolver un problema causado, no por la falta, sino por la superabundancia de pruebas. Este programa informático tiene como fin ayudar a los fiscales a organizar y presentar grandes cantidades de evidencia digital —incluyendo vídeos, fotos, imágenes satelitales, vistas y diagramas estructurales— de manera tal que sea al mismo tiempo convincente y accesible para personas técnicas no expertas. Ver Wired, “The Hague Convicts a Tomb-Destroying ...”, 25/08/2016.

41. Ver, por ejemplo, Medium, “Harnessing Social Media as Evidence of...” (Aprovechar a las redes sociales como prueba de crímenes internacionales graves), 23/10/2017.

autores compartan evidencia fotográfica o de video a la que pueden tener acceso los investigadores y los fiscales a miles de millas de distancia. Asimismo, en los países en los que no se puede acceder a internet o este servicio se encuentra restringido/controlado, la disponibilidad de dispositivos digitales de almacenamiento masivo, baratos y compactos, han permitido que grandes cantidades de pruebas sean físicamente trasladadas de “contrabando”, cruzando así las fronteras.⁴²

Finalmente, la forma general en la que se ha compartido a través de internet la evidencia fotográfica, de vídeo y cualquier otra, ha generado que aumente la conciencia pública y en consecuencia la presión pública para que los Estados occidentales desarrollados actúen respecto de las atrocidades en todo el mundo. El fenómeno de los medios de comunicación cubriendo las atrocidades que suceden, también conduce a una mayor conciencia y presión pública, lo cual no es nuevo. De hecho, fue tan discutido a fines de la década de 1990 que se le dio un apodo coloquial, “el efecto CNN”.⁴³ Este efecto se ha ampliado dada la inmediatez actual de fotografías en alta definición y de vídeos en vivo, reunidos y presentados sin la influencia de los medios periodísticos y sus filtros, junto con los efectos amplificadores del intercambio en redes sociales y los algoritmos de tendencias, que han hecho que el ciudadano digital promedio haya podido experimentar y presenciar la violencia reciente de tal manera que no era posible hace una década.

II.C.5. Inmigración y solicitudes de asilo

42. El fiscal federal alemán abrió investigaciones respecto de delitos internacionales en Siria poco después que estalló el conflicto. Actualmente, hay dos investigaciones, llamadas estructurales, pendientes, que se focalizan en toda la situación de la guerra civil y todas las partes del conflicto. En una de estas investigaciones, los fiscales han analizado 28.000 fotografías de personas que fueron torturadas hasta su muerte en cárceles sirias. Las fotografías fueron sacadas de Siria de contrabando por un exfotógrafo militar sirio, llamado “César”, y ahora están a disposición de los fiscales de Europa. Ver, por ejemplo, The Washington Post, “Here is how German courts are...”, 04/04/2017; European Center for Constitutional and Human Rights, Caesar”, octubre 2017.

43. El historiador Gary Bass discutió una dinámica similar —aunque como consecuencia de la llegada de la telegrafía y la publicación de fotografías por la prensa internacional— que tuvo lugar por primera vez en la Guerra Civil Griega en el siglo diecinueve. Véase, BASS, *Freedom’s battle: the origins of humanitarian...*

Finalmente, el último factor que ha posiblemente influido la tasa y el alcance de los procesos de jurisdicción universal han sido los altos niveles de migración provocada por conflictos de la última década. La migración y el desplazamiento siempre fueron factores que impulsaron los casos de jurisdicción universal,⁴⁴ y ola actual de migración de personas desde Estados afectados por los conflictos bélicos de medio oriente y de África septentrional hacia Europa occidental probablemente contribuyó al aumento del número de denuncias y juicios por varias razones.

En primer lugar, como consecuencia de esta realidad, los estados han tenido más oportunidades para ejercer la jurisdicción universal. Entre los millones de personas que se han desplazado, como consecuencia de conflictos, buscando refugio en los países de Europa, como así también en los miembros de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), en la última década existen posibles víctimas que pueden solicitar reparación a los funcionarios del Estado receptor, como así también pueden haber migrado presuntos autores, que ingresaron voluntariamente a la jurisdicción de esos funcionarios. En otras palabras, es dable esperar que la migración como consecuencia de conflictos dé lugar al aumento de casos de jurisdicción universal, ya que trae a jurisdicciones con los recursos necesarios para investigar y enjuiciar crímenes internacionales⁴⁵ –tanto económicos como jurídicos– muchos posibles querellantes, testigos e imputados.

En segundo lugar, las circunstancias procesales e institucionales de la migración basada en el conflicto les permitieron advertir a los funcionarios que se generaban más oportunidades para ejercer la jurisdicción universal. En algunos casos, los funcionarios han iniciado investigaciones de presuntos delitos basándose en información presentada por los eventuales imputados en sus solicitudes de inmigración.⁴⁶ En la Figura 3, podemos advertir

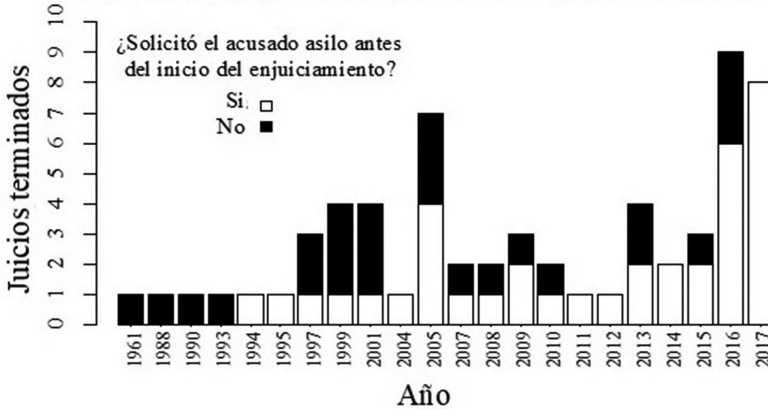
44. Los dos primeros casos de jurisdicción universal que fueron extensamente reconocidos y publicitados –Eichmann y Demjanjuk– y la primera ronda de investigaciones estructurales basadas en el principio de jurisdicción universal fueron en parte el resultado de una ola masiva de migraciones producto de conflictos que ocurrió durante y después de la Segunda Guerra Mundial.

45. En este punto, ver LANGER, “The Archipelago and the Wheel: The...”

46. Esta fue la situación en muchos casos recientes en Europa occidental y del norte. En el “caso de los gemelos iraquíes” en Finlandia —este fue un caso seguido contra dos acusados cuyos nombres reales no se revelaron a la prensa— cuya *notitia criminis* fue dada por investigadores de inmigración finlandeses sobre la base de información proporcionada por los imputados al presentar sus solicitudes de asilo. Lo mismo ocurrió en un juicio reciente en Suecia

evidencia de la conexión entre el enjuiciamiento de una persona bajo el principio de jurisdicción universal y el someterse al escrutinio generada por una solicitud de asilo, ya que casi todos los imputados que fueron enjuiciados sobre la base de la jurisdicción universal en los últimos años habían solicitado la condición de asilados en el Estado acusador antes de que se iniciara un proceso penal en su contra. De hecho, casi el 70 % de los imputados que fueron enjuiciados sobre la base de la jurisdicción universal habían solicitado el estatus de asilado en el Estado acusador antes de que se inicie el proceso en su contra.⁴⁷

Figura 3: Juicios de jurisdicción universal terminados por solicitudes de asilo de los acusados



En otros casos, los funcionarios intervinientes fueron alertados por otras personas que buscaban asilo sobre la presencia de posibles partícipes

respecto de un imputado sirio —cuyo nombre tampoco se reveló. Véase PressReader, “Die Schweiz ermittelt wegen Kriegsverbrechen in Syrien”. Del mismo modo, las causas contra Habibullah Jalalzoy y Abdullah (o Abdoullah) Faquirzada (o Faquirzada) fueron iniciadas por el Equipo Nacional de Investigación sobre Crímenes de Guerra de los Países Bajos, sobre las bases de las declaraciones que los dos imputados hicieron en sus formularios de inmigración y las investigaciones noruegas en trámite sobre 20 solicitantes sirios de asilo fueron provocadas por “indicios provistos por refugiados y autoridades locales de inmigración”. Véase Reuters, “Norway police search for Syrian war...”, 15/01/2016.

47. Este porcentaje podría ser más alto, ya que no encontramos evidencia concluyente en un sentido u otro sobre si hubo solicitud de asilo respecto de 9 casos. Como ya fuera indicado anteriormente, incluimos en nuestro cálculo juicios que fueron terminados hasta el final del 2017.

en estos delitos. Estos tipos de informes en algunas oportunidades fueron el resultado de los esfuerzos de las víctimas y sus familias por identificar, escondidos entre las personas solicitantes de asilo, a sus victimarios,⁴⁸ pero también han llegado como consecuencia de encuentros fortuitos entre víctimas y sus victimarios que se reconocen en la calle o en centros comerciales del país al que migraron como refugio.⁴⁹ Con el fin de formalizar el proceso de recopilación de información de personas que puedan tener conocimientos de primera mano de posibles delitos, Alemania ha incluido una serie de preguntas que se le formulan a las personas que buscan aplicar para el asilo sobre si presenciaron la comisión de algún delito que pudiera constituir un delito internacional.⁵⁰ Además, muchos Estados han implementado reformas institucionales que permitan a las autoridades de inmigración intercambiar de manera sencilla información con las autoridades del sistema penal, generando así que baje el costo logístico de los procesos de jurisdicción universal y que los fiscales puedan recabar suficiente información para perseguir a los sospechados partícipes.⁵¹

48. Así fue como se iniciaron, por ejemplo, los casos de Duško Tadić (un exfuncionario yugoslavo enjuiciado en Alemania) o el de Butare Four (ruandeses enjuiciados en Bélgica). Véase VIERUCCI, “The First Steps of the International...”, p. 136 (informando que el arresto de Tadic se logró como consecuencia de que refugiados musulmanes informaron que era uno de los autores de las atrocidades cometidas en la región de Prijedor de Bosnia-Herzegovina). Véase también, REYDAMS, “Universal Criminal Jurisdiction: The Belgian State...”, pp. 183-216, 202 (en el cual se informa que las denuncias iniciales en las que identificaron a los cuatro Butare como presuntos genocidas fueron presentadas por familiares de víctimas ruandesas y belgas, cuando se presentaron en varias fiscalías de diversas jurisdicciones a presentar denuncias por esas masacres).

49. Ver, por ejemplo, el caso de Etienne Nzabonimana and Samuel Ndashykirwa, dos ruandeses que habían huido a Bélgica, cuya investigación se inició luego de que un ciudadano ruandés reconociera a Nzabonima en una tienda de alimentos de Bruselas. Véase AFRICAN RIGHTS & REDRESS, “Survivors and Post-Genocide Justice In...”. Véase también el caso de Nizar al Khazraji, un nacional iraquí cuya investigación se inició en virtud de información que proporcionó un refugiado kurdo que vivía en Dinamarca a las autoridades, luego de haberlo reconocido en la calle. Véase el comunicado de prensa de AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Dinamarca/Irak: Justicia Internacional para las Víctimas de Halabja*.

50. Ver, por ejemplo, DW, “Refugees in Germany Reporting Dozens of...”, 11/04/2016.

51. Ver, por ejemplo, TagesAnzeiger, “Schweizer Justiz ermittelt wegen Kriegsverbrechen in Syrien” (La justicia suiza investiga los crímenes de guerra en Siria), *Tages Anzeiger*, 2/10/2016, (las autoridades de asilo están obligadas a notificar a las autoridades de la administración de justicia penal sospechas sobre delitos internacionales. El fiscal federal actualmente dirige varios métodos basados en indicadores de la Secretaría de

Por último, la naturaleza de conflictos continuos en Siria, Irak y otros países de medio oriente y África, le ha impedido a los Estados receptores que traten a los imputados no nacionales con procesos de deportación o extradición. Así, toda vez que la deportación y la extradición suelen ser menos costosas que toda una investigación y su juicio, tanto en términos de costos financieros como políticos, los funcionarios públicos suelen elegir los mecanismos mencionados para tratar con presuntos autores de delitos internacionales extranjeros de delitos internacionales.⁵² En la mayoría de los casos, los funcionarios públicos pueden aplicar estas soluciones alternativas ya que –salvo en circunstancias muy concretas– los Estados pueden permitir discrecionalmente de manera ilimitada qué personas entran o permanecen en su territorio; en el caso concreto esta potestad suele ser especialmente tenida en cuenta en relación con personas sospechadas de haber cometido algún delito grave o internacional.⁵³ Sin perjuicio de ello, hay circunstancias en la que estas alternativas no están disponibles. Por ejemplo, en los casos en los que el Estado de donde proviene originalmente el imputado se encuentra en medio de una guerra civil violenta, ni la deportación ni la extradición son viables, ya que implicaría un riesgo real y peligroso para la persona; en este caso el Estado receptor no puede aplicar esos procedimientos sin violar las obligaciones contraídas en virtud de los tratados internacionales de derechos humanos.⁵⁴ Asimismo, en casos

Estado de Migración (*State Secretariat for Migration*). Esto afectaría distintos conflictos en distintos países.

52. De hecho, dejando de lado los juicios civiles, este ha sido el principal medio por el cual Estados Unidos ha lidiado con estos individuos.

53. Estas circunstancias limitadas generalmente son aquellas en las que las personas que buscan la inmigración tienen un temor bien fundado de ser perseguidas si son devueltas a su país de origen. En estos casos, de conformidad con el artículo 1 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, los Estados están obligados a extenderles a esas personas ciertas protecciones contra la deportación y la extradición. Más allá de eso, en virtud del apartado "F" del artículo 1, los Estados pueden denegar esas protecciones especiales a las personas si tienen sospechas fehacientemente fundadas de que han cometido un delito internacional, transnacional o nacional grave (como puede ser un secuestro o un homicidio) o actos contrarios a los propósitos de las Naciones Unidas (como terrorismo o la agresión). Así pues, en la mayoría de los casos en los que hay pruebas suficientes para que un Estado juzgue a alguien sobre la base de la jurisdicción universal, también hay pruebas suficientes para que se le rechace a esa persona la condición de refugiado y en consecuencia se inicie su camino de deportación o extradición.

54. Por ejemplo, la Convención Europea de Derechos Humanos (ECHR, por sus siglas en

en los que el Estado de origen no pueda o no quiera aceptar a la persona sospechosa, la deportación o extradición resultará imposible por razones prácticas. Por otro lado, en los casos en los que la persona acusada se ha convertido en residente permanente o ciudadano naturalizado del Estado receptor, hay algunos Estados que tienen leyes internas que no permiten la extradición en dichos casos.⁵⁵ En cualquiera de estas situaciones, en las que una persona acusada es considerada “indeseada” y a la vez “no retornable”, los funcionarios públicos posiblemente no tengan otra alternativa más que llevar adelante la investigación y el eventual juicio.⁵⁶

III. LA EXPANSIÓN GEOGRÁFICA DE LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL

III.A. Denuncias

Hasta el 2009, la mayoría de los casos de jurisdicción universal se desarrollaban casi de manera exclusiva en los países de Europa Occidental y el Commonwealth desarrollado, con algunas pequeñas excepciones de

inglés) o la Convención Contra la Tortura (CAT, por sus siglas en inglés).

55. Por ejemplo, esta fue la razón por la cual los tribunales holandeses hicieron valer su jurisdicción para enjuiciar a Yvonne Besabya (o Beasebya), sin perjuicio de que había sido solicitado por Ruanda mediante una extradición.

56. En este contexto, se considera que las personas son “indeseables” si hay sospecha fehaciente que han cometido delitos graves —ya sea en el país receptor o en otro lugar— y se las considera “no retornables” si el Estado receptor no puede removerlas de su territorio. Véase, CANTOR & VAN WIJK & SINGER, Sarah & BOLHUIS, “Undesirable and Unreturnable? Policy challenges around...” (¿Indeseables o no retornables? Problemas políticos respecto de personas que buscan asilo y otros migrantes sospechados de haber cometido crímenes graves que no pueden ser expulsados. Véase también BOLHUIS & BATTJEEZ & VAN WIJK, “Undesirable but Unreturnable Migrants in the...” (Migrantes Indeseables pero No Retornables en los Países Bajos); y DOĞAR, “Against All Odds: Turkey’s Response to...” (Contra todo pronóstico, la respuesta de Turquía a los que solicitantes de asilo “indeseables pero no retornables”).

procesos en Israel,⁵⁷ Senegal,⁵⁸ Corea del Sur,⁵⁹ Polonia⁶⁰ y Rusia⁶¹ –sin que los últimos tres dieran lugar a la apertura de un procedimiento–. Luego de 2009, se han producido dos importantes cambios geográficos.

En primer lugar, ha cambiado la distribución geográfica de denuncias de jurisdicción universal presentadas en Europa. Ha disminuido abruptamente la cantidad de denuncias presentadas en Bélgica y España –tal como mencionamos anteriormente–, mientras que en Alemania y Francia continuaron recibiendo una cantidad significativa de casos de jurisdicción universal y los países nórdicos han asumido discretamente un papel más significativo.

En segundo lugar, si bien la mayor cantidad de casos de justicia universal iniciados por denuncias o de oficio continúan tramitando en Europa o en los países desarrollados del Commonwealth, continúa aumentando la cantidad de países fuera de Europa que reciben denuncias o inician de oficio procesos de jurisdicción universal. Lo que es aún más importante, es que varias de esas denuncias presentadas fuera de Europa y los países desarrollados del Commonwealth dieron lugar al inicio de instrucciones, habiendo al menos una de ellas llegado a la culminación de un juicio. En esta sección, ilustramos esta tendencia presentando dos casos de jurisdicción universal que dieron lugar a procedimientos oficiales. Al describir estos casos, mostramos que los factores que han ayudado a la expansión geográfica de la jurisdicción universal parcialmente se superponen y difieren de aquellos que hemos analizado al explicar la expansión cuantitativa de la jurisdicción universal en la Sección II.

III.A.1. La instrucción en curso en Argentina

El 14 de abril de 2010, dos personas y un grupo de organizaciones no gubernamentales presentaron una denuncia ante la justicia penal federal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina, por la posible comisión de

57. Ver los casos de Eichmann y Demjanjuk.

58. Ver el caso Habré en Senegal, el cual discutiremos en detalle más adelante en esta sección.

59. Se iniciaron casos en 2003 contra Jiang Zemin y Luo Gan en Corea del Sur. Véase ClearHarmony, "Summary of European Lawsuits against Jiang...", 16/03/2005.

60. En 2004, se presentó una denuncia contra Bo Xilai en Polonia.

61. En 2004, se inició un caso contra Bo Xilai en Rusia.

genocidio y crímenes de lesa humanidad (entre los que se precisaron torturas, desapariciones forzosas y secuestros de niños), cometidos en España entre el 17 de julio de 1936 y el 15 de junio de 1977.⁶² David Baigún, Máximo Castex, Beinusz Szmukler y otros miembros del equipo de abogados detrás de la denuncia la vieron como un modo de fomentar persecuciones penales de estos delitos basadas en el principio de territorialidad en España, del mismo modo que pensaron que las investigaciones basadas en la jurisdicción universal en España por delitos internacionales cometidos en Argentina habían luego facilitado las persecuciones penales en Argentina basada en el principio territorial.⁶³ El fiscal federal asignado al caso manifestó que, si bien el principio de jurisdicción universal se encontraba establecido en el art. 118 de la Constitución Nacional Argentina, el principio de subsidiariedad impedía que los tribunales argentinos ejercieran su jurisdicción, ya que no había ningún impedimento legal para que la investigación sea realizada por las autoridades españolas, ya que la ley de amnistía dictada en España en el año 1977 no contemplaba a crímenes de lesa humanidad ni el genocidio.⁶⁴ En virtud de ello, las víctimas denunciantes solicitaron ser tenidas como querellantes. Después que el representante del Ministerio Público Fiscal insistiese en que el caso debía ser desestimado, la jueza de instrucción María Romilda Servini de Cubría sostuvo que no podía proceder sin que la fiscalía impulsara la acción penal.⁶⁵

La querrela apeló la resolución detallada y la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal revocó la decisión de la jueza Servini de Cubría. El tribunal de alzada sostuvo que, considerando el derecho humano de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva, la Argentina estaba obligada a garantizar que las presuntas víctimas de delitos internacionales nucleares pudieran buscar reparación respecto de esos delitos en sus tribunales. Y dado que el sistema judicial de Argentina incluye la figura del querellante, extender este derecho de querellar a las víctimas de delitos internacionales centrales sería una forma adecuada de garantizarles el acceso a la justicia a estas víctimas.⁶⁶

62. Véase Juzgado Nacional Criminal y Correccional Federal n.º 1, "N.N. s/genocidio", fs. 1.

63. Entrevista telefónica con Máximo Castex, abogado de muchos de los querellantes en este caso en Argentina, 30 de noviembre de 2018.

64. Juzgado Nacional Criminal y Correccional Federal n.º 1, "N.N. s/genocidio", p. 2-5.

65. Juzgado Nacional Criminal y Correccional Federal n.º 1, "N.N. s/genocidio", p. 5.

66. Véase Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, Sala II, "NN s/ desestimación de denuncia y archivo", 3/9/2010, fs. 3.

En virtud de esta decisión, la jueza Servini de Cubría inició una instrucción y sostuvo que podía ejercer la jurisdicción universal sobre el caso, entre otras razones, de conformidad con lo previsto en la ley nacional que implementó el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional en Argentina. Durante el curso de su investigación, la jueza del caso realizó, entre otras medidas de prueba, las siguientes: libró rogatorias solicitándole a las autoridades españolas que le informen si habían investigado los delitos denunciados en la causa; también les solicitó que reuniesen y le entregasen la información que pudiese resultar de utilidad para la investigación argentina; requirió que se le reciba declaración testimonial a varios testigos radicados en España (medida que se dejó sin efecto debido a protestas diplomáticas de España); le tomó declaración a testigos que se encontraban en Buenos Aires, incluido al exjuez de instrucción español Baltasar Garzón; y aceptó testimonios de varios *amicus curiae*.⁶⁷

El 14 de marzo de 2013, la querrela solicitó que se librasen órdenes de detención internacionales contra varias personas con el objeto de que fueran extraditadas de España e interrogadas en Argentina. El 18 de septiembre de 2013, la jueza Servini emitió órdenes de detención respecto de cuatro personas de las solicitadas por la querrela, oportunidad en la que fundamentó cada una de las órdenes libradas haciendo una descripción específica de las acusaciones contra cada uno de los imputados y de los elementos de prueba recolectados que sostenían cada una de ellas.⁶⁸ El 30 de octubre de 2014, como consecuencia de nuevos pedidos de detención por parte de la querrela y del fiscal federal, la juez decidió que contaba con elementos de prueba suficientes como para librar nuevas órdenes de detención contra veinte imputados.⁶⁹ En 2017, Cámara Criminal en lo Criminal y Correccional Federal de CABA concedió un recurso de Martín Villa –exministro de trabajo y el exministro del interior de España que quiso declarar ante la jueza federal sin ser detenido– y revocó la orden de detención contra él. Pero la jueza Servini de Cubría libro una nueva orden

67. Véase Juzgado Nacional, 18/09/2013; Juzgado Nacional Criminal y Correccional Federal n.º 1, "Galvan Abascal Celso; Muñecas Aguilar; Giralte...", 30/10/2014, fs. 156 y subsiguientes.

68. Véase, Juzgado Nacional, 18/09/2013, fs. 155 y subsiguientes.

69. Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal n.º 1, CFP n.º 4591/2010 "Galvan Abascal Celso; Muñecas Aguilar; Giralte...", 30/10/2014, fs. 156 y subsiguientes.

de detención contra él.⁷⁰ En 2018, la jueza Servini de Cubría libró una carta rogatoria a España para tomarle declaración indagatoria a Martín Villa en este país en octubre de 2018, pero su pedido fue rechazado por un tribunal español.⁷¹ También en el 2018, la jueza Servini de Cubría amplió el objeto de su investigación a delitos sexuales, aborto forzado y robo de niños en respuesta a una nueva denuncia presentada por la ONG Women's Link Worldwide.⁷²

Aunque España rechazó las solicitudes de extradición relacionadas con las órdenes de detención argumentando con estos casos habían prescrito bajo la ley española,⁷³ y aunque las autoridades españolas han resistido la investigación argentina de múltiples maneras a lo largo de los años,⁷⁴ la investigación argentina ha resultado un avance concreto para las víctimas que buscan reparación respecto de los crímenes cometidos por funcionarios públicos en la época de Franco. En efecto, además de haber servido para obtener un registro documental de los crímenes que se habrían cometido y dar acceso a un tribunal para que los querellantes pudieran testificar por primera vez ante un autoridad pública,⁷⁵ parecería que la investigación argentina llevó a los tribunales españoles a permitir el descubrimiento de

70. El País, "La juez Servini ordena otra vez...", 18/07/2017.

71. Entrevista telefónica con Máximo Castex, abogado de muchos de los querellantes en este caso en Argentina, 30 de noviembre de 2018 (explicando que el tribunal español también rechazó el pedido de Servini de Cubría por documentación relacionada con el homicidio del poeta Federico García Lorca en España). Ver también Publico, A. Delicado, "La jueza argentina que investiga crímenes...", 18/10/2018.

72. The Guardian, "Judge to Investigate Franco-era Crimes...", 26/10/2018.

73. Entrevista a Entrevista telefónica con Máximo Castex, abogado de muchos de los querellantes en este caso en Argentina, 30 de noviembre de 2018. Véase también, por ejemplo, Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección n. 3, Rollo de Sala 62/13, Procedimiento de Origen: Extradición 21/13, Auto n.º 14, 24 April 2014 (rechazando la extradición de Jesús Muñecas Aguilar); Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección 002, 20107 N.I.G.: 28079 27 2 2013 0006553, Rollo de Sala: Extradición 0000045/2013, Auto n.º 14/2014, 30 April 2014 (rechazando la extradición de Antonio González Pacheco); PÉREZ, "La justicia argentina revoca la orden...", 14/07/2017.

74. Ver, por ejemplo, Fiscalía General del Estado, N/Ref.: S.T. 412/216.A, Madrid, 30 de septiembre 2016; Publico, "Depende de la política Española que...", 23/07/2017; Contexto y Acción, "Nos cuesta horrores seguir investigando los crímenes del franquismo".

75. Entrevista a Entrevista telefónica con Máximo Castex, abogado de muchos de los querellantes en este caso en Argentina, 30 de noviembre de 2018; entrevista telefónica a Adriana Fernández (querellante en el caso en Argentina por el homicidio de su abuelo en España), 4 de octubre de 2018.

algunas fosas comunes, lo que permitió la identificación de gente enterrada en estas fosas, una medida que de otro modo hubiese sido poco probable que se lleve adelante, ya que el gobierno español estaba recortando la financiación gubernamental para ese tipo de exhumaciones.⁷⁶

Además del caso español, otras denuncias han sido presentadas antes los tribunales argentinos por supuestos delitos cometidos en China contra miembros de Falun Gong, en Gaza contra palestinos y en Paraguay contra miembros de pueblos originarios y otras víctimas del régimen de Stroessner.⁷⁷ El 26 de noviembre de 2018, la ONG Human Rights Watch presentó contra el príncipe de la corona, vice primer ministro y ministro de defensa saudita Mohammed bin Salman, por, entre otros delitos, tortura cometida contra activistas mujeres sauditas y contra el periodista Khashoggi en el consultado saudita en Estambul, Turquía, y por crímenes de guerra cometidos en Yemen.⁷⁸ Antes de decidir sobre si una instrucción debía ser iniciada, el juez de instrucción Ariel Lijo requirió al Ministerio de Relaciones Exteriores de Argentina que informara sobre el status diplomático de bin Salmen, e inquirió a la Corte Penal Internacional, a Arabia Saudita y a Yemen si estaban investigando los delitos mencionados en la denuncia y le pidió a Human Rights Watch por clarificación sobre algunas de las imputaciones.⁷⁹ El Ministerio Público Fiscal de la República Argentina ha creado un Grupo de Trabajo sobre Jurisdicción Universal dentro de la Unidad de Persecución de Delitos de Lesa Humanidad para apoyar el trabajo de los fiscales sobre la interpretación y aplicación de la jurisdicción universal, entre otras tareas.⁸⁰

76. Euronews, "Spanish archaeologists uncover mass graves with...", 16/06/2017; Publico, "Depende de la política española que...", 23/07/ 2017.

77. Reuters, "Argentina Judge Asks China Arrests over...", 22/12/2009. Publico, "Ciudadanos argentinos presentan la primera querrela...", 6/09/2014; CÁCERES et al., *60 años de impunidad. Paraguay: Los...*

78. Human Rights Watch, "G20: Saudi Crown Prince Faces Legal...", 26/11/2018; La Nación, "La justicia argentina define una denuncia...", 27/11/2018; New York Times, "Argentine Prosecutors Consider Charges against Saudi...", 26/11/2018).

79. Fiscalía n.º 7, Dictamen n.º 24.375, 28 de noviembre de 2018 (donde se requiere al juez de instrucción que determine el status diplomático del príncipe Mohammed bin Salman y si había investigaciones en Arabia Saudita y Yemen respecto de los delitos incluidos en la denuncia); La Nación, "Piden informes al exterior del príncipe...", 28/11/2018.

80. Procuraduría General de la Nación, Resolución PGN 698/16, 29 de marzo de 2016; entrevista telefónica a Carolina Varsky, Unidad Fiscal de Delitos de Lesa Humanidad, Ministerio Público Fiscal, 2 de octubre de 2018.

III.A.2. Procedimiento formal en curso en Sudáfrica

En marzo de 2007, la policía de Zimbabwe allanó la sede del principal partido político opositor, el Movimiento para el Cambio Democrático, detuvo a más de cien personas y, según las alegaciones, torturó a los detenidos como parte de un ataque generalizado y sistemático contra líderes de esa agrupación política.⁸¹ En marzo de 2008, el Centro de Litigios de Derechos Humanos de Sudáfrica (SAHRLC, por su sigla en inglés), una organización no gubernamental con sede en Sudáfrica, presentó una denuncia en la que pidió que la Unidad de Litigios sobre Delitos Prioritarios de la Fiscalía Nacional de Sudáfrica investigase esos presuntos actos de tortura. Sin perjuicio que los presuntos delitos denunciados ocurrieron en Zimbabwe, y que fueron cometidos por zimbabueses contra nacionales de ese mismo país, el SAHRLC argumentó que dado que en Zimbabwe no había estado de derecho y que era muy poco probable que las autoridades de ese país investigasen y persiguieran los delitos denunciados, las autoridades de los órganos responsables de hacer cumplir la ley de Sudáfrica estaban obligados a investigar los delitos de acuerdo con la Ley de Implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de Sudáfrica (*ICC Act*, en inglés).⁸² Para respaldar su denuncia, el SAHRLC presentó evidencia que daba cuenta de los actos de tortura denunciados, en forma de 23 declaraciones juradas por escrito de algunas presuntas víctimas y otros actores.⁸³

Tras un retraso de más de un año, el Director Nacional en funciones del Ministerio Público respondió a la denuncia en junio de 2009, oportunidad en la que indicó que el Comisionado Nacional en funciones del Servicio de Policía de Sudáfrica había decidido que no podía iniciar una investigación, ya que los hechos denunciados habían sido investigados por el SAHRLC de manera inadecuada, y que investigaciones futuras serían poco prácticas, legalmente cuestionables y prácticamente imposibles.⁸⁴ Esta

81. Constitutional Court of South Africa, National Commission of the South African..., párrafo 4.

82. Constitutional Court of South Africa, National Commission of the South African..., párrafo 6. Gobierno de Sudáfrica, Implementation of the Rome Statute of the International Criminal Court Act, Act 27, 18/07/2002.

83. Constitutional Court of South Africa, National Commission of the South African..., párrafo 5.

84. Constitutional Court of South Africa, National Commission of the South African..., párrafos 8-10.

disposición fue cuestionada por el SAHRLC y por el Foro de Exiliados de Zimbabwe, en virtud de lo cual el Tribunal Superior la revocó, y estableció que era incompatible con la Constitución y las obligaciones internacionales de Sudáfrica.⁸⁵ Luego de que la Corte Suprema de Sudáfrica parcialmente confirmó el fallo del Tribunal Superior, la Comisión Nacional del Servicio de Policía de Sudáfrica impugnó dicha resolución ante la Corte Constitucional de Sudáfrica. Así, el 30 de octubre de 2014 la Corte Constitucional sostuvo que las autoridades sudafricanas no sólo tienen derecho a ejercer la jurisdicción universal respecto de delitos de lesa humanidad de tortura, sino también que tienen el deber de hacerlo en virtud del derecho internacional consuetudinario y otras obligaciones internacionales⁸⁶. La Corte Constitucional también sostuvo que el requisito de presencia en el territorio sudafricano para el ejercicio de la jurisdicción universal, con base en el artículo 4 (3) (C) de la Ley de la Corte Penal Internacional aplicaba únicamente para la realización de juicios en las cortes sudafricanas, no como requisito para iniciar una investigación en Sudáfrica.⁸⁷

La Corte Constitucional también determinó que la primera limitación para el ejercicio del principio de jurisdicción universal es el principio de subsidiariedad, pero que "era muy poco probable que la policía de Zimbabwe hubiese llevado adelante una investigación con el ahínco necesario, considerando que las personas que debían ser investigadas eran de alto perfil".⁸⁸ Según la Corte Constitucional, una segunda limitación consiste en que antes de que un país "asuma una investigación de jurisdicción universal debe analizar, en cada caso concreto, si es razonable y practicable la investigación de ese delito internacional".⁸⁹

Así, luego de analizar este caso, la Corte Constitucional concluyó que la postura del Servicio de Policía de Sudáfrica era jurídicamente errónea, por lo

85. Constitutional Court of South Africa, National Commission of the South African..., párrafos 11-13.

86. Constitutional Court of South Africa, National Commission of the South African..., párrafos 15-24 y 40-51.

87. Constitutional Court of South Africa, National Commission of the South African..., párrafos 31-39.

88. Constitutional Court of South Africa, National Commission of the South African..., párrafo 52.

89. Constitutional Court of South Africa, National Commission of the South African..., párrafo 63.

que le ordenó que iniciara una investigación respecto de la denuncia.⁹⁰ No ha habido anuncios públicos sobre esta investigación desde entonces.

III.B. Juicios

III.B.1. *El Juicio de Hissène Habré en Senegal*

En esta sección, analizaremos el primer juicio concluido basado en la jurisdicción universal que se celebró fuera de Europa, el Commonwealth desarrollado e Israel.

Hissène Habré fue presidente de la República del Chad de 1982 a 1990. Durante su mandato se cometieron abusos contra sus opositores políticos y miembros de diferentes grupos étnicos, entre ellos: detenciones arbitrarias, tortura, desapariciones forzadas y ejecuciones extrajudiciales. Cuando Habré fue destituido en 1990, huyó a Senegal. El arresto de Augusto Pinochet —exdictador chileno— en Londres en 1998, produjo que se dirigiese la atención hacia Habré, e inspiró diferentes esfuerzos jurídicos para que se juzgaran los delitos cometidos por el nombrado durante su gobierno en Chad contra los chadianos, con arreglo al principio de jurisdicción universal en Senegal.

El 25 de enero de 2000, siete chadianos, junto a una asociación de víctimas, presentaron una denuncia ante un juez de instrucción en Senegal, junto con una solicitud de ser tenidos como actor civil. El 4 de julio de 2000, la Cámara de Apelaciones de Senegal sostuvo que los tribunales senegaleses no tenían jurisdicción respecto de este caso, ya que el Código de Procedimiento Penal de Senegal no contemplaba la jurisdicción universal.⁹¹ Luego, el 30 de noviembre de 2000, un grupo de víctimas presentó otra denuncia contra Habré, basándose en el principio de jurisdicción universal, en Bélgica.⁹² Por otro lado, en el año 2001, las víctimas denunciaron a Senegal ante el Comité Contra la Tortura de la Organización de las Naciones Unidas, oportunidad en la que le pidieron a Senegal que mantuviese a Habré en dicho país.⁹³

90. Constitutional Court of South Africa, National Commission of the South African..., párrafo 55-71 y 84.

91. Véase, por ejemplo, CIJ, "Belgium v. Senegal", 20/07/2012, p. 17.

92. CIJ, "Belgium v. Senegal", 20/07/2012, párrafo 19.

93. BRODY, *Victims Bring a Dictator to Justice...*, p. 9.

El 19 de septiembre de 2005, el juez de instrucción belga dictó una orden de detención contra Habré por tortura, genocidio, crímenes de lesa humanidad y de guerra, por lo que le solicitó a Senegal su extradición. El 25 de noviembre de 2005, la Cámara de Apelaciones de Senegal, sostuvo que no podía ampliar su jurisdicción a asuntos relacionados con la investigación o el enjuiciamiento de un exjefe de Estado respecto de hechos presuntamente cometidos durante el ejercicio de sus funciones. Al día siguiente de emitir esta resolución, Senegal remitió a la Unión Africana la cuestión planteada, es decir de iniciar un proceso de investigación contra un exjefe de Estado.⁹⁴ A comienzos de 2006, El Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas decidió que Senegal había violado la Convención contra la Tortura al no haber extraditado o perseguido a Habré.⁹⁵ En julio de 2006 en la Asamblea de Jefes de Estados y Gobierno de la Unión Africana se "... resolvió que el caso de Hissène Habré era competencia de la Unión Africana... encomendó a la República de Senegal que enjuiciase y asegurase que Hissène Habré fuera juzgado en nombre de África, por un tribunal senegalés con garantías de un juicio justo" y "... se encomendó al presidente de la mentada Unión que le brindará la asistencia necesaria a Senegal para llevar adelante dicho proceso".⁹⁶ Por otro lado, a principios de 2006, el Comité Contra la Tortura de la Organización de las Naciones Unidas, dictaminó que Senegal había violado la Convención contra la Tortura al no haber extraditado ni procesado a Habré.

En 2007, Senegal reformó sus leyes para habilitar a sus tribunales a que apliquen la jurisdicción universal respecto de delitos internacionales y establecer así el contexto jurídico para juzgar en dicha República a Habré.⁹⁷ En 2010, la República de Senegal negoció con donantes para que pagaran un presupuesto de 8,6 millones de euros, en concepto de gastos para el juicio.⁹⁸ Mientras tanto, en 2009, Bélgica inició acciones contra Senegal en la Corte Internacional de Justicia, la que resolvió el 20 de julio de 2012 que Senegal debía perseguir o extraditar a Habré bajo la Convención

94. Véase, por ejemplo, CIJ, "Belgium v. Senegal", 20/07/2012, párrafo 21-3.

95. BRODY, *Victims Bring a Dictator to Justice...*, p. 9. Convención Europea de Derechos Humanos (ECHR, por sus siglas en inglés) o la Convención Contra la Tortura (CAT, por sus siglas en inglés).

96. Véase, por ejemplo, CIJ, "Belgium v. Senegal", 20/07/2012, párrafos 21-23.

97. CIJ, "Belgium v. Senegal", 20/07/2012, párrafo 28.

98. BRODY, *Victims Bring a Dictator to Justice...*, p. 9.

contra la Tortura.⁹⁹ Solo cuatro días después de esta resolución, la República de Senegal y la Unión Africana acordaron establecer "Cámaras africanas extraordinarias en los Tribunales Senegaleses".¹⁰⁰ El Estado de las Cámaras Extraordinarias Africanas, anexo a acuerdo, estableció que el carácter oficial del acusado no lo eximía de responsabilidad penal.¹⁰¹

El 30 de mayo de 2016, el Tribunal de Juicio, compuesto por dos jueces senegaleses y uno de Burkina Faso condenó a Habré por los crímenes de lesa humanidad de violación, esclavitud, homicidio agravado, ejecuciones sumarias, desaparición forzada, tortura y actos inhumanos; también fue condenado por tortura como delito independiente; por los crímenes de guerra de homicidio doloso, tortura, tratos inhumanos, y detención ilegal; y por los crímenes de guerra de homicidio, tortura y trato cruel.¹⁰² En consecuencia, se lo condenó a Habré a cadena perpetua.

El 27 de abril de 2017, la Cámara de Apelaciones –un órgano compuesto por tres jueces, uno de la República de Mali y dos de Senegal– confirmaron la mayoría de las condenas dispuestas respecto de Habré por parte del Tribunal de Juicio, y ordenó también que el imputado que le pague la suma de 82.290.000.000 de francos CFA (123 millones de euros) a las víctimas en concepto de indemnización.¹⁰³

III.C. Factores explicativos

Algunos de los factores que permiten explicar la expansión cuantitativa de la jurisdicción universal también pueden ayudar a explicar su expansión geográfica a países de África y América Latina. Por ejemplo, la adopción de legislación interna implementando el Estatuto de la Corte Penal Internacional y otras reformas legislativas parecen haber facilitado que

99. CIJ, "Belgium v. Senegal", 20/07/2012.

100. BRODY, *Victims Bring a Dictator to Justice...*, p. 9.

101. Art. 10.3, Statut des Chambres africaines extraordinaires au sein des juridictions sénégalaises pour la poursuite des crimes internationaux commis au Tchad durant la période du 7 juin 1982 au 1er décembre 1990 (Estatuto de las Cámaras Extraordinarias Africanas) 2013.

102. Chambre Africaine Extraordinaire d'Assises, Ministère Public c. Houssein Habré, 30/05/2016.

103. BRODY, *Victims Bring a Dictator to Justice...*, p. 9. Chambre Africaine Extraordinaire d'Assises d'Appel, Situation en République du Tchad, Le Procureur Général c. Houssein Habré, 27/04/2017.

se lleven adelante investigaciones de jurisdicción universal en Argentina, Senegal y Sudáfrica. Además, del mismo modo que el aprendizaje institucional de ONG y agencias estatales ha permitido esfuerzos más numerosos y efectivos para impulsar persecuciones extraterritoriales de delitos internacionales en Estados bien establecidos como jurisdicciones universales, un proceso similar de aprendizaje institucional parece haber operado en el juicio de Habré, en el cual las ONG y agencias estatales trabajando en el caso lograron abrir exitosamente procedimientos formales y el juicio contra el exdictador solo luego de un extendido proceso de prueba y error.

Pero también ha habido potenciales factores causales que son únicos al tiempo y circunstancias de la difusión geográfica de la jurisdicción universal al sur global. El primero es que estas investigaciones y juicio ocurrieron en un momento en el cual los Estados europeos que habían previamente estado abiertos a ambiciosos casos de justicia internacional comenzaron a ser más exclusivos en los casos que aceptaban, abriendo una brecha que solo pudo ser llenada con la emergencia de un nuevo grupo de Estados que cumplieran ese rol. Durante este período, la concepción de jurisdicción universal en la mayor parte de los Estados europeos gradualmente se alejaron del modelo intervencionista de “persecución global” –descrito por Langer como un modelo en el que los Estados tienen un rol en la prevención y el castigo de delitos internacionales cometidos en cualquier lugar alrededor del mundo—¹⁰⁴ y se ha acercaron a un modelo de “ausencia de refugio seguro” en el cual los recursos son casi exclusivamente dedicados a persecuciones de imputados que son residentes, aplican por asilo, o personas que están de otro modo presentes en el territorio de los Estados perseguidores. En el contexto de este cambio de modelo, la disposición de los tribunales argentinos y sudafricanos a iniciar investigaciones respecto de sospechosos que se encuentran y residen fuera de sus territorios los convirtió en jurisdicciones atractivas tanto para las víctimas como para las organizaciones no gubernamentales, buscando nuevos lugares en donde presentar denuncias basadas en la jurisdicción universal.¹⁰⁵

En segundo lugar, la apertura de procedimientos en Argentina, África del Sur y Senegal pudo haber sido impulsado, o al menos facilitada, por los

104. LANGER, “La jurisdicción universal no está desapareciendo...”.

105. Respecto de las concepciones “Global Enforcer” (“perseguidor global”) y “No Safe Haven” (“ausencia de refugio seguro”) de la jurisdicción universal, ver LANGER, “La jurisdicción universal no está desapareciendo...”.

legados políticos y estructurales que el colonialismo dejó en cada uno de estos lugares. En el caso de Habré, la política y las presiones de la África postcolonial proveyó un ímpetu para juzgar al exdictador en África. Aunque Bélgica había solicitado la extradición de Habré, una sospecha creciente y una resistencia hacia los esfuerzos europeos de aplicar las normas de derecho penal internacional en África facilitó tanto alegaciones que la jurisdicción universal era una herramienta de interferencia política neocolonial (en línea con el argumento que discutimos brevemente más tarde en la Parte 5), como que la Unión Africana presionara a Senegal a perseguir a Habré y proveyera finalmente mucho del conocimiento de fondos e institucionales para el juicio. Similares presiones postcoloniales parecen haber jugado un papel en el caso sudafricano. Aunque líderes y funcionarios sudafricanos ha expresado hace un largo tiempo ambivalencia hacia el sistema de justicia penal internacional,¹⁰⁶ Sudáfrica ha buscado proyectar una imagen de sí misma como líder regional de derechos humanos y político en África —imagen reforzada por la decisión de asumir la responsabilidad de investigar alegaciones de abusos cometidos por funcionarios en un Estado africano vecino.

Aunque la trayectoria postcolonial de Argentina es muy diferente, y mucho menos inmediata, que la de Senegal y Sudáfrica, los legados del pasado colonial argentino tal vez jugaron de todos modos un rol en el torrente de casos de jurisdicción universal. El estatus de Argentina como una antigua colonia de España, y como un refugio que muchos ciudadanos españoles buscaron escapando de la violencia de la guerra civil/golpe español y de la represión en el subsiguiente régimen de Franco, proveyó una serie única de condiciones lingüísticas y políticas en las cuales las relaciones entre víctimas, grupos de derechos humanos y abogados de derecho penal de los dos países pudieron desarrollarse y florecer.

Finalmente, la instrucción en Argentina puede estar relacionada con un tercer factor explicativo. Esta investigación sobre los alegados delitos cometidos durante el régimen de Franco podría ser interpretado como un "efecto de tiro por la culata extraterritorial" contra los intentos de la propia España de realizar instrucciones basadas en la jurisdicción universal por

106. La decisión de Sudáfrica de no detener al presidente sudanés al Bashir y su decisión inicial de retirarse de la Corte Penal Internacional —decisión que luego revocó— ilustran esta dinámica. Véase, por ejemplo, CPI, "El Fiscal contra al Bashir", 6/07/ 2017.

delitos internacionales cometidos fuera de su territorio, incluyendo en Argentina, pero sin estar dispuesta a considerar su propio pasado de delitos internacionales cometidos durante el régimen de Franco. En otras palabras, al ejercer la jurisdicción universal respecto de otros países, España abrió la puerta e implícitamente legitimó el ejercicio de la jurisdicción universal por parte de esos Estados, en este caso la Argentina, respecto de crímenes cometidos en España.¹⁰⁷

III.D. ¿Por qué tan silenciosa?

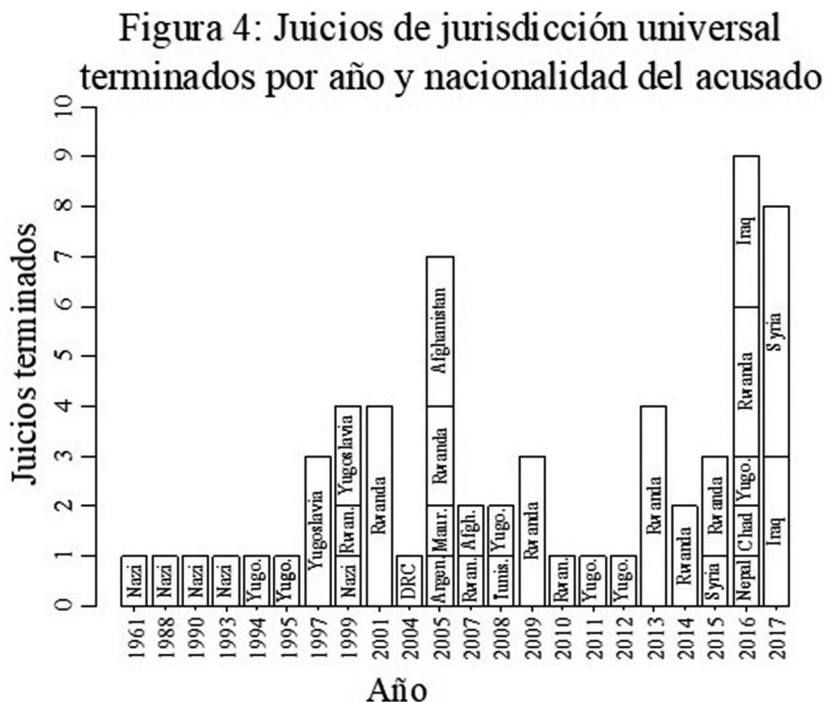
Las últimas dos secciones han evidenciado que la jurisdicción universal se ha estado expandiendo de varias maneras en los últimos años. Sin embargo, este cambio ha pasado desapercibido para algunos de los más sofisticados especialistas en la materia. ¿Por qué esta expansión ha pasado desapercibida?

III.D.1. *Imputados de bajo costo*

Un primer punto para destacar al respecto consiste en que los juicios de jurisdicción universal se han focalizado en imputados cuyos enjuiciamientos no generan sustanciales costos diplomáticos o de otro tipo a los poderes políticos (es decir, poder ejecutivo y poder legislativo) del Estado acusador. Hay varios factores que determinan el costo de perseguir penalmente a un

107. Véase, por ejemplo, Cámara Federal de Casación Penal, Sala 4, CFP 4591/2010/7/CFC2, Registro n.º 656/18, 11/06/2018, s. VI, Opinión del Juez Hornos (invocando precedente por la Tribunal Constitucional de España para argumentar que la Argentina tiene jurisdicción universal sobre supuestos delitos cometidos en 1936 en el Protectorado español en Marruecos). El "efecto de tiro por la culata extraterritorial" que articulamos aquí es diferente del efecto bumerán identificado por KECK & SIKKINK, *Activists Beyond Borders. Advocacy Networks in...*, en el cual las organizaciones no gubernamentales locales y los grupos de la sociedad civil reclutan el apoyo de organizaciones no gubernamentales y autoridades estatales extranjeras para ejercer presión sobre su propio gobierno local. El efecto bumerán de Keck y Sikkink también ha operado respecto de las denuncias presentadas en la Argentina, ya que organizaciones no gubernamentales españolas y grupos de la sociedad civil han utilizado la investigación de Argentina para presionar a las autoridades de su país. Pero el efecto bumerán de Keck y Sikkink no se refiere específicamente a situaciones en las que el ejercicio inicial extraterritorial de la jurisdicción por un Estado genera recíprocamente el uso extraterritorial de la jurisdicción por otros Estados por supuestos delitos cometidos en el Estado inicial.

determinado imputado, siendo uno de ellos la capacidad (y la voluntad) del Estado del cual es oriundo el imputado de imponer costos diplomáticos al Estado acusador, a modo de represalia por la persecución penal de uno de sus nacionales.¹⁰⁸ La Figura 4 muestra los juicios de jurisdicción universal clasificados según la nacionalidad de los acusados.¹⁰⁹



Como podemos ver, muchos de los imputados respecto de los que se ha dictado una sentencia han sido nacionales de Estados que no han podido

108. LANGER, "The Diplomacy of Universal Jurisdiction: The...".

109. A los efectos de este conjunto de datos, consideramos a los nazis como una nacionalidad. Entre los presuntos autores de los delitos internacionales perpetrados durante la Segunda Guerra Mundial en Alemania y en territorios que fueron ocupados por Alemania, hay personas de nacionales diversas, tales como bielorrusos, exyugoslavos, alemanes, húngaros, letones, polacos y ucranianos. Entonces, sin perjuicio de sus diversas nacionalidades, los agrupamos en esta única categoría, ya que cometieron estos crímenes como nazis o como colaboradores de los nazis.

ejercer presión contra el Estado acusador, ya que para cuando se estaba llevando adelante el juicio todavía estaban en medio de un conflicto. En los restantes casos, los imputados eran nacionales de Estados que o bien no tenían la influencia necesaria sobre el Estado acusador para poder ejercer presión o no estaban dispuestos a hacerlo, o incluso estaban de acuerdo con la persecución penal. Así, si consideramos la nacionalidad de los imputados como un indicador de cuán políticamente costoso puede resultar llevar adelante un proceso de jurisdicción universal para el Estado acusador, concluimos que los juicios de jurisdicción universal se han concentrado en imputados de bajo costo.¹¹⁰ Dado que la mayoría de los imputados de bajo costo también son imputados de bajo perfil, es entendible que la mayoría de los juicios no hayan generado tanto interés en los medios de comunicación.

III.D.2. Barreras idiomáticas y falta de publicidad

Otro de los motivos por el cual la expansión de la jurisdicción universal ha pasado desapercibida es que, en muchos casos, los Estados acusadores no han efectuado ningún tipo de esfuerzo para divulgar o comunicar que estaban llevando adelante estos procesos.¹¹¹

Por ejemplo, muchos de los juicios recientes se realizaron en Estados cuyo idioma oficial no es fácilmente accesible para los medios de comunicación de habla inglesa, ni para los medios escritos en otros idiomas que son ampliamente hablados en la comunidad (jurídica) internacional. Y, a pesar de ello, muchos Estados acusadores no se han esforzado en traducir sus juicios ni sus sentencias (de forma simultánea o sucesiva) a estos idiomas, ni le proporcionaron a la prensa internacional una descripción detallada o incluso mínima de su contenido.¹¹²

De modo similar, en mucho de los procesos recientes, los Estados acusadores realizaron pocos esfuerzos para poner en conocimiento de la

110. Sobre por qué el sistema de incentivos para los poderes políticos (es decir, para los poderes ejecutivo y legislativo) de los Estados acusadores respecto de los casos de jurisdicción universal conducen al enjuiciamiento de imputados de bajo costo, véase LANGER, "The Diplomacy of Universal Jurisdiction: The...".

111. Véase, LANGER, *Universal Jurisdiction as Janus-Faced: The...*; LANGER, "Das Völkerstrafgesetzbuch und die Prinzipien der..."; Human Rights Watch, "These Are the Crimes We Are...".

112. Véase, LANGER, *Universal Jurisdiction as Janus-Faced: The...*

opinión pública internacional que estaban llevando adelante un caso de jurisdicción universal. De hecho, pareciera que los funcionarios han tratado a varios de estos procesos como si fueran más o menos como cualquier otro juicio doméstico.

También en relación con el asunto de la publicidad, funcionarios de recientemente creadas unidades de policías, fiscales e incluso jueces especializadas en delitos internacionales no solo no tienen los incentivos para publicitar su trabajo, sino que también suelen estar sujetos a regulaciones profesionales o legales que no les permiten discutir públicamente investigaciones en curso. Además, varias organizaciones no gubernamentales involucradas en estos casos han aprendido a “guardar silencio” estratégicamente. ONG, víctimas y particulares tienen supuestamente un incentivo para publicitar la presentación y el contenido de las denuncias basadas en la jurisdicción universal que presentan, ya que dicha publicidad les permite aumentar el impacto del proceso mediante la vergüenza pública y, para las ONG que litigan en base a la jurisdicción universal la publicidad les ofrece un medio para promocionar su propia efectividad. Sin embargo, estos incentivos no son de ningún modo universales o estáticos, y hay cierta evidencia que algunos ONG envueltas en estos casos han sido renuentes a publicitar la existencia o el contenido de los casos en los que han participado para evitar poner en riesgo el éxito del caso.¹¹³

III.D.3. La notoriedad de eventos no representativos

Además, en años recientes ha habido cambios públicamente salientes en la jurisdicción universal, tales como las reformas legislativas de normas sobre jurisdicción universal por parte de Bélgica y España, que parecerían haber indicado una retracción, no una expansión, de la jurisdicción universal. Asimismo, no han habido recientemente capturas o detenciones espectaculares y sorprendentes, tales como las de Eichmann y Pinochet, posiblemente porque actualmente los Estados acusadores son más cautelosos y se han concentrado en personas que se encuentran residiendo en su

113. Ver New York Times, “9 Syrian Officials Are Accused of...”, 2/02/2017. En otros casos, las ONG hablan con personas sobre casos potenciales o actuales solo bajo la condición de que no compartan la información con nadie. Ver, por ejemplo, presentación de D. Mandel-Anthony, Senior Policy Advisor, Office of Global Criminal Justice at US State Department, “The Role of Foreign Courts in ...”, 12/10/2018.

territorio y porque los imputados no residentes han estado más informados sobre la jurisdicción universal y han tomado los recaudos necesarios para no ser arrestados cuando consideran viajes a países que aplican la jurisdicción universal.¹¹⁴ En consecuencia, los observadores de la jurisdicción universal asumieron que ésta se estaba retractando.

III.E. Evaluación de la silenciosa expansión de la jurisdicción universal

III.E.1. La expansión de la jurisdicción universal

En la Sección 2 se ha mostrado que entre 2008 y 2017 se han dictado 34 sentencias en juicios basados en la jurisdicción universal sobre crímenes de lesa humanidad, genocidio, tortura y crímenes de guerra. Esto significa que ha habido un aumento del 88,88 % en el número de juicios por jurisdicción universal celebrados sobre los delitos internacionales centrales, si tomamos como base el total de juicios celebrados entre la década de 1998-2007; y del 425 % si lo comparamos con el número de juicios de la década de 1988-1997. Si bien el número total de juicios realizados puede ser todavía considerado bajo, el ritmo de aumento de estos casos es notable por todas las razones discutidas en Langer.¹¹⁵

Esta expansión no es menos remarcable si comparamos el número de juicios de jurisdicción universal con el paso de los juicios en la Corte Penal Internacional, el otro régimen permanente de aplicación extraterritorial de delitos internacionales centrales, cuando no los enjuicia ningún Estado con un nexo relevante.¹¹⁶ Si utilizamos como una base alternativa para la

114. Véanse, por ejemplo, las precauciones tomadas por Tzipi Livni cuando en 2009 estaba por visitar el Reino Unido y tomó conocimiento que allí habían emitido una orden de detención en su contra. En virtud de ello, canceló su visita programada a Londres y así no viajó a Reino Unido. Ver *The Guardian*, "UK to Review War Crimes Warrants...", 15/12/2009. Luego, en el año 2014 tenía una nueva visita programada al Reino Unido, por lo que el gobierno israelí le pidió al Reino Unido garantías que asegurasen que no iban a detener a Livni, oportunidad en la que se le otorgó inmunidad diplomática temporal respecto de su detención y enjuiciamiento ya que formaba parte de una misión diplomática especial. Ver *The Guardian*, "Israeli Minister Tzipi Livni Given Diplomatic..." 13/05/2014.

115. Ver LANGER, "The Diplomacy of Universal Jurisdiction: The...".

116. Para una conceptualización de la relación entre las persecuciones penales llevadas adelante por Estados nacionales basadas en la jurisdicción y la Corte Penal Internacional, los

comparación a las siete sentencias (cinco sentencias luego de un juicio y dos juicios que fueron finalizados por la mitad) sobre delitos internacionales centrales, dictados por la Corte Penal Internacional entre 2008 y 2017, los 34 juicios de jurisdicción universal celebrados en ese mismo período parecen aún más notables.¹¹⁷

El aumento del número de juicios de jurisdicción universal podría ser tomado como un desarrollo positivo por los defensores de la jurisdicción universal, en la medida en que cuanto mayor sea el número de este tipo de juicios celebrados, mayor será la rendición de cuentas de partícipes en delitos internacionales centrales.¹¹⁸ La expansión geográfica de denuncias e instrucciones basadas en la jurisdicción universal a países como la Argentina y Sudáfrica, y el juicio a Habré en Senegal podría ser considerado como un desarrollo positivo para la jurisdicción universal, a modo de contraargumento para rebatir a los que dicen que la jurisdicción universal es una imposición de los Estados occidentales sobre sus antiguas colonias, específicamente contra los líderes africanos.¹¹⁹

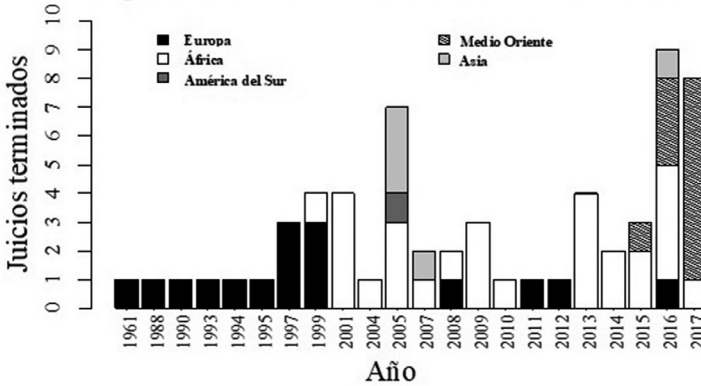
dos regímenes extraterritoriales permanentes para juzgar los delitos internacionales cuando los Estados territoriales, de nacionalidad activa, de personalidad pasiva y de interés nacional no persiguen penalmente, véase LANGER, "The Archipelago and the Wheel: The...".

117. En este recuento incluimos dentro de las siete sentencias mencionadas, la terminación anticipada de los juicios contra Ruto y Sang por crímenes de lesa humanidad en la situación de Kenia, aunque esta resolución no impide que en el futuro se lleven adelante nuevos juicios por estos delitos. De lo contrario, el número de sentencias de la Corte Penal Internacional sería cinco. Asimismo, no incluimos en este recuento los cinco acusados que la Corte Penal Internacional condenó por delitos contra la administración de justicia, ya que no se trata de un delito comprendido entre los delitos internacionales centrales.

118. Sobre posibles justificaciones del principio de jurisdicción universal, véase, por ejemplo, CHETMAN, *The Philosophical Foundations of Extraterritorial Punishment*; HOVELL, "The Authority of Universal Jurisdiction". LANGER, "The Archipelago and the Wheel: The..."; LUBAN, "A Theory of Crimes against Humanity"; REEVES, "Liability to International Prosecution: The Nature...".

119. Para descripción y análisis de estas críticas, ver, por ejemplo, JALLOH & BANTEKAS, "Universal Jurisdiction, Universal Prescription? A..."; JESSBERGER, "On Behalf of Africa" towards the..."; MENNEKE, "The African Union and Universal Jurisdiction"; Council of the European Union, African Union-European Union Technical *ad hoc* Expert Group, Report on the Principle of Universal Jurisdiction, Doc. 8672/1/09REV1, par. 14.

Figura 5: Juicios de jurisdicción universal terminados por región del Estado de nacionalidad del acusado



Al respecto, tal como se observa en la Figura 5, corresponde señalar que, a diferencia de los juicios celebrados por la Corte Penal Internacional, los juicios de jurisdicción universal realizados por Estados no se han concentrado exclusivamente en África.¹²⁰

Estas cifras indican que no solo se ha comenzado a ampliar más allá de Europa occidental y el Commonwealth desarrollado la lista de los países que llevan adelante investigaciones y juicios de jurisdicción universal, sino también que los juicios llevados adelante en países de Europa occidental y el Commonwealth desarrollado no han sido exclusivamente respecto de imputados africanos.

Tal como se puede observar en la Figura 5, de la totalidad de los juicios de jurisdicción universal, el 45,9 % de los imputados han sido ciudadanos de países africanos, el 26,2 % han sido ciudadanos de países europeos, el 18 % han sido ciudadanos de países del Medio Oriente, el 8,2 % contra

120. Todavía es muy pronto para saber si la apertura sobre las situaciones en Georgia, la solicitud del Fiscal ante la Corte Penal Internacional de abrir una investigación respecto de la situación en Afganistán y la decisión reciente de la Cámara de Prejuicio I cambiarían los parámetros geográficos de los juicios de la Corte. Sobre la relación entre África y la Corte Penal Internacional, véase, por ejemplo, WERLE et al. *Africa and the International Criminal Court*; KLARKE & KNOTTNERUS, & VOLDER (Eds.) *Africa and the ICC. Perceptions of...*; JALLOH & BANTEKAS, “Universal Jurisdiction, Universal Prescription? A...”.

ciudadanos de países asiáticos, y el 1,6 % de los imputados ciudadanos de América Central y del Sur. En la última década, comprendida entre 2008 y 2017, el porcentaje de los acusados oriundos de países africanos aumentó al 52.9 %, pero aun así ha habido un 32,4 % de juicios concluidos respecto de acusados de Medio Oriente, y un 11,8 % de juicios concluidos contra europeos.

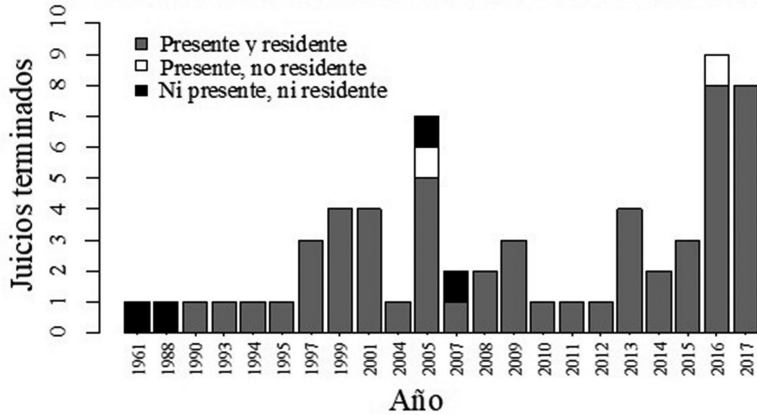
En vez de concentrarse exclusivamente en acusados de origen africano, hay otros dos patrones geográficos que se observan con relación a las regiones de las que provienen los imputados a los que se ha denunciado y sometido a juicio. El primero de estos patrones es que las denuncias y juicios se han concentrado en situaciones que no están siendo investigadas formalmente por la Corte Penal Internacional. Esto posiblemente se deba a que, a diferencia de los casos del Tribunal Internacional para la exYugoslavia y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda, la Corte Penal Internacional y el Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas no han fomentado que se lleven adelante juicios de jurisdicción universal respecto de situaciones que están siendo investigadas por la Corte Penal Internacional.¹²¹

Además, y en relación con lo que veníamos exponiendo, el patrón de los juicios de jurisdicción universal no parece seguir regiones geográficas, sino más bien movimientos migratorios, probablemente en combinación con la preocupación de los Estados acusadores sobre la comisión de delitos internacionales en ciertos lugares puntuales, incluidos en los últimos años Iraq y Siria.¹²² La Figura 6 evidencia que los juicios de jurisdicción universal de los últimos años se han concentrado en acusados que no solo estaban presentes, sino que residían en el Estado acusador al momento en el que se iniciaron los procedimientos en su contra.

121. Respecto de este patrón y sus posibles razones, véase LANGER, “The Archipelago and the Wheel: The...”, pp. 224-228.

122. Sobre la importancia de la disponibilidad de los acusados y las víctimas en el territorio del Estado acusador para explicar los patrones de la jurisdicción universal respecto de sus denuncias y juicios, véase LANGER, “The Archipelago and the Wheel: The...”, pp. 226-227; LANGER, “Universal Jurisdiction is not Disappearing: The...”.

Figura 6: Estado de presencia y residencia de los acusados en los juicios de jurisdicción universal terminados



Esta concentración de juicios de jurisdicción universal en residentes puede parcialmente reflejar que hay varios países cuyas leyes internas autorizan únicamente el ejercicio de la jurisdicción universal contra residentes. También puede deberse a consideraciones logísticas, ya que es más fácil investigar, acusar y juzgar a personas que ya se encuentren residiendo en el Estado acusador. Concentrarse en residentes —a la vez que los requisitos normativos y legales establecidos a tales efectos— también puede reflejar una concepción del rol del Estado en el régimen de la jurisdicción universal como “ausencia de refugio seguro” (*“No Safe Heaven”*). Según Langer, bajo la concepción de “ausencia de refugio seguro”, el rol de los Estados consiste en no darles refugio a personas que hayan participado en delitos internacionales, en contraste con la concepción alternativa de “persecución global” (*“Global Enforcer”*) del rol de los Estados en el régimen de la jurisdicción universal, según la cual los Estados pueden prevenir y castigar los delitos internacionales centrales cometidos en cualquier lugar del mundo.¹²³

123. Sobre la distinción entre las concepciones “ausencia de refugio seguro” y “perseguidor global” sobre el rol de los Estados en el régimen de jurisdicción universal, LANGER, “Universal Jurisdiction is not Disappearing: The...”.

III.E.2. *Expansión silenciosa*

El carácter silencioso de esta expansión de la jurisdicción universal puede ser considerado como un hecho positivo. En primer lugar, frente a las predicciones que indicaban que la jurisdicción universal iba a ser profundamente disruptiva de las relaciones internacionales entre los Estados o que iba a interferir en las transiciones a la democracia o la paz,¹²⁴ su silenciosa expansión sugiere que no fue tal como se anticipó.¹²⁵ En igual sentido, frente a las preocupaciones de que los juicios de jurisdicción universal ejercerían una justicia global vigilante (en el sentido de vigilantismo) que infringiría en la soberanía de otros Estados, el hecho de que la expansión de la jurisdicción universal haya sido silenciosa, también indica que esto tampoco tuvo lugar.

Sin embargo, la expansión silenciosa de la jurisdicción universal también puede presentar algunos aspectos que pueden ser problemáticos. En primer lugar, no está claro cómo los juicios de jurisdicción universal, condenas y castigos van a avanzar respecto de objetivos como la disuasión, la proyección de normas y cascadas normativas contra los delitos internacionales centrales, si pasan relativamente desapercibidos en los Estados acusadores y en la comunidad internacional.¹²⁶ Para contribuir a remediar esta situación es, los Estados que aplican la jurisdicción universal podrían traducir los procedimientos y juicios de jurisdicción universal en simultáneo o luego de concluido el proceso, o al menos las decisiones/resoluciones más importantes, a otros idiomas para que así lleguen a las comunidades afectadas por la comisión de delitos internacionales y a las audiencias internacionales; podrían también disponer de (más)

124. Véase, por ejemplo, GOLDSMITH & KRASNER, "The Pitfalls of Idealism", pp. 47, 51-52 y 55; KISSINGER, "The Pitfalls of Universal Jurisdiction: Risking ...", p. 86; KONTOROVICH, "The Inefficiency of Universal Jurisdiction"; SNYDER & VINJAMURI, "Trial and Errors".

125. Con relación a los incentivos para los poderes políticos de los Estados con jurisdicción universal que reducen la probabilidad de que los procedimientos y juicios de jurisdicción universal perturben profundamente las relaciones internacionales o interfieran en las transiciones a la democracia o la paz, véase LANGER, "The Diplomacy of Universal Jurisdiction: The...".

126. Para el análisis crítico de los objetivos del derecho penal internacional, véase DRUMBL, *Atrocity, Punishment, and International Law*, pp. 149-80; OSIEL, *Mass Atrocity, Collective Memory, and the...*; TEITEL, *Transitional Justice*; GOLASH, "The Justification of Punishment in the ..."; LUBAN, "After the Honeymoon. Reflections on the...". Sobre la Cascada de Normas, véase SIKKINK, *The Justice Cascade: How Human Rights...*

estrategias de comunicación para dar a conocer más ampliamente estos procedimientos, juicios y condenas.¹²⁷

Además, el hecho de que los Estados perseguidores se concentren en sus residentes, que explica en buena medida su carácter "tranquilo", ha implicado que los juicios de jurisdicción universal no se hayan focalizado en los delitos internacionales o sus partícipes más graves o generalizados, sino más bien que estos casos han sido una oportunidad para los Estados que ejercen la jurisdicción universal debido a olas migratorias hacia esos Estados. En consecuencia, los juicios de jurisdicción universal se han concentrado en crímenes internacionales cometidos únicamente en determinados Estados (lo que querríamos llamar, efectos inter-distorsionadores de la jurisdicción universal), y en un subconjunto de delitos internacionales cometidos dentro de un Estado (los que quisiéramos llamar efectos intra-distorsionadores de la jurisdicción universal). Por ejemplo, si bien en Siria la mayor cantidad de delitos internacionales fundamentales fueron cometidos por autoridades del gobierno, los juicios de jurisdicción universal realizados respecto de Siria se concentraron en crímenes cometidos por personas que trabajaban para otros actores en la situación (tales como grupos rebeldes y ISIS), ya que éstas fueron las que más emigraron a países que aplican la jurisdicción universal.¹²⁸ En consecuencia, estos patrones de los juicios de jurisdicción universal pueden ser considerados un problema, ya que estos juicios no reflejan la real distribución y gravedad de los delitos cometidos por diferentes grupos, incluso dentro de una situación determinada. Nos referimos a este fenómeno como el efecto intra-distorsionador de la jurisdicción universal, debido a que es un efecto interno en una determinada situación de conflicto armado o violaciones de los derechos humanos.

Si bien los juicios en ausencia no están permitidos en muchos Estados con jurisdicción universal por razones procesales o prácticas, los Estados que aplican la jurisdicción universal podrían considerar diferentes maneras de abordar estos efectos intra distorsionadores. Por ejemplo, los Estados podrían hacer (más) esfuerzos para no sólo identificar a posibles autores

127. Véase LANGER, *Universal Jurisdiction as Janus-Faced: The...*, p. 760.

128. Véase, por ejemplo, Human Rights Watch, "These Are the Crimes We Are...", pp. 4, 36-37. Sobre los intentos actuales de Alemania de romper esta pauta mediante su investigación integral respecto de la situación en Siria, mediante la investigación de imputados que no residen en ese país, véase KALECK & KROKER, "Syrian Torture Investigations in Germany and..."

de delitos internacionales entre sus residentes y personas que buscan asilo, sino también documentar las atrocidades que las víctimas y los testigos de delitos internacionales, que residen en su territorio o buscan asilo. Así, estos Estados podrían usar esta información para escribir informes públicos o para poner en marcha una especie de comisión de la verdad transnacional sobre delitos internacionales cometidos en alguna situación en particular o poner los elementos de prueba colectados contra partícipes no presentes o no residentes que están dentro del alcance de otros Estados (incluyendo el Estado territorial) que pueden estar dispuestos a perseguirlos. O bien, los Estados que aplican la jurisdicción universal que no dependen de la presencia o residencia del acusado para iniciar una investigación podrían identificar crímenes cometidos por grupos que no tengan un número considerable de residentes o personas solicitando asilo, y publicar el resultado de esas investigaciones o incluso librar órdenes de arresto contra imputados no presentes o no residentes, como Alemania ha hecho recientemente respecto de un funcionario sirio.¹²⁹ Estos son sólo algunos ejemplos para mostrar nuestro punto, no son propuestas completamente elaboradas, ya que están fuera del alcance de este trabajo.

Más fundamentalmente, los Estados que aplican la jurisdicción universal, podrían reflexionar sobre el rol en el que se conciben dentro del régimen de jurisdicción universal, es decir si se limitan a no ser un refugio de partícipes de delitos internacionales centrales, tal como es indicado en la concepción "ausencia de refugio seguro"; o si consideran que su función también debería incluir la prevención y el castigo de los delitos internacionales centrales cometidos en cualquier lugar del mundo, tal como se indica en el concepto de "perpetrador mundial" de la jurisdicción universal.¹³⁰

129. Ver, por ejemplo Spiegel Online, "Jörg Diehl, Deutschland jagt Assads Folterknecht", 8 /06/2018; ECCHR, "Arrest Warrant against Jamil Hassan is a Milestone and Good News for All Affected by Assad's Torture System", 8 /06/2018.

130. Respecto de esta distinción, véase nuevamente LANGER, "Universal Jurisdiction is not Disappearing: The...". Como es indicado allí, la jurisdicción universal de "perseguidor global" y de "ausencia de refugio seguro" son extremos que definen un espectro; las políticas públicas, las leyes y los procesos en un determinado Estado que ejerce jurisdicción universal pueden presentar elementos de los dos tipos de jurisdicción universal. En este sentido, la reciente conceptualización del enfoque alemán como "preparación complementaria" de JESSBERGER, "Towards a "Complementary preparedness" Approach to...", puede ser considerada como un punto dentro de ese espectro, aunque más cercano a la concepción de "perseguidor global".

Esta discusión va más allá de la cuestión sobre si la presencia del imputado es un requisito para iniciar una investigación o persecución penal también es diferente a la distinción entre jurisdicción universal "pura" y "de custodia", discutida en los votos separados de ciertos jueces de la Corte Internacional de Justicia en el caso Yerodia.¹³¹ La distinción entre jurisdicción universal "pura" y "de custodia" se refiere a los requisitos necesarios para la apertura de procesos penales basados en la jurisdicción universal o a los requisitos para el ejercicio de la jurisdicción de juzgamiento o persecución (*adjudicative and enforcement jurisdiction*) más generalmente, mientras que la distinción entre la jurisdicción universal como "persecución global" y como "ausencia de refugio seguro" se refiere al rol que los Estados deben desempeñar en el régimen de jurisdicción universal.¹³² Si bien ciertos requisitos formales como la presencia del imputado u otro nexo con el Estado que persigue penalmente pueden reflejar una concepción de jurisdicción universal como "persecución global" o como "ausencia de refugio seguro", ellos son epifenómenos de la discusión sustantiva sobre el rol que los Estados deben tener en la persecución extraterritorial de crímenes internacionales centrales.¹³³

131. Véase, por ejemplo, CIJ, Arrest Warrant of 11 April 2000..., 14/02/2002. Opinión separada conjunta de los jueces Higgins, Kooijmans, and Buergenthal y opinión separada del juez Guillaume.

132. Sobre la discusión entre jurisdicción universal "pura" y "de custodia" como una discusión sobre los requisitos para el ejercicio de la jurisdicción de persecución (*enforcement jurisdiction*), no de la jurisdicción prescriptiva (*prescriptive jurisdiction*), véase O'KEEFE, "Universal Jurisdiction: Clarifying the Basic Concept", pp. 735-760.

133. LANGER, "Universal Jurisdiction is not Disappearing: The...", p. 250. Por ejemplo, como es indicado en este artículo, el requisito de presencia del imputado en el Estado que persigue penalmente podría ser, en ciertos contextos, una manifestación de una concepción de jurisdicción universal como "ausencia de refugio seguro". Pero requerir la presencia del imputado en el territorio del Estado para comenzar la persecución penal puede también ser caracterizado como un requisito del debido proceso por un Estado con jurisdicción universal como "persecución global" que no prevea juicios en ausencia. Para un ejemplo reciente de esto último, véase, Corte Constitucional De Sudáfrica, National Commissioner of the South African..., 30/10/2014, párrs. 30, 41-49 (argumentando que se requiere la presencia de los sospechosos para el juzgamiento, pero no para la investigación de crímenes internacionales sobre la base del principio de jurisdicción universal).

IV. CONCLUSIÓN

En este artículo, hemos argumentado, en contra de una extendida percepción entre los expertos en derecho penal internacional, que la práctica de la jurisdicción universal no está disminuyendo, sino por el contrario que se está expandiendo activamente. De hecho, utilizando los resultados de nuestro estudio global sobre denuncias y juicios por jurisdicción universal, hemos documentado un crecimiento significativo en la cantidad de juicios por jurisdicción universal, en la frecuencia con la que estos juicios se celebran año a año, y en el alcance geográfico de esos procesos. Luego de presentar estos resultados, dimos cuenta de las posibles causas y consecuencias de esta tendencia. En nuestro análisis positivo, exploramos los factores que pueden contribuir a explicar por qué la jurisdicción universal ha estado expandiéndose, así como también porqué esta expansión ha pasado desapercibida entre especialistas de derecho penal internacional. En nuestro análisis normativo, discutimos si esta silenciosa expansión sería un desarrollo bienvenido por quienes apoyan y por quienes critican a la jurisdicción universal.

Independientemente que se esté de acuerdo o no con nuestra explicación de las posibles causas o de la significancia normativa de esta tendencia, el hecho es que –parafraseando a Mark Twain– los informes sobre la muerte de la jurisdicción universal han sido muy exagerados. En realidad, nuestro estudio indica que la práctica de la jurisdicción universal para investigar y perseguir a individuos acusados de participar en delitos internacionales está viva y sana. Con esto en mente, tal vez es tiempo que los jueces, los encargados de desarrollar políticas públicas, los abogados y los académicos afronten la silenciosa expansión que hemos documentado en este artículo y consideren qué implicancias normativas y prácticas tiene para el futuro de la justicia penal internacional.

BIBLIOGRAFÍA

- AFRICAN RIGHTS & REDRESS, *Survivors and post-genocide justice in Rwanda: their experiences, perspectives, and hopes*, Kigali, 2008, Londres.
- ALIBI, ‘The Slow Death of Universal Jurisdiction: The Case of Spain’, GENOVESE AND BARRAL, Diego, 10/10/2014, disponible en URL www.alibionline.nl/the-slow-death-of-universal-jurisdiction-the-case-of-spain/.

- AMNESTY INTERNATIONAL PRESS RELEASE, “Denmark/Iraq: International Justice for the victims of Halabja”, 2002, URL <https://www.amnesty.org/download/Documents/116000/eur180022002en.pdf>, consultado 03/04/2021.
- Audiencia Nacional de España, Sala de lo penal, Sección 3ª, “Caso Scilingo”, 19/04/2005.
- , Sala de lo Penal, Sección n.º 2, Extradición 45/2013, Auto n.º 14/2014, 30/04/2014.
- , Sala de lo Penal, Sección n.º 3, Rollo de Sala 62/13, Procedimiento de Origen: Extradición 21/13, Auto n.º 14, 24/04/2014.
- BASS, Gary J., *Freedom’s battle: the origins of humanitarian intervention*, Vintage, 2009, Nueva York.
- BEN-ARI, Rephael, “Universal Jurisdiction: Chronicle of a Death Foretold?” en *Denver Journal of International Law & Policy*, 2014-2015, Issue 43, n.º 2, 04/2015, pp. 165-198.
- BOLHUIS, Maarten & BATTJEZ, Hemme & VAN WIJK, Joris “Undesirable but Unreturnable Migrants in the Netherlands” en *Refugee Survey Quarterly*, 2017, 36, n.º 1, 03/2017, pp. 61-84, URL <https://doi.org/10.1093/rsq/hdw019>, consultado el 03/04/2021.
- BRODY, Reed, *Victims bring a dictator to Justice: the case of Hissène Habré*, Germany Bread for the World - Protestant Development Service Protestant Agency for Diakonie and Development, 2017, Berlín.
- CÁCERES, María S., 60 años de impunidad – Paraguay: Los crímenes del stronismo en el ámbito de la Justicia Universal, Fundación Celestina Pérez de Almada, 2014, Asunción.
- Cámara Federal de Casación Penal, Sala 4, “Salmerón, Rubén Amor Benedicto s/recurso de casación” expte. n.º CFP 4591/2010/7/CFC2, 11/06/2018.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, Sala II, “NN s/ desestimación de denuncia y archivo”, 03/09/2010.
- CANTOR, David J. & VAN WIJK, Joris & SINGER, Sarah & BOLHUIS, Maarten, Undesirable and Unreturnable Migrants: Policy challenges around excluded asylum seekers and other migrants suspected of serious criminality who cannot be removed. Conference report and policy brief, Centro de Justicia Penal Internacional, 2016, URL <https://cicj.org/wp-content/uploads/2016/09/Undesirable-and-Unreturnable-Full-report.pdf>, consultado el 03/04/2021.
- Chambre Africaine Extraordinaire d’Assises d’Appel, “Le Procureur Général c. Hissène Habré”, 27/04/2017.

- Chambre Africaine Extraordinaire d'Assises, "Ministère Public c. Hissèin Habré", 30/05/2016.
- CHEHTMAN, Alejandro, *The Philosophical foundations of extraterritorial punishment*, Oxford University Press, 2011, Oxford.
- CLARKE, Kamari M., *Africa and the ICC. Realities and perceptions*, Cambridge University Press, 2016, Cambridge.
- ClearHarmony, "Summary of European Lawsuits against Jiang Zemin and his Accomplices from the Chinese Communist Party", A EUROPEAN PRACTITIONER, 16/03/2005, URL <https://www.clearharmony.net/articles/a25406-Summary-of-European-Lawsuits-against-Jiang-Zemin-and-his-Accomplices-from-the-Chinese-Communist-Party.html#.YGmP0uhKjIU>, consultado el 03/04/2021.
- Constitutional Court of South Africa, National Commissioner of The South African Police Service v Southern African Human Rights Litigation Centre and Another, 03/10/2014.
- Contexto y Acción, "“Nos cuesta horrores seguir investigando los crímenes del franquismo”", CALERO, César G., 07/08/2018, URL <https://ctxt.es/es/20180801/Politica/21138/Argentina-franquismo-Maria-Servini-de-Cubria-juicio-Cesar-G-Calero.htm>, consultado el 03/04/2021.
- Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, 10/12/1984, Nueva York, e.v. 26/06/1987.
- Convención Europea de Derechos Humanos, 04/11/1950, Roma, e.v. 03/09/1953
- Corte Constitucional de Sudáfrica, "National Commissioner of the South African Police Service v. Southern African Human Rights Litigation Centre and Another", 30/10/2014.
- Corte Internacional de Justicia, "Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v Belgium)", 14/02/2002, I.C.J. Reports 3.
- , "Caso Hissène Habré", "Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Bélgica c. Senegal)", 20/07/2012.
- Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares II, "El Fiscal contra al Bashir", 06/07/2017.
- Council of the European Union, African Union-European Union Technical *ad hoc* Expert Group, 8672/1/09REV1, Report on the Principle of Universal Jurisdiction, 15/04/2009.
- DE LA RASILLA DEL MORAL, Ignacio, "The Swan Song of universal Jurisdiction in Spain" en *International Criminal Law Review*, 2009, 9, n.º5, 01/2009, pp. 777-808.

- Deutsche Welle,, “Refugees in Germany reporting dozens of war crimes” en KNIGHT, Ben, 11/04/2016, URL <https://www.dw.com/en/refugees-in-germany-reporting-dozens-of-war-crimes/a-19179291>, consultado el 03/04/2021.
- DOĞAR, Didem, “Against All Odds: Turkey’s Response to ‘Undesirable but Unreturnable’ Asylum-Seekers” en *Refugee Survey Quarterly*, 2017, 36, n.º 1, 03/2017, pp. 107-125, URL <https://doi.org/10.1093/rsq/hdw027>, consultado el 03/04/2021.
- Dominio de Canada, Deschênes Commission of Inquiry on War Criminals, 1987.
- DRUMBL, Mark, *Atrocity, punishment, and international law*, Cambridge University Press, 2007, Nueva York.
- ECCHR, “Arrest Warrant against Jamil Hassan is a Milestone and Good News for All Affected by Assad’s Torture System”, 08/06/2018, URL <https://www.ecchr.eu/en/press-release/arrest-warrant-against-jamil-hassan-is-a-milestone-and-good-news-for-all-affected-by-assads-torture-system/>, consultado 03/04/2021.
- El País, “La juez Servini ordena otra vez detener a Martín Villa para que declare”, 18/07/2017, URL https://elpais.com/politica/2017/07/18/actualidad/1500387066_677290.html, consultado el 03/04/2021.
- , “La justicia argentina revoca la orden de detención a Martín Villa por los sucesos de Vitoria de 1976” PÉREZ, Fernando, 14/07/2017, URL https://elpais.com/politica/2017/07/14/actualidad/1500036117_316975.html?rel=mas, consultado el 03/04/2021.
- Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 17/07/1998, Roma, Italia, e.v. 10/08/2010, texto aprobado por la República Francesa Loi 2010-930.
- Euronews, “Spanish archaeologists uncover mass graves with victims of Franco’s regime” EURONEWS, 16/06/2017, URL <https://www.euronews.com/2017/06/16/spanish-archaeologists-uncover-mass-graves-with-victims-of-franco-s-regim>, consultado el 03/04/2021.
- European Center for Constitutional and Human Rights, “Survivors of Assad’s torture regime demand justice – German authorities issue first international arrest warrant”, 2019, URL <https://www.ecchr.eu/en/case/torture-under-the-assad-regime/>, consultado 03/04/2021.
- GAHIMA, Gerald, *Transitional justice in Rwanda: accountability for atrocity*, Routledge, 2013, Londres.

- GARROD, Matthew, "Unraveling the Confused Relationship between Treaty Obligations to Extradite or Prosecute and 'Universal Jurisdiction' in the Light of the Habré Case" en *Harvard International Law Journal*, 2018, 59, n.º 1, pp. 125-196.
- GOLASH, Deirdre, "The Justification of Punishment in the International Context" en MAY, Larry & HOSKINS, Zachary, *The Justification of Punishment in the International Context*, Cambridge University Press, 2010.
- GOLDSMITH, Jack & KRASNER, Stephen, "The Pitfalls of Idealism" en *Daedalus*, 2003, 132, n.º 1, pp. 47-64.
- HANNICH, Rolf, "Justice in the Name of All. Die praktische Anwendung des Völkerstrafgesetzbuchs aus der Sicht des Generalbundesanwalts beim Bundesgerichtshof" en *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2007, 13, pp. 507-514.
- HASKELL, Leslie & HUMAN RIGHTS WATCH, *The long arm of justice: lessons from specialized war crimes units in France, Germany, and the Netherlands*, Human Rights Watch, 2014, Nueva York.
- HETHERINGTON, Thomas & CHALMERS, William, *War crimes: report of the War Crimes Inquiry*, The Stationery Office Books, 1989, Londres.
- HOVELL, Devika, "The Authority of Universal Jurisdiction" en *European Journal of International Law*, 2018, 29, n.º 2, pp. 427-456.
- HUMAN RIGHTS WATCH, "G20: Saudi Crown Prince Faces Legal Scrutiny", 2018, URL www.hrw.org/news/2018/11/26/g20-saudi-crown-prince-faces-legal-scrutiny, consultado el 03/04/2021.
- , "These Are the Crimes We Are Fleeing" *Justice for Syria in Swedish and German Courts*, 2017.
- HWANG, Eric L., "China: The Growth of a new Superpower and the Extinction of Universal Jurisdiction" en *Wisconsin International Law Journal*, 2014, 32, n.º 2, 08/2014, pp. 334-354.
- JALLOH, Charles C., "Universal Jurisdiction, Universal Prescription? A Preliminary Assessment of the African Union Perspective on Universal Jurisdiction" en *Criminal Law Forum*, 2010, 21, n.º 1, pp. 1-65.
- JESSBERGER, Florian, "'On Behalf of Africa': towards the Regionalization of Universal Jurisdiction?" en WERLE, Gerhard, *Africa and the International Criminal Court*, Asser Press, 2014, Berlín.
- , "Towards a 'complementary preparedness' approach to universal jurisdiction – recent trends and best practices in the European Union" en *Workshop Universal jurisdiction and international crimes: Constraints and best practices*, Policy Department for External Relations Directo-

- rate General for External Policies of the Union, 2018.
- JOHNSON, Björn & LUNDVALL, Bengt-Åke, *The Learning Economy and the Economics of Hope*, Anthem Press, 2016, Londres.
- JOHNSON, Björn, “Institutional Learning” en LUNDVALL, Bengt-Åke, *National systems of innovation: Toward a theory of innovation and interactive learning*, Anthem, 2012, Londres.
- Jurist, “Sweden prosecutor brings war crimes charges against former Bosnian prison guard” PAULSWORD, Sarah, 05/10/2010, URL <https://www.jurist.org/news/2010/10/sweden-prosecutor-brings-war-crimes-charges-against-former-bosnian-prison-guard/>, consultado 03/04/2021.
- Just Security, “The ICC’s New Libya Case: Extraterritorial Evidence for an Extraterritorial Court”, WHITING, Alex, 23/08/2017, URL <https://www.justsecurity.org/44383/iccs-libya-case-extraterritorial-evidence-extraterritorial-court/?print>, consultado 03/04/2021.
- Juzgado Nacional Criminal y Correccional Federal n° 1, “Galvan Abascal Celso; Muñecas Aguilar; Giralte González, José Ignacio y otros s/ imposición de torturas...”, 30/10/2014.
- , “N.N. s/genocidio”, 18/09/2013, expte. n.° CFP 4591/2010.
- KALECK, Wolfgang & KROKER, Patrick, “Syrian Torture Investigations in Germany and Beyond: Breathing New Life into Universal Jurisdiction in Europe?” en *Journal of International Criminal Justice*, 2018, 16, n.° 1, 03/2018, pp. 165-191.
- KECK, Margaret & SIKKINK, Kathryn, *Activists beyond Borders: Advocacy Networks in International Politics*, Cornell University Press, 1998, Ithaca.
- KISSINGER, Henry Alfred, “The Pitfalls of Universal Jurisdiction” en *Foreign Affairs*, 2001, 80, n.° 4, 07/2001, pp. 86-96.
- KOENIG, Alexa, “Harnessing Social Media as Evidence of Grave International Crimes” en *Human Rights Center, UC Berkeley School of Law*, 2017, URL <https://medium.com/humanrightscenter/harnessing-social-media-as-evidence-of-grave-international-crimes-d7f3e86240d>, consultado el 03/04/2021.
- KONTOROVICH, Eugene, “The Inefficiency of Universal Jurisdiction” en *University of Illinois Law Review*, 2008, U. Ill. L. Rev. 389, 12/2007, pp. 389-418.
- La Nación, “La justicia argentina define una denuncia contra el príncipe saudita” en INI, Candela, 27/11/2018, URL <https://www.lanacion.com.ar/politica/la-justicia-argentina-define-una-denuncia-contra-el-princi->

- pe-saudita-nid2196874/, consultado el 03/04/2021.
- La Nación, "Piden informes al exterior del príncipe saudita, pero no quedará detenido" RODRÍGUEZ NIELL, Paz, 28/11/2018, URL <https://www.lanacion.com.ar/politica/desestiman-detencion-del-principe-saudita-piden-informes-nid2197143/>, consultado el 03/04/2021.
- LANGER, Máximo, "Das Völkerstrafgesetzbuch und die Prinzipien der Beteiligung und Rechenschaft gegenüber der internationalen Gemeinschaft" en *Zehn Jahre Völkerstrafgesetzbuch*, 2013, 10, pp. 253-282.
- , "The Archipelago and the Wheel: the Universal Jurisdiction and the International Criminal Court Regimes" en MINOW, Martha, TRUEFROST, Cora & WHITING, Alex, *The First Global Prosecutor. Promises and Constraints*, 2015.
- , "The Diplomacy of Universal Jurisdiction: The Political Branches and the Transnational Prosecution of International Crimes" en *American Journal of International Law*, 2011, 105, n.º 1, 01/2011, pp. 1-49.
- , "Universal jurisdiction as Janus-faced: The dual nature of the German international criminal code" en *Journal of International Criminal Justice*, 2013, 11, n.º 4, 10/2013, pp. 737-762.
- , "Universal Jurisdiction is Not Disappearing: The Shift from 'Global Enforcer' to 'No Safe Haven' Universal Jurisdiction" en *Journal of International Criminal Justice*, 2015, 13, n.º 2, 04/2015, pp. 245-256.
- LUBAN, David, "A Theory of Crimes against Humanity" en *The Yale Journal of International Law*, 2004, 29, n.º 1, pp. 85-167.
- , "After the Honeymoon. Reflections on the Current State of International Criminal Justice" en *Journal of International Criminal Justice*, 2013, 11, n.º 3, 07/2013, pp. 505-515.
- LUNDVALL, Bengt-Åke, "The economics of knowledge and learning" en CHRISTENSEN, Jesper Lindgaard & LUNDVALL, Bengt-Åke, *Product innovation interactive learning and economic performance*, Vol. 8, 2004.
- MANDEL-ANTHONY, David, Conference on Times of Reckoning, Kline School of Law, Drexel University, Philadelphia, 12/10/2018.
- MENNECKE, Martin, "The African Union and Universal Jurisdiction" en JALLOH, Charles Chernor & BANTEKAS, Ilias, *International Criminal Court and Africa*, Oxford University Press, 2017, Oxford.
- O'KEEFE, Roger, "Universal Jurisdiction: Clarifying the Basic Concept" en *Journal of International Criminal Justice*, 2004, 2, n.º 3, 09/2004, pp. 735-760.
- OpinioJuris, "And So It Begins... Social Media Evidence In An ICC

- Arrest Warrant IRVING, Emma, 17/08/2017, URL <http://opiniojuris.org/2017/08/17/and-so-it-begins-social-media-evidence-in-an-icc-arrest-warrant/>, consultado 03/04/2021.
- , "Guest Post: the Zimbabwe Torture Docket Case" GEVERS, Christopher, 20/05/2014, URL <http://opiniojuris.org/2014/05/20/guest-post-zimbabwe-torture-docket-case/>, consultado 03/04/2021.
- OSIEL, Mark, *Mass atrocity, collective memory, and the law*, Routledge, 1997, Nuevo Brunswick.
- Parlamento de Sudáfrica, "Implementation of the Rome Statute of the International Criminal Court Act", Act n.º 27, 18/07/2002.
- Procuración General de la Nación de Argentina, Resolución PGN 698/16, 20/03/2016.
- Publico, "Depende de la política española que se avance en la causa del franquismo" DELICADO PALACIOS, Ana, 23/07/2017, URL <https://www.publico.es/politica/maria-servini-cubria-depende-politica-espanola-avance-causa-franquismo.html>, consultado el 03/04/2021.
- , "Ciudadanos argentinos presentan la primera querrela contra Israel por 'genocidio' en Gaza" DELICADO, Ana, 06/09/2014, URL <https://www.publico.es/internacional/ciudadanos-argentinos-presentan-primera-querrela.html>, consultado el 03/04/2021.
- , "La jueza argentina que investiga crímenes franquistas sigue sin recibir respuesta de España para interrogar a Martín Villa", DELICADO, Ana, 18/10/2018, URL <https://www.publico.es/politica/jueza-argentina-investiga-crimenes-franquistas-sigue-recibir-respuesta-espana-interrogar-martin-villa.html>, consultado el 03/04/2021.
- REEVES, Anthony, "Liability to International Prosecution: The Nature of Universal Jurisdiction" en *European Journal of International Law*, 2017, 28, n.º 4, pp. 1047-1067.
- Reino de España, Fiscalía del Estado de España, N/Ref.: S.T. 412/216.A, Madrid, 30/09/2016
- Reino de España, Fiscalía n.º 7, Dictamen no. 24.375, 28/11/2018.
- República Federal Alemana, Deutscher Bundestag, Drucksache 18/12533, 30/05/2017.
- República Federal Alemana, Deutscher Bundestag, Völkerstrafgesetzbuch, Código de delitos contra el derecho internacional, 30/06/2002.
- Reuters, "Argentine judge asks China arrests over Falun Gong" en *Reuters*, HENAO, Luis Andrés, 22/12/2009, URL <https://www.reuters.com/article/us-argentina-china-falungong-idUSTRE5BM02B20091223>,

consultado el 03/04/2021.

REYDAMS, Luc, "The Rise and Fall of universal Jurisdiction" en SCHABAS, William A. & BERNAZ, Nadia, *Routledge Handbook of International Criminal Law*, Routledge, 2011, Londres.

—, "Universal criminal jurisdiction: the Belgian state of affairs" en *Criminal Law Forum*, 2000, 11, n.º 2, pp. 183-216.

ROTH-ARRIAZA, Naomi, "Just a Bubble? Perspectives on the Enforcement of International Criminal Law by National Courts" en *Journal of International Criminal Justice*, 2013, 11, n.º 3, 07/2013, pp. 537-543.

SIKKINK, Kathryn, *Justice cascade: how human rights prosecutions are changing world politics*, W. W. Norton & Company, 2011, New York.

SNYDER, Jack & VINJAMURI, Leslie, "Trials and Errors" en *International Security*, 2003/2004, 28, n.º 3, pp. 5-44.

Spiegel Online, "Deutschland jagt Assads Folterknecht" DIEHL, Jörg, 08/06/2018, URL <https://www.spiegel.de/politik/ausland/syrien-deutschland-jagt-baschar-al-assads-folterknecht-per-haftbefehl-a-1211888.html>, consultado el 03/04/2021.

Statut des Chambres africaines extraordinaires au sein des juridictions sénégalaises pour la poursuite des crimes internationaux commis au Tchad durant la période du 7 juin 1982 au 1er décembre 1990, 31/01/2012, Adís Abeba.

Tages Anzeiger, "Schweizer Justiz ermittelt wegen Kriegsverbrechen in Syrien", 02/10/2016, URL <https://www.tagesanzeiger.ch/schweiz/standard/schweizer-justiz-ermittelt-wegen-kriegsverbrechen-in-syrien/story/21007826>, consultado el 03/04/2021.

TEITEL, Ruti, *Transitional Justice*, Oxford University Press, 2000, Nueva York.

The Guardian, "Israeli minister Tzipi Livni given diplomatic immunity for UK visit" en SHERWOOD, Harriet, 13/05/2014, URL <https://www.theguardian.com/world/2014/may/13/israel-tzipi-livni-diplomatic-immunity-uk>, consultado 03/04/2021.

—, "Judge to investigate Franco-era crimes against Spanish women" JONES, Sam, 26/10/2018, URL <https://www.theguardian.com/world/2018/oct/26/judge-investigate-franco-era-crimes-against-spanish-women-sexual-assault-forced-abortion-child-theft#:~:text=Judge%20Mar%C3%ADa%20Servini%20de%20Cubr%C3%ADa,the%20principle%20of%20universal%20jurisdiction>, consultado el 03/04/2021.

—, "UK to review war crimes warrants after Tzipi Livni arrest row",

- BLACK, Ian, 15/12/2009, URL <https://www.theguardian.com/world/2009/dec/15/israel-tzipi-livni-arrest-warrant>, consultado 03/04/2021.
- The New York Times, "9 Syrian Officials Are Accused of Torture in Spanish Court" en SIMONS, Marlise, 02/02/2017, URL <https://www.nytimes.com/2017/02/02/world/europe/spain-syria-torture-case.html>, consultado 03/04/2021.
- , "Argentine Prosecutors Consider Charges Against Saudi Crown Prince Ahead of G-20", POLITI, Daniel & KIRKPATRICK, David, 26/11/2018, URL <https://www.nytimes.com/2018/11/26/world/americas/argentina-crown-prince-mohammed-saudi-arabia.html>, consultado el 03/04/2021.
- The Washington Post, "Here's how German courts are planning to prosecute Syrian war crimes", BROSCHE, Pauline, 04/04/2017, URL <https://www.washingtonpost.com/news/democracy-post/wp/2017/04/04/heres-how-german-courts-are-planning-to-prosecute-syrian-war-crimes/>, consultado el 03/04/2021.
- Tribunal Constitucional de Sudáfrica, "National Commissioner of The South African Police Service vs. Southern African Human Rights Litigation Centre and Another", 30/10/2014.
- Tribunal Supremo de España, Sala de lo penal, "Caso Scilingo", 01/10/2007.
- VAN SCHAAK, Beth & PEROVIC, Zarko, "The Prevalence of 'Present-In' Jurisdiction" en Sociedad Estadounidense de Derecho Internacional, *Proceedings of the 107th Annual Meeting*, 2013.
- VIERUCCI, Luisa, "The first steps of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia" en *European Journal of International Law*, 1995, 6, n.º 1, 02/1995, pp. 134-143.
- WERLE, Gerhard, *Africa and the International Criminal Court*, Asser Press, 2014, Berlín.
- Wired, "The Hague Convicts a Tomb-Destroying Extremist With Smart Design" STINSON, Liz, 25/08/2016, URL <https://www.wired.com/2016/08/hague-convicts-tomb-destroying-terrorist-smart-design/>, consultado 03/04/2021.

LOS ACTOS PREPARATORIOS PUNIBLES*

LUCIANA MELOGRANA **

Resumen: Los actos dirigidos a la realización de un delito en la fase previa a la ejecución son, por regla general, impunes. Sin embargo, el Código Penal español prevé en la parte general los llamados “actos preparatorios punibles”, que en Argentina no existen. El presente trabajo tiene por objeto analizar los actos preparatorios punibles establecidos en el ordenamiento español a efectos de realizar una comparación con la regulación que algunos de esos actos tienen en el Código Penal argentino. Para llevar a cabo este análisis y delimitar el objeto de estudio, primero se hará un breve tratamiento de la tentativa y de las teorías que a lo largo de la historia del derecho penal han tratado de fundamentar su punición. A continuación, se presenta una reseña de los actos preparatorios en general, y luego de la regulación de los actos preparatorios punibles del Código español. Seguidamente se analiza la parte especial del Código Penal argentino para comprobar si, a pesar de no estar regulados los actos preparatorios en la parte general, esta suerte de ventaja se ve desdibujada con la existencia de tipos penales que configuran adelantamiento en la punibilidad de otros. Finalmente, se presentan algunas reflexiones acerca del tema que atraviesa todo el trabajo, que es la legitimidad de los adelantos de la punición y su vinculación con el concepto material de delito y la idea de prevención.

Palabras clave: actos preparatorios del delito — tentativa — adelanto de punición — delitos de peligro — legitimidad de la punición — principio de lesividad — delito material — prevención

Abstract: As a general rule, acts directed towards the commission of a crime during the stages leading to the perpetration go unpunished. However, the Spanish

* Recepción del original: 07/04/2020. Aceptación: 29/08/2020.

** Abogada egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Especialista en Derecho Penal, Universidad de Buenos Aires. Especialista en Administración de Justicia, Universidad de Buenos Aires. Experta en Teoría General del Delito, Universidad Autónoma de Madrid.

Criminal Code establishes as part of its general provisions the existence of “punishable preparatory actions”, which are not considered in Argentina. This work is intended to provide an analysis on punishable preparatory actions set forth by the Spanish laws in order to compare them with the regulations established for some of these actions under the Argentine Criminal Code. To perform this analysis and delineate the object of study, this work will first briefly address the concept of attempt and the theories that throughout the history of criminal law have tried to offer grounds for its punishment. Then an outline on preparatory actions in general will be given followed by the regulation of punishable preparatory actions under the Spanish Code. Subsequently, an analysis on special provisions of the Argentine Criminal Code will be offered to evidence whether, even though preparatory actions are not established under the general provisions, this sort of advantage is somewhat blurred by the existence of offences that constitute an advance in the punishment of other offences. Finally, this work will offer some thoughts on the subject addressed across the entire work, this is the legitimacy of advance punishment and its connection to the material definition of crime and the idea of prevention.

Keywords: preparatory actions for a crime — attempt — advance punishment — crimes of endangerment — legitimacy of punishment — harm principle — material crime — prevention

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los temas que despertó mi interés durante una breve estancia de estudio en la Universidad Autónoma de Madrid fue la regulación en el Código Penal Español de los actos preparatorios punibles. En Argentina no existen y nunca había tenido noticia de una regulación de ese tipo. Incluso, hasta su propio nombre parecía un contrasentido.

Debo reconocer que si, por lo menos en abstracto, pueden existir reservas respecto a una institución con algunas dificultades de fundamentación como es la tentativa, la idea de que existieran actos preparatorios punibles me alarmó bastante. Sobre todo, teniendo en cuenta que, en Argentina, ya desde hace algunas décadas por lo menos, existe una tendencia tanto a endurecer las penas como a adelantar la punibilidad de las conductas.¹ De

1. Un ejemplo ilustrativo en Sozzo, “Populismo punitivo, proyecto normalizador y...”, pp. 39-45.

modo que llamó mi atención que aún no hubiéramos introducido este tipo de regulación en nuestro Código Penal. Además, si se entiende la tentativa como una excepción en la punición de un no delito, la punición de un acto preparatorio configuraría una excepción de la excepción. Así es que, por lo menos intuitivamente, parecía un tanto exagerada su punición. Luego, reflexionando un poco más, he llegado a pensar que ni la existencia de los actos preparatorios punibles es tan mala para el ordenamiento penal español, ni que su ausencia en el Código Penal argentino es tan buena.

A estudiar ambas regulaciones es que voy a dedicar las siguientes páginas. Para ello primero describiré a grandes rasgos el concepto de tentativa —incluida su fundamentación— y las características legales de la tentativa en Argentina y en España. Seguidamente, haré una reseña sobre los actos preparatorios en general y, luego, de la regulación de los actos preparatorios punibles en el Código español. Finalmente, voy a analizar la parte especial del Código Penal argentino para comprobar si, a pesar de no tener regulados los actos preparatorios como punibles en la parte general, esta suerte de ventaja se ve desdibujada con la existencia de tipos penales que configuran adelantamiento en la punibilidad de otros. Como cierre, haré alguna mínima reflexión sobre el tema que atraviesa todo el trabajo que es la legitimidad de los adelantos de la punibilidad.

II. LA TENTATIVA

El estudio de la tentativa es el paso previo obligado en este trabajo, pues sólo podremos identificar los actos preparatorios del delito una vez que hayamos establecido la definición y el alcance de la tentativa.

Este instituto presenta dos núcleos problemáticos principales. Por un lado, está la dificultad de su fundamentación, y por el otro, la falta de criterios jurídicos claros que otorguen certeza a la distinción entre los actos preparatorios y los actos de ejecución. Además de los mencionados, existen otros problemas, así, por ejemplo, el relativo a la existencia o no de un tipo penal de tentativa de modo independiente al tipo que ha quedado tentado²

2. MIR PUIG, *Derecho Penal Parte General*, pp. 349 y ss. Sostiene que el delito en grado de tentativa posee un tipo penal específico diferente al consumado, que constituye el tipo penal de tentativa.

o la delimitación y punición de la tentativa inidónea. Estos puntos, salvo alguna mención específica, no van a ser abordados en el trabajo.

Puede caracterizarse la tentativa como un delito incompleto, es decir que, para que exista tentativa, debe existir comienzo de ejecución de un tipo penal determinado, que por razones ajenas a la voluntad del autor no llega a consumarse. La pauta del principio de ejecución, vinculada a la fundamentación objetiva de la tentativa, fue incorporada al Código Francés en el año 1810³ y adoptada luego por la mayoría de los códigos penales, entre ellos, el argentino y el español.

De este modo, la tentativa aparece en el llamado *iter criminis* como el segmento entre los actos preparatorios y la consumación del delito.

II.A. Fundamentación de la tentativa

La fundamentación de la tentativa ha sido un problema clásico en la teoría del delito. Es importante tener en cuenta que la posición que cada autor adopte sobre el punto no sólo será relevante para la tipicidad, pues de lo que se trata es de fundamentar el adelantamiento de la punición, lo que deberá necesariamente ser coherente con la justificación de la punición misma del delito. Es por eso que la fundamentación de la tentativa tiene raíces profundas en la teoría del delito y si dicha institución no es debidamente fundamentada, es la propia teoría general, y consecuentemente el derecho penal, los que ven minados su legitimidad.

Si la teoría del delito es una construcción dogmática destinada a otorgarle racionalidad a la decisión sobre qué conductas constituyen delitos; es decir, cuáles son los requisitos que deben estar presentes a efectos de imponer una pena, entonces la tentativa, como ya se sostuvo, constituye una excepción y debe construirse de modo de imponer restricciones a su utilización, pues su uso extendido desvirtúa toda la teoría. Dicho de otro modo, si nos dedicamos a establecer los requisitos y condiciones que deben darse para que entendamos que existe un delito y es posible aplicar una pena, y luego decimos que a pesar de no existir esos requisitos podemos aplicar una pena de todos modos, la construcción teórica empieza a

3. FARRÉ TREPAT, *La tentativa del delito. Doctrina y...*, p. 165. Sobre la discusión sobre su origen, ver nota 3, p. 166.

presentar problemas de racionalidad y logicidad.⁴ De modo que su existencia requiere un esfuerzo importante de fundamentación, por lo menos si queremos otorgarles legitimidad a dichas excepciones.

II.A.1 Teorías sobre la fundamentación de la tentativa⁵

Como en casi todos los aspectos problemáticos de la teoría jurídica del delito, nos encontramos, al momento de indagar sobre la respuesta que han dado los doctrinarios acerca del fundamento de la tentativa, con teorías objetivas y teorías subjetivas. Además, podrían considerarse como teorías mixtas tanto la teoría de la impresión, la teoría dualista y el enfoque funcionalista.

II.A.1.a. Teorías objetivas

El primer desarrollo de las teorías objetivas es atribuido a Feuerbach,⁶ quien inspirado en las ideas liberales sobre el rol del Estado y los derechos de los individuos consideró que lo relevante a efectos de la tentativa era el comienzo de la acción principal y no tanto la voluntad del autor. Lo relevante para este autor va a ser la existencia de “aquella acción cuya finalización debía producir inmediatamente el resultado ilegal y podía hacerlo”.⁷ Feuerbach pone de relieve dos cuestiones de gran importancia: la tentativa es siempre una excepción, y debe existir una acción causal adecuada para producir el resultado.⁸ De modo que este desarrollo viene a romper con la fundamentación de la tentativa de tipo subjetivo que se mantenía desde los glosadores y posglosadores.⁹

4. Esto, claro está, es aún más grave cuando aceptamos categorías que van todavía más lejos en la punición, pasando por encima las primeras excepciones realizadas, como en el caso de los actos preparatorios punibles.

5. Se siguen para realizar una reseña de las teorías principalmente las exposiciones realizadas por Donna, Mir Puig y Farré Trepát.

6. DONNA, *Derecho Penal Parte General*, Tomo VI, pp. 39 y ss.

7. DONNA, *Derecho Penal Parte General*, Tomo VI, p. 29. Cita de Feuerbach extraída de Stratenwerth.

8. FARRÉ TREPAT, *La tentativa del delito. Doctrina y...*, p. 6. La teoría objetiva, comenta la autora, parte de la idea liberal del contrato social, justificando la intervención del derecho penal a través de la lesión a un derecho para el delito consumado, y a través de la puesta en peligro de ese derecho en la tentativa.

9. FARRÉ TREPAT, *La tentativa del delito. Doctrina y...*, p. 3.

En general, las teorías objetivas afirman que la tentativa se fundamenta en la puesta en peligro del bien jurídico, y este peligro debía ser un peligro objetivo, basado en la peligrosidad de la acción respecto a la posibilidad de producción del resultado. Ello trae aparejado una serie de conflictos inherentes a la idea de peligro, de modo que con el paso del tiempo esta teoría se fue complejizando.¹⁰

Así, un primer criterio básico de evaluación de peligrosidad para la teoría objetiva va a ser la proximidad de lesión al bien jurídico y esa proximidad se afirma a partir del comienzo de ejecución.¹¹ Sin embargo, este criterio trae aparejados algunos problemas.

Por un lado, habrá que evaluar qué tipo de puesta en peligro se va a exigir en la tentativa. Donna afirma que la antigua teoría objetiva entendía la puesta en peligro del bien jurídico de forma abstracta, lo que significaría, según él, ausencia de peligro. Sin embargo, las teorías más modernas exigen un peligro concreto, sobre todo a partir de las ideas de autores como Liszt, Birkmeyer, Lilienthal y von Hippel y la interpretación que hizo de esta teoría el Tribunal Imperial de Alemania.¹²

Por el otro, están los conflictos en relación con el resultado, que cabía evaluar en función de lo que la acción produciría según la voluntad del autor, o en lo que podía producir efectivamente, que se vinculó directamente con la discusión sobre la antijuridicidad de la tentativa.¹³ Además, en ambos casos, se presenta el problema de la evaluación, que puede hacerse desde una óptica *ex ante* o *ex post*.

Mir Puig¹⁴ destaca en su desarrollo de las teorías sobre el fundamento de la tentativa las consecuencias político-criminales a las que conduce cada una. En el caso de las teorías objetivas son:

- El principio de impunidad de los actos preparatorios por su incapacidad general de poner en riesgo el bien jurídico protegido por la norma;

10. Dejo de lado la distinción que hicieron algunos autores como Mittermaier, Abbig y Berner sobre la tentativa absolutamente inidónea y la tentativa relativamente inidónea teniendo en cuenta que no ha logrado imponerse, según lo destaca DONNA, *Derecho Penal Parte General...*, p. 41.

11. FARRÉ TREPAT, *La tentativa del delito. Doctrina y...*, p. 7. Actualmente, este criterio forma parte de la definición de la tentativa en gran cantidad de códigos penales.

12. DONNA, *Derecho Penal Parte General*, Tomo VI, p. 41.

13. DONNA, *Derecho Penal Parte General*, Tomo VI, pp. 40-41.

14. MIR PUIG, *Derecho Penal Parte General*, p. 347.

- La menor punición de la tentativa respecto al delito consumado en función de la menor gravedad de la tentativa respecto de éste, es decir, a la lesión del bien jurídico;
- La impunidad de la tentativa absolutamente inidónea.

II.A.1.b. Teorías subjetivas

Como se destacó al inicio de la exposición, las teorías subjetivas provienen de los glosadores, posglosadores y del derecho romano. Paralelamente al desarrollo realizado por Feuerbach de la teoría objetiva de fundamentación de la tentativa, Tittmann realizaba la fundamentación subjetiva a partir de la *Constitutio Criminalis Carolina*.¹⁵

Para la teoría subjetiva el fundamento de la punición se encuentra en la voluntad contraria a derecho manifestada por parte del sujeto, esto es, la voluntad dolosa, restando importancia, en principio, al grado de manifestación de esa voluntad. Comenta Donna que a la luz de esta teoría se dictaron fallos en Alemania como “el caso de la bañera” y “Staschinski”, y que su autor más destacado fue Von Buri. En el mismo sentido, destaca la utilización de esta teoría en los regímenes totalitarios alemán y soviético, y su defensa por parte de la escuela criminológica italiana.

Por su parte, Elena Farré Trepát¹⁶ hace un desarrollo muy completo de la teoría subjetiva. Destaca que existieron teorías subjetivas basadas en la voluntad delictiva y otras basadas en la peligrosidad del autor. Además, enfatiza sobre las diferentes bases ideológicas que la teoría subjetiva tuvo a lo largo del tiempo, si bien afirma que siempre se parte de la idea contraria a la sostenida por Feuerbach respecto al rol del Estado y la función del derecho penal.

En relación con la corriente basada en voluntad del autor, la conducta sería punible a partir de la infracción a la norma desde el punto de vista del autor, es decir, según su propia representación. Han sostenido y contribuido a su desarrollo tanto las doctrinas autoritarias como los autores de derecho penal vinculados al finalismo a partir del concepto personal de injusto y la introducción de los elementos subjetivos. También han hecho su aporte los doctrinarios que sostuvieron la función preventiva de la norma penal.

15. FARRÉ TREPAT, La tentativa del delito. Doctrina y..., p. 4.

16. FARRÉ TREPAT, La tentativa del delito. Doctrina y..., pp. 14 y ss.

En relación con la corriente basada en la peligrosidad del autor, Farré Trepát afirma que se sostuvo que "no es punible toda voluntad manifestada contraria al ordenamiento jurídico sino sólo aquella que se ha demostrado suficientemente peligrosa para un bien jurídico determinado".¹⁷ Específicamente, la doctrina española sustentó que en la tentativa "se pune en referencia a determinada y concreta actitud peligrosa del agente".¹⁸

Las consecuencias político-criminales a las que conduce la teoría subjetiva según Mir Puig¹⁹ son:

- Tendencia de ampliación de los actos preparatorios punibles teniendo en cuenta que en ellos ya se manifiesta la voluntad dolosa;
- Punición de la tentativa absolutamente inidónea;
- Igual punición entre tentativa y consumación, pues en ambos casos existe manifestación contraria a derecho de parte del sujeto.

Sin embargo, en la doctrina local argentina, Marcelo Sancinetti cuestiona que la teoría subjetiva deba llevar necesariamente a esas consecuencias político-criminales. Seguidamente, se explica la argumentación que ofrece en el marco de su teoría del ilícito subjetiva.

En este sentido, fundamenta la tentativa en "la voluntad exteriorizada del autor, contrapuesta al contenido de la norma de comportamiento",²⁰ fundamentación de la punición equivalente a la del delito consumado. Como él mismo destaca, es una concepción cercana a la teoría de Jakobs, pues ambas se apoyan en la objetividad de la norma, por un lado, y en la subjetividad de su infracción, por el otro.

En el marco de su teoría, cobra necesaria relevancia la distinción entre la tentativa acabada e inacabada, porque el contenido subjetivo del injusto consumado se equipará sólo en el caso de tentativa acabada.²¹ En la tentativa

17. FARRÉ TREPAT, La tentativa del delito. Doctrina y..., pp. 26 y ss.

18. FARRÉ TREPAT, *La tentativa del delito. Doctrina y...*, p. 26. Cita de Del Rosal.

19. MIR PUIG, *Derecho Penal Parte General*, pp. 347-348.

20. SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de...*, p. 354. En este sentido, la fundamentación es similar a la subjetiva que Farré Trepát describe como basada en la voluntad del agente. Sin embargo, Sancinetti, tomando la norma objetiva, no sostiene que la voluntad contraria a derecho se evalúa en función de la representación del autor.

21. En realidad, para Sancinetti el delito consumado y la tentativa acabada son lo mismo, pues niega la relevancia del resultado. El problema de fundamentación de la punibilidad se traslada así, a la tentativa inacabada.

inacabada, el contenido subjetivo es menor y, por lo tanto, no equiparable al del hecho consumado. A través de este postulado de gradación realizado por la escuela de Bonn, y citando párrafos de Zielinski, Sancinetti sostiene que la teoría subjetiva no tiene por qué llevar a la punibilidad de los actos preparatorios; de hecho, ni siquiera tiene por qué llevar a la punibilidad de la tentativa inacabada.²² Respecto de esta, dice: "el fundamento de su punibilidad sólo podría hallarse en una necesidad político-criminal de extender la prohibición de la acción hasta allí". Aunque nada dice respecto a la legitimidad de dicha política criminal.

Luego sostiene, además, que el análisis de la conducta del autor debe guardar correspondencia con la norma. Así lo explica:

Es el deber impuesto por la norma el que marca el límite (objetivo), sólo a partir del cual la acción infringe la norma (¡subjetivamente!) [...] La norma prohíbe la acción únicamente desde el momento en que el autor comienza la ejecución, es decir, cuando 'empieza la tentativa'. Antes de esto, no contrapone aún su voluntad con la norma.²³

Respecto de la punición de la tentativa absolutamente inidónea, también afirma que no es patrimonio necesario de una teoría subjetiva. Utilizando nuevamente la teoría de las normas de Binding, a través del desarrollo de Kaufmann, sostiene que, sin la existencia objetiva de la norma, es decir, la concreción en el deber del imperativo, no existiría el ilícito. Para demostrar que es posible este tipo de argumentación, destaca que aquellos autores objetivistas que niegan la punibilidad de la tentativa inidónea, luego en la antijuridicidad defienden de manera casi unánime los presupuestos objetivos de justificación.²⁴ Así, nada obsta a que, conceptualmente, esto ocurra también con la norma prohibitiva.²⁵

22. SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de...*, p. 384. Bacigalupo ha negado este postulado de la escuela de Bonn sobre la posibilidad que el disvalor de acción sea graduable según la progresión de la acción.

23. SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de...*, p.461.

24. SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de...*, p. 473.

25. Luego de sostener esta posibilidad racional de no punición de la tentativa inidónea en el marco de una teoría subjetiva, afirma, sin embargo, que hace falta más bien una decisión valorativa sobre su punibilidad. Finalmente, afirma la punibilidad de la tentativa inidónea basado en razones preventivas.

En relación con la punibilidad, tanto del delito consumado como de ambas tentativas, al negar la relevancia del resultado, confirma que los tres casos —los dos tipos de tentativa y el delito consumado— merecen una pena similar en función del desvalor de la conducta.²⁶

La tesis doctoral de Sancinetti resulta muy interesante porque muestra las consecuencias a las que lleva la teoría subjetiva en los puntos centrales de la tentativa, controvirtiendo algunos de los argumentos que comúnmente se le atribuyen a esa teoría, ello, a través de su anclaje en la norma. En este sentido, resulta razonable conceder que un enfoque de fundamentación subjetivo no necesariamente deba conducir a la punición de actos preparatorios, aunque por su fuerte referencia a la norma objetiva, cabría analizar si su teoría podría ser analizada más como una teoría mixta que como una pura teoría subjetiva.

II.A.1.c. Teorías mixtas

II.A.1.c.i. Teoría de la impresión

Esta teoría nace a partir del esfuerzo puesto en la necesidad de superar la dicotomía entre la teoría objetiva y la subjetiva y los problemas que cada una de ellas plantean, de modo que en general los autores la consideran una teoría intermedia o mixta.

Afirma que habrá tentativa punible cuando la acción contraria a Derecho sea idónea para remecer la confianza de los justiciables en la vigencia del ordenamiento jurídico.²⁷ Parten de la teoría subjetiva agregando requisitos supuestamente objetivos como la afectación en la colectividad de la confianza en la validez de la norma que pueda perturbar la paz jurídica, de ahí su nombre.

Teniendo en cuenta las características del requisito agregado a la teoría subjetiva, y a pesar de la opinión de los autores que la sustentan, entiendo que esta teoría es sólo una variante más de las teorías subjetivas, pues el concepto de “conmoción social” es lo suficientemente impreciso y difícil

26. SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de...*, p. 483 y ss. Poniendo un ejemplo de coautoría colateral, pretende demostrar la equidad de penar a todos los autores de la misma forma, sobre todo porque el autor niega la accesoriedad de la participación, ya sea cuantitativa o cualitativa.

27. DONNA, *Derecho Penal Parte General*, Tomo VI, p. 53.

de establecer de manera objetiva como para considerarlo una limitación objetiva.²⁸

Las consecuencias político-criminales según Mir Puig son:

- La adopción de criterios objetivos para delimitar los actos preparatorios punibles de la tentativa, porque solo deben castigarse los actos que producen conmoción social;²⁹
- La atenuación facultativa de la pena de la tentativa, según se amiore o no la conmoción social;³⁰
- La impunidad de la tentativa irreal, porque no puede sostenerse que traiga aparejada conmoción social.

II.A.1.c.ii. Otras teorías mixtas

Farré Trepát sostiene que, tras doscientos años de discusión sobre este tema, si bien no se ha logrado arribar a una solución, sí se ha avanzado progresivamente, y uno de esos avances lo constituye el acercamiento entre las dos posiciones antagónicas originarias. Así, destaca la posición de

28. Lo mismo han opinado autores como Hirsch, Zaczyk y Kratzsch, entre otros. Aunque está claro que el segundo elemento subjetivo se desplaza del sujeto actuante a la sociedad; en ese sentido, se acerca más a la teoría funcionalista.

29. A mi criterio, esta afirmación no es del todo correcta, pues sólo permitiría —por lo menos como teoría que fundamenta la tentativa— la distinción entre actos punibles —ya sean preparatorios o de ejecución— y actos no punibles —que podrían ser de preparación o ya de ejecución—, pero no otorga un criterio para distinguir los actos preparatorios de los de ejecución, sino que se limita a establecer un criterio sobre cuáles son los actos que a pesar de no existir consumación pueden ser punibles. La afirmación que acabo de hacer puede resultar confusa, pero piénsese en un acto que según las otras teorías sería ejecutivo, es decir, que merece la pena de la tentativa, como por ejemplo el efectuar un disparo contra un tercero que por poco no llega a dar en el sujeto pasivo. Ahora supongamos que en ese hecho no existió conmoción social alguna. ¿Podríamos decir que existió un acto de preparación no punible porque sólo nos basamos para delimitarlos en el criterio de la conmoción social del hecho? Tal como destaca Farré Trepát, el punto está en que la impresión “no se refiere a la verdadera conmoción que el hecho produce en el caso concreto, sino a la capacidad de éste para producirla”. FARRÉ TREPAT, *La tentativa del delito. Doctrina y...*, p. 32. Así, está claro que los contornos de la teoría se vuelven mucho más vagos.

30. En el mismo sentido que la nota anterior, corresponde preguntarse aquí cuál sería la pena para la tentativa en la que la manifestación de la voluntad contraria a derecho está presente, el peligro para el bien jurídico también, pero que no causa conmoción social. ¿Sería impune?

diferentes autores españoles que sostienen una teoría mixta que parte de la teoría objetiva como fundamentación principal pero admiten elementos subjetivos, por ejemplo, Rodríguez Mourullo, Núñez Barbero y Ferrer Sama, quienes aceptan que la resolución de cometer el delito constituye un elemento subjetivo cofundamentador del injusto de la tentativa.³¹ Ella misma, utilizando citas de Mir Puig, fundamenta la tentativa desde una perspectiva predominantemente objetivista pero teniendo en cuenta la voluntad del autor. Ello, así pues, atribuyendo al derecho penal la función de protección de bienes jurídicos, afirma que la norma penal es una norma preventiva y, por lo tanto, se debe aceptar que se dirige a la voluntad del ciudadano para que no realice la acción peligrosa al momento en que aquél va a actuar. Consecuentemente, entiende que el juicio sobre el peligro de lesión del bien jurídico deberá hacerse *ex ante* con los conocimientos del autor más los de un espectador objetivo.

Sancinetti³² menciona dentro de las teorías mixtas, además de la teoría de la impresión, la teoría de la expresión de la fractura de la norma cercana al tipo de Jakobs y la teoría dualista de Schmidhäuser y Alwart.

La teoría de la impresión ya fue expuesta, y la teoría de Jakobs es tratada independientemente, de modo que resta explicar resumidamente la fundamentación de la tentativa que realizó Schmidhäuser, que luego fue seguida por Alwart.³³ Schmidhäuser ofrece una explicación de doble vía: fundamenta separadamente la tentativa idónea objetivamente a partir del peligro corrido por el bien jurídico, y la tentativa inidónea subjetivamente a través de la voluntad del autor.³⁴ En el caso de la tentativa inidónea, el dolo debe ser de primer grado para completar el disvalor de la conducta.

II.A.1.d. Teorías funcionales

Para aquellos autores que consideran que el derecho penal tiene por finalidad el mantenimiento de la validez de la norma, el fundamento de la tentativa es el mismo que el del delito. Afirma Jakobs:

31. FARRÉ TREPAT, La tentativa del delito. Doctrina y..., p. 33.

32. SANCINETTI, Teoría del delito y disvalor de..., pp. 366 y ss.

33. SANCINETTI, Teoría del delito y disvalor de..., p. 367.

34. SANCINETTI, Teoría del delito y disvalor de..., p. 367.

Dado que tanto tentativa como consumación suponen ataques a la validez de la norma, el autor de la tentativa, al igual que el de la consumación, debe poner de manifiesto que no se rige por la norma. Tal es el contenido mínimo del comportamiento punible.³⁵

Luego lo precisa estableciendo que el fundamento de la punición de la tentativa es que el autor pone de manifiesto una infracción a la norma. Este autor realiza una distinción muy interesante entre la tentativa formal y la tentativa material.³⁶

Es interesante el requisito que agrega Jakobs a la tentativa, acercando aún más la tentativa al delito consumado. Afirma:

Por lo que se refiere a la tentativa, se tiene que atender, además de al hecho de dar comienzo inmediatamente a la realización del tipo, al contenido materialmente delictivo del comportamiento, esto es, a si el autor se arroga la organización de un asunto de la víctima.³⁷

Bacigalupo da una fundamentación de la tentativa también basada en el intento del sujeto que expresa su desobediencia a una norma realmente existente y sostiene que lo importante va a ser si el sujeto obró o no de manera que racionalmente hubiera podido vulnerar la norma.³⁸

Este tipo de fundamentación excluye la tentativa llamada supersticiosa, pues no se dirigen contra ninguna norma verdaderamente existente. Tampoco distingue entre tentativa idónea e inidónea, sino más bien las equipara. Sostiene que toda tentativa es inidónea ex post y ex ante por un tercero con los conocimientos que el autor no tiene, así, lo relevante será la evaluación ex ante y desde la perspectiva del autor. Esa sería la única forma racional de entenderlo.³⁹

35. JAKOBS, *Derecho Penal Parte General. Fundamentos y teoría de...*, p. 863.

36. JAKOBS, *Derecho Penal Parte General. Fundamentos y teoría de...*, p. 864. Afirma: “El fundamento de punición de la tentativa es que se pone de manifiesto una infracción de la norma; en la tentativa en sentido material, a través de un comportamiento externo; en la tentativa en sentido exclusivamente formal, a través de un comportamiento que el Derecho positivo declara externo”.

37. JAKOBS, “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, p. 304.

38. DONNA, *Derecho Penal Parte General*, Tomo VI, p. 60.

39. DONNA, *Derecho Penal Parte General*, Tomo VI, p. 61.

II.B. La tentativa en España

La definición legal de la tentativa viene dada por lo dispuesto en el artículo 16 del Código Penal español:

Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor.

De la definición legal, Molina Fernández afirma que “se deduce que la tentativa es ya ejecución del delito, pero **no** llega a concretarse en un **resultado lesivo por causas independientes de la voluntad del autor.**”⁴⁰

Tradicionalmente, la tentativa, al ser el comienzo de un delito que no llega a consumarse, es estudiada y clasificada en función de su idoneidad, es decir, la capacidad que ha tenido el intento de producir el resultado lesivo. Así, siguiendo la exposición que hace el mismo autor⁴¹ pero que concuerda en general con la doctrina mayoritaria, la tentativa se clasifica en idónea, inidónea e irreal. La tentativa idónea es aquella que es apta para producir el resultado, aunque finalmente no lo logre. La tentativa inidónea es aquella que, ya sea por inidoneidad en el objeto, los medios utilizados o el sujeto, no puede alcanzar a producir el resultado, aunque tal circunstancia no era cognoscible por el sujeto al momento de llevar a cabo la acción. Y finalmente la tentativa irreal es aquella absolutamente incapaz de producir el resultado y en la que la inidoneidad puede ser percibida al momento de realizar la acción por un hombre medio. Ejemplo de esta última puede ser la tentativa supersticiosa —pretender matar mediante conjuros—. La doctrina mayoritaria entiende que la tentativa irreal es siempre impune, y la tentativa idónea e inidónea son punibles, salvo en caso de tentativa inidónea cuando la inidoneidad se da en el sujeto, que se encuentra más discutido.⁴²

40. MOLINA FERNÁNDEZ, “Formas imperfectas de ejecución del delito...”, p. 319. La negrita corresponde al autor.

41. MOLINA FERNÁNDEZ, “Formas imperfectas de ejecución del delito...”, p. 319.

42. MOLINA FERNÁNDEZ, “Formas imperfectas de ejecución del delito...”, p. 319.

También se clasifica la tentativa en inacabada y acabada. La primera es aquella en la que el autor no ha llevado a cabo todos los actos ejecutivos que deberían dar lugar al delito consumado. La segunda es aquella donde el autor si ha realizado todos los actos ejecutivos que el delito requería, aunque finalmente el resultado no se produce.

Se entienden como elementos de la tentativa: 1) que exista comienzo de ejecución de uno o todos los actos que objetivamente deberían producir el resultado; 2) que la ausencia de resultado no se deba al desistimiento del autor; 3) el dolo del autor. Los elementos 1) y 2) son los elementos objetivos de la tentativa, mientras que el dolo constituye el requisito subjetivo.

Correspondería analizar a continuación cuando existe comienzo de ejecución para delimitar la tentativa de los actos preparatorios, pero al ser un punto con más relevancia doctrinaria que legal, puede ser analizado en general para ambas legislaciones y por esa razón se trata en el acápite III.B.

II.C. La tentativa en Argentina

El artículo 42 del Código Penal argentino establece:

El que con el fin de cometer un delito determinado comienza su ejecución, pero no lo consuma por circunstancias ajenas a su voluntad sufrirá las penas establecidas en el artículo.44

Donna afirma que la doctrina mayoritaria argentina sostiene en su caracterización de la tentativa la existencia de un tipo objetivo incompleto y un tipo subjetivo completo.⁴³ Sin embargo, esto es relativo, puesto que tanto Donna como Zaffaroni, dos de los penalistas más reconocidos en la Argentina, no sostienen esa caracterización. El primero afirma que el tipo subjetivo no se da completo, y el segundo que tanto el objetivo como el subjetivo se presentan usualmente incompletos.⁴⁴

El Código Penal argentino, entonces, al igual que el Código español, establece la fórmula del principio de ejecución como elemento definitorio para la tentativa. En el artículo 43 prevé el desistimiento voluntario y en el artículo 44 la pena de la tentativa, afirmando que se reducirá la del delito

43. DONNA, *Derecho Penal Parte General*, Tomo VI, p. 27.

44. ZAFFARONI & ALAGIA & SLOKAR, *Derecho Penal Parte General*, p. 809.

consumado de un tercio a la mitad, sin establecer parámetros para realizar la reducción como lo hace el código español en el artículo 62.

El último párrafo del artículo 44 dice:

Si el delito fuera imposible, la pena se disminuirá en la mitad y podrá reducirse al mínimo legal o eximirse de ella, según el grado de peligrosidad revelada por el delincuente.

Los autores argentinos coinciden en que el mal llamado “delito imposible” no es otra cosa que la tentativa inidónea,⁴⁵ previendo la eximición de pena para los casos de tentativa irreal –conforme a la clasificación que hicieramos al tratar la regulación española–. La referencia final a la peligrosidad revelada por el delincuente es muy poco feliz, y suponemos que responde a la confusión de ideas y corrientes doctrinarias que el legislador tuvo en miras al momento de legislar la tentativa, influenciado por doctrinas de aquellos tiempos, ya que la regulación de la tentativa no fue modificada desde la sanción del actual código, redactado en 1917 y sancionado en 1921.⁴⁶

Como resultado de este breve resumen, puede destacarse que ambas legislaciones recogen la fórmula del principio de ejecución, vinculada a la fundamentación objetiva de la tentativa. Sin embargo, el Código español, a diferencia del argentino, hace explícita la opción cuando en el artículo 62 dispone que para establecer la pena de la tentativa deberá atenderse al peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado.

III. LOS ACTOS PREPARATORIOS

A efectos de delimitar los actos preparatorios debemos analizar los conceptos que operan como limítrofes en el llamado *iter criminis*, que son, la ideación en un extremo, por un lado, y los actos de ejecución o tentativa, por el otro. Como resultado de ese análisis, lo que quede en el medio serán

45. DONNA, *Derecho Penal Parte General...*, p. 101; ZAFFARONI & ALAGIA & SLOKAR, *Derecho Penal Parte General*, p. 837.

46. DONNA, *Derecho Penal Parte General*, Tomo VI, p. 101. Sostiene que el redactor del Código Penal trató de eliminar tanto la teoría subjetiva como la influencia del positivismo imperante en la época, pero que sin embargo no logró filtrar toda la influencia de esas posiciones.

los actos preparatorios, que además podrían caracterizarse como los actos que el sujeto realiza a efectos de planear, proyectar y organizar el hecho delictivo.

III.A. Las fases previas y la punibilidad de los actos preparatorios

La doctrina suele distinguir diferentes etapas del *iter criminis*. Algunos autores señalan la preparación, la tentativa, la consumación y la finalización como etapas básicas del delito. Otros autores las distinguen con más detalle: concepción, decisión, preparación, comienzo de ejecución, acontecer del resultado típico y agotamiento del hecho.⁴⁷

Mir Puig⁴⁸ distingue la fase interna y la fase externa del *iter criminis*. Siguiendo este criterio, lo que al principio del punto III llamamos “ideación” forma parte de la fase interna y puede abarcar tanto la concepción, la deliberación, como la decisión e incluso toda la preparación que tiene lugar en la mente del sujeto. Esta distinción de esferas tiene doble relevancia; por un lado, indica la diferenciación entre la ideación y los actos preparatorios y, por el otro, marca un límite prácticamente infranqueable para la punición, pues en virtud del principio formulado por Ulpiano *cogitationis poenam nemo patitur* la punición de las ideas y pensamientos está prohibida.

Pero, en tanto existen hechos de preparación exteriorizados que tampoco deberían poder considerarse preparación punible, parecen necesarios otros criterios para determinar lo punible de lo no punible, además de la distinción entre fase interna y externa.

Jakobs parece venir en nuestro auxilio precisando la delimitación entre los ámbitos citados. Si bien distingue el ámbito interno del externo a través de la cita de Ulpiano, destaca que en un ordenamiento de libertades también el ámbito externo goza de protección. Más precisamente, el autor parte del reconocimiento del posible autor como ciudadano⁴⁹ y diferencia

47. ZAFFARONI & ALAGIA & SLOKAR, *Derecho Penal Parte General*, p. 810.

48. MIR PUIG, *Derecho Penal Parte General*, pp. 346 y ss.

49. JAKOBS, *Derecho Penal Parte General. Fundamentos y...*, p. 295. Afirma que una de las causas de anticipación de la punibilidad está dada por la aplicación del principio de la protección del bien jurídico, que produce que al autor se lo trate como enemigo y no como ciudadano. Él, entonces, parte de la idea contraria, tratando al posible autor como ciudadano.

una esfera civil interna y una esfera civil externa.⁵⁰ Tanto en una como en la otra, el derecho penal sólo puede ingresar cuando la conducta del sujeto se introduce en ámbitos de organización ajenos.⁵¹ El autor afirma que:

En un Estado de libertades están exentas de responsabilidad no sólo las *cogitationes*, sino toda conducta que se realice en el ámbito privado y, además, toda conducta externa que sea per se irrelevante.⁵²

En el mismo sentido, Pawlik sostiene que “esa esfera privada también abarca la propia conducta, en tanto en cuanto, por ejemplo, se manifiesta a través de contactos consensuados con otras personas”.⁵³

La primera distinción entre fase interna y externa es útil a efectos de diferenciar los actos preparatorios en el *iter criminis*, pues algo que pasa en la cabeza del sujeto nunca puede constituir un acto preparatorio de relevancia para el derecho penal, y la segunda distinción nos otorga un criterio respecto a lo que puede legítimamente punirse.⁵⁴ Este análisis evidencia que el estudio sobre la caracterización de los actos preparatorios se encuentra necesariamente atravesado por el estudio de la legitimidad de la punición, y que, a su vez, la legitimidad de la punición no puede analizarse sin un concepto de ilícito material.

En definitiva, podría definirse el ámbito de lo punible también a través de una cita de Jakobs: “Con el fin del dominio de los sujetos termina la libertad civil”.⁵⁵

50. Entiende el autor que la delimitación entre el ámbito interno y el externo no debe partir de un concepto naturalista sino normativo. JAKOBS, “Criminalización en el estadio previo a...”, p. 296.

51. JAKOBS, “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, pp. 302 y ss.

52. JAKOBS, “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, pp. 302 y ss.

53. PAWLIK, La libertad institucionalizada. Estudios de Filosofía jurídica y Derecho penal, p. 101.

54. Luego, se puede estar de acuerdo o no con los alcances que el autor otorga al ámbito de organización ajeno o a la conducta per se irrelevante.

55. JAKOBS, “Criminalización en el estadio previo a...”, p. 306. Sin embargo, luego el autor acepta la punición de conductas como las de tenencia de arma. Ver también, precisando la idea de control, VILLAR, M., ¿Responsabilidad por la suerte?

III.B. La distinción entre actos preparatorios y actos de ejecución

Ya dentro de la fase externa, todos los actos que no sean de ejecución y constituyan actos tendientes a la concreción del delito serán actos preparatorios en sentido general.⁵⁶ Estos actos tienen una manifestación en el mundo exterior y abarcan la etapa de planificación externa hasta la ejecución del hecho.⁵⁷ Ahora bien, la distinción precisa entre los actos preparatorios y los actos de ejecución forma parte de una de las materias más complejas y discutidas dentro de la dogmática penal. Su importancia es mayúscula, pues a través de esa distinción podrá delimitarse, aunque sea como regla general, la punición del *iter criminis*.

En lo que sigue se realiza un apretado resumen de las teorías que se desarrollaron tratando de echar luz a la separación entre los actos de preparación y los de ejecución.⁵⁸

III.B.1. Teorías subjetivas

III.B.1.a. Teoría puramente subjetiva

Fue defendida por von Buri en Alemania y propugnaba la existencia de tentativa a partir de "la primera actividad llevada a cabo que, con voluntad delictiva, se dirija a la consumación".⁵⁹ Así, lo que marcaba el comienzo de la ejecución, y con ella, el comienzo de la punibilidad, era la "voluntad objetivada".⁶⁰ Otro autor que la defendió fue Eisenmann, quien sostuvo que "existe una tentativa punible en cuanto la intención antijurídica puede reconocerse en acciones que comportan su realización".⁶¹ Mir Puig agrega que lo decisivo para esta teoría radica en la opinión del autor acerca de la conducta que es decisiva en su propio plan delictual.

Esta teoría prácticamente no tuvo más defensores que los dos autores nombrados y la mayoría de los doctrinarios que adscribieron a teorías

56. Dejando acá de lado el tema de la punibilidad.

57. DONNA, Derecho Penal Parte General, Tomo VI, p. 32.

58. Se siguen en lo sustancial los desarrollos realizados en MIR PUIG, *Derecho Penal Parte General*, pp. 356-358 y FARRÉ TREPAT, *La tentativa del delito. Doctrina y...*, pp. 174-229.

59. FARRÉ TREPAT, *La tentativa del delito. Doctrina y jurisprudencia*, p. 174.

60. FARRÉ TREPAT, *La tentativa del delito. Doctrina y jurisprudencia*, p. 175.

61. FARRÉ TREPAT, *La tentativa del delito. Doctrina y...*, p. 175. Cita de EISENMANN, ZStW, 13 (1893), p. 485.

subjetivas prefirieron la teoría del *dolus ex re*. Por otra parte, esta teoría borra la distinción entre actos preparatorios y ejecutivos, y amplía la punición a actos que actualmente los propios códigos penales consideran impunes.

III.B.1.b. Teoría del *dolus ex re*

Esta teoría exigía, además de la acción exteriorizadora de voluntad, una voluntad dirigida a cometer un delito específico. Existe tentativa, entonces, cuando la voluntad ha sido exteriorizada de forma inequívoca a la consecución de ese delito.

Este enfoque presenta, al igual que la anterior, severos problemas. Por un lado, podría dejar impunes en algunos casos actos típicos de ejecución por la exigencia de la manifestación unívoca en referencia a un delito específico. Por el otro, cuando la manifestación de la voluntad es muy fuerte, ampliaría la punición a actos muy lejanos a la conducta establecida en el tipo penal.

III.B.1.c. Teoría de la univocidad

Para esta teoría subjetiva la atención está puesta en que la voluntad delictiva sea lo suficientemente firme, invariable o irrevocable.⁶² Serán entonces actos de ejecución punibles aquellos que manifiesten de manera unívoca o inequívoca la voluntad del autor de cometer el delito. Esta teoría, para evaluar la seriedad de la manifestación, recurrió en un primer momento al plan del autor. Luego los doctrinarios fueron desarrollando diferentes criterios para juzgar la resolución irrevocable de cometer el delito, recurriendo a criterios objetivos, subjetivos y mixtos.

III.B.1.d. Teoría de Bockelmann

Este autor afirmó que el criterio para distinguir entre actos preparatorios y actos de tentativa radica en observar si el autor tomó la decisión última y más trascendente sobre el sí de la acción, es decir, "cuando el dolo del autor ha superado la prueba de fuego de la situación crítica".⁶³

62. FARRÉ TREPAT, La tentativa del delito. Doctrina y jurisprudencia, p. 178.

63. FARRÉ TREPAT, *La tentativa del delito. Doctrina y...*, p. 178. Cita de BOCKELMANN, JZ, 1954, p. 473.

Las teorías subjetivas tuvieron una alta recepción doctrinaria y jurisprudencial, pero han sido progresivamente abandonadas y actualmente no se encuentran defensores. Lo cierto es que, con la inclusión de fundamentos objetivos en la mayoría de los códigos penales de occidente, estas teorías resultan hoy prácticamente imposibles de sostener, a la par que provocan una ampliación de la tentativa incluyendo actos preparatorios, tendencia contraria a la sostenida por la mayoría de los autores, que buscan otorgar criterios que doten de precisión el límite entre tentativa y preparación. Farré Trepát destaca que el aporte de las teorías subjetivas fue acercar la perspectiva del plan del autor al análisis de la cuestión.⁶⁴

III.B.2. Teorías objetivas

III.B.2.a. Teoría objetivo formal

La teoría objetivo formal sostuvo que el comienzo de la tentativa, es decir, de los actos de ejecución, están delimitados por la acción típica del delito en cuestión. La tentativa comienza con el inicio de la acción típica. Todas las conductas que no son subsumibles en el tipo penal a partir del verbo son conductas preparatorias.

Esta teoría fue dominante en la doctrina alemana durante muchos años, y entre sus representantes pueden enumerarse Zachariä, Mittermaier, Beling, von Liszt y von Hippel, entre otros. En Argentina fue defendida por Sebastián Soler.⁶⁵

Sin dudas, tiene algunas ventajas muy claras. Por un lado, tal como destacan los autores, otorga seguridad jurídica, pues delimita con algún nivel de precisión los actos de ejecución de los preparatorios. Por el otro, al igual que la teoría formal objetiva de la autoría, es respetuosa del principio de legalidad. Luego, también hay que destacar como desventaja —aunque no lo considero una desventaja pura—, que es una teoría restrictiva con respecto a los actos de ejecución. Ahora bien, tal como destaca Mir Puig,⁶⁶ la teoría desplaza el problema de la delimitación entre actos de preparación y actos de ejecución al ámbito de decisión sobre cuándo comienza

64. FARRÉ TREPAT, La tentativa del delito. Doctrina y jurisprudencia, p. 188.

65. SOLER, Derecho Penal Argentino, pp. 203 y ss.

66. MIR PUIG, *Derecho Penal Parte General*, p. 356. En el mismo sentido FARRÉ TREPAT, *La tentativa del delito. Doctrina y...*, p. 190.

la acción típica.⁶⁷ Además, sostener esta teoría equivale a decir que en los delitos instantáneos no existe la tentativa, afirmación que muchos autores, pero todavía más la jurisprudencia, pueden ser renuentes a aceptar.

III.B.2.b. Teorías objetivo materiales

Estas teorías pretenden delimitar de manera material y objetiva el contenido de ambos tipos de actos.

Entre las teorías de tipo objetivo materiales Farré Trepát menciona:

- Teorías basadas en la causalidad: Los sostenedores de estas teorías quisieron encontrar la diferencia entre actos preparatorios y actos ejecutivos en función del diverso significado causal que pueden tener dichos actos en relación con el resultado. Una de estas teorías fue la que distinguió entre causa y condición pretendiendo encontrar la delimitación entre actos de preparación y actos de ejecución en que los primeros constituyen condición del delito y los segundos causa. Sin embargo, esta distinción en los hechos resultó ser impracticable. Otra de las teorías analizó el distinto valor de las condiciones según su consideración concreta y abstracta, eso significaba que hay conductas que condicionan el resultado típico de manera esencial y por ello constituyen actos de ejecución. Estas teorías basadas en la causalidad, tal como destaca Farré Trepát, conducen a resultados bastante parecidos a los de la teoría formal objetiva.
- La formulación de Frank: Este autor afirmó que:

Existe ya un principio de ejecución en todos los momentos de actividad que en virtud de su necesaria conexión con la acción típica aparecen como parte integrante de ella según una concepción natural.⁶⁸

- Teoría del peligro: Esta teoría, que ha sido elaborada por la doctrina alemana, sostiene que una acción es ejecutiva cuando existe

67. Si bien la objeción es clara, y tal como sostiene Farré Trepát, vale preguntarse aun cuando comienza la acción de matar, si cuando se saca la pistola o cuando se apunta, también es cierto que es un criterio que en algunos casos delimita con precisión la tentativa. En este sentido, concentra los problemas de interpretación en una zona gris que parecería ser más acotada.

68. FARRÉ TREPAT, La tentativa del delito. Doctrina y jurisprudencia, p. 196.

un peligro objetivo para el bien jurídico protegido. En ausencia de este peligro, la conducta será preparatoria. Luego, sus sostenedores fueron progresivamente exigiendo que el peligro sea concreto, directo o serio.⁶⁹

- Teoría del ataque al bien jurídico: Indica que el principio de ejecución tiene lugar cuando la conducta del autor comporta un ataque al bien jurídico. Estos autores, además, han relacionado la exigencia del ataque al bien jurídico con la posibilidad de ejercer legítima defensa.

III.B.3. Teorías mixtas

Dentro de las teorías mixtas Farré Trepát incluye la fórmula de Frank sumada a la consideración del plan del autor; la teoría del peligro sumada a la consideración del plan del autor; la *Ansatzformel* aportada por Welzel; y la posición de Schmidhäuser.

Mir Puig⁷⁰ conceptualiza una teoría mixta a partir de la fórmula de Frank, adicionando precisiones tomadas de la doctrina alemana.⁷¹ En este sentido, destaca la necesidad de valorar el plan del autor desde un prisma objetivo-subjetivo, y luego establece dos criterios de valoración de ese plan: la puesta en peligro inmediata del bien jurídico y la inmediatez de la acción. Así, el comienzo de la tentativa estará marcado por la puesta en peligro del bien jurídico a través de una conducta inmediatamente anterior a la plena realización de la conducta típica.

También sostuvieron teorías mixtas Jiménez de Asúa, Rodríguez Mourullo, y Gimbernat Ordeig en España.

Finalmente, cabe destacar la existencia de doctrinarios que niegan la posibilidad de distinción entre los actos de preparación y los de ejecución. Por ejemplo, Molina Fernández sostiene que tanto preparar como ejecutar son conceptos graduales, de modo que el intento de hallar un criterio en base a pautas materiales o cualitativas está condenado al fracaso. Así, propone la utilización de criterios valorativos generales que ayuden a los jueces fijar convencionalmente límites y que a la vez sirvan para justificar los adelantos de punibilidad. Estos criterios son: 1) peligrosidad cualifica-

69. FARRÉ TREPAT, La tentativa del delito. Doctrina y jurisprudencia, p. 199.

70. MIR PUIG, Derecho Penal Parte General, p. 357.

71. Parte de la fórmula de Frank y suman precisiones Baumann y Stratenwerth.

da evaluada a través de la gravedad del daño que podría causar y de la probabilidad de que suceda; 2) firmeza de la resolución; y 3) inequívocidad.⁷²

III.C. Los actos preparatorios punibles en España

Los actos preparatorios eran punibles ya en el primer Código Penal español del año 1822, por lo que podría sostenerse que su punición forma parte de la tradición penal española. Es recién en el Código Penal de 1848 que se introduce la impunidad de los actos preparatorios.⁷³

En el Código Penal vigente los actos preparatorios son por regla general impunes. Pero existen tres tipos de actos preparatorios punibles,⁷⁴ que se encuentran previstos en la parte general del Código y que resultan aplicables sólo a algunos delitos⁷⁵ de la parte especial que específicamente así lo establecen.⁷⁶ Son la conspiración, la proposición y la provocación para delinquir.

Se seguirá en la explicación fundamentalmente el texto del profesor Molina Fernández.⁷⁷ Este autor afirma que:

Son actos preparatorios del delito aquellos actos materiales dirigidos a la realización de un delito que se sitúan en la fase previa a la

72. MOLINA FERNÁNDEZ, "Formas imperfectas de ejecución del delito...", p. 321.

73. FARRÉ TREPAT, *La tentativa del delito. Doctrina y...*, p. 219. Refiriéndose al primer código la autora afirma: "[...] Si bien consideraba punibles de forma general los actos preparatorios, en el art. 6 establecía: 'La proposición hecha y no aceptada para cometer un delito y la conjuración en que no haya llegado a haber tentativa, no serán castigadas sino en los casos en que la ley lo determine expresamente'", p. 257.

74. Pueden ser cuatro si se tiene en cuenta la apología establecida en el artículo 18.1.2 del Código Penal español.

75. LLABRÉS FUSTER, "Comentarios artículos 17 y 18", p. 219. "Se opta por un sistema de punición específica de éstas tres concretas clases de actos preparatorios, que sólo se castigarán en los casos expresamente previstos respecto de determinados delitos o grupos de delitos: homicidio y asesinato (art. 141), lesiones (art. 151), detenciones ilegales y secuestros (art. 168), trata de seres humanos (art. 177 bis 8), robo, extorsión, estafa y apropiación indebida (art. 269), blanqueo de bienes (art. 304), tráfico de drogas (art. 373), delitos contra la administración pública (art. 445), rebelión (art. 477), homicidio, lesiones y detenciones ilegales al Rey y personas de protección asimilada (art. 488), asociación ilícita (art. 519), sedición (art. 548), atentado (art. 553), terrorismo (art. 579), traición (art. 585), y los delitos contra la comunidad internacional (art. 615)".

76. LLABRÉS FUSTER, *Comentarios Prácticos al Código Penal*, pp. 219-220. El autor destaca las falencias de esta forma de punición, que en algunos casos hace referencia a todos los delitos del capítulo o título generando dudas respecto a los tipos estrictamente concernidos.

77. MOLINA FERNÁNDEZ, "Formas imperfectas de ejecución del delito...".

ejecución propiamente dicha del delito, esto es, que son previos a la tentativa.⁷⁸

Se afirma que para poder anticipar la punición a los actos preparatorios de un delito deben darse tres condiciones:

- que sea previsible un resultado grave;
- que el acto preparatorio sea inequívoco;
- que, por las condiciones del hecho, la resolución delictiva sea suficientemente firme.

Tal como quedó establecido anteriormente, la presencia de las tres condiciones establecidas por Molina Fernández no es suficiente para la punición de actos preparatorios, sino a la inversa: las tres condiciones deben darse en los actos preparatorios punibles previstos en la ley y en relación con aquellos delitos que específicamente admiten su punición.

Los tres casos de anticipación punitiva del Código requieren, como se verá, la intervención de varios sujetos en el hecho, es decir que –por lo menos en abstracto– es esperable que se den las tres condiciones arriba descritas, por eso, se entiende que son figuras “a caballo entre la teoría del *iter criminis* y la de la participación delictiva”.⁷⁹ Llabrés Fuster destaca, asimismo, que, si bien su naturaleza es discutida, en cualquier caso, son formas previas a la codelinuencia.⁸⁰

Previo a analizar los actos preparatorios en particular corresponde resaltar que, al no ser delitos autónomos, no cabe la participación ni las formas de imperfecta realización en ellos, y que a pesar de no tener previsto el desistimiento como en el caso de la tentativa, la jurisprudencia y la doctrina han admitido su aplicación.

III.C.1. La conspiración

Conforme lo establecido en el artículo 17.1 del Código Penal español, “la conspiración existe cuando dos o más personas se concertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo”.

78. MOLINA FERNÁNDEZ, “Formas imperfectas de ejecución del delito...”, p. 312.

79. MOLINA FERNÁNDEZ, “Formas imperfectas de ejecución del delito...”, p. 313.

80. LLABRÉS FUSTER, “Comentarios artículos 17 y 18”, p. 218.

Son elementos de la conspiración:

- i) La intervención de dos o más personas. La jurisprudencia ha sostenido que deben reunir las condiciones necesarias para poder ser autores del delito proyectado.⁸¹
- ii) El concierto para la ejecución de un delito. Debe existir un acuerdo de voluntades de los conspiradores para cometer un delito. “Es, por ello, un acto preparatorio de coautoría (**coautoría anticipada**)”.⁸² Se afirma que no basta que la concertación se realice para cometer delitos en general, sino que se debe identificar el delito, sobre todo teniendo en cuenta que la rebaja de la pena se hace a partir de la pena del delito consumado.
- iii) La resolución ejecutiva debe ser firme. Si varias personas se reúnen y comienzan a planear un delito, pero aún no han resuelto ejecutarlo, el hecho no es punible. La resolución de ejecutarlo, además de firme, debe existir en todos los intervinientes. Con relación a este último requisito, la jurisprudencia ha exigido un lapso de tiempo entre la resolución de cometer el delito determinado y el hecho, entendiendo que implica reflexión.⁸³
- iv) La viabilidad del plan. Es un elemento que viene exigiéndose jurisprudencialmente.⁸⁴

III.C.2. La proposición

Según lo establece el artículo 17.2 del Código Penal español, “la proposición existe cuando el que ha resuelto cometer un delito invita a otra u otras personas a participar en él”.

Son elementos de la proposición:

- i) La resolución delictiva por parte del proponente. Si no fuera así, la conducta sería más cercana a una conspiración no punible –aún–.

81. MOLINA FERNÁNDEZ, “Formas imperfectas de ejecución del delito...”, p. 313.

82. MOLINA FERNÁNDEZ, “Formas imperfectas de ejecución del delito...” La negrita corresponde al original.

83. MOLINA FERNÁNDEZ, “Formas imperfectas de ejecución del delito...”, p. 314.

84. MOLINA FERNÁNDEZ, “Formas imperfectas de ejecución del delito...”, p. 314.

- ii) La invitación a otro u otros a participar del delito. Antes de la reforma del año 2015 el artículo se refería a invitar a otro u otros a “ejecutar” el delito.⁸⁵

Afirma Molina Fernández que luego de la reforma quedan abarcadas por la proposición a cometer delitos, haciendo una interpretación amplia del término “participación”:

- a) La invitación a otro para que éste cometa el delito en autoría directa, coautoría (con el proponente o un tercero) o autoría mediata;
- b) La invitación a otro para que éste participe (en sentido estricto) como inductor, cooperador necesario o (más discutible) como cómplice en el delito que va a realizar como autor el proponente o un tercero.

En la aplicación de esta figura, sobre todo antes de la reforma del Código Penal, el Tribunal Superior español exigió además que la ejecución propuesta sea algo posible; que la propuesta sea seria y concreta, y claro, que el delito no inicie su ejecución. Se destaca además que no es necesario que la invitación del proponente sea aceptada.⁸⁶

III.C.3. *Provocación*

Establece el artículo 18 del Código Penal español:

La provocación existe cuando directamente se incita por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia

85. Se sostiene que luego del conocido caso “fiscal Zaragoza” se introdujo la reforma a efectos de ampliar la punibilidad a aquellos supuestos en que el proponente no intervenga en el hecho. No queda claro si la reforma logró lo que se proponía, pues la invitación a participar hace referencia a que el invitado puede ser autor o participe, pero nada agrega sobre el proponente, sobre todo porque el texto legal se refiera a quien “ha resuelto cometer un delito”. Molina Fernández sostiene que la jurisprudencia y la doctrina por completo dominante vienen incluyendo también los casos en que el proponente no participa del hecho, esto, por la modificación que se realizó de la provocación, que actualmente no incluye la provocación individual. MOLINA FERNÁNDEZ, “Formas imperfectas de ejecución del delito...”, p. 316. Esta pareciera la interpretación más razonable, aunque un poco reñida con el principio de legalidad.

86. MOLINA FERNÁNDEZ, “Formas imperfectas de ejecución del delito...”, p. 316.

semejante, que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas, a la perpetración del delito.

Como bien destaca Molina Fernández, la naturaleza de la provocación como acto preparatorio requiere de algunas precisiones, pues si se entiende por acto preparatorio del delito aquel que realiza el autor previo a la ejecución, la provocación sería sólo una inducción en grado de tentativa, porque el provocador no prepara el delito, sino que induce a otros a prepararlo y ejecutarlo. Más aun para aquellos autores que consideren que la inducción es autoría en sentido estricto.

Son elementos de la provocación:

- i) La incitación directa, entendiéndose por ésta la provocación a personas a que terceros ejecuten.
- ii) La incitación debe realizarse a través de un medio de difusión o ante una concurrencia de personas, pues lo distintivo de la provocación parece ser la masividad de los destinatarios, de ahí que los autores expongan sus dudas sobre el significado puntual del término “concurrencia”.
- iii) Debe incitarse a la realización de un delito determinado. No basta con realizar una incitación general a delinquir.

Se destaca en el mismo artículo que si a la provocación siguiera la realización del delito por parte de alguno de los provocados, el provocador será responsable de inducción, de modo que la provocación es una inducción intentada.

III.C.3.a. Apología

Además de la provocación, el artículo 18 regula la apología. Según el inciso 2 de ese artículo:

Es apología, a los efectos de este Código, la exposición, ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor. La apología sólo será delictiva como forma de provocación y si por su naturaleza y circunstancias constituye una incitación directa a cometer un delito.

Como se desprende de manera clara de la regulación legal, la apología es una forma de provocación, de modo que el artículo viene a precisar, quizás innecesariamente, que quienes inciten directamente a cometer un delito determinado a través de la difusión de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor se les aplicará este artículo. Lo que viene a dejar claro que la simple apología no es punible.

Para Molina Fernández es una fórmula vacía, pues la apología nunca puede ser por sí misma provocación, porque esta última requiere una actividad mucho más específica por parte del provocador, con lo cual, se podrán dar juntas, pero nunca sólo la apología, de modo que era innecesaria su inclusión en el artículo. Apoya su argumento señalando el establecimiento del delito de apología en otros tipos penales, por ejemplo, delitos de lesa humanidad y genocidio.⁸⁷

III.C.4. Otros actos preparatorios

Además de estos actos preparatorios punibles que se enumeran en la parte general del Código Penal español, también la parte especial prevé delitos que constituyen adelantamientos de punición. En tal sentido, sería esperable que un análisis como el que se realiza en este trabajo respecto al Código Penal argentino arrojara similares resultados. Sólo a modo de ejemplo, pueden citarse los artículos 400 o 510 del C.P.E.

III.D. La fundamentación de los actos preparatorios punibles

Existe, en general, correlación entre la fundamentación de la tentativa y la fundamentación de los actos preparatorios punibles. Así, aquellos autores que fundamentan la tentativa a través de la teoría subjetiva, se encuentran a favor de la punibilidad de los actos preparatorios en los que se manifieste la voluntad criminal, de modo que también defenderán la punición de los actos previstos en la parte general del Código Penal español.⁸⁸

Aquellos autores que fundamentan la tentativa del delito a partir de parámetros objetivos entienden que la punición de los actos preparatorios

87. MOLINA FERNÁNDEZ, "Formas imperfectas de ejecución del delito...", p. 320.

88. FARRÉ TREPAT, *La tentativa del delito. Doctrina y...*, p. 259. Cita dentro de estos autores a Silvela y Ramiro Rueda.

es excepcional debido al mayor peligro para el bien jurídico que estos actos importan, al ser llevados a cabo por varios sujetos.

Tal como ya se destacó, Molina Fernández afirma que para que pueda anticiparse la punición a los actos preparatorios previstos en el Código Penal español es necesario que sea previsible un resultado grave; que el acto preparatorio sea inequívoco; y que la resolución delictiva sea firme.⁸⁹ La existencia de las circunstancias enunciadas es lo que fundamenta su punición, es decir, que son supuestos que se punen en relación con la gravedad y peligrosidad de la conducta.

En el mismo sentido, Llabrés Fuster sostiene que el fundamento de la punición de los actos preparatorios radica en la peligrosidad que entrañan para el bien jurídico:

Sólo la prevención de aquellos supuestos que constituyan ataques más graves y contra bienes jurídicos más relevantes puede legitimar la anticipación de la intervención penal hasta esos estadios anteriores al inicio de la ejecución.⁹⁰

También Mir Puig se refiere a los supuestos previstos en los artículos 17 y 18 del Código Penal español como casos especialmente peligrosos.⁹¹

Nótese que la misma noción de peligrosidad es la que justifica la punición de los delitos de peligro.⁹²

Sobre este punto resta decir que es llamativo que la doctrina española haya dedicado tanta atención al estudio de la fundamentación de la tentativa y, sin embargo, no haya dedicado el mismo esfuerzo a la fundamentación de los actos preparatorios.⁹³

89. MOLINA FERNÁNDEZ, “Formas imperfectas de ejecución del delito...”, p. 312.

90. LLABRÉS FUSTER, “Comentarios artículos 17 y 18”, p. 218.

91. MIR PUIG, *Derecho Penal Parte General*, p. 346.

92. PUSCHKE, “Origen, esencia y límites de los...”.

93. En principio, es lógico que una cláusula con alcance general como la de la tentativa haya requerido un esfuerzo de fundamentación. Sin embargo, los actos preparatorios punibles tienen un ámbito de aplicación bastante extendido, más aún si se tienen en cuenta los adelantamientos de la parte especial.

III.E. Los actos preparatorios en el Código Penal argentino

Argentina tuvo a lo largo de su historia dos códigos penales:⁹⁴ el sancionado en el año 1886, redactado originariamente por Carlos Tejedor, y el sancionado en el año 1921, actualmente vigente, aunque con numerosísimas modificaciones. En ninguno de dichos códigos se habilitó la punición de actos preparatorios a través de una cláusula en la parte general. En este sentido, los actos preparatorios del delito para el derecho penal argentino fueron siempre impunes.

Sin embargo, esto no significa que los actos preparatorios nunca son punibles en el derecho argentino. A este respecto, cabe realizar dos aclaraciones: una sobre el concepto mismo de actos preparatorios, y otra sobre las opciones de técnica legislativa.

III.E.1. Sobre el concepto de actos preparatorios

En el punto III, se ensaya una definición de los actos preparatorios. Sin embargo, la utilidad de esa definición es baja porque no proporciona información material sobre el contenido de dichos actos. En este sentido, lleva razón Jakobs cuando afirma que el concepto de consumación es un concepto formal, de agotamiento del tipo, y no material, lo que vale decir que no se basa en un concepto material de delito.⁹⁵ Así, la imprecisión para definir un acto como preparatorio es consecuencia de la imprecisión de la definición de delito o ilícito material.

Tal como quedó expuesto con el tratamiento de las teorías, tampoco existe un criterio de distinción preciso entre los actos preparatorios y los actos de ejecución, de modo que no es posible señalar con claridad los tipos penales especiales que criminalizan estos actos en la parte especial del código. Por eso, cuando se hace referencia a los actos preparatorios que son punibles en la ley penal, se debe tener en cuenta esta dificultad. Si existen problemas para definir materialmente el acto preparatorio, luego debemos ser cautelosos al momento de afirmar que determinado tipo penal incrimina un acto de preparación, a pesar de que en algunos casos es poco discutible.

94. Puede encontrarse una reseña histórica en ZAFFARONI & ALAGIA & SLOKAR, *Derecho Penal Parte General*, pp. 248-256.

95. JAKOBS, “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, p. 293.

El concepto material de delito que más comúnmente se sostiene gira en torno a la idea de daño,⁹⁶ entendido como garantía de un Estado liberal de derecho. En esto no encuentro nada objetable, sino todo lo contrario: parece un concepto correcto para definir materialmente el ilícito. Ahora bien, desde hace mucho tiempo la idea de lesión de un derecho o de un bien jurídico como sustrato material del concepto de delito viene incluyendo el concepto de peligro.⁹⁷ Así, conductas que no generan daño o lesión son consideradas delictivas e incluidas con cada vez más frecuencia en los códigos penales.

Lo expuesto genera una gran dificultad, pues el concepto de peligro desdibuja completamente la idea de daño como límite y hace muy imprecisos los contornos entre acto preparatorio, tentativa y delito. Sobre esta idea voy a volver para cerrar este trabajo.

III.E.2. Sobre la técnica legislativa

Existen diferentes formas de punir un acto preparatorio. Una de ellas es incluir una cláusula general en el código, y otorgarle diferentes alcances, como lo hizo el legislador español al establecer que los artículos 17 y 18 sólo se aplican a determinados delitos.

Otra forma de punir actos preparatorios es incluirlos en la parte especial del código, como delitos independientes, a través de los llamados tipos de peligro abstracto. La doctrina alemana ha distinguido entre actos preparatorios en sentido estricto y delitos de peligro abstracto.⁹⁸ A los primeros, Puschke los define así:

Constituyen la preparación de una futura lesión dolosa que afecta a bienes jurídicos individuales o colectivos. [...] Desde la perspectiva dogmática se habla de un delito rudimentario o de un delito incompleto de dos o varios actos.⁹⁹

96. Esto, independientemente de que se suele exigir también un disvalor de conducta o de acción además del disvalor de resultado.

97. ALCÁCER GUIRAO, “Enjuiciamiento del peligro, tentativa y delitos...”. En la página 415, afirma que el injusto material se concibe como peligro o lesión a un bien jurídico, y luego en nota al pie sostiene que es posición mayoritaria de la doctrina la concepción del injusto de carácter esencialmente objetivo.

98. PUSCHKE, “Origen, esencia y límites de los...”, pp. 5 y ss.; JAKOBS, “Criminalización en el estadio previo a...”, p. 309 y ss.

99. PUSCHKE, “Origen, esencia y límites de los...”, p. 5.

Tanto Puschke como Jakobs los han estudiado y han contribuido en los trabajos citados a su delimitación a través de la elaboración de pautas elementales en lo concerniente a su posible legitimidad.¹⁰⁰

Además, puede caracterizarse también como punición de actos preparatorios¹⁰¹ la previsión de pena del instigador, y la del partícipe cuando su aporte es previo a la ejecución. En Argentina, tanto la doctrina como la jurisprudencia afirman la accesoriedad externa o cuantitativa para la punibilidad del partícipe y del instigador.¹⁰²

Ahora bien, teniendo en cuenta las consideraciones realizadas sobre estos dos aspectos, corresponde hacer un análisis de la parte especial del Código Penal argentino, considerando las diferentes modalidades y formas que puede adoptar un acto preparatorio punible.

III.E.3. Los adelantamientos del Código Penal argentino

Conforme al análisis realizado, se encontraron por lo menos 31 tipos penales que adelantan la punibilidad a actos que podrían ser caracterizados como actos preparatorios. La magnitud total de estos adelantamientos es difícil de medir por varias razones: la primera es que el Código Penal argentino tiene 316 artículos pero existe una cantidad importante de artículos desmembrados en bisés; la segunda es que la mayoría de los artículos tipifican muchas conductas diferentes, de tal forma que la cantidad de artículos no es un buen indicio respecto a la cantidad de conductas tipificadas; y la tercera de las razones y quizás la más importante es que no se analizaron

100. PUSCHKE, "Origen, esencia y límites de los...". Desarrolla criterios de legitimidad a partir de los principios constitucionales. Por su parte JAKOBS, "Criminalización en el estadio previo a...". Desarrolla criterios a partir de su concepto de ilícito, exigiendo fundamentalmente que la conducta opere ya en el ámbito de organización ajeno y que constituyan acciones peligrosas. Pawlik destaca el aporte que la teoría de la imputación objetiva realiza al tema, en PAWLIK, *La libertad institucionalizada. Estudios de Filosofía ...*, p. 100.

101. SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de...*, pp. 741 y ss. En el mismo sentido JAKOBS, "Criminalización en el estadio previo a...", p. 299.

102. Salvo Sancinetti, que propone directamente eliminar la accesoriedad de la participación. Sin embargo, con accesoriedad o sin ella, entiendo que la pena del instigador y del partícipe previo a la ejecución constituyen la punición de un acto preparatorio.

la innumerable cantidad de leyes penales especiales que tiene Argentina.¹⁰³ En este sentido, el análisis que sigue es sólo a título ilustrativo por su alcance limitado.¹⁰⁴

Algunos adelantos de la punibilidad, como la tenencia de arma de fuego (artículo 189 bis 2), la falsificación de documento público (artículo 292, incluyendo la conservación de instrumentos para la falsificación en el artículo 299) o el contacto por medios electrónicos con un menor de edad con fines sexuales (artículo 131), constituyen tipos penales de peligro abstracto que encajan en la descripción realizada por Puschke como "actos preparatorios elevados a la categoría de delito".

Se detectaron también tipos penales que eliminan la accesoriedad cuantitativa de la participación como, por ejemplo, la instigación a provocar o aceptar un duelo (artículo 99 inc. 1), la conspiración para cometer traición (artículo 216), y la instigación pública (artículo 209), en los que se prevé una pena por la sola instigación o conspiración.

Existen otros tipos penales que son de más difícil clasificación, o porque tienen un estilo de redacción que podría denominarse "preparatoria", o porque la conducta de preparación se encuentra enumerada entre muchas otras conductas vinculadas. Así, por ejemplo, los delitos contra la seguridad pública (artículo 189 bis completo) o el artículo 192, que tipifica la conducta de "quien ejecutare cualquier acto tendiente a interrumpir el funcionamiento de un telégrafo o teléfono destinado al servicio de ferrocarril".

A efectos de comparar el Código Penal argentino con el español, son destacables los tipos penales que se relacionan directamente con los actos preparatorios punibles españoles. Entre ellos se puede nombrar: la instigación a cometer delitos (artículo 209) y la apología del crimen (artículo 213) que pueden ser equiparadas a la provocación y apología españolas.

Luego, el artículo 216 tipifica la conspiración para cometer traición, y el artículo 241 inc. 4, la conspiración en delitos militares. Consecuentemente,

103. Es importante destacar, a modo de ejemplo, que el capítulo sobre terrorismo fue eliminado del Código Penal. También algunas materias se encuentran fuera del Código, como narcotráfico y drogas (ley n.º 23.737).

104. Por ejemplo, los tipos penales de peligro abstracto que Jakobs cita como legítimos por ausencia de dominio del autor, como la conducción en estado de embriaguez, en Argentina se encuentran previstos en la legislación contravencional, y conforme al sistema federal adoptado la contravención es diferente en cada provincia.

la conspiración está prevista en el Código argentino, pero con un alcance más acotado que en el Código español.

Es también interesante destacar que la mayoría de los tipos penales que presentan algún problema de adelanto de punibilidad pertenecen a lo que suele denominarse derecho penal clásico, y, salvo casos como el artículo 131,¹⁰⁵ no tienen vinculación con la sociedad de riesgos, sino que es más probable que respondan a la lógica *securitaria*.¹⁰⁶

Finalmente, resta decir que la única conducta vinculada a los actos preparatorios punibles españoles que la ley argentina no prevé específicamente es la proposición.

IV. COMENTARIOS FINALES. DOS IDEAS PROBLEMÁTICAS PARA EL DERECHO PENAL: EL PELIGRO Y LA PREVENCIÓN

Confirmando la sospecha que mencionaba en la introducción, por chocante que pueda parecer que en la parte general de un código penal se establezca la punición de actos preparatorios, la situación no es diferente en un derecho penal como el argentino, que se afirma sobre la supuesta impunidad de los actos preparatorios. Es más, podría pensarse que la inclusión de los artículos 17 y 18 en el Código Penal español tiene la ventaja de generar que la doctrina produzca estudios que contribuyan a establecer los límites legítimos de punición.

Del análisis realizado, entonces, pareciera que la diferencia radica sólo en las opciones de técnica legislativa que en ambos países se utilizan.

Así, el problema sobre el adelantamiento de la punición a ámbitos de la conducta que pertenecen a lo que podrían denominarse actos preparatorios pareciera tener más que ver con la posición mayoritaria respecto al fin de la ley penal y con el concepto de delito, y bastante menos relación con la existencia de los llamados actos preparatorios punibles, a los que excede por completo.

Retomando la idea esbozada en el punto III.E.1. sobre el concepto de daño, vale la pena mencionar que la primera parte del artículo 19 de la Constitución Argentina establece que:

105. En realidad, el tipo penal sigue siendo propio del derecho penal clásico, lo moderno viene a ser el medio utilizado para llevar adelante el acto preparatorio.

106. Díez Ripollés expone cómo el modelo securitario se sirvió del discurso propio del llamado derecho penal del riesgo para sus propios fines. Ver DÍEZ RIPOLLÉS, “De la sociedad del riesgo a...”.

Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, estarán sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados.

Este principio, presente ya en el texto originario de 1853, es la base fundamental de un Estado de libertades –utilizando la terminología de Jakobs–. Viene a enseñarnos que el daño es el presupuesto principal de la intervención penal en el marco de un estado liberal de derecho.¹⁰⁷

Sin embargo, esta idea puede tener diferentes interpretaciones. Un ejemplo del distinto alcance que puede otorgársele al principio de lesividad y de la importancia que reviste el concepto material de ilícito lo constituye la conocida polémica que a nivel local protagonizaron Carlos Nino y Marcelo Sancinetti.¹⁰⁸ Estos autores sostenían conceptos de ilícito diferentes, el primero objetivista y el segundo subjetivista, pero ambos partieron para sus desarrollos del mismo presupuesto: el concepto de daño elaborado por John Stuart Mill en su libro *Sobre la libertad*. No obstante, mientras Nino interpreta la noción de daño como límite objetivo que se traduce en el resultado, Sancinetti lo interpreta como requisito de la voluntad, fijando el interés en las acciones que tiendan a producirlo. El daño para Sancinetti es “el daño como legitimante de la norma que prohíbe tener, a un tal daño, por objeto de la acción”.¹⁰⁹ De esta forma, en Sancinetti la idea de prevención está incluso más presente que en el desarrollo de Nino.

Esta polémica es un claro ejemplo de las diferencias profundas que pueden existir en torno al concepto de daño, que es en definitiva el núcleo mismo del concepto de delito. Tal como quedó expuesto en el tratamiento de la tentativa, las consecuencias prácticas a las que conduce la adopción de un concepto u otro son notables.

En este sentido, considero que el concepto de daño como limitador de

107. BEADE, “¿El resultado como fundamento de la...”, p. 2.

108. Nino escribió su tesis doctoral titulada *Los límites de la responsabilidad penal* (NINO, *Los límites de la responsabilidad penal*) en 1980 y Marcelo Sancinetti publicó, en 1991, su tesis doctoral *Teoría del delito y disvalor de la acción*, en la cual realizó fuertes críticas a la tesis de Nino. Posteriormente, Nino le contestó en una conferencia que luego de su muerte fue publicada en la Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid, que se tituló *Subjetivismo y objetivismo en el derecho penal* (NINO, *Subjetivismo y objetivismo en el derecho...*).

109. SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de la acción...*, p. 88.

la punición sufre un importante debilitamiento cuando incorpora la idea de peligro,¹¹⁰ impidiendo la adopción de un concepto material de delito que tenga utilidad dentro de la teoría del delito y la teoría de la legislación penal. Esta carencia deja una zona gris de indeterminación que el legislador utiliza para adelantar la punibilidad a actos preparatorios que no generan ningún daño y sólo un peligro remoto.

Esta circunstancia, sumada al devenir de las últimas décadas del derecho penal,¹¹¹ produce un desbordamiento de la idea de prevención como fin del derecho penal virando hacia una idea de prevención intervencionista,¹¹² que se encuentra fuertemente arraigada en el discurso social y logra ampliar cada vez más los límites de la punición del *iter criminis*.

Los actos preparatorios punibles de la parte general del Código español, así como los adelantamientos punitivos de la parte especial de ambos códigos penales responden claramente a esta idea de prevención intervencionista que, evidentemente, ha sido introducida en nuestros sistemas penales y no parece tener demasiadas posibilidades de retroceso. Sin embargo, es una idea que requiere precisiones si se la quiere dotar de algún grado de legitimidad, de la que hoy carece. Un concepto de daño como daño efectivamente causado es un concepto preciso, que aporta límites al derecho penal pero que además posee una importante fuerza legitimante en un Estado de libertades. El concepto de peligro que viene de la mano de la prevención intervencionista tiene su base en la securitización¹¹³ del derecho penal, y si bien es una intervención en muchos casos muy eficaz, su validez no puede derivarse razonablemente sin más de su eficacia.¹¹⁴

Por lo tanto, considero que para establecer correctamente la distinción entre actos preparatorios y actos de ejecución es necesario profundizar el concepto material de delito.¹¹⁵ Adicionalmente, la existencia de

110. Si bien el concepto de peligro estuvo siempre contenido de alguna forma en el de daño, la tendencia y expansión de los tipos de peligro se afirma a partir de la década del 60 del siglo pasado. PUSCHKE, “Origen, esencia y límite de los...”, p. 1.

111. Respecto a las tendencias que producen cambios en el derecho penal puede citarse la inflación o sobre criminalización y la securitización. Ver SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal. Aspectos ...* Ver también Díez Ripollés, *De la sociedad del riesgo a...*

112. PUSCHKE, “Origen, esencia y límite de los...”, p. 12.

113. Aunque no es exclusivo de éste.

114. DEMETRIO CRESPO, “Acerca de la contraposición entre libertad...”, p. 512.

115. Sostiene Pawlik: “Cuando la dogmática se dedica a la cuestión de la naturaleza del

un concepto de ilícito con contenido material robusto podría aportar criterios de precisión a lo que en definitiva más importa: delimitar los contornos de la punición legítima.

No se trata de eliminar la idea de peligro de un derecho penal moderno que definitivamente la requiere, pero, así como la idea de daño tiene una alta capacidad de rendimiento en la dogmática penal, deberíamos reformular el concepto y dotarlo de capacidad para delimitar el concepto material de delito. De lo contrario, la idea de prevención como fin del derecho penal, entendida como prevención intervencionista, aunada a la llamada securitización, avanza sobre éste, y el delito pasa a ser cualquier conducta que el legislador incluya en la ley penal.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCÁCER GUIRAO, Rafael, “Enjuiciamiento del peligro, tentativa y delitos de peligro”, en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Tomo 9-A, Ad Hoc, 1999, Buenos Aires.
- BEADE, Gustavo A., “¿El resultado como fundamento de la sanción en una teoría de la responsabilidad penal preventiva?” en *Revista de Derecho Penal de la Universidad de Fribourg*, 2007, Suiza, URL <https://bit.ly/3etwldJ> consultado el 23/06/2020.
- DEMETRIO CRESPO, Eduardo, “Acerca de la contraposición entre libertad y seguridad en el derecho penal” en *Revista de Derecho Penal*, n.º 2005-1, 2005.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José L., “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado” en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Vol. 7, n.º 1, URL <https://bit.ly/2zXokPb> consultado el 23/06/2020.
- DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho Penal Parte General*, Tomo VI, Rubinzal Culzoni, 1999, Santa Fe.
- FARRÉ TREPAT, Elena, *La tentativa del delito. Doctrina y jurisprudencia*, 2ª ed., BdeF, 2011, Madrid.
- JAKOBS, Günther, *Derecho Penal Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª ed., Marcial Pons, 1997, Madrid.

concepto de delito no lo hace por un interés por lo desagradable, sino porque el concepto de delito representa la esencia de las condiciones materiales y jurídicas bajo las que se permite la imposición de una pena. El concepto de delito depende del modelo de la legitimación de la pena...”. En PAWLIK, *La libertad institucionalizada. Estudios de Filosofía...*, p. 77.

- , “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, en *Estudios de Derecho Penal*, Civitas, 1997, Madrid.
- LLABRÉS FUSTER, Antoni, “Comentarios artículos 17 y 18” en GÓMEZ TOMILLO, Manuel (dir.), *Comentarios Prácticos al Código Penal, Tomo I*, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, España.
- MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal Parte General*, 10ª ed., BdeF, 2016, Barcelona.
- MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, “Formas imperfectas de ejecución del delito III Tentativa” en *Memento Práctico Penal Francis Lefebvre*, Francis Lefebvre ediciones, 2017, Madrid.
- NINO, Carlos Santiago, *Los límites a la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*, Astrea, 1980, Buenos Aires.
- , “Subjetivismo y objetivismo en el derecho Penal”, en *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 1, 1999, Madrid.
- PAWLIK, Michael, *La libertad institucionalizada. Estudios de Filosofía jurídica y Derecho penal*, Marcial Pons, 2010, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, traducción de BACIGALUPO, Enrique.
- PUSCHKE, Jens, “Origen, esencia y límites de los tipos penales que elevan actos preparatorios a la categoría de delito” en *InDret Penal*, n.º 4, 2020, Barcelona.
- SANCINETTI, Marcelo, *Teoría del delito y disvalor de la acción. Una investigación sobre las consecuencias prácticas de un concepto personal de ilícito circunscripto al disvalor de acción*, Hammurabi, 2005, Buenos Aires.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política Criminal en las sociedades postindustriales*, 3ª ed., BdeF, 2011, Buenos Aires.
- SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino, Tomo II*, 3ª ed., Tea, 1970, Buenos Aires.
- SOZZO, Máximo, “Populismo punitivo, proyecto normalizador y ‘prisión-depósito’ en Argentina” en *Nueva Doctrina Penal*, n.º 2, 2007, URL <https://bit.ly/2CzQikZ> consultado 23/06/2020.
- VILLAR, Mario, ¿Responsabilidad por la suerte?, URL <https://bit.ly/2Bojl5i> consultado el 30/06/2020.
- ZAFFARONI, Raúl & ALAGIA, Alejandro & SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal Parte General*, 2ª ed., Ediar, 2003, Buenos Aires.

LA EXISTENCIA DE UN PODER JUDICIAL*

CARLOS SANTIAGO NINO **

1. INTRODUCCIÓN

Montesquieu¹ pensó que la libertad de las personas dependía de la separación del Poder Judicial, del Legislativo y del Ejecutivo y que esto implicaba que las sentencias de los tribunales deberían ser inalteradas es decir, deberían ser siempre conformes a la letra exacta de la ley. Si las sentencias fueran una opinión personal del juez, entonces los ciudadanos vivirían en sociedad sin conocer exactamente las obligaciones que recaen sobre ellos. Según Montesquieu, los jueces no debían ser más que la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres simplemente pasivos, incapaces de moderar siquiera su fuerza o rigor.

En esta caracterización del Poder Judicial, dentro de una Constitución democrática, hay tres requisitos fundamentales que están resumidos. El primero, que no es explícitamente indicado por Montesquieu pero que está en el concepto de la función judicial y expresa una virtud interna del rol, es que los jueces deben hacer justicia, que deben alcanzar decisiones

*[N. del T.] Artículo inédito impreso como documento de trabajo. Escrito en inglés con el título "The Existence of a Judicial Power". Traducido por Gustavo A. Beade (Universidad Austral de Chile). Quisiera aprovechar la oportunidad para agradecer a Gustavo Maurino por invitarme a formar parte del proyecto de investigación "Los Escritos de Carlos S. Nino" allá por el año 2008 y por empujarme a publicar esta traducción que quedó esperando durante tanto tiempo. También le agradezco por la ayuda durante el proceso de revisión a Juan Zelaya.

[N. del E.] La presente obra posee algunas notas al pie incompletas, cuya reconstrucción ha sido imposible. Para evitar cualquier error o distorsión, el Consejo Editorial de Lecciones y Ensayos ha decidido conservarlas tal cual han sido plasmadas por su autor, el Dr. Carlos S. Nino, en honor a su memoria y a su gran legado.

1. MONTESQUIEU, *The Spirit of laws*.

justificables para el caso que se les presenta sin la interferencia de prejuicios o intereses personales o grupales, o de presiones de otros poderes del Estado. Resulta algo obvio mencionar explícitamente este requisito, pero para algunas referencias relevantes de varias de sus implicancias, como la independencia de las otras ramas del gobierno, podría ser igual de tautológico que insistir en que los cuchillos deberían ser buenos para cortar o los doctores buenos al curar.

Lo que no resulta tan tautológico es el segundo requisito expresamente señalado por Montesquieu que establece que los jueces deben administrar justicia en una dirección previsible y segura. De este modo, los individuos podrán saber por adelantado cuáles son las decisiones que podrán eventualmente darse si un caso es llevado ante los tribunales. Esto permite, por supuesto, disuadir a los individuos de realizar comportamientos dañosos, coordinar diferentes estrategias de acción y, en general, garantizar que las personas disfruten de un marco de estabilidad normativa para emprender proyectos comunes y privados, sin interferencias sorpresivas.

El tercer requisito fue también explícitamente expresado por Montesquieu, aunque puede o no verse como tautológico de acuerdo a diferentes puntos de vista teóricos. Este es el requisito de que los jueces deben hacer justicia en una dirección previsible a través de la aplicación estricta de la ley cumpliendo un rol de agentes pasivos. No existe una única caracterización posible de la noción de "ley", según la cual su aplicación estricta sea garantizada lógicamente (desde que se refiere a los estándares que los jueces generalmente aplican), sino que también hay otra caracterización posible según la cual la aplicación de la ley supone hacer justicia en una dirección previsible (puesto que se refiere a los estándares que los jueces deberían aplicar en una dirección previsible). Pero dejando a un lado, por el momento, dichas caracterizaciones, este último requisito expresa, por supuesto, una condición básica de la política democrática: que solo a través de un procedimiento de discusión abierta, la decisión mayoritaria, transparente para los individuos, se establecen los *estándares* del bien y del mal a los cuales la sociedad debe someterse para ser establecidos y revisados. Los jueces, cuya estabilidad en el cargo les garantiza su independencia al juzgar, que son escasamente receptivos de las expresiones de la soberanía popular, deben, por ello, ser deferentes a las leyes promulgadas según este tipo de expresiones.

Quiero llamar la atención en este trabajo sobre un hecho que es, en un sentido, extremadamente familiar para todos nosotros; pero que, a la vez, resulta enmarañado por numerosas confusiones y equívocos y

que solo algunas de sus consecuencias son discutidas explícitamente. Así, estos tres requisitos fundamentales que definen el rol del Poder Judicial bajo una Constitución democrática son afectados por tensiones mutuas e incluso pueden ser inconsistentes entre sí, no por razones de una relación causal poco feliz, sino por los elementos que son inherentes a la estructura del razonamiento práctico: la naturaleza del Derecho y la supremacía de la Constitución. Si esto es así, la idea de un Poder Judicial –un cuerpo con acceso al aparato coercitivo del Estado a fin de hacer justicia conforme a la ley en un modo seguro y previsible– puede ser intrínsecamente dañado.

2. EL CONCEPTO DE DERECHO Y LA ESTRUCTURA DEL RAZONAMIENTO JUDICIAL

A fin de analizar las tensiones inherentes entre los tres requisitos fundamentales dirigidos al Poder Judicial, permítanme empezar con el tercero de ellos, el de la aplicación estricta de la ley.

Por supuesto, el contenido de estos requisitos depende del concepto de Derecho que utilicemos. En estos días, hacer hincapié en el concepto de Derecho ha pasado de moda, desde que las viejas controversias alrededor de este concepto entre iusnaturalistas y positivistas o aquellas entre realistas y normativistas, se consideran irrelevantes. Estoy de acuerdo que esto es así en gran parte, pero no pienso que sea un acierto desestimarlos sin una idea clara de las razones por las que son irrelevantes, a menos que alguno de los restos de esta discusión comprometa en forma oculta en nuestro análisis.

A mi juicio, todas aquellas controversias acerca del concepto de Derecho fueron en gran parte irrelevantes, dado que las distintas partes involucradas emplearon implícitamente un estilo esencialista: según el cual puede haber solo una noción (verdadera) acerca de éste. De esta manera, cuando H.L.A. Hart defendió el positivismo en *The Concept of Law*, asumió que la única noción posible, por lo menos para ciertas preocupaciones teóricas, es una noción descriptiva que refiere a una práctica social y que da cuenta, desde un punto de vista externo, de juicios que son formulados desde un punto de vista interno. Y cuando Dworkin acusó² a Hart y a los positivistas en general de confiar en las prácticas sociales para justificar las

2. Ver DWORKIN, *Taking Rights Seriously*.

decisiones judiciales, asume que el único concepto de Derecho posible es un concepto normativo –aludiendo al estándar que los jueces deben reconocer– que es necesariamente usado en las propuestas justificativas.

Si resistimos el encanto de los esencialistas y reconocemos terminantemente que hay varios conceptos de Derecho que son usados actualmente en diferentes contextos y que cada uno de estos tiene sus ventajas y desventajas relativas al contexto, estamos en una mejor condición para analizar el tercer requisito fundamental dirigido al Poder Judicial, sin riesgo de que el vestigio de las viejas controversias distorsione nuestro análisis.

Los diferentes conceptos de Derecho que empleamos en diversos contextos se reflejan en las variadas nociones de ley, o de norma jurídica. A veces identificamos una norma jurídica con una práctica social, especialmente de los jueces, a veces con un acto lingüístico, especialmente de un legislador, a veces con un texto, especialmente un texto escrito y a veces con una proposición que es el contenido de dicha práctica, acto lingüístico o texto.

Permítanme hacer hincapié, por un momento, en las primeras tres nociones y preguntarnos qué sería aplicar estrictamente la ley asumiendo cualquiera de ellas. Al menos, ello significaría que la norma, así concebida, debería ser la premisa operativa en el razonamiento práctico del juez, que culminaría en su decisión.

Pero tan pronto como expongamos la cuestión en estos términos, observamos que con esta interpretación el tercer requisito estará en una categórica contradicción con el primero de ellos: si una norma jurídica es entendida como un verdadero fenómeno o entidad, ni ella ni tampoco una proposición que afirma su existencia puede ser una premisa operativa en un razonamiento práctico y, de esta manera, no puede conducir a una decisión justificada. Esto no es más que la aplicación del viejo principio humeano que establece una brecha entre juicios fácticos y juicios normativos (que solo acepto con algunas reservas).³ Desde la premisa 1, existe una práctica o un texto o un acto lingüístico estableciendo que "quien mata a otro debe ser castigado", no es posible deducir la conclusión que establece 2, "Juan, quien mató a otro, debe ser castigado". Un enunciado de hechos como el mencionado anteriormente es compatible con cualquier decisión y, de este modo, no puede justificar una decisión particular.

3. Ver de mi autoría NINO, *Ética y Derechos Humanos*.

Así, el requisito de que los jueces deben aplicar la ley estrictamente, puede tener solo una posibilidad de ser compatible con el requisito de que los jueces deben alcanzar decisiones justificadas si lo interpretamos como el empleo de una noción de norma jurídica que no refiere a hechos o entidades —o a sus descripciones—, sino a las proposiciones normativas, que son proposiciones en el sentido de que algunos actos son permitidos, prohibidos u obligatorios. Una premisa operativa en el razonamiento práctico judicial no debe ser un juicio como 1, "existe una práctica, texto o acto que establece que quien mata a otro debe ser castigado" sino un juicio como 1*, "quien mate a otro debe ser castigado".

Hasta el momento vamos bien. El tercero y el primero de los requisitos ahora parecen ser perfectamente compatibles, desde que la decisión del juez que decide que Juan, quien mató a otro, debe ir a la cárcel sobre la base del juicio 1* parece ser tanto la aplicación estricta de la ley, como así también el alcance una decisión justificada. Pero una duda incómoda merodea detrás de nosotros: ¿Cómo sabemos que el juez está aplicando la ley? ¿Cómo sabemos que el juicio que está trabajando como una premisa operativa en su razonamiento es una norma jurídica? Bien, alguien podría tranquilizarnos inmediatamente recurriendo a Kelsen: "Observe el contenido de la regla en el acto que es clasificado deontológicamente y, si es un acto coercitivo, es decir, una sanción o un castigo, ésta es una norma jurídica como contrapartida a una norma moral o religiosa. En este caso particular la respuesta es clara: lo que la norma prescribe es una pena, entonces es indudablemente una norma jurídica".

Pero sabemos desde hace mucho que esta respuesta es insatisfactoria, no solo porque, como se señala generalmente, existen normas jurídicas comúnmente reconocidas que no prescriben sanciones, sino, y más importante, porque los principios y las reglas morales también pueden prescribir sanciones. ¿No sería el caso, cuando nos encontramos con un juez que justifica sus decisiones sobre la base del juicio 1* que esté siguiendo su propia opinión moral, como había dicho Montesquieu?

Aquí, una segunda respuesta corriente vendrá fácilmente ante nosotros: identificamos las normas jurídicas, no por su contenido, sino por su origen. Si el juez toma en cuenta el juicio precedente porque fue promulgado o formulado por alguna autoridad política y no por su contenido, lo está tratando como una norma jurídica. En otras palabras, una proposición normativa como 1* opera en el razonamiento práctico del juez como una norma jurídica si llegó a esa conclusión, por así decirlo, debido a que un

juicio del tipo 0 "la autoridad L prescribió 'quien mate a otro debe ser castigado'" ingresó previamente en aquél razonamiento.

Pero si dejamos las cosas como están, llegaríamos a la conclusión de que si un juez aplica la ley su decisión no puede ser una decisión justificada. Un razonamiento basado en una premisa mayor 0 no puede conducir al juicio 1* y menos aún a la conclusión 2.

Entonces, necesitamos un puente entre las premisas fácticas y la conclusión normativa intermedia, lo que nos lleva a preguntarnos, de forma directa, cómo la premisa fáctica 0 entra dentro del razonamiento práctico del juez. La respuesta es clara: esto ocurre porque el juez aceptó el juicio previo -1 "La autoridad L debe ser obedecida", o "L es una autoridad legítima". Esta proposición normativa es lo que sirve de puente entre la premisa fáctica acerca de lo que prescribe L y la proposición normativa que prescribe que quien mate a otro debe ser castigado.

Por supuesto, alguien puede preguntar si esta premisa normativa adicional es una norma jurídica. Es muy posible que hubiera sido aceptada por sus orígenes autoritativos, dando una premisa normativa adicional que otorgue legitimidad a la autoridad. Pero este proceso de búsqueda de proposiciones del tipo de -1 y 0, una y otra vez legitimando una autoridad y la descripción de una de sus leyes, no puede continuar para siempre. El razonamiento práctico debe necesariamente terminar en alguna premisa normativa que sea aceptada, no por su origen, sino por sus méritos intrínsecos. Kelsen llamó a esta premisa la norma básica del razonamiento jurídico, si bien él la distinguía por el hecho de que no era realmente aceptada sino solo presupuesta hipotéticamente, al efecto de referirse a la ley en términos normativos, esto es extrayendo juicios normativos de actos lingüísticos y prácticas sociales. Pero desde una premisa normativa hipotética solo se deduce una decisión hipotética —es por eso que Kelsen solo concibe a la norma básica como un instrumento para el pensamiento jurídico académico y no para un razonamiento práctico judicial. Por lo tanto, si interpretamos en este sentido la última base del razonamiento práctico judicial, éste tampoco llevaría a una decisión justificada y el primer requisito no estaría satisfecho nuevamente.

No, la premisa más alta del razonamiento judicial debe ser un juicio normativo que es aceptado categóricamente por sus méritos intrínsecos. Pero esto, juntamente con alguna caracterización de su objeto, es lo que hace al juicio un juicio moral, esto es un juicio que establece que algunas clases de conducta son obligatorias, permitidas o prohibidas y que las aceptamos no

por alguna representación autoritativa —o por las consecuencias de su aceptación—, sino porque creemos que estas son válidas. Esto es, al menos, algo de lo que compone Kant en su idea del principio de autonomía de la moral. Por supuesto normalmente podemos derivar un juicio como -1 de algún tipo de juicio general del tipo 2 "los oficiales elegidos democráticamente pueden ser obedecidos", y, de esta manera, otras propiedades de los juicios morales —universalidad, generalidad, publicidad, superveniencia— finalmente emergen a la superficie.

Así, tenemos un resultado bastante paradójico: para identificar una proposición normativa tal como 1* como una norma jurídica debemos mostrar que se deriva de un juicio moral como -1 más una descripción de una regla de aquella autoridad —una norma jurídica en cualquiera de los otros sentidos.

El resultado general de esta discusión es algo tan importante para el entendimiento del Derecho y la práctica jurídica que puede ser considerado el teorema fundamental de la filosofía jurídica; las leyes —en cualquier sentido de la palabra— no proveen por sí mismas razones suficientes para justificar acciones y decisiones; ellas únicamente proveen aquellas razones que se derivan de, o están unidos con —de acuerdo al concepto de Derecho que utilizemos— juicios o principios morales.

Otra forma de exponer este teorema es afirmando que el discurso jurídico no es autónomo, sino que es una rama especializada del discurso moral. Las consecuencias de esto son extremadamente relevantes: una vez que aceptamos que un juez debe basar su decisión en un juicio moral como -1, resulta muy difícil dejar las cosas así. Pero el juicio moral no se mantiene por sí mismo, sino que pertenece a todo un sistema moral en el cual hay otros juicios morales que lo sostienen, como -2, otros que los califican o se encuentran en tensión con él, y que producen una excepción en él, etc. Por ejemplo, en el juicio moral -1, el deber de obedecer a la autoridad puede estar limitado por principios, en el sentido de que ninguna autoridad debe ser obedecida si esto implica infringir derechos humanos básicos.

Parte de esta expansión del razonamiento práctico del juez, puede ser contenido, no obstante, si hallamos un camino de inmejorable ubicación dentro de la propia moral —entendido en un sentido amplio. Esto ha sido intentado, distinguiendo, por ejemplo, la política de la moral en un sentido estricto, o lo correcto de lo bueno, o la moral intersubjetiva de la moral personal. Pienso que algunas de estas distinciones son relevantes para los propios principios morales —como en el último caso, con respecto al

principio de autonomía personal—⁴ pero soy más bien escéptico acerca de la posibilidad de limitar las conexiones justificativas entre los diferentes campos así divididos, sobre todo si aceptamos lo que considero debe ser un requisito esencial de nuestro razonamiento práctico. Es necesario integrar los diferentes tipos de razones dentro de un sistema con reglas jerárquicas, así como también evitar puntos muertos permanentes en el razonamiento práctico (esto es así porque considero que en el discurso práctico intersubjetivo, las razones morales, siempre desplazan a las razones prudenciales cuando están en conflicto).⁵

Así las cosas, la verdad es que un juicio moral como -1 difícilmente pueda ser dejado solo en cualquier parte plausible del sistema moral; habrá siempre más juicios generales que lo sostengan, que lo califiquen o lo exceptúen. Esta articulación del primer requisito dirigido al Poder Judicial hace, evidentemente, muy problemático el tercer requisito, en un sentido completamente distinto del que hemos visto hasta ahora: no parece plausible que los jueces deban limitarse a aplicar estrictamente la ley; esto es en sí mismo un requisito moral que es calificado por otros reclamos morales referidos al contenido del Derecho (por ejemplo, al cumplimiento de derechos morales básicos).

Cuando todo esto es considerado, la consecuencia del tercer requisito, en el sentido de que los jueces sean deferentes al Poder Legislativo, se ve ahora más bien absurda primero, los jueces deben buscar razones morales autónomas para el reconocimiento de un individuo o de un grupo de individuos como legisladores legítimos; luego de ello, encontrarán que dentro de ese conjunto de razones autónomas hay muchas que limitan o califican, en varias formas, la conclusión acerca de la obligación de obedecer el derecho. De esta manera, "deferencia" parece una palabra caprichosa para describir este proceso de vuelo libre.

Pero incluso reemplazar la idea de deferencia por alguna idea de evaluación crítica, puede ahora parecer engañosa. Porque una vez que admitimos que los jueces deben buscar razones morales autónomas para justificar el cumplimiento de las normas jurídicas, deberíamos aceptar que pueden regresar de su búsqueda equipados con respuestas sustantivas, basadas en principios morales, acerca de qué hacer en el caso particular ¿qué pueden

4. Este punto lo desarrollé en *Ética y Derechos Humanos*.

5. Este punto lo desarrollé en *Ética y Derechos Humanos*.

hacer dichas reglas morales irrelevantes! Si las normas se ajustan a aquellos principios, ellas son superfluas, y si no, deben ser dejadas de lado. Esta aparente paradoja de la irrelevancia moral del gobierno y de sus leyes para el hombre moral⁶ es, seguramente, lo que está detrás del atractivo moral del anarquismo. La dificultad esencial es aquella que justifica el paso de la autonomía de la moral a la heteronomía del derecho. Por supuesto, si el derecho fuera en realidad moralmente irrelevante, el modo en el que fue creado sería igualmente irrelevante: si el derecho tiene un contenido de corrección moral, su superficialidad no está afectada, por ejemplo, por el hecho de que fue promulgado en un modo autoritario; y si tiene un contenido moral incorrecto su vacío moral no está afectado por sus credenciales democráticas.

El primer requisito de que los jueces arriben a decisiones justificadas no solo parece frustrar completamente el tercer requisito, aquél por el cual los jueces deben aplicar estrictamente la ley sino además el segundo requisito por el cual los jueces deben hacer justicia en una dirección segura y previsible.

Esto es así por porque una vez que advertimos que el discurso jurídico no es discontinuo con el discurso moral, sino solo con una parte, se ve afectado por las bien conocidas y controversiales subjetividad y relatividad que a menudo se atribuye a aquel discurso. La distinción de Montesquieu entre el derecho y la opinión personal parece desaparecer. Por supuesto, es por ello que para eludir esto, buscamos la orientación de la autoridad, la convención, la práctica común, etc. Pero ahora, parece como si todo esto fuera una santificación de recursos, desde que recurrimos a alguna autoridad, a alguna convención, a alguna práctica, debido a que las razones morales pueden ser opuestas o estar calificadas por ellas, como si fueran de un tipo diferente, conduciéndonos a una polémica interminable y a la pérdida de certeza. De esta forma, parece que esta estructura inherente de nuestro razonamiento práctico –y los jueces no están exentos de ella– nos conduce al extremo de un mundo en el que todos los frutos prometidos por los dos últimos requisitos básicos, dirigidos al Poder Judicial, son negados a los ciudadanos.

6. NINO, *Ética y Derechos Humanos*.

3. EL LENGUAJE JURÍDICO Y SU INTERPRETACIÓN JUDICIAL

Ahora supongamos que podemos superar todas las dificultades señaladas y que encontramos un camino para hacer comprensible la idea del cumplimiento estricto de la ley y, más específicamente, la de la deferencia al legislador.

Todavía deberíamos afrontar otras dificultades serias en lo concerniente a la identificación de la ley o de la legislación que los jueces deben observar y aplicar. Consideremos el esbozo del razonamiento judicial que tomamos a cuenta en la discusión precedente:

- 1. La autoridad L debe ser obedecida
- 0. La autoridad L establece que "quien mate a otro debería ser castigado"
- 1*. Quien mate a otro debería ser castigado
- 1bis. Juan mató a otro hombre
- 2. Juan debería ser castigado

Cuando expresamos este razonamiento observamos claramente que algo más que la premisa -1 es necesaria para pasar de 0 a 1*. Dado que la supresión de las comillas no solo requiere una adhesión a la autoridad que debe ser expresada normativamente –como lo hace el juicio -1–, sino también para entender qué es lo que la autoridad ha decretado. Por ejemplo, supongamos que identificamos a la autoridad con la intención de los ciudadanos quienes promulgaron la ley, y que aquella intención fue utilizar las palabras entre comillas con un significado diferente al que tienen ahora en el lenguaje actual: no podríamos en este caso expresar nuestra adhesión mediante la sola supresión de las comillas, usando así las mismas palabras.

Una vez que dejamos de lado el enfoque esencialista de la naturaleza de los conceptos, el significado de expresiones lingüísticas ya no es determinado por alguna realidad no empírica. Debemos recurrir al uso del lenguaje. Pero si el uso relevante es aquel previsto por el autor de la expresión específica bajo análisis o es el que emerge de las convenciones frecuentes en el contexto social, no pueden ser expresadas en términos abstractos y generales. A veces las piezas de poesía o de filosofía son interpretadas como la captura de ideas y sentimientos que su autor quiso expresar con ellas, pero algunas otras veces, lo que importa es lo que las ideas y los sentimientos que los textos provocan en los lectores, habida cuenta de su

compresión de las palabras de acuerdo a las convenciones generales. A menudo, la intención del autor es usar un lenguaje como es generalmente entendido, pero a veces tiene el temperamento de cambiar las palabras, si sabe que serán interpretadas en un modo diferente al previsto por él, y algunas otras veces tienen la decisión de ceñirse al lenguaje y cambiar las ideas que se asocian con él (esto ocurre mayormente en la poesía). Existen ocasiones en que el autor del texto no quiere emplear el lenguaje con el sentido en que la generalidad de los miembros de un grupo lo utiliza, sino emplearlo en un sentido estipulativo. Es cierto también que a veces el uso común del lenguaje remite por su parte a cuál es la intención del autor. De esta manera, tenemos un complejo enredo de las relaciones entre lo que normalmente son llamado significados 'subjettivos' y 'objetivos' de las expresiones lingüísticas.

Entonces tenemos que tomar en cuenta que cualquiera sea el factor considerado para atribuir el significado a un texto es necesaria una búsqueda muy difícil para determinar si se trata de dicho factor y cómo determinarlo. Los elementos del contexto son tomados en cuenta para inferir la intención subjetiva del autor o las disposiciones lingüísticas generales.

Si desdibujamos la distinción entre juicios analíticos y sintéticos y, de esta manera, entre las definiciones que le atribuyen sentido a las palabras de una oración y su contenido sustantivo —como ocurre con las teorías semánticas como las de Kripke y Putnam, conectadas con la noción de clases naturales—⁷ luego tenemos aún más complicaciones, desde que el sentido de algunas palabras puede ser determinado por los juicios sustantivos que relacionan conjuntamente diferentes propiedades. Si esta mirada puede ser extendida al lenguaje normativo,⁸ quizá esto podría significar que el alcance de un concepto sería al final determinado por concepciones sustantivas.⁹

Pero aún sin llegar tan lejos, está claro que en el caso del lenguaje normativo no podemos optar por la intención, las convenciones generales, o alguna combinación de estos y otros elementos para pasar de un texto o práctica a una proposición normativa, sin ingresar a consideraciones morales profundas o consideraciones evaluativas. Si la frase 'castigo cruel e

7. Ver KRIPKE, "Naming a Necessity", y PUTNAM, "The Meaning of 'Meaning'".

8. Ver el artículo en *Philosophy & Public Affairs*.

9. Ver esta distinción en DWORKIN, *Taking Rights Seriously*.

inusual" debería ser interpretada según las ideas que dieron vueltas en la mente de algunas personas que vivieron hace dos siglos atrás, o de acuerdo a las ideas que esas palabras evocan en los grupos sociales del presente con diverso alcance, o de acuerdo a las ideas que deberían estar asociadas con aquellas palabras, no es algo que pueda ser decidido evaluativamente en términos neutrales.

Además, necesitamos recurrir a consideraciones evaluativas no solo para elegir entre intención, convención o alguna combinación de los dos. Necesitamos también hacer evaluaciones valorativas a fin de llegar a conclusiones acerca de cuál fue la intención del autor o cuál es la convención común. En el caso de la intención, su determinación es un asunto complejo que no está agotado objetivamente: ¿cómo deberíamos proceder cuando el autor es un grupo colectivo? ¿Cómo deberíamos proceder cuando hay varias fuentes que coinciden en las reglas o en la decisión? ¿Deberíamos dar peso solo a manifestaciones de intenciones explícitas o también a otras exposiciones no deseadas del mismo propósito? ¿Debería contar el tiempo para disminuir el peso de la fuente original de la regla o decisión y en el aumento del peso de la intención de aquellos que pueden tomar hoy una decisión similar? ¿Debería ser tomada en cuenta la intención de alguien que puede cambiar la regla, pero no lo hace? ¿Debería ser tomada en cuenta la intención de los individuos y de los grupos que no tienen una autoridad formal para tomar la decisión o dictar su promulgación, pero que son capaces de hecho para presionar por ello?

Por supuesto, problemas similares se presentan en relación a la determinación de las convenciones lingüísticas generales: ¿cuál es el grupo relevante para que sus convenciones sean tomadas en cuenta? ¿Cuánto peso debería ser dado a la expresión de convenciones a través de actos lingüísticos y qué peso a las intenciones y disposiciones de las personas que participan en la convención?

Pero por desgracia, no siempre es el final del problema: una vez que aceptamos un criterio para pasar de los textos a las proposiciones, es decir, la intención del autor del texto, una nueva serie de indeterminaciones, que de nuevo no pueden ser decididas sino a través de juicios evaluativos, empiezan a emerger a la superficie. El significado que le damos al texto según cualquier criterio, presentará vaguedad, textura abierta, ambigüedad semántica y sintáctica. Estamos familiarizados con los problemas que plantea la aplicación incierta de una expresión que define propiedades y se presenta a sí misma como una continuidad (como "rojo" o "gordo" o

"niño") u ofrece vaguedades combinadas (como "casa" u "oro") o están sujetas –como todas las palabras del lenguaje natural– a contraejemplos de casos que presentan las propiedades requeridas, pero también bastantes excepciones. También estamos familiarizados con las dificultades que se presentan en las oraciones que pueden significar varias proposiciones diferentes a causa de la ambigüedad de una palabra o de una conexión sintáctica.

Además, cuando hemos realizado el juicio evaluativo relevante para superar los problemas de imprecisión y ambigüedad en el lenguaje, quizá sin ayuda de esos otros juicios que hicimos cuando elegimos intención, convención o algunos otros criterios, todavía debemos enfrentar las indeterminaciones lógicas que aparecen cuando extraemos las consecuencias de la norma de que se trate. Esas indeterminaciones son constituidas por lagunas (la ausencia de una solución normativa para un caso dado definido por una propiedad relevante), contradicciones (la pluralidad de soluciones normativas incompatibles para un caso), redundancias (la pluralidad de soluciones diferentes aunque compatibles para un caso), inoperancia (la imposibilidad, por obstáculos lógicos, empíricos, técnicos, dados por el caso considerado, o que la solución estipulada pudiera ser aplicada). Los criterios propuestos para solucionar estas indeterminaciones lógicas (aquellas basadas en analogía o en un argumento *a fortiori*, en las normas que le otorgan prioridad a la ley superior, a ley posterior o a ley especial, etc.), es decir los conflictos entre las mismas normas, están sujetos a indeterminaciones.

Ha transcurrido un tiempo largo desde que perdimos confianza en la habilidad de algunas herramientas intelectuales para superar estas indeterminaciones que afectan el paso de los textos y las prácticas a proposiciones normativas, cuando son anunciadas como evaluativamente neutrales. Esta era la ambición de la dogmática jurídica de la escuela continental, principalmente en su fase de jurisprudencia conceptual promovida principalmente por Savigny y el primer Ihering.¹⁰ Se pensaba que por el camino del análisis y la combinación de conceptos expresados en "definiciones reales", la formulación de principios generales, la construcción de teorías, el recurrir a un modelo de "legislador racional", era posible alcanzar "la verdad", soluciones seguras y objetivas para un caso, sin usurpar la tarea legislativa de aprobar ideales políticos y morales.

10. Citar trabajos de Ihering y Savigny.

Pero ahora sabemos que estas herramientas no eran aptas para lograr la hazaña de obtener nuevas soluciones normativas sin añadir nuevas normas a esas promulgadas por el legislador. La presentación del punto de vista contrario es producida por la ambigüedad inherente a todos los recursos antes mencionados: definiciones, como la definición de "delito", que son defendidas como simplemente verbales o conceptuales pero luego son empleadas como un juicio sustantivo normativo acerca de qué hacer con el fenómeno referido por las palabras relevantes; los principios y teorías son defendidas como un camino de sintetizar, en una dirección económica compleja, materiales legislativos, pero luego se les da un alcance más amplio a fin de cubrir casos que no están abarcados por aquellos materiales: el modelo del legislador racional es defendido en términos descriptivos, pero luego empleado en un esquema normativo para mejorar el sistema jurídico.¹¹

De este modo, tenemos que, incluso si dejamos de lado el profundo compromiso moral que representa para los jueces la selección de materiales jurídicos relevantes –textos, prácticas, etc.–, la necesidad de una evaluación moral aparece en otras etapas diferentes de su razonamiento principal y conduce a la aplicación de aquellos materiales para resolver casos individuales: en la elección de un criterio general para atribuir contenido proposicional para aquellos textos o prácticas, en la construcción de factores –intención, convención, etc.– relevantes para este criterio, en superar imprecisiones semánticas, sintácticas, ambigüedad, y en vencer indeterminaciones lógicas.

Por supuesto, todo esto hace que nuestros tres requisitos dirigidos al Poder Judicial ingresen en una mutua tensión, mayor que la que analizamos en la sección previa. La necesidad de alcanzar soluciones justificadas parece envolver no solo un grado intolerable de incertidumbre provocado por el recurso a elecciones evaluativas en varias etapas del razonamiento judicial, sino que también disminuye el requisito de deferencia a los órganos políticos para algo que en el mejor de los casos implica tratar sus leyes como simples grafismos cuyo contenido proposicional será dado según las elecciones evaluativas de los jueces. El mayor éxito que un legislador podría tener en influir en el razonamiento judicial, sería en hacer retroceder a los jueces de casi cualquier conclusión que consideren correcta, a fin de

11. Ver mi libro *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*.

solucionar un caso solo con las letras negras sobre el papel blanco que el propio legislador redactó.

4. LA REVISIÓN JUDICIAL

Supongamos que estamos en condiciones de vencer los problemas señalados en las dos secciones previas y concluimos que es posible para los tribunales hacer justicia aplicando la ley en un sentido previsible. Aún debemos enfrentar la dificultad que plantea el hecho de que en algunos sistemas, los jueces tienen el poder de revisar la constitucionalidad de la legislación y otras normas jurídicas; este poder parece implicar el mismo tipo de dilemas que vimos previamente.

Esta no es la impresión que uno tiene en un principio, al observar la revisión judicial. Al contrario, parece como si fuera un requisito estricto del derecho. Cuando los filósofos del derecho discuten acerca de la identificación del sistema jurídico y sus normas, sus mayores dificultades parecen surgir en relación con las más altas reglas del sistema. Para poder identificarlas como derecho, Austin¹² recurrió a la voluntad del soberano, Kelsen a la norma básica,¹³ Hart a la regla de reconocimiento,¹⁴ Ross a la ideología fundamental del sistema jurídico,¹⁵ y Raz al comportamiento de los órganos primarios.¹⁶ Pero una vez que la norma más importante del sistema es identificada como derecho, la identificación del resto parece seguir automáticamente a lo largo de las cadenas de delegación o de validez: esas otras reglas son parte del sistema jurídico en la medida en que su promulgación ha sido autorizada por las normas superiores, o por las normas identificadas según este criterio, en lo que respecta al órgano de promulgación, al procedimiento por el cual fueron promulgadas y algunas veces incluso, al contenido de las normas. Desde un punto de vista externo, este criterio recursivo sirve como una definición de un concepto descriptivo de identidad en un sistema jurídico y de pertenencia de una norma en ese sistema. Desde un punto de vista interno, este criterio es parte de un principio

12. AUSTIN., *The Province of Jurisprudence Defined*.

13. KELSEN, *General Theory of Law and State*.

14. HART, *The Concept of Law*.

15. ROSS, *On Law and Justice*.

16. RAZ, *The Concept of a Legal System*.

establecido cuando una norma jurídica tiene validez o fuerza vinculante. Combinando conclusiones de ambos puntos de vista, podría decirse que cuando una norma no cumple con las condiciones para su promulgación, establecida por una norma superior, que aceptamos como válida y como parte del sistema jurídico, la norma anterior no tiene fuerza vinculante ni pertenece al sistema jurídico. Este es un criterio "genético" de validez y membresía, en el sistema normativo que es lo que parece estar detrás de la lógica que el juez norteamericano Marshall aplicó en el famoso caso "Marbury vs. Madison".

Marshall sostuvo que estamos ante una proposición demasiado simple para ser impugnada, ya que si la Constitución es la ley suprema, los actos legislativos ordinarios deben ser conformes a ella y si no lo son, esos actos no son leyes y no pueden ser considerados por los tribunales; De lo contrario "las Constituciones escritas son intentos absurdos por parte de los ciudadanos para limitar un poder que es en su propia naturaleza ilimitable".

Pero si bien esto parece ser actualmente una verdad analítica que, como vimos, parece ser seguida, desde los conceptos de validez y membresía en un sistema jurídico, juntamente con la proposición de que una cierta Constitución es válida y una parte fundamental del sistema jurídico, surgen dudas tan pronto como profundizamos nuestro análisis. Kelsen mismo sintió las dificultades de su estricto criterio genético de validez y membresía: ¿cómo puede ser –se preguntó– que una pieza de la legislación que es claramente inconstitucional sea considerada válida y sea una parte del sistema jurídico hasta que sea declarada nula por un tribunal? ¿Si un tribunal erróneamente declara que es válida? Y ¿con aquellos casos que no son cubiertos por la declaración judicial de inconstitucionalidad? La respuesta de Kelsen a esta pregunta puede ser considerada apenas satisfactoria: él pensaba que nuestra aceptabilidad actual de la validez de aquellas leyes muestra que las normas que establecen las condiciones para la promulgación de las normas inferiores incluyen una cláusula tácita alternativa al efecto de autorizar la promulgación de la leyes que no se ajusten a estas condiciones, por mucho que pudiera significar un tratamiento diferente de estas normas (por ejemplo, la autorización a la tribunales a nulificarlas o sancionar aquellos que las promulgaron).¹⁷ Pero una vez que nos damos cuenta de que los límites entre la estipulación de un órgano, un proce-

17. KELSEN, *General Theory of Law and State*.

dimiento y un contenido son muy borrosos, la noción de que las leyes de competencia autorizan de hecho a cualquiera a promulgar normas con cualquier contenido deviene muy poco plausible.

Sin embargo, pienso que Kelsen estaba señalando una dirección correcta. Él entró en una confusión por no efectuar una distinción clara entre la noción descriptiva de membresía en el sistema jurídico y la noción normativa que refiere a su fuerza vinculante. En tanto que el criterio genético parece ser bien fuerte para la primera noción, de modo que una norma que no fue promulgada según las condiciones establecidas por una ley superior puede decirse que no pertenece al sistema jurídico, este criterio debe ser combinado con otros a fin de afectar las transmisiones de la fuerza vinculante de una norma a otra. Esto es así, porque esta fuerza vinculante puede ser transmitida no solo para autorizar la promulgación de una norma inferior sino también para declarar que su cumplimiento es obligatorio bajo algunas condiciones—como sucede en algunos casos con leyes extranjeras. El problema que Kelsen reconoce muestra que el sistema jurídico generalmente tiene algunas normas, que en algún sentido han sido promulgadas sin seguir las condiciones establecidas por las normas mayores, superiores y que satisfacen algunos otros requisitos— como tener algún “color de ley” como es exigido para las leyes de facto¹⁸ y que son, no obstante, obligatorias antes de alguna decisión o de otro tipo que alcance con respecto a ellas.

Esto muestra que la “lógica” de Marshall en ‘Marbury vs. Madison’ no es suficientemente persuasiva, a pesar del hecho de que la Constitución tiene supremacía en definir cuál es el derecho en un país, puede haber normas, quizás implícitas en la propia Constitución, en el sentido de que una promulgación legislativa que tiene algún color de ley sean vinculantes para los jueces, si no son revocadas por el propio legislador. Como dice Alexander Bickel¹⁹ “... Marshall sabía (y, es más, en este caso tenía razón) que la definición acerca de si una ley es contraria a la Constitución, en la mayoría de los casos no es algo evidente; sino que es más bien una cuestión política que alguien debe decidir. El problema es quién: los tribunales, la propia legislatura, el presidente, quizá jurados en un juicio penal, o en última instancia y finalmente los individuos a través del proceso electoral”.

18. Ver mi libro NINO, *La Validez del Derecho*.

19. Ver HART, *The Concept of Law*, citado.

Si nosotros superamos un prejuicio teórico, que puede ser respaldado por la autoridad de Austin y Kelsen, podemos entender que la Constitución puede bien crear una obligación al Congreso para establecer un remedio o sanción por no cumplir con esta obligación. Y si no podemos superar aquel prejuicio, debemos siempre admitir, con Bickel, que el remedio no puede ser otro que la nulificación a través de los tribunales (por supuesto, esto es evidente cuando tomamos en cuenta la experiencia europea con cuerpos especiales mitad judiciales y mitad políticos para hacer frente, también en una forma abstracta, a la constitucionalidad de la legislación). Por lo tanto, la revisión judicial no está impuesta por la lógica de los conceptos como los de la supremacía de la Constitución y de la validez de la legislación. Esto es un acuerdo discrecional del Derecho constitucional positivo.

Sin embargo, parece que existen razones convincentes para adoptar esta opción. La razón principal es ésta: los derechos constitucionales son formas de establecer barreras o escudos que protegen la autonomía individual y la dignidad personal contra las medidas o acciones que los afectan negativamente, incluso cuando estos se basan en intereses agregados y en la voluntad de la mayoría de un grupo relevante. Los derechos se dirigen a impedir que los individuos o que las minorías sean oprimidas por dichas mayorías y usadas de esta manera como simples medios para sus propios fines. De esta manera, es absurdo y contraproducente dejar el reconocimiento y la promulgación de aquellos derechos, en manos de las mayorías en contra de las cuales los derechos se erigen para proteger a individuos y minorías. Esta protección debe ser conferida a los funcionarios que, debido a la forma en la que han sido nombrados, su estabilidad en el cargo de por vida y los procesos que ello supone, son aislados de las presiones que vienen mayormente de la mayoría y sus representantes.

El problema es que una vez que aceptamos este argumento básico para la revisión judicial, las dificultades que antes vimos que eran provocadas aparentemente por la naturaleza del razonamiento práctico y del lenguaje jurídico, ahora se repiten amplificadas por este mecanismo opcional de derecho positivo. Esto es así, primero, porque la Constitución trata con tantos niveles fundamentales de moralidad que cualquiera de las razones que podamos tener para seguir a la autoridad, en vez de seguir las razones morales autónomas en el caso de que otras normas, son aquí seguramente anuladas: si la Constitución realiza una evaluación moral equivocada, sería de tal importancia en este nivel fundamental de moralidad en el cual los Derechos Humanos son una preocupación central que cualquier razón para

apegarse a la letra del texto sonará extremadamente débil. Por ejemplo, si la Constitución omitiera proteger el derecho a la privacidad o no prohibiera la pena de muerte, difícilmente un juez se liberaría de su tarea de revisar el estatuto en una forma moralmente justificada si ignorase sus convicciones morales bajo el pretexto de que no puede moverse fuera de las cuatro esquinas que le marca la Constitución. Segundo, el lenguaje en el cual los derechos deben ser reconocidos es de tal vaguedad y ambigüedad, y la posibilidad de lagunas, inconsistencias, etc., es tan real que los problemas de interpretación que mencioné y que se necesitan resolver a través de consideraciones evaluativas, son amplificadas enormemente. La propia estabilidad de la que una Constitución debería gozar, plantea más dificultades desde que el valor y la posibilidad de reconstruir esos factores como intenciones consideradas siglos atrás, disminuyó enormemente.

Pero estos problemas de revisión judicial son en gran parte ocultados por el hecho de que sus defensores más acérrimos tienden a tomar explícita o implícitamente una visión según la cual los derechos individuales que contiene la legislación tienen un alcance muy limitado. Pero podemos adoptar, por otra parte, una visión según la cual no existe una laguna conceptual entre los viejos derechos individuales y los nuevos derechos sociales o de bienestar. Según esta visión liberal-igualitaria, cuando la sociedad y el Estado no proveen a alguien de bienes tales como comida, tratamiento médico, vivienda, etc., están violando por omisión los mismos derechos tradicionales a la vida, libertad y propiedad. Los libertarios, que niegan esto, se basan en una infundada negativa que distingue claramente entre acciones y omisiones, favoreciendo, de esta manera la preservación del *statu quo*.²⁰ Si esta expansión de derechos no puede ser contenida, los argumentos para la revisión judicial implican poner en manos de los jueces un poder ilimitado de decidir acerca de casi cualquier asunto que pensábamos que debía dejarse en la esfera del legislador o de la administración. Casi cualquier decisión que fuera tomada respecto a la organización social puede ser vista como amparada por los aspectos negativos o positivos de los derechos que son establecidos para proteger a los individuos o las minorías en contra de las decisiones mayoritarias.

Por lo tanto, cuando combinamos las consecuencias extraídas de la estructura del razonamiento práctico y la naturaleza del lenguaje jurídico

20. Ver NINO, *Ética y Derechos Humanos*, citado.

con el poder positivo de la revisión judicial podemos ser conducidos a la conclusión de que bien puede existir un Poder Judicial que tome decisiones justificadas, pero la idea de que realiza su trabajo en una dirección segura y con deferencia a las normas establecidas por los otros poderes del estado solo puede ser una parte de una ilusión ingenua, o peor, una especie de mistificación probablemente promovida por aquellos que disfrutan de los frutos del, al parecer, ilimitado poder de la magistratura.

5. RESISTIR EL NIHILISMO JURÍDICO

La posición que fue presentada durante las tres secciones precedentes parece conducir a una forma extrema de nihilismo jurídico, según el cual el derecho se derrumba en una opinión personal del juez, dada la estructura inherente al razonamiento práctico, la naturaleza del lenguaje jurídico y la institución de la revisión judicial. Este nihilismo, parece ser aún más extremo que aquél impulsado por el movimiento del realismo jurídico —tanto en su versión escandinava como norteamericana. Este nihilismo más tarde fue defendido, principalmente, desde un punto de vista externo, es decir, como un relato de lo que los jueces realmente hacen o no pueden hacer pero sin embargo hacen, y tiene por lo tanto, pocas consecuencias en el razonamiento interno de los jueces, respecto de lo que deberían hacer, como si se tratara digamos, de un determinismo descriptivo con respecto a nuestra decisión acerca de cómo actuar en general. Por otra parte, el concepto defendido aquí, parece llevar a consecuencias prácticas devastadoras, desde que hace hincapié en que los jueces no cumplen con sus responsabilidades alcanzando decisiones justificadas, si ellos solo se limitan a aplicar la ley sin una evaluación crítica de todas las opciones hipotéticas involucradas en aquella iniciativa. Entonces, existe una dificultad para tratar con esta clase de nihilismo del mismo modo en que el realismo fue descartado de la teoría y de la práctica jurídica: solo dejando de prestarle atención a esto, sin demasiada argumentación de peso, (el argumento de Hart²¹ contra el escepticismo normativo —en el sentido de que incluso cuando es cierto que siempre tienen una zona de penumbra para su aplicación, también tienen una zona de claridad— solo deja de lado el hecho de que para la identifica-

21. Ver NINO, *Ética y Derechos Humanos*, citado

ción del área clara uno necesita recurrir a un criterio general necesario de interpretación). Pienso que el camino para superar este tipo de nihilismo jurídico es desenredando las raíces de las explicaciones teóricas que nos llevan a él.

El presupuesto que abre el camino al nihilismo jurídico es a mi juicio, la propuesta de que la Constitución y el conocimiento de las razones autónomas que pueden justificar decisiones, son independientes de la creación y el trabajo del sistema jurídico. Este presupuesto parece obvio dado que, de otra manera, podemos caer en una especie de positivismo ideológico según el cual el simple hecho de que un sistema jurídico esté vigente y sea cumplido, generalmente proporciona una razón para aplicarlo; además, si las razones morales no fueran independientes del sistema jurídico no proveerían guías para superar la indeterminación de este último.

Pero, existe sin embargo, la posibilidad dependiente de las razones morales en la creación y el trabajo del sistema jurídico. Esta dependencia consiste en la concepción de algunos procesos, mediante los cuales las normas jurídicas son promulgadas según sea relevante para la determinación de razones morales. Lo que tengo en mente y he defendido con mayor detenimiento en otro lugar²² es una teoría metaética según la cual las razones morales son determinadas a través de un proceso colectivo de discusión y decisión. Esta posición que he llamado ‘constructivismo’, es a veces llamado también ‘contractualismo’ o ‘formalismo’.

Ahora, el constructivismo necesita una concepción ontológica acerca de cómo las razones morales y la verdad moral son constituidas y un concepto epistemológico acerca de cómo tenemos acceso a esas razones morales y a la verdad moral. Las concepciones ontológicas asociadas con el constructivismo son variadas. Una es la que le atribuyo al Rawls de *A Theory of Justice*,²³ de quien tomo la conexión de la verdad de los juicios morales con algunos supuestos –como el requisito de imparcialidad– que subyacen al razonamiento práctico individual y que son representados por el mecanismo artificial de la posición original. Las debilidades de este enfoque kantiano son bien conocidas: éste no parece dar cuenta de las variaciones en nuestro camino de razonamiento y se basa en formas ideales de razonamiento cuyo *status* ontológico es vago; además, el precio de privar

22. Ver NINO, “Constructivismo epistemológico: entre Rawls y Habermas”.

23. RAWLS, *A theory of Justice*.

a estas formas de cualquier contingencia empírica las transforma en tan 'delgadas' que difícilmente permitan colgar de ellas cualquier conclusión moral sustantiva.

Otra concepción ontológica constructivista es la que parece ser suscripta por Habermas:²⁴ las razones morales y la verdad moral son constituidas por los mismos resultados del proceso de discusión intersubjetiva, llevada a cabo dentro de un marco de ciertas restricciones que preserven la imparcialidad. A diferencia de la posición de Rawls, lo que es relevante aquí no es el proceso de razonamiento práctico individual, "monológicamente" despsicologizado, sino la práctica social actual de argumentación intersubjetiva; y lo que determina la verdad moral no son las normas formales subyacentes de esta práctica sino el consenso actual que es alcanzado como un resultado de éste, dentro de las limitaciones de las normas formales. Esta posición tiene también una debilidad visible: la principal es, a mi juicio, el hecho de que no puede dar una sólida construcción del fenómeno de la discusión moral: si la verdad moral es constituida por el consenso alcanzado como resultado de la propia discusión, ¿cómo explicamos que nosotros alcanzamos este resultado porque en una discusión previa algunos ciudadanos lograron convencer al resto de que esto sería un resultado válido o verdadero? ¿Cuál será el contenido de la discusión, si asumimos que no pueden ser los propios intereses de los ciudadanos involucrados (desde que estos son hechos que no son materia de discusión)? ¿Discutimos acerca de la legitimidad de cierto equilibrio de intereses sobre la base de ciertos principios?

Estas consideraciones me llevan a concluir en que la posición ontológica correcta de constructivismo es una intermedia entre la de Rawls y Habermas: los juicios morales son válidos según algunas reglas y supuestos que subyacen y caracterizan nuestra práctica social del discurso moral. No es el resultado de un proceso real de discusión lo que define la verdad moral, sino las reglas y los supuestos de la práctica general. Tampoco son aquellas reglas y suposiciones, que forman parte de algún tipo de estructura atemporal, sino de una práctica social contingente y socialmente reflejada. Si bien se ha extendido enormemente como una parte central de la cultura occidental, desde el iluminismo hubo períodos y existían lugares en que los que predominaba un discurso moral con una estructura subyacente diferente. Nuestras prácticas presentes presuponen, como requisitos, que

24. HABERMAS, "Discurs Ethiks".

los juicios morales deben ser basados en principios universales, generales, "supervenientes", públicos, definitivos y que deberían ser aceptados bajo condiciones ideales de imparcialidad, racionalidad y conocimiento de los hechos relevantes. En esto, nuestra práctica difiere radicalmente de los modos premodernos del discurso, que conectaban la verdad moral con el mandato de un dios o con las tradiciones y convenciones. No creo que podamos evaluar un modo de discurso contra otro, sin reconocer sus presupuestos subyacentes, por lo cual solo podemos basarnos en el hecho que los ciudadanos con quienes discutimos normalmente comparten estas premisas con nosotros para luego tratar de ver si nuestros juicios o sus juicios son compatibles con dichos presupuestos.

Esta tesis ontológica intermedia evita el 'formalismo vacío' en el que incurrimos si no tomamos en cuenta la riqueza de los presupuestos de nuestras prácticas sociales de argumentación moral y tratamos de encontrar algunas certezas, pero sin caer en la posición clásica que identifica la verdad moral con el consenso actual contingente. Luego, necesitamos discutir la cuestión epistemológica acerca de cómo tener acceso a la verdad moral y cómo se definen las razones morales. Aquí el constructivismo es también asociado con diferentes posiciones; de nuevo, uno puede ubicar a Rawls en algún punto cerca del extremo constituido por el individualismo epistémico, ya desde que, en general,²⁵ piensa que uno puede alcanzar conclusiones válidas acerca de cuestiones tales como los principios de justicia a través de una reflexión individual, como la que él asume, recurriendo a métodos como el equilibrio reflexivo. Habermas estaría, una vez más, en el otro extremo del espectro, constituido por el colectivismo epistémico, desde que si bien allí puede haber alguna duda acerca de si se equipara la verdad moral con la obligación del consenso actual, indudablemente, él hace suya al menos la posición de que solo podemos tener acceso a la verdad moral a través de un proceso colectivo de discusión y decisión, que es la única forma de superar la distorsión que la estructura de clase y otras condiciones producen en la reflexión individual.

De nuevo, pienso que la verdad se encuentra en el medio del espectro. No creo en general, que la reflexión individual sea un método confiable para alcanzar la verdad moral, dado que es muy probable que puedan tergiversarse y distorsionarse los intereses de algunos de los individuos

25. Para algunas dudas al respecto, ver NINO, *Ética y Derechos Humanos*, citado.

involucrados y, de esta manera, este individuo estará lejos de satisfacer el requisito de la imparcialidad que es central en la noción de verdad moral en el funcionamiento de nuestras prácticas de discusión moral del presente. Cuando todos los ciudadanos interesados participan en la discusión y todos ellos acuerdan una cierta solución, existe una presunción fuerte de que esta solución es imparcial, dada la hipótesis empírica de que nadie es mejor juez de sus propios intereses que uno mismo.

Por otra parte, no creo que podamos ir al otro extremo y afirmar que el único modo de acceder a la verdad moral sea a través de la discusión y decisión colectiva. Esto sería contraproducente dado que no explicaría la contribución que algunas personas —aquellos que finalmente tienen su camino— hacen a la discusión y tampoco por qué uno podría solicitar la reapertura de una discusión luego de que se haya alcanzado un consenso. La tesis más plausible es la que afirma que, si bien la discusión y decisión colectiva es el método más confiable para arribar a la verdad moral, definida principalmente en términos de imparcialidad, esto no significa que la reflexión individual sea completamente inoperante; aun cuando es mucho menos probable que podamos arribar a través de ella a una solución correcta, esto no está completamente excluido y existen ocasiones en que la reflexión individual acierta la solución correcta, mientras que la decisión colectiva es equivocada.

Esta combinación de una tesis ontológica que explica la constitución de la verdad moral sobre las bases de normas y supuestos de la práctica social del discurso moral, con una tesis epistemológica que considera a los resultados de una instancia de esta práctica como una presunción de verdad confiable, aunque no irrevocable, puede ser llamada constructivismo epistémico.

El tercer paso es conectar esta visión acerca de la construcción y el conocimiento de las razones morales con la creación y el trabajo del sistema jurídico. Por supuesto, una clase débil de conexión aparece inmediatamente, si recordamos precisamente el lugar central que el proceso de discusión tiene en un sistema democrático de formulación de leyes, hasta el punto en que la democracia ha sido llamada 'el gobierno de discusión por excelencia'. Quiero insistir en esta conexión —trayendo resumidamente lo que he argumentado con más amplitud en otro lado—²⁶ a fin de mostrar que la conexión entre la democracia y la discusión moral es más fuerte que lo que parece a primera vista.

26. Ver NINO, *Ética y Derechos Humanos*, citado.

Tomemos cualquier discusión moral en la cual ingresemos en la vida privada y pública con la función latente de superar conflictos y alcanzar la cooperación a través de la convergencia de las acciones y actitudes basadas en principios de conducta compartidos y aceptados voluntariamente. La discusión termina exitosamente, si termina, cuando las personas que intervienen en la discusión, acuerdan por unanimidad alguna solución que presupone la aceptación compartida de algún principio de conducta. Pero, por supuesto, no siempre la discusión termina satisfactoriamente desde que el tiempo para alcanzar una solución llega y no se consigue un consenso unánime. La forma de salir de este punto muerto es generalmente llegar a un acuerdo con una votación que debe basarse en la regla de la mayoría simple, a no ser que queramos otorgar el poder de veto a una minoría en favor del *statu quo*.

Por lo tanto, podemos ver a la democracia –definida como la regla de la mayoría que surge luego de un proceso de discusión y decisión, libre y abierta, con la posibilidad de que todos los ciudadanos involucrados participen– como un sustituto de la práctica original de la discusión moral a la que recurrimos cuando esta última no es operativa. La democracia será vista como una organización del proceso de discusión que principalmente consiste en poner un límite de tiempo para tomar la decisión, y en consecuencia, en reemplazar al consenso unánime por el más cercano a él, dado el hecho de que cualquier decisión que no sea la regla de la mayoría simple, sería parcial y favorecería al *statu quo*.

Pero, por supuesto, el representante no es igual que en la idea original, y la reglamentación que el proceso democrático supone bien podría descalificar completamente el valor epistémico de la discusión moral. Esto parece ser principalmente así, con relación a la imparcialidad, al considerar que el consenso unánime puede ser tomado como un equivalente funcional de ella, pero esto no es de ninguna manera de este modo, en el caso de la regla mayoritaria: todos sabemos demasiado bien, que la mayoría puede oprimir y perseguir diferentes minorías.

De todos modos, pienso que uno puede argumentar que algunos de estos valores epistémicos de la discusión moral son preservados por el proceso democrático, si bien se ve disminuida por el grado en el que se aparta de las estructuras originales de la discusión moral.

Existen diversos factores que ayudan a explicar una tendencia general hacia la imparcialidad reflejada en los resultados alcanzados a través del proceso democrático. En primer lugar existe, por supuesto, el hecho de que el proceso permite a los ciudadanos involucrados expresar a otros cuáles son

sus intereses, de manera que al menos los otros no sean parciales por simple ignorancia. En segundo lugar, en este tipo de proceso ideal de democracia directa con el cual, por el momento, estamos tratando, las personas tienen la obligación de justificar su posición ante los otros en un espacio público, y esto implica varias restricciones en los argumentos que posiblemente puedan proponerse y en las posiciones que estos argumentos puedan sostener (decir, por ejemplo, que tal o cual solución está dentro de mis intereses, no es una justificación aceptable). Por supuesto, debemos distinguir entre justificaciones aceptables y justificaciones válidas: solo lo primero debería ser un requisito para contar los votos en el proceso, para que no se termine aplicando un criterio epistemológico *a priori*. Sin embargo, el requisito de aceptación de justificaciones –que debería ser entendido como que comprende los presupuestos más obvios del discurso moral, como la necesidad de basar nuestro propósito sobre principios generales y universales– es lo suficientemente fuerte para limitar, en un modo considerable la defensa abierta de posiciones egoístas. En tercer lugar, existe también una razón de autointerés que empuja a los participantes en el proceso democrático hacia la asistencia de los intereses de la mayor cantidad de personas posibles y, de este modo, al logro de una posición imparcial: por más que estemos ante una coalición mayoritaria, hasta que el voto no sea decidido nunca se está seguro que esta coalición no va a fracturarse en algún punto. Cuanto más amplia sea una coalición, es más probable que un minoría marginada ofrezca un ‘precio bajo’ a algún grupo de la coalición para separarse a cambio de su apoyo con respecto a los otros temas. Esto genera una tendencia a asegurar el apoyo de la mayor cantidad de personas posibles que, por supuesto, requiere considerar sus intereses.

Si estos factores y algunos otros posibles, generan una tendencia individual hacia la imparcialidad bajo un proceso de decisión democrática, entonces podemos recurrir a algunos mecanismos formales para dar base a una tendencia hacia la imparcialidad en el nivel colectivo. Como es bien conocido, teoremas como los de Condorcet y Grofman probaron que, a mayor cantidad de individuos –quienes individualmente se encuentren más cerca de estar en lo correcto que de estar equivocados– que apoyen una decisión, es más probable que estén en lo correcto y que esto al menos, en los grupos pequeños, muestra que la mayoría simple hace que la decisión tomada por el grupo sea probablemente más correcta que aquella alcanzada por el voto del miembro más competente del grupo.

Esto implica que la democracia preserva algunos de los valores epistémicos que tiene el proceso original de discusión moral. Por supuesto,

esto no excluye, obviamente, que en muchos casos la mayoría pueda estar totalmente equivocada y que podamos estar bastante seguros, y con razón, que nuestra reflexión individual nos conduciría a una posición, correcta, distinta de la posición mayoritaria. Pero si aceptamos que en general y en el largo plazo la mayoría probablemente esté en lo correcto en mayores ocasiones que cualquiera —como diría un iluminado dictador actuando fuera de su reflexión individual y asilada— entonces tenemos razones para acatar la decisión mayoritaria incluso cuando, en el caso particular, estamos bastante seguros de que es equivocada. Porque, si siguiéramos a la mayoría solo cuando pensamos que tiene razón, estaríamos siguiendo nuestra reflexión individual y no al proceso colectivo, y esto contradiría nuestro supuesto de que aquella es, en general, menos confiable que éste segundo proceso. La autonomía es preservada en la medida en que tengamos razones epistémicas para actuar según las razones halladas a través del proceso epistémico.

Por supuesto, el valor epistémico de la democracia se debilita tanto como el mismo proceso democrático se aleja de la reglamentada práctica original de discusión moral. La representación supone una importante salida de la forma original, ya que, si bien los requisitos de racionalidad y conocimiento son normalmente satisfechos por ella en un alto grado, aún mayor que en la democracia directa, el requisito de imparcialidad está seguramente menos satisfecho. Pienso que la representación puede ser justificada como un modo de delegar el poder para continuar la discusión a partir de las posiciones fijadas por el electorado, sin embargo, la democracia directa, cuando es posible, aumenta la presunción de la validez moral de la decisión. En el mismo sentido, bajos niveles de modificaciones en el electorado también perjudican la realización de resultados imparciales, desde que limitan el alcance de los intereses que son contemplados. Cuando la contienda política se centra sobre los grupos de interés y los partidos políticos se debilitan y se desideologizan tanto que los individuos al apoyarlos son incapaces, a partir de bases aceptables, de justificar su voto sobre una base plausible, se produce un mayor debilitamiento del valor epistémico de la democracia.

Por lo tanto, esta visión de la democracia no solo provee un programa para justificar moralmente determinado grado de decisiones tomadas a través de su proceso, sino que también ofrecen una carta de reforma para hacer este proceso más cercano a aquellas discusiones morales no reglamentadas. Esto implica, por supuesto, rechazar las consecuencias del pluralismo, elitismo,

o las teorías económicas de la democracia,²⁷ las cuales se asemejan a una disputa de intereses entre diferentes grupos que compiten en un contexto de mercado para recibir el favor de los votantes. La visión que respaldo es en cambio cercana a aquella defendida por Rousseau²⁸ y que en los Estados Unidos inspiró a la tradición Republicana, si bien no se ha comprometido en todo con sus consecuencias comunitarias.²⁹

Está claro que esta teoría epistémica de la democracia supone una teoría de la determinación judicial. Creo que esto último nos permite superar cada uno de los tres estratos de obstáculos en contra de la sistemática satisfacción de los tres requisitos básicos dirigidos al Poder Judicial, que expliqué en las secciones previas.

En cuanto a la estructura del razonamiento práctico que se opone a que las normas jurídicas –cuando no son concebidas como derivaciones de principios morales– proporcionan razones para justificar decisiones, la respuesta es ésta: es verdad que cuando las normas jurídicas son entendidas como prácticas sociales, actos lingüísticos o textos, no proveen en sí mismas razones para justificar decisiones, y cuando son entendidas como juicios normativos deben ser puestas dentro del contexto de los principios morales de los cuales derivan y a los cuales pueden tener derecho a exceptuar. Pero cuando las razones constitutivas tienen un origen democrático, es posible pensar que existen razones morales para actuar según ellas. Son indicios creíbles para tener acceso a aquellas razones morales. Un juez que es nombrado de por vida y que no está con todas las personas involucradas, en el flujo de la discusión pública acerca de la aplicación de una norma, debe evitar la arrogancia de asumir que su reflexión individual es, en general, un método más confiable e imparcial para tener acceso a estándares generales que el proceso colectivo de decisión y discusión en el que el resto de los ciudadanos involucrados participan.

Por supuesto, un juez tiene los elementos que le permiten mantener su imparcialidad tanto como es posible, frente a los intereses de los ciudadanos que litigan ante él. Pero a fin de alcanzar una decisión justificable, debe aplicar principios universales y generales, y estos últimos deben ser aceptables no solo desde el punto de vista de las dos personas que se encuentran

27. Ver NINO, *Ética y Derechos Humanos*.

28. ROUSSEAU, *El contrato social*.

29. Ver NINO, "Kant vs. Hegel, otra vez", pp. 87-102

en los tribunales, sino también de todos los otros individuos que son afectados por ellos. Esto requiere poner a prueba los principios en cuestión, a través de un proceso colectivo, continuo de discusión y decisión.

Por lo tanto, un juez puede alcanzar una decisión justificada mediante la sola aplicación de la ley promulgada por los órganos democráticos, desde que está, de hecho, aplicando un juicio moral que el derecho ayuda a detectar. Los jueces preservan su autonomía a partir de que tienen razones epistémicas individuales que sostienen su decisión de acatar el resultado del proceso democrático. Por supuesto, en la medida en que el resultado del proceso democrático es inequívoco, esta decisión del juez sirve también para satisfacer el segundo requisito dirigido al Poder Judicial, desde que el subjetivismo es evitado y la ley provee una guía segura y previsible respecto a la decisión tomada conforme a ella. Pero, obviamente, todo esto supone que tenemos que superar también el segundo estrato de obstáculos contra la satisfacción de los tres requisitos básicos; aquellos planteados por la aparente indeterminación radical de la interpretación judicial de materiales jurídicos.

En efecto, pienso que esta teoría de la determinación judicial nos muestra también el camino para superar estos otros obstáculos. Lo que tiene una presunción de validez no es una práctica, texto o acto –aun cuando esto es perfectamente posible a fin de vincularlos con la ley para ciertos efectos–, sino la proposición que fue el objeto de este acuerdo mayoritario y que fue expresado mediante aquellas prácticas, textos o actos lingüísticos. Para detectar esta proposición a través de un texto, por supuesto, debemos tomar en cuenta la intención subyacente que nos conduce a su formulación, si bien normalmente esa intención remite a su vez al significado convencional de las palabras que son usadas (a menos que este significado convencional pueda ser solo interpretado, como ocurre generalmente cuando es vago o ambiguo, según la intención). Esta remisión al significado convencional no es una cosa menor, sino que tiene que ver con la publicidad del principio discutido y la necesidad de garantizar que fue entendido y contemplado por todas las personas involucradas. Por lo tanto, aunque lo que tiene validez presunta son las ideas que las personas concertaron cuando formaron el acuerdo mayoritario –y esto tiene obviamente que ver con las intenciones de esas personas– el modo más confiable de tener acceso a esas ideas es seguir el uso común cuando sea posible. Tal vez, aún sea cierto que este uso común no pueda ser aislado de los valores sustantivos sostenidos por los individuos que constituyen la mayoría y es

entonces, que estos valores también deben tomarse en cuenta a fin de detectar el objeto de la decisión mayoritaria.

Pero existe un hecho importante hasta ahora desatendido, que al ser incorporado altera todo el panorama. Este es el factor del tiempo y con él la variación en la coexistencia de la clase de aquellos que adoptan la decisión y aquellos que son afectadas por ella. La presunción de validez de las leyes democráticas depende de un proceso en el que el interés de los ciudadanos vinculados es contemplado gracias a su participación en el proceso. Pero obviamente, esto no es cierto en el caso de una ley que ha sido promulgada mucho tiempo atrás. No existen razones para pensar que el interés de las personas de vivir en el presente ha sido necesariamente contemplado por la ley promulgada en un pasado lejano. Por supuesto, en vista de la deseada estabilidad de la Constitución esto se aplica especialmente a ellas, más allá de los otros inconvenientes que veremos a continuación, contra la posibilidad de recurrir al acuerdo mayoritario que condujo a promulgar la Constitución.

El único modo que creo plausible para superar este problema es a través de la noción de que existe un proceso continuo de legislación tácita negativa, como ha sido señalado por pensadores como Hobbes, cuando dice que 'el legislador es aquél que, no por cuya autoridad las leyes fueran dictadas por primera vez, sino por cuya autoridad todavía continúan siendo leyes'.³⁰ Esto implica la idea de que las leyes democráticas promulgadas en el pasado disfrutaran del consenso mayoritario en el presente, en la medida en que no sean derogadas cuando sea posible hacerlo. Por supuesto, la presunción se intensifica cuando el seguimiento del público y los legisladores hacia la ley en cuestión es provocado por su aplicación y por el proceso de discusión previo.

Esta presunción de la aprobación mayoritaria de los presentes –que es bastante plausible dado que, de lo contrario, las leyes deberían ser objeto de una permanente promulgación– tiene importantes consecuencias para la interpretación de materiales jurídicos. Esto significa que el consenso mayoritario, que debe ser detectado, se extiende a lo largo del tiempo y debe necesariamente tomar en cuenta las convenciones lingüísticas y evaluativas de la generación presente. Esto es así obviamente, solo en la medida en que una expresión como "castigos crueles e inusuales" no sea interpretada

30. HOBBS, *Leviathan*

en un modo que pueda ser escandaloso a los usos lingüísticos y la conciencia moral los individuos del presente, que mueva a enmendar o modificar lo establecido por el lenguaje constitucional o jurídico.

Este interés en el consenso del presente implica, por supuesto, algún riesgo de misticismo y así de autoritarismo (todos los dictadores apelan al consenso de los ciudadanos que no se expresa de un modo formal y legítimo). Por esta razón es crucial prestar especial atención a las declaraciones formales y actos deliberativos, desarrollados en un contexto del proceso de toma de decisiones y de tratar de encontrar el camino para provocar la discusión necesaria y explícita acerca del asunto controvertido.

A pesar de las complicaciones que este concepto tiene que enfrentar, provee sin embargo un modo de entendimiento coherente de toda la disparidad de recursos que estamos tentados a emplear cuando interpretamos las normas: las intenciones de los participantes del pasado y del presente en el proceso democrático son obviamente relevantes para tratar de detectar el consenso mayoritario extendido sobre el tiempo; esas intenciones, sobre todo en sus proyecciones contra fácticas son reconstruidas mediante factores contextuales y convencionalismos lingüísticos, teniendo en cuenta que generalmente las intenciones de los participantes en el proceso remiten a aquellas convenciones; por lo menos en relación con algunos conceptos, los convencionalismos lingüísticos son entretrejidos con evaluaciones positivas. Cuando estas son relevantes, el juez debe ser cuidadoso de no mezclarlas con sus propios puntos de vistas críticos, no solo para no deformar aquellas evaluaciones positivas, sino también para no contaminar su juicio crítico: no es que la moral positiva sea automáticamente válida, sino que solo sirve para reconstruir un consenso mayoritario extendido sobre el tiempo que nuestro juicio crítico nos dice que tenemos motivos para respetar, desde que, a la larga, éste es el criterio más confiable de imparcialidad.

Esta visión sobre la interpretación, a pesar de que implica reconocer una gran cantidad de incertidumbre y creatividad en la tarea judicial, no obstante permite satisfacer hasta un cierto punto el segundo requisito dirigido al Poder Judicial, ya que establece limitaciones previsibles a los elementos que deberían ser tenidos en cuenta en la asignación de los significados de los textos.

Por supuesto, todas estas consideraciones plausibles también tienen un gran impacto en el tercer estrato de obstáculos conectados con la revisión judicial. Esta visión de la democracia nos ayuda a percibir que existe un malentendido muy común acerca de la noción de derechos que ha

conducido a muchas personas a sostener una concepción expansiva de la revisión judicial. Es posible definir derechos como barreras o 'cartas de triunfo', que protegen algunos bienes básicos de los individuos en contra de los intereses agregativos de otros o del cumplimiento de objetivos colectivos. Esta es la función básica de los derechos que se deriva del principio de la inviolabilidad de las personas que establece que nadie puede ser dañado o sacrificado por la sola razón que esto beneficie a otras personas en una medida mayor al perjuicio causado (quizá este principio puede ser reformulado en un sentido igualitario, y entonces proscibiría solo disminuir la autonomía de alguien para lograr un aumento en la autonomía de otros individuos).³¹ Pero esto es muy diferente de otra caracterización de los derechos según la cual estos ponen límites o barreras en contra de las decisiones mayoritarias. Sólo bajo una visión utilitarista o economicista de la democracia, que supone que la decisión mayoritaria siempre expresa la maximización de los intereses agregados, podemos inferir esa caracterización de los derechos.

Si no incurrimos en este error en la caracterización de los derechos no existe razón para suponer que el valor epistémico de la democracia no se extiende sobre ellos y que los asuntos que se vinculan con el alcance y los conflictos de derechos no son decididos mejor mediante el proceso de decisión democrática. De hecho, si uno adopta una concepción robusta del alcance de los derechos, según la cual estos se correlacionan no solo con deberes negativos sino también con deberes positivos, difícilmente podemos negar que tales cuestiones de derechos son un problema de la discusión y la decisión democrática, ya que, de lo contrario, sería muy poco lo que este proceso deje fuera del dominio de la moral.

Por mucho que simpatice con aquellos liberales que son propensos a confiar la custodia de los derechos individuales que son amenazadas por mayorías (conservadoras) a los jueces (liberales), no puedo, dejar de estar de acuerdo intelectualmente, con aquellos³² que han llamado la atención acerca del peligro que envuelve a esta especie de coronación de los jueces como los nuevos reyes filósofos de los tiempos modernos, peligro que se hace evidente cuando estos magistrados recurren a posiciones más conservadoras (como un efecto retrasado de las mayorías que indirectamente influyeron en sus nombramientos). Los jueces que, por ejemplo, declaran que la crimi-

31. Ver NINO, *Ética y Derechos Humanos*, citado.

32. WALZER, Michael.

nalización de la tenencia de estupefacientes es inconstitucional (con lo que acuerdo fuertemente),³³ le allanan el camino a otros jueces que declaran que los montos de ciertos impuestos violan el principio de propiedad. La mayoría de los problemas de los derechos requieren recurrir a principios que debemos aceptar desde un punto de vista imparcial, y no existen razones para suponer que este punto de vista no sea más fácilmente alcanzable mediante el proceso colectivo de discusión y decisión de las personas involucradas.

No hace falta decir que este obstáculo no es superado por el hecho de que la propia Constitución tiene un sostén mayoritario. Como dije previamente, con frecuencia este apoyo fue expresado mucho tiempo atrás (a menudo en una forma democrática algo dudosa), fue construida de una forma tan difícil de modificar por las mayorías del presente y se redactó en términos tan vagos y ambiguos que no existen casi razones para darle peso, en áreas tan fundamentales de la moral, a aquél acuerdo por sobre éste consenso que puede ser alcanzado en el presente, mediante el proceso democrático, incluso cuando esto es presentado como una interpretación parlamentaria de un texto antiguo.

Pero existen ciertos derechos, o mejor dicho, algunos aspectos de los derechos, que tienen consecuencias muy diferentes. Esto es así, porque su satisfacción es una precondition para el proceso democrático que tiene algún valor epistémico respecto de la validez moral de los estándares adoptados. Si ciertos grupos de personas o incluso determinados individuos aislados son discriminados sistemáticamente, o perseguidos, o su libertad de expresión es reducida, o sus asuntos reconocidos como de interés público son desplazados por la aguda insatisfacción de necesidades esenciales básicas, o si el proceso democrático es manipulado o falsificado, o si algunas personas o grupos tienen una enorme incidencia en el proceso de discusión, o si lobbies y grupos interesados están transformando el proceso en un simple concurso de intereses, o si los partidos políticos están siendo transformados en grupos de interés, o si las vías de participación son restringidas, el proceso se aparta tanto de la discusión moral original que la presunción de la validez de sus resultados desaparece casi por completo.

Por eso, estoy de acuerdo con autores como John H. Ely³⁴ en que los jueces bajo una Constitución democrática deben ejercitar la revisión

33. WALZER, Michael.

34. ELY., *Democracy and Distrust*.

judicial a fin de involucrarse en el proceso y no en la esencia, actuando como referees del proceso de discusión y decisión democrática. Como sostiene Ely, las fallas ocurren cuando el proceso no es confiable, ya sea porque algunas personas son excluidas o porque algunas minorías son sistemáticamente desaventajadas; los representantes elegidos son las personas menos confiables en la identificación de estas situaciones, mientras que los jueces como entes extraños en el sistema político no están tan afectados por los vicios del propio sistema.

Esta concentración de los jueces en el proceso, o en lo que podemos considerar derechos *a priori* –dado que derivan de precondiciones del proceso de conocimiento moral– no implican, en absoluto, un rol pasivo. Por el contrario, como lo indica la breve referencia a todas las formas en que el proceso puede ir en una dirección equivocada, la tarea de supervisar el proceso democrático es *herculeano*. Existe una conexión interesante aquí: como la presunción de validez de las leyes se torna más débil y entonces los jueces tienen menos razones para confiar en ellas, mayor es su responsabilidad por adoptar medidas para corregir y mejorar el proceso democrático.

Existen algunas asociaciones libres entre derechos *a priori* y *a posteriori* –aquellos que son determinados por su condicionamiento de la validez del proceso democrático y aquellos que son determinadas a través del propio proceso democrático– y los derechos positivos y negativos. Si bien, la última distinción no tiene para mí mucha relevancia moral desde que depende de si los derechos son violados por acciones u omisiones, lo que a su vez, depende de cómo sea el *statu quo*, pienso que esto tiene relevancia para la revisión judicial: en general, detener la continuidad de una violación pasiva de derechos –por ejemplo, cuando las personas no están provistas de vivienda o salud– implica asignar recursos y crear arreglos institucionales que puedan violar otros derechos. Es generalmente correcto que la decisión sea tomada por órganos que dependan directamente del proceso político en el que todos los intereses estén expresados, excepto cuando la privación sea tan grande que afecte la participación de las personas involucradas en el proceso.

Incluso en lo que se refiere a estas cuestiones de procedimiento, el texto constitucional no es de gran relevancia para el razonamiento judicial práctico. Ello, debido a que cualquier variación importante entre los requisitos enunciados por la Constitución para el proceso de toma de decisiones y los requisitos que deberían necesariamente observarse por

tener valor epistémico, no pueden ser convalidados por el dudoso origen democrático de la propia Constitución (principalmente cuando aquellas variaciones influyen en el procedimiento por el cual la Constitución puede ser modificada y de este modo también pone en discusión su legitimidad democrática). Así, excepto por la letra pequeña de la regulación en la Constitución sobre las características opcionales del mecanismo de toma de decisiones, su fuerza jurídica, su impacto en el razonamiento práctico de los jueces y otros funcionarios, son mucho más reducidos, a pesar de la inmensa importancia que pueden tener como un documento pedagógico o como una muestra simbólica de la libre determinación de una Nación determinada. Supongamos, por ejemplo, que una Constitución, que fue solo votada por hombres, estableciera que solo los hombres deben votar en las elecciones: ¿cuál sería una razón genuina para cumplir este texto? (en oposición a jugar esa trampa habitual de los abogados, la cual quizá está justificada dado el valor simbólico de la Constitución, quienes aparentan creer en su texto, aún sin estar de acuerdo, mientras que por otro lado apelan a cualquier recurso —algunos *obiter dictum* de los miembros de la convención, contra fácticos acerca de cómo deberían proceder en las presentes circunstancias, etc.— a fin de cambiar su claro significado en la dirección deseada) Si esto es cierto con respecto a los asuntos procedimentales, es aún más cierto en relación a prescripciones de fondo: como lo afirmé previamente, no existen razones generales para cumplir una prescripción legal que es inmoral excepto cuando es sostenida por un proceso democrático actual de discusión y decisión.

Este panorama de la revisión judicial implica un alto grado de satisfacción del tercer requisito cuando el material jurídico tiene un aceptable origen democrático. Al mismo tiempo, el segundo requisito dirigido al Poder Judicial es considerablemente satisfecho desde que la imprevista subjetividad del juez no interfiere en cuestiones de fondo y sus interferencias en relación a las cuestiones procedimentales siguen un patrón bastante predecible: maximizar la igualdad y abrir la participación en el proceso.

Por supuesto, este punto de vista respecto del impacto de la Constitución sobre el razonamiento judicial y la revisión de la constitucionalidad de las leyes democráticas tiene consecuencias relevantes para las reformas institucionales. Una de esas consecuencias parece ser la necesidad de facilitar enmiendas constitucionales a fin de que la propia Constitución pueda mejorar sus credenciales democráticas, reflejado en un modo más flexible los resultados del proceso continuo de discusión y decisión democrática.

También parece oportuno reflexionar sobre si el nombramiento y la inmovilidad de los jueces, que ejercen el control de constitucionalidad, no debería ser adaptado a la necesidad de una participación algo mayor en el proceso político, pero sin ser afectados por los posibles vicios de este proceso –como tal vez se logre en los tribunales constitucionales europeos que son mitad judiciales y mitad políticos–. Además, las posibilidades de actuación de los tribunales pueden ser adaptadas con más ingenio a la necesidad de afrontar con zonas grises en la determinación de si lo que está en juego es un derecho *a priori*, que necesita de un reconocimiento judicial o solo se trata de un derecho *a posteriori* cuyo alcance y límites deben ser fijados a través del proceso democrático. Quizá, incluso cuando la decisión favorece la segunda posibilidad, sería importante que los jueces pudieran provocar formalmente el proceso de discusión y decisión, a fin de que haya una especie de poder de veto que pueda ser anulado por una explícita “re-promulgación” del Congreso.

En casos en los que los derechos son violados por la pasividad del legislador, quizás, sería un progreso si los jueces pudieran ordenarle a una comisión parlamentaria que informe si considera adecuado proponer la legislación necesaria para hacer cumplir el derecho en cuestión. En general, parece apropiado que los jueces tengan mayor poder para estimular y robustecer el dialogo público. Posiblemente esto signifique una cierta participación de los jueces en este dialogo, que no es algo para lamentar, incluso puede hacerlos más interdependientes que independientes de los otros poderes del Estado.

Muchas de las consecuencias para la adjudicación de la teoría epistémica de la democracia defendida, son todavía oscuras y muchas parecen estar en una profunda tensión con sentidas convicciones intuitivas. Pero considero que esas convicciones provienen de una postura epistémica individualista que debemos evitar para no caer en el más extremo nihilismo jurídico. La visión presentada intenta mostrar que los requisitos básicos dirigidos al Poder Judicial –para arribar a decisiones justificadas mediante la aplicación de la ley en una dirección segura– son viables y coherentes entre sí. Estos requisitos forman parte del ideal de tener un Poder Judicial, que considero, aún estamos en condiciones de cumplir.

BIBLIOGRAFÍA

- AUSTIN, John, *The Province of Jurisprudence Defined*, John Murray, 1832, London.
- DWORKIN, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Bloomsburry, 1997, New York.
- ELY, John H., *Democracy and Distrust: a Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, 1980, Massachusetts.
- HABERMAS, Jurgen, "Discourse Ethics: Notes on a Program of Philosophical Justification", MIT Press, 1990, Massachusetts.
- HART, Herbert L., *The Concept of Law*, Clarendon Law Series, 1961, Oxford.
- HOBBS, Thomas, *Leviathan: Or the Matter; Forme and Power of a Commonwealth, Ecclesiasticall and Civil*, Oxford University Press, 1651, Oxford.
- KELSEN, Hans, *General Theory of Law and State*, Harvard University Press, 1945, Massachusetts.
- KRIPKE, Saul A., *Naming and Necessity*, Harvard University Press, 1940, Massachusetts.
- MONTESQUIEU, *The Spirit of the laws*, George Bell & Sons, 1892, New York.
- NINO, Carlos S., *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, UNAM, 1984, México.
- , "Constructivismo epistemológico: entre Rawls y Habermas", en *Doxa*, Vol. 5, pp. 87-105.
- , *Ética y Derechos Humanos: un ensayo sobre fundamentación*, 2da ed., Astrea, 1989, Buenos Aires.
- , "Kant vs. Hegel, otra vez", en *Ágora*, Vol. 4, N°2, pp. 87-102
- , *La Validez del Derecho*, Astrea, 1985, Buenos Aires.
- PUTNAM, Hilary, "The Meaning of 'Meaning'", en *Minnesota Studies in Philosophy of Science*, Vol. 7, 1975, pp. 131-193.
- RAWLS, John, *A theory of Justice*, Oxford University Press, 1971, Oxford.
- RAZ, Joseph, *The Concept of a Legal System: an introduction to the Theory of a Legal System*, Oxford University Press, 1980, Oxford.
- ROSS, Alf, *On Law and Justice*, University of California Press, 1959, California.
- ROUSSEAU, Jean J., *The social contract or Principles of political right*, Swan Sonnenschein & Co., 1895, London.

EL DOBLE FILO DEL ESPECISMO: SUBHUMANOS Y SUPERHUMANOS. ALGUNAS ASIMETRÍAS EN FILOSOFÍA LIBERAL CONTEMPORÁNEA*

PABLO SUÁREZ**

Ahora que se ha probado el origen del hombre, la metafísica florecerá —aquél que entienda al babuino hará más por la metafísica que Locke— (Darwin, Charles, Notebook M, 1838).

Resumen: Este trabajo busca analizar algunos temas complejos debatidos en ética, filosofía política y filosofía del derecho, con el objeto de identificar ciertas asimetrías e inconsistencias que ocurren en estas áreas cuando la filosofía liberal contemporánea se ocupa de la consideración moral que cabe a los animales. Intentaré mostrar cómo las posiciones que se adoptan respecto de algunos asuntos deberían llevar a determinadas posturas en otros que se refieren al estatus moral de los animales, pero que ello no siempre ocurre. Esto me permitirá sugerir que el razonamiento teórico en los ámbitos señalados en ocasiones no cumple con los requisitos de racionalidad, imparcialidad y universalidad que deberían darle

* Recepción del original: 15/12/2020. Aceptación: 31/12/2020.

** Abogado (Universidad de Buenos Aires, 1995). Carrera de Especialización en Asesoramiento Jurídico de Empresas (Universidad de Buenos Aires, 1999). Profesor de la carrera de Abogacía de la Universidad de Buenos Aires, de la carrera de Abogacía de la Universidad de Palermo, y de la Maestría en Derecho de la Universidad de Palermo. Las traducciones del inglés me pertenecen. Este artículo fue elaborado como parte del Proyecto de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo sobre "Embriones, incapaces, animales, personas: Algunas asimetrías en filosofía liberal contemporánea" que codirigí junto a Laura Saldivia Menajovsky. Una versión preliminar del mismo fue presentada en el "I Congreso Internacional e Interdisciplinario de Debate en torno a los Animales No Humanos" (Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires; noviembre de 2018). Agradezco a Julieta Arosteguy, Laura Saldivia Menajovsky, Romina Faerman, Vladimir Chorny Elizalde y al Seminario de Alumnos de la Cátedra de Teoría General del Derecho del Dr. Marcelo Alegre (Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires), por sus valiosos comentarios a versiones anteriores del mismo.

sustento, y se encuentra separado en compartimentos estancos que impiden someterlo a determinadas pruebas de coherencia.

Palabras clave: derechos humanos — dignidad — animales — especismo — justicia

Abstract: This article aims to study some complex issues debated in ethics, political philosophy and philosophy of law in order to identify certain asymmetries and inconsistencies in these areas when contemporary liberal philosophy deals with the moral consideration owed to animals. I will try to show how the stances adopted regarding some matters should lead to certain positions in others that refer to the moral status of animals, but that this not always is the case. This will allow me to suggest that the theoretical reasoning in those fields does not always meet with the standards of rationality, impartiality and universality that should provide its grounds, and is divided in watertight compartments that prevent to submit it to certain tests of coherence.

Keywords: human rights — dignity — animals — speciesism — justice

I. INTRODUCCIÓN

El interés por la consideración moral que corresponde otorgar a los animales¹ es casi tan antiguo como la indagación filosófica en occidente, pero desde hace por lo menos medio siglo existe un cuerpo teórico consolidado de

1. La bibliografía del área emplea habitualmente la expresión “animales no humanos”, recordándonos que los humanos también pertenecemos al reino animal. En este trabajo utilizaré en general, sin embargo, y con algunas prevenciones, el término “animales”. Ello por razones de fluidez en la lectura, pero principalmente dado que la expresión “animales no humanos” coloca del lado de éstos un calificativo que insinúa una no adecuación o anormalidad (el ser que se define por no ser alguien más), aglutinando a su vez esta noción a innumerables especies que nada tienen que ver entre sí *salvo* el no ser *Homo sapiens*. La expresión “demás animales”, que también es empleada en la literatura especializada, presenta similares problemas —tal vez de modo atenuado—: se apilan a todas las especies distintas a la humana y se las distingue de ésta por medio de una referencia que igualmente presenta resonancias de subalternidad; esos demás seres sólo pueden identificarse, amontonados, por oposición al referente principal. El término “animales” no está exento de inconvenientes, sin embargo: también resulta de un amontonamiento de seres muy diferentes entre sí. Véase nota 34.

teorías animalistas que abrevan tanto en la filosofía liberal² como en distintos abordajes críticos.³

Teniendo en cuenta que ya se ha escrito de manera extensa y convincente sobre las fundamentaciones que la filosofía liberal y las teorías críticas pueden brindar a las ideas de consideración moral y derechos para los animales, así como para cuestionar el especismo,⁴ no seguiré esta línea de trabajo aquí. En cambio, este artículo estudiará algunos temas complejos debatidos en ética, filosofía política y filosofía del derecho, con el fin de identificar ciertas contradicciones que se dan en estas áreas cuando la filosofía liberal que suscribe el especismo se ocupa de la consideración moral que cabe a los animales. Centro en este punto mi análisis dado que la filosofía liberal continúa siendo la corriente que goza de mayor difusión y predicamento en la academia. Y lo hago siguiendo la inspiración y metodología de la tradición crítica que, más que argumentar de modo sistemático sobre un asunto que se encuentra en la periferia de la producción teórica

2. Suele mencionarse como un hito fundacional de esta última etapa al libro de 1975 del filósofo utilitarista Peter Singer: *Liberación Animal*. En 1975 el filósofo norteamericano Tom Regan comenzaría a producir una serie de artículos sobre la cuestión animal desde una perspectiva de tipo kantiana y en 1983 publica su libro *The Case for Animal Rights* (1983), otra obra también central para el movimiento animalista. A partir de este momento el número de trabajos sobre la cuestión animal que se producen desde la filosofía liberal crece exponencialmente y resulta imposible reseñarlos aquí.

3. En 1971 Francis Moore Lappé publica *Diet for a Small Planet* (MOORE Lappé, *Diet for a Small Planet*) una obra que proponía el vegetarianismo como forma de luchar contra los problemas del hambre mundial y la crisis ambiental. En 1975 Carol Adams escribe "The Oedible Complex: Feminism and Vegetarianism" (ADAMS, "The Oedible Complex: Feminism and Vegetarianism"), un ensayo que documenta el vegetarianismo entre mujeres feministas y relaciona la violencia machista con el consumo de carne. Entre los postestructuralistas se destaca la obra de Jacques Derrida, quien, si bien inicialmente no se ocupó de lleno de la cuestión animal, en algunas de sus obras más importante de fines de los años 60 del siglo pasado, como *De la Gramatología*, de 1967, indagó sobre lo que significa ser humano y cómo dicho término solamente cobra sentido en relación a una serie de identidades y términos excluidos, entre ellos el de animalidad. Los abordajes críticos de la cuestión animal también se multiplican a partir de los años 80 del siglo pasado y es igualmente imposible hacer una reseña de los mismos en esta nota.

4. Con el término especismo se denomina al trato discriminatorio o desventajoso basado exclusivamente en la pertenencia a una especie (RYDER, "Speciesism Again: The Original Leaflet", pp. 1-2; SINGER, *Liberación Animal*, p. 22). Véanse también las notas 71, 73 a 75 y el texto principal correspondiente a las mismas.

dominante, busca señalar los vacíos y las inconsistencias de las teorías más influyentes cuando tratan el mismo.⁵

Intentaré mostrar cómo las posiciones que se adoptan desde la filosofía liberal contemporánea en ética, filosofía política y filosofía del derecho respecto de algunos asuntos, deberían llevar a determinadas posturas en otros que se refieren al estatus moral de los animales, pero que ello no siempre ocurre. Esto me permitirá sostener que el razonamiento teórico que puede hallarse en esa tradición filosófica en los ámbitos señalados en ocasiones no cumple con los requisitos de racionalidad, imparcialidad y universalidad que deberían darle sustento,⁶ y se encuentra separado en compartimentos estancos que dificultan someterlo a ciertas pruebas de coherencia. Sostendré que esta demarcación es producto de autopreferencias no declaradas y de posiciones no explicitadas en el razonamiento, que llevan a delimitar las fronteras del análisis y así, ocultan contradicciones que intentaré mostrar en lo que sigue. En el curso dicha indagación sugeriré con trazo bastante grueso algunas de las adaptaciones que cabría realizar a las teorías y posicionamientos en cuestión.

No obstante la metodología y el objetivo del trabajo recién explicitados, corresponde dejar planteadas desde el comienzo dos cuestiones sustantivas –vinculadas entre sí– que informarán el análisis a realizar. La primera es un posicionamiento antiespecista: seguiré la extensa bibliografía que sostiene que la especie no es una categoría con relevancia moral para efectuar tratos (altamente) desigualitarios en términos de los intereses y derechos más esenciales (a la libertad, a la integridad psicofísica, a la vida, a integrar comunidades y familias, etc.).⁷ La segunda radica en considerar que la característica natural con relevancia moral más esencial para deliberar sobre la propiedad de negar o respetar estos intereses y derechos fundamentales es la sintiencia, esto es la capacidad de experimentar dolor

5. BALKIN, “Práctica Deconstructiva y Teoría Jurídica”, pp. 287-336.

6. RAWLS, *Teoría de la Justicia*, pp. 140 y ss.; SINGER, *Practical Ethics*, pp. 8-13; NINO, *Ética y Derechos Humanos*, pp. 104 y 176. Véase también el trabajo de PEZZETTA “Una Teoría del Derecho para los...”, pp. 163-177, donde se realiza una propuesta extensionalista desde la teoría del derecho, partiendo de acuerdos básicos en este terreno sobre cuestiones relevantes —como la importancia y fundamentación de los derechos básicos, las nociones de intereses, subjetividad y personalidad, etc.— para aplicarla a los animales.

7. RYDER, “Speciesism Again: The Original Leaflet”, pp. 1-2; SINGER, *Liberación Animal*, cap. 1; REGAN, *Animal Rights, Human Wrongs. An Introduction...*, p. 47. Véase la nota 71 y el texto principal de la misma.

y placer. Y que para ello solo es necesario contar con un sistema nervioso central que posibilite tener conciencia, una vida mental y experiencias subjetivas, no requiriéndose en cambio la posesión de racionalidad, agencia lingüística u otras capacidades cognitivas elevadas.⁸

II. ALGUNAS ASIMETRÍAS EN FILOSOFÍA LIBERAL CONTEMPORÁNEA

II.A. Caso uno: animales, humanos y libertad

En general se asume como un asunto saldado que los humanos somos seres absolutamente libres, racionales e intencionados. Pero en verdad no existe tal consenso: la literatura que sostiene que estamos determinados por circunstancias antecedentes (mecánicas, genéticas, de crianza, ambientales, etc.) es tan abundante como la que afirma lo contrario.

Debería decirse más bien que el consenso es que somos comparativamente racionales, intencionados y libres, es decir que somos racionales, intencionados y gozamos de libre albedrío cuando nos comparamos con el resto de los seres con los que compartimos el planeta: con los animales. Es así que la principal justificación que se otorga para negar a los animales la consideración y los derechos básicos que se acuerdan a los humanos radica precisamente en sostener que éstos carecerían de la racionalidad, autoconsciencia y libre albedrío, además de otras capacidades intelectuales, sociales y morales, que poseeríamos los seres humanos. Esta libertad, por su lado, es asociada por lo general a la posibilidad de ser agentes morales y esta última característica a la noción de personalidad moral.⁹ De tal modo, esta

8. Esta idea no sólo goza de un extendido consenso en la bibliografía animalista contemporánea, sino también de antecedentes importantes a lo largo de la historia. SINGER, *Liberación Animal*, cap. 1; PORFIRIO, *Sobre la Abstinencia*, Libro III, p. 165; ROUSSEAU, *A Discourse on Inequality*, pp. 84-85 y 95; BENTHAM, *Introducción a los Principios de la...*, cap. 17. Existen, claro, otras características y capacidades de los seres vivos, como la madurez cognitiva o la altura, que podrían tener relevancia en conexión con otros intereses y derechos, como los de votar, acceder a la educación universitaria o integrar la selección nacional de básquet. Pero ni la inteligencia ni la altura son características moralmente relevantes para la consideración de los intereses de un ser sintiente en no ser confinado, torturado y asesinado.

9. Si bien no toda la literatura considera que la personalidad moral, y las condiciones de dicha personalidad (como la agencia moral o la responsabilidad moral), dependen de la existencia ontológica de libre albedrío, una parte importante de ella requiere que exista

diferencia que nos separa de los animales explicaría también que solo los seres humanos seamos considerados personas morales.

Sin embargo, las ideas de libertad y de personalidad son sumamente elusivas,¹⁰ y si se ahonda en las mismas, y en la diferente métrica que se emplea cuando se analiza la plausibilidad de considerar personas a animales y a humanos, así como la cuestión de la determinación y la libertad, puede detectarse la primera de las asimetrías señaladas en la introducción. A los animales en general se les niega personalidad moral y todo tipo de agencia a partir de compararlos con los humanos.¹¹ Ahora bien, cuando se estima puertas adentro el asunto de la personalidad moral de los humanos, y en especial si contamos con libre albedrío, control o si estamos determinados, las conclusiones suelen ser muy poco auspiciosas.

Un rápido recorrido por distintos momentos históricos, latitudes y disciplinas muestra que en verdad la literatura mayoritaria es escéptica respecto de la tesis de la libertad humana y sobre el cumplimiento cabal de las condiciones que serían necesarias para gozar de personalidad moral. Sin plantear exactamente un aval a la tesis determinista, en su "Tratado

algún grado relevante de libertad al efecto. Ello no sólo es así para las teorías incompatibilistas (que sostienen que si se probase la verdad del determinismo no sería posible hablar de responsabilidad moral ni de personalidad), sino también para muchas teorizaciones compatibilistas (que, pese a afirmar que la verdad del determinismo no anularía la posibilidad de responsabilidad moral, exigen que el sujeto cuente con un grado suficiente de libertad para ello). FRANKFURT, "Alternate Possibilities and Moral Responsibility", pp. 829-839; FRANKFURT "Freedom of the Will and the...", pp. 5-20. Véanse las notas 20 y 21 y el texto principal de las mismas.

10. DENNETT, "Condiciones de la Cualidad de Persona", en especial p. 35: "el concepto de persona es [...] inevitablemente normativo. Los seres humanos u otras entidades sólo pueden aspirar a ser aproximaciones al ideal, y no hay forma de establecer una 'calificación aprobatoria' que no sea arbitraria". Harry G. Frankfurt cuestionó las concepciones de persona de P. F. Strawson y A. J. Ayer, que de modo similar las caracterizan como las entidades que poseen propiedades físicas y estados de consciencia, porque tales definiciones incluyen a otros seres además de los humanos (FRANKFURT, "Freedom of the Will and the...", p. 5).

11. Entre las excepciones puede mencionarse al filósofo de la mente Mark Rowlands, quien distingue entre las nociones de agente moral, paciente moral y sujeto moral, sosteniendo que esta última noción requiere que un individuo esté motivado –en ocasiones al menos– a actuar por consideraciones morales, pero que no exige que pueda deliberar acerca de dichas razones ni que pueda ser motivo de elogio o censura moral (lo que se requiere para que exista agencia moral). Este autor concluye a partir de ello que muchos animales, además de pacientes morales, son sujetos morales. *Cfr.* ROWLANDS, "¿Pueden los animales ser morales?", pp. 1-32.

de la Naturaleza Humana” David Hume señaló no obstante un obstáculo insalvable para el libre albedrío: “la necesidad es un elemento esencial de la causalidad, y, por consiguiente, la libertad, suprimiendo la necesidad, suprime las causas y es lo mismo que el azar”.¹² En otras palabras, la indeterminación tampoco permite el libre albedrío dado que, en un mundo donde los cursos de acción están absolutamente indeterminados, las cosas suceden en forma aleatoria y por tanto caótica; y en tal supuesto tampoco cabe hablar de libertad, ya que caos y libertad se excluyen mutuamente.¹³ Entre la bibliografía contemporánea, pueden citarse los trabajos realizados en el campo de las neurociencias por Benjamin Libet a partir de los años ochenta del siglo pasado (sofisticados en las décadas siguientes con la ayuda de nueva tecnología), que muestran que los actos voluntarios que realizamos están precedidos por una carga eléctrica particular que tiene lugar en el cerebro –medida con encefalógrafo– que ocurre varios cientos de milisegundos antes de que seamos conscientes de nuestra intención de actuar.¹⁴ Libet no afirmó tampoco la verdad del determinismo, pero sí que con sus estudios estaba probada la falsedad del ser humano como fuerza originaria de sus acciones, y que lo que se denomina libre albedrío es más una herramienta de veto o regulación que de origen o inicio. Por ello este autor decía que no existe el *free will* sino solo el *free wont*.¹⁵ Uno de los principales filósofos de la mente vivos, Daniel Dennett, más allá de tener una postura compatibilista (afirmando que la verdad de la tesis determinista no inhabilitaría la idea de responsabilidad moral), sostiene que el concepto de persona parece “un nebuloso término honorífico que gustosamente aplicamos a nosotros mismos y a los demás, como mejor nos parece”,¹⁶ pero que resulta dudoso que las entidades reales que somos podamos cumplir suficientemente con las condiciones de la personalidad. Que justamente en los casos que más importan, cuando evaluamos la responsabilidad moral y legal de alguien frente crímenes atroces y acciones inexplicables, y rastreamos la causa de estos actos en condicionantes sociales, en una crianza

12. HUME, *Treatise of Human Nature*, p. 407.

13. Se conoce a este razonamiento como la “Cuestión de la Ininteligibilidad”.

14. LIBET, “Do We Have Free Will?”, pp. 47-57.

15. LIBET, “Do We Have Free Will?”, pp. 47-57.

16. DENNETT, “Condiciones de la Cualidad de Persona”, p. 6. La oración culmina así: “[...] así como los *chic* son aquellos que pueden lograr que los consideren *chic* otros que a sí mismos se tienen por *chic*”.

represiva, en una infancia violenta, encontramos al mismo tiempo las razones para dudar de la racionalidad, de la agencia autónoma, de la libertad y –en definitiva– de todo lo que hace personas a las personas.¹⁷ Entre los autores que estudiaron la acción humana desde la filosofía del derecho puede recordarse a Carlos S. Nino, quien, considerando la magnitud de los obstáculos que se vienen señalando, concluyó que esta persona moral absolutamente libre e indeterminada era en verdad una entidad “fantasmagórica” muy alejada de las personas de carne y hueso.¹⁸

Pese a ello, enfrentados a este panorama tan poco prometedor, se acuerda en concluir a través de atajos muy convenientes que los seres humanos somos personas morales.¹⁹ En cuanto a la posibilidad de agencia moral y de ser moralmente responsables, y a pesar de debatirse sin tregua sobre la verdad de las tesis determinista e indeterminista, el consenso es que seríamos capaces de responsabilidad moral: o bien seríamos libres (según plantea el libertarismo)²⁰ o en cualquier caso tendríamos un grado de libertad suficiente y compatible con la idea de responsabilidad moral (según sostienen las teorías compatibilistas).²¹ Algunos autores incluso entienden que si bien la idea de libertad humana resultaría una ilusión, sería una ilusión que tiene efectos positivos al permitirnos mantener ideas como las de responsabilidad y castigo, pues ellas que dependen de la creencia en la existencia de libre albedrío.²² Paradójicamente, sería justamente esta equivocada lectura de la realidad, esta ignorancia acrítica, no tan diferente al mero ser irreflexivo con el que se identifica a los animales, lo que permitiría la vida en sociedad.

Es llamativo que de este criterio amplio (y convenientemente autoindulgente) se pase sin solución de continuidad ni justificación –y sin aplicar

17. DENNETT, “Condiciones de la Cualidad de Persona”, p. 36.

18. NINO, *Ética y Derechos Humanos*, p. 172. En la página siguiente agrega el autor: “Más aún, la capacidad de elegir fines y formar deseos es francamente dudosa si tomamos en cuenta que la adopción de fines, intereses y deseos es causalmente determinada de una manera incompatible con la capacidad de elegirlos”, (NINO, *Ética y Derechos Humanos*, p. 173).

19. Véase lo que se dirá en el punto 5 acerca de las opiniones de Rawls sobre esta cuestión.

20. YOUNG, “Las Implicaciones del Determinismo”, p. 715; KANE, *The Significance of Free Will*.

21. FRANKFURT, “Alternate Possibilities and Moral Responsibility”. FRANKFURT, “Freedom of the Will and the...”; STRAWSON, “Freedom and Resentment”, pp. 1-25.

22. SMILANSKY, “Free Will: From Nature to Illusion”, pp. 71-95.

los presupuestos de imparcialidad y universalidad del razonamiento filosófico; ni el criterio favorable al más débil que debe emplearse en casos de duda²³ a uno de extrema exigencia a la hora de analizar si los animales poseen las características necesarias para ser considerados personas. Así, sin ruborizarnos, no tuvimos reparo en el pasado en considerar a los animales autómatas sofisticados (como famosamente postuló Descartes)²⁴ o —más modernamente— seres vivos que no responden de modo libre sino que solo reaccionan ante estímulos internos y externos (según planteó Lacan).²⁵ Por eso Jacques Derrida recordará a Lacán en este punto (preguntándose “¿Es necesario [...] recordárselo a un psicoanalista?”) que para la teoría psicoanalítica los seres humanos estamos cableados, condicionados y por ello determinados; que la noción misma de inconsciente:

[...] debería impedirnos toda seguridad inmediata en la conciencia de libertad que toda responsabilidad implica [...en tanto] se funda en una lógica de la repetición que [...] inscribirá siempre un destino de [...] cierta automaticidad de la reacción en toda respuesta por muy originaria, libre, decisoria y a-reaccional que parezca.²⁶

De tal modo, las limitaciones que identificamos y finalmente perdonamos a unos, a nosotros mismos, se constituyen en el factor determinante para condenar a otros, a terceros, violándose el más elemental presupuesto de imparcialidad del razonamiento filosófico. Los seres humanos, entonces, seríamos libres y elevados solo comparativamente, frente a seres determinados e inferiores también por comparación, pero no en sí mismos.

23. Véase nota 38.

24. Según la cita de su *Discurso del Método* que hace Peter Singer en *Liberación Animal* (SINGER, *Liberación Animal*, pp. 321-232).

25. DERRIDA, *El animal que luego estoy si(gui)endo*, p. 162.

26. DERRIDA, *El animal que luego estoy si(gui)endo*, p. 150. Unas páginas atrás había señalado Derrida: “La lectura crítica o deconstructiva que requerimos no intentaría tanto restituir al animal o a tal insecto los poderes que se le discuten —aunque a veces esto parezca posible— cuanto plantearse si el mismo tipo de análisis no podría optar a la misma pertinencia en lo que se refiere al hombre, por ejemplo, al ‘cableado’ de su comportamiento sexual y reproductor, etc”. (DERRIDA, *El animal que luego estoy si(gui)endo*, p. 148, nota 13).

Nuestra (relativa) libertad se construye así, comparativamente, por la (relativa) determinación de los animales.²⁷

II.B. Caso dos: especismo, dignidad humana y creacionismo

Modernamente ya no se sostiene que los animales son autómatas. Cada vez menos se afirma, como lo hacía Lacan, que son seres vivos que meramente reaccionan frente a estímulos pero que no pueden en verdad "responder" ni tienen conciencia de sí mismos. Es actualmente aceptado²⁸ que la gran mayoría de los animales tienen intereses,²⁹ poseen razonamiento práctico,³⁰ son conscientes y responden a la existencia de otros,³¹ que muchos tienen cultura, son capaces de regular la conducta, de responder a algunas normas y de comportamiento colaborativo,³² y que incluso sienten empatía, actúan de modo altruista y tienen un sentido de justicia hacia miembros de su misma especie y de los de otras.³³

Sin embargo, se mantiene un bastión de resistencia a su inclusión en la comunidad moral, que se apoyaría en una mirada más fina sobre las diferencias que separarían a animales de humanos, insistiéndose en que dichas diferencias serían moralmente relevantes y crean un abismo tal entre especies que obliga a colocar de un lado a los humanos y del otro a todos los demás animales (gorilas y mosquitos, lombrices y perros, palomas y elefantes); apilando a especies que nada tienen que ver entre sí e incluyendo

27. De modo similar, mujeres y personas con identidades de género disidentes serán definidas por lo que no es un hombre; y las personas racializadas por no ser blancas. Véanse notas 49 a 54 y texto principal de las mismas.

28. Lo esencial a este respecto ya había sido anticipado por Darwin en el siglo XIX. *Cfr.* DARWIN, *El Origen del Hombre*. En 1938 el naturalista inglés consignó en su libreta de anotaciones la frase que figura en el epígrafe de este artículo.

29. FEINBERG, "The Rights of Animals and Unborn...", pp. 43-68; SINGER, *Liberación Animal*, pp. 321-232.

30. REGAN, *The Case for Animal Rights*, p.47.

31. ALLEN, "Animal Consciousness"; REGAN, *The Case for Animal Rights*; SINGER, *Liberación Animal*; ROWLANDS, *Animal Rights. Moral Theory and Practice*, cap.7.

32. DE WALL, *Good Natured. The Origins of Right...*; DONALDSON & KYMLICKA, "Rethinking Membership and Participation in an...", pp. 168-197.

33. BROSINAN & DE WAAL, "Monkeys Reject Unequal Pay", pp. 297-299; ROWLANDS, *Can Animals Be Moral?*, pp. 1-32; MASSERMAN, WECHKIN, & TERRIS, "Altruistic Behavior in Rhesus Monkeys", pp. 584-585.

en ese amontonamiento a seres que tienen muchos más parecidos con los *Sapiens* que con los demás compañeros de celda.³⁴

Se afirma, para ello, que los seres humanos gozamos de una sensibilidad artística superlativa, de una capacidad para hacer el bien difícil de igualar, de una inteligencia que nos permite indagar el cosmos y de la facultad del razonamiento filosófico. ¿Pero son estas las diferencias que se encuentran en el fondo del abismo que separaría al *homo sapiens* del resto de las incontables especies que existen y han existido en el planeta? Pues en verdad ninguna de estas características de supuesta exclusividad humana es poseída por todos los humanos y nada más que por los humanos. Muchos humanos carecen de estas aptitudes y no por ello entendemos que dejan de ser personas morales, que carecen de derechos o que pueden ser utilizados como medios para satisfacer los fines de los humanos que sí cuentan con ellas.³⁵ A su vez, existen animales que poseen algunas de estas capacidades, como la inteligencia, la empatía, el comportamiento colaborativo y formas rudimentarias de lenguaje,³⁶ aun en un grado superior a muchos seres humanos.³⁷

34. Derrida objeta por ello el término "animal", el que resulta de un apilamiento de seres de sexualidad indiferenciada, castrada. Utiliza por ello "animot" ("l'animot"), término inventado, "quimérico", que pese a ser singular no se distingue fonéticamente del plural *animaux* (animales) del francés, recordándonos dicha hibridez que la monstruosidad de quimera se debía a no otra cosa que a su multiplicidad, a tener cabeza y pecho de león, entrañas de cabra, cola de dragón (DERRIDA, *El animal que luego estoy si(gui)endo*, pp. 57-58).

35. FEINBERG, "The Rights of Animals and Unborn...", pp. 47; REGAN, "Poniendo a las Personas en su...", p. 31.

36. Ver notas 28 a 33 y texto principal correspondiente a las mismas. En un trabajo anterior (SUÁREZ, "Animales, Incapaces y Familias Multi-especies", p. 78, nota 44) recordé que este último estudio sobre el altruismo en monos Rhesus fue realizado apenas un año después del famoso estudio sobre obediencia a la autoridad efectuado en humanos por Stanley Milgram (MILGRAM, "Behavioral Study of Obedience", pp. 371-378), el que estuvo motivado por la repercusión del juicio a Adolf Eichmann en Jerusalén ocurrido poco antes y la defensa basada en el cumplimiento de órdenes desplegada en ese proceso. En el estudio de Milgram, más de la mitad de los sujetos llegaba a aplicar la descarga eléctrica más potente, cumpliendo las instrucciones de los científicos y pese al suplicio del sujeto que supuestamente la recibía (en verdad la corriente eléctrica no funcionaba y un actor fingía recibir descargas cada vez más potentes). En el estudio de Masserman *et al.*, (MASSERMAN, WECHKIN, & TERRIS, "Altruistic Behavior in Rhesus Monkeys"), de modo opuesto, la mayoría de los monos se negó durante días a presionar un botón que les proveía alimento y a la vez generaba una descarga eléctrica y sufrimiento visible en un congénere.

37. Este razonamiento es conocido como el "Argumento de la superposición de especies" (MILLER, "A Terminological Proposal"; citado en HORTA, "La Cuestión de la Personalidad

Lo cierto es que este abismo que se afirma existe entre humanos y animales parece tener otro origen, si bien el mismo es sumamente inasible. Ese “no sé qué” que tendríamos todos los humanos (aun los miembros de la especie que carecen de raciocinio, lenguaje, autonomía y de la posibilidad de interactuar con otros) y del que carecerían todos los animales (incluso los que poseen en algún grado estas capacidades), salvo prueba en contrario de quienes deseen defender el trato desigualitario,³⁸ parecería no ser otra cosa que un residuo de la idea religiosa de alma. La teoría de la selección natural de las especies y toda la ciencia moderna niegan la existencia de una frontera clara, estable y tangible entre las especies; y demuestran que entre los individuos de las distintas especies –así como entre los de una misma especie– existe continuidad y diferencias que solo son de grado, no de esencia.³⁹ ¿Qué otra cosa nos haría total y radicalmente diferentes de los demás animales que el mensaje divino que nos dice –muy convenientemente otra vez– que hemos sido creados a imagen y semejanza de Dios,⁴⁰ que somos el centro y razón de ser de todo, y que los restantes

Legal...”, p. 65). Se aludía al mismo también como el “Argumento de los Casos Marginales” aunque dicha denominación fue cuestionada por las siguientes razones. Por un lado, ya que no es cierto que los casos sean tan marginales: todos los humanos durante su infancia, muchos humanos durante la última etapa de su vida, y un número importante de ellos debido a patologías de distinto tipo, carecen de estas capacidades. En segundo lugar, dado que la posesión de determinadas capacidades no determina la pertenencia a la especie, con lo que su carencia no implica marginalidad. *Cfr.* HORTA, Oscar, “La Cuestión de la Personalidad Legal...”, p. 65. 38. En SUÁREZ, “Animales, Incapaces y Familias Multi-especies”, p. 72, sugerí que la especie debería ser considerada, junto con la raza, el sexo-género y las capacidades psicofísicas, una categoría sospechosa en los términos de los tratados y la jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos, lo cual genera una presunción de discriminación y una inversión de la carga de la prueba en contra de quien pretenda tratar desigualmente por características que carecen de relevancia moral como éstas. Puede apelarse también al elemental principio jurídico de fallar en favor a la parte más débil o de la parte sometida a un proceso del que pueden resultar limitaciones a derechos fundamentales como la libertad. *Cfr.* WISE, “Animal rights, One Step at a...”, p. 35.

39. Charles Darwin expresó (DARWIN, “Ornithological Notes”, pp. 201-278): “si existiera el más mínimo sustento para estas afirmaciones sobre la zoología de los Archipiélagos –merece ser examinado; dado que estos hechos socavarían la estabilidad de las especies”. Luego agregó en *El Origen del Hombre* (DARWIN, *Origen del Hombre*, p. 144): “aun cuando las facultades mentales del hombre difieren inmensamente de las de los animales que le son inferiores, difieren sólo en grado, pero no en naturaleza”.

40. “Entonces dijo Dios: Hagamos al hombre a nuestra imagen, conforme a nuestra semejanza [...]. Y creó Dios al hombre a su imagen, a imagen de Dios lo creó; varón y hembra los creó” (“Génesis”, cap. 1, versículos 26-27).

animales –al igual que otros miembros de nuestra especie que desde siempre fueron considerados menos que humanos–,⁴¹ están a nuestro servicio?⁴²

Ningún teórico secular y liberal afirmarían hoy que esta diferencia insalvable que nos separaría de los animales radica en poseer los humanos un alma. Sin embargo, como señala James Rachels, “una tradición religiosa puede influir toda la cultura, e incluso determinar la forma que el pensamiento secular toma en ella”.⁴³ Un rastreo de la historia de estas ideas muestra que esa fue justamente la respuesta de la mayoría de los pensadores del tiempo de Darwin frente a su teoría científica,⁴⁴ y que esa visión, cuando fue quedando desacreditada por la ciencia, más que revisada, fue renombrada.⁴⁵ La diferencia abismal e infranqueable entre humanos y animales se hallaría ahora en la dignidad humana: el ser humano detentaría una dignidad innata de la que carecerían todos los otros seres con los que

41. Uno de los últimos mandamientos del antiguo testamento de la Biblia ubica a animales, mujeres y personas en situación de servidumbre en el mismo lugar, como propiedades del hombre a ser resguardadas: “No codiciarás la casa de tu prójimo. No codiciarás la mujer de tu prójimo, ni su siervo, ni su sierva, ni su buey, ni su asno, ni nada que sea de tu prójimo”. (“Éxodo”, cap. 20, versículos 2-17).

42. “Ellos someterán al pez del mar, al ave de los cielos, a la bestia, a toda la tierra [...]. Fructificad, multiplicaos, llenad la tierra, conquistadla” (“Génesis”, cap. 1, versículos 1:28).

43. RACHELS, *Created from Animals. The Moral Implications of Darwinism*, p. 87.

44. RACHELS, *Created from Animals. The Moral Implications of Darwinism*, pp. 79 y ss.

45. RACHELS, *Created from Animals. The Moral Implications...*, p. 5: “La idea de dignidad humana resulta ser [...] el efluvio moral de una metafísica desacreditada”. Y de este modo clandestino y acrítico la idea religiosa del alma es incorporada en la filosofía y el derecho seculares. *Cfr.* PÉREZ PEJIC & SUÁREZ, “Notas sobre Religión, Especismo y Personalidad...”. Así, por ejemplo, el Código Civil y Comercial Argentino aprobado en el año 2015 sigue en este punto a los Fundamentos del Proyecto de Código Civil del año 1998 donde se afirma que “la noción de persona proviene de la naturaleza; es persona todo ser humano, por el solo hecho de serlo [...]”. Pero el concepto de persona no proviene de la naturaleza (por ello los textos y glosarios universitarios de biología no tratan sobre el mismo); sino que se trata de un concepto normativo (véase nota 10). El error de quienes redactaron esas normas y sus fundamentos no es casual: es consecuencia de la colonización furtiva de instituciones seculares por parte de ideas religiosas. Los análisis que realizan los comentaristas legales de las normas en cuestión lo confirman. De este modo explican Jorge e Ignacio Alterini el cambio de la terminología de la ley, de “persona física” por “persona humana” (ALTERINI & ALTERINI, “Opinión al art. 19 en la 1º...”): “La denominación “persona física” parecía ser concordante con la limitación de sus alcances a lo meramente corporal y resultaba excluyente de los contenidos espirituales”.

comparte el planeta.⁴⁶ Pero las huellas del origen religioso de la idea contemporánea de dignidad humana son indisimulables. En el *Catolicismo de la Iglesia*, por ejemplo, se afirma en este sentido: "El cuerpo del hombre participa de la dignidad de la 'imagen de Dios': es cuerpo humano precisamente porque está animado por el alma espiritual[...]"⁴⁷ "Por haber sido hecho a imagen de Dios, el ser humano tiene la dignidad de persona; no es solamente algo, sino alguien"⁴⁸

Como lo anticipa la cita recién efectuada del *Catolicismo de la Iglesia*, la visión secular de la diferencia insalvable entre humanos y animales comparte con la mirada religiosa, no solo su origen, sino la perspectiva: es supremacista. Ambas señalan y separan a sujetos de objetos, construyendo la identidad de los primeros a partir de afirmar una inferioridad y anormalidad de los segundos.⁴⁹ Donna Haraway sostiene en *Primate Visions: Gender, Race and Nature in the World of Modern Science* en torno a esto:

[L]a primatología occidental ha tratado sobre la construcción del ser a partir de los materiales crudos del otro, de la apropiación de la naturaleza en la producción de la cultura, el desarrollo del humano a partir de la materia animal, de la claridad de los blancos a partir de

46. Peter Singer se pregunta cuál sería la base para sostener que todos los humanos, incluyendo a Hitler, Stalin y demás psicópatas criminales, gozarían de una dignidad o valor que ningún elefante, cerdo o chimpancé jamás alcanzará, concluyendo que: "hablar de dignidad o valor moral intrínsecos no nos ayuda, porque cualquier defensa satisfactoria de la afirmación de que todos los humanos, y sólo ellos, tienen dignidad intrínseca tendría que referirse a ciertas capacidades o características relevantes que únicamente poseen los humanos, y en virtud de las cuales se les atribuye esta dignidad o valor únicos. Introducir ideas de dignidad y valor como sustitutas de otras razones para distinguir a los humanos no basta. Las frases bonitas son el último recurso de quienes se quedan sin argumentos." SINGER, *Liberación Animal*, p. 274.

47. Conferencia Episcopal Argentina, *Catecismo de la Iglesia Católica*, n.º 364.

48. Conferencia Episcopal Argentina, *Catecismo de la Iglesia Católica*, n.º 357.

49. PÉREZ PEJIC & SUÁREZ, "Notas sobre Religión, Especismo y Personalidad Legal". Paradójicamente, pero como no podía ser de otro modo dado el origen celestial y conferido de esta dignidad humana, la misma carece de verdadero valor intrínseco: Dios habría creado a un ser a su imagen y semejanza con el fin de que lo ame, lo respete y lo venera. *Cfr.* Conferencia Episcopal Argentina, *Catecismo de la Iglesia Católica*, n.º 358: "Dios creó todo para el hombre [...], pero el hombre fue creado para servir y amar a Dios y para ofrecerle toda la creación"; n.º 356: "Para este fin ha sido creado y ésta es la razón fundamental de su dignidad" (énfasis agregado).

la oscuridad del color, de la cuestión del hombre a partir de cuerpo del género, de la emergencia de la mente a partir de la activación del cuerpo. [...] La primatología es un discurso occidental, y es un discurso sexuado.⁵⁰

Will Kymlicka explica por su parte que “[l]a creencia en la superioridad humana sobre los animales no solo está empíricamente correlacionada, sino también causalmente conectada, con la deshumanización de grupos humanos excluidos”.⁵¹ Es que, “si bien las personas reconocen a los miembros de los grupos subalternos como [...] *Homo sapiens*, no reconocen su humanidad en términos normativos”.⁵² En esa misma línea, los estudios de la discapacidad y el derecho de niños, niñas y adolescentes han alertado que la caracterización de la noción de dignidad humana vinculada a la sacralización de la racionalidad, la inteligencia y la capacidad en general, y la idea resultante de atribución de mayores derechos a quienes más pueden, amenazan con volver a excluir de la comunidad moral o convertir en personas de segunda a una importante porción de la especie humana: menores de edad, personas con limitaciones cognitivas o capacidades físicas fuera de la norma, personas de edad avanzada, etc.⁵³ Los estudios poscoloniales muestran por su lado que este discurso de los derechos humanos está construido sobre una aspiración imperial, civilizatoria y de colonización cultural “que niega la realidad de aquellos a los que dice representar” y que, junto a las ideas de libertad e igualdad, “también incorpora argumentos sobre civilización, atraso cultural, superioridad racial y religiosa”.⁵⁴

Es interesante advertir en este sentido el giro teórico nada inocente que tuvo lugar en los últimos años en torno al fundamento de los derechos humanos. Luego de haberse desarrollado una producción teórica muy fructífera

50. Citada por SALIH, “Filling Up the Space Between Mankind...”, p. 97.

51. KYMLICKA, “Human Rights without Human Supremacism”, p. 11.

52. FEINBERG, “The Rights of Animals and Unborn...”, pp. 43-68; SINGER, *Liberación Animal*, pp. 321-232.

53. PALACIOS, *El Modelo Social de Discapacidad: Orígenes...*, p. 33. Las explícitas opiniones de James Griffin al respecto no dejan lugar a dudas: “sólo los agentes normativos tienen de derechos humanos —sin excepciones: no los tienen los infantes, ni los seriamente incapacitados mentalmente, ni aquellos en estado vegetativo permanente, entre otros casos análogos”. (GRIFFIN, *On Human Rights*, p. 92, citado por KYMLICKA, “Human Rights without Human Supremacism”, nota al pie 32 —el énfasis agregado es de Griffin—).

54. KAPUR, “Human Rights in the 21st Century: Take a Walk on the Dark Side”, p. 674.

durante los años 80, 90 y 2000 a partir de las nociones de vulnerabilidad y precariedad (Butler), ética de cuidado (Gilligan, Adams), y capacidades e intereses (Nussbaum, Sen), posteriormente ocurre un resurgimiento de la versión “dignataria” inicial. Todas las restantes ideas que se empleaban para fundar los derechos humanos –intereses, necesidades, bienestar, vulnerabilidad, subjetividad, cuidado y justicia–, parecen llevar inevitablemente al reconocimiento de derechos básicos para los animales, pues casi todos los animales merecen amparo bajo estas distintas ópticas.⁵⁵ Fue allí que ocurrió la vuelta a la versión dignataria de los derechos humanos. Dignidad y supremacía que, nuevamente, tienen una resonancia bíblica indisimulable.

Esta es la segunda contradicción del pensamiento filosófico liberal contemporáneo: el especismo (al que suscribe la gran mayoría de los teóricos de esta tradición) es en este aspecto hijo no reconocido de ideas creacionistas. Ambas sostienen que, a diferencia de los animales, que son amontonados en una única categoría de trazo muy grueso, los humanos seríamos absoluta y radicalmente distintos, por mandato divino. Ya lo advertía Darwin en sus notas previas a la publicación de sus principales obras: “El hombre en su arrogancia cree ser una gran obra digna de la interposición de una deidad. Una visión más humilde y más cierta es considerarlo surgido de los animales”.⁵⁶

II.C. Caso tres: identidad, diferencia y especies

Desde hace algunas décadas se acepta que ni el género ni la raza ni la capacidad integran categorías binarias y que conviene en cambio hablar de continuos; y que dichas nociones no tienen verdadera entidad ontológica, sino que se trata de construcciones sociales, de clasificaciones y rótulos de conveniencia que separan y aglutinan a partir de patrones –generalmente fenotípicos, aunque en materia de género y raciales cobran relevancia la auto percepción y la identificación o pertenencia grupal– lo que es relativamente diferente y lo que resulta relativamente similar.⁵⁷ Ese consenso,

55. KYMLICKA, “Human Rights without Human Supremacism”.

56. DARWIN, Notebook M (Metaphysics on Morals and...), p. 300, citado por RACHELS, Created from Animals. The Moral Implications..., p. 1.

57. BUTLER, “Gender Trouble: Feminism and the Subversion...”; FAUSTO-STERLING, *Sexing the Body: Gender Politics and...*; WADE, Raza y etnicidad en Latinoamérica; PALACIOS, El Modelo Social de Discapacidad....

esta mirada, sin embargo, se detiene en los límites de nuestra especie, para allí cambiarse los anteojos y utilizar otra métrica, cuando el razonamiento empleado en los ámbitos señalados anteriormente debería también llevar a poner en cuestión la entidad ontológica y la estabilidad de la categoría "especie" (y con ella la existencia y estabilidad de la frontera con que se divide tajantemente a los humanos del resto de los animales). Desde un feminismo *queer*, postcolonial y posthumanista⁵⁸ Maneesha Deckha pregunta a teóricas y posiciones críticas:

[...] por qué finalizamos la deconstrucción en la frontera humano/no-humano y por qué no somos tan estrictas en rechazar el límite naturalizado de la especie como lo somos al hacerlo con el de los sexos, razas, clases, culturas, etc.⁵⁹

Como dice Jeffrey J. Cohen en línea similar refiriéndose a los abordajes críticos que carecen de perspectiva antiespecista: es notable que "un movimiento crítico que se propone romper las barreras, se limite a los pequeños contornos de la forma humana".⁶⁰

Resulta muy llamativa también la desatención de quienes teorizan hoy en día defendiendo el especismo y negando todo estatus moral a los animales, respecto de las referencias que Darwin realizó sobre esta cuestión hace casi doscientos años.⁶¹ En su obra cumbre *El Origen de las Especies*

58. El posicionamiento es de la propia autora. DECKHA, "Toward a Postcolonial, Posthumanist Feminist Theory...".

59. DECKHA, "The Saliency of Species Difference for Feminist Theory", p. 8.

60. COHEN, "Medieval Identity Machines", p. 40, citado en GIFFNEY & HIRD, *Queering the Non/Human*, p. 6.

61. Es interesante considerar que existe toda una serie de trabajos de autoras feministas y posthumanistas que está releendo a Darwin como parte de un nuevo materialismo. Pese a que la teoría del naturalista inglés fue vista históricamente por muchas corrientes críticas como central para el discurso colonial, esta relectura de la misma destaca el carácter finalmente anti-humanista de sus ideas, en tanto ellas dan cuenta de lo fortuito del proceso de modificación de las especies, ajeno a todo sentido teleológico; de lo artificial e inestable de las categorías biológicas; así como de las ideas de continuidad, gradualidad y –sobre todo– de la importancia de la existencia de variación y diferencias biológicas para que la vida haya podido prosperar. Cfr. McCORMACK, "*Queer Disability, Postcolonial Feminism and the...*", pp. 153-156; HIRD, "Animal Transex", p. 37 (recogiendo las evidencias de transexualidad e intersexualidad en animales); COHEN, "The Lactating Man", pp. 141-160 (recogiendo las

dijo el naturalista inglés sin ambages: “Entiendo al término especies como uno adoptado arbitrariamente, por razones de conveniencia, que se da a un grupo de individuos que se asemejan entre sí”.⁶² Darwin explicó allí, y luego profundizó en trabajos posteriores como en *El Origen del Hombre*, que la noción de selección natural de las especies obliga a concluir que existió continuidad entre los individuos de las distintas especies. Y que si parecían existir espacios (diferencias) relativamente importantes entre algunas especies, ello se debía a la extinción de los individuos (y de las agrupaciones de individuos: las especies) que conectaban esa perfecta continuidad y graduación.⁶³ Considérese a su vez que ya tuvieron lugar los primeros intentos exitosos de diseño genético interespecies, en los cuales se ha editado el código genético de animales destinados a ser donantes (involuntarios) de órganos para humanos, con genes de *Homo sapiens*, a fin de mejorar las chances de compatibilidad.⁶⁴ Es solo una cuestión de tiempo y cantidad de genes humanos que se agreguen al código genético de estos animales para que los mismos dejen de tener todas las características requeridas por la nomenclatura de la especie en cuestión. Este escenario científico y ético de un futuro no muy lejano invita también a mirar hacia atrás para recordar que la selección natural que derivó en los humanos no fue un evento sino un (largo y paulatino) proceso; y que si esto es así, por definición, durante un muy prolongado período de tiempo existieron sobre la tierra seres que no serían humanos ni animales de acuerdo a la taxonomía moderna.⁶⁵ En suma, como Darwin expuso en numerosos pasajes de su obra, no existe

evidencias de amamantamiento masculino en humanos y animales para problematizar las nociones de sexo y género a través de la barrera de la especie).

62. DARWIN, *On the Origin of Species*, p. 43. La conveniencia destacada por Darwin se refiere a los fines explicativos y predictivos que tienen las categorías en las ciencias naturales. Y si bien es claro que la categoría “especie” y los criterios más utilizados para definirla (como el de aislamiento reproductivo) son altamente explicativos y predictivos en muchos aspectos, ello no significa que no existan otros criterios clasificatorios valiosos o incluso superadores en otros órdenes: “Si pensamos en proteínas, por ejemplo, parece dudoso que el origen histórico sea más informativo que su función o su estructura”. (GINNOBILI, “¿Qué son Realmente las Especies? La...”, p. 51).

63. DARWIN, *El Origen del Hombre*, p. 158.

64. WEST & UHL & LIU, y otras/os, “Brief Report: Chimeric Pigs Produced from...”, pp. 1640-1643; WU & PLATERO-LUENGO & SAKURAI, y otras/os, “Interspecies Chimerism with Mammalian Pluripotent Stem”, pp. 473-486.

65. STEEVES, “The Familiar Other and Feral Selves: Life at the Human/Animal Boundary”, p. 238.

nada fundamental en la categoría “especie” ni de lo que carezcan las clasificaciones que se realizan a otros niveles de agrupamiento, ya sea inferiores, como las de variedad o subespecie, o superiores, como las de género o familia.⁶⁶

(Cabe hacer un paréntesis aquí para destacar, en relación a lo expuesto en la sección anterior, que existe una relación ostensible entre la noción de que lo que distingue a las especies es la esterilidad de las crías de sus cruzas, y la idea creacionista de que los ejemplares originales de las especies fueron creados por Dios y la esterilidad de la descendencia de esas cruzas tendría por fin preservar esa creación divina.⁶⁷ Es de notar que la taxonomía biológica de Linneo, que en su estructura básica es seguida hasta el día de hoy, recoge explícitamente esta idea. Ello pese a que Darwin mostró que no había nada esencial en la señalada esterilidad de las crías de las cruzas de distintas especies, sino que la fertilidad y la esterilidad eran cuestiones de grado que resultaban incidentales a otras diferencias adquiridas, como las similitudes de forma y fenotipo coinciden con el nicho ecológico que ocupa el individuo. Lo demuestra la existencia de apareamiento de especies cuya descendencia resulta fértil, como ocurre con los pollos domesticados, que son cruce del *Gallus Gallus* y del *Gallus Sonneratti*.⁶⁸ También el hecho de que tres especies distintas de *Homo*, los *Sapiens*, los *Neanderthalis* y los *Denisova*, se aparearon y tuvieron descendencia fértil, según lo muestra el hallazgo de hasta un 5% de ADN neandertal y denisova en poblaciones humanas actuales).⁶⁹

Si las especies no son más que una nomenclatura, tampoco pueden atribuírseles a una o más de ellas –y en lo que aquí importa, no puede atribuírsele a la especie *Homo Sapiens*– un valor intrínseco. Tendrán ellas, a lo sumo, un valor derivado.⁷⁰ La consecuencia principal de este hallazgo, más bien de este recordatorio, es que la suerte de los individuos que componen estas categorías conceptuales no puede ser decidida así, en masa, absolviendo o condenando a todos los integrantes de las distintas especies, por el solo hecho de pertenecer o no pertenecer a alguna de ellas. Ello solventa

66. GREEN, “On the Origin of Species Notions and Their Ethical Limitations”, p. 586.

67. GREEN, “On the Origin of Species Notions and Their Ethical Limitations”, p. 586.

68. GREEN, “On the Origin of Species Notions and Their Ethical Limitations”, p. 588.

69. PÁABO, Neanderthal Man: in Search of Lost...; HARARI, De Animales a Dioses. Breve Historia..., p. 29.

70. GREEN, “On the Origin of Species Notions and Their Ethical Limitations”.

poderosamente la tesis ya clásica de las principales teorías animalistas que señala que la especie no es una categoría con relevancia moral para realizar tratos desiguales.⁷¹ Y permite anticipar que el filósofo liberal y especista seguramente encontrará contraintuitivo –y contradictorio– afirmar, como debería hacerlo si verdaderamente quiere defender su especismo, que la vida de un embrión humano fecundado en el marco de un tratamiento de fertilización *in vitro* debe prevalecer sobre la de un lobo adulto. Sobre este caso, este dilema, trata el siguiente punto.

II.D. Caso cuatro: seres vivos, personas y santidad de la vida

El concepto de ser vivo, el concepto de vida más bien, pertenece a la biología. Como fue visto más arriba, el de persona es un concepto moral, normativo.⁷²

Las posiciones especistas coinciden en sostener que la pertenencia a la categoría, a la agrupación biológica, denominada *Homo Sapiens*, sería un atributo moralmente relevante que justifica realizar tratos (altamente) desiguales respecto de individuos que pertenecen a otras especies y por el mero hecho de dicha distinta pertenencia. Que cualquier interés –hasta el más trivial– de los primeros debe prevalecer sobre cualquier interés –hasta el más vital– de los segundos.⁷³ Es cierto que algunos autores distinguen entre un “especismo radical” y otro “moderado”: el primero privilegiaría cualquier interés humano a cualquier interés animal; el segundo solo privilegiaría los intereses humanos cuando colisionan con intereses animales de igual entidad.⁷⁴ El problema con esta clasificación es que el denominado “especismo moderado” no refleja una práctica especista reconocible en la realidad. Es así que aun en la jurisprudencia más progresista en términos de derechos animales, las nociones de maltrato animal “justificado” e “injustificado” son empleadas sin sujeción a ningún parámetro racional

71. Véase nota 7.

72. Véanse notas 10 y 45.

73. Véase nota 4. En una de las derivaciones más dramáticas y –tristemente– más extendidas de este conflicto de intereses, el interés efímero y trivial de un *Homo Sapiens* por degustar un plato de carne asada de vaca, cerdo o pollo, superaría el interés vital de estos animales que no pertenecen a la especie elegida, por ser libres, no sufrir torturas y conservar su existencia.

74. RACHELS, Created from Animals. The Moral Implications of Darwinism, p. 182.

y objetivo, a diferencia de lo que ocurre con la doctrina de las causas de justificación de los ilícitos cometidos entre humanos, en las que se exige proporcionalidad y verdadera necesidad. En los hechos, todo acto de maltrato y violación de derechos animales esenciales que sirva para satisfacer intereses humanos, incluso los más triviales —como los del paladar o la moda—, es finalmente considerado “justificado” o “necesario”.⁷⁵

Las teorías antiespecistas no necesitan afirmar que todos los animales son iguales, que todas las vidas tienen igual valor o que toda vida es sagrada.⁷⁶ Su prédica es mucho más modesta y más cercana a su vez a los postulados de la filosofía liberal secular. Pueden citar directamente a Carlos Nino y a Bruce Ackerman y decir con ellos: “la ciudadanía moral no es una cuestión de teoría biológica”.⁷⁷ Y agregar que primero debe determinarse cuáles son los principios morales de los que derivan los derechos básicos, para luego definir a las personas morales como la clase de individuos que poseen las propiedades que son fácticamente necesarias para gozar de tales derechos, y que es simplemente una cuestión de hecho que solo ciertos individuos puedan gozar de los derechos generados por estos principios.⁷⁸ Pueden también hacer suya la conclusión de Nino sobre esta cuestión cuando dijo:

[E]l llamar DDHH a estos derechos morales hace referencia al hecho contingente de que esa clase C [la de los individuos que presentan las capacidades para gozar de esos derechos] está principalmente constituida en el mundo que conocemos por seres humanos.

75. Así, fallos judiciales emblemáticos que han reconocido el derecho a la vida para todos los animales, como el de la Suprema Corte de Justicia de India, (Supreme Court of India, “Animal Welfare Board of India v. Nagaraja and Ors”). Sentencia del 7 de mayo de 2014, que extendió *inter alia* a todos los animales la protección del artículo 21 de la Constitución India de derecho de todas las personas a una vida de valor intrínseco, honor y dignidad, finalmente sujetan dichos derechos “a las excepciones otorgadas por la necesidad” (pto. 51 del fallo citado), afirmando —sin fundamentarlo de modo alguno— que la violación de estos derechos de los animales en su empleo para experimentación médica y alimentación sería “inevitable” (pto. 60). Esto explica que no existan (todavía) procesos judiciales que hayan admitido denuncias de maltrato por el empleo “regular” (léase: sin que existan actos de violencia adicionales al confinamiento, hacinamiento, reproducción forzada, mutilación física y asesinato) de animales en dichas industrias.

76. SINGER, *Liberación Animal*, pp. 105-109.

77. NINO, *Ética y Derechos Humanos*, p. 45.

78. NINO, *Ética y Derechos Humanos*, p. 47.

Pero no hay garantía a priori de que todas las personas morales sean hombres, de que todos los hombres sean personas morales y de que todos los hombres tengan el mismo grado de personalidad moral.⁷⁹

Veamos ahora los siguientes casos. Un lobo que acaba de abandonar a la manada en búsqueda de formar familia, y que vaga por un territorio que ha ido decreciendo con el avance de las ciudades –y con ello también la disponibilidad de alimento–, ataca para alimentarse a un hombre que se ha alejado de la zona de camping y de su numerosa familia y de los amigos que viajan con él. Un guardabosques que conoce todas estas circunstancias se encuentra a pocos metros con su arma de fuego en mano. ¿Qué debería hacer? Antes de considerar la respuesta, una aclaración preliminar: dado que este artículo discute sobre las razones morales que pueden existir para actuar de un modo o de otro respecto de intereses vitales de seres sintientes, no necesito analizar el posible argumento de que el guardabosques en este caso, o en los casos que se analizarán seguidamente, podría estar obligado a matar al lobo por una norma o una orden de sus superiores. Ello dado que, si dichas normas u órdenes fueran moralmente incorrectas, y en tanto ellas se vinculan con intereses fundamentales de seres que se sostiene que deberían tener derechos que los protejan, el guardabosques tendría razones adicionales para desobedecerlas –y más allá de la discusión sobre si puede reprochársele haberlas cumplido–.⁸⁰

Volviendo a la pregunta formulada, especistas y antiespecistas posiblemente coincidirán en que el guardabosques en este caso está justificado en disparar y –si fuera necesario– en matar al lobo para salvar al hombre. Pero unos y otros probablemente fundarán esa opinión en razones distintas. Los primeros dirán que la vida del humano tiene un valor superior a la del lobo, por la pertenencia del primero a la especie humana. Los segundos argumentarán que los intereses de este humano particular, así como los de sus cercanos que sufrirían enormemente por esta muerte repentina y dramática, superan en este caso –y en la mayoría de los casos similares– a los del lobo, cuya familia y cercanos no sabrán si murió ni qué fue de él.

Dado que el lobo no puede conocer la incorrección y criminalidad de su acción, y en este caso no hay verdadera acción voluntaria para el derecho,

79. NINO, *Ética y Derechos Humanos*, p. 47.

80. NINO, *Ética y Derechos Humanos*, pp. 406 y ss.

la intervención del guardabosques no podría estar justificada como legítima defensa sino en su caso ser excusada bajo las reglas del estado de necesidad.⁸¹ Esto lo obliga a evaluar si matar al lobo implica "causar un mal por evitar otro mayor inminente"⁸² y por tanto a estimar la jerarquía de los bienes jurídicos en juego y la intensidad de la afectación de los mismos en consideración a las circunstancias personales de los respectivos titulares.⁸³ Por ello el antiespecista podrá decir también que si ese humano estuviese viviendo una vida que objetivamente solo es fuente de sufrimiento⁸⁴ y que se adentró en el bosque con el fin de dejarse morir, el guardabosques no estaría justificado en matar al lobo para salvar al hombre.

Podría plantearse que el mismo dilema se presentaría si el agresor fuera humano y que ello demostraría que no hay un sesgo especista involuclado. Pero un caso análogo entre humanos sería aquel en que el "agresor" es inimputable por no comprender la criminalidad de sus actos (un menor que juega al policía con un arma que le quitó a su padre policía) o en el que no gobierna sus acciones por el efecto de fuerzas externas insuperables (un adulto maneja un auto que perdió el control y que embestirá a la víctima). (Es que si el ataque proviniese de una acción humana voluntaria ya no se trataría de un supuesto de estado de necesidad donde el tercero tiene que evaluar la jerarquía de los bienes jurídicos en juego y la intensidad de la afectación de los mismos en consideración a las circunstancias personales de los respectivos titulares. El tercero debería intervenir y matar al atacante por razones distintas, vinculadas a la legítima defensa: existiría una violación

81. ZAFFARONI & ALAGIA, *Derecho Penal. Parte General*, p. 619.

82. Código Penal de la Nación Argentina, ley 11.179, art. 34, inc. 3. Es importante distinguir el caso en estudio de aquél en el que quien repele el ataque es la propia víctima, pues a ella no cabe exigirle la estimación de la importancia relativa de los bienes jurídicos en juego cuando es su propia vida la que está en riesgo. Cfr. ZAFFARONI & ALAGIA, *Derecho Penal. Parte General*, p. 631.

83. ZAFFARONI & ALAGIA, *Derecho Penal. Parte General*, p. 635.

84. Puede debatirse cuál es el nivel de sufrimiento a partir del que una vida se convierte en objetivamente carente de valor. Pero para lo que intenta mostrar el experimento mental del ejemplo, basta considerar una situación que la mayoría de las personas estimaría como instancia de una vida que no merece ser vivida y que el propio sujeto evalúa de ese modo. Imaginemos el caso de una persona que no tiene familia ni relaciones cercanas y que padece una enfermedad incurable que llevará a su deceso en un tiempo breve con un gran y creciente sufrimiento físico y psíquico; y que a consecuencia de todo esto ha pedido terminar su vida mediante un procedimiento eutanásico, que le ha sido negado, añadiendo dicho rechazo mayor sufrimiento emocional.

voluntaria de una norma que prohíbe dañar a terceros y dicha acción debe ser repelida con una medida necesaria y proporcional). Para matar al menor o disparar un bazuka contra el auto fuera de control, el guardabosques debe estar seguro de que “causará un mal para evitar otro mayor”.⁸⁵ Ante la duda (que el guardabosques especista solo tendrá en casos entre humanos), no debería disparar, tratará de evitar el daño por un medio no letal, y como no existe tal medio (así lo asume el ejemplo) la víctima morirá. El caso del lobo es diferente justamente por entrar en juego justificaciones especistas: el guardabosques omnisciente especista nunca tendrá tal duda (por razones especistas) y siempre matará al animal; el guardabosques antiespecista, en cambio, deberá evaluar cuál es el mal menor, que es lo que sugiero en este trabajo: la decisión dependerá de la jerarquía de los bienes jurídicos en juego y la intensidad de la afectación de los mismos en consideración a las circunstancias personales de los respectivos titulares.

Imaginemos ahora un caso algo diferente: un lobo que acaba de abandonar a la manada para buscar formar familia, y que vaga por un territorio que ha ido decreciendo con el avance de las ciudades —y con ello también la disponibilidad de alimento—, llega hasta una clínica de fertilización asistida que se ubica en los límites del bosque, ingresa por una puerta trasera que se encuentra abierta en búsqueda de alimento, y se dirige a una mesa en la que se halla una probeta que contiene un embrión humano y que lleva un rótulo que dice “para congelación o desecho”. Se trata del embrión excedente por el implante exitoso previo de otros embriones de la misma pareja de humanos. Siguiendo al lobo, ingresa al lugar un guardaparques armado que conoce todas estas circunstancias. No hay médicos ni pacientes en las cercanías que corran peligro. El lobo no se retirará por las buenas. ¿Debe privilegiarse la vida del embrión humano o la vida del lobo?

El teórico antiespecista responderá que la vida de ese embrión no debe prevalecer sobre la vida de ese lobo. Que los intereses del embrión y de sus cercanos (la pareja que cursó con éxito el tratamiento de fertilización; incluso el interés derivado de saber que un embrión vivo se aloja en esa probeta esperando la decisión suya de desecharlo o congelarlo), no superan los de ese lobo hambriento, que son los intereses de un ser sintiente (que sufriría un terror y un dolor físico que el embrión no puede experimentar dado que carece de un sistema nervioso central desarrollado), poseedor

85. Código Penal de la Nación Argentina, ley 11179, art. 34, inc. 3.

de subjetividad y consciencia (de las que carece el embrión), y que desea –más que cualquier otra cosa– vivir (deseo del que carece el embrión, que no posee vida mental).

¿Qué diría el teórico especista frente a un caso como este? El especista que sostiene que su deseo trivial y efímero por un plato de carne de cerdo debe prevalecer sobre el encierro, el dolor físico y psicológico, sobre la anulación de la subjetividad y sobre la vida de ese animal, por el simple hecho de pertenecer el primero a la especie humana y el segundo no, ¿cómo podría sostener otra cosa que la vida del embrión (que es un ser vivo perteneciente a la especie *Homo Sapiens*) debe prevalecer sobre la del lobo? El especismo, por definición, requiere realizar la evaluación del valor relativo de los bienes e intereses en juego a partir de la especie. Responder de otro modo implicaría mostrar que la argumentación especista se utiliza de modo *ad hoc* y violando el principio de universalidad,⁸⁶ lo cual pondría en evidencia su endeblez sin siquiera tener que considerar el calibre de sus argumentos.

Debo realizar dos aclaraciones aquí. La primera es que lo anterior no implica afirmar que el filósofo liberal especista está comprometido con la idea de que la vida del embrión humano tiene el mismo valor moral que la de la persona humana ya desarrollada. Pero sí que está obligado a decir, si es consistente con su posición especista, que la vida del embrión de probeta del ejemplo –y también la del embrión alojado en el útero del caso que se considera al final del siguiente párrafo–; esto es, la vida de un organismo sin intereses de ningún tipo y respecto de la cual no hay terceros que tengan intereses que resulten centrales, tiene mayor valor moral que la de un animal adulto que es consciente, que tiene múltiples intereses y que posee una vida objetivamente plena.⁸⁷

86. RAWLS, *Teoría de la Justicia*, p. 144; SINGER, *Practical Ethics*, pp. 8-13; NINO, *Ética y Derechos Humanos*, p. 176: "el requerimiento de universalidad prescribe que si se aplica un principio moral a una determinada situación debe ser asimismo aplicado a todas las situaciones que no difieren de la primera en propiedades que son tomadas como relevantes por ese mismo principio. Como arguye Peter Singer, dados esos presupuestos del razonamiento moral, los principios morales están sujetos a una permanente expansión por encima de las barreras extraterritoriales, raciales y hasta biológicas". (énfasis agregado).

87. Adviértase que una respuesta diferente, además de socavar su especismo (véase nota anterior y texto principal de la misma), podría obligar al filósofo liberal especista a sostener que el placer trivial y pasajero por ese plato de carne (que justificaría matar al animal que se usará como alimento) tendría mayor valor que la vida del embrión humano (que

La segunda aclaración que debo hacer es que el experimento mental del embrión de probeta fue deliberadamente elegido presuponiendo que muchos filósofos liberales especistas no querían privilegiar la vida del embrión a la del lobo. La intención fue justamente buscar un caso en el que solo estuvieran en tensión los intereses más vitales de un animal adulto y la vida de un embrión recientemente formado, y no existieran otros intereses de peso involucrados (como serían los de la pareja humana si ese embrión estuviese seleccionado para ser implantado), para así poner a prueba la aplicación consistente y universal del argumento especista, e invitar a emplear la argumentación que se brindara aquí en favor del lobo a otros casos en los se afirma tradicionalmente que la diferencia de especies es fundamento suficiente para realizar el trato desigualitario de los animales. Si bien sería difícil diseñar un experimento mental en el cual se diera esta misma tensión pero donde el embrión se encontrara alojado en el útero gestante (tal vez una persona que cursa un embarazo de riesgo, recientemente gestado y que no desea, camina por el bosque del ejemplo inicial y está a punto de toparse con el lobo; el lobo no la atacará, pues en este caso no está hambriento, pero el enfrentamiento hará que la primera intente escapar y

no justificaría matar al lobo del ejemplo en estudio, ni al lobo que se enfrenta a la persona embarazada en el ejemplo que se analiza al final del siguiente párrafo del texto principal), lo cual no está exento de obstáculos. Es que más allá de las opiniones muy diferentes que existen en torno al estatus moral del embrión humano, aun entre las favorables al aborto libre en la primera etapa del embarazo existe cierto consenso acerca de que el embrión no debe ser tratado como una simple tumoración del cuerpo gestante y que debe haber razones de alguna importancia para separarlo del organismo que lo alberga y poner fin a su vida. *Cfr.* NINO, "Algunas reflexiones sobre el tratamiento legal...", p. 502. Y las razones que se consideran justificantes del aborto temprano (interferencia con los planes de vida de la persona gestante, riesgo de daño a la salud física o psíquica de la misma, riesgo social) parecieran tener en todos los casos mayor peso que las que puede ostentar quien considera estar justificado en encerrar de por vida, torturar y matar a un animal sintiente para satisfacer sus preferencias de paladar. Aclaro que utilizo como contrapunto el caso del empleo de animales para alimentación, por dos razones: dado que es la causa de la mayor cantidad de sufrimiento y muerte de animales en el mundo; y porque al mismo tiempo es una de las formas de explotación animal más injustificables en términos de los intereses en tensión (de un lado el interés a la libertad, a la integridad psicofísica y a vida del animal; del otro un interés culinario del humano). Esto último evita que deba detenerme a considerar cuestiones colaterales referidas a formas de especismo supuestamente "moderadas" en las que la preferencia por la especie humana sólo entraría en juego ante colisiones de intereses de igual entidad. En las notas 73 a 75 y en el texto principal correspondiente a las mismas puede verse sin embargo un breve comentario al respecto.

que ello ocasione la pérdida del embarazo, sin peligro alguno para la salud de la embarazada; un guardabosques que conoce todas estas circunstancias se encuentra allí y debe decidir si dispara al lobo para evitar el encuentro y la pérdida de la gesta), creo que tal caso merecería igual solución: no existiendo otros intereses fundamentales en juego, los intereses del lobo adulto deben prevalecer sobre la vida del embrión recién gestado.

Queda insinuada una posible nueva contradicción de las anticipadas en la introducción, a la que se suma aquí una notable ironía: el especismo parece vincularse, de modo solapado, con la noción de santidad de la vida humana que el filósofo liberal y secular suele rechazar cuando, por ejemplo, aboga por el derecho de las personas gestantes a la interrupción voluntaria del embarazo o el derecho de todos los humanos a la muerte digna y la eutanasia.

II.E. Caso quinto: animales e igualitaristas de la suerte

Más allá de las diferencias que existen entre las distintas teorías igualitarias en filosofía política (Rawls, Dworkin, Roemer, Arneson, Cohen, Nagel, Kymlicka), ellas comparten —en particular las distintas teorías de lo que se conoce como igualitarismo de la suerte— el rechazo a otorgar relevancia moral a las características y talentos individuales que son fruto del azar, como son los de nacimiento.⁸⁸ Según John Rawls señaló en su *Teoría de la Justicia*,⁸⁹ no somos responsables de los dotes naturales que hacen que nos destaquemos de los demás en ciertas áreas. Dada la relación fundamental que, para Rawls, existe entre mérito y dotes naturales, usar el mérito como un criterio distributivo que justifique cualquier tipo de desigualdad implicaría darle a la "arbitrariedad de la naturaleza" un peso moral que no debería tener.

Sin embargo, pese a este monolítico rechazo de las teorías igualitarias de las desigualdades que son consecuencia de características y habilidades naturales de los individuos, dicha preocupación llega —nuevamente— hasta

88. No todas las teorías igualitarias proponen siempre y exclusivamente neutralizar o compensar la mala fortuna. También se sostiene que una justicia igualitaria debe expresar igual respeto hacia las personas y promover las condiciones que les permitan alcanzar igual posición social e igual participación política. *Cfr.* PAGE DEPOLO, "Igualdad, Suerte y Responsabilidad", pp. 153-174, citando las posiciones de Jonathan Wolff y de Elizabeth Anderson.

89. RAWLS, *Teoría de la Justicia*.

las fronteras de la especie humana. Aquí puede encontrarse una contradicción adicional de la filosofía liberal contemporánea: deberíamos concluir que para un igualitarista especista las desventajas que provienen del padecimiento por parte de un ser humano de una grave limitación cognitiva congénita merecerían ser estimadas y neutralizadas, mientras que no debería ocurrir lo mismo con las desventajas que sufre otro ser con similar nivel cognitivo pero que pertenece a otra especie, pertenencia distinta que justificaría el olvido y hasta su explotación por parte de otros individuos más afortunados en la "lotería natural de las especies".⁹⁰ La ausencia de imparcialidad, la autopreferencia, de este razonamiento, son evidentes.

Podría decirse que el ser humano mencionado en primer término presenta características cognitivas anormales o excepcionales para la especie, mientras que el animal señalado luego tiene características cognitivas estándar para la suya. Este tipo de argumentación enfrenta varios problemas. El primero es que contraría el arraigado entendimiento de la filosofía liberal que repudia evaluar y considerar el valor moral de los individuos por características generales de alguna clase o grupo al que pertenecen, como el género o la raza, y no a nivel individual.⁹¹ De este modo, los humanos subestándar no serían considerados en sí mismos, a partir de sus cualidades y características, sino de las cualidades y características de individuos módicos de su especie. La valoración de estos individuos sería entonces indirecta y derivada: ellos solo tendrían personalidad y derechos porque los representantes "normales" de su especie los tienen.⁹² A su vez, como explica Paul B. Preciado, se trata de la "transformación de la noción estadística

90. Parfraseando la famosa expresión que emplea Rawls (RAWLS, *Teoría de la Justicia*) para referirse a las circunstancias inmerecidas de nacimiento que deberían atenderse: "lotería natural".

91. AALTOLA, "Personhood and Animals", p. 183.

92. AALTOLA, "Personhood and Animals", p. 184. Los problemas de este razonamiento se ven también en su contracara: si fruto del diseño genético o por cualquier otra razón nos encontráramos frente a un chimpancé superinteligente (con una inteligencia superior a la inteligencia humana promedio), que pudiese y desease vivir entre humanos, leer a Kant en alemán y tomar cursos de filosofía, no deberían acordársele tales posibilidades ya que un chimpancé promedio no puede realizar ninguna de dichas actividades. *Cfr.* RACHELS, James, *Created from Animals. The Moral Implications of Darwinism*, Oxford University Press, 1990, p. 187. En similar sentido: McMAHAN, Jeff, *The Ethics of Killing. Problems at the Margins of Life*, Oxford, 2002, pp. 147 y ss.

de media, en una noción de norma biopolítica y de gestión del cuerpo”.⁹³ Finalmente, este razonamiento confunde el valor que podrían tener dichas agrupaciones de individuos, derivado del valor de dichas capacidades y características generalizadas, con el valor del individuo que las integra.⁹⁴

Mark Rowlands realizó un análisis vinculado al recién efectuado objetando la no inclusión de los animales entre los sujetos merecedores de justicia por parte de Rawls en su teoría.⁹⁵ Este autor recordó atinadamente que la posición originaria y el velo de ignorancia del contractualismo rawlsiano no son postulaciones metafísicas sino una herramienta heurística: un método hipotético para determinar de modo imparcial principios morales independientes del contrato. La posición originaria y el velo de ignorancia resultan así una forma de razonar que sirve para poner entre paréntesis determinadas circunstancias —una desventaja física o una limitación cognitiva, una posición socioeconómica desaventajada, etc.— que impedirían lograr los principios de justicia y el modelo social a defender. Este método permite eliminar, más que reflejar —como lo hace el contrato de tradición hobbesiana— las diferencias en el poder de negociación de los contratantes hipotéticos. Por ello, el contrato hobbesiano basa su autoridad en el acuerdo tácito de los suscriptores del contrato —que se deriva del diferente poder de negociación de cada parte—; el contrato de tradición kantiana—rawlsiana, por el contrario, lo hace a partir de la autoridad de los principios morales que ayuda a revelar.⁹⁶

Como señaló Rowlands en los trabajos recién citados, al igual que la altura y otras características naturales, la racionalidad es una propiedad natural moralmente arbitraria: en tanto nadie es responsable por poseer capacidad de raciocinio o por no poseerla, resulta arbitrario y contrario a la igualdad excluir a quienes no poseen racionalidad del grupo de los beneficiarios de los principios a los que se arribó en la posición originaria. Pero si esto es así, razona este autor, ¿cómo no incluir a la especie dentro de las

93. YouTube, *La Muerte de la Clínica*, min. 36:30. Véase también la nota 111. Similar crítica hace Iván Ávila Gaitán a las nociones de norma de especie y de norma de raza de la teoría animalista de Martha Nussbaum. Cfr. GAITÁN, “Las fronteras de las fronteras de...”, p. 141.

94. AALTOLA, “Personhood and Animals”, p. 183.

95. ROWLANDS, *Animal Rights. Moral Theory and Practice*.

96. ROWLANDS, *Animal Rights. Moral Theory and Practice*, p. 131; ROWLANDS, “Contractarianism and Animal Rights”, p. 236.

características naturales que deberían estar bajo el velo de la ignorancia? Es que: la propiedad de ser un ser humano es, nuevamente, algo sobre lo que no tenemos opción. Tal propiedad es, en el sentido de Rawls, tan moralmente arbitraria como la propiedad de pertenecer a una determinada raza, clase o género. Es algo sobre lo que no tenemos control. Por lo tanto, de acuerdo al argumento intuitivo de la igualdad, no tenemos un reclamo moral a los beneficios que se deriven de la posesión de esta propiedad. En consecuencia, dado que las consideraciones que subyacen al argumento intuitivo de la igualdad constituyen en parte la descripción que damos a la posición original, el conocimiento de nuestro estatus de humanos es un conocimiento que debería ser suprimido en la posición original.⁹⁷

Lo anterior, con independencia de que deba asumirse que los actores que se encuentran en la posición originaria adoptando las decisiones señaladas, tienen las capacidades y las aptitudes que les permiten adoptar esas decisiones, entre ellas racionalidad y una determinada inteligencia. En razón de que la posición originaria es una herramienta heurística –un método de razonamiento imparcial– y no una posición metafísica, no cabe plantear que dado que quienes se encuentran en la posición originaria son seres humanos racionales los resultados de dicha deliberación solo deberían aplicarse a ellos.⁹⁸

Este planteo suele despertar dos objeciones: la primera es afirmar que ni siquiera sería una posibilidad teórica a considerar que una vez levantado el velo de ignorancia podamos hallarnos en el lugar de animales de otras especies y que por tanto no existiría la motivación del autointerés –propia de la fundamentación contractualista– para tener en cuenta sus preferencias; la segunda es sostener que en su caso también podríamos llegar a concebir la posibilidad de ser otro tipo de entidades vivas o inertes, como plantas o rocas, y que sería absurdo establecer principios de justicia considerando el “bien” de estos entes. La primera objeción muestra lo arraigado del sesgo especista, que oscurece algo central: dado que la posición originaria no es una postulación metafísica sino un método heurístico para determinar de modo imparcial principios morales, el concepto de la posición original no exige que haya realmente seres que habiten la posición original. De hecho, Rawls ni siquiera está comprometido con la posibilidad conceptual de un

97. ROWLANDS, “Contractarianism and Animal Rights”, p. 243.

98. ROWLANDS, *Animal Rights. Moral Theory and Practice*, pp. 136-137.

ser existente detrás del velo de ignorancia.⁹⁹ Por tal razón, la consideración hipotética de que luego de levantado el velo de ignorancia podríamos tener una discapacidad física, presentar una limitación cognitiva, ser una persona intersex, etc., no requiere que las referidas sean situaciones en las que realmente podríamos habernos encontrado individualmente en nuestras vidas (que aquel auto que frenó nos hubiese embestido y discapacitado; que el óvulo materno se hubiese fusionado con ese otro espermatozoide y hubiese sido mujer o una persona intersex; etc.). Pero, además, el concepto de la posición original ni siquiera implica que sea posible imaginar la naturaleza de los ocupantes de la posición, o que debemos deliberar convirtiéndonos en seres radicalmente ajenos o en entes despojados de toda propiedad. Como el propio Rawls se ocupó de aclararlo, lo único que se requiere es "simular las deliberaciones de esta situación hipotética, simplemente razonando de acuerdo con las restricciones apropiadas".¹⁰⁰ De tal modo, para utilizar este test no es necesario que nos imaginemos cómo sería ser una mujer (si soy hombre), una persona LGBTQ+ o alguien con una inhabilidad física o cognitiva, sino solo imaginar las preferencias fundamentales de estos seres (gozar de respeto a la identidad y a las elecciones personales, de acceso igualitario a la salud, de igualdad de trato en el trabajo, en las relaciones familiares y en el ámbito público en general, etc.) y tomarlas en cuenta. Por todo ello, no solo es perfectamente posible establecer cuáles son los intereses básicos de otros seres sintientes como los animales (siendo la sintiencia una característica que compartimos con ellos dada la historia evolutiva común); puede además sostenerse que el contractualismo rawlsiano obliga a considerar cuáles deberían ser los principios de justicia a aplicar a seres que tienen intereses en no ser encerrados, mutilados y asesinados. En cuanto a la segunda objeción, la misma no presenta problema alguno para lo que se postula en este trabajo: como contratantes hipotéticos sería perfectamente racional y autointeresado acordar principios de justicia que prohíban dañar a seres sintientes (humanos y animales sintientes; pues si fuésemos cualquiera de estas entidades sufriríamos enormes daños derivados de las prácticas antes mencionadas) y que al mismo tiempo admitan

99. RAWLS, *Teoría de la Justicia*, p. 137: "la posición original no debe ser imaginada como una asamblea general que incluye en un momento dado a todos los que vivirán en un tiempo determinado, ni mucho menos como una asamblea de todos los que pudieran vivir en un tiempo determinado. No es una reunión de todas las personas reales y posibles".

100. RAWLS, *Teoría de la Justicia*, pp. 136-137.

patear piedras, picar plantas de lechuga y el aborto de embriones humanos en el primer trimestre de gestación (en tanto si fuésemos cualquiera de estas entidades no tendríamos sistema nervioso central y no podríamos sufrir daños derivados de las mismas).

La inconsistencia señalada más arriba se advierte de modo notable en las referencias del propio Rawls al tratar el asunto de quiénes son candidatos a las garantías de la justicia, tanto por su resonante ambigüedad como por su renuncia explícita a considerar las derivaciones a las que llevan las premisas presentadas inicialmente. Dice Rawls al ocuparse de este tema:

Tenemos que considerar todavía a qué clase de seres se deben las garantías de la justicia. [...] La respuesta natural parece ser que son precisamente las personas morales las que tienen derecho a una justicia igual. [...] Vemos, pues, que la capacidad de personalidad moral es una condición *suficiente* para tener derecho a una justicia igual. [...] Si la persona moral constituye también una condición necesaria es cuestión que voy a dejar a un lado. Doy por supuesto que la capacidad de un sentido de la justicia es poseída por la abrumadora mayoría de la humanidad y, por consiguiente, esta cuestión no plantea un grave problema práctico.

Pero apenas un renglón después agrega:

Sería un grave error suponer que siempre se satisface la condición suficiente. Aunque la capacidad sea necesaria, sería una imprudencia, en la práctica, reducir la justicia a esa base. El riesgo para las instituciones justas sería excesivo. Es conveniente subrayar que la condición suficiente de la justicia igual, es decir, la capacidad de personalidad moral, no es imprescindible, en absoluto. Cuando alguien carece de la potencialidad requerida, ya sea por nacimiento o por accidente, esto se considera como un defecto o como una privación. No hay raza ni grupo reconocido de seres humanos que carezca de este atributo. [...] Todo lo que tenemos que hacer es elegir una condición específica [...] y dar una justicia igual a los que la satisfagan. Por ejemplo, la condición de estar en el interior de un determinado círculo es una condición específica de unos puntos del plano. Todos los puntos que se encuentran dentro de este círcu-

lo tienen esta propiedad, aunque sus coordenadas varíen dentro de una cierta extensión. Y tienen esta propiedad en grado igual, porque ningún punto interior al círculo es más o menos interior a él que cualquier otro punto interior. [...] Pero, desde luego, nada de esto es literalmente un argumento. No he formulado las premisas de las que se sigue esta conclusión [...]. [L]os que se ven privados más o menos permanentemente, de personalidad moral, pueden presentar una dificultad. No puedo examinar aquí este problema, pero creo que la descripción de la igualdad no se verá materialmente afectada.¹⁰¹

En otras palabras, de acuerdo a Rawls: La personalidad moral sería una condición suficiente para tener derecho a una justicia igual. Y si bien no sería una condición necesaria,¹⁰² decide no analizar el asunto detenidamente ya que "la capacidad de un sentido de la justicia es poseída por la abrumadora mayoría de la humanidad, y, por consiguiente, esta cuestión no plantea un grave problema práctico".¹⁰³ Ello, pese a que un número de individuos que multiplica muchas veces a toda la especie humana podría ser candidato a una justicia igual, y a que el propio Rawls es consciente de que no todos los seres humanos satisfacen la condición de personalidad moral.¹⁰⁴

La aplicación de estas ideas, como se ve, y salvo que se recurra al recurso dogmático¹⁰⁵ y especista de trazar líneas que forman círculos que dejan puntos (individuos) adentro y afuera del mismo,¹⁰⁶ no permite excluir de la comunidad moral a los animales. Los presupuestos de universalidad y justificación del razonamiento filosófico no admiten estos atajos y ambigüedades.

101. RAWLS, *Teoría de la Justicia*, pp. 456 y ss.

102. RAWLS, *Teoría de la Justicia*, p. 457: "la capacidad de personalidad moral, no es imprescindible, en absoluto".

103. RAWLS, *Teoría de la Justicia*, p. 457.

104. RAWLS, *Teoría de la Justicia*, p. 457.

105. Pues, "desde luego, nada de esto es literalmente un argumento", según reconoce Rawls (RAWLS, *Teoría de la Justicia*, p. 460).

106. RAWLS, *Teoría de la Justicia*, p. 459.

II.F. Caso seis: subhumanos y superhumanos

Como enseña Matthew Calarco,¹⁰⁷ no solo hemos subordinado, explotado y asesinado a los animales a lo largo de toda nuestra historia. Hicimos lo mismo con la mayor parte de la especie humana: mujeres (la mitad de la especie), personas LGBTIQ+, personas con capacidades físicas y cognitivas fuera de la norma, niños/as, habitantes originarios de América y África, y la lista sigue. A todas estas personas se las consideró históricamente menos que humanas, subhumanas.¹⁰⁸ De hecho, una de las principales formas en las que se construyó el sujeto del humanismo, fue afirmando una inferioridad de los demás que era una animalidad. Los habitantes originarios de América y África fueron exhibidos en Europa como animales y marcados también como animales por la Iglesia Católica, por carecer, al igual que los animales, de alma. Las mujeres fueron (y son) animalizadas también.¹⁰⁹ Las personas con discapacidades fueron exhibidas en la Inglaterra Victoriana como animales, y luego la ciencia del Siglo XIX legitimó esa práctica al rotular sus condiciones con referencias a una inferioridad animal: Elefantiasis, Síndrome de garra de simio, Síndrome de garra de langosta, Pecho de paloma, Pie equino.¹¹⁰ De este modo, “animal” no son solo los cientos de millones de animales que cada año son encerrados, torturados y asesinados por los motivos más banales. “Animal” también es una metáfora de inhábil, de anormal, de monstruo.

Puede agregarse que la fundamentación dignataria-supremacista de los derechos humanos, además de innecesaria y nociva, es de una miopía que resulta notable proviniendo de una postura tan arrogante. Este tipo de fundamentación de los derechos básicos finalmente carece de rigor y perspectiva científica, en tanto vive en un presente muy acotado tomándolo como estable y la culminación de un proceso, sin mirar a un pasado y a

107. CALARCO, *Identity, Difference, Indistinction*; CALARCO, “Identidad, diferencia, indistinción”.

108. Véanse notas 27, 49 a 54 y texto principal correspondiente a las mismas.

109. ADAMS, *La Política Sexual de la Carne*.

110. TAYLOR, “Beasts of Burden: Disability Studies and...”, pp. 192-193. Paul Beatriz Preciado recuerda que las nociones de homosexual, discapacitado, etc., fueron acuñadas en el siglo XIX y como a partir de allí se vuelve clarísima la “transformación de la noción estadística de media, en una noción de norma biopolítica y de gestión del cuerpo” (YouTube, “La Muerte de la Clínica”, min. 36:30).

un futuro lejanos que deberían inspirar una ética más humilde y compasiva. Por un lado, la biología evolutiva y la paleontología muestran que, paradójicamente, fue la insignificancia –y no la superioridad– de nuestros ancestros mamíferos lejanos, y una gran cuota de azar, lo que permitió el desarrollo de los seres en los que nos convertiríamos: la pequeñez y poco desarrollo de estos mamíferos les permitió encontrar un nicho de supervivencia durante el dominio de los dinosaurios por más de 100.000.000 de años; y luego el hecho fortuito de la caída de un meteorito extinguió a los dinosaurios y permitió crear las condiciones para la evolución (*rectius*: modificación) de estos parientes lejanos.¹¹¹ En cuanto al otro extremo de la historia, como subraya Sir Martin Rees, uno de los principales cosmólogos y astrónomos contemporáneos, los humanos no somos ni de modo cercano el último escalón de un perfeccionamiento biológico, sino el fruto de una modificación aleatoria que aún no ha recorrido la mitad de su curso:

Nuestro sol [...] no ha llegado a la mitad de su expectativa de vida –no serán humanos quienes vean la muerte del sol dentro de seis billones de años–. Cualquier criatura que exista entonces, será tan diferente de nosotros como nosotros lo somos de las bacterias o las amebas.¹¹²

Es más, sin ir tan lejos hacia el futuro, todo indica que en algunas décadas caminarán entre nosotros una nueva clase de personas, con capacidades e inteligencias superiores, superhumanas.¹¹³ La tecnología de edición genética que llevará a ese muy probable resultado ya existe de modo

111. GOULD, “Challenges to Neo-Darwinism and Their Meaning...”. Es cierto que podría pensarse en una serie de características evolutivamente “superiores” a otras: una mejor visión, una mayor habilidad corporal, una mayor velocidad, una mayor inteligencia. Si bien las mismas parecen ser deseables para enfrentar a una porción de los desafíos que presenta la vida, no todos los obstáculos con los que nos topamos a lo largo de la historia y que podríamos llegar a enfrentar en el futuro tienen la misma lógica ni requieren de estas habilidades. Para lidiar con toda otra serie de desafíos que presentan el medioambiente, el cambio climático, los virus y las bacterias, las características señaladas no tuvieron ninguna utilidad y ni siquiera hoy son garantía de supervivencia de la especie.

112. Edge, “Dark Materials”, 13/06/2006.

113. HARARI, De Animales a Dioses. Breve Historia...; HARARI, Homo Deus. Breve Historia del Mañana.

incipiente. A partir de la investigación de los mecanismos de defensa de las bacterias frente a los virus, Emmanuelle Charpentier y Jennifer Doudna descubrieron un proceso natural de edición genética que les permitió desarrollar una nueva tecnología: CRISPR/Cas9. Estas investigadoras hallaron que, mediante un particular mecanismo biológico, el organismo de las bacterias tomaba secuencias del ADN del virus colonizante y luego copiaba esa información en sus cromosomas, para posteriormente replicar la misma como mecanismo inmunitario. El organismo de las bacterias editaba de este modo su propio código genético en lugares muy precisos y de manera altamente efectiva.¹¹⁴ La tecnología desarrollada por estas científicas replica este mecanismo, que permite editar el código genético humano cortando partes del mismo que desean erradicarse e insertando secciones que quieren añadirse.

Una vez que esta tecnología esté perfeccionada y sea segura, sin duda se pasará de los usos curativos a los de mejoramiento (más allá de lo borroso de la barrera que separa ambos usos). Los humanos que tengan los recursos económicos para ello (un círculo mucho más reducido que el de la comunidad moral actual, por cierto) pasarán de curar sus enfermedades a mejorar su inteligencia, su resistencia física y su concentración mental, su habilidad para realizar todo tipo de tareas, y su aspecto. A su vez, además de lo que se conoce como edición genética somática, que ocurre y permanece en las células del individuo tratado, también estará disponible la edición genética de las células de la línea germinal (óvulos, espermatozoides, embriones), edición y mejoramiento que pasará a generaciones futuras. Si se tiene en cuenta que *Neandertales* y *Sapiens* son especies distintas pese a no haber tenido diferencias fundamentales,¹¹⁵ la idea de que estos superhumanos fruto de la edición genética puedan constituir una nueva especie no debería desestimarse sin más.

Es imposible no ver la enorme ironía que envuelve este asunto: por primera vez los humanos experimentaremos con la selección y modificación artificial en nosotros mismos; la selección y modificación artificial del ganado fue central en el razonamiento que llevó a Darwin a desarrollar, por analogía, su teoría de la selección natural de las especies;¹¹⁶ la selección

114. DOUDNA & STERNBERG, *A Crack in Creation: Gene Editing...*

115. DARWIN, *El Origen del Hombre*, p. 109; PÄÄBO, *Neanderthal Man: in Search of Lost Genomes*.

116. RACHELS, *Created from Animals. The Moral Implications of Darwinism*, pp. 37-38.

artificial del ganado fue al mismo tiempo el punto de inflexión que dio origen al uso más intensivo y despiadado de los animales. Luego de lo anterior, si no repudiamos al especismo y a la fundamentación supremacista de los derechos fundamentales por razones morales, tal vez deberíamos considerar hacerlo por razones prudenciales: es posible que en un futuro cercano, nosotros o nuestros hijos, seamos los nuevos ciudadanos de segunda del planeta.

III. CONCLUSIONES

Luego de analizar algunos temas complejos debatidos en ética, filosofía política y filosofía del derecho, quedan al desnudo ciertas asimetrías e inconsistencias que ocurren en muchos casos cuando la filosofía liberal contemporánea se ocupa de la consideración moral que cabe a los animales: las premisas y posiciones que se aceptan de modo generalizado en estas áreas no son aplicadas de modo sistemático en asuntos que se refieren al estatus moral de los animales.

Según he sugerido, ello se debe a que la teorización en los ámbitos señalados no siempre cumple con los requisitos de racionalidad, imparcialidad y universalidad que deberían darle sustento, y que las inconsistencias señaladas se deben a autopreferencias no declaradas y a posturas no siempre explicitadas, principalmente un posicionamiento especista.

Este trabajo ha intentado mostrar que el especismo –al igual que la fundamentación dignataria de los derechos fundamentales– es una posición que no solo resulta arrogante, en ocasiones acientífica y ligada de modo velado a ideas religiosas, y moralmente incorrecta. La misma también puede resultar inconveniente por razones prudenciales: el especismo y la fundamentación dignataria de los derechos humanos son armas de doble filo y nada asegura que en algún futuro no seamos los nuevos sujetos de segunda del planeta.

BIBLIOGRAFÍA

- AALTOLA, Elisa, "Personhood and Animals", en *Environmental Ethics*, 2008, Vol. 30, pp. 175-193
- ADAMS, Carol, *La Política Sexual de la Carne*, Ochodoscuatro, 2016, Madrid.

- , “The Oedible Complex: Feminism and Vegetarianism”, en COVINA, Gina & GALANA, Laurel (eds.), *The Lesbian Reader*, CA, Amazon, 1975, Oakland.
- ALLEN, Colin & TRESTMAN, Michael, “Animal Consciousness”, en ZALTA, Edward N. (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2017, URL <https://plato.stanford.edu/archives/win2017/entries/consciousness-animal/>.
- ALTERINI, Jorge H. & ALTERINI, Ignacio E., “Opinión al art. 19 en la 1ª edición”, en *Código Civil y Comercial comentado: Tratado exegético*, 2ª edición, La Ley, 2016, Buenos Aires.
- ÁVILA GAITÁN, Iván Darío, “Las fronteras de Las fronteras de la justicia: notas para una crítica materialista del animalismo liberal”, en SIERRA, Jorge & PINEDA, Fabrizio (eds.), *Martha Nussbaum y la Justicia Social para los Animales. Apuntes Críticos desde las Fronteras de la Justicia*, Universidad Autónoma de Colombia, 2019, Colombia.
- BALKIN, Jack M., “Práctica Deconstructiva y Teoría Jurídica”, en VILLEGAS, Mauricio García; JARAMILLO SIERRA, Isabel & RESTREPO SALDARRIAGA, Esteban (eds.), *Crítica Jurídica*, Universidad de los Andes, 2006, Colombia.
- BENTHAM, Jeremy, *Introducción a los Principios de la Moral y la Legislación*, Grupo Claridad, 2008, Buenos Aires.
- BROSNAN, Sarah & DE WAAL, Frans, “Monkeys Reject Unequal Pay”, en *Nature*, 425, 2003, pp. 297-299.
- BUTLER, Judith P., *Gender Trouble: Feminism and the Subversion of Identity*, Routledge, 1990, New York.
- CALARCO, Matthew, “Identidad, diferencia, indistinción”, en *Revista Latinoamericana de Estudios Críticos Animales*, Año III, Vol. I, 2016, pp. 27-49.
- , *Identity, Difference, Indistinction*, Stanford University Press, 2015, California.
- Conferencia Episcopal Argentina, *Catecismo de la Iglesia Católica*, Oficina del libro, 2015, Buenos Aires.
- COHEN, Jeffrey Jerome, *Medieval Identity Machines*, University of Minnesota Press, 2003, Minnesota.
- COHEN, Mathilde, “The Lactating Man”, en MATHILDE, Cohen & YORIKO Otom (eds.), *Making Milk: The Past, Present and Future of Our Primary Food*, Bloomsbury, 2017, London, pp. 141-160.
- DARWIN, Charles, *El Origen del Hombre*, F. Sempere y Cía. Ed., 1909, Valencia.

- , *Notebook M (Metaphysics on Morals and Speculations on Expression)*, 1838, Paul Barrett (ed.), URL <http://darwin-online.org.uk/>.
- , *On the Origin of Species*, Oxford University Press, 2009, New York.
- , "Ornithological Notes", en *Bulletin of the British Museum. Historical Series*, volume 2, n.º 7, 1963, pp. 201-278.
- DE WAAL, Frans, *Good Natured. The Origins of Right and Wrong in Humans and Other Animals*, Harvard University Press, 1996, Cambridge.
- DECKHA, Maneesha, "The Salience of Species Difference for Feminist Theory", en *Hastings Women's Law Journal*, Volume 17, Nº1, 2006, pp. 3-4.
- , "Toward a Postcolonial, Posthumanist Feminist Theory: Centralizing Race and Culture in Feminist Work on Nonhuman Animals", en *Hypatia*, Volume 27, Issue 3, 2012, pp. 527-545.
- DENNETT, Daniel, "Condiciones de la Cualidad de Persona", en *Cuadernos de Crítica*, Nº 45, Universidad Nacional Autónoma de México, 1989.
- DERRIDA, Jaques, *El Animal que Luego Esto Si(gui)endo*, Trotta, 2008, Madrid.
- DONALDSON, Sue & KYMLICKA, Will, "Rethinking Membership and Participation in an Inclusive Democracy: Cognitive Disability, Children, Animals", en ARNEIL, B. & HIRSHMANN, N. (eds.), *Disability and Political Theory*, Cambridge University Press, 2016, Cambridge, pp. 168-197.
- DOUDNA, Jennifer A. & STERNBERG, Samuel H., *A Crack in Creation: Gene Editing and the Unthinkable Power to Control Evolution*, Houghton Mifflin Harcourt, 2017, Boston.
- Edge, "Dark Materials", REES, Martin, 13/06/2006, URL https://www.edge.org/3rd_culture/rees06/rees06_index.html, Rotblat Memorial Lecture, Hay Literary Festival.
- "Éxodo", en STRAUBINGER, Juan, *Sagrada Biblia*, Desclée, 1975, Buenos Aires, Capítulo 20, versículos 2-17.
- FAUSTO-STERLING, Anne, *Sexing the Body: Gender Politics and the Construction of Sexuality*, Basic Books, 2000, New York.
- FEINBERG, Joel, "The Rights of Animals and Unborn Generations", en BLACKSTONE, William T. (ed.), *Philosophy and Environmental Crisis*, University of Georgia Press, 1974, Athens, pp. 43-68.
- FRANKFURT, Harry G., "Alternate Possibilities and Moral Responsibility", en *Journal of Philosophy*, Vol. 66, n.º23, 1969, pp. 829-839.
- , "Freedom of the Will and the Concept of a Person", en *The Journal of Philosophy*, Vol. 68, n.º1, 1971, pp. 5-20.

- “Génesis”, en STRAUBINGER, Juan, *Sagrada Biblia*, Desclée, 1975, Buenos Aires, Capítulo 1, Versículos 26-27, 1-28.
- GIFFNEY, Noreen & HIRD, Myra J., *Queering the Non/Human*, Ashgate, 2008, United Kingdom.
- GINNOBILI, Santiago, “¿Qué son Realmente las Especies? La Búsqueda de Clases Naturales en Biología”, en *Análisis Filosófico*, Vol. 25, n.º 1, 2005, pp. 45-61.
- GOULD, Stephen Jay, “Challenges to Neo-Darwinism and Their Meaning for a Revised View of Human Consciousness”, The Tanner Lectures on Human Values, Clare Hall, Cambridge University, 30 de abril y 1 de mayo de 1984.
- GREEN, Mark, “On the Origin of Species Notions and Their Ethical Limitations”, en BEAUCHAMP, Tom L. & FREY, R. G. (eds.), *The Oxford Handbook of Animal Ethics*, Oxford University Press, 2011, New York, pp. 577-602.
- GRIFFIN, James, *On Human Rights*, Oxford University Press, 2008, London.
- HARARI, Yuval Noah, *De Animales a Dioses. Breve Historia de la Humanidad*, Debate, 2017, Buenos Aires.
- , *Homo Deus. Breve Historia del Mañana*, Debate, 2017, Buenos Aires.
- HIRD, Myra, “Animal Transex”, en *Australian Feminist Studies*, Vol. 21, n.º 49, 2006, pp. 35-50.
- , “La Cuestión de la Personalidad Legal más allá de la Especie Humana”, en *Isonomía*, n.º 34, 2011, pp. 55-83.
- HUME, David, *A Treatise of Human Nature*, Oxford University Press - Clarendon Press, 1960, London.
- KANE, Robert, *The Significance of Free Will*, Oxford University Press, 1996, New York.
- KAPUR, Ratna, “Human Rights in the 21st Century: Take a Walk on the Dark Side”, en *Sydney Law Review*, Vol. 28, n.º 4, 2006, pp. 665-687.
- KYMLICKA, Will, “Human Rights without Human Supremacism”, en *Canadian Journal of Philosophy*, Vol. 48, n.º 6, 2018, pp. 763-792.
- LIBET, Benjamin, “Do We Have Free Will?”, en *Journal of Consciousness Studies*, Vol. 6, n.º 8-9, 1999, pp. 47-57.
- MCCORMACK, Donna, “*Queer Disability, Postcolonial Feminism and the Monsters of Evolution*”, en ÅSBERG, Cecilia & BRAIDOTTI, Rosi (eds.), *A Feminist Companion to the Posthumanities*, Springer, 2018, Cham.

- MCMAHAN, Jeff, *The Ethics of Killing. Problems at the Margins of Life*, Oxford University Press, 2002, Oxford.
- MASSERMAN, Jules H. & WECHKIN, Stanley & TERRIS, William, “Altruistic Behavior in Rhesus Monkeys”, en *The American Journal of Psychiatry*, Vol. 121, n.º 6, 1964, pp. 584-585.
- MILGRAM, Stanley, “Behavioral Study of Obedience”, en *Journal of Abnormal and Social Psychology*, Vol. 67, n.º 4, 1963, pp. 371-378.
- MILLER, Harlan B., “A Terminological Proposal”, en *Society for the Study of Ethics and Animals Newsletter*, n.º 30, 2002.
- MOORE LAPPÉ, Francis, *Diet for a Small Planet*, Ballantine Books, 1971, New York.
- NINO, Carlos Santiago, “Algunas reflexiones sobre el tratamiento legal del aborto y la eutanasia”, en BERGALLO, Paola (comp.), *Aborto y Justicia Reproductiva*, Editores del Puerto, 2011, Buenos Aires.
- , *Ética y Derechos Humanos*, Astrea, 1989, Buenos Aires.
- PÄÄBO, Svante, *Neanderthal Man: in Search of Lost Genomes*, Basic Book, 2014, New York.
- PAGE DEPOLO, Olof, “Igualdad, Suerte y Responsabilidad”, en *Estudios Públicos*, n.º 106, 2007, pp. 153-174.
- PALACIOS, Agustina, *El Modelo Social de Discapacidad: Orígenes, Caracterización y Plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Ediciones Cinca, 2008, Madrid.
- PÉREZ PEJCIC, Gonzalo & SUÁREZ, Pablo, “Notas sobre Religión, Especismo y Personalidad Legal”, en *Question/Cuestión*, Vol. 1, n.º 64, 2019.
- PEZZETTA, Silvina, “Una Teoría del Derecho para los Animales no Humanos. Aportes para la Perspectiva Interna del Derecho”, en *Revista de Bioética y Derecho*, Vol. 44, 2018, Universitat de Barcelona, pp. 163-177.
- PORFIRIO, *Sobre la Abstinencia*, Biblioteca Clásica Gredos, 1990, Madrid, Libro III.
- RACHELS, James, *Created from Animals. The Moral Implications of Darwinism*, Oxford University Press, 1990, New York.
- RAWLS, John, *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica, 2006, México.
- REES, Martin, “Dark Materials”, en *Edge*, 2006, URL https://www.edge.org/3rd_culture/rees06/rees06_index.html.
- REGAN, Tom, *Animal Rights, Human Wrongs. An Introduction to Moral Philosophy*, Roman & Littlefield Publishers, 2003, New York.

- , “Poniendo a las Personas en su Sitio”, en *Teorema*, Vol. 18, n.º 3, 1999, pp. 17-37.
- , *The Case for Animal Rights*, University of California Press, 1983, Los Angeles.
- República Argentina, Código Penal de la Nación Argentina, Ley 11.179, 1984.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques, *A Discourse on Inequality*, Penguin Classics, 1985, London.
- ROWLANDS, Mark, *Animal Rights. Moral Theory and Practice*, 2ºed, Palgrave-Macmillan, 2009, Florida.
- , *Can Animals Be Moral?*, Oxford University Press, 2012.
- , “Contractarianism and Animal Rights”, en *Journal of Applied Philosophy*, Vol. 14, n.º 3, 1997, pp. 235-247.
- , “¿Pueden los animales ser morales?”, en *Dilemata*, n.º 9, 2012, traducción de TORRES ALDAVE Mikel pp. 1-32.
- RYDER, Richard D., “Speciesism Again: The Original Leaflet”, en *Critical Society*, Vol. 2, 1970, pp. 1-2.
- SALIH, Sara, “Filling Up the Space Between Mankind and Ape: Racism, Speciesism and the Androphilic Ape”, en *Ariel - A review of international english literature*, Vol. 38, n.º 1, 2007, pp. 95-111.
- SINGER, Peter, *Liberación Animal*, Trotta, 2011, Madrid.
- , *Practical Ethics*, 2aed, Cambridge University Press, 1993, New York.
- SMILANSKY, Saul, “Free Will: From Nature to Illusion”, en *Proceedings of the Aristotelian Society*, Vol. 101, n.º1, 2001, pp. 71-95.
- STEEVES, Peter, “*The Familiar Other* and Feral Selves: Life at the Human/Animal Boundary”, en CREAGER, A. & JORDAN, W. (eds.), *The Animal/Human Boundary: Historical Perspectives*, University of Rochester Press, 2002, New York.
- STRAWSON, Peter, “Freedom and Resentment”, en *Proceedings of the British Academy*, Vol. 48, 1962, pp. 1-25.
- SUÁREZ, Pablo, “Animales, Incapaces y Familias Multi-especies”, en *Revista Latinoamericana de Estudios Críticos Animales*, 2017, Año 4, Vol. 2, pp. 58-84.
- Supreme Court of India, “*Animal Welfare Board of India v. Nagaraja and Ors*”, 07/05/2014.
- TAYLOR, Sunaura, “Beasts of Burden: Disability Studies and Animal Rights”, en *Qui Parle*, Vol. 19, n.º 2, 2011, pp. 192-193.

- WADE, Peter, *Raza y etnicidad en Latinoamérica*, Ediciones Abya-Yala, 2002, Ecuador.
- WEST, Franklin & UHL, Elizabeth W. & LIU, Yubing, y otras/os, “Brief Report: Chimeric Pigs Produced from Induced Pluripotent Stem Cells Demonstrate Germline Transmission and No Evidence of Tumor Formation in Young Pigs”, en *Stem Cells*, Vol. 29, n.º 10, 2011, pp. 1640-1643.
- WISE, Steven, “Animal rights, One Step at a Time”, en SUNSTEIN, Cass R., & NUSSBAUM, Martha C. (eds.), *Animal rights. Current Debates and New Directions*, Oxford University Press, 2004, New York.
- WU, Jun & PLATERO-LUENGO, Aida & SAKURAI, Masahiro, y otras/os, “Interspecies Chimerism with Mammalian Pluripotent Stem Cells”, en *Cell*, Vol.168, 2017, pp. 473-486.
- YOUNG, Robert, “Las Implicaciones del Determinismo”, en SINGER, Peter (Edit.), *Compendio de Ética*, Alianza Editorial, 1995, Madrid, traducido por VIGIL RUBIO, Jorge & VIGIL, Margarita, pp. 711-722.
- YouTube, “La Muerte de la Clínica”, PRECIADO, Paul Beatriz, 00:36:30, 2013, URL <https://www.youtube.com/watch?v=4aRrZZbFmBs>
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro & SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal. Parte General*, Ediar, 2002, Buenos Aires.

ENSAYOS

SOBRE LA DEMOCRACIA LIBERAL DE MERCADO Y LA ESTABILIDAD DEMOCRÁTICA *

MAXIMILIANO LUIS BELLINO **

Resumen: La pregunta que este trabajo busca responder es si acaso la democracia liberal de mercado sustenta o erosiona la estabilidad sistémica de la democracia. Para ello, elegimos el marco teórico de la teoría económica de la democracia y el marco teórico de la democracia deliberativa. La primera teoría nos permite analizar las fallas de la democracia liberal de mercado en relación a la salvaguarda de la estabilidad democrática y la segunda nos permite examinar la relación del republicanismo con dicha estabilidad. Finalmente, concluimos que la democracia deliberativa permitiría asegurar la estabilidad sistémica de la democracia.

Palabras clave: liberalismo — republicanismo — participación

Abstract: The question this paper aims to answer is whether a liberal market democracy upholds or corrodes democratic stability. The theoretical framework we choose is economic theory of democracy and deliberative democracy theory. The first theory allows us to examine the flaws of a liberal market democracy in the light of democratic stability and the second theory allows us to explore the relation between deliberative democracy and democratic stability. Finally, we conclude that deliberative democracy might ensure democratic stability.

Keywords: liberalism — republicanism — participation

* Recepción del original: 05/09/2020. Aceptación: 01/01/2021.

** Estudiante de Abogacía (UBA). Becario DeCyT y ayudante alumno de "Elementos de Derecho Constitucional" de la cátedra Gargarella-Tauber Sanz y "Elementos de Derecho Penal y Procesal Penal" de la cátedra Sancinetti-Béguelin. Deseo agradecer, en primer lugar, a la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires por haberme provisto del marco propicio para desarrollar este trabajo. Agradezco también a Orlando Javier Moreno por su dedicación, honestidad intelectual y consagrada dirección proyectual. Por último, no quiero olvidarme de las imponderables lecturas y comentarios de Antonella Vallejos, Nicolás Franco Bellino y Roberto Gargarella, sin cuyas críticas y aportes este pequeño ensayo sería una sombra de lo que es.

I. INTRODUCCIÓN

Son usuales, en las discusiones sobre el estado actual del debate político y la cultura cívica, los lamentos acerca de la pobre virtud de los representantes, el bajo nivel de participación e interés ciudadano en la vida política y el extendido alcance de la corrupción sobre los funcionarios públicos. Los analistas suelen, una vez individualizados estos fenómenos como evidencia de una democracia erosionada, culpar a los ciudadanos, quienes como sujetos libres en una sociedad liberal eligen no dedicar su tiempo a la vida pública. Muchos prefieren emplear y desarrollar sus vidas en el sector privado y en su propio ámbito íntimo,¹ entendiendo que la política es cosa de los políticos, profesionales que eligieron dedicarse a tal actividad libremente; otros simplemente demuestran desinterés por la política. El liberalismo clásico no tendría problema alguno: si las personas no quieren interesarse por la vida pública, pues cosa de ellas. No interesa que la condición fundamental de la democracia sea la participación de todos sus miembros; repetimos, si las personas no quieren participar en la vida democrática, debemos respetarlo en aras del ejercicio de su libertad *negativa*.

Aquí llegamos al punto clave del liberalismo, aquello que busca proteger por encima de todo lo demás: la libertad –negativa–.² Esta visión sobre el valor libertad estipula que una persona será libre siempre y cuando no existan obstáculos externos que le impidan hacer algo determinado. El ejemplo paradigmático de libertad negativa es el mercado. Allí, los individuos necesitan la mayor libertad de acción para ejercer sus actividades económicas, fidelizar a sus consumidores y contratar con otras empresas o trabajadores. La intervención del Estado, en cualquier otro sentido que no resulte inexorablemente necesaria para asegurar el rendimiento del sistema,³ es defenestrada como un atentado contra la libertad económica y

1. Siempre debe tenerse en cuenta la distinción entre ámbito/esfera privada de la persona y su ámbito/esfera íntima. Mientras el primero se refiere al conjunto de acciones (no dañosas esencialmente en razón de terceros) que sean determinantes para la realización de su plan de vida, el segundo hace lo propio en pos del ámbito individual donde las acciones de uno no pueden ser conocidas por otros. Véase NINO, *Fundamentos de Derecho Constitucional*, p. 307.

2. BERLIN, *Four Essays on Liberty*, pp. 122-130.

3. Entiéndase aquí políticas de regulación de la competencia, la lealtad comercial y, especialmente, la regulación financiera y bancaria. Empero, existen grupos que niegan el valor

un obstáculo al progreso económico. Lo mismo sucede en el ámbito político. Si el liberalismo ha sostenido que el Estado debe permanecer neutral, lo ha hecho en aras de su constante búsqueda de salvaguardar la libertad negativa de las personas. No ha de favorecer ningún plan de vida por sobre otro, ni ha de menospreciar alguno en favor de los demás. Empero, dado el panorama descripto anteriormente, ¿es posible para una democracia liberal de mercado proteger no solo la libertad negativa, sino también al resto de los derechos? ¿Puede asegurar la estabilidad del sistema jurídico y democrático? Vale la pena, en este punto, señalar la noción de estabilidad sistémica que el filósofo político estadounidense John Rawls desarrolló a lo largo de su obra. Tal pensador define dicha estabilidad como la capacidad que un sistema posee de fomentar y reproducir las precisas motivaciones que necesita para subsistir.⁴ Este concepto encierra en sí lo que para Rawls representaba el mayor desafío de la ciencia política y la acción colectiva: ¿cómo lograr que la democracia fomente y reproduzca aquellas motivaciones que la nutren y la mantienen viva y saludable? En aras de la concinidad, argumentaremos que esas motivaciones y valores pueden ser resumidos en un símbolo único: la virtud ciudadana.⁵ Con ello, queremos señalar que la estabilidad de la democracia requiere de personas virtuosas y comprometidas con el mantenimiento de dicha estabilidad. En otras palabras, la democracia necesita de una ciudadanía implicada profundamente en la vida pública, interesada en la garantía del desarrollo pleno de la personalidad de cada integrante de la comunidad, preocupada por los problemas que afectan su bienestar y, especialmente, atenta a cualquier síntoma de que tal bienestar esté en decadencia.

El modelo de ciudadanía opuesto es el ofrecido por el liberalismo clásico: personas atomizadas, con poca o nula posibilidad de virtud ciudadana,

positivo de estas políticas y abogan por la total y completa anarquía capitalista. Véase, por ejemplo, el ya clásico libro anarcocapitalista de NOZICK, *Anarchy, State, and Utopia*.

4. RAWLS, Teoría de la justicia, p. 398.

5. Pueden ser resumidas en la tolerancia de planes de vida diferentes y de opiniones disímiles sobre cuestiones públicas; la exposición y confraternización con grupos humanos diferentes social, étnica, religiosa, e ideológicamente; la habilidad para argumentar públicamente las posiciones y razones propias ateniéndose a criterios de imparcialidad, respeto, igualdad y generalidad; la capacidad para combinar la reflexión individual con la presuposición de legitimidad que implican los resultados del proceso colectivo de autogobierno, así como la disposición a internalizar y observar tales normas en la vida cotidiana. Véase NINO, *Un país al margen de la ley*, p. 237.

que desarrollan sus planes de vida dentro de su esfera privada mientras que delegan a los políticos y representantes el manejo de la vida pública de la comunidad y, por tanto, de la democracia. Aquí juega su papel clave la neutralidad liberal. Según el liberalismo, el Estado debe ser completamente neutral en cuanto a las elecciones libres de las personas en razón de sus planes de vida, en ejercicio del derecho de autonomía personal.⁶ Por supuesto que esta neutralidad, expuesta de manera preclara por Mill en su obra *On Liberty*, es ineluctablemente necesaria para la existencia de tensión moral y del consecuente progreso moral que dicho conflicto facilita, y del cual constituye una *conditio sine qua non*.⁷ Y he aquí que llegamos a una aparente paradoja. Por un lado, desde el liberalismo estaremos de acuerdo en que la neutralidad estatal es necesaria para el progreso moral y el desarrollo pleno de las personas en una comunidad y, por otro lado, también sostendremos que la estabilidad democrática es absolutamente menester, puesto que sin una democracia saludable la misma condición de legitimidad de aquel Estado estaría en peligro. Si peligra la democracia, no solamente corre riesgo el proceso de autogobierno colectivo, sino también los derechos. ¿De qué vale la libertad de expresión, la autonomía personal o el derecho a la vida si el sistema de autogobierno colectivo tambalea? Vemos aquí que la relación de legitimidad es recíproca: la democracia necesita de ciertos prerequisites insoslayables, al mismo tiempo que la salvaguarda de los derechos, incluidos aquellos derechos *a priori*,⁸ requiere del buen funcionamiento del proceso democrático. El problema, como veremos, es que la democracia liberal de mercado no logra maximizar el bienestar político agregado. Esto desemboca en la erosión democrática: personas que sienten que su voz no es tomada en cuenta, que son excluidos del debate y la vida pública, que sus intereses son pasados por alto a cuenta de una aristocracia elegida que hace las veces de representantes, cuyos intereses y vivencias no corresponden en absoluto a los de la mayoría de la población. Además, las sospechas de un furioso *lobby* llevado adelante por los grupos económicos más poderosos no hace más que agravar esta situación,⁹ al

6. NINO, La constitución de la democracia deliberativa, pp. 75-78.

7. WALDRON, “Mill and the value of moral distress”; MILL, *On Liberty*.

8. NINO, Fundamentos de Derecho Constitucional, p. 256.

9. En Washington DC, la industria del *lobby* invierte anualmente 3 mil millones de dólares para influir a la clase política; suma que trepa a más de 5 millones de dólares por cada miembro del Congreso. ¿Acaso ello no representa un desequilibrio en la influencia política

separar aún más la ciudadanía de los representantes y al crear el presupuesto de que los representantes responden, realmente, a tales intereses.

Asimismo, la protección de la libertad negativa peligra desde el momento en que presuponemos que las personas son completamente egoístas e incapaces de virtud ciudadana, imposibilitados de entender que la salvaguarda de los derechos de los demás supone realmente el sostenimiento de los derechos de uno mismo. El problema es que si las personas no tienen absolutamente nada que decir sobre los derechos de los demás, entonces tampoco les importará que tales derechos sean respetados. Así, la democracia liberal de mercado no parece promover el bienestar ni de la democracia ni de los derechos. Y lo que es aún peor: conspira contra la misma estabilidad de la democracia. La neutralidad estatal ata de manos al Estado en el fomento y la enseñanza de virtud ciudadana, que constituye precisamente lo que requiere la democracia para funcionar de manera óptima. Desde ya que la neutralidad estatal es absolutamente necesaria para asegurar los objetivos descriptos anteriormente, pero ello no debería suponer el hecho de que el Estado liberal acabe por poner en peligro la estabilidad de la democracia y, por tanto, a los mismos derechos. Por supuesto que el liberalismo es neutral en tanto prescribe el respeto irrestricto de los planes de vida de las personas siempre y cuando tales planes no supongan daño a terceros; sin embargo, no parece serlo en tanto fomenta un arquetipo particular de ciudadanía, incluso aunque ello no fuera un presupuesto intencional de la teoría. De la misma forma, el republicanismo es neutral en razón de la misma prescripción, pero no lo es en tanto fomenta otro arquetipo de ciudadanía. El republicanismo resulta una concepción política de la justicia basada en la cultura democrática de fondo —en los términos expuestos por John Rawls en *Political Liberalism*—, compuesta por los elementos fundamentales que se hallan en toda democracia y que son vitales para su buen funcionamiento.¹⁰ Consideramos que la virtud ciudadana no forma parte de un argumento perfeccionista que sostenga una idea particular de bien puesto que resulta un elemento esencial para la estabilidad democrática. Sin una ciudadanía virtuosa e interesada en el autogobierno colectivo, la democracia deviene en un sistema de gobierno basado en la ficción

de los grupos que contratan aquel servicio *versus* la vasta mayoría de la ciudadanía cuya influencia se ve casi exclusivamente reducida a la emisión de su voto en elecciones periódicas? Véase DYE, "The Policy Making Process: Decision Making...".

10. RAWLS, *Political Liberalism*, p. 220.

representacional, que cuenta con bajo valor epistémico, donde las personas no participan del autogobierno colectivo y donde no existen garantías de que nuestros representantes atiendan verdaderamente a los intereses de la sociedad civil.

II. DEMOCRACIA LIBERAL DE MERCADO

Por un lado, tenemos una corriente de pensamiento cuya preocupación principal es la protección de la libertad individual negativa, colocando al egoísmo como presupuesto antropológico fundamental y desconfiando por tanto del juicio de las personas en situaciones cooperativas y políticas, allí donde detentan el poder para decidir por sobre las vidas de los demás. ¿Cómo asegurar que no persigan, acorde al egoísmo propio, la dominación de las minorías? Sostiene, asimismo, que cada individuo es el mejor juez de sus propios intereses,¹¹ por lo cual el Estado debe respetar todos los planes de vida por igual y debe permitirles a las personas desarrollar sus planes de vida en la búsqueda de su particular concepción de la buena vida —es decir, conforme con sus ideales autorreferentes de excelencia personal—.¹²

Por otro lado, tenemos un sistema político que promete a las personas integrantes de la sociedad civil el autogobierno colectivo; esto es, que las normas que hayan de afectarlas a todas las decidan entre todas. Existe aquí una tensión: ¿cómo complementar la preocupación fundamental por la libertad negativa de los individuos con la promesa del autogobierno colectivo? ¿Si las decisiones de todos influyen a todos, cómo asegurar la libertad negativa de cada persona? Este es uno de los dilemas¹³ con que se las ve el liberalismo. La idea con la que ha surgido no resulta, en principio, para nada descabellada: debemos asegurar la libertad de las personas desde fuera de la

11. MILL, *On Liberty*, p. 99.

12. NINO, La constitución de la democracia deliberativa, pp. 75-78.

13. Los dilemas liberales no se limitan solamente al problema del complejo liberalismo-democracia. Tenemos, por ejemplo, otro problema fundamental en el liberalismo: el problema del liberalismo y el bien. Si el liberalismo presupone que todas las preferencias valen lo mismo, y que estas preferencias son prepolíticas e inmodificables a la luz de las (buenas) razones, entonces vacía de todo contenido moral a cualquier decisión normativa; así, ¿cómo justificar que siquiera vale la pena defender la libertad? ¿En base a qué razón se fundamenta ello, si toda preferencia posee un valor equidistante y se halla vaciada de razón? Véase RICHARDSON & MARA, *Liberalism and the good*.

democracia. Los derechos cumplirán esa función. Así, consagrados en una constitución que los recogerá y los protegerá del debate y la intromisión públicos, el liberalismo buscará alejarlos de las vicisitudes contextuales y asegurar así su intangibilidad. Creará instituciones contra mayoritarias como los jueces que ejercerán un control judicial de constitucionalidad *de facto*¹⁴ sobre las decisiones del Poder Legislativo, que asimismo estará conformado por profesionales de la política cuya labor será representar y deliberar en nombre de la ciudadanía, quien solamente podrá participar en tiempo de elecciones, penalizándolos y recompensándolos a través de la expresión de su voto. La política es cosa de políticos, dirá el liberalismo. Y si no podemos exigir virtud ciudadana –puesto que todos seríamos esencialmente egoístas– tampoco tendría mucho sentido convocarlos a participar activamente de la vida política cuando no podemos esperar demasiado de ellos. Mejor, entonces, dejarles la política a los políticos. De tal manera se configura el diseño institucional que el liberalismo ha propuesto en aras de compatibilizar la protección de la libertad individual con la democracia.¹⁵

La democracia liberal representativa no necesita de virtud ciudadana para funcionar. Parte desde una concepción antropológica de la persona como *homo economicus*,¹⁶ individuos calculadores y egoístas cuyo único interés reside en maximizar su bienestar propio. No cabe la sorpresa, entonces, que ante semejante concepción de la naturaleza humana el liberalismo tema a la participación. El sistema de competencia política obliga a los candidatos a atender y defender las preferencias de los votantes, incluso cuando no les

14. En la Argentina, no surge de ninguna cláusula constitucional que los jueces gocen de tal facultad. Dicha potestad fue auto concedida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en CSJN, "Sojo, Eduardo s/ recurso de habeas corpus".

15. Por supuesto que existen diversos matices en las soluciones liberales: no solamente encontramos la democracia liberal representativa, sino que también podemos hallar el modelo representativo deliberativo o liberal elitista. Empero, en este ensayo nos limitaremos a analizar el funcionamiento de la democracia liberal representativa de mercado.

16. Más allá de lo poco ético que pueda resultar el concepto de *homo economicus*, lo cierto es que es simplemente una ficción que en la realidad no existe. Las motivaciones de las personas no pueden reducirse a un mero cálculo económico de costos y beneficios, siempre existen emociones y creencias subyacentes que priman más que aquel. Además, una persona cuya razón correspondiera con dicho modelo no sería más que un imbécil moral, incapaz de decidir normativamente entre situaciones donde fuera necesario el juicio moral. En este respecto, para un *homo economicus* sería lo mismo elegir entre matar o no a una persona que pintar una pared de color azul o blanco.

conciernan especialmente dichos intereses. En este sentido, son como un abogado, quien debe proteger los intereses de su cliente más allá de que le interesen a título personal o no. Son las reglas de juego. Si no lo hace, perderá al cliente y éste irá a buscar otro abogado que lo represente efectivamente. De tal modo, en la democracia liberal representativa de mercado nadie está comprometido con el interés general; contrariamente, cada uno, atendiendo a su propio interés netamente egoísta, habría de contribuir al bienestar general. Esto compone una analogía clara con la idea del mercado como mano invisible. En el Poder Legislativo, los representantes electos habrán de negociar conforme a su fuerza de votos con los demás partidos mediante un proceso de negociación —o *log-rolling*— y solamente acordarán con los bloques opositores en caso de necesidad y falta de poder suficiente para imponer por sí solos su iniciativa. Por ende, la cuenta resulta relativamente lógica: ganará la propuesta apoyada por el mayor número de representantes, quienes constituyen la traducción electoral de las preferencias ciudadanas y que a su vez simbolizan los votos de la ciudadanía. Así, se daría la maximización del bienestar agregado, tan adorada por el utilitarismo. Más allá de los problemas epistémicos y normativos del utilitarismo,¹⁷ nos ocuparemos aquí de exponer las fallas empíricas que obstan la condición fundamental necesaria para que el modelo liberal traduzca las preferencias de los votantes en una maximización del bienestar agregado: la correcta asimilación de preferencias ciudadanas mediante los procesos electorales.

III. PROBLEMAS DE SELECCIÓN DE PREFERENCIAS

Para sistematizar, podemos resumir los aspectos relevantes que analizaremos en los siguientes ítems: I) ausencia de todos los intereses afectados

17. Si bien existen diversas concepciones dentro del utilitarismo, la perspectiva clásica es la hedonista, que estipula el bien en pos de la consecución del placer y la ausencia de dolor. El mayor problema normativo es su imposibilidad de conciliarse con el principio de inviolabilidad de la persona humana —que incluye los principios de autonomía personal y dignidad humana. Si tenemos un grupo de diez personas, y existe una mayoría de ocho y una minoría de dos, para el utilitarismo no existiría ningún impedimento moral en que la mayoría explotara a la minoría en pos de maximizar el bienestar agregado, incluso si dicha intromisión supusiera una violación a aquel principio. Véase NINO, *La constitución de la democracia deliberativa*, pp. 105-112.

por las decisiones políticas a la hora de decidir sobre ellas; II) falta de información fidedigna sobre lo deseado y sobre lo que se obtiene al votar por cierta propuesta; III) ausencia de ofertas políticas que reflejen el abanico total de demandas sociales; IV) privatización de la financiación de la política.

III.A. Ausencia de todos los intereses afectados por las decisiones políticas a la hora de decidir sobre ellas

Si el objetivo de la democracia liberal de mercado, signada por sus aspiraciones utilitaristas, es la maximización del bienestar agregado,¹⁸ entonces será necesario que todas las preferencias se expresen y sean tenidas en cuenta por el mercado político. Caso contrario ¿cómo habrá de maximizar el bienestar agregado si este se encuentra, de por sí, incompleto? El problema es que el mismo mecanismo de funcionamiento de este modelo democrático excluye aquellas minorías que no pueden hacer oír su voz: minorías explotadas, inmigrantes ilegales, lumpenes, indigentes. Estos grupos no poseen la capacidad para que sus preferencias e intereses permeen el filtro electoral; por tanto, éstos permanecerán mudos y silenciados, y no serán tenidos en cuenta a la hora de maximizar el bienestar total. Lo mismo sucede con los intereses de las personas que eligen no votar, o que lo hacen en blanco o impugnan su voto. Como tales intereses no atraviesan el filtro electoral, el sistema representativo no los capta y, por tanto, quedan ausentes del mecanismo de maximización del bienestar agregado. Otro claro ejemplo de esta dinámica son las generaciones futuras: cuando la clase política promete una mayor disponibilidad de ciertos recursos como agua, dinero o petróleo, realmente están tomando una decisión unilateral en nombre de las generaciones futuras, quienes obviamente no están en condiciones de hacer oír su voz.

III.B. Falta de información fidedigna sobre lo deseado y sobre lo que se obtiene al votar por cierta propuesta

Aquí encontramos dos tipos distintos de problemas. En primer lugar, existe una situación referida a la naturaleza misma del proceso electoral

18. NINO, Fundamentos de derecho constitucional, p. 249.

ya que los partidos políticos se encuentran en un sucedáneo competitivo del mercado económico, pero, en términos políticos, su único objetivo –si poseen afinidad por el poder– será obtener la mayor cantidad de votos ciudadanos para así lograr ganar el poder. Ello deriva en el hecho de que la gran mayoría de las promesas electorales, plataformas políticas y debates electorales redunden en la misma inanidad.¹⁹ Así, toda promesa electoral será tan amplia y vaga como una manifestación de buenas intenciones, las plataformas partidarias buscarán la captación del mayor caudal posible de votos mediante la licuación de contenido específico y en los debates electorales los candidatos raramente osarán discutir sobre las reformas y cambios que planean llevar a cabo o atisbar el diagnóstico de problemas en toda su complejidad. De tal modo, una vez asegurados los votos de sus votantes ideológicos en el espectro político, los partidos buscan de manera creciente elaborar sus propuestas de manera tal que no molesten a nadie en particular –especialmente, a los grupos económicos cuyos intereses se encuentran en juego a la hora de un proceso electoral–, por lo que terminan redundando en propuestas de centro, todas muy idénticas entre ellas.

La segunda clase de problemas está relacionada con la naturaleza misma de los productos políticos. A diferencia de lo que sucede en el mercado, donde los consumidores eligen individualmente qué bien desean adquirir –y lo adquieren, si es que cuentan con el dinero suficiente para ello–, en el mercado político eligen programas que contienen una multiplicidad de propuestas y puntos de vista. Esto imposibilita que las preferencias ciudadanas se vuelquen efectivamente en aquello que desean, pues suele suceder que una persona está a favor de determinada medida pero no de otra; sin embargo, al votar a un partido o candidato determinado, su expresión volitiva semeja apoyar la plataforma completa. Notemos también que el sistema electoral no recoge la intensidad de las preferencias ciudadanas.

III.C. Ausencia de ofertas políticas que reflejen el abanico total de demandas sociales

Si quienes padecen los problemas carecen de recursos para entrar al mercado político debido a las altas barreras de entrada y costos de una campaña política, sus problemas no se harán visibles y de tal modo sus

19. OVEJERO, Incluso un pueblo de demonios: democracia, liberalismo, republicanism, p. 69.

preferencias e intereses permanecerán en silencio institucional. De manera creciente, existen altas barreras de entrada para ser candidato a un cargo determinado y costos todavía más importantes para llevar adelante una campaña política de amplio alcance cuyo objetivo sea ganar el poder.²⁰

Por otra parte, la neurociencia ha comprobado que las personas sufrimos de sesgos cognitivos,²¹ es decir, limitaciones en la percepción de las circunstancias que nos rodean y, especialmente dentro de dichos factores contingentes, de los problemas que no nos afectan por no ser nosotros mismos el objeto sobre el cual tales problemas recaen. De tal modo, poco puede esperarse de un representante legislativo que vive custodiado por fuerzas de seguridad del Estado, gana un sueldo más que sustancioso por mes, no utiliza el transporte público ni sufre las mismas vicisitudes que sus compatriotas. Por dicha razón, es extremadamente necesario que los potenciales afectados por una decisión política sean convocados para expresar sus opiniones e intereses al respecto. En nuestra época, con la exponencial cantidad de medios tecnológicos comunicativos de velocidad instantánea disponibles, ya no es más una excusa verosímil la imposibilidad de llevar la democracia a la ciudadanía. No existe otro mecanismo por el cual podamos asegurarnos que los representantes tengan en cuenta los intereses de las personas sobre las que legislarán y cuyas vidas afectarán.²²

III.D. Privatización de la financiación de la política

Como mencionamos anteriormente, los costos necesarios para llevar adelante una campaña electoral exitosa sirven en la práctica como una barrera que filtra y selecciona solamente a aquellas personas que pueden acceder al financiamiento necesario y competir así por los puestos electorales y aquellas que no –la gran mayoría de la población–. Esto supone un gran problema para la representatividad democrática de la mayor cantidad posible de sectores e intereses sociales diversos en el gobierno. Por supuesto, aquel grupo privilegiado suele estar compuesto por personas de alto poder adquisitivo, de formación universitaria y con acceso a fuentes de financiamiento privado, ya fuera por fortuna personal –en la minoría de los

20. NINO, La constitución de la democracia deliberativa, p. 207.

21. BARON, Thinking and Deciding.

22. OVEJERO, Incluso un pueblo de demonios: democracia, liberalismo, republicanism, p. 333.

casos— o bien por compromisos adoptados en razón de agentes privados. Y aquí encontramos el *quid* de la cuestión, pues dichos compromisos no se limitan simplemente a un aporte desinteresado y altruista de dinero, sino todo lo contrario. Las generosas donaciones que los grupos económicos y las empresas facilitan a los candidatos suelen tener como contraprestación espurias promesas de cumplir con ciertas políticas públicas y legislativas que favorecen los intereses de tales grupos económicos. De tal modo, mientras los electores piensan estar expresando sus preferencias políticas en aras de candidatos que formalmente habrían de defender sus intereses, materialmente ello no sucede, y se ve trocado por un rabioso *lobby* electoral que a su vez es la contrapartida de la necesidad imperiosa y urgente de los candidatos con ambición de poder para ganar las elecciones. Asimismo, el mercado restringe la representación de temas de interés público de otras maneras: prioriza a grupos de élite debido a su poder económico, generando programas y artículos sensibles a sus puntos de vista en los medios de comunicación masivos, y permite que la preocupación por el beneficio y la eficiencia influyan las decisiones acerca de políticas editoriales y de programación.²³

A su vez, existe un obstáculo adicional: la formación de preferencias individuales consistentes en contextos de pobreza y dependencia material. Si las personas no son capaces de formar sus preferencias autónomamente, no tiene mucho sentido que les exijamos expresar su voto cuando tal voto no representa nada en términos de autogobierno. Con ello queremos referirnos al problema de la dependencia económica y la formación de preferencias autónomas, tema sobre el que ya demostraba su preocupación Thomas Jefferson²⁴ al declarar que a todo ciudadano se le debería entregar una parcela de tierra para evitar así la dependencia económica y la consecuente inhabilidad en la formación de ideas que respondan estrictamente a intereses propios y no se vean teñidas por la influencia interesada de aquel de quien dependen económicamente. Esta problemática es aún más

23. Asimismo, el mercado restringe la representación de temas de interés público de otras maneras: prioriza a grupos de élite debido a su poder económico, generando programas y artículos sensibles a sus puntos de vista en los medios de comunicación masivos, y permite que la preocupación por el beneficio y la eficiencia influyan las decisiones acerca de políticas editoriales y de programación. Véase FISS, “Free Speech and Social Structure”, pp. 1405-1425.

24. JEFFERSON, Notes on the State of Virginia, p. 288.

acuciante en un escenario social como el de la Argentina, donde la pobreza constituye una realidad incontestable de un sector muy importante de la población.

No solo tenemos aquí un problema sobre la formación de un juicio propio que corresponda sustancialmente con los intereses propios, sino que existe un impedimento en la formación misma de estos intereses, sobre los cuales correspondería luego echar uso de la razón para determinar qué postura política es preciso adoptar. Este problema guarda semejanzas con el monopolio de los medios de comunicación masivos por parte de grupos económicos concentrados.²⁵ En efecto, las consecuencias de ambas cuestiones parecen guardar puntos en común, puesto que en sendos casos los intereses de las personas no responden inmediatamente a su situación contextual propia, sino que han sido atizados por personas ajenas para que aquellas los sientan como propios.²⁶ Sin embargo, sobre esta semejanza debemos señalar que, si bien es cierto que la influencia de los grupos económicos más poderosos en la determinación de la agenda pública es peligrosa y nociva para el valor epistémico de la democracia,²⁷ más lo es aún el caso de la dependencia material, ya que en el primero las personas provistas de una cierta independencia y bienestar económico pueden sopesar desde una perspectiva menos urgente y apremiante las diversas ofertas políticas en juego, mientras que dicho escenario es poco menos que una ilusión en el caso de aquellas personas cuya dependencia para con cierto agente económico es básicamente absoluta. Y peor aún, estos dos procesos, en el caso del segundo grupo de personas, suelen darse simultáneamente, afectando todavía más su capacidad de formar intereses autónomos que respondan realmente a las circunstancias de sus necesidades y a la necesidad de encontrar efectivas respuestas a ellas.

IV. LA PROTECCIÓN DE LA LIBERTAD NEGATIVA

Vimos anteriormente que la democracia liberal de mercado busca que la ciudadanía actúe como un consumidor, premiando al mejor político y

25. NINO, La constitución de la democracia deliberativa, p. 208.

26. Este es precisamente el modo en que funcionan los sistemas ideológicos. Véase MARI, "Igualdad vs. Seguridad", p. 241.

27. NINO, La constitución de la democracia deliberativa, p. 166.

penalizando al peor mediante la expresión de su voto. De tal manera, se comportaría como una suerte de selector ciego, tal como la mano invisible del mercado. Así, los partidos políticos en el parlamento negociarán midiendo las respectivas fuerzas electorales que ostentan y al ganar, como es esperable, en la oferta política mayoritaria –que deberá hacer concesiones probablemente con fuerzas políticas minoritarias, salvo que su dominio sea tan absoluto que pueda prescindir completamente de ellas– se produciría algo semejante a la maximización del bienestar agregado. Sin embargo, señalamos en las páginas anteriores que el sistema electoral posee graves inconvenientes al respecto. Todas estas cuestiones nos hacen concluir que el sistema electoral falla en discernir la expresión ciudadana, por lo que la maximización del bienestar agregado se llevará a cabo maximizando una utilidad que no aparejará su sucedáneo en la sociedad civil. Es este un gravísimo problema que afecta al núcleo del diseño democrático liberal de mercado.

Ahora bien, si la democracia liberal de mercado falla en maximizar el bienestar agregado, al menos quizá cumpla su último cometido: la protección de la libertad negativa. Atrincherando los derechos por fuera del debate democrático y protegiéndolos a través de tribunales judiciales cuya legitimidad democrática es casi nula, el liberalismo busca equilibrar las ventajas de la democracia, por un lado, y del constitucionalismo liberal, por el otro. El problema, como vimos, reside en que dicha fusión parece socavar la democracia que el liberalismo necesita para legitimar el ejercicio del poder público. Pero no solamente falla en salvaguardar el valor de la democracia dentro de su esquema de poder: tampoco favorece la protección de la libertad negativa. En un escenario donde los derechos son refugiados de la democracia y por ende del autogobierno colectivo de la ciudadanía, ya que se parte de un pesimismo antropológico donde las personas serían incapaces de albergar motivaciones y preocupaciones que no respondan netamente a sus intereses propios, poco se puede esperar de aquellas en aras de la protección de la libertad individual. Si yo soy incapaz de preocuparme por proteger sus derechos y solamente me consterna la protección de los míos, y lo mismo aplica para usted, entonces tendría sentido no solamente la tutela de estos exógenamente al proceso democrático, sino también su resguarda a través de terceros supuestamente imparciales con poder para decidir por sobre los derechos. El problema reside, precisamente, en dicha aseveración. Si a mí no me preocupa para nada la protección de sus derechos, entonces me da igual que ellos sean violados

o no. Por supuesto, la existencia de virtud ciudadana haría desaparecer el problema pero, lamentablemente, el liberalismo no fomenta ni espera encontrar tal valor en las personas. Las personas no tienden a la virtud sino al egoísmo puro y simple. Ni siquiera serían capaces de alcanzar aquella virtud señalada por Maquiavelo, donde para asegurar la libertad de la república es necesario asegurar la libertad de toda la sociedad civil.²⁸

Como vemos, el liberalismo se encuentra en una situación por demás espinosa: la solución para lograr una protección democrática y verdadera de los derechos individuales no puede ser hallada partiendo desde la concepción antropológicamente negativa que sostiene. Por otro lado, si la protección de los derechos por medios exógenos no logra echar raíces en individuos desprovistos de virtud, podrán quizá alegar que para eso existen los jueces provistos del control judicial de constitucionalidad. Al respecto, tampoco escasean las réplicas: el valor epistémico con el que cuentan los jueces es casi nulo, a lo sumo poseen una remota legitimidad democrática al haber sido seleccionados por el presidente de turno y haber sido sus pliegos confirmados por el Senado. Además, fundan sus propias decisiones en el mismo sistema de toma de decisiones del que dicen desconfiar; esto es, la regla mayoritaria. Dicho todo esto, parecería que la democracia liberal de mercado no logra asegurar las mejores leyes, ni las más beneficiosas ni las más justas. Así, tal diseño semeja fracasar en todos los objetivos para los cuales fue, en principio, implementado. Entonces, ¿qué alternativa nos queda?

V. DEMOCRACIA DELIBERATIVA

Hasta este momento hemos analizado el modelo institucional propuesto por la democracia liberal de mercado, sostenido ideológicamente por el liberalismo. Sin embargo, no es tal cosmovisión ideológica la única que ha propuesto la democracia como la mejor forma de gobierno posible. Por el contrario, el republicanismo o deliberativismo encuentra sus raíces históricas incluso antes de que siquiera hubieran comenzado a asomarse las premisas primeras de lo que desde el presente reconocemos como liberalismo.²⁹ No pretendemos, sin embargo, elaborar aquí una historiografía del

28. AGUDELO & CÁRDENAS, "Fortuna y Virtud: análisis de El...", pp. 35-67.

29. SENNET, *Carne y Piedra*, pp. 33-42; RAHE, *Republics ancient and modern*.

republicanismo. Aspiramos a presentar sus nociones más representativas para demostrar por qué el deliberativismo ayudaría en gran manera a resolver el problema de la anomia generalizada en nuestro país.

En oposición al liberalismo clásico, el republicanismo parte de un grado más o menos elevado de positivismo antropológico: considera que las personas son capaces de virtud, de empatía y de cooperación. Sin embargo, las diversas posiciones dentro del republicanismo divergen en cuanto a este presupuesto. La corriente aristotélica, descrita por Aristóteles en su *Política*,³⁰ presupone que la propensión a la vida pública y a la búsqueda de la justicia es una condición natural de la especie humana, y lo que es más, es una condición necesaria para el desarrollo pleno de una persona en sociedad. Así, las personas tenderían a debatir naturalmente para alcanzar las posiciones más imparciales que se adecuen a un ideal de justicia basado en la imparcialidad.

Por otro lado, para el científico político Nicolás Maquiavelo, si bien existe una natural predisposición de las personas a participar en la vida pública, las cuestión es más enrevesada. En los *Discursos sobre la primera década de Tito Livio*³¹ escribe que es necesaria la participación de toda la ciudadanía en el proceso político, así como la vigilancia permanente de ella por sobre la clase gobernante, para evitar que dicha clase comience a gobernar para satisfacer sus propios intereses o los de un sector reducido de la sociedad civil, ignorando de tal modo el mandato democrático que los fustiga a gobernar teniendo en vistas el bienestar general. Cada persona, entonces, participaría activamente del proceso político –aun cuando no guardara un interés estrictamente personal en hacerlo– ya que asegurar la libertad de la república es el único modo de asegurar la libertad de cada persona, incluida ella misma.

Sea cual fuere la corriente del republicanismo de la que se trate, todas ellas comparten ciertos puntos básicos que constituyen sus piedras angulares: libertad como no dominación, igualdad de influencia política y autogobierno colectivo efectivo.

30. ARISTÓTELES, *The Politics*, I253a18.

31. MAQUIAVELO, *Discursos sobre la primera década de Tito Livio*.

V.A. Libertad como no-dominación

Como hemos señalado anteriormente, existen distintas concepciones sobre el valor libertad. Isaiah Berlin³² reconoce dos vertientes diferenciadas: por un lado, la libertad negativa, la cual estipula que una persona será libre para llevar adelante determinada acción si no existen obstáculos externos que se lo impidan. Así, yo soy libre negativamente de viajar a Marte, ya que no existen leyes ni coacción alguna que me impida acometer tal tarea. Por otro lado, la libertad positiva, definida como la capacidad efectiva de llevar adelante una determinada acción. Desde esta perspectiva, no soy libre positivamente de viajar a Marte, ya que no poseo los medios de transporte necesarios para vencer la fuerza de gravedad terrestre y soportar las condiciones espaciales y demás cuestiones físicas para lograr arribar al planeta rojo.³³ El liberalismo clásico siempre se ha identificado más con la libertad negativa, preocupado como está por asegurar la no intervención estatal y de terceros en los derechos y libertades de los individuos. De tal modo, buscará separar los derechos del proceso de discusión pública en la comunidad política, asegurándolos exógenamente mediante el reforzamiento de los procesos de reforma constitucional, la protección a través de instituciones contra mayoritarias como los tribunales y la separación de la ciudadanía de la política valiéndose de la disociación de la esfera pública de la privada, la representación a través de representantes electos, la profesionalización de la política y el alejamiento de la ciudadanía de sus representantes, omitiendo la ideación de instituciones que permitan un mayor control de aquella sobre éstos, al tiempo que limitando su participación solamente en elecciones llevadas a cabo cada cierto lapso de años. Es por esto que el liberalismo clásico mira más bien con recelo los derechos positivos, es decir, aquellos que demandan del Estado no una determinada omisión sino una acción en específico, como pueden ser los derechos de seguridad social o los derechos de vivienda. Sin embargo, cabe aclarar que argumentos por el estilo han sido refutado por juristas como Stephen Holmes y Cass Sunstein, quienes demostraron que tanto la garantía de los derechos negativos como de los derechos positivos por parte del Estado supone una inversión considerable y, por lo tanto, una

32. BERLIN, *Four Essays On Liberty*.

33. NINO, *Fundamentos de derecho constitucional*, p. 398.

acción.³⁴ Por ejemplo, tomemos el derecho a la libertad de expresión. En principio, uno podría considerarlo un derecho clásicamente negativo: el Estado debe abstenerse de perseguir y censurar a la ciudadanía. Sin embargo, su deber para con la garantía de tal derecho no puede agotarse allí, ya que si así fuera la protección estatal de tal derecho redundaría en una salvaguarda ineficaz: aquel deber de abstención estatal no impediría, por ejemplo, que personas humanas o jurídicas ajenas al Estado obstruyan el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, que el acceso a los medios de comunicación masiva se vea limitado netamente a las reglas del mercado, o que el espectro de tales medios esté dominado por monopolios u oligopolios mediáticos, lo que sin duda afectará la cantidad y pluralidad de voces que intervienen en la discusión pública, la modelación de la opinión pública y la agenda pública y la visibilidad de la mayor cantidad posible de intereses y miradas. Otro ejemplo muy claro es el derecho al voto:³⁵ no sólo requiere que el Estado se abstenga de impedir que una determinada persona efective el ejercicio de su derecho, sino que también demanda de aquel la garantía de los requisitos de universalidad, secretismo y, en los casos donde así lo sea, obligatoriedad, con todas las previsiones que tales recaudos implican. Y podríamos continuar la lista con la autonomía personal, la libertad ambulatoria, el derecho a un ambiente sano, el derecho a la educación, etcétera. De tal manera, queda evidenciado que los derechos clásicamente negativos, aquellos en los que en principio parecen requerir del Estado solamente una omisión, realmente demanden de aquel mucho más para lograr en serio la protección del bien jurídico tutelado. Así, Jeremy Waldron ha llegado a la conclusión de que los derechos se componen de diferentes capas de deberes y obligaciones, combinando aspectos positivos y negativos, por lo que es imposible hablar de derechos completamente positivos o completamente negativos.³⁶

Ahora bien, la discusión sobre los derechos y las libertades no se agota allí. El republicanismo ha defendido, conforme con los principios de deliberación y participación ciudadana y la garantía endógena de los derechos antepuesta a la protección exógena liberal, un concepto de libertad diferente: la libertad como no-dominación. Esta perspectiva vincula el valor libertad a la condición de la no arbitrariedad: uno es libre siempre que no

34. HOLMES & SUNSTEIN, *The Cost of Rights: Why Liberty...*

35. HOLMES & SUNSTEIN, *The Cost of Rights: Why Liberty...*, pp. 98-103.

36. WALDRON, *Liberal Rights*, p. 218.

esté sujeto arbitrariamente a los designios de los demás.³⁷ Y precisamente el mejor modo de asegurar tal objetividad es a través del proceso de deliberación pública, asegurando la atención de todos los intereses, conociendo toda la información relevante que sólo puede ser expuesta por aquellas personas afectadas por una problemática en particular o bien por aquellas potencialmente afectadas por la decisión que se tomará y tamizando las propuestas irracionales y egoístas a través de un criterio de justicia como imparcialidad e igualdad de participación. La deliberación constituye así un derecho que permite a la ciudadanía resolver los desacuerdos que posean con relación a todos los demás derechos. Consecuentemente, si la ciudadanía participa activamente en el proceso de deliberación pública y los requisitos previamente mencionados se cumplen, no cabe pensar en la voluntad general como en un agente arbitrario y dominador. Por el contrario, la sociedad civil determina mediante dicho proceso qué derechos considera lo suficientemente justos como para protegerlos y asegurarlos, y qué derechos no deben ser protegidos ya que no pasan el filtro de la justicia como imparcialidad. Así, la voluntad general se constituye como el medio correcto —o justo— que asegura los resultados correctos —o justos—, eliminando la posibilidad de sostener que someterse a aquella importa una subyugación arbitraria; por el contrario, tal componente de arbitrariedad ha sido dejado atrás por el tamiz de la imparcialidad, y el resultado representará la decisión final democrática, sopesada y reflexionada en conjunto, de toda la sociedad deliberante.

V.B. Igualdad de influencia política

El republicanismo también se halla comprometido con la igualdad de influencia política, es decir, que todas las personas puedan participar en el proceso de toma de decisiones y de gobierno en un grado relativamente igual.³⁸ Por supuesto, esto es de pleno imposible si media la representación, incluso si se debe al mero hecho de que el representante, además de trabajar como tal, también vota.³⁹ El problema, como vimos, es múltiple: por un lado, el sistema electoral no permite identificar perfectamente las preferencias de

37. PETTIT, *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*.

38. BOHMAN, "The Coming Age of Deliberative Democracy", pp. 400-425.

39. OVEJERO, *Incluso un pueblo de demonios: democracia, liberalismo, republicanismo*, p. 140.

la sociedad civil, así como el mismo proceso de toma de decisiones en el parlamento, la negociación, no asegura que se satisfagan las preferencias electorales deficientemente representadas; por otro lado, el incremento exponencial de las barreras de entrada a la carrera política así como la influencia creciente de los sectores económicos más poderosos sobre los programas políticos de los candidatos y los programas legislativos de los representantes. Así, no tenemos manera de asegurarnos que las decisiones de nuestros representantes realmente guarden correlato para con las pretensiones e intereses de los votantes que allí los han depositado. De tal manera, es necesario corregir esta desigualdad de influencia política, traducida en asimetría de poder, para garantizar que aquellas decisiones se correspondan con los intereses ciudadanos, y la manera de hacerlo es acercando a la sociedad civil a la toma de decisiones y al control sobre los representantes: posibilidad de revocación de cargos, convocación de todos los potenciales afectados a la hora de tomar una decisión, publicidad de las reuniones presidenciales, ministeriales y parlamentarias, publicidad de toda la información y los datos públicos, obligatoriedad de ejecución de puntos fundamentales de los programas políticos electorales, eliminación de privilegios políticos innecesarios y anacrónicos, etc. Al mismo tiempo, es necesario eliminar la influencia corrosiva del dinero y el poder económico sobre los representantes de la sociedad civil: disminuyendo notablemente los costos de las campañas políticas a través de la sanción de leyes –y su efectivo cumplimiento–; estableciendo la cesión de espacios en medios de comunicación masivos destinados al debate robusto y a la publicidad electoral; estableciendo un tope máximo para la financiación privada y transparentando los datos de los aportantes, las cantidades y el uso al que se destina el dinero recibido; fijando un cupo electoral para la candidatura de minorías desaventajadas; evitando el *lobby* excesivo y pernicioso, entre otras medidas posibles.

V.C. Autogobierno efectivo

El autogobierno efectivo implica que una persona actuará autónomamente solo cuando los principios de su accionar han sido escogidos por ella como la más pertinente expresión de su naturaleza de individuo racional, igual y único.⁴⁰ Para ello, cada persona deberá elegir y desarrollar

40. RICHARDSON, Democratic autonomy, p. 35.

autónomamente su plan de vida y también deberá participar en todas las decisiones colectivas que de algún modo u otro afecten dicho plan. Ya que los seres humanos somos seres naturalmente sociales, poseemos la necesidad de relacionarnos con nuestros pares y, en efecto, un amplio número de talentos, capacidades, disposiciones, habilidades y planes de vida requieren del contacto con los demás para poder desarrollarse íntegramente. Entre tales disposiciones cabe señalar la nombrada anteriormente: el autogobierno. Efectivamente, toda persona desea regirse conforme a las razones que ella misma pregona en aras de desarrollar su plan de vida. Imaginemos un posible contraejemplo: una persona que desea ser gobernada por los designios de alguien más. Sin embargo, dicho deseo configura una razón propia de aquella persona y a partir de ella busca desarrollar su plan de ser gobernada por las razones de alguien más. Por ende, toda razón que suscribamos guarda en ella misma la confirmación de nuestro deseo de autogobernarnos.

De tal manera, para el republicanismo es absolutamente necesario que las personas participen en el proceso de toma de decisiones activamente.⁴¹ Empero, ello no garantiza por sí solo que uno efectivamente se autogobierne, ya que bien puede ocurrir que la propuesta defendida por una persona en particular no resulte al fin y al cabo vencedora. Sólo si dicha propuesta coincide con la voluntad general el autogobierno existirá. Para ello, no existe método más adecuado que la deliberación pública, ateniendo a los intereses de todas las personas deliberantes y tamizando las razones a través del criterio de la justicia como imparcialidad, ordenando las preferencias mediante criterios normativos consistentes.⁴² Así, tal proceso permitirá descartar los intereses egoístas e irracionales, componiendo un producto final muy semejante a una voluntad general que, gracias a las garantías, filtros y protecciones de la deliberación, no supondrá la explotación de la mayoría sobre las minorías, sino que reflejará la preocupación y el interés de toda la sociedad civil por la salvaguarda de la autonomía y del desarrollo de los planes de vida de todos sus integrantes.

41. NINO, La constitución de la democracia deliberativa, p. 187.

42. NINO, Fundamentos de derecho constitucional, p. 205.

VI. CONCLUSIÓN

A lo largo de este trabajo hemos analizado la relación entre el modelo democrático liberal de mercado y la estabilidad democrática. Vimos que tal modelo propone una fusión entre democracia y liberalismo, aceptando la condición de legitimidad democrática, pero separando a la ciudadanía del autogobierno colectivo, protegiendo los derechos fundamentales mediante una constitución, instaurando la tutela de tribunales contra mayoritarios y limitando la democracia al voto periódico en comicios generales. Mediante la profesionalización de la política y la ficción representacional, buscará maximizar el bienestar político agregado de los ciudadanos, cuyas preferencias serán expresadas en votaciones periódicas. El problema es que el sistema electoral representativo no logra recoger adecuadamente estas preferencias, en tanto sufre de múltiples fallas que obstan a su funcionamiento. Por lo tanto, no puede maximizar el bienestar político agregado o, mejor dicho, lo hace de una manera ineficiente. Sin embargo, los problemas no terminan allí, ya que si la democracia liberal de mercado falla en maximizar el bienestar agregado, al menos quizá cumpla su último cometido: la protección de la libertad individual de las personas. Al colocar los derechos por fuera del debate democrático y al buscar protegerlos a través de tribunales judiciales cuya legitimidad democrática es casi nula, el liberalismo busca equilibrar las ventajas de la democracia, por un lado, y del constitucionalismo liberal, por el otro. El problema reside en que dicha fusión parece socavar la democracia que el liberalismo necesita para legitimar el ejercicio del poder público. Pero no solamente falla en salvaguardar el valor de la democracia dentro de su esquema de poder: tampoco favorece la protección de la libertad negativa.

Por otro lado, en una sociedad pensada a través de una mirada republicana, el amparo de los derechos encontrará su mejor y más efectivo cumplimiento en el compromiso de una ciudadanía virtuosa, ansiosa por defenderlos; es decir, en su aseguramiento democráticamente endógeno. La democracia surge como un mecanismo que, cumpliendo ciertos prerrequisitos, puede lograr el verdadero aseguramiento de todo aquello que el liberalismo tan celosa y defectuosamente busca proteger de la influencia popular. La deliberación pública robusta configura así el método más propicio para el ejercicio de la razón práctica, contando con una ciudadanía motivada e interesada, a la cual se la invita a participar de las decisiones que afectarán la vida de todos, ya sea mediante la democracia participativa en grado máximo

o bien mediante la institución de la representación con permanente control civil. Los derechos serán aquello que las personas consideren representaciones de lo que es justo, y precisamente por ello buscarán protegerlos. Así, los valores democracia y justicia dejan de hallarse opuestos para convertirse, por el contrario, en dos caras de la misma moneda.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- AGUDELO, Andrés & CÁRDENAS, Javier, "Fortuna y Virtud: análisis de El Príncipe y La Mandrágora de Nicolás Maquiavelo", en *Desafíos*, n.º 25 (2), 2013, pp. 35-67.
- ARISTÓTELES, *The Politics*, Oxford University Press, 1995, Oxford.
- BARON, Jonathan, *Thinking and Deciding*, 4a ed., Cambridge University Press, 2007, Cambridge.
- BERLIN, Isaiah, *Four Essays on Liberty*, Oxford University Press, 1969, Oxford.
- BOHMAN, James, "The Coming Age of Deliberative Democracy", en *The Journal of Political Philosophy*, Vol. 6, n.º 4, 1998, pp. 400-425.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Sojo, Eduardo s/ recurso de habeas corpus", 22/11/1885, *Fallos 2:504*.
- DYE, Thomas, *Understanding Public Policy*, Pearson, 2013, New Jersey.
- FISS, Owen, "Free Speech and Social Structure", en *Iowa Law Review*, n.º 71, 1986, pp. 1405-1425.
- HOLMES, Stephen & SUNSTEIN, Cass, *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes: Why Liberty Depends on Taxes*, W.W. Norton, 2000, New York.
- JEFFERSON, Thomas, "Notas sobre Virginia" en *Autobiografía y otros estudios*, Tecnos, 1987, Madrid.
- MARÍ, Eduardo, "Igualdad vs. Seguridad", en MARÍ, Eduardo & BERGALLI, Roberto, *Historia ideológica del control social*, PPU, 1989, Barcelona.
- MAQUIAVELO, Nicolás, *Discursos sobre la primera década de Tito Livio*, Alianza, 2015, Madrid.
- MILL, John S., *On Liberty*, *Becoming One*, 1990, New York.
- NINO, Carlos S., *Fundamentos de derecho constitucional*, Astrea, 2013, Buenos Aires.
- , *La Constitución de la Democracia Deliberativa*, Gedisa, 2003, Buenos Aires.

- , *Un país al margen de la ley*, Ariel, 2019, Buenos Aires.
- NOZICK, Robert, *Anarchy, State, and Utopia*, Basic Books, 1974, New York.
- OVEJERO, Félix, *Incluso un pueblo de demonios: democracia, liberalismo, republicanismo*, Katz, 2008, Madrid.
- PETTIT, Philip, *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*, Oxford University Press, 1997, Oxford.
- RAHE, Paul, *Republics ancient and modern*, University of North Carolina Press, 1994, Chapel Hill.
- RAWLS, John, *Teoría de la justicia*, Fondo de Cultura Económica, 1971, México.
- , *Political Liberalism*, Columbia University Press, 2005, New York.
- RICHARDSON, Henry, *Democratic autonomy*, Oxford University Press, 1992, Oxford.
- RICHARDSON, Henry; DOUGLAS, Bruce & MARA, Gerald, *Liberalism and the good*, Routledge, 1990, New York.
- SENNET, Richard, *Carne y Piedra*, Alianza, 1997, Madrid.
- WALDRON, Jeremy, *Liberal Rights*, Cambridge University Press, 1993, Cambridge.

**TRABAJOS DE CURSOS DEL C.P.O.
ORIENTADOS A LA INVESTIGACIÓN**

SOBERANÍA ESTATAL Y DERECHOS HUMANOS: ¿IRRECONCILIABLES? UN ANÁLISIS DE LA VALIDEZ Y LOS EFECTOS DE LAS RESERVAS A LA CEDAW*

JULIETA LEVIN**

Resumen: El presente trabajo se aboca inicialmente al estudio del objeto y fin del tratado como límite a la facultad de formular reservas que tienen los Estados en virtud de su soberanía. A partir de este análisis, la investigación se enfoca en las reservas a disposiciones sustantivas de la CEDAW, formuladas por los Estados con base en contradicciones con sus derechos internos y su compatibilidad o no con el objeto y fin de la Convención. En especial, se analiza la validez de las reservas generales y las reservas a los artículos 2 y 16. Por último, el trabajo estudia cuáles son los efectos de las reservas inválidas.

La hipótesis del trabajo sugiere que las reservas a las normas sustantivas de la CEDAW fundadas en el derecho interno de los Estados son inválidas por ser incompatibles con su objeto y fin pero que los Estados reservantes se encuentran obligados por la Convención, siendo que el consentimiento a obligarse por esta prevalece sobre la voluntad de formular reservas cuando estas sean inválidas. La conclusión a la que arriba el trabajo es que se corrobora parcialmente esta hipótesis, en tanto surge que no necesariamente todas las reservas basadas en los derechos internos de los Estados son inválidas.

Palabras clave: reservas — consentimiento del estado — derechos humanos — cedaw — divisibilidad

Abstract: The present paper begins with a study of the object and purpose of a treaty as a limit to the State's ability to formulate reservations due to its sovereignty. From this analysis, the paper moves on to the study of the reservations to CEDAW's substantive rules made by States based on contradictions with their local law and their compatibility with its object and purpose. Especially, the

* Recepción del original: 19/08/2020. Aceptación: 24/11/2020.

** Estudiante de Derecho, UBA.

analysis focus on the validity of the general reservations and reservations to articles 2 and 16. Finally, the paper studies the effects of the invalid reservations.

The hypothesis of this paper suggests that the reservations to CEDAW’s substantive rules based in the States local law are invalid because of their incompatibility with the object and purpose of the treaty but that the reserving States are obliged by the Convention because their consent to be obliged by it prevails over the will of formulating reservations, when these are invalid. The paper arrives to the conclusion that the hypothesis is partially corroborated as the reservations based in local law are not always necessarily invalid.

Keywords: reservations — state consent — human rights — cedaw — severability

I. INTRODUCCIÓN

El asunto relativo a las reservas a los tratados de derechos humanos es un tema controvertido en el derecho internacional general y, en particular, en el derecho internacional de los derechos humanos (en adelante, DIDH). La controversia radica en la tensión entre el objetivo de universalidad que tienen los tratados multilaterales —y en especial los de derechos humanos— y la preservación de la integridad de estos, atendiendo a la naturaleza especial de los tratados de esta materia. A su vez, desde el DIDH se ha sostenido que el régimen de reservas del derecho internacional general, contenido en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (en adelante, Convención de Viena), no es del todo aplicable a los tratados de derechos humanos.

Uno de los tratados de derechos humanos que más reservas ha recibido es la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (en adelante, CEDAW), respecto del cual, al día de hoy, 56 Estados mantienen reservas. La mayoría de las reservas a normas sustantivas de la Convención han sido fundamentadas en base a su incompatibilidad con el derecho interno del Estado.

El presente trabajo pretende abordar el tema de las reservas a la CEDAW, con el objetivo de responder dos interrogantes principales: ¿son compatibles con el objeto y fin del tratado las reservas formuladas por los Estados a las obligaciones sustantivas que establece la Convención, fundadas en

sus derechos internos? y ¿se puede considerar que el Estado que formuló una reserva inválida se encuentra obligado por la Convención?

La hipótesis que sigue este trabajo es que las reservas a las normas sustantivas de la CEDAW fundadas en el derecho interno de los Estados no son válidas por ser incompatibles con su objeto y fin, pero que de todas formas los Estados reservantes se encuentran obligados por la Convención, siendo que el consentimiento a obligarse por esta prevalece sobre la voluntad de formular reservas cuando estas sean inválidas.

Con el propósito de responder a estas preguntas, se realizará en primer lugar un análisis del objeto y fin del tratado como límite a la posibilidad de formular reservas a la luz del artículo 28(2) de la CEDAW y el artículo 19(c) de la Convención de Viena. Luego, serán examinadas las reservas formuladas por los Estados con base en sus derechos internos a obligaciones sustantivas de la CEDAW para dilucidar si son compatibles o no con el objeto y fin del tratado. En especial, serán estudiadas las reservas generales y las reservas a los artículos 2 y 16 de la Convención. Por último, se considerarán los efectos de las reservas inválidas, evaluando si los Estados reservantes están obligados por la CEDAW.

II. EL OBJETO Y FIN DEL TRATADO COMO LÍMITE A LA FORMULACIÓN DE RESERVAS

Las disposiciones sobre reservas en la CEDAW están en su artículo 28, que en el segundo párrafo establece que "no se aceptará ninguna reserva incompatible con el objeto y propósito de la presente Convención".¹ De este modo, utiliza la aproximación de la Convención de Viena,² que en su artículo 19 permite las reservas a menos que estén prohibidas por el tratado, que el tratado habilite sólo determinadas reservas entre las que no figure la reserva de que se trate o que la reserva sea incompatible con el objeto y fin del tratado.³ El criterio del objeto y fin fue tomado por

1. CEDAW, 18-12-1979, art. 28.

2. RIDDLE, "Making CEDAW universal: a critique of CEDAW's Reservation Regime under Article 28 and the Effectiveness of the Reporting Process", p. 613; FREEMAN, CHINKIN, & RUDOLF, *The UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women*, p. 565.

3. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23-05-1969, art. 19.

la Convención de Viena de la Opinión Consultiva de 1951 de la Corte Internacional de Justicia respecto a las reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (en adelante, Opinión Consultiva de 1951).⁴

A pesar de que la Convención de Viena entró en vigor después de la conclusión de la CEDAW y que la primera establece su irretroactividad en el artículo 4, las normas de la Convención de Viena son aplicables a la CEDAW por fuente consuetudinaria. Las disposiciones sobre reservas en la Convención de Viena en su momento configuraron desarrollo progresivo del derecho internacional, pero la práctica de los Estados evidencia que estamos actualmente ante la presencia de una norma consuetudinaria⁵ y que las disposiciones de la Convención de Viena cristalizaron el derecho consuetudinario.⁶ En la actualidad se considera que el derecho de los tratados está plasmado en la Convención de Viena, por lo cual aquellas normas que configuraron desarrollo progresivo del derecho internacional al momento de la celebración de la Convención —como las relativas a las reservas— actualmente son estimadas como costumbre internacional.⁷

Desde el DIDH, se ha cuestionado la aplicación del régimen de reservas de la Convención de Viena a los tratados de derechos humanos, en tanto estos comprenden obligaciones de los Estados respecto de sus propios ciudadanos/as, sin ventajas y desventajas directas para los Estados, a diferencia de otros tratados multilaterales donde los Estados tienen obligaciones recíprocas. En consecuencia, al no recibir nada concreto a cambio, un Estado no tiene incentivos de acomodarse al sistema de valores de otros Estados sacrificando sus propios intereses. Además, la reciprocidad juega un rol importante en la limitación de las reservas y al no existir tal reciprocidad en los tratados de derechos humanos, los Estados han formulado numerosas reservas a éstos y, en particular, a la CEDAW.⁸

4. CIJ, “Reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Genocidio”.

5. Ejemplos de esta práctica en EDWARDS, “Reservations to treaties”, pp. 365-366.

6. VILLIGER, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, pp. 324-325.

7. AUST, “Vienna Convention on the Law of Treaties”, párr. 14-18.

8. PARISI & SEVCENKO “Treaty Reservations and the Economics of Article 21(1) of the Vienna Convention”, pp. 20-21; RIDDLE, “Making CEDAW universal: a critique of CEDAW’s Reservation Regime under Article 28 and the Effectiveness of the Reporting Process”, pp. 624.

Por el contrario, doctrinarios/as como Alain Pellet –Relator Especial sobre el tema “Las reservas a los tratados” de la CDI– sostienen que el régimen sobre reservas de la Convención de Viena es aplicable a todos los tratados y que las especificidades de ciertos tratados no son un argumento válido contra su aplicabilidad. Los tratados de derechos humanos, a pesar de estar diseñados para proteger individuos, siguen siendo tratados multilaterales. A su vez, no hay que perder de vista que la base del régimen de la Convención de Viena es la Opinión Consultiva de 1951 respecto de un tratado de derechos humanos, la Convención de Genocidio. Es indiscutible que los instrumentos de derechos humanos no son gobernados por la reciprocidad, pero esta especificidad no se encuentra solo en estos tratados.⁹

Más allá de esta discusión entre doctrinarios/as del DIDH y del derecho internacional general que este trabajo no pretende resolver, la cuestión de las reservas ha generado otra discusión en ambas perspectivas: ¿integridad o universalidad? Hay quienes sostienen que las reservas son un “mal” porque dañan la integridad del tratado y menoscaban sus obligaciones, mientras otros/as ven a las reservas como la forma de facilitar una adhesión más amplia y, en consecuencia, la universalidad.¹⁰ El debate se acentúa respecto de los tratados de derechos humanos, lo cual se refleja en el voto de la mayoría y el voto de la minoría en la Opinión Consultiva de 1951: la mayoría sostuvo que la intención de los Estados era que la mayor cantidad de estos sea parte de la Convención y, para ello, las reservas estaban habilitadas, mientras que la minoría mantuvo que lo principal en la Convención es la aceptación de obligaciones comunes que apuntan a un alto objetivo para toda la humanidad, y que es preferible sacrificar la universalidad que permitir que un Estado sea parte contra el deseo de otros Estados que aceptaron todas las obligaciones de la Convención.¹¹

En este punto, el concepto de objeto y fin del tratado se ha ido imponiendo progresivamente desde la Opinión Consultiva de 1951 y en la actualidad es un punto de equilibrio entre el mantenimiento de los aspectos esenciales del tratado y el objetivo de que la mayor cantidad de Estados

9. MÜLLER & PELLET, “Reservations to Human Rights Treaties: Not an Absolute Evil”, pp. 523.

10. MÜLLER & PELLET, “Reservations to Human Rights Treaties: Not an Absolute Evil”, pp. 522.

11. MÜLLER & PELLET, “Reservations to Human Rights Treaties: Not an Absolute Evil”, pp. 522-523.

sea parte del tratado.¹² Es evidente que la Convención de Viena no garantiza una integridad absoluta de los tratados al introducir la posibilidad de formular reservas, sino que se limita a preservar la "integridad esencial" del tratado con el límite del artículo 19(c). Esta flexibilidad motiva a la finalidad de universalidad que tienen los tratados multilaterales.¹³

Ahora bien, ¿qué es el objeto y fin del tratado? Se ha dicho que el objeto y fin del tratado es un enigma¹⁴ pero que, de todos modos, el artículo 19(c) constituye un criterio fundamental para la permisibilidad de las reservas y para un sistema flexible. Asimismo, el criterio del objeto y fin limita la libertad soberana de los Estados para formular reservas a un tratado.¹⁵

La expresión se utiliza reiteradas veces en la Convención de Viena,¹⁶ pero esta no la define ni da pistas sobre su significado ni tampoco lo hacen los trabajos preparatorios, los debates sobre esta disposición o la jurisprudencia.¹⁷ Una parte de la doctrina ha sostenido que el objeto y el fin son dos conceptos distintos, por lo cual, cuando determinamos que una reserva es incompatible con el objeto y fin del tratado, estaríamos diciendo que la modificación o exclusión pretendida por la reserva está en conflicto con el "telos" de un tratado, o con su contenido normativo.¹⁸ Pero esta distinción no logra resolver el problema en tanto ni el objeto ni el fin permanecen inmutables en el tiempo.

La Comisión de Derecho Internacional (en adelante, CDI) ha sostenido que el objeto y fin sólo se puede deducir del examen del tratado en su conjunto y que tiene que ver con la "razón de ser" del tratado. En ese sentido, la directriz 3.1.5 de la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados (en adelante, Guía de la CDI) establece que:

[...] una reserva es incompatible con el objeto y el fin del tratado si afecta a un elemento esencial del tratado, necesario para su es-

12. CDI, A/CN.4/SER.A/2011/Add. I, Parte 3, pp. 222.

13. MÜLLER & PELLET, "Reservations to Human Rights Treaties: Not an Absolute Evil", pp. 524.

14. MÜLLER & PELLET, "Reservations to Human Rights Treaties: Not an Absolute Evil", pp. 526.

15. MÜLLER & PELLET, "Reservations to Human Rights Treaties: Not an Absolute Evil", pp. 526.

16. En los artículos 18, 19(c), 20(2), 31, 33, 41, 58(1) y 60.

17. CDI, A/CN.4/SER.A/2011/Add. I, Parte 3, pp. 224-226.

18. LINDERFALK, "On the meaning of the 'Object...'", pp. 433-434.

estructura general, de tal manera que comprometa la razón de ser del tratado.¹⁹

Para determinar el objeto y el fin del tratado, la directriz 3.1.5.1 da pautas similares a la regla de interpretación del artículo 31 de la Convención de Viena: determinación de buena fe y teniendo en cuenta los términos del tratado en el contexto de éstos, con la posibilidad de recurrir a los trabajos preparatorios, a las circunstancias de su celebración y a la práctica ulterior de las partes.²⁰

En este orden de ideas, el objeto y fin de la CEDAW es poner fin a la discriminación contra las mujeres y lograr la igualdad formal y sustantiva entre varones y mujeres.²¹ Al ser este el objeto y fin, pareciera que la mayoría de las reservas a disposiciones sustantivas son incompatibles. Sin embargo, la intención fue la de permitir reservas a disposiciones menores que no sean incompatibles con el objeto y fin del tratado, en miras de lograr una amplia participación.²² Este último objetivo fue alcanzado: la CEDAW cuenta con 189 Estados parte, siendo el segundo tratado de derechos humanos con más ratificaciones después de la Convención sobre los Derechos del Niño.²³ De todas formas, la cantidad de reservas a normas sustantivas de la Convención es preocupante y podría considerarse que socavan su efectividad y comprometen su integridad esencial.²⁴

Otra complejidad que presentan los tratados de derechos humanos es que contienen derechos y obligaciones interdependientes. La directriz 3.1.5.6 de la Guía de la CDI establece que, para determinar la compatibilidad de una reserva con el objeto y fin en estos casos, hay que tener en cuenta la interdependencia, la importancia de la disposición objeto de la reserva en la estructura general del tratado y el grado de menoscabo que le causa la reserva. La CDI sostiene que en estos casos es difícil determinar en qué momento esa interdependencia, que es la razón de ser del tratado, es puesta en entredicho por una reserva. La Comisión también destaca que, a pesar de la interdependencia, algunos derechos son más esenciales que

19. CDI, A/CN.4/SER.A/2011/Add. I, Parte 3, pp. 229.

20. CDI, A/CN.4/SER.A/2011/Add. I, Parte 3, pp. 230.

21. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, A/53/38/Rev.1, párr. 10.

22. SCHABAS, "Reservations to the Convention on the...", pp. 110-111.

23. UNTC, Multilateral Treaties Deposited with the Secretary-General.

24. RIDDLE, "Making CEDAW universal: a critique of...", pp. 622.

otros y ocupan distintos lugares en la estructura del tratado y que, aunque se trate de derechos esenciales, no se puede invalidar una reserva formulada con respecto a ciertos aspectos limitados concernientes a la forma de hacer efectivo el derecho de que se trate.²⁵

III. LAS RESERVAS A LA CEDAW Y SU (IN)COMPATIBILIDAD CON EL OBJETO Y FIN DEL TRATADO

Al día de hoy, de los 189 Estados parte de la CEDAW, 56 mantienen reservas.²⁶ Cabe señalar que 18 de estos solo formularon reservas al artículo 29(1) sobre resolución de controversias, reserva habilitada explícitamente por el artículo 29(2).²⁷ El presente trabajo busca evaluar la compatibilidad de las reservas formuladas a disposiciones sustantivas de la Convención, dejando de lado las reservas al artículo 29(1) que, al estar expresamente permitidas, no presentan en principio ningún conflicto. En especial, serán analizadas las reservas generales y las reservas a los artículos 2 y 16. La razón por la cual el foco estará puesto en estos dos artículos radica en que son los que más reservas recibieron y, a su vez, contienen normas de gran relevancia en la interdependencia de los derechos y obligaciones de la Convención por los motivos que serán explicados en el presente apartado.

Actualmente, las normas con el mayor número de reservas son las contenidas en los artículos 2, 9(2), 15 y 16,²⁸ aunque también persisten reservas a los artículos 5, 7(b), 11 y 13,²⁹ ya sea respecto a la totalidad

25. CDI, A/CN.4/SER.A/2011/Add. I, Parte 3, pp. 242-244.

26. Para contabilizar las reservas en este trabajo, se consideró como tales no sólo a las declaraciones que los Estados denominan como reservas, sino también a las que se adecúan a la definición de reserva del artículo 2(1)(d) de la Convención de Viena que establece que "se entiende por "reserva" una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado".

27. UNTC, *Multilateral Treaties Deposited with the Secretary-General*.

28. Se han formulado 16, 15, 10 y 27 reservas respectivamente, ya sea al artículo entero o uno de sus subpárrafos.

29. Se han formulado 4, 2, 7 y 3 reservas respectivamente, ya sea al artículo entero o uno de sus subpárrafos.

del artículo o a subpárrafos particulares.³⁰ En su mayoría, estas reservas están arraigadas en aproximaciones culturales y religiosas sobre el rol de la mujer, frecuentemente reflejadas en leyes internas sobre nacionalidad, derechos económicos y de propiedad, elección de residencia y roles familiares.³¹

En primer lugar, es dable destacar que la evaluación sobre la compatibilidad o no de las reservas con el objeto y fin del tratado debe hacerse analizando cada caso en particular. Ello se justifica con un ejemplo: las reservas al artículo 11, que trata las obligaciones de los Estados parte para eliminar la discriminación en el empleo. Entre las reservas a este artículo está la reserva de Irlanda por la cual se reserva el derecho a aplicar su legislación sobre seguridad social que es más favorable para las mujeres que para los varones y en ese sentido, no contraría los requisitos del artículo; pero también hay una reserva de Micronesia que avisa que no está en posición de aprobar la legislación que establece el artículo ni de aprobar una licencia por maternidad, siendo contraria a las previsiones del artículo 11.³² La evaluación individual de cada una de las reservas excede a este trabajo.

En cuanto a las reservas generales, estas son las que sujetan la Convención a su compatibilidad con la constitución o leyes internas, o con la Sharía islámica. Es el caso de las reservas de Brunéi Darussalam, Liechtenstein, Malasia, Omán, Pakistán, Arabia Saudita y Túnez. El problema en esta ocasión no es la remisión al derecho interno del Estado autor de la reserva en sí, sino el carácter vago y general de la reserva, así como el alcance ilimitado y la naturaleza indefinida de la remisión.

La definición de reserva del artículo 2(1)(d) de la Convención de Viena establece que la reserva tiene por objeto excluir o modificar los efectos jurídicos de **ciertas disposiciones** del tratado en su aplicación, de lo que se desprende que no se puede admitir que las reservas puedan tener como resultado impedir que el tratado en su conjunto produzca sus efectos. A su vez, este tipo de reservas no permiten evaluar el cumplimiento de las condiciones de su validez sustantiva. En estos casos, es la imposibilidad de apreciar la compatibilidad de las reservas con el objeto y el fin del tratado, y no la certeza de su incompatibilidad, lo que hace aplicable el artículo

30. UNTC, Multilateral Treaties Deposited with the Secretary-General.

31. FREEMAN, CHINKIN, & RUDOLF, *The UN Convention on the Elimination...*, pp. 567-568.

32. UNTC, Multilateral Treaties Deposited with the Secretary-General.

19(c) de la Convención de Viena o el artículo 28 de la CEDAW. En ese sentido, la directriz 3.1.5.2 de la Guía de la CDI propone que una reserva debe redactarse en términos que permitan percibir su sentido para determinar su compatibilidad con el objeto y fin del tratado.³³

Por otro lado, y sin perjuicio de la necesidad de evaluar cada reserva individualmente, las reservas a los artículos 2 y 16 presentan problemas respecto a la compatibilidad con el objeto y fin de la CEDAW. El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (en adelante, Comité) estima que los artículos 2 y 16 contienen disposiciones básicas de la Convención y que las reservas a éstos perpetúan el mito de la inferioridad de la mujer y refuerzan la desigualdad en la vida de las mujeres.³⁴ Respecto del artículo 16 sostuvo que las reservas formuladas por motivos nacionales, tradicionales, religiosos o culturales, son incompatibles con la Convención y por lo tanto, no son permisibles.³⁵ De todos modos, cabe señalar que las recomendaciones y declaraciones del Comité no son vinculantes. A pesar de que este, en el ejercicio de sus competencias, puede pronunciarse sobre la validez de las reservas e insistir a los Estados que sean retiradas y que estos deben tener en cuenta esa evaluación, no están obligados por estas.³⁶

Existe un alto grado de consenso en que el artículo 2 es central en la Convención.³⁷ Este establece una serie de obligaciones generales que los Estados deben adoptar para eliminar la discriminación contra la mujer y en consecuencia fue descrito por el Comité como la "esencia" de la Convención y de importancia fundamental para su objeto y fin. En la Recomendación General No. 28, el Comité sostuvo que el artículo 2 es crucial para la plena aplicación de la Convención y que las obligaciones de este artículo están relacionadas con las demás disposiciones sustantivas de la Convención. En ese sentido, considera que el artículo 2 encarna la esencia de la Convención y por lo tanto las reservas a este artículo o a sus subpárrafos

33. CDI, A/CN.4/SER.A/2011/Add. I, Parte 3, pp. 231-234.

34. FREEMAN, CHINKIN, & RUDOLF, *The UN Convention on the Elimination...*, pp. 586.

35. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, A/53/38/Rev.1, párr. 17.

36. CDI, A/CN.4/SER.A/2011/Add. I, Parte 3, pp. 253.

37. RIDDLE, "Making CEDAW universal: a critique of CEDAW's reservation regime under article 28 and the effectiveness of the reporting process", pp. 628; LINDERFALK, "On the meaning of the 'Object and Purpose' Criterion, in the Context of the Vienna Convention on the Law of Treaties, Article 19", pp. 447.

son, en principio, incompatibles con el objeto y fin de la Convención y, en consecuencia, inadmisibles.³⁸

El artículo 2 ha recibido varias reservas. La mayoría refieren a inconsistencias entre las obligaciones que establece la norma y cuestiones religiosas o tradicionales, o buscan preservar determinadas normas internas, sin detallar cuáles son las inconsistencias.³⁹ Otros Estados hicieron reservas a previsiones específicas del artículo 2 que tienen un impacto importante y por lo tanto, probablemente sean incompatibles con el objeto y fin del tratado.⁴⁰ Por último, algunos Estados formularon reservas al artículo por la inconsistencia con las normas referidas a la sucesión del trono, de títulos hereditarios o posiciones tradicionales de liderazgo.⁴¹ El Comité afirmó que las reservas al artículo 2 son incompatibles con el objeto y fin del tratado, o que, por lo menos lo son cuando la reserva no detalla la inconsistencia entre la situación doméstica y la Convención.⁴²

Por su parte, el artículo 16 es el artículo que más reservas ha recibido en la Convención, ya sea respecto del artículo entero o de determinados subpárrafos. Este artículo establece obligaciones vinculadas a la igualdad entre mujeres y varones en el matrimonio y la familia. La asignación de roles familiares fue definida históricamente en base a estereotipos de género y al control patriarcal de los sistemas familiares. La familia es la unidad básica de la sociedad y el matrimonio permanece como norma para la mayoría de mujeres, por lo cual el impacto en la desigualdad entre varones y mujeres en la construcción del matrimonio es profundo y amplio. La desigualdad en la casa tiene consecuencias para las mujeres en su educación, su estatus económico, su salud, su habilidad de evitar o escapar de la violencia y su habilidad para cuidar de sí mismas y de las personas que tienen a cargo.⁴³

38. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, CEDAW/C/GC/28, párr. 41.

39. Este es el caso de las reservas formuladas por Argelia, Bahréin, Bangladesh, Egipto, Libia, Marruecos, Singapur y Siria.

40. Este es el caso de las reservas formuladas por Bahamas, Emiratos Árabes Unidos, Iraq y Nigeria.

41. Este es el caso de las reservas formuladas por Lesoto, Marruecos, Micronesia, Nueva Zelanda y Qatar.

42. FREEMAN, CHINKIN, & RUDOLF, *The UN Convention on the Elimination...*, pp. 98.

43. FREEMAN, CHINKIN, & RUDOLF, *The UN Convention on the Elimination...*, pp. 411.

Muchas de las reservas al artículo 16 se basaron en contradicciones con la ley religiosa,⁴⁴ con el derecho de familia interno⁴⁵ o con otras tradiciones locales.⁴⁶ Algunos Estados formularon reservas sobre la base de que estas cuestiones están reservadas a sus comunidades.⁴⁷ Otros han hecho reservas a provisiones específicas por motivos determinados,⁴⁸ por ejemplo, al subpárrafo (e) por considerar que puede ser interpretado como obligación para legalizar el aborto⁴⁹ o a los subpárrafos (d) y (f) por cuestiones de la custodia y adopción de niños/as.⁵⁰ Asimismo, hubo Estados que simplemente formularon las reservas, sin dar motivos.⁵¹

El Comité, en su Recomendación General 21, establece que los Estados deben desalentar toda noción de desigualdad entre el hombre y la mujer que sea afirmada por las leyes, el derecho religioso o privado, o por las costumbres, y avanzar hacia una etapa en que se retiren las reservas en particular al artículo 16.⁵² Ello en miras de que la incompatibilidad de las reservas al artículo 16 con el objeto y fin del tratado es más que una formalidad: la igualdad en la familia es esencial para el goce de las mujeres de sus derechos humanos.⁵³

Es importante destacar que la posibilidad que brinda el artículo 28 de formular reservas permite argumentar que las reservas específicas a artículos determinados pueden ser compatibles con el objeto y fin de la Convención. Parte del objeto y fin de la Convención es su universalidad, por lo cual se permite que los Estados formulen reservas a determinadas normas menores, aceptando la gran mayoría de las obligaciones que establece el instrumento. Sin embargo, por lo menos los artículos 2 y 16 contienen normas de fundamental importancia en la interdependencia de las normas de la Convención y no normas "menores" a las cuales se podría formular

44. Este es el caso de las reservas formuladas por Bangladesh, Egipto, Emiratos Árabes Unidos, Kuwait, Libia, Malasia, Mauritania, Omán, Qatar y Siria.

45. Este es el caso de las reservas formuladas por Argelia y Suiza.

46. Este es el caso de las reservas formuladas por Micronesia y Nigeria.

47. Este es el caso de las reservas formuladas por India, Israel y Singapur.

48. FREEMAN, CHINKIN, & RUDOLF, *The UN Convention on the Elimination...*, pp. 441.

49. Este es el caso de las reservas formuladas por Malta y Mónaco.

50. Este es el caso de las reservas formuladas por Irlanda y por Reino Unido.

51. Este es el caso de las reservas formuladas por Jordania, Líbano, Maldivas y República de Corea.

52. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, A/49/38, párr. 44.

53. FREEMAN, CHINKIN, & RUDOLF, *The UN Convention on the Elimination...*, pp. 442.

reservas. A su vez, las reservas a los artículos 7, 9, 11 y 15 son mínimamente sospechosas.⁵⁴

Las reservas en base a consideraciones de derecho interno, ya sea la constitución o la Sharía, son válidas siempre que no afecten un elemento esencial del tratado o su estructura general. Se podría decir, siguiendo el artículo 27 de la Convención de Viena, que una parte no puede invocar el derecho interno para justificar el incumplimiento de un tratado y que las normas internas son meros hechos en el derecho internacional. No obstante, la realidad demuestra que a menudo los Estados formulan reservas justamente porque el tratado les impone obligaciones incompatibles con su derecho interno que, en principio, no quiere o no puede modificar. El problema surge cuando el Estado que formula la reserva se refugia en el derecho interno para no aceptar ninguna obligación internacional, dado que el fin del tratado es modificar la práctica de los Estados parte en el tratado.⁵⁵

Por último, cabe mencionar que ha habido Estados que objetaron las reservas formuladas a estos artículos –sobre todo a los artículos 2, 5, 9, 15 y 16–, alegando que son incompatibles con el objeto y fin del tratado.⁵⁶ Empero, la cantidad de Estados que decidió objetar reservas es limitada y la práctica es inconsistente, en tanto no todos los Estados que realizaron objeciones lo hicieron respecto a todas las reservas similares. Esto podría deberse a sensibilidades diplomáticas, pero también a dificultades prácticas y a restricciones en los recursos, tomando en consideración el poco tiempo que los Estados tienen para objetar. A su vez, el efecto limitado que tienen las objeciones en la práctica desalienta a la introducción de estas.⁵⁷

En este punto, surge hacer mención del rol de la aceptación u objeción de los Estados respecto de las reservas. En la doctrina, hay quienes sostienen que la aceptación de los demás Estados es un requisito para la validez de la reserva. Sin embargo, la mayoría de la doctrina sostiene que la permisibilidad o no de las reservas es independiente a las reacciones de los demás Estados.⁵⁸ Esta última postura adoptó la CDI en su Guía en las

54. SCHABAS, "Reservations to the Convention on the...", pp. 86.

55. CDI, A/CN.4/SER.A/2011/Add. I, Parte 3, pp. 241-242.

56. Estos son Austria, Bélgica, Canadá, Dinamarca, Eslovaquia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, Hungría, Irlanda, Italia, Latvia, México, Países Bajos, Noruega, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, Rumania y Suecia.

57. FREEMAN, CHINKIN, & RUDOLF, *The UN Convention on the Elimination...*, pp. 575.

58. BYDOON, "Reservations on the Convention on the...", pp. 55.

directrices 4.5.1 y 4.5.2 donde estableció que la nulidad de una reserva inválida no depende de la objeción o aceptación por un Estado contratante, sino que una reserva que no cumple con las condiciones de validez formal y sustantiva es nula de pleno derecho y, en consecuencia, carece de efectos jurídicos. Esa línea se refleja también en la directriz 3.3.3 que dispone que la aceptación de un Estado de una reserva inválida, no subsana la invalidez de la misma. Sin perjuicio de ello, la CDI sostuvo que un Estado que considere que una reserva es inválida debería formular lo antes posible una objeción motivada al respecto, en tanto lo anterior no modifica el objetivo buscado por el autor de una objeción que es excluir los efectos de una reserva inválida.⁵⁹ Además, las objeciones de los Estados ejercen presión en los Estados que formulen reservas y sirven como una guía para evaluar la permisibilidad de una reserva.⁶⁰

IV. EFECTOS DE LAS RESERVAS INVÁLIDAS Y EL PROBLEMA DEL CONSENTIMIENTO DEL ESTADO

Una de las deudas de la Convención de Viena es la falta de tratamiento de los efectos de las reservas inválidas.⁶¹ Un debate recurrente en el DIDH se basa en el resultado de las reservas inválidas. En respuesta, han surgido tres opciones: que el Estado se mantenga obligado por el tratado excepto por las disposiciones a las que formuló reservas (doctrina “quirúrgica”);⁶² la invalidez de la reserva anula el instrumento de ratificación y el Estado no es más parte del tratado (doctrina del “contragolpe”);⁶³ o la doctrina de la divisibilidad⁶⁴ que defiende que una reserva inválida puede ser separada del instrumento de ratificación y el Estado se mantiene obligado por el tratado, incluyendo a las disposiciones a las que formuló reservas inválidas.⁶⁵

59. CDI, A/CN.4/SER.A/2011/Add. I, Parte 3, pp. 321-323.

60. DE PAUW, “Women’s rights: from bad to worse?...”, pp. 62.

61. VILLIGER, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, pp. 320-321.

62. Traducción propia. En inglés se utiliza la expresión “surgical doctrine”.

63. Traducción propia. En inglés se utiliza la expresión “backlash doctrine”.

64. Traducción propia. En inglés se utiliza la expresión “severability doctrine”.

65. GOODMAN, “Human Rights Treaties, Invalid Reservations, and...”, pp. 531; MOLONEY, “Incompatible Reservations to Human Rights Treaties...”, pp. 158.

La "solución quirúrgica" se denomina así porque implica extirpar las disposiciones "infectadas" o en disputa. El efecto práctico de esta solución es otorgarle al Estado el beneficio de la reserva a pesar de ser incompatible con el objeto y fin. De todas formas, esta solución no tiene mucho apoyo y no fue receptada en organizaciones o tribunales internacionales. Por su parte, la "solución del contragolpe" recibe ese nombre porque la invalidez de la reserva tira para atrás e invalida el instrumento por el cual el Estado prestó su consentimiento. Quienes proponen esta solución lo hacen en base al consentimiento del Estado y que un Estado no puede quedar obligado sin consentimiento.

La doctrina de la divisibilidad, en cambio, separa a la reserva inválida del instrumento donde el Estado presta el consentimiento, dejando al Estado como parte sin el beneficio de la reserva. Esta aproximación fortalece el régimen del derecho internacional de los derechos humanos, protegiendo su universalidad y su integridad,⁶⁶ pero contradice el principio –derivado de la soberanía– de que un Estado no puede estar obligado por un tratado que no consintió.⁶⁷

Esta doctrina encuentra sustento en la práctica de algunos Estados, sobre todo los Estados nórdicos, aunque también otros europeos como Austria, República Checa y los Países Bajos.⁶⁸ A su vez, las decisiones de órganos de derechos humanos y de tribunales regionales adoptaron esta postura.⁶⁹ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos sentó un precedente al respecto en sus sentencias en los casos *Belilos c/ Suiza*, *Weber c/ Suiza* y *Loizidou c/ Turquía*. En el caso *Belilos*, el Tribunal al concluir que la reserva de Suiza carecía de validez señaló que "no cabe duda de que Suiza está y se considera obligada por el Convenio, con independencia de la validez de la declaración".⁷⁰ En el caso *Weber*, el Tribunal consideró que Suiza había violado el artículo 6(1) al cual había formulado una reserva y, sin decirlo explícitamente, consideró que seguía obligada por el Convenio a pesar de la nulidad de la reserva.⁷¹ En la sentencia sobre las excepciones preliminares en *Loizidou*, respecto a las condiciones

66. MOLONEY, "Incompatible Reservations to Human Rights Treaties...", pp. 156.

67. MCCALL-SMITH, "Severing Reservations", pp. 615.

68. CDI, A/CN.4/SER.A/2011/Add. I, Parte 3, pp. 325

69. CDI, A/CN.4/SER.A/2011/Add. I, Parte 3, pp. 324-325.

70. TEDH, "*Belilos c/ Suiza*", párr. 60.

71. TEDH, "*Weber c/ Suiza*", párr. 36-38.

impuestas por Turquía sobre la jurisdicción del Tribunal, el TEDH sostuvo que separa las cláusulas impugnadas por Turquía para garantizar los derechos y libertades garantizados en el Convenio.⁷²

En esa misma línea, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su sentencia sobre las excepciones preliminares en el caso *Hilarie c/ Trinidad y Tobago*, determinó que Trinidad y Tobago no podía prevalerse de su declaración por la que limitaba la aceptación de la jurisdicción de la Corte en tanto esta es incompatible con el objeto y fin de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y seguía obligado por su aceptación a esa jurisdicción obligatoria.⁷³ Tanto el Tribunal Europeo como la Corte Interamericana de Derechos Humanos resaltan, para fundamentar su postura, la importancia de la naturaleza de los tratados en cuestión.

El Comité de Derechos Humanos adoptó la misma perspectiva en su Observación General No. 24 al establecer que la consecuencia de una reserva no permitida no es que el Pacto no va a producir efectos para el Estado reservante, sino que esa reserva generalmente va a ser separable del consentimiento en el sentido de que el Pacto va a ser operativo para el Estado reservante sin el beneficio de la reserva.⁷⁴

La Guía de la CDI adoptó una aproximación más cautelosa respecto de la doctrina de la divisibilidad, siguiendo un punto intermedio entre considerar que el Estado deja de ser parte cuando su reserva es inválida y mantener al Estado como parte sin el beneficio de la reserva. Esto lo logra basándose en la intención del Estado al ratificar el tratado, lo cual ya había sido propuesto por parte de la doctrina.⁷⁵ En la directriz 4.5.3 la CDI dispuso que la condición del autor de una reserva inválida respecto al tratado depende de la intención manifestada por el Estado reservante sobre si se propone quedar obligado por el tratado sin el beneficio de la reserva o si considera que no queda obligado por el tratado. Se presume que será considerado como Estado contratante sin el beneficio de la reserva, a menos que el autor de la reserva inválida haya manifestado la intención contraria o que tal intención se determine de otra forma. En cualquier caso, el autor

72. TEDH, "*Loizidou c/ Turquía*", párr. 89-98.

73. Corte IDH, "*Hilaire Vs. Trinidad y Tobago (excepciones preliminares)*", párr. 98.

74. Comité de Derechos Humanos, CCPR/C/21/Rev.1/Add. 6, párr. 18.

75. EDWARDS, "Reservations to treaties", pp. 374-375; SCHABAS, "Reservations to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women and the Convention on the Rights of the Child", pp. 108.

de la reserva inválida podrá manifestar su intención de no obligarse por el tratado sin el beneficio de la reserva. Por último, agrega que si un órgano de vigilancia de la aplicación del tratado expresa la opinión de que la reserva no es válida y el Estado reservante no se propone quedar obligado por el tratado sin el beneficio de la reserva, ese Estado debería manifestar tal intención dentro de los doce meses siguientes a la fecha en que el órgano de vigilancia se haya pronunciado.⁷⁶ No obstante, aunque la propuesta de la CDI es un avance para llenar este vacío del derecho de los tratados, hay que esperar a ver si la práctica de los Estados sigue esta dirección o no. Actualmente, no hay una práctica consistente de los Estados respecto al tratamiento de las reservas inválidas.⁷⁷

Siguiendo la directriz de la CDI, decidir la divisibilidad en el caso individual sería entonces una cuestión de construcción del instrumento de ratificación. De todas formas, puede ser difícil responder a la cuestión de si ser parte del tratado es más importante para el Estado que preservar los derechos que pensó en proteger con la reserva.⁷⁸ Es difícil imaginar que una entidad distinta del Estado pueda determinar las intenciones de este al momento que formuló la reserva.⁷⁹ En ese sentido, la presunción juega un rol central. Excede a este trabajo la evaluación de la intención de los Estados que formularon reservas a la CEDAW, pero en base a esta presunción y a la doctrina de la divisibilidad, podría sostenerse que en la mayoría de los casos prevalece la voluntad de convertirse en parte de un tratado sobre la voluntad de hacer una reserva⁸⁰ y que el paquete de reservas que un Estado introduce refleja el ideal de relación que quiere tener, no lo esencial para quedar obligado.⁸¹

V. CONCLUSIÓN

De lo desarrollado a lo largo del trabajo se desprende que la hipótesis inicial queda parcialmente corroborada: no todas las reservas formuladas a normas sustantivas de la CEDAW basadas en los derechos internos de los

76. CDI, A/CN.4/SER.A/2011/Add. I, Parte 3, pp. 324.

77. CALL-SMITH, "Severing Reservations", pp. 624.

78. EDWARDS, "Reservations to treaties", pp. 375.

79. DE PAUW, "Women's rights: from bad to worse?...", pp. 56.

80. DE PAUW, "Women's rights: from bad to worse?...", pp. 56.

81. GOODMAN, "Human Rights Treaties, Invalid Reservations, and State Consent", pp. 537.

Estados son necesariamente inválidas. Como surge del apartado 3, la fundamentación en el derecho interno no invalida automáticamente la reserva y la validez de cada reserva debe ser evaluada individualmente. Sin embargo, existe una fuerte presunción de que las reservas a ciertas disposiciones, en especial a los artículos 2 y 16, son incompatibles con el objeto y fin del tratado por el rol esencial que juegan en la interdependencia de las normas de la Convención. Asimismo, en el caso de las reservas generales fundadas en el derecho interno, su incompatibilidad con el objeto y fin del tratado radica en la imposibilidad de apreciar la compatibilidad.

Por otro lado, siguiendo la propuesta de la CDI que recoge en parte la doctrina de la divisibilidad adoptada por los tribunales regionales y organismos de derechos humanos, se podría deducir que el Estado que formuló una reserva inválida queda obligado por la Convención. La única excepción a esta aproximación sería que de la intención del Estado se desprenda claramente que sujetaba su consentimiento para obligarse por el tratado a la reserva formulada. Por las dificultades prácticas para determinar esta intención, y con una perspectiva a favor de los derechos humanos, se presume que el consentimiento del Estado de obligarse por el tratado prevalece sobre la intención de formular reservas. De esta forma, podría concluirse que, bajo la propuesta de la CDI, la soberanía estatal y los tratados de derechos humanos quedan reconciliados.

BIBLIOGRAFÍA

- AUST, Anthony, "Vienna Convention on the Law of Treaties" en WOLFRUM, Rüdiger, *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Vol. 10, Oxford University Press, 2006, Oxford.
- BYDOON, Maysa, "Reservations on the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW) Based on Islam and its Practical Application in Jordan: Legal Perspectives" en *Arab Law Quarterly*, Vol. 25, n.º 1, 2011, pp. 51-69.
- Comisión de Derecho Internacional, A/CN.4/SER.A/2011/Add. I, Parte 3, Documento A/66/10/ADD.1: Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su sexagésimo tercer período de sesiones (26 de abril a 3 de junio y 4 de julio a 12 de agosto de 2011) (Adición), Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, Vol. II, Tercera parte, 2011.

- Comité de Derechos Humanos, CCPR/C/21/Rev.1/Add. 6, Observación General n.º 24 sobre cuestiones relacionadas con las reservas formuladas con ocasión de la ratificación del Pacto o de sus Protocolos Facultativos, o de la adhesión a ellos, o en relación con las declaraciones hechas de conformidad con el artículo 41 del Pacto, 04/11/1994.
- Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, A/49/38, Recomendación general n.º 21. La igualdad en el matrimonio y las relaciones familiares, 1994, 13º período de sesiones.
- , A/53/38/Rev.1, Capítulo I. Asuntos que se señalan a la atención de los Estados partes. A. Declaración relativa a las reservas a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer aprobada por el Comité para la eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Informe del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, 1998, Períodos de sesiones 18º y 19º.
- , CEDAW/C/GC/28, Proyecto de Recomendación General n.º 28 relativa al artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, 16/12/2010.
- Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, 18/12/1979, Nueva York, Estados Unidos, e.v. 03/09/1981, UNTS 20378:1249.
- Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23/05/1969, Viena, Austria, e.v. 27/01/1980, UNTS 1115:331.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Hilaire Vs. Trinidad y Tobago (excepciones preliminares)", 01/09/2001.
- Corte Internacional de Justicia, "Reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, Opinión Consultiva", 28/05/1951.
- DE PAUW, Marijke, "Women's rights: from bad to worse? Assessing the evolution of incompatible reservations to the CEDAW Convention" en *Merkourios - Utrecht Journal of International and European Law*, Vol. 29, n.º 77, 2013, pp. 51-65.
- EDWARDS, Richard W., "Reservations to treaties" en *Michigan Journal of International Law*, Vol. 10, 1989, pp. 362-405.
- FREEMAN, Marsha A., CHINKIN, Christine & RUDOLF, Beate, *The UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women: A Commentary*, Oxford University Press, 2012, Oxford.
- GOODMAN, Ryan, "Human Rights Treaties, Invalid Reservations, and State Consent" en *American Journal of International Law*, Vol. 96, n.º 3, 2002, pp. 531-560.

- LINDERFALK, Ulf, “On the meaning of the ‘Object and Purpose’ Criterion, in the Context of the Vienna Convention on the Law of Treaties, Article 19” en *Nordic Journal of International Law*, Vol. 72, 2003, pp. 429-448.
- MCCALL-SMITH, Kasey L., “Severing Reservations” en *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 63, n.º 3, 2014, pp. 599-634.
- MOLONEY, Roslyn, “Incompatible Reservations to Human Rights Treaties: Severability and the Problem of State Consent” en *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 5, n.º 1, 2004, pp. 155-168.
- MÜLLER, Daniel & PELLET, Alain, “Reservations to Human Rights Treaties: Not an Absolute Evil”, en FASTENRATH, Ulrich, GEIGER, Rudolf, ERASMUS KHAN, Daniel y otros/as (eds.) *From Bilateralism to Community Interest – Essays in Honour of Judge Bruno Simma*, Oxford University Press, 2011, pp. 521-551.
- PARISI, Francesco & SEVCENKO, Catherine, “Treaty Reservations and the Economics of Article 21(1) of the Vienna Convention” en *Berkeley Journal of International Law*, Vol. 21, n.º 1, 2003, pp. 1-26.
- RIDDLE, Jennifer, “Making CEDAW universal: a critique of CEDAW’s reservation regime under article 28 and the effectiveness of the reporting process”, en *George Washington International Law Review*, Vol. 34, n.º 3, 2002, pp. 605-638.
- SCHABAS, William A., “Reservations to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women and the Convention on the Rights of the Child”, en *William & Mary Journal of Women and the Law*, Vol. 3, 1997, pp. 79-112.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, “Belilos c/ Suiza”, 29/04/1988.
 ———, “Weber c/ Suiza”, 22/05/1990.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, “Loizidou c/ Turquía (excepciones preliminares)”, 23/03/1995.
- United Nations Treaty Collection, Multilateral Treaties Deposited with the Secretary-General, base de datos, URL https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-8&chapter=4&clang=, consultado el 28/07/2020.
- VILLIGER, Mark E., *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Martinus-Nijhoff, 2009, Boston / Leiden.

PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO Y EL DERECHO ISLÁMICO*

AZUL PEREDA**

Resumen: Hay quienes sostienen que los principios generales del derecho –fuente del Derecho Internacional– son aquellos reconocidos en todos los sistemas jurídicos como tales, determinados por el método del derecho comparado. Sin embargo, algunos autores y la jurisprudencia misma han mostrado cómo en la práctica los jueces aplican el derecho que conocen y que la mayoría de los jueces de la Corte Internacional de Justicia tienen una formación en derecho occidental.

Esto ha causado que haya Estados, entre ellos los islámicos, que no se sientan representados por el Derecho Internacional. Hay, por un lado, una tendencia dentro de los Estados con una población mayoritaria musulmana a establecer constituciones islámicas y, por otro, una mayor apertura e interacción de estos Estados hacia la Comunidad Internacional. Estos actores se han manifestado contra la falta de legitimación del derecho internacional, lo cual es un problema porque los conflictos internacionales con y entre estos Estados deben resolverse conforme a derecho. Es por eso que es importante la conjunción del artículo 38. 1. c) con el artículo 9 del Estatuto que establece que debe haber una representatividad de las naciones en la composición de la Corte.

La hipótesis de este trabajo es que la Corte Internacional de Justicia no tiene en cuenta el derecho islámico al aplicar los principios generales del derecho y que esta situación tiene una correlación con la nacionalidad y formación de los jueces.

Palabras clave: derecho islámico — principios generales del derecho — corte internacional de justicia — representatividad del derecho islámico — fuentes del derecho internacional público

* Recepción del original: 06/08/2020. Aceptación: 27/10/2020.

** Estudiante de Abogacía (UBA).

Abstract: There are jurists that sustain that the general principles of law, sources of International Law, are those that are recognized in all legal systems, determined by the comparative law method. Nevertheless, some authors and jurisprudence have shown that in practice the judges apply the law that they know, and that most of the members of the International Court of Justice have an education in the occidental legal system.

This situation has caused some States, including Islamic States, not to feel represented by International Law. There is a tendency between States with a majoritarian Muslim population to establish Islamic Constitutions, but also to play a more important role in the international field and to settle international relations with non-Muslim States. These actors have manifested themselves against the lack of legitimation of International Law, which constitutes a problem because international conflicts among and with these States should be resolved according to the law. Consequently, it is really important the joint lecture of the article 38.1.c) and 9 of the Statute that establishes that the Court should be composed in a way that represents all nations, or at least the principal legal systems.

The project's hypothesis is that the International Court of Justice doesn't take into account Islamic Law when it applies general principles of law and this situation has a correlation with the nationality and education of the judges.

Keywords: islamic law — general principles of law — international court of justice — representivity of Islamic law — sources of international public law

I. INTRODUCCIÓN

Los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas son, según el artículo 38.c) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, fuente de Derecho Internacional. Gracias a su flexibilidad y generalidad, son de gran utilidad en un sistema jurídico con normas ambiguas y vastas lagunas de derecho. Estas cualidades traen consigo una dificultad para definir cuáles son aquellos principios generales que forman parte del sistema jurídico internacional.

Hay quienes sostienen que los principios generales del derecho son aquellos reconocidos en todos los sistemas jurídicos como tales determinados por el derecho comparado al encontrar repeticiones entre los principales

sistemas jurídicos. Sin embargo, hay autores y jurisprudencia¹ que han mostrado cómo en la práctica los jueces aplican el derecho que conocen y que la mayoría de los jueces de la Corte Internacional de Justicia tienen una formación en derecho occidental.

Este trabajo se enfoca en el derecho islámico, sistema jurídico que tiene como fuente principal el Corán y que rige tanto la vida pública de los individuos como la espiritual adoptada por numerosos Estados.² Y busca demostrar cómo este sistema jurídico podría aportar al Derecho Internacional debido a su complejidad y gran tradición.

El artículo 38.1.c) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia hace referencia a las naciones civilizadas, es decir, los Estados independientes. Si bien los Estados europeos eran de los pocos que constituían ese pequeño grupo, a partir de finales del siglo XX se han independizado numerosos Estados insertándose en la comunidad internacional en un plano de igualdad. Basta solo observar el creciente número de miembros de Naciones Unidas para comprobar este fenómeno.

Una de las características principales del Derecho Internacional es su carácter horizontal y voluntarista.³ Los principios generales del derecho tienen un proceso de creación a nivel nacional, y hay quienes aducen que la mayoría de los principios elegidos por los tribunales internacionales son muchas veces occidentales y con una mirada eurocéntrica secular debido a la formación de los magistrados.

Esto ha causado que haya Estados con creciente relevancia en el contexto internacional que no se sientan representados con el Derecho Internacional. Hay, por un lado, una tendencia dentro de los Estados Árabes a establecer constituciones islámicas,⁴ y, por otro, una mayor apertura e interacción de estos Estados hacia la Comunidad Internacional.⁵ Estos actores se han manifestado contra la falta de legitimación del Derecho

1. KHALIQ, "The International Court of Justice and...", pp. 98-108; ROBERTS, *Is International Law International?*; "Petroleum Development Ltd. v. The Ruler of Abu Dhabi", 1951; CIJ, "North Sea Continental Shelf", párr. 83-86; CIJ, "North Sea Continental Shelf", Op. Dis. Ammoun; CIJ, "Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)", Op. Dis. Weeramantry.

2. LOMBARDI, "Designing Islamic constitutions: Past trends and...", p. 620.

3. BUIS, "El derecho internacional público: concepto, características...", p. 13.

4. LOMBARDI, "Designing Islamic constitutions: Past trends and...", p. 620.

5. KHADDURI, "Islam and the modern law of nations", p. 358.

Internacional, lo que podría dificultar la resolución de conflictos internacionales conforme a derecho. Es por eso que es importante la conjunción del artículo 38.1.c) con el artículo 9 del Estatuto que establece que debe haber una representatividad de las naciones.⁶

La hipótesis de este trabajo es que la Corte Internacional de Justicia no utiliza el derecho islámico al aplicar los Principios Generales del Derecho, lo cual tiene una correlación con la nacionalidad y formación de los jueces y produce que una fuente del derecho internacional no sea tan representativa.

II. PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

II.A. Qué son y para qué sirven

Los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas son consagrados como fuentes formales del Derecho Internacional en el artículo 38.1.c del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

“Artículo 38 I. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas”⁷

El juez Ammoun sostiene que en caso de que no hubiera tratado o costumbre suficientes para resolver el caso o para realizar una interpretación, los principios generales del derecho vienen a llenar las lagunas.⁸ Cançado Trindade por su parte sostiene que los principios se encuentran en un nivel superior que las normas positivas de derecho internacional ya que son los

6. KHALIQ, “The International Court of Justice and its Use of Islam: Between a Rock and a Hard Place?”, p.102.

7. Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, 24/10/1945.

8. CIJ, “North Sea Continental Shelf”, párr. 32.

principios los que guían la aplicación de esas normas obligatorias.⁹ Además, agrega que constituyen los pilares del sistema legal internacional.¹⁰

La doctrina muchas veces dota a los principios generales del derecho con un valor universal.¹¹ A diferencia de las otras fuentes, los principios no son creados en el ámbito internacional sino en el nacional. Constituyen abstracciones generales que, a diferencia de las normas, no presentan un gran nivel de detalle. Es esta flexibilidad la que permite a los jueces resolver en casos de *non liquet* o en aquellos que presentan ambigüedades en la interpretación.¹²

Los caracteres de abstracción y generalidad tienen beneficios, pero también producen dificultades para determinar cuáles son los principios generales referidos en el artículo 38.1.c). Jalet sostiene que declararlos objetivamente contradice su carácter general, es decir, su elemento más importante, que les permite adaptarse para poder dar una respuesta a cada controversia.¹³

Sin el recurso de los principios generales muchas de las decisiones no podrían tomarse. Por ejemplo, en el Caso de la Plataforma Continental del Mar del Norte, donde no había ni un tratado internacional ni una costumbre aplicable. Gracias a los principios generales del derecho, la Corte resolvió conforme al principio general de equidad.¹⁴ Si bien este precepto es real para todo el derecho, es más relevante en el caso del Derecho Internacional por no tener una reglamentación exhaustiva en todas las materias, es decir, para prevenir el *non liquet* y para sustituir las lagunas de derecho propias del Derecho Internacional.¹⁵ Puede ser utilizado, a su

9. CIJ, "Pulp Mills", párr. 39.

10. CIJ, "Pulp Mills", párr. 45.

11. JAHEL, "Les principes généraux du droit dans", p. 107.

12. JALET, "The quest for the general principles of law recognized by civilized nations a study", p. 1062.

13. JALET, "The quest for the general principles of law recognized by civilized nations a study", p. 1083.

14. CIJ, "North Sea Continental Shelf", párrs. 83-86.

15. JALET, "The quest for the general principles of law recognized by civilized nations a study", p. 1056.

vez, para zanjar cuestiones interpretativas¹⁶ de conformidad con el artículo 31 de la Convención de Viena de 1969.¹⁷

Jahel sostiene que se podría estar tentado a pensar que los principios generales del derecho son los mismos en todos los sistemas jurídicos y que estos sirven de instrumento de armonización. Además, los califica como instrumentos de moralización del derecho.¹⁸

La segunda parte del artículo 38.1.c) se refiere a las naciones civilizadas. Esta caracterización ha quedado en el tiempo ya que alude a aquellos Estados independientes que, si bien no eran la mayoría en 1945, momento de la adopción del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, hoy sí lo son. Por lo tanto, se debe comprobar cuáles son aquellos principios comunes a los Estados independientes o, haciendo una lectura conjunta entre el artículo 38 y el 9, cuáles serían aquellos principios comunes a los principales sistemas jurídicos.¹⁹ El juez Fouad Ammoun sostiene que si bien ciertas naciones no formaron parte del concierto de Estados en donde se creó el Derecho Internacional hasta las primeras décadas del siglo XX, hoy si participan, contrariamente a lo establecido en el artículo 38. 1. c).²⁰

Previo a la ola de independencias, el sistema jurídico predominante era el occidental, y se disputaba entre el *common law* y el derecho codificado francés. Hoy en día, no se puede dejar fuera al derecho chino, japonés, indio e islámico, sistemas propios de Estados que con el correr de los años no solo han devenido independientes, sino que también han adquirido un rol dentro de la comunidad internacional cada vez más relevante.

II.B. Metodología para la determinación de los principios generales del derecho

Es esencial saber cómo se determinan los principios generales del derecho ya que, al no haber un soporte material que determine cuáles son, como los tratados o la costumbre, el método de selección influye en su identificación.

16. JALET, "The quest for the general principles of law recognized by civilized nations a study", p. 1063.

17. International Law Association, "Conference Report the Hague 2010", pp. 25-26.

18. JAHIEL, "Les principes généraux du droit dans", p. 106.

19. KHALIQ, "The International Court of Justice and...", p. 102.

20. CIJ, "North Sea Continental Shelf", párr. 34.

Para determinar aquellos principios que atraviesan y son comunes a todos los sistemas jurídicos, la metodología ideal es la del derecho comparado, que examina el derecho nacional de varios Estados para buscar principios del derecho comunes a todos los sistemas legales. Efectivamente, la aceptación universal no existe y es por eso que los comparativistas se conforman con un consenso de un gran número de Estados. Sin embargo, determinar cuándo hay un gran consenso o cuándo no lo hay, es una línea fina que no ha sido delimitada.²¹

A pesar de que no existen los principios generales de derecho con carácter universal, sí hay algunos que se encuentran en los principales sistemas jurídicos del mundo. Estos principios no son numerosos y deben ser aplicados con cautela. Podría suceder que un principio perteneciente tanto al sistema civil como al *common law* esté sujeto a distintas interpretaciones. Gutteridge ejemplifica que hasta el principio de *pacta sunt servanda* no puede ser calificado de universal porque muchos Estados interpretan de diferentes modos la doctrina *rebus sic stantibus* que tiene un efecto contrario con respecto al pacto anterior. Por lo tanto, por más que se realice un exhaustivo trabajo de derecho comparado, no se van a encontrar principios que sean universales o que sean interpretados de la misma manera en todos los rincones del mundo.²²

Si bien los comparativistas pueden realizar trabajos académicos de suma importancia para la determinación de los principios, son los jueces quienes verifican en sus sentencias qué es derecho y qué no. Esta potestad, sostiene Jalet, les otorga facultades legislativas permitiéndoles crear Derecho Internacional.²³ Por su parte, la metodología que utilizan en la práctica no es siempre la de un estudio exhaustivo de los principales sistemas jurídicos, sino que muchas veces aplican el derecho que conocen.

Gutteridge argumenta que hay riesgos de que el juez aplique su propio derecho nacional sin hacer referencia a otros sistemas jurídicos, tal como sucedió en el arbitraje de Abu Dhabi. En este caso, el árbitro Lord Asquith aplicó el derecho inglés y hasta citó sentencias nacionales. La decisión final era razonable y estaba bien fundamentada pero no tuvo en cuenta los diferentes

21. JALET, "The quest for the general principles of law recognized by civilized nations a study", p. 1081.

22. GUTTERIDGE, "The Meaning and Scope of Article...", p. 127.

23. JALET, "The quest for the general principles of law recognized by civilized nations a study", p. 1061.

sistemas jurídicos. Gutteridge agrega sobre la dificultad de la decisión del derecho aplicable en caso de que haya una contradicción entre el derecho civil y el *common law*, que esa decisión se complejiza aún más si la contradicción es entre sistemas jurídicos occidentales y el derecho islámico.²⁴

III. LOS JURISTAS APLICAN EL DERECHO QUE CONOCEN

Anthea Roberts sostiene que los abogados internacionalistas se encuentran en la intersección de dos comunidades: la internacional y la nacional.²⁵ Hay quienes sostienen que el Derecho Internacional constituye una escuela universal indivisible. Roberts, por el contrario, afirma que en realidad es una escuela divisible cuyos miembros provienen de distintas regiones y, por lo general, forman comunidades separadas que a veces se superponen y algunos de estos enfoques han venido a dominar los conocimientos de lo internacional de una manera que aparenta ser neutral y universal.²⁶

Khaliq argumenta que la Corte por lo general no hace referencia a ninguna religión (incluido el islam) debido a la historia del Derecho Internacional. Se sostiene por lo general que para que el Derecho Internacional sea válido universalmente, debe ser secular. Esta mirada secular del derecho se asimila a la visión occidental liberal que considera que la religión es nociva para el desarrollo progresivo del derecho.²⁷

Si uno viaja por el mundo para estudiar, trabajar o asistir a conferencias, es difícil no observar que el Derecho Internacional es distinto en distintos lugares. Al mismo tiempo, los abogados internacionalistas muchas veces se resisten a hacer énfasis en enfoques nacionalistas o regionalistas porque estarían amenazando las aspiraciones universalistas del campo.²⁸

Los juristas internacionales que conforman los tribunales internacionales o que litigan ante ellos, tienden a ser nacionales de Estados occidentales y muchos de ellos son en particular de Gran Bretaña, Estados Unidos y Francia.²⁹ El lenguaje constituye un filtro ya que la mayoría de

24. GUTTERIDGE, "The Meaning and Scope of Article...", p. 127.

25. ROBERTS, *Is International Law International?*, p. 6.

26. ROBERTS, *Is International Law International?*, p. 2.

27. KHALIQ, "The International Court of Justice and...", p. 106.

28. ROBERTS, *Is International Law International?*, p. 20.

29. ROBERTS, *Is International Law International?*, p. 9.

los tribunales trabajan en inglés y en francés.³⁰ La teoría de los académicos de la escuela del TWAIL (*Third World Approaches to International Law*) busca salir de esta visión eurocéntrica del Derecho Internacional y de abrirla para que se conozcan otras tradiciones legales.³¹

El movimiento que intentan generar estas escuelas para internacionalizar el Derecho Internacional con relación a los principios generales denuncia el pensamiento mayoritario eurocéntrico y propone una interacción entre las distintas tradiciones jurídicas. La denuncia es esencial para dar cuenta de que en realidad no hay un solo Derecho Internacional universal, sino que hay una superposición desde distintas perspectivas y tradiciones legales. Cuando solo se le da voz a una de ellas –la eurocéntrica– el Derecho Internacional pierde legitimación frente a los Estados que no se sienten representados. Esta tensión es gráfica en la aplicación de los principios generales del derecho por parte de los jueces, ya que al momento de aplicarlos claramente será sesgado y no va a haber una multiculturalidad en la elección de aquellos principios que se encuentran en la mayoría de los sistemas jurídicos.

IV. LA IMPORTANCIA DE LA DIVERSIDAD Y REPRESENTACIÓN DE LOS DISTINTOS SISTEMAS JURÍDICOS Y SU VINCULACIÓN CON EL DERECHO ISLÁMICO

Por lo recientemente expuesto, el artículo 38.1.c del Estatuto de la CIJ no puede ser leído sin tener en consideración el artículo 9 que requiere que el cuerpo de juristas que conforman la Corte tenga una representación de las principales civilizaciones y los sistemas legales diferentes.

Artículo 9: En toda elección, los electores tendrán en cuenta no sólo que las personas que hayan de elegirse reúnan individualmente las condiciones requeridas, sino también que en el conjunto estén representadas las grandes civilizaciones y los principales sistemas jurídicos del mundo.³²

30. ROBERTS, *Is International Law International?*, p. 9.

31. BIANCHI, *International Law Theories*, p. 224.

32. Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, 24/10/1945.

Los redactores creían que la diversidad de la Corte era necesaria para asegurar la representación de los distintos sistemas jurídicos legales.³³ Eso es importante porque como cada juez aplica el sistema legal que conoce y el Derecho Internacional es en realidad segmentado y transnacional, se le da una voz en un coro multicultural a cada tradición con esta disposición enriqueciéndose.

El islam constituye precisamente una de las principales formas de civilización y, a su vez, el derecho islámico es una de los principales sistemas jurídicos en el mundo. No sería adecuado argumentar que el Derecho Internacional Público sea de naturaleza secular, es más apropiado caracterizarlo como neutral. Esta neutralidad ayudó a que el derecho sea universal y a que las distintas religiones, incluyendo al islam y al cristianismo, coexistan.³⁴

La mayoría de los Estados musulmanes que hoy son independientes, fueron colonias y no pudieron ejercer un rol en la creación del Derecho Internacional. Esto ha cambiado a partir de la segunda mitad del siglo XX y dichos Estados han adoptado una participación más activa para moldear el Derecho Internacional.³⁵ La voluntad de participar por parte de los Estados Islámicos en las Organizaciones Internacionales y la cooperación con potencias occidentales para la resolución de los conflictos de manera pacífica es un fenómeno significativo dado que sus leyes tradicionales son radicalmente diferentes a aquellas de los Estados occidentales y a los principios implícitos de las Naciones Unidas.³⁶

Es aquí donde los Estados Islámicos juegan un rol cada vez mayor a nivel global, tanto económico como político. También, luego de la primavera árabe hacia el interior de estos países, se enraíza su cultura con la religión como centro que penetra todos los ámbitos de la sociedad, incluyendo su sistema jurídico. Westbrook afirma que el islam observa al Derecho Internacional Público como una entidad extranjera y, como consecuencia, se ha puesto como objetivo la articulación de un Derecho Internacional islámico propio.³⁷ Esta reacción es un reflejo de la transnacionalidad del Derecho Internacional y de la histórica influencia cultural occidental desde su concepción *westphaliana*.

33. LOMBARDI, "Islamic Law in the Jurisprudence of," p. 89.

34. MUNIR, "Islamic International Law (Siyar): An Introduction", p. 24.

35. MUNIR, "Islamic International Law (Siyar): An Introduction", p. 25.

36. KHADDURI, "Islam and the modern law of nations", p. 358.

37. WESTBROOK, "Islamic international law and public international...", p. 859.

La inclusión de los jueces de distintas regiones no es, por sí misma, una garantía de que los principales sistemas jurídicos –tal como el islámico– se encuentren representados. Pero es una buena medida para dar una voz a las distintas culturas y legitimar universalmente las decisiones de la Corte que, si bien son interpartes, sus sentencias tienen un efecto más extenso.³⁸

Sin embargo, tal como sostiene Anthea Roberts, el origen de los jueces no asegura que sean especialistas de ese sistema legal. Muchos fueron formados en universidades occidentales, con libros con visión occidental y, por lo tanto, la fundamentación en sus sentencias no siempre otorga una perspectiva de otra cultura.³⁹

Además, los Estados musulmanes no han siempre sido sujetos al Estado de derecho y los gobiernos en algunos casos han sido dominados por elites que no compartían la cultura de la mayoría de sus ciudadanos. De hecho, muchas veces fueron amenazados por las elites. No sorprendería si un Estado musulmán nomina jueces sin compromiso alguno con el derecho islámico.⁴⁰

IV.A. Los principios generales del derecho islámico

El derecho islámico, a diferencia de los sistemas occidentales, tiene una fuente divina: el Corán. El islam regula tanto la vida como los pensamientos del creyente y, como expresión de la voluntad divina, la ley islámica es considerada perfecta, eterna y justa, con aplicación universal.⁴¹

El Corán contiene más de 6.000 versículos de los cuales entre 80 y 800 tienen carácter legal. La *Sunna* es una fuente complementaria al Corán que busca descifrar la voluntad divina.⁴² La *Sharia* constituye un código de conducta en el que se incluyen, además de las normas relativas al culto, aquello que se encuentra permitido y aquello que está prohibido en las relaciones del musulmán con otras personas, incluyendo aspectos sociales,

38. LOMBARDI, "Islamic Law in the Jurisprudence of...", p. 90.

39. ROBERTS, *Is International Law International*, pp. 275-276.

40. LOMBARDI, "Islamic Law in the Jurisprudence of...", p. 89.

41. KHADDURI, "Islam and the modern law of nations", pp. 358-359.

42. BADAR, "Islamic law (shari'a) and the jurisdiction of the international criminal court", p. 416.

económicos, políticos, etc.⁴³ El *Itjihad* es el razonamiento para determinar una materia legal, lo cual da por resultado el *fiqh*, es decir, el conocimiento y la aplicación de las prescripciones de la *Sharia* en situaciones reales o hipotéticas.⁴⁴

Los juristas musulmanes descubrieron en el siglo X cómo extraer los principios de manera inductiva de las normas ya establecidas en el derecho clásico. Y, a diferencia de los sistemas occidentales, el sistema islámico los ha categorizado y sistematizado.⁴⁵ Estas normas generales serían útiles para adaptar las disposiciones inmutables de la *Sharia* y el Corán a los conflictos actuales.⁴⁶ Una de las grandes funciones de los principios islámicos es la de describir los objetivos de este sistema legal⁴⁷ además de moralizarlo, en un sistema donde el derecho, la ética y la religión se encuentran íntimamente relacionados.⁴⁸

Hay cinco máximas principales: los asuntos se determinan de acuerdo con las intenciones; la certeza no está anulada por la duda; la dificultad genera facilidad; el daño debe ser eliminado; y la costumbre es una base para el juicio.⁴⁹ Estas máximas a su vez tienen otras submáximas que las complementan.⁵⁰ Esto muestra lo rico que es el derecho islámico además de ser complejo su estudio. Pero, si encontramos principios que coinciden en todos los sistemas jurídicos, el derecho islámico sirve para poder complementarlos y establecer cuál es el sentido.

Una de las principales diferencias con los principios occidentales son aquellos relacionados con los derechos humanos y libertades fundamentales, en particular, el principio de laicismo, de no discriminación y de igualdad de la mujer.⁵¹ Otro principio que separa al derecho islámico del derecho occidental es aquel que postula que toda cláusula contractual contraria a las prescripciones de la *Sharia* son nulas, por lo que un exequátur

43. PALLARES BOSA, "El Derecho Internacional desde la Perspectiva del Islam (I)", p. 103.

44. BADAR, "Islamic law (shari'a) and the jurisdiction of the international criminal court", p. 416.

45. MOHAMMED, "The Islamic Legal Maxims".

46. JAHIEL, "Les principes généraux du droit dans...", p. 106.

47. BADAR, "Islamic law (shari'a) and the jurisdiction of the international criminal court", p. 420.

48. JAHIEL, "Les principes généraux du droit dans...", p. 122.

49. BUERHAN & ABDULLAH, "The Legal Maxims of Islamic...", p. 140.

50. BUERHAN & ABDULLAH, "The Legal Maxims of Islamic Law...", pp. 142-144.

51. JAHIEL, "Les principes généraux du droit dans...", p. 107.

sería rechazado a una sentencia judicial o arbitral que consagrara una cláusula tal.⁵²

Pero por otro lado los principios islámicos podrían tanto complementar el Derecho Internacional como a su vez ser coincidentes, por lo que su solo estudio daría mayor legitimidad a las sentencias que apliquen los principios del artículo 38.1.c) del Estatuto de la CIJ. Se procederá a describir algunos ejemplos.

Badar sostiene que muchos principios generales del derecho islámico coinciden con los occidentales y hasta podrían ser complementarios, especialmente en materia penal.⁵³ Por un lado, el principio de legalidad y de irretroactividad, de *mens rea*, en el derecho islámico no solamente coincide con el derecho occidental si no que hasta lo amplía y lo menciona en varias partes del Corán.⁵⁴

Westbrook sostiene que el islam podría hacer aportes al Derecho Internacional Público. Por ejemplo, el Islam considera al individuo como sujeto de Derecho Internacional, ya que al ser Dios el soberano, la posición jurídica de los individuos no es menos importante que la de los Estados.⁵⁵ Esta ampliación de sujetos en el campo del Derecho Internacional Público se ha postulado, por ejemplo, en materia de derechos humanos,⁵⁶ debido al creciente impacto que puede tener un particular en este mundo globalizado y el derecho islámico podría ayudar a consolidar esta posición,⁵⁷ de conformidad con el juez Weeramantry que sostiene que cuando la CIJ realiza un desarrollo progresivo del derecho debe ser justificado por los derechos municipales.⁵⁸

La Asociación de Derecho Internacional sostiene que el islam podría aportar en lo relacionado al desarrollo progresivo del derecho ambiental, por el principio religioso de que los hombres son parte de la tierra que Allah les dio y ellos deben cuidarla. Con respecto a la equidad intergeneracional,

52. JAHTEL, "Les principes généraux du droit dans...", p. 113.

53. BADAR, "Islamic law (shari'a) and the jurisdiction of the international criminal court", p. 432.

54. BADAR, "Islamic law (shari'a) and the jurisdiction of the international criminal court", pp. 423-424.

55. WESTBROOK, "Islamic international law and public international...", p. 861.

56. RUGGIE, "Informe del Representante Especial del Secretario...".

57. WESTBROOK, "Islamic international law and public international...", p. 862.

58. CIJ, "Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)", p. 108.

el islam con su perspectiva moral y religiosa promueve el consumo de lo necesario, pero prohíbe todo lo que dañe a los seres vivos, el bienestar social o las relaciones humanas, tal como la destrucción innecesaria del medio ambiente.⁵⁹

Un principio regente del derecho islámico es el de equidad, que se encuentra en la mayoría de los sistemas jurídicos. Según el juez Ammoun, la tradición de este principio en el sistema islámico podría servir para complementar la equidad en caso de *non liquet*, además de legitimar las sentencias de la CIJ.⁶⁰

La complejidad del sistema legal musulmán puede inhibir su estudio. Esta complejidad se debe a su gran tradición, que ha producido grandes aportes en el desarrollo de los principios generales del derecho, los cuales podrían ser aprovechados por los jueces de la Corte Internacional al fundamentar sus sentencias.⁶¹

IV.B. Las decisiones de la Corte Internacional de Justicia que incluyen los principios generales del derecho islámico

La Corte en sus sentencias ha invocado al derecho islámico en contadas ocasiones: dice Lombardi que solo en poco más del 10 % de los casos algún juez encontró al derecho islámico relevante de alguna manera para resolver la controversia.⁶² La mayoría de las veces estas menciones fueron hechas por jueces que provenían de Estados con tradición jurídica islámica o de jueces que tenían antecedentes en investigación sobre el derecho musulmán.

Si bien la nacionalidad puede asegurar la representatividad, tal como lo sostiene Roberts no es una garantía de que vayan a aportar una mirada multicultural porque muchos son formados en escuelas occidentales, con los mismos libros de textos y demás. El jurista egipcio Ibrahim Shahata sostuvo en 1965 que los jueces postulados por los Estados no occidentales eran más conservadores en sus sentencias que aquellos propuestos por los Estados occidentales.⁶³

59. ILA, "Conference Report the Hague 2010", p. 22.

60. CIJ, "North Sea Continental Shelf", párr. 38.

61. BADAR, "Islamic law (shari'a) and the jurisdiction of the international criminal court.", p. 432.

62. LOMBARDI, "Islamic Law in the Jurisprudence of...", p. 94.

63. LOMBARDI, "Islamic Law in the Jurisprudence of...", p. 96.

La primera referencia la hace el juez Ammoun en su opinión disidente del Caso de la Plataforma Continental del Mar del Norte de 1969. Si bien él estaba de acuerdo con el resultado de la sentencia de la Corte, sugirió que debería haber hecho alguna referencia al derecho islámico con respecto al principio de equidad ya que hubiera reforzado la opinión y le hubiera dado más legitimidad.⁶⁴ Él caracteriza al principio de equidad como igualdad, que se encuentra en el Corán mismo y en la *Sharia*, permitiendo a los jueces resolver de acuerdo con este principio. Es interesante cómo el juez describe el principio de equidad en el sistema islámico de manera mucho más extensa que en otros sistemas jurídicos, refleja que los jueces aplican el derecho que conocen.⁶⁵

En cuanto a la Opinión Consultiva del Caso relativo al Sahara Occidental, el análisis de la Corte acepta que los modelos del Estado incluyan figuras basadas en la religión, pero no se expande más sobre el tema.⁶⁶ En su opinión disidente, el juez Ammoun se extendió más sobre la relevancia de los lazos religiosos, particularmente los islámicos, como una base para la determinación legal de las comunidades. Pero su discusión está más basada en ejemplos históricos que en el Derecho Internacional contemporáneo.⁶⁷

En el Caso relativo al Personal Diplomático y Consular de los Estados Unidos en Teherán de 1980, la misma Corte hizo mención al derecho islámico. La Corte sostuvo que el principio de inviolabilidad de los diplomáticos y de las misiones diplomáticas tiene legitimidad en la mayoría de los sistemas jurídicos y, en particular, en el sistema islámico, que ha aportado en gran medida a su evolución.⁶⁸ El juez Tarazi en su opinión disidente agregó que la sentencia de la Corte no debería ser rechazada por Irán ya que sus acciones eran contrarias a la *Sharia*, que obliga a los Estados a respetar los derechos de los diplomáticos.⁶⁹

Khaliq analiza que la alusión, por parte de la Corte, al derecho islámico es estratégica para que la sentencia tuviera una mayor legitimidad ya

64. LOMBARDI, "Islamic Law in the Jurisprudence of...", p. 94.

65. CIJ, "Western Sahara Advisory Opinion", pp. 98-101.

66. KHALIQ, "The International Court of Justice and...", p. 104.

67. CIJ, "North Sea Continental Shelf", párr. 38.

68. CIJ, "United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran", párr. 86.

69. LOMBARDI, "Islamic Law in the Jurisprudence of...", p. 102.

que legalmente no tenía la necesidad de acudir al derecho islámico.⁷⁰ La revolución islámica de Irán era reciente y, sin embargo, el Estado incumplía claramente con las obligaciones dispuestas tanto por el propio derecho islámico como por el derecho islámico internacional, además del Derecho Internacional Público, las cuales eran todas coincidentes.⁷¹

En el Caso de la Plataforma Continental del Mar Egeo, el juez Tarazi argumentó que el artículo (1)(a) de la Convención de Viena de 1969, que considera tratado a un acuerdo internacional sin importar su designación, ya había sido establecido como un principio del derecho islámico, que sostiene que uno debe considerar la intención de las partes y no el significado literal de las palabras en los contratos.⁷²

Luego de que el juez Tarazi dejara la Corte en 1980, la CIJ estuvo durante más de diez años sin citar principios del derecho islámico. El juez Weeramantry –quien integró la CIJ desde 1991 al 2000– había escrito un libro sobre la jurisprudencia islámica en 1991 y por lo tanto tenía no solo una formación en derecho islámico sino un interés. En este libro había intentado aumentar la conciencia sobre la sofisticación de la tradición legal islámica y sobre las formas en que esta podría enriquecer al Derecho Internacional.⁷³

En el Caso de Delimitación Marítima entre Groenlandia y Jan Mayen, el juez Weeramantry criticó a la Corte por haber desarrollado el principio de equidad sin incluir a sistemas jurídicos no europeos.⁷⁴ Agregó –en línea con el juez Ammoun– que al menos se debería acudir al derecho islámico en los casos de equidad ya que aumentaría la legitimidad y por lo tanto la autoridad del Derecho Internacional. Además, Weeramantry afirmó que el derecho islámico proveía apoyo a los principios morales universales e independientes que deberían ayudar a moldear todas las cuestiones del Derecho Internacional.⁷⁵

El juez Weeramantry alegó en el Caso del Proyecto Gabčikovo-Nagymaros que cuando se están tratando áreas del Derecho Internacional en desarrollo, la Corte debe tener en cuenta los principios generales del

70. KHALIQ, "The International Court of Justice and...", p. 103.

71. KHALIQ, "The International Court of Justice and...", p. 105.

72. ILA, "Conference Report the Hague 2010", p. 24.

73. LOMBARDI, "Islamic Law in the Jurisprudence of...", p. 104.

74. CIJ, "Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen", párr. 238.

75. CIJ, "Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen", párr. 243.

derecho del artículo 38.1.c). En ese sentido, sostiene que el derecho islámico tiene un deber de administración y custodia de la tierra para las generaciones futuras como principio divino que se relaciona con el derecho ambiental moderno y en desarrollo.⁷⁶

Lo recientemente expuesto muestra la clara relación entre formación, proveniencia de los jueces y la elección de los principios generales del derecho a aplicar. Por un lado, los jueces con formación en derecho islámico fueron quienes se extendieron en este mismo sistema jurídico al resolver, por lo general en opiniones disidentes y criticando a la Corte por la falta de representación en la aplicación de los principios generales. Además, cuando la Corte aplicó el derecho islámico lo hizo de manera tangencial sin mucha profundidad y hasta por razones políticas y no legales.

V. CONCLUSIÓN

La visión única del Derecho Internacional no existe y por lo general su contenido se condice con los valores occidentales. Los sistemas de derecho locales, regionales y el contexto de formación de los juristas aporta diferencias valiosas y complementarias para la resolución de controversias.

Los principios generales del derecho que aplican los jueces son los propios o los más familiares a ellos y para morigerar esta situación –tal como sostiene Anthea Roberts– el derecho comparado tiene una labor importante para determinarlos, ya que se esclarecen las similitudes y los aportes que cada sistema jurídico puede hacer.

El derecho islámico, gracias a su complejidad y tradición, posee un gran desarrollo de cada principio y por lo tanto tiene mucho que aportar al Derecho Internacional. Su inclusión permitiría la apertura del Derecho Internacional y su legitimación hacia los países cuyo sistema legal no es occidental, particularmente el islámico.

Pude corroborar mi hipótesis parcialmente puesto que las sentencias de la Corte demuestran que los jueces que tenían una formación en derecho islámico fueron quienes aplicaron principios generales del derecho propios de este sistema. Por lo tanto, es importante hacer una lectura en conjunto entre el artículo 38.1.c) y el 9 del Estatuto de la Corte Internacional de

76. CIJ, "Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)", p. 108.

Justicia. Esto dota al cuerpo de la Corte de una mayor representatividad y por consiguiente a las sentencias de la Corte de una mayor legitimidad. Asimismo, esto se torna relevante en un mundo cada vez más multipolar, donde los países musulmanes tienen una mayor relevancia en el campo internacional.

Si no se hace un trabajo de apertura del Derecho Internacional, los Estados con sistemas legales islámicos seguirán manifestando su falta de legitimación. Teniendo en cuenta la creciente interacción cultural propia de la globalización es cada vez más relevante poder resolverse conforme a derecho los conflictos sobrevinientes. La polarización entre el occidente secular y los valores islámicos viene incrementándose. Por un lado, occidente reduce al islam al fanatismo y los musulmanes, por el otro, califican los valores occidentales como imperialistas.

Es fundamental lograr puntos de encuentro y consenso para que el Derecho Internacional logre su fin último que es el de la solución pacífica de las controversias y la seguridad internacional.

BIBLIOGRAFÍA

- BADAR, Mohamed E., "Islamic law (shari'a) and the jurisdiction of the international criminal court", en *Leiden Journal of International Law*, 2011, Vol. 24 (2), pp. 411-434.
- BIANCHI, Andrea, *International Law Theories*, Oxford University Press, 2016, Oxford.
- BUERHAN, Saiti & ABDULLAH, Adam, "The Legal Maxims of Islamic Law (Excluding Five Leading Legal Maxims) and Their Application in Islamic Finance", en *JKAU: Islamic Economy*, 2016, Vol. 29, pp. 139-151.
- BUIS, Emiliano, "El derecho internacional público: concepto, características y evolución histórica", en GONZÁLEZ NAPOLITANO, Silvina (coord.), *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Errepar, 2015, Buenos Aires, pp. 1-21.
- Corte Internacional de Justicia, "North Sea Continental Shelf", 20/02/1969.
- , "Pulp Mills", 20-04-2010.
- , "Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)", 25/09/1997.
- , "Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen", 14/06/1993.
- , "North Sea Continental Shelf", 20/02/1969.

- , "United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran", 24/05/1980.
- DUPRET, Badouin, *La charia aujourd'hui: Usages de la référence au droit islamique*, La Découverte, 2012, París.
- Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, 24/10/1945, San Francisco.
- GUTTERIDGE, Harold C., "The Meaning and Scope of Article 38 (1) (c) of the Statute of the International Court of Justice", en *Transactions of the Grotius Society*, 1952, Vol. 38, pp. 125-134.
- International Law Association, "Conference Report The Hague 2010" en *Islamic Law & International Law Committee*, 2010. URL <https://www.ila-hq.org/index.php/committees>
- JAHEL, Selim, "Les principes généraux du droit dans les systèmes arabo-musulmans au regard de la technique juridique contemporaine", en *Revue internationale de droit comparé*, 2003, Vol. 55, n.º 1, pp. 105-122.
- JALET, Frances T., "The quest for the general principles of law recognized by civilized nations a study", en *UCLA Law Review*, 1963, Vol. 10 (5), pp. 1041-1086.
- KHADDURI, Majid, "Islam and the modern law of nations", en *American Journal of International Law*, 1956, Vol. 50 (2), pp. 358-372.
- KHALIQ, Urfan, "The International Court of Justice and its Use of Islam: Between a Rock and a Hard Place?", en *Oxford Journal of Law and Religion*, 2013, Vol 2, n.º 1, pp. 98-108.
- LOMBARDI, Clark B., "Islamic Law in the Jurisprudence of the International Court of Justice: An Analysis" en *Chicago Journal of International Law*, 2007, Vol. 8, n.º 1, pp. 85-118.
- , "Designing Islamic constitutions: Past trends and options for a democratic future", en *International Journal of Constitutional Law*, 2013, Vol. 11, p. 620.
- MOHAMMED, Khaleel, "The Islamic Law Maxims", en *Islamic Research Institute*, 2005, Vol. 44, n.º 2, pp. 191-207, URL <http://www.jstor.org/stable/20838961> Consultado 27/01/2021.
- MUNIR, Muhammad, "Islamic International Law (Siyar): An Introduction", en *Hamdard Islamicus*, 2012, Vol. XXXX, n.º 4, pp. 37-60.
- PALLARES BOSA, Jorge, "El Derecho Internacional desde la Perspectiva del Islam (I)", en *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, 2011, pp. 94-104.
- ROBERTS, Anthea, *Is International Law International?*, Oxford University Press, 2017, Oxford.

RUGGIE, John, "Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas", *Consejo de Derechos Humanos*, 2011, 17º período de sesiones.

WESTBROOK, David A., "Islamic international law and public international law: Separate expressions of world order", en *Virginia Journal of International Law*, 1993, Vol. 33, n.º 4, pp. 819-898.

EL VALOR JURÍDICO DE LAS NORMAS DE *JUS COGENS* Y SU ROL EN LAS CONTROVERSIAS INTERNACIONALES*

DELFINA CASTRO SAMMARTINO**

Resumen: La presente investigación pretende reflexionar respecto del valor jurídico de las normas de *jus cogens*, sus consecuencias, y su rol en las controversias internacionales. Al efecto se analizan los tipos de normas en el derecho internacional público, los distintos marcos teóricos en base a los cuales se puede fundamentar la existencia de normas de *jus cogens* y las consecuencias de la violación de dichas normas. También se toman dos casos de estudio, uno referido a inmunidad de jurisdicción y otro a la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia, a los fines de ver cómo los respectivos jueces han tratado con la invocación de normas de *jus cogens* en controversias internacionales. Todo ello nos lleva a concluir que las normas de *jus cogens* o normas imperativas del derecho internacional tienen jerarquía por sobre las normas dispositivas, pero, a pesar de ello, la Corte Internacional de Justicia se ha hecho proceder normas dispositivas por sobre la invocación de violación de normas de *jus cogens*.

Palabras clave: *jus cogens* — consecuencias — jerarquía — valor jurídico — inmunidad de jurisdicción — jurisdicción de la corte internacional de justicia

Abstract: This research aims to reflect on the legal value of *jus cogens* norms, their consequences, and their role in international disputes. To this end, it analyses the types of norms in public international law, the different theoretical frameworks on which the existence of *jus cogens* norms can be based and the consequences of the violation of such norms. Two case studies are also taken, one concerning jurisdictional immunity and the other concerning the jurisdiction of the International Court of Justice, in order to see how the respective judges have dealt with the invocation of *jus cogens* norms in international disputes. All of this

* Recepción del original: 09/09/2020. Aceptación: 17/12/2020.

** Estudiante de Derecho (UBA). El trabajo de investigación fue realizado en el marco del curso de CPO “Fuentes del Derecho Internacional” a cargo de Natalia Luterstein.

leads us to conclude that *jus cogens* norms or peremptory norms of international law have hierarchy over operative norms, but, despite this, the International Court of Justice has had operative norms applied over the violation of *jus cogens* norms invoked in the dispute.

Keywords: *jus cogens* — consequences — hierarchy — legal effect — jurisdictional immunity — jurisdiction of the international court of justice

I. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo pretendo reflexionar respecto del valor jurídico de las normas de *jus cogens* como contraposición al de las normas dispositivas y una vez establecido esto, desembocar luego en el valor jurídico que tienen en el marco de controversias internacionales. Tomando las palabras de Focarelli, resulta inútil hoy en día saber que una norma en el derecho internacional es imperativa si no hay certeza sobre el efecto legal específico que esta caracterización implica.¹ Entonces me pregunto: ¿las consecuencias por su violación son distintas a las de la violación de una norma dispositiva?, ¿el hecho de que se denuncie en el marco de una controversia internacional la violación de una norma que se acepta como *jus cogens* hace una diferencia?

Parecería ser, por un lado, que los tribunales no prestan una especial o diferente atención a las controversias en las que se denuncia la violación de una norma de *jus cogens* y, por otro lado, que en algunos casos no se respetaría la jerarquía que la doctrina mayoritaria acepta que tienen. Tomo mi segunda afirmación, que considero la más relevante, puesto estos casos podrían constituir un problema, ya que parecería contradictorio reconocerle a las normas de *jus cogens* jerarquía en función de la importancia del objeto que protegen y luego, en la práctica, anteponer otras normas por sobre ellas, y me pregunto: ¿de qué sirve que una norma tenga estatus de *jus cogens* si voy a encontrarme con casos en los que no puedo responsabilizar judicialmente a los Estados por su violación?

1. FOCARELLI, "Promotional *Jus Cogens*: A Critical Appraisal of *Jus Cogens* Legal Effects", p. 440.

II. LOS TIPOS DE NORMAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL CONCEPTO DE *JUS COGENS*

Para poder abordar el presente ensayo es necesario primero establecer con qué normas podemos encontrarnos en el derecho internacional público. Es entendido por una gran cantidad de doctrinarios² que una de las características del derecho internacional público es que se compone de dos tipos de normas. Por un lado, las normas de naturaleza dispositiva –la mayoría de las normas que encontramos en el derecho internacional– que son aquellas creadas por acuerdo de voluntades y que pueden ser excluidas, modificadas o derogadas. Y, por otro lado, las normas imperativas del derecho internacional general o normas *jus cogens*.

El artículo 53 de la Convención de Viena es el que establece qué se entiende por una norma imperativa del derecho internacional general disponiendo que:

Es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.³

Además, dispone que los tratados celebrados en oposición a alguna de estas normas serán nulos. El artículo 64, por su parte, nos indica que, ante la aparición de una nueva norma imperativa de derecho internacional general, los tratados existentes que estén en oposición a ella se convertirán en nulos y terminarán.⁴ La nulidad de los tratados que se encuentren en oposición a una norma de *jus cogens* se debe a que la existencia de normas imperativas se basa en intereses comunitarios y está caracterizado por la prohibición de disponer de determinados derechos.⁵

Lo interesante de las normas imperativas del derecho internacional es que vienen a ser una excepción al principio de soberanía. De acuerdo con

2. ROHR, *La responsabilidad internacional del Estado por...*, p.5; GONZÁLEZ NAPOLITANO, *Lecciones de Derecho Internacional Público*, p. 84; entre otros.

3. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23/05/1969, art. 53.

4. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23/05/1969, art. 64.

5. KADELBACH, "*Jus Cogens*, Obligations Erga Omnes and...", p. 35.

este último, los Estados están únicamente limitados por las normas que hayan creado –convencional o consuetudinariamente– mediando su consentimiento. Si los Estados no consienten una norma, no están obligados por ella. Ahora, el concepto de *jus cogens*, viene a cambiar este paradigma puesto que los Estados estarán obligados por las normas de *jus cogens* incluso aunque no hayan consentido a ellas.

II.A. Otros elementos que caracterizan a las normas de *jus cogens*

Además de los elementos a los que explícitamente refiere el artículo 53, la doctrina y la práctica han enunciado otros que también caracterizan a estas normas⁶ y considero relevante mencionar puesto que hacen a la esencia del concepto. Son elementos que denotan su relevancia y jerarquía dentro del derecho internacional público y aportan a la comprensión del valor de estas normas.

Uno de los mencionados elementos descriptivos que caracterizan a una norma de *jus cogens* es el principio de que las normas de *jus cogens* son universalmente aplicables siendo ellas una excepción a la regla general de que las normas sólo obligan a los Estados que consintieron a ellas por medio de un tratado o los que no objetaron a su formación en caso de una norma consuetudinaria.⁷ Otro elemento, refiere a que las normas *jus cogens* son superiores a las normas dispositivas de derecho internacional. El hecho de que sean normas que no se permite que sean derogadas y capaces de invalidar a otras supone una jerarquía normativa.⁸ Y, el último elemento a mencionar es que, sirven para proteger valores que la comunidad internacional entiende como fundamentales.⁹

Es importante resaltar, que estos no son criterios a tener en cuenta a la hora de investigar e identificar qué normas son concebidas como *jus cogens*, sino simplemente elementos descriptivos que caracterizan

6. Comisión de Derecho Internacional, Special Rapporteur Dire Tladi, First report on *jus cogens*, p. 38.

7. Comisión de Derecho Internacional, Special Rapporteur Dire Tladi, First report on *jus cogens*, p. 42.

8. Comisión de Derecho Internacional, Special Rapporteur Dire Tladi, First report on *jus cogens*, p. 43.

9. Comisión de Derecho Internacional, Special Rapporteur Dire Tladi, First report on *jus cogens*, p. 44.

la naturaleza de una norma de *jus cogens*.¹⁰ Los requerimientos para la identificación de una norma como *jus cogens* son los elementos que deberían estar presentes antes de que una norma pueda ser llamada como una norma de *jus cogens*¹¹ y son aquellos explícitamente mencionados en el artículo 53 de la Convención de Viena.

III. MARCO TEÓRICO: EL FUNDAMENTO DE LAS NORMAS DE *JUS COGENS*

Hay diferentes enfoques teóricos o filosóficos respecto de cuál es la base en la que se fundamenta la existencia de una norma imperativa o *jus cogens*. Las dos teorías principales, como en todo el derecho en general, son el iusnaturalismo y el positivismo. A los efectos de un entendimiento un poco más profundo de las normas *jus cogens* en el derecho internacional haré una referencia a los puntos básicos de cada postura puesto que son los extremos que se suelen ver y adoptar en la práctica judicial.

El iusnaturalismo –sea justificado desde una perspectiva religiosa o moral– parte de la base de que ciertas normas son superiores, lo cual coincide con el hecho de que la existencia del *jus cogens* implica una jerarquía normativa. Entonces la idea de normas superiores en el derecho internacional que están por sobre la voluntad contractual de los Estados es fácilmente explicable desde la idea de un derecho natural.¹² ¿Qué dificultades trae esto? Por un lado, tenemos el problema de la indeterminación, es decir, quién determina el contenido de la norma, cuestión que ha generado amplio debate en el ámbito del derecho internacional público. Por otro lado, un enfoque iusnaturalista choca con el texto de la Convención de Viena puesto que la misma permite que las normas imperativas sean modificadas por otras normas imperativas reconociendo que las normas de *jus cogens* no son inmutables, concepto que es contrario a la teoría pura del iusnaturalismo. Otro problema se da en el requisito que impone el artículo 53, de que las normas que se entienden como imperativas lo sean por reconocimiento

10. Comisión de Derecho Internacional, Special Rapporteur Dire Tladi, Second report on *jus cogens*, p. 45.

11. Comisión de Derecho Internacional, Special Rapporteur Dire Tladi, Second report on *jus cogens*, p. 15.

12. Comisión de Derecho Internacional, Special Rapporteur Dire Tladi, First report on *jus cogens*, pp. 30-31.

de la comunidad internacional de Estados en su conjunto, sugiriendo que la voluntad de los Estados tiene un rol relevante a la hora de que exista una norma que se la pueda caracterizar como *jus cogens*.¹³

Los positivistas basan su teoría en la idea de libre albedrío del Estado y el derecho internacional sólo puede ser creado por consenso no aceptando que los Estados sean obligados por reglas a las que no consintieron.¹⁴ Entonces, a ojos de esta teoría, las normas sólo pueden adquirir estatus de *jus cogens* si los Estados así lo consintieron. Ahora, este pensamiento iría en contra de la existencia de normas imperativas en el sentido de que estas no pueden ser derogadas, ni siquiera por el consentimiento o la voluntad de los Estados, salvo que sea modificada por una norma ulterior del mismo carácter. Parece difícil sostener una mirada positivista y que al mismo tiempo existan normas que el Estado no puede modificar por medio del consenso.¹⁵

Se ha llegado a sostener también que la obligatoriedad de una norma imperativa podría entenderse de una interacción entre el iusnaturalismo y el positivismo. Koskenniemi afirma que inicialmente el *jus cogens* parece ser una norma no consensuada puesto que obliga a los Estados independientemente de si prestaron o no su consentimiento. Pero luego, la referencia de que la norma debe ser reconocida por la comunidad internacional en su conjunto la hace una norma consensuada,¹⁶ coexistiendo los argumentos de ambas ideologías.

La diversidad de teorías y posturas es amplia y el debate que suscitan podría comprender todo un trabajo a parte. Entonces, sin pretender inmiscuirme de más en un gran debate filosófico, puesto que en el derecho todo es relativo, todo se puede argumentar de múltiples formas y las ideas que se enuncian van mutando de acuerdo con el estado del mundo al momento de la reflexión, haré una breve reflexión personal al respecto. Por mi parte no me atrevo a defender ni encasillarme exclusivamente en ninguna de

13. Comisión de Derecho Internacional, Special Rapporteur Dire Tladi, First report on *jus cogens*, pp. 31-32.

14. Comisión de Derecho Internacional, Special Rapporteur Dire Tladi, First report on *jus cogens*, p. 32.

15. Comisión de Derecho Internacional, Special Rapporteur Dire Tladi, First report on *jus cogens*, p. 32.

16. Comisión de Derecho Internacional, Special Rapporteur Dire Tladi, First report on *jus cogens*, p. 37.

las posturas puesto que no termino de hallarme completamente en alguna de ellas. A pesar de ello, creo que se podría hablar de la existencia de una cierta "moral universal". Con esto me refiero a que, viendo la evolución del derecho, los Estados han encontrado cada vez más coincidencias que les permitieron afirmar como violatorias ciertas conductas, por ejemplo, el genocidio y la tortura, puesto que a los ojos del mundo en general ellas afectan valores fundamentales por la importancia especial del objeto que protegen: la vida e integridad de los seres humanos. En palabras de Verdross: un análisis realista del derecho nos muestra que todo orden jurídico positivo tiene sus raíces en la ética de una cierta comunidad, que no puede ser entendido aparte de su base moral.¹⁷ Entonces este es un gran motivo que lleva a poder afirmar la existencia de normas imperativas y fundamenta el hecho de que sean pocas, puesto que se requiere el consenso de varios Estados para poder considerar una conducta como *jus cogens* y, teniendo en cuenta la variedad de culturas y religiones en el mundo, las coincidencias no son ni serán muchas. Pero a pesar de las mencionadas diferencias que siempre van a subsistir, creo que es fundamental y muy valioso que existan ciertas normas en materia de derechos humanos que sean aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como normas que no admiten acuerdo en contrario y que obliguen a Estados que no consintieron expresamente. No debemos olvidar que los individuos, a pesar de estar clasificados por el derecho internacional público como sujetos derivados por reconocimiento, son quienes integran al sujeto originario que es el Estado. Si por un momento salimos de la mirada clásica estado céntrica del derecho internacional, podemos recordar que el Estado es los seres humanos que lo componen y sin individuos el Estado no es nada. Por ello, la protección de los derechos humanos —algunos protegidos de forma indirecta por normas de *jus cogens*—¹⁸ es esencial y es, en cierto punto también, una protección del Estado.

17. SHELTON, "Sherlock Holmes and the mystery of *jus cogens*", p. 29.

18. Ejemplos de normas reconocidas como *jus cogens* son: prohibición contra la guerra agresiva, genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, los elementos centrales del derecho humanitario y de las convenciones de derechos humanos, el derecho de los pueblos a la autodeterminación y la protección del medioambiente de una degradación severa y duradera. KADELBACK, "*Jus Cogens*, Obligations Erga Omnes and...", p. 27.

IV. LAS CONSECUENCIAS DE UNA NORMA CON ESTATUS DE *JUS COGENS*

Veamos ahora cuáles son las consecuencias que se derivan de que una norma tenga el estatus de *jus cogens* y en qué se diferencian con las normas dispositivas del derecho internacional.

Una vez que una norma cumple con los criterios identificados en el artículo 53 de la Convención de Viena, esto es, aceptación y reconocimiento por la comunidad internacional en su conjunto como una norma que no admite acuerdo en contrario y es, en principio, inderogable, emana ciertas consecuencias.

La primera consecuencia legal que se desprende del artículo 53 de la Convención de Viena tiene que ver con la invalidez de los tratados. Esto es, que los tratados que al momento de su celebración estén en oposición con una norma que adquirió el estatus de *jus cogens*, serán nulos. Esta consecuencia se deriva y es un reflejo de la superioridad jerárquica de las normas de *jus cogens* que, por su estatus, enfrentan el principio y elemento fundamental del derecho internacional "*pacta sunt servanda*" al restringir la autoridad de los Estados para concretar ciertos tratados. También tenemos el artículo 64 de la Convención de Viena que prevé la situación de un tratado que, en el momento de su conclusión no estaba en conflicto con una norma de *jus cogens*, pero que luego emerge una nueva norma de *jus cogens* que crea un conflicto y por ello, el tratado se vuelve nulo. Es importante destacar que la nulidad del tratado no es retroactiva, es decir, el tratado de vuelve inválido y nulo únicamente desde el momento en que se establece esta nueva norma de *jus cogens*, sin tener efecto sobre los actos que ya ocurrieron en virtud del cumplimiento del tratado.¹⁹

Las cláusulas de un tratado que devino nulo por ser inconsistente con una norma de *jus cogens* ya existente, no son separables del tratado. Es decir, la posibilidad que prevé la Convención en el artículo 44 de separación de cláusulas por motivos de invalidez, terminación, retiro o suspensión, no aplican al caso del artículo 53. El tratado es totalmente inválido. Sin embargo, el artículo 44 nos indica que esto no es así para el caso del artículo 64 donde se pueden separar ciertas cláusulas y mantener como válidas aquellas que no contravengan a una norma de *jus cogens*.

19. Comisión de Derecho Internacional, Special Rapporteur Dire Tladi, Third report on peremptory norms of..., p. 15.

Ahora, vamos a las consecuencias específicas que trae la nulidad de un tratado por ser contrario a una norma de *jus cogens*, indicadas en el artículo 71 de la Convención de Viena. El punto 1 del artículo refiere a la nulidad del artículo 53 y establece que las partes deberán:

- a) Eliminar en lo posible las consecuencias de todo acto, que se haya ejecutado basándose en una disposición que esté en oposición con la norma imperativa de derecho internacional general, y b) ajustar sus relaciones mutuas a la norma imperativa de derecho internacional general.²⁰

El punto 2 refiere a los casos del artículo 64 e indica que:

La terminación del tratado: a) eximirá a las partes de toda obligación de seguir cumpliendo el tratado; b) no afectará a ningún derecho, obligación o situación jurídica de las partes creados por la ejecución del tratado antes de su terminación; sin embargo, esos derechos, obligaciones o situaciones podrán en adelante mantenerse únicamente en la medida en que su mantenimiento no esté por sí mismo en oposición con la nueva norma imperativa de derecho internacional general.²¹

Hasta aquí tenemos las consecuencias previstas en la Convención de Viena en relación con las normas imperativas del derecho internacional.

La última consecuencia por mencionar en relación con tratados es en cuanto a las reservas. La Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados aprobada por la Comisión de Derecho Internacional (en adelante "CDI") indica que:

Una reserva a una disposición convencional que refleje una norma imperativa de derecho internacional general (*jus cogens*) no afectará el carácter obligatorio de esa norma, que continuará aplicándose como tal entre el Estado o la organización autor de la reserva y los demás Estados u organizaciones internacionales.²²

20. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23/05/1969, art. 71.

21. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23/05/1969, art. 71.

22. Comisión de Derecho Internacional, Informe del período 63° de sesiones, p.517, punto 4.4.3.

Y que "una reserva no puede excluir ni modificar los efectos jurídicos de un tratado de manera contraria a una norma imperativa de derecho internacional general".²³

Las normas de *jus cogens* producen efectos, además, en la responsabilidad del Estado. Los artículos del proyecto de la CDI sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos contienen algunas consecuencias específicas en caso de la violación de una norma de *jus cogens*. Una de ellas se encuentra en el artículo 26 que establece que las circunstancias que excluyen la ilicitud de un acto no serán aplicables para excluir la ilicitud de un acto contrario a una norma de *jus cogens*.

Por otro lado, en el artículo 41 del mismo instrumento, se enuncian consecuencias particulares que emergen de la violación grave de una norma imperativa de derecho internacional general. Así se establece primero que "los Estados deben cooperar para poner fin, por medios lícitos, a toda violación grave en el sentido del artículo 40"²⁴ y que "ningún Estado reconocerá como lícita una situación creada por una violación grave en el sentido del artículo 40, ni prestará ayuda o asistencia para mantener esa situación."²⁵ Sin perjuicio de las consecuencias particulares, también se aplican las demás consecuencias jurídicas, enunciadas en el proyecto, que nacen de un hecho internacionalmente ilícito.

Es menester recalcar que las consecuencias particulares del artículo 41 están basadas en la relación entre las normas de *jus cogens* y las obligaciones *erga omnes*.²⁶ Es generalmente aceptado que todas las normas de *jus cogens* tienen efectos *erga omnes*, esto quiere decir que, son obligaciones que los Estados tienen con relación a toda la comunidad internacional y por ello se puede considerar que todos tienen un interés legal en su protección.²⁷ Entonces, el elemento crucial de las obligaciones del mencionado artículo es que extiende la responsabilidad por el incumplimiento de una

23. Comisión de Derecho Internacional, Informe del período 63° de sesiones, p. 517, punto 4.4.3.

24. AGNU, AG/56/83, 12/12/2001.

25. AGNU, AG/56/83, 12/12/2001.

26. Las normas *erga omnes* son normas que, en caso de ser violadas, dan lugar a un derecho general de legitimación –entre todos los Estados sujetos a esas normas– para hacer reclamaciones en el ámbito internacional. BYERS, "Conceptualising the Relationship between Jus Cogens...", p. 211.

27. CIJ, "Case concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited".

obligación, es decir, se aplica más allá del Estado que incumplió y el Estado perjudicado por el incumplimiento pudiendo un tercer Estado reclamar el incumplimiento.²⁸

Podemos encontrar que las normas de *jus cogens* producen efectos también en las normas consuetudinarias, en los actos unilaterales y resoluciones de organizaciones internacionales y el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.²⁹

Si se hace un paralelismo de lo mencionado supra, con las consecuencias previstas en caso de violación de una norma dispositiva en los mismos ámbitos o instrumentos, se destaca el hecho de que, en el caso de violación de una norma de *jus cogens*, se aplicarán, además de las consecuencias previstas para el incumplimiento de una norma dispositiva del derecho internacional, consecuencias específicamente previstas para el incumplimiento de una norma imperativa, pudiendo afirmar entonces que, en la teoría existen consecuencias distintas en caso de violación de una norma de *jus cogens*.

V. LAS NORMAS DE *JUS COGENS* EN LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

La legitimación para determinar la existencia de normas *jus cogens*, ha quedado en manos de los órganos judiciales. Son los jueces internacionales quienes evalúan la formación de la norma consuetudinaria y que su contenido haya sido reconocido y aceptado por la comunidad de Estados en su conjunto como una norma que no admite acuerdo en contrario.³⁰

Es sabido que la Corte Internacional de Justicia se ha cuidado mucho en su jurisprudencia en la utilización de la palabra "*jus cogens*". Sin embargo, ha reconocido en algunas de sus sentencias el carácter de *jus cogens*

28. Comisión de Derecho Internacional, Special Rapporteur Dire Tladi, third report on peremptory norms of general international law (*jus cogens*), p. 40.

29. Al respecto ver el Tercer reporte sobre normas imperativas del derecho internacional general escrito en el marco de la Comisión de Derecho Internacional por el Relator Especial Dire Tladi.

30. PINTO, "El *ius cogens* en la jurisprudencia internacional", pp. 3-4. Así como tenemos esta opinión, otros entienden que la facultad de identificar una norma como *jus cogens* parece haberse ampliado más allá de la jurisprudencia internacional y la práctica de los Estados a la doctrina jurídica. CONTRERAS-GARDUNO, D. & ALVAREZ-RIO, I., "A barren effort? The jurisprudence of...", p. 116.

de algunas normas como por ejemplo la prohibición del genocidio,³¹ la prohibición de la tortura³² o la prohibición del uso de la fuerza.³³

Por otro lado, puesto que nos encontramos bajo la competencia territorial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es pertinente mencionarla como ejemplo de otro tribunal que a diferencia de la Corte Internacional de Justicia ha sido más laxo con la referencia de una norma como imperativa. Puede afirmarse que ha contribuido mucho a la evolución conceptual del *jus cogens* y al desarrollo de su contenido material. Debe recordarse, igualmente, que la consolidación de determinadas normas como de *jus cogens* en el contexto de un sistema regional debe interpretarse dentro de su propio marco convencional y dentro de su ámbito de aplicación territorial, personal y material.³⁴ Un ejemplo de su criterio más abarcativo puede verse en su Opinión Consultiva número 18 donde ha afirmado que el principio de igualdad y no discriminación reviste carácter de norma imperativa puesto que sobre el mismo se erige todo el andamiaje jurídico tanto en el orden público nacional como internacional y hoy no se admiten conductas jurídicas que lo contradigan.³⁵

Ahora, quiero dejar de lado aquellos casos en los que se alega la violación de una norma de *jus cogens* y que los tribunales declaren admisibles y dictan sobre el fondo. Sobre la base de lo desarrollado en este trabajo, me parece más interesante y relevante enfocarme en aquellos casos en los que ya sea porque prima el principio de inmunidad de jurisdicción o la Corte

31. CIJ, "Case concerning armed activities on the territory of the Congo", parr. 64: "the same applies to the relationship between peremptory norms of general international law (*jus cogens*) and the establishment of the Court's jurisdiction: the fact that a dispute relates to compliance with a norm having such a character, which is assuredly the case with regard to the prohibition of genocide...".

32. CIJ, "Questions relating to the obligation to prosecute or extradite", parr. 99: "In the Court's opinion, the prohibition of torture is part of customary international law and it has become a peremptory norm (*jus cogens*)".

33. GREEN, "Questioning the peremptory status of the prohibition of the use of force", p. 223.

34. ROHR, La responsabilidad internacional del Estado por violación al *jus cogens*, p. 52.

35. PINTO, "El *jus cogens* en la jurisprudencia internacional", pp. 20-21. Otros ejemplos de normas que han sido entendidas como pertenecientes al *jus cogens* son el derecho a la vida, la prohibición contra las violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos los derechos, el crimen de desaparición forzada, el derecho de acceso a la justicia, entre otras. CONTRERAS-GARDUNO, D. & ALVAREZ-RIO, I., "A barren effort? The jurisprudence of..." p.121.

Internacional de Justicia no tiene jurisdicción para entender en el caso, el tribunal no se pronuncia respecto a la alegada violación de una norma que se ha aceptado que tiene el estatus de *jus cogens*.

V.A. Caso de estudio: las normas de *jus cogens* y la inmunidad de jurisdicción

Teniendo en cuenta lo visto precedentemente propongo analizar el valor de las normas de *jus cogens* frente al principio de inmunidad de jurisdicción en las controversias internacionales.

El concepto de soberanía es el principio de derecho internacional que motiva a la inmunidad de jurisdicción de los Estados y se sustenta en el principio de igualdad jurídica soberana de los Estados. Ahora, ¿el hecho de que en una controversia se alegue la violación de normas de *jus cogens* puede hacer ceder dicho principio? La jurisprudencia mayoritaria parecería indicar que no. Hay unos pocos casos en los que se priorizó el estatus de *jus cogens* de una norma por sobre la inmunidad de jurisdicción, pero fueron casos de cortes nacionales que al llegar a la Corte Internacional de Justicia esta afirmó que la inmunidad de jurisdicción debía prevalecer.³⁶

V.A.I. Caso Inmunidades jurisdiccionales del Estado (Alemania contra Italia: intervención de Grecia)

En el referido caso resuelto por la Corte Internacional de Justicia con fecha 3 de febrero de 2012, la República Federal de Alemania presentó una demanda contra la República Italiana solicitando a la Corte que declare que Italia no había respetado la inmunidad jurisdiccional de la que goza Alemania en virtud del derecho internacional al permitir que se presentaran reclamaciones civiles contra ella ante los tribunales italianos para

36. DIACONU, "Jus Cogens — Developments in International Law". En el caso *Voitotia v. República Federal Alemana* la Corte de Primera Instancia de Leivadia afirmó que los actos perpetrados por Alemania fueron crímenes de lesa humanidad violatorios de las normas imperativas de derecho internacional, por lo que no pueden acogerse a la inmunidad del Estado. Y en el caso *Ferrini v. Alemania*, la Corte de Casación Italiana rechazó la excepción de la inmunidad jurisdiccional del Estado por su inaplicabilidad en el caso de los crímenes de lesa humanidad, debido a la preeminencia de las normas *jus cogens*, consideradas como superiores.

obtener reparación por los daños causados por las violaciones del derecho internacional humanitario cometidas por el Tercer Reich durante la Segunda Guerra Mundial. Además, Alemania pidió a la Corte que declarara que Italia también había violado la inmunidad de Alemania al adoptar medidas de coerción contra Villa Vigoni, propiedad del Estado alemán situada en territorio italiano. Por último, Alemania pidió al Tribunal que declarara que Italia había violado la inmunidad jurisdiccional de su Estado al declarar ejecutables en Italia las decisiones de los tribunales civiles griegos dictadas contra Alemania sobre la base de actos similares a los que habían dado lugar a las reclamaciones presentadas ante los tribunales italianos. La República alemana se refirió en particular a la sentencia dictada contra ella en relación con la masacre cometida por las fuerzas armadas alemanas durante su retirada en 1944, en el pueblo griego de Distomo en el caso Distomo.³⁷

Por su lado, Italia sostiene que los actos que dieron lugar a las demandas constituían violaciones graves de los principios de derecho internacional aplicables frente a un conflicto armado, equivalentes a crímenes de guerra y de lesa humanidad. Afirma también que las normas de derecho internacional infringidas por esos actos eran normas imperativas (*jus cogens*). Italia aduce, por otro lado, que, dado que a los demandantes se les habían denegado todas las demás formas de reparación, el ejercicio de la competencia de los tribunales italianos era necesario como medida de última instancia. De hecho, en el juicio oral Italia adujo que los tribunales habían tenido derecho a denegar la inmunidad a Alemania a causa del efecto combinado de los tres factores mencionados supra.³⁸

Resumidamente la Corte concluye que Italia ha incumplido su obligación de respetar la inmunidad de la que goza Alemania en virtud del derecho internacional al: permitir que se interpongan ante sus tribunales demandas civiles fundadas en violaciones del derecho internacional humanitario cometidas por el Reich alemán entre 1943 y 1945; al adoptar medidas coercitivas contra Villa Vigoni y al declarar ejecutables en Italia las decisiones de tribunales griegos basadas en violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en Grecia por el Reich alemán.³⁹

37. ONU, "Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas...", pp. 300-317.

38. ONU, "Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas...", pp. 300-317.

39. ONU, "Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas...", pp. 300-317

El problema que encuentro con este fallo es que se denunció la violación de normas imperativas o *jus cogens*, las cuales según lo visto precedentemente deberían tener jerarquía sobre las demás normas dispositivas del derecho internacional, sean de fuente consuetudinaria o convencional. A pesar de ello, podemos observar en la mayoría de la jurisprudencia al presente una tendencia a hacer prevalecer la inmunidad de jurisdicción del Estado o de funcionarios del Estado por sobre la alegada violación de normas que inequívocamente se acuerda que han adquirido carácter de *jus cogens*.⁴⁰ Además, esto genera la imposibilidad de acceder a la justicia primando la impunidad de actos antijurídicos cuando es lo opuesto lo que debería ocurrir. Las violaciones de normas de *jus cogens* deberían provocar la eliminación de las reivindicaciones de inmunidad del Estado para que se pueda hacer justicia tanto en sede nacional como en sede internacional.

Tampoco puede alegarse, que actuaciones del Estado como las que se leen en este caso son actos *iure imperii*. Los crímenes internacionales no son ni actos *iure imperii* ni actos *iure gestionis*, un crimen es un crimen independientemente de quién lo cometa.⁴¹ Los actos descritos son violaciones graves a derechos humanos, se tratan de conductas antijurídicas que no pueden ser tapadas por el Estado. Los Estados no pueden pretender escudarse en la inmunidad de jurisdicción cuando indiscriminadamente violan derechos fundamentales de los seres humanos que habitan bajo su jurisdicción.⁴² No debería haber inmunidad frente violaciones graves de derechos humanos, del derecho internacional humanitario, de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad.

V.B. Caso de estudio: jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia

Otra dimensión para analizar es el caso en que un Estado alegue la violación de una norma de *jus cogens* por parte de otro Estado y pretenda buscar la resolución del conflicto en una instancia jurisdiccional internacional. Si las partes aceptaron la competencia de la Corte para entender

40. Por ejemplo: Corte Europea de Derechos Humanos, "Al Adsani vs. Reino Unido"; CIJ, Caso "Arrest Warrant"; Corte Europea de Derechos Humanos, "Kalogeropoulos et al. vs. Grecia y Alemania".

41. CIJ, "Jurisdictional Immunities of the State case", parr. 179-181.

42. CIJ, "Jurisdictional Immunities of the State case", parr. 129.

en la controversia el tribunal podrá analizar el fondo y, en el caso de que encuentre al Estado demandado como responsable, podrá ordenar alguna forma de reparación.⁴³ Pero, puede ocurrir también, como veremos a continuación que, el caso no sea declarado admisible y la Corte no pueda pronunciarse respecto de la alegada violación de una norma de *jus cogens*.

V.B.I. Caso concerniente a actividades armadas en el territorio de Congo⁴⁴ (República Democrática del Congo contra la República de Ruanda)

En este caso, la República Democrática del Congo inició un procedimiento contra la República de Ruanda denunciando serias violaciones de derechos humanos y de derecho internacional humanitario que alegan fueron cometidas en violación a la Carta Internacional de Derechos humanos y otros instrumentos internacionales relevantes. En su memorial, la República Democrática del Congo denunció que esas violaciones de derechos humanos resultaron de actos armados de agresión perpetrados por Ruanda en su territorio en violación también de la soberanía e integridad territorial garantizada por la Carta de las Naciones Unidas.⁴⁵

Para justificar la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia, la República Democrática del Congo invocó las cláusulas compromisorias de varios tratados, entre ellos el artículo IX de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (en adelante "la Convención"). Todos los artículos que invocó para justificar la jurisdicción de la Corte fueron rechazados por la misma y por ello el caso fue declarado inadmisibles, pero, es interesante el análisis de los argumentos que formuló la República Democrática del Congo respecto de la Convención de Genocidio.

El argumento que me parece relevante es aquél que refiere a la invalidez de la reserva de Ruanda al artículo IX de la mencionada Convención. La República Democrática alegó que la Convención del Genocidio es aplicable a todos los Estados, incluido Ruanda, puesto que contiene normas de *jus cogens* y que, de acuerdo con el espíritu del artículo 53 de la Convención de Viena, la reserva de Ruanda sería nula puesto que busca evitar

43. Satisfacción, restitución o compensación pecuniaria. Conforme a: AGNU, AG/56/83, 12/12/2001.

44. En adelante "caso actividades armadas".

45. CIJ, "Case concerning armed activities on the territory of the Congo", p. 10.

que la Corte cumpla con su misión de proteger las normas imperativas del derecho internacional. Además, agregó que es inválida también porque es incompatible con el objeto y fin de la Convención, puesto que el efecto es el de excluir a Ruanda de cualquier mecanismo para perseguir el crimen de genocidio y el objeto y fin de esta es justamente la eliminación de la impunidad de los Estados que cometan este crimen.⁴⁶

La Corte entendió que el carácter de *jus cogens* de una norma y el establecimiento de la jurisdicción de la Corte, que depende del consentimiento del Estado, son dos cosas distintas. El hecho de que una disputa se refiera al cumplimiento de una norma de tal carácter, que la Corte aseguró que es el caso de la prohibición de genocidio, no puede por sí sola proveer una base para la jurisdicción de esta para resolver la disputa. De acuerdo con el Estatuto de la Corte, esta sólo tiene jurisdicción respecto de los Estados que hayan prestado su consentimiento.⁴⁷ Y en cuanto a la validez de la reserva, manifestó que la misma es válida y no es incompatible con el objeto y fin del tratado, puesto que únicamente excluye la jurisdicción de la Corte en caso de una controversia sin afectar obligaciones sustantivas.⁴⁸

El argumento de que los Estados deben consentir a la jurisdicción de una Corte Internacional tiene sustento convencional y en el principio de igualdad soberana de los Estados. Sin embargo, creo que el razonamiento de la República Democrática del Congo no es tan errado. La reserva de Ruanda excluye un mecanismo de control respecto de la comisión de un genocidio y termina frustrando el objeto y fin de la Convención ilustrado en el artículo I del instrumento que es prevenir y sancionar el delito de genocidio y esto abarca la posibilidad de que se considere responsable a un Estado cuando se compruebe que ha incumplido sus obligaciones en virtud de la Convención. Porque ¿cuál sería el sentido de prohibir el genocidio y entender que es una norma con el estatus de *jus cogens*, si llegado el caso en el que se comete no se tiene un mecanismo para asegurar que el crimen no quede impune? El artículo IX es crucial para poder cumplir con el objeto y el propósito de la Convención, ya que es la única vía para adjudicar la responsabilidad de los Estados. Prohibir una conducta sin tener un mecanismo que permita exigirla, habla de una

46. CIJ, "Case concerning armed activities on the territory of the Congo", pp. 27-28.

47. CIJ, "Case concerning armed activities on the territory of the Congo", p. 30.

48. CIJ, "Case concerning armed activities on the territory of the Congo", p. 30.

gran falla en el derecho internacional. La existencia de tratados internacionales que prohíben ciertas conductas a los Estados y los obligan a garantizar determinados derechos fundamentales a los individuos suena muy noble, pero si esta premisa no viene acompañada de un mecanismo jurisdiccional que analice una denuncia de violación de una norma y permita exigir coactivamente que el Estado cumpla con aquello a lo que está obligado –sea por un tratado, costumbre o porque la norma tiene estatus de *jus cogens*– creo que convierte al tratado en una linda teoría que no podrá jamás ser correctamente llevada a la práctica.

VI. CONCLUSIÓN

De lo desarrollado es claramente visible que se han previsto consecuencias específicas aplicables en el caso de violación de una norma de *jus cogens*, diferenciándose en esto con las normas dispositivas. Es decir, el impacto legal de ir contra una norma de *jus cogens* en la teoría es claramente notable. Además, la regulación diferenciada de las normas imperativas pone de resalto también la jerarquía que tienen por sobre las normas dispositivas.

Por otro lado, en cuanto al *jus cogens* en las controversias internacionales, en aquellos casos declarados admisibles por los tribunales, la mención de una norma como perteneciente al *jus cogens*, mayormente se utiliza para darle “más fuerza” al argumento, pero no más que eso. Los tribunales resuelven como resolverían la violación de cualquier otra norma de derecho internacional que se alega violada. Como contraposición, hay casos donde se ha alegado la violación de normas de *jus cogens* y el caso se ha declarado inadmisibile, haciendo prevalecer otra norma por sobre la norma imperativa o, declarado admisible también ha prevalecido una norma dispositiva, no haciendo diferencia el hecho de que se denunció la violación de una norma imperativa. Estos últimos son, por ejemplo, los casos analizados *supra* y, los que considero merecen una mayor reflexión.

Si la doctrina mayoritaria y los jueces de un tribunal frente a una controversia aceptan que una determinada norma tiene el estatus de *jus cogens*, se está reconociendo que esta norma es jerárquicamente superior a cualquier otra norma dispositiva del derecho internacional, sea general o particular, consuetudinaria o convencional. Justamente y como ya vimos, esta es una característica distintiva de las normas de *jus cogens*: que tienen jerarquía

por sobre otras normas del derecho internacional –salvo que también tengan dicho estatus– y las invalidan. Entonces en el caso de un conflicto entre una norma de *jus cogens* y cualquier norma dispositiva del derecho internacional, la primera debería prevalecer y, la consecuencia de ello será que la norma dispositiva no producirá aquellos efectos legales que se encuentren en contradicción con el contenido de la norma imperativa.⁴⁹

Siguiendo esta lógica, la aceptación de que cierta norma tiene el estatus de *jus cogens*, implica que el Estado que fue acusado de violar una norma imperativa, no puede válidamente escudarse invocando una norma jerárquicamente inferior como es la inmunidad de jurisdicción para evitar las consecuencias de la ilegalidad de su actuación. La inmunidad de jurisdicción no debe proceder puesto que, al entrar en conflicto con una norma imperativa de derecho internacional, que es jerárquicamente superior, no puede producir efectos legales.⁵⁰

Por otro lado, también constituye un problema el caso de actividades armadas. La mayoría de la Corte entendió que el carácter de *jus cogens* de una norma y el establecimiento de la jurisdicción de la Corte, que depende del consentimiento del Estado, son dos cosas distintas. Sin embargo, considero que no se hizo un correcto análisis de la reserva de Ruanda a la luz del objeto y fin de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio. El objeto y fin de la Convención es, como su título lo indica, la prevención y sanción del delito de genocidio, lo que incluye poder atribuir responsabilidad a un Estado cuando se compruebe que ha incumplido con sus obligaciones en virtud de la Convención. El artículo IX es la única disposición de la Convención que aborda la cuestión de la responsabilidad del Estado y contempla que las controversias relativas a actos de genocidio o a la responsabilidad del Estado por tales actos, se remitirán a la Corte y, en el caso de que se encuentre que aquel Estado es responsable de violar la Convención, deberá rendir cuentas a la Corte por su conducta.⁵¹ El artículo IX es, entonces, crucial para el cumplimiento del objeto y fin de la Convención, puesto que, como se dijo antes, es la única vía jurisdiccional para adjudicar responsabilidad a un Estado. Negarle a la Corte esta función no sólo le impide interpretar o aplicar la Convención, sino también, investigar

49. TEDH, "Case of Al-Adsani v. United Kingdom", p. 29.

50. TEDH, "Case of Al-Adsani v. United Kingdom", p. 30.

51. CIJ, "Case concerning armed activities on the territory of the Congo", p. 55.

las controversias que surjan entre partes contratantes relativas a la responsabilidad de un Estado por los actos enumerados en el artículo III. Por lo tanto, esta reserva no estaría en línea con el cumplimiento del objeto y fin de la Convención: prevenir y sancionar el delito de genocidio.

Se argumentó también que la República Democrática del Congo no había objetado la reserva de Ruanda, pero en concordancia con el juez Koroma en su opinión disidente, considero que la falta de objeción de un Estado no debería ser considerada determinante en el contexto de un tratado relativo a derechos humanos como lo es la Convención, puesto que estos tratados no se basan en la reciprocidad entre Estados, sino que cumplen el propósito de dotar de derechos a los individuos y así protegerlos.⁵²

Para cerrar, concluyo que el hecho de alegar la violación de una norma de *jus cogens* no siempre hace una diferencia en el marco de una controversia internacional, puesto que como vimos a lo largo del trabajo, a pesar de que las normas de *jus cogens* tengan jerarquía por sobre las normas dispositivas y consecuencias específicamente previstas para su violación, hay casos en los que los tribunales no analizarán ni se pronunciarán sobre el fondo del asunto, dejando desprotegido el posible derecho violado.

BIBLIOGRAFÍA

- Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, AG/56/83, Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, 12/12/2001.
- BYERS, Michael, "Conceptualising the Relationship between *Jus Cogens* and *Erga Omnes* Rules", en *Nordic Journal of International Law*, 1997, Vol. 66, Issues 2-3, pp. 211-240.
- Comisión de Derecho Internacional, Informe del período 63º de sesiones, 26/04/2011 al 03/06/2011 y 4/07/2011 al 12/08/2011.
- Comisión de Derecho Internacional, Special Rapporteur Dire Tladi, First report on *jus cogens*, 02/05/2016 al 10/06/2016 y 04/07/2016 al 12/08/2016, Sixty-eighth session, Ginebra.
- Comisión de Derecho Internacional, Special Rapporteur Dire Tladi, Second report on *jus cogens*, 1/05/2017 al 2/06/2017 y 3/07/2017 al 04/08/2017, Sixty-ninth session, Ginebra.

52. CIJ, "Case concerning armed activities on the territory of the Congo", p. 56.

- Comisión de Derecho Internacional, Special Rapporteur Dire Tladi, Third report on peremptory norms of general international law (*jus cogens*), 30/04/2018 al 1/06/2018 y 2/07/2018 al 10/08/2018, Seventieth session, Ginebra.
- CONTRERAS-GARDUNO, Diana. & ALVAREZ-RIO, Ignacio, "A barren effort? The jurisprudence of the Inter American Court of Human Rights on *Jus Cogens*", URL <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r34038.pdf>, consultado el 26/07/2020.
- Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23/05/1969, Viena, Austria, e.v. 27/01/1980, *UNTS III5:331*.
- Corte Internacional de Justicia, "Case concerning armed activities on the territory of the Congo" (Democratic Republic of Congo v. Rwanda), 03/02/2006.
- Corte Internacional de Justicia, "Case concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited", Belgium v. Spain, 05/02/1970.
- Corte Internacional de Justicia, "Jurisdictional Immunities of the State case", Germany v. Italy: Greece intervening, 03/02/2012, Dissenting opinion of judge Augusto Cançado Trindade.
- Corte Internacional de Justicia, "Questions relating to the obligation to prosecute or extradite", Belgium v. Senegal, 20/07/2012.
- DIACONU, Ion, "*Jus Cogens* — Developments in International Law", en *Romanian Journal of International Law* 36, 2016, Vol. 16, pp. 36-49.
- FOCARELLI, Carlo, "Promotional *Jus Cogens*: A Critical Appraisal of *Jus Cogens* Legal Effects", en *Nordic Journal of International Law*, 2008, Vol. 77, pp. 429-459.
- GREEN, James A., "Questioning the peremptory status of the prohibition of the use of force" en *Michigan Journal of International Law*, 2011, Vol. 32, Issue 2, p. 215.
- KADELBACH, Stefan, "*Jus Cogens*, Obligations Erga Omnes and Other Rules — The Identification of Fundamental Norms", en TOMUSCHAT, Christian & THOUVENIN, Jean M. (eds.), *The Fundamental Rules of the International Legal Order*, Martinus Nijhoff, 2006, Boston.
- Organización de las Naciones Unidas, "Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia 2008—2012", 2015, URL <https://www.icj-cij.org/public/files/summaries/summaries-2008-2012-es.pdf>, consultado el 15/06/20.
- PINTO, Mónica, "El ius cogens en la jurisprudencia internacional", en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 2012, pp. 3-21.

ROHR, Aldana, *La responsabilidad internacional del Estado por violación al jus cogens*, SGN Editora, 2015, Buenos Aires.

SHELTON, Dinah, “Sherlock Holmes and the mystery of *ius cogens*”, en *Netherlands Yearbook of International Law*, 2015, Vol. 46, pp. 23-50.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, “Case of Al—Adsani v. United Kingdom”, 21/11/2001, joint dissenting opinion of Judges Rozakis and Caflisch joined by Judges Wildhaber, Costa, Cabral Barreto and Vajić.

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

DERECHOS LGBTIQ+ EN ESTADOS UNIDOS: LA NARRATIVA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA EN MATERIA DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN*

JUAN MARTIN ALMEJÚN**

Resumen: En este trabajo nos enfocaremos en transcribir y traducir los hechos y argumentos que dieron sustento a las sentencias *Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission* y *Bostock v. Clayton County, Georgia* a los fines de efectuar algunas reflexiones acerca de la narrativa de la Corte Suprema de los Estados Unidos y el carácter simbólico de sus decisiones en materia de derechos LGBTIQ+. Además, analizaremos la incidencia de estas sentencias en la lucha del movimiento y evaluaremos en comparativa el cambio de narrativa que ha tenido el tribunal en ambas resoluciones. Finalmente, examinaremos sucintamente las oportunidades políticas y legales actuales y a futuro en la materia.

Palabras clave: derechos lgbt — lgbtiq+ — igualdad — no discriminación — libertad

Abstract: In this paper, we will focus on transcribing and translating the facts and arguments that sustain the cases *Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission* and *Bostock v. Clayton County, Georgia* to provide some reflections on the narrative of the United States Supreme Court and their impact in the LGBTIQ+ rights. Also, we will analyze the consequences of the sentences and what they represent for the movement's struggle. Besides, we will see the changes in the Court narrative in each sentence and we will compare them. Finally, the current and future political and legal opportunities in

* Recepción del original: 09/07/2020. Aceptación: 27/08/2020.

** Abogado graduado de la Universidad Nacional de Mar del Plata (UNMdP). Maestrando en Derecho con orientación en Derecho Constitucional y Derechos Humanos en la Universidad de Palermo (UP). Me desempeñé como Ayudante de Segunda en el Departamento de Filosofía de la UBA en la asignatura Teoría General del Derecho y actualmente trabajo en el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

this subject will be briefly examined.

Keywords: lgbt rights — lgbtiq+ — equality — non-discrimination — freedom

I. INTRODUCCIÓN

El movimiento LGBTIQ+ atraviesa un momento muy particular en diferentes partes del globo. Mientras que en algunos países se dan avances considerables por vía legislativa o judicial en términos de conquistas de derechos y protecciones legales para el colectivo, en otros se evidencia un estado de alerta frente a señales de retroceso.

Este fenómeno no es circunstancial, responde a un proceso de crecimiento en cadena de brotes conservadores que han adquirido con el tiempo capacidad organizativa hasta conquistar democráticamente el poder. Estados Unidos no ha sido ajeno a este fenómeno.

La Corte Suprema de Justicia de los EE. UU. ha reconocido en el año 2015 el matrimonio entre personas del mismo sexo a través del fallo *Obergefell v. Hodges*, que ha sentado un precedente histórico en términos de igualdad para la comunidad. Sin embargo, tres años después la Corte ha resuelto en junio de 2018 el fallo *Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission* cuyo contenido desalentó las expectativas existentes en lo que respecta al progreso de políticas para la igualdad en Norteamérica.

Esa sentencia llegó en un contexto alarmante. Desde el cambio de administración, con la asunción de Donald Trump que puso fin a ocho años de gobierno demócrata, la hostilidad hacia la comunidad LGBTIQ+ de Estados Unidos aumentó considerablemente.

En un clima de intolerancia y discriminación a las minorías, habilitado por el presidente electo, se repitieron ataques directos contra la comunidad. A modo de ejemplo podemos mencionar la decisión gubernamental de exigir el casamiento de diplomáticos extranjeros, funcionarios y empleados de las Naciones Unidas con sus parejas del mismo sexo para concederles el visado de ingreso y permanencia al país, lo que —en un mundo donde sólo treinta países reconocen el matrimonio igualitario— representa un enorme problema que sólo puede resolverse mediante el

casamiento –cuando exista la posibilidad en el país de origen– la separación o la renuncia.¹

En la misma línea, el presidente Trump ha llevado adelante una afrenta contra las personas transgénero. Ha intentado excluirlas de ingresar a las Fuerzas Armadas, decisión que según la Corte Suprema es potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo –se impuso la mayoría conservadora de 5 votos contra 4–, pero que se espera sea analizada en profundidad cuando lleguen las causas judiciales aún en proceso al tribunal superior estadounidense.²

En otro episodio de esta guerra declarada por la actual administración, el Departamento de Salud ha solicitado a las dependencias estatales una política clara respecto a la definición del género de las personas desde una perspectiva biologicista, es decir, a través de la determinación de los genitales que el individuo tiene al nacer. Este criterio, abandonado en el gobierno Obama porque hacía peligrar el acceso a planes del gobierno federal de miles de ciudadanos y ciudadanas trans del país, fue derogado judicialmente por un tribunal federal en octubre de 2019.

Para graficar aún más la situación, la Coalición Nacional de Programas Antiviolenencia publicó un escalofriante informe denominado *A crisis of hate* en el cual acreditó que en el 2017 aumentaron considerablemente los asesinatos de personas LGBTIQ+ en los Estados Unidos. Entre los datos reportados se destaca que el 71 % de las víctimas han sido de color, mayoritariamente personas trans, *queer*, bi y hombres gay cisgénero. El 59 % de las víctimas ronda entre los 19 y 35 años y el 53 % de los asesinatos han sido con armas.³

Con ese marco de fondo, la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos resolvió en 2018 el resonante caso de discriminación contra una pareja del mismo sexo de una forma inesperada que ocasionó consternación y preocupación en las filas del movimiento LGBTIQ+, un sentimiento que compartimos.

En las siguientes páginas nos enfocaremos en transcribir y traducir los hechos y argumentos que dieron sustento a la sentencia *Masterpiece*

1. Desde el gobierno alegaron, con el fin de justificar el perjuicio ocasionado, que esa medida buscó adecuar la normativa migratoria al fallo *Obergefell v. Hodges*.

2. Ver New York Times, “Supreme Court Revives Transgender Ban for Military Service”, 22 /01/ 2019.

3. National Coalition of Anti-violence Programs (NCAVP). “A Crisis of Hate: A Report...”.

Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission a los fines de efectuar algunas reflexiones acerca de la narrativa de la Corte y el carácter simbólico de su decisión. Seguidamente, se procurará indagar si la sentencia representó un revés para la lucha de la comunidad LGBTIQ+ y se evaluará en comparativa el cambio de narrativa que ha tenido el tribunal en el reciente fallo *Bostock v. Clayton County, Georgia* que evidencia un precedente positivo para las conquistas del movimiento social en análisis. Finalmente, esbozaremos algunos comentarios respecto a las oportunidades políticas y legales actuales y a futuro para el colectivo.

II. MASTERPIECE CAKESHOP V. COLORADO CIVIL RIGHTS COMMISSION

En la sentencia que se dictó por 7 votos a favor y 2 en contra, la Corte Suprema se preguntó si estaban en juego tres valores esenciales protegidos constitucionalmente: la libertad de expresión, la libertad religiosa y la no discriminación por orientación sexual.

Los hechos de la controversia comenzaron en el año 2012 cuando una pareja del mismo sexo visitó la tienda *Masterpiece Cakeshop*, una pastelería en Colorado, para averiguar por una torta para la recepción de su fiesta de casamiento. Para sorpresa de los futuros esposos, el vendedor y dueño del negocio les dijo que no les haría la torta para su boda dado que su religión se oponía al matrimonio entre personas del mismo sexo. En aquél entonces, el matrimonio igualitario no era legal en el Estado de Colorado.

Ante esta situación, la pareja presentó cargos ante la Comisión de Derechos Civiles de Colorado –en adelante, “la Comisión”– alegando discriminación por su orientación sexual, lo que representa una violación a la Ley contra la Discriminación de Colorado –*Colorado Anti-Discrimination Act*, en adelante, “CADA” por sus siglas en inglés–.

Al momento de resolver la cuestión, la Comisión determinó que el accionar de la tienda violaba la ley y falló a favor de la pareja. Los Tribunales del Estado de Colorado confirmaron el fallo y ordenaron su ejecución. Habiendo apelado el pastelero, la causa llegó a la Corte Suprema para que determine si la decisión de la Comisión violó la Constitución estadounidense.

El dueño del comercio, Jack Phillips, ostentaba 24 años de experiencia en su profesión y se reputaba como un devoto cristiano. Para él, realizar una torta para parejas del mismo sexo era equivalente a participar en la

celebración de un acto que es contrario a sus más profundas creencias y desde esa idea elaboró su defensa.

En otro extremo, Charlie Craig y Dave Mullins estaban entusiasmados con la idea de ir un paso más allá en su relación y contraer matrimonio. Como en Colorado aún no era legal la unión para personas del mismo sexo, pensaron casarse en Massachusetts. No obstante, la recepción y fiesta se realizaría en Denver. La pareja recurrió al local *Masterpiece Cakeshop* junto con la madre de Craig y le comentaron a Phillips el evento para el que era destinado el producto, no llegando a entrar en detalles sobre ningún tipo de diseño o forma que buscaban para el pastel, dado que él les informó sin mayores vueltas su postura y les aclaró: “Les haré sus tortas de cumpleaños, del *baby shower*, les venderé galletas y brownies, pero simplemente no realizo tortas para casamientos de personas del mismo sexo”.⁴ La pareja se retiró consternada y sin protestar.

Publicada la sentencia de la Corte Suprema, podemos advertir en primer lugar que ha sido el voto del juez Anthony Kennedy el que expresó la opinión mayoritaria del cuerpo. A él se sumaron (en votos concurrentes) los jueces Roberts, Breyer, Alito, Kagan, Gorsuch y Thomas.

Kennedy, que había tenido un rol fundamental para inclinar la balanza a favor del matrimonio entre personas del mismo sexo en la causa *Obergefell v. Hodges*, concluyó que era pertinente darle la razón a Jack Phillips debido a los motivos que a continuación relataremos.

Para el magistrado, la Ley contra la Discriminación de Colorado carga con la antigua tradición de ese Estado en prohibir la discriminación en espacios públicos.⁵ La norma ha sido modificada en 2007 y 2008 a los fines de ampliar la prohibición de discriminación por motivos de orientación sexual, estado civil, nacionalidad de origen, discapacidad, credo, color, en el uso y goce de bienes y servicios, facilidades, privilegios, ventajas o instalaciones en lugares de uso público.⁶

4. SCOTUS, “*Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission*”, voto Juez Kennedy, p. 4.

5. Técnicamente, el fallo refiere a *public accommodations* que para la ley de los Estados Unidos refiere a instalaciones utilizadas por el público. Son alcanzadas por esta definición las instituciones educativas, clubes recreativos, tiendas comerciales o baños públicos, entre otros. La Ley contra la Discriminación de Colorado las define como “lugar o negocio dedicado a cualquier venta al público y cualquier lugar que ofrezca servicios al público”.

6. SCOTUS, “*Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission*”, voto Juez Kennedy, p. 5.

Administrativamente, la Comisión tiene ciertos límites. Si comprueba que un acto violó la CADA, puede imponer ciertos remedios –no indemnizaciones ni penas monetarias– para subsanar la trasgresión realizada y así lo hizo con Phillips quien apeló la decisión.

Dadas las circunstancias, para Kennedy la cuestión radicaba en determinar si se avasalló la libertad de expresión y la libertad religiosa del pastelero, protegidas ambas en la Primera Enmienda de la Constitución, al entender que él estaba obligado a usar sus talentos artísticos para expresar un mensaje con el que no estaba de acuerdo, es decir, el acto en sí y un mensaje de aval a la decisión de celebrar en otro Estado el casamiento. En esa línea, condenarlo a crear tortas para casamientos de parejas del mismo sexo podría también significar una violación al derecho al libre ejercicio de la religión también protegido por la carta magna.

Según su interpretación, las objeciones religiosas y filosóficas al matrimonio gay son perspectivas protegidas y, en algunos casos, formas de expresión que resguarda el texto constitucional. Como había manifestado anteriormente en *Obergefell*, la Primera Enmienda asegura que los ciudadanos puedan enseñar y vivir de acuerdo con las creencias y a su fe. Pero es una regla general que esas objeciones no aplican para los comerciantes o dueños de locales u otros actores de la economía que las esgriman para denegar a las personas protegidas un uso igualitario de los bienes y servicios.⁷

En el caso bajo análisis, para el voto mayoritario las expresiones del pastelero y el ofrecimiento de realizar otros trabajos para los clientes demostraron que él siempre se manejó de una manera neutral y respetuosa en todas las circunstancias. Sin embargo, fue la Comisión la que se mostró hostil dado que uno de los comisionados que sentenció a Phillips argumentó, por ejemplo, que:

[...] La libertad religiosa ha sido utilizada para justificar todo tipo de discriminación a través de la historia, ya sea la esclavitud, el holocausto, o lo que sea. Lo que quiero decir es que podemos listar cientos de situaciones donde la libertad religiosa ha sido utilizada para justificar la discriminación. Y para mí es una de las

7. SCOTUS, “Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission”, voto Juez Kennedy, p.9.

más despreciables piezas retóricas que la gente puede usar: usar su religión para herir a otros.⁸

La grabación de la audiencia pública puso en evidencia que estos dichos no fueron reprochados por los otros miembros de la Comisión, lo que fue interpretado por la Corte como una falta de neutralidad y una muestra de animosidad hacia el actor.

También, para el voto mayoritario, quedó comprobada la hostilidad de la Comisión en tres ocasiones donde la División de Derechos Civiles consideró válida la negativa de otros pasteleros a crear tortas con imágenes que transmitían desaprobación al matrimonio entre personas del mismo sexo junto con textos religiosos. En aquel entonces, la jurisdicción sostuvo que los pasteleros actuaron correctamente porque el pedido tenía un contenido despectivo en sus imágenes y en el lenguaje.

En lo que respecta a la demanda interpuesta por Craig y Mullins, la Comisión falló contra Phillips en parte por la idea que cualquier mensaje que la torta de la boda podría incluir sería un atributo del consumidor y no del pastelero y entendió que la voluntad de vender otros productos era irrelevante.

Al parecer, la cuestión central para Kennedy fue determinar si la Comisión violó el deber del Estado de evitar basar las leyes o regulaciones desde una perspectiva hostil hacia una religión o un punto de vista religioso. Para el juez, la forma en que se resolvió el caso del pastelero no fue respetuoso, tolerante y neutral con sus creencias. Se notó en el fallo de la Comisión una inconsistencia de sus integrantes quienes resolvieron en casos similares utilizando un criterio distinto ante hechos parecidos.

Por último, expresó el magistrado que la disputa debía ser resuelta con tolerancia, sin despreciar, por un lado, las sinceras creencias religiosas, pero con el cuidado de no someter a las personas gay a un trato indigno cuando desean adquirir bienes y servicios en comercios públicos. Por todo ello, la Corte resolvió que la sentencia de la Corte de Apelaciones –que había rechazado la petición del pastelero y concordado con la Comisión– debía ser revertida.

8. SCOTUS, “Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission”, voto Juez Kennedy, p.13.

La jueza Ruth Bader Ginsburg votó en las antípodas a la mayoría. Ella fue la voz disidente en esta sentencia junto con Sonia Sotomayor quien adhirió a su voto.

La magistrada sostuvo que la hostilidad que alegó el voto de la mayoría respecto a la forma en la cual se expresó la Comisión no era del todo evidente. Las expresiones de uno o dos miembros del cuerpo no son motivo suficiente para justificar la revocación de la sentencia.

En su voto, estableció un paralelismo entre el caso *Masterpiece Cakeshop* y los otros tres que habían sido sometidos ante la Comisión. Describió que el precedente al que hacen referencia sucedió en 2014 cuando William Jack había visitado tres pastelerías de Colorado con un mismo patrón: solicitar dos tortas con la forma de una biblia abierta e inscripciones de versos bíblicos tales como “Dios odia el pecado”, “la homosexualidad es un pecado detestable”, “Dios ama a los pecadores” y “cuando aún éramos pecadores, Cristo dio la vida por nosotros”. En contraste con él, sostuvo Ginsburg, los novios Craig y Mullins no solicitaron ningún mensaje o elemento distintivo en su torta, solo pidieron eso: una torta, como cualquier otra de las que vendía Phillips.

En los otros casos, los pasteleros no se opusieron a hacer la torta que el hombre solicitaba. Todos ellos podían y habían hecho en otras oportunidades la forma de la biblia o pasteles con signos religiosos. Lo que no admitían eran las frases de intolerancia que se pretendía añadir.

Ante la negativa de los comerciantes, Jack presentó cargos ante la División de Derechos Civiles de Colorado, institución que no encontró razón para coincidir con él, dado que no encontró que se le haya dado un trato desigual negándole bienes o servicios basado en sus creencias religiosas cristianas.

La División advirtió en esa oportunidad que los tres pasteleros habían hecho tortas con símbolos cristianos anteriormente y que su oposición al pedido de Jack era concordante con lo prescripto por la CADA respecto a evitar los actos que mancillen los derechos que ella protege.

Afirmó la jueza que la negativa de los pasteleros a realizar la torta con esas características para Jack o cualquier otro cliente, difícilmente se parecía a la negativa de Phillip a servir a Craig y Mullins. Por el contrario:

Phillips no habría vendido a Craig y Mullins, por ninguna otra razón que su orientación sexual, una torta de las que regularmente vendía

a otros. Cuando una pareja contacta a una pastelería por una torta de casamiento, el producto que están buscando es una torta para celebrar su casamiento –no una torta para celebrar un casamiento heterosexual o un casamiento homosexual– y ese fue el servicio que le fue negado a Craig y a Mullins.⁹

El punto central de su argumento es que no deviene relevante si el pastelero hubiera vendido otros productos a la pareja, como otros jueces de la mayoría alegaron, sino que el *quid* de la cuestión es que Phillips negó a una pareja del mismo sexo los servicios y productos que le hubiera proveído a una pareja heterosexual. En contraste, las otras pastelerías sí vendían a cristianos y no era la razón por la que se negaron a realizar el pedido de Jack.

Ginsburg sostuvo que:

Phillips se negó a hacer la torta que consideraba ofensiva, cuando la ofensividad del producto estaba determinada solamente por la identidad de los clientes que lo solicitaban. Las tres otras pastelerías se negaron a hacer tortas cuando su objeción al producto fue debido al mensaje degradante que el producto solicitado mostraría literalmente.¹⁰

En conclusión, hay una diferencia diametral: mientras el mensaje de Jack era ofensivo, la torta de Craig y Mullins no lo era. La causa pasó por varias instancias judiciales, por lo que quedarse con la mera expresión de dos miembros de la Comisión no constituía argumento suficiente para deducir que Phillips no violó la CADA.

Para ella, el precedente *Church of Lukumi Babalu Aye, Inc. v. Hialeah* –citado en el voto mayoritario– estaba muy alejado de los hechos de este caso porque allí fue la acción del gobierno la que violó un principio de neutralidad religiosa mediante una decisión del propio ayuntamiento, situación que no se acreditó en *Masterpiece*.

9. SCOTUS, “*Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission*”, voto Jueza Ginsburg, p. 5.

10. SCOTUS, “*Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission*”, voto Jueza Ginsburg, p. 6.

Finaliza Ginsburg diciendo que en respaldo a “[...] la aplicación sensata de la CADA a una negativa a vender cualquier pastel de boda a una pareja gay, se debería confirmar la sentencia del Tribunal de Apelaciones de Colorado”.¹¹

La cuestión fue resuelta por amplia mayoría en apoyo a la negativa discriminatoria de Phillips de vender una torta a una pareja del mismo sexo para celebrar su matrimonio.

III. BOSTOCK V. CLAYTON COUNTY, GEORGIA

Esta reciente sentencia fue anunciada como el triunfo más importante de los últimos tiempos del movimiento LGBTIQ+ en EE. UU. debido al precedente que fija en materia laboral y de no discriminación.

Mientras que en *Masterpiece* la cuestión de fondo versaba sobre tres valores esenciales protegidos constitucionalmente que son la libertad de expresión, la libertad religiosa y la no discriminación por orientación sexual, en este fallo se analizó específicamente esta última.

En la sentencia, la Corte buscó dar solución a tres controversias con particularidades distintas pero igual derechos de fondo, donde el empleador despidió a su empleado por su orientación sexual:

- 1) Condado de Clayton, Georgia, despidió a Gerald Bostock por conducta “impropia” de un empleado del condado poco después de que empezara a participar en una liga de softball recreativo gay.
- 2) Altitude Express despidió a Donald Zarda días después de que mencionara ser gay.
- 3) R.G. y G.R. Harris *Funeral Homes* despidieron a Aimee Steephens que se presentó como un hombre cuando fue contratada y tiempo después informó a su empleador que planeaba vivir y trabajar a tiempo completo como mujer.

11. SCOTUS, “*Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission*”, voto Jueza Ginsburg, p.8.

Cada empleado demandó alegando discriminación sexual bajo el Título VII de la Ley de Derechos Civiles de 1964. Dicha norma regula la igualdad de oportunidades de empleo.

Publicada la sentencia, podemos advertir en primer lugar que ha sido el voto del juez Neil Gorsuch el que expresó la opinión mayoritaria del cuerpo (6 votos) contra la disidencia de Alito, Kavanaugh y Thomas (3 votos).

El argumento principal de la mayoría giró en torno al límite del alcance de lo reglamentado en la Ley de Derechos Civiles donde el Congreso prohibió la discriminación laboral con motivo de la religión, color, nacionalidad o sexo del empleado. El sexo, para Gorsuch, juega un rol esencial en la prohibición que se pretendía con la norma, por ello aclara que cuando un empleador despide a su empleado por ser homosexual o transgénero lo hace por rasgos que no habría cuestionado en miembros de otro sexo.¹² Efectuó una distinción respecto al modo de resolución que cada Corte de Apelaciones –distribuidas por circuitos en los Estados Unidos– tuvo en cada uno de los casos que se busca amparar en esta única sentencia y que consideramos no es esencial su análisis a los fines del presente trabajo. Lo que sí es importante destacar es que insiste en que la cuestión nodal radicó en determinar si el enfoque del Título VII protege a las personas homosexuales y transgénero. En ese sentido expresó que:

Esta Corte normalmente interpreta una ley de acuerdo con el significado público ordinario de sus términos en el momento de su promulgación. Después de todo, sólo las palabras en el papel constituyen la ley adoptada por el Congreso y aprobada por el Presidente. Si los jueces pudiesen añadir, remodelar, actualizar o eliminar de los viejos estatutos los términos inspirados sólo de fuentes extratextuales y de nuestra propia imaginación, nos arriesgaríamos a enmendar los estatutos fuera del proceso legislativo que se halla reservado a los representantes del pueblo.¹³

12. SCOTUS, “Bostock v. Clayton country, Georgia”, voto Juez Gorsuch, p. 2.

13. SCOTUS, “Bostock v. Clayton country, Georgia”, voto Juez Gorsuch, p. 4.

Por lo tanto, el desafío era definir si el concepto de “sexo” determinado en la norma de 1964 podría ser interpretado como marco de protección a la comunidad LGBTIQ+.

Como punto de partida, señaló en el fallo que los empleadores utilizaron una visión biologicista en su defensa, partiendo de la premisa que el sexo hace referencia a la mera distinción biológica entre el hombre y la mujer. Su preocupación radicaba en el hecho que la ley era incompleta para poder tomar una determinación que no demande una práctica interpretativa, porque el Congreso no realizó aclaraciones suficientes en la Ley de Derechos Civiles de 1991 que rige los derechos laborales. Sin embargo, nada hace presagiar que en aquel entonces se haya avanzado en una dirección opuesta a la de evitar la discriminación.

En este juego de normas, el voto mayoritario se inclinó por el análisis del estándar más tradicional. Para ellos, la ley responsabiliza a los empleadores cuando hay negativa a contratar, despido u otras maneras de discriminación por sexo¹⁴ y analizó lo que estimaron podía referirse a los alcances de la palabra discriminación en ese entonces. Para ello, Gorsuch echa luz sobre la mirada que tendrá el voto al respecto:

Del significado público ordinario del lenguaje de la norma en el momento de la adopción de la ley, surge una regla sencilla: un empleador viola el Título VII cuando despidе intencionalmente a un empleado individual basado en parte en el sexo. No importa si otros factores además del sexo del demandante contribuyeron a la decisión. Y no importa si el empleador trató a las mujeres como grupo de la misma manera que a los hombres como grupo. Si el empleador se basa intencionalmente en el sexo de un empleado individual cuando decide despedirlo, pero de manera diferente, si el cambio de sexo del empleado hubiera dado lugar a una elección diferente por parte del empleador, se ha producido una violación de la ley. El mensaje del Título VII es ‘simple pero trascendental’: el sexo de un empleado individual ‘no es relevante para la selección, evaluación o compensación de los empleados’ [...] El mensaje de la ley para nuestros casos es igualmente simple y trascendental: la homosexualidad o la condición de transexualidad de un individuo no es

14. SCOTUS, “*Bostock v. Clayton country, Georgia*”, voto Juez Gorsuch, p. 7.

relevante para las decisiones de empleo. Eso es porque es imposible discriminar a una persona por ser homosexual o transexual sin discriminarla por su sexo.¹⁵

La cuestión si el individuo es homosexual o transgénero es simple y trascendental para la Corte porque entiende que ambos son rasgos ligados al sexo de forma intrínseca, pero, como dice Gorsuch:

No porque la homosexualidad o el estatus transgénero estén relacionados con el sexo en algún sentido vago o porque la discriminación por estos motivos tenga algún impacto dispar en un sexo u otro, sino porque discriminar por estos motivos requiere que el empleador trate intencionalmente de forma diferente a cada empleado por su sexo.¹⁶

Cuando el empleador despide a una persona por ser homosexual o trans hay dos elementos que pueden estar influyendo y son: 1. el sexo por el que el individuo es atraído o 2. el sexo con el que el individuo se identifica. Distinciones que al Título VII parecen no interesarle al momento de atribuir responsabilidad al empleador. El punto es que, para la Corte, la discriminación basada en el sexo viola el Título VII, aunque sea justificado con el fin de discriminar a los empleados homosexuales o transexuales. No se puede escapar de su responsabilidad: por más que el sexo sea esgrimido como una causa, la toma de decisión es esencialmente por una cuestión del sexo del individuo.¹⁷

Así y todo, los empleadores buscaron escudar su accionar con el argumento que la discriminación intencional contra los empleados basada en su homosexualidad o condición de transgénero no se enmarcaba en los alcances de la responsabilidad que fija el Título VII, alegando que la discriminación por homosexualidad o transgénero estaba escindida de la discriminación por sexo, razón que fue rechazada de plano por el tribunal.

15. SCOTUS, "Bostock v. Clayton country, Georgia", voto Juez Gorsuch, p. 9.

16. SCOTUS, "Bostock v. Clayton country, Georgia", voto Juez Gorsuch, p. 10.

17. SCOTUS, "Bostock v. Clayton country, Georgia", voto Juez Gorsuch, p. 9.

Un empleado que discrimina a una persona homosexual o transgénero necesariamente e intencionalmente aplica reglas basadas en el sexo.¹⁸ La mayoría señaló algo que es importante destacar:

Estamos de acuerdo en que la homosexualidad y el estatus de transsexualidad son conceptos distintos del sexo. Pero, como hemos visto, la discriminación basada en la homosexualidad o el estatus transgénero implica necesariamente la discriminación basada en el sexo; la primera no puede ocurrir sin la segunda.¹⁹

Es interesante el ejercicio de interpretación que realizó la Corte de manera cautelosa respecto a los alcances de la norma y lo que podría significar en el actual contexto, por lo que concluyó que, a la luz del caso que se presenta, la protección alcanza a los sujetos despedidos. Un empleador que despide a un individuo simplemente por ser gay o transexual desafía la ley.

En consecuencia, lo sentenciado por el Segundo y Sexto Circuito en No. 17-1623 y 18-107 se confirmó, mientras que la sentencia del Undécimo Circuito en el No. 17-1618 fue revertida.

El juez Samuel Alito votó en disidencia, y a él se sumó el juez Thomas. El argumento por ellos sostenido fue que la Corte estaba legislando al establecer los alcances del Título VII en tanto ni la orientación sexual ni la identidad de género aparecían contenidas en el texto legal, ni tampoco han sido introducidas en las posteriores reformas. Por ende, lo que se está haciendo en esta sentencia es usurpar la autoridad constitucional de otros poderes.²⁰

Para el juez, la distinción que se hacía en 1964 con el criterio “por razones de sexo” era clara en sentido que refería a las características anatómicas entre el hombre y la mujer al momento de nacer y nada tenían que ver con el estatus transgénero o la orientación sexual²¹ por lo que expresa:

[...] Debería quedar perfectamente claro que el Título VII no alcanza a la discriminación debido a la orientación sexual o la identidad

18. SCOTUS, “*Bostock v. Clayton country, Georgia*”, voto Juez Gorsuch, p. 17.

19. SCOTUS, “*Bostock v. Clayton country, Georgia*”, voto Juez Gorsuch, p. 19.

20. SCOTUS, “*Bostock v. Clayton country, Georgia*”, voto Juez Alito, p. 3.

21. SCOTUS, “*Bostock v. Clayton country, Georgia*”, voto Juez Alito, p. 4.

de género. Si 'sexo' en el Título VII significa biológicamente hombre o mujer, entonces la discriminación por sexo significa discriminación porque la persona en cuestión es biológicamente masculina o biológicamente femenina, no porque esa persona sea sexualmente atraída por miembros del mismo sexo o se identifica como miembro de un género particular.²²

Para Alito, la discriminación por orientación sexual o identidad de género no implica intrínsecamente discriminación por razón de sexo. Bajo esta premisa, entiende que un empleador podría tener la política de no contratar gays, lesbianas o personas transgénero sin necesariamente saber el sexo biológico de los postulantes al cargo laboral. Disiente con la idea de que la orientación sexual y la identidad de género están ligadas al concepto de sexo.

Atacó la interpretación mayoritaria del Título VII porque entiende que la Corte hace una distinción entre las cosas que están "intrínsecamente" relacionadas con el "sexo" y las que están relacionadas en "algún sentido vago"²³ y por ello enfatizó:

Al proclamar que la orientación sexual y la identidad de género 'no son relevantes para las decisiones de empleo', la Corte actualiza el Título VII para reflejar lo que considera como valores del año 2020.²⁴

Para él, hasta tanto el Título VII no sea modificado, es válido que un empleador no contrate gays, lesbianas o personas trans. La Corte lo que hace es forzar las etiquetas y la interpretación.

Si bien, la Corte esboza que el término "sexo" no se entendió en 1964 solo para referirse a las categorías de hombre y mujer, la definición de los diccionarios de la época era netamente biologicista y binaria, por lo que nada parece indicar que el Título VII haya tenido un alcance distinto al que estos aportaban. Por ello se pregunta si el americano promedio en aquella

22. SCOTUS, "Bostock v. Clayton country, Georgia", voto Juez Alito, p. 5.

23. SCOTUS, "Bostock v. Clayton country, Georgia", voto Juez Alito, p. 14.

24. SCOTUS, "Bostock v. Clayton country, Georgia", voto Juez Alito, p. 14.

época habría pensado de manera distinta a la que él argumenta y expresó que:

La respuesta no podría ser más clara. En 1964, los estadounidenses comunes que leían el texto del Título VII no habrían soñado que la discriminación por sexo significaba discriminación por orientación sexual, mucho menos por identidad de género. El significado ordinario de la discriminación por ‘sexo’ fue la discriminación por el sexo biológico de una persona, no por la orientación sexual o identidad de género. La posibilidad de que la idea de discriminación por cualquiera de estos motivos podría encajar en alguna comprensión exótica de la discriminación sexual no cruzó por sus mentes. En 1964, el concepto de prohibir la discriminación ‘por razón de sexo’ no era una novedad. Era un concepto familiar y bien entendido, y lo que significaba era la igualdad de trato entre hombres y mujeres.²⁵

En otra línea argumental, Alito enunció interesantemente, que no se puede obviar que para 1964 la sociedad consideraba a la homosexualidad como un trastorno mental y que la conducta homosexual era moralmente reprochable y digna de castigo. En términos médicos, el DSM-I de la Asociación Psiquiátrica Americana trataba a la homosexualidad como un desorden mental y fue recién en 1973 que cambió ese criterio.²⁶ El comportamiento de la sociedad iba en sintonía con esa lógica y el trato hacia la homosexualidad era condenatorio: por ejemplo, en algunos Estados se les prohibía ejercer como maestros u otras profesiones laborales. También fueron prohibidos del ejército hasta el año 2010. El sexo y la orientación eran vistos como cosas muy distintas y, aunque la sociedad comprenda hoy que fue injusto el trato brindado a estos individuos, sostiene que no es función de la Corte actualizar el alcance del Título VII²⁷ por lo que debe aplicarse la definición con la que la ley fue originalmente promulgada.

Por ello añade que:

25. SCOTUS, “*Bostock v. Clayton country, Georgia*”, voto Juez Alito, p. 25.

26. SCOTUS, “*Bostock v. Clayton country, Georgia*”, voto Juez Alito, p. 32.

27. SCOTUS, “*Bostock v. Clayton country, Georgia*”, voto Juez Alito, p. 32.

Se dice que el término ‘transexual’ se acuñó ‘a principios del decenio de 1970’ y el término ‘identidad de género’, que ahora se entiende como ‘un sentido interno de ser hombre, mujer u otra cosa’, aparentemente apareció por primera vez en un artículo académico en 1964.²⁸

Una de las más grandes advertencias que hizo Alito refiere al impacto que tendrá un fallo de estas magnitudes y considera irresponsable que la Corte se rehúse a tratar los efectos que provocará esta decisión y por ello afirmó:

Antes de emitir la decisión radical de hoy, el Tribunal debería haber pensado adónde llevaría su decisión. Como se ha advertido en el informe de estos casos, la posición que el Tribunal adopte ahora amenazará la libertad religiosa, la libertad de expresión, la privacidad y la seguridad personal. Nadie debe pensar que la decisión de la Corte representa una victoria absoluta para la libertad individual.²⁹

Posteriormente enumeró algunos escenarios que podrían producirse y que estima son cuestiones a tener en consideración:

Baños, vestuarios: donde mucha gente es reticente a utilizar los sanitarios en presencia de individuos que consideran miembros del sexo opuesto, y las personas trans podrían alegar derecho a usar el baño reservado para personas del sexo con el que se identifican. Y aún más, también podría ser un pretexto para su uso por personas definidas de “*genero fluido*” indistintamente.

Deportes Femeninos: por el razonamiento de la Corte, las mujeres podrían verse forzadas a tener que competir con mujeres trans que tienen biológicamente mayores beneficios como la fuerza de un hombre.

Hospedaje: la decisión de la Corte puede llevar a casos del Título IX contra cualquier universidad que se resista a asignar estudiantes de sexo biológico opuesto como compañeros de habitación.

Empleo por entidades religiosas: las entidades cristianas, musulmanas o judías podrían verse obligadas a contratar personas cuya conducta no se ajusta a los principios de su fe, como homosexuales o personas transgénero.

28. SCOTUS, “Bostock v. Clayton country, Georgia”, voto Juez Alito, p. 34.

29. SCOTUS, “Bostock v. Clayton country, Georgia”, voto Juez Alito, p. 45.

Servicios médicos: empleados transgénero han presentado una demanda en virtud del Título VII para impugnar los planes de seguro médico proporcionados por el empleador que no cubren costosa cirugía de reasignación de sexo. Lo que lleva también a un problema de libertad religiosa porque muchos empleados de la salud tienen fuertes objeciones sobre la reasignación de sexo.

Libertad de expresión: la decisión del Tribunal puede incluso afectar la forma en que los empleadores se dirigen a sus empleados y la forma en que los profesores y los funcionarios de las escuelas se dirigen a los estudiantes. Y agrega:

La decisión de la Corte también puede presionar a los empleadores para que supriman las declaraciones de los empleados que expresen su desaprobación de las relaciones entre personas del mismo sexo y el procedimiento de reasignación de sexo.³⁰

Para el Juez, la decisión es solamente la punta del iceberg y eso queda evidenciado en la cantidad de casos pendientes que están tramitando en tribunales inferiores por impugnación de diversas leyes por parte del colectivo LGBTIQ+, en especial relativas a personas trans.

Por último, nos queda analizar el voto del juez Brett Kavanaugh que también centró su fundamentación en los alcances interpretativos que puede realizar la Corte en relación al Título VII. Sostuvo que, debido a la separación de poderes, la responsabilidad de modificarlo le corresponde al Congreso y al presidente en el marco de un proceso legislativo y no a la Corte.³¹ Comenzó señalando que:

Los argumentos de política para enmendar el Título VII son muy importantes. La Corte ha declarado previamente, y estoy totalmente de acuerdo, que los gays y lesbianas americanos ‘no pueden ser tratados como parias sociales o como inferiores en dignidad y valor’, conforme el fallo *Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Comm’n*, 584 U. S.³²

30. SCOTUS, “*Bostock v. Clayton country, Georgia*”, voto Juez Alito, p. 52.

31. SCOTUS, “*Bostock v. Clayton country, Georgia*”, voto Kavanaugh, p. 2.

32. SCOTUS, “*Bostock v. Clayton country, Georgia*”, voto Kavanaugh, p. 2.

Pero los jueces no son miembros del Congreso y el Título VII no prohíbe la discriminación por orientación sexual. Es claro al referirse a la discriminación por “*raza, color, religión, sexo u origen nacional*” pero, por ejemplo, nada dice contra la discriminación por edad, por discapacidad u orientación sexual, y nada ha dicho el legislador tampoco al respecto. Por ello sostiene que:

Frente a los infructuosos esfuerzos legislativos (hasta ahora) para prohibir la discriminación por orientación sexual, los jueces no pueden reescribir la ley simplemente por sus propias opiniones políticas. Los jueces no pueden actualizar la ley simplemente porque piensen que el Congreso no tiene los votos o la fortaleza. Los jueces no pueden modificar la ley de manera predictiva sólo porque crean que el Congreso probablemente lo hará pronto de todos modos. Si los jueces pudieran reescribir las leyes sobre la base de sus propias opiniones en materia de políticas o de sus propias evaluaciones de las posibles medidas legislativas futuras, se derrumbaría la distinción crítica entre la autoridad legislativa y la autoridad judicial que sustenta la separación de poderes de la Constitución, amenazando así el estado de derecho imparcial y la libertad individual.³³

Numerosas Cámaras de Apelaciones han fallado en contra de la idea que el Título VII refiere a discriminación por orientación sexual por el simple hecho que los jueces no pueden interpretar la ley más allá de lo que está escrito.

La Corte debe seguir el significado común que se le asigna a las palabras, por ello el significado ordinario con el que se cuenta es el significado público ordinario que se utilizó al momento de la promulgación de la ley, aunque en este caso, ese principio temporal importa poco porque el significado ordinario de “discriminar por razón de sexo” era el mismo en 1964 que ahora.³⁴ Y expresó:

Los jueces adhieren al significado ordinario por dos razones principales: el estado de derecho y la responsabilidad democrática. Una

33. SCOTUS, “Bostock v. Clayton country, Georgia”, voto Kavanaugh, p. 4.

34. SCOTUS, “Bostock v. Clayton country, Georgia”, voto Kavanaugh, p. 6.

sociedad gobernada por el estado de derecho debe tener leyes que sean conocidas y comprensibles por la ciudadanía. Y la adhesión judicial al significado ordinario facilita la responsabilidad democrática de los representantes electos de América por las leyes que promulgan. Los ciudadanos y los legisladores deben ser capaces de conocer la ley leyendo sus palabras. Tanto el estado de derecho y la responsabilidad democrática sufren mucho cuando un tribunal adopta una interpretación oculta u oscura de la ley, y no su significado ordinario.³⁵

Para Kavanaugh la opinión mayoritaria realizó un ejercicio de tomar palabras por separado, unir las mecánicamente y darle una forma que sólo sirve a los efectos de lo que pretende defender. Y agregó que Bostock y Zarda fueron despedidos por ser gay, no porque eran hombres. El Juez entendió que “pensar que la discriminación por orientación sexual es sólo una forma de discriminación sexual no es sólo un error de lenguaje y psicología, sino también un error de historia y sociología”.³⁶

Realizó un análisis de las diferentes maneras en que los poderes del Estado han comprendido la extensión de la palabra y resaltó que:

En resumen, todos los indicadores habituales del significado ordinario —el lenguaje común, el uso común por el Congreso, la práctica del Poder Ejecutivo, las leyes de los Estados y las decisiones de este Tribunal— establecen de manera abrumadora que la discriminación por orientación sexual es distinta y no una forma de discriminación sexual. El uso ha sido consistente a lo largo de décadas, tanto en el contexto federal como en el estatal.³⁷

El Título VII no refiere a garantía alguna en el espacio de trabajo, y el voto de la mayoría comete el error de confundir el significado ordinario de la palabra con la definición subjetiva que quieren darle. Este caso se trata de discriminación por orientación sexual, no por sexo. Para él, el encuadre

35. SCOTUS, “Bostock v. Clayton country, Georgia”, voto Kavanaugh, p. 7.

36. SCOTUS, “Bostock v. Clayton country, Georgia”, voto Kavanaugh, p. 13.

37. SCOTUS, “Bostock v. Clayton country, Georgia”, voto Kavanaugh, p. 21.

es erróneo y la Corte busca imponer su punto de vista de manera arbitraria, por lo que sentencia:

Pero cuando esta Corte usurpa el papel del Congreso, como lo hace hoy en día, el público se confunde comprensiblemente acerca de quiénes son realmente los políticos en nuestro sistema de poderes separados, e inevitablemente se vuelve cínico acerca de la aspiración a menudo repetida de que los jueces basen sus decisiones en la ley en lugar de sus preferencias personales. La mejor manera que tienen los jueces de demostrar que estamos decidiendo casos basados en el significado ordinario de la ley es transitar ese camino, incluso en los casos difíciles cuando podríamos preferir un resultado político diferente. Al reescribir judicialmente el Título VII, el Tribunal hoy en día interviene en un proceso legislativo en curso, en un momento en el que una nueva ley para prohibir la discriminación por motivos de orientación sexual estaba probablemente al alcance de la mano.³⁸

Y finaliza señalando que este avance del judicial traerá consecuencias a futuro de forma impredecible, que han avanzado con sus argumentos y que:

En lugar de una victoria duramente ganada a través del proceso democrático, la victoria de hoy se debe a que los jueces de los tribunales se aferran a una forma novedosa de literalidad viva para reescribir el significado ordinario y rehacer la ley americana.³⁹

En consecuencia, la Corte es el órgano equivocado para cambiar la ley americana de esa manera.

IV. COMENTARIOS A LOS FALLOS Y ANÁLISIS DEL CONTEXTO ACTUAL

La narrativa de la Corte ha sido errática. Mientras que parecía un hecho que se habían asumido ciertos compromisos interpretativos en *Obergefell*

38. SCOTUS, "Bostock v. Clayton country, Georgia", voto Kavanaugh, p. 26.

39. SCOTUS, "Bostock v. Clayton country, Georgia", voto Kavanaugh, p. 27.

y dio respuesta a un reclamo de radical importancia en el camino hacia un horizonte con niveles más amplios de ejercicio de las libertades, en condiciones de igualdad,⁴⁰ esos compromisos que parecían determinantes a la hora de delimitar el significado de la ley y lo que ella significa para el Tribunal,⁴¹ cambiaron drásticamente con el giro que ofreció el fallo *Masterpiece* que puso en cuestionamiento una esperanza que volvió a encenderse en *Bostock*.

A la luz de los recientes acontecimientos, hay quienes abogan ideas referidas a que *Masterpiece* reafirmó que la hostilidad hacia la religión es reprochable y que constituye una pauta esencial para la resolución de casos futuros y una pausa para recuperar la tolerancia.⁴² Si bien es cierto que el derecho no sólo encuentra su contenido en las palabras de la Corte, las relatadas situaciones respecto a los actos de gobierno que está presenciando la ciudadanía estadounidense, así como la resistencia de los sectores conservadores en actitudes como la encarnada por Phillips sugieren un contexto preocupante para el cambio social⁴³ que no puede ser leído de manera ingenua.

La resolución del máximo órgano constitucional no resulta del todo convincente en sus argumentos ni ahonda en apreciaciones valiosas respecto a la protección del colectivo LGBTIQ+ y la igualdad de los ciudadanos y ciudadanas.

La mayoría en *Masterpiece*, representada en la voz del Juez Kennedy, no ha profundizado siquiera acerca de lo que ellos consideran como valores en juego. Sorprendentemente, los argumentos esgrimidos han sido más formalistas que sustantivos, en una Corte que venía de *Obergefell* donde dio magistrales muestras interpretativas.

Desde ya que a esta altura no es necesario aclarar que ha sido preocupante en *Masterpiece* la pasividad con la que el órgano judicial se expidió ante una violación al derecho de igualdad y acceso a bienes y servicios por parte de las parejas del mismo sexo.

Consideramos que, como se puede inferir en las palabras de la Jueza Ginsburg, lo neurálgico aquí era desentrañar que el pastelero estaba discriminando con su negativa a dos ciudadanos estadounidenses por su orientación sexual y no por el producto que reclamaban. El no entender esto así

40. FERNÁNDEZ VALLE, "A propósito del matrimonio igualitario en ..." p. 12.

41. COVER, "Nomos y Narración".

42. CALDERONE, "Mucho más que pasteles: *Masterpiece Cakeshop*..." p. 35.

43. MINOW, "Derecho y cambio social", p. 6.

y fallar como lo hizo el voto mayoritario sin considerar –aparentemente– criterios de oportunidad y conveniencia ha sido de una enorme irresponsabilidad dado que puso en peligro la protección de sectores desaventajados como lo son las minorías sexuales.

Pero, por otro lado, leído a la luz de *Bostock*, pareciera haber una tímida voluntad reivindicativa que aún sigue siendo poco contundente, aunque mucho más efectiva al momento de mejorar realidad concreta que vive el colectivo LGBTIQ+ en los Estados Unidos.

Es sensato –aunque sobredimensionado– lo expresado por el Juez Alito al hacer hincapié en la omisión que realiza la Corte acerca de las consecuencias que tendrá el fallo. Y he aquí un punto inconcluso que sigue permitiendo que la senda por la que se transita la conquista de derechos sea irregular e impredecible. No obstante, no podemos negar la trascendencia que reviste que la Corte declare que si un empleador despidе a alguien por ser homosexual o transgénero está discriminándolo y en consecuencia contrariando la ley.

Bostock es útil a los fines del movimiento, pese a que no termina de saldar –como expresa el Juez Kavanaugh– una explicación convincente en la interpretación que se le ofrece a la palabra “sexo” en normas esenciales como la Ley de Derechos Civiles.

Lo que está claro, es que esta no será la última batalla para el colectivo LGBTIQ+. Así lo pone de manifiesto el Juez Gorsuch al decir que:

Por otra parte, los empleadores temen que cumplir con el requisito del Título VII en casos como el nuestro pueda requerir que algunos empleadores violen sus convicciones religiosas. También estamos profundamente preocupados por preservar la promesa del libre ejercicio de la religión consagrada en nuestra Constitución; esa garantía está en el corazón de nuestra sociedad pluralista. Pero las preocupaciones sobre cómo el Título VII puede interceptar las libertades religiosas no son nada nuevas; incluso son anteriores a la aprobación del estatuto. Como resultado de sus deliberaciones en la adopción de la ley.⁴⁴

44. SCOTUS, “*Bostock v. Clayton country, Georgia*”, voto Juez Gorsuch, p. 32.

Y agrega:

Pero cómo estas doctrinas que protegen la libertad religiosa interactúan con el Título VII son cuestiones para casos futuros también [...] Así que mientras que otros empleadores en otros casos pueden plantear argumentos de libre ejercicio que merecen una cuidadosa consideración, ninguno de los empleadores ante nosotros hoy representa en esta Corte que el cumplimiento del Título VII infringirá sus propias libertades religiosas de ninguna manera.⁴⁵

En el juego de la democracia los actores van recurriendo a las diferentes instancias que las instituciones les proveen a los fines de alcanzar sus objetivos y resguardar sus opiniones y convicciones. En ese esquema, *Masterpiece* no es un caso aislado y sus consecuencias fueron inmediatas. Por ejemplo, a causa de esta resolución, la Corte Suprema de Washington se ha visto compelida a revertir la sentencia dictada contra la florista Barronelle Stutzman –dueña del local Arlene’s Flowers en Richland– quien había sido condenada por negarse, argumentando motivos religiosos, a realizar arreglos florales para la boda de su amigo Rob Ingersoll –el demandante– que se iba a casar con su pareja del mismo sexo.

Esto es preocupante porque la línea trazada por la Corte dejó muchos interrogantes abiertos respecto a los alcances interpretativos y los límites a la libertad religiosa, la difusa frontera entre las íntimas convicciones y la discriminación. No es que la Corte no se haya expedido previamente sobre estos tópicos, sino que inauguró un nuevo capítulo institucional que genera expectativa acerca de los posibles desplazamientos de sentido que hará a futuro.

V. OPORTUNIDADES POLÍTICAS Y LEGALES

Todos los componentes mencionados precedentemente han reimpulsado la movilización y accionar de los movimientos LGBTIQ+ estadounidenses que se habían anotado un triunfo tras años de lucha al haber logrado

45. SCOTUS, “*Bostock v. Clayton country, Georgia*”, voto Juez Gorsuch, p. 32-33.

que las máximas autoridades encargadas de declarar el contenido y alcance del derecho constitucional en el país integren a su estructura una figura como el matrimonio entre personas del mismo sexo.⁴⁶ No obstante, *Masterpiece* por un lado y *Bostock* por otro pone en juego el grado de autoridad y representatividad de estos movimientos y los obliga a redefinir su agenda de cara a las disputas que vendrán.

Si la estrategia del movimiento es continuar por la vía de la judicialización, será necesario emular la jugada desarrollada para el matrimonio igualitario, donde los movimientos LGBTIQ+ esgrimieron sus argumentos y defensas como una auténtica expresión de valores públicos, reivindicando los principios centrales de la tradición constitucional de Estados Unidos⁴⁷ convenciendo que la legalización era la vía correcta para que los ciudadanos y ciudadanas alcanzadas puedan vivir bajo reglas que reflejen la igualdad que predica la Constitución. No obstante, entendemos que frente al confuso indicador de enfriamiento o paralización de la batalla en los tribunales que mostró *Masterpiece* y el impulso de *Bostock* la estrategia judicial deviene demasiado riesgosa.

Si se analiza este precedente desde la óptica de la oportunidad legal, considerando la forma de interacción del movimiento con las cortes, así como las reglas de acceso a éstas y la receptividad de sus reclamos en los tribunales,⁴⁸ es evidente que, por la elaboración argumentativa, analítica y filosófica que la Corte desarrolló en ambos casos, se debilitó su predisposición a resolver de manera categórica los reclamos de protección de la comunidad LGBTIQ+.

Si bien expresa Ruibal que "[...] cuando el proceso político se encuentra bloqueado a los reclamos de un movimiento, es esperable que el movimiento o un sector del mismo reoriente sus estrategias hacia otras vías institucionales, en particular las cortes de justicia, especialmente si la oportunidad legal es favorable".⁴⁹ En los casos en análisis, pese al distinto resultado, se intuye que la vía judicial no parece ser en este momento la estrategia institucional más apropiada para preservar los derechos adquiridos y profundizar las conquistas que aún están pendientes para el colectivo.

46. SIEGEL, "El rol de los movimientos sociales...", p. 17.

47. SIEGEL, "El rol de los movimientos sociales...", p. 20.

48. RUIBAL, "Movilización y contra-movilización legal: Propuesta para...", p. 190.

49. RUIBAL, "Movilización y contra-movilización legal: Propuesta para...", p. 192.

Aunque el fallo *Bostock* descoloca la narrativa de *Masterpiece* que nos permitía inferir que la Corte Suprema de los Estados Unidos no sería un ámbito favorable para la agenda LGBTIQ+, sus conclusiones no son suficientes para poder afirmar que exista allí una oportunidad legal favorable. Para sostener esta afirmación podemos poner a modo de ejemplo ciertos hechos que merecen ser meritutados:

- 1) Los nuevos miembros que han sido incorporados a la Corte no provienen justamente de espacios políticos, sociales o intelectuales progresistas. Y, si bien fue el juez conservador Neil Gorsuch quien redactó el voto mayoritario en *Bostock*, no se puede negar su tendencia ideológica. Tanto él como el recientemente nombrado juez Brett Kavanaugh, han sido designados por la actual administración.⁵⁰
- 2) Otro dato de la coyuntura es que la jueza Ginsburg ha experimentado problemas de salud que hacen presagiar que a sus 87 años puede estar próxima a retirarse como lo hizo Kennedy, aunque ella confirmó que piensa hacerlo recién cuando cumpla 90.
- 3) De confirmarse esto, y de ser reelecto el presidente Trump quedaría habilitado para nombrar a otro integrante de la Corte Suprema y aumentar la tendencia conservadora.

La lógica del juego democrático ha demostrado que cuando algunos movimientos sociales logran avances, éstos impulsan a los contendientes quienes toman más fuerza. De seguir renovándose la Corte y por el signo ideológico que revisten sus representantes es posible que comience a dar signos en la búsqueda de legitimidad institucional⁵¹ frente a los movimientos conservadores a los que representan. Esta búsqueda no presagia nada positivo para los movimientos LGBTIQ+.

50. Este último al momento de contestar al interrogante acerca de su opinión respecto al matrimonio entre personas del mismo sexo, en la audiencia pública de confirmación, se limitó a dar evasivas y contestar de manera ambigua que él simplemente aplicaba las normas. Ver YouTube, “Booker questions Kavanaugh about gay marriage”, 06/09/2018.

51. RUIBAL, “Movilización y contra-movilización legal: Propuesta para...” p. 193.

VI. CONCLUSIONES

Es un hecho que, en los momentos históricos donde el sistema político no logra dar respuestas a los reclamos de ciertos sectores de la sociedad que bregan por el reconocimiento de derechos constitucionales, es deseable acudir a la Corte.⁵² En los Estados Unidos, luego de un impasse político se está dando un proceso inverso, en tanto, los resultados de las pasadas elecciones de medio término han sido alentadores para imaginar a legisladores y funcionarios gubernamentales definiendo políticas públicas alineadas con la agenda LGBTIQ+. Por su parte, habrá que esperar los resultados electorales de este año para poder, por ejemplo, proyectar que se den disputas en el ámbito legislativo como la ampliación y cambios reclamados por la disidencia en el Título VII.

El proceso electoral que se produjo en 2018, que fue denominado por los movimientos LGBTIQ+ y diferentes medios de comunicación como la "*Rainbow Wave*",⁵³ tuvo como resultado el acceso de 151 candidatos LGBTIQ+ a cargos políticos electivos. Entre ellos, el más renombrado ha sido Jared Polis quien fue electo gobernador de Colorado y es el primer hombre abiertamente gay en ocupar ese cargo en el país. Estos datos alentadores, necesitan ser reforzados en las próximas elecciones.

Desde ya que no puede pensarse que estos cambios son casuales. Los movimientos sociales, como expresa Tilly: "tienen historias acumulativas, explicables, que surgen a partir de limitaciones durables de la interacción, y que modifican de manera creciente las distribuciones de recursos, las acumulaciones de ventajas o desventajas, las alteraciones de entendimientos compartidos y las entradas y salidas de los actores".⁵⁴

El movimiento LGBTIQ+ de los Estados Unidos experimenta esta renovación fruto de décadas de lucha y movilización, así como con una vibrante sociedad civil que se organiza en la defensa de los derechos e intereses del colectivo. No será tampoco un componente inocuo en el resultado el fenómeno denominado *Black Lives Matter* que pone a las minorías en el centro de la arena política y que podrá también catapultar las reivindicaciones del movimiento.

52. RODRIGUEZ GARAVITO, "Cortes y Cambio Social: como la...", p. 17.

53. Ver New York Times, "'Rainbow Wave,' L.G.B.T. Candidates Are Elected...", 7/11/2018

54. TILLY, "Los movimientos sociales como agrupaciones históricamente...", p. 4.

Pese a haber quedado el Senado con mayoría republicana, el triunfo demócrata en la cámara de Diputados y las nuevas figuras de la comunidad en el Congreso, abren una oportunidad para lograr por vía legislativa mejores condiciones para las minorías sexuales de EE. UU.

Esperamos con ansias que el movimiento LGBTIQ+ estadounidense se encuentre organizado para representar un reto público al poder institucional conservador y logre retomar con más fuerza, luego de esta última sentencia, la lucha por la igualdad en los nuevos escenarios y contiendas que se avizoran en este mundo que es cada vez más complejo.

BIBLIOGRAFÍA

- CALDERONE, Sofía, “Mucho más que pasteles: Masterpiece Cakeshop Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission (2018) y el debate sobre la libertad religiosa en los Estados Unidos de América”, en *Revista RYD República y Derecho*, 2020, Vol. V.
- COVER, Robert, “Nomos y Narración”, en *Derecho, narración y violencia: Poder constructivo y poder destructivo en la interpretación judicial*, Gedisa, 2002, Barcelona.
- FERNÁNDEZ VALLE, Mariano, “A propósito del matrimonio igualitario en Estados Unidos: comentario al fallo Obergefell v. Hodges”, en *Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, 2015, n.º VI.
- MINOW, Martha, “Derecho y cambio social”, en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 2000, n.º 1, pp. 1-14. URL: https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n5N1-2000/051Juridica01.pdf.
- National Coalition Of Anti-violence Programs (NCAVP), “A Crisis of Hate: A Report on Homicides Against Lesbian, Gay, Bisexual and Transgender People: Emily Waters, Larissa Pham, Chelsea Convery”, 2018. URL: <https://avp.org/a-crisis-of-hate-january/>.
- New York Times, “‘Rainbow Wave,’ L.G.B.T. Candidates Are Elected in Record Numbers”, CARON, Christina, URL: <https://www.nytimes.com/2018/11/07/us/politics/lgbt-election-winners-midterms.html>.
- , “Supreme Court Revives Transgender Ban for Military Service” LIP-TAK, Adam, 22/01/2019, URL: <https://www.nytimes.com/2019/01/22/us/politics/transgender-ban-military-supreme-court.html>.

- RODRÍGUEZ GARAVITO, César & RODRÍGUEZ FRANCO, Diana, *Cortes y Cambio Social: como la Corte Constitucional transformo el desplazamiento forjado en Colombia*, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2010, Bogotá.
- RUIBAL, Alba, “Movilización y contra-movilización legal: Propuesta para su análisis en América Latina”, en *Política y gobierno*, 2015, Vol. XXII, n.º 1, pp.175-198. URL: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1665-20372015000100006&lng=es&tlng=es.
- SIEGEL, Reva, “El rol de los movimientos sociales como generadores de derecho en el derecho constitucional de los Estados Unidos”, en *SELA*, Universidad de Palermo, 2002, Buenos Aires.
- Supreme Court of The United States, “Altitude Express, Inc. v. Melissa Zarda and William Allen Moore, Jr.”, 15/06/2020.
- , “Gerald Lynn Bostock v. Clayton County, Georgia”, 15/06/2020.
- , “Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission”, 04/06/2018. URL: https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/16-111_j4el.pdf, consultado 9/7/2020.
- , “Obergefell v. Hodges”, 26/06/2015. URL: https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf, consultado el 9/7/2020.
- , “R.G. & G.R. Harris Funeral Homes, Inc. v. Equal employment opportunity commission”, 15/06/2020. URL: https://www.supremecourt.gov/opinions/19pdf/17-1618_hfci.pdf, consultado el 9/7/2020.
- TILLY, Charles, “Los movimientos sociales como agrupaciones históricamente específicas de actuaciones políticas”, en *Revista del Departamento de Sociología, Universidad Autónoma Metropolitana*, 1995, Vol. 10, n.º 28, México.
- YouTube, “Booker questions Kavanaugh about gay marriage”, Associated Press, URL: <https://www.youtube.com/watch?v=ZOojGsS6vbY>

UNIVERSITARIAS

RECORRIDO POR EL COMPLEJO PENITENCIARIO BRIANS 2 EN BARCELONA: BREVE RELATO DE UNA ACTIVIDAD EN EL MARCO DEL PROGRAMA DE MOVILIDAD PARA ESTUDIANTES DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UBA 2019/2020*

RAMIRO MANUEL FIHMAN**

Si un día para mi mal viene a buscarme la parca
empujad al mar mi barca con un levante otoñal
y dejad que el temporal desguace sus alas blancas
y a mí enterradme sin duelo entre la playa y el cielo.¹

I. PALABRAS INTRODUCTORIAS

Hace unos pocos días me recibí de abogado después de casi seis años de recorrido. Quizás eso, de alguna manera, motivó que empezara a escribir esta *universitaria* para la Revista *Lecciones y Ensayos*, de la que formé parte por mucho tiempo y que –puedo decirlo sin titubear– es el espacio que más supe querer durante mi paso por la Facultad de Derecho.

Antes de empezar mis últimas materias de la carrera tuve la posibilidad de estudiar un cuatrimestre en la Universitat Autònoma de Barcelona (UAB), gracias a una beca del Programa de Movilidad para Estudiantes de la Facultad de Derecho de la UBA. Así, entre agosto de 2019 y febrero de 2020 estuve

* Recepción del original: 26/08/2020. Aceptación: 28/11/2020.

** Abogado (UBA).

1. SERRAT, "Mediterráneo". Cuenta la leyenda –no oficial– que la obra fue escrita durante el "Encierro de Montserrat" (1970), una protesta de cientos de intelectuales y artistas –de la que participó el cantautor catalán junto con personajes como Gabriel García Márquez o Joan Miró– que se amotinaron en el Monasterio ubicado en la Montaña de Montserrat (Barcelona) para reclamar en contra de la pena de muerte y del Proceso de Burgos, un "juicio" llevado adelante por el gobierno del dictador Francisco Franco contra militantes de la organización armada ETA.

viviendo en Saint Gervasi, un barrio a veinte minutos del mar mediterráneo, a quince de *Les Rambles* y la Sagrada Familia, y a más o menos una hora del Campus de la UAB, ubicado en Bellaterra, en las afueras de la ciudad.

Siempre supe que quería escribir esta universitaria, por dos razones principales: primero, porque considero que es un tipo de escritos que no suelen verse en las publicaciones académicas tradicionales y, a pesar de ello, tienen un valor enorme; segundo, porque –a riesgo de sonar demasiado *cur-si*– siempre creí que nada de lo que pudiera escribir en un registro lingüístico académico-jurídico sería lo suficientemente genuino y sentido como para merecer constituir mi aporte al contenido de *Lecciones y Ensayos*.

Es evidente que no puede contarse un intercambio de seis meses en unas pocas páginas, porque está atravesado por infinitas experiencias de muchos tipos, incluyendo, por supuesto, una gran cantidad de sucesos irrelevantes para un potencial lector o lectora.² Es por eso que elegí contar un muy pequeña parte de lo que fue mi estancia en la UAB –reduciéndolo prácticamente a un día–, intentando compararlo –escueta y ocasionalmente– con las actividades de las que participé durante mi Práctica Profesional en la Universidad de Buenos Aires.

Una de las materias que cursé durante mi intercambio fue *Comparative Penology* (Penología Comparada), que pertenece a la carrera de Criminología de la UAB,³ aunque también había estudiantes de Derecho, especialmente entre los extranjeros (que eran muchos por ser una materia en inglés). El curso estaba a cargo del Dr. Josep Cid Moliné,⁴ profesor titular de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la UAB. En el marco de esa materia, una de las actividades previstas fue realizar una visita a una cárcel catalana para hablar con las personas allí alojadas e intentar comprender, aunque sea mínimamente, en qué condiciones estaban privadas de su libertad. Así, a finales de la cursada, visitamos el *Centre Penitenciari Brians 2*, un establecimiento penitenciario ubicado a unos cuarenta minutos del Campus de la Universidad. Vale destacar que el profesor Cid Moliné tenía una clara inclinación a situarse dentro de las corrientes que defienden la resocialización

2. Curiosamente, estas cuestiones suelen coincidir con las más relevantes para quien atravesó la experiencia; me refiero a lo emocional, lo sensible. Probablemente la gran virtud de un artista sea convertir en atrapante lo que ocurre en su propia sentimentalidad. Pero no es mi caso.

3. Criminología es una carrera distinta a Derecho, aunque existe la posibilidad de cursar estudios en paralelo para tener una doble titulación (abogado/a y criminólogo/a).

4. A quien aprovecho para agradecerle por la ayuda brindada, ya a la distancia, para escribir esto.

como objetivo a perseguir por parte del sistema penitenciario (y, de hecho, encabeza varios programas de este estilo), con lo cual –sospecho– una de sus intenciones al programar esta actividad era intentar “mostrarnos” una prisión en la que se pudiera vislumbrar una pequeña *luz al final del túnel* en relación con los resultados de una pena privativa de libertad.

Antes de viajar a Barcelona había hecho la mitad de mi práctica profesional (que terminé al regresar) en la Procuración Penitenciaria de la Nación, un organismo que tiene como función primordial la de proteger los derechos humanos de las personas privadas de su libertad en establecimientos penitenciarios federales.⁵ Durante las prácticas, uno de los ejes principales tiene que ver con la concurrencia a cárceles (del área metropolitana) para atender –junto con los/as docentes– distintos tipos de situaciones. En mi caso concurrí al Complejo Penitenciario Federal n.º I y al II (Ezeiza y Marcos Paz, respectivamente) por diversos temas de relevamientos de condiciones materiales de detención y de medidas de fuerza de personas privadas de su libertad. Lamentablemente la segunda mitad de la práctica profesional estuvo atravesada por la pandemia del virus COVID-19 y el consecuente Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio, por lo que las visitas a los establecimientos penitenciarios fueron suspendidas y concluimos la cursada de forma virtual.

No es mi intención hacer una comparación formal entre cárceles argentinas y cárceles catalanas, fundamentalmente porque no tengo el conocimiento ni la experiencia suficientes para hacerlo (en el caso de “*Brians 2*” solo concurrí una vez y en el caso de Ezeiza y Marcos Paz sólo en algunas ocasiones) pero también porque hay una gran cantidad de personas que se dedican a estos temas con mucha seriedad y mediante estudios profundamente exhaustivos publicados mediante sistemas de referato ciego. Tampoco pretendo arrogarme la facultad de explicar lo que vive una persona privada de su libertad por haber concurrido algunas veces a algunas cárceles: es probable que ni el/la más dedicado/a investigador/a de estos temas pueda entender acabadamente esto. Sólo quienes vivieron o viven en carne propia el encierro saben realmente de qué se trata.

En ese sentido, mi idea es contar cómo se llevó a cabo la visita al *Centre Penitenciari Brians 2* en el marco de la materia *Comparative Penology*

5. Técnicamente, la PPN interviene en más casos (por ejemplo, cuando se trata de un preso federal alojado en una cárcel provincial) pero eso no es relevante para este escrito. Puede consultarse la competencia del organismo en la Ley 25.875.

de la carrera de Criminología de la Universitat Autònoma de Barcelona, identificando muy sucintamente posibles similitudes o diferencias con lo que pude apreciar al concurrir a Marcos Paz y Ezeiza, en la Provincia de Buenos Aires, en el marco de mi Práctica Profesional.

El contexto en Barcelona –y en Cataluña en general– era delicado, ya que el histórico conflicto por la autodeterminación catalana llegó a uno de sus puntos de mayor tensión en varios años. El 14 de octubre el Tribunal Supremo de España había condenado a los líderes del proceso independentista catalán a penas de hasta 13 años de prisión, lo que generó una reacción social que dio inicio a un duro conflicto que duró una semana entera. Cuando se dio a conocer la noticia yo estaba en el campus de la universidad, y se levantaron todas las clases en ese mismo instante, al tiempo que el centro de estudiantes convocó a una asamblea en la plaza central. Ahí mismo se decidió suspender el dictado de clases indefinidamente –el claustro docente apoyó la decisión convocando a un paro– e ir a cortar las vías del tren.

Salir a la calle por las noches durante esos días era bastante complejo porque cada diez o quince cuadras podían encontrarse manifestantes incendiando neumáticos, autos, o algún monumento. Y de ir al centro “turístico” por la noche, ni hablar: había enfrentamientos con la policía a diario, al punto que el saldo fue de más de 500 heridos. El aeropuerto fue totalmente copado por manifestantes, donde también hubo una fuerte represión. No era nada a lo que no estemos acostumbrados/as en Argentina pero, estando tan lejos, ese tipo de situaciones son bastante más intimidantes de lo que uno imaginaría. De más está decir que los episodios de violencia por parte de manifestantes, de acuerdo con lo que pude ver, representaban una mínima porción de lo que significó el día a día de las protestas pacíficas a las que en varias ocasiones concurrí para registrar con fotos y videos un momento, sin lugar a duda, histórico. Es más: tan calmas eran la mayoría de las manifestaciones que el propio dueño del departamento en el que me encontraba alquilando una habitación, un hombre de alrededor de ochenta años llamado Xavier Bagué Bofill,⁶ concurría a todas las convocatorias en favor de los líderes independentistas.

6. Xavier es un personaje atrapante. Arquitecto jubilado (pero también pintor y escritor, y amante del buen vivir) que perteneció a la burguesía barcelonesa de izquierda de los años 70', tenía un departamento vacío en un edificio construido por su propio padre que había decidido remodelar para alquilar habitaciones a extranjeros que estuvieran estudiando o trabajando

En ese contexto se empezó a discutir masivamente en Cataluña (y en España en general) la cuestión de la legitimidad de las sentencias judiciales. Se hablaba mucho de la condena a prisión hacia los líderes del *procés*, y no era raro escuchar juristas hablar en programas de televisión opinando sobre si esas condenas eran correctas o no. Lo mismo ocurría en el ámbito universitario (al menos en la universidad a la que fui, que tiene bastante actividad política estudiantil) donde a pesar de suspenderse las clases por varios días, se realizaban jornadas y manifestaciones. Y fue en ese contexto, a menos de dos meses de la sentencia, con la cuestión de la justicia penal en boca de todo el pueblo catalán (y también del resto de España), que concurrimos con el curso de *Comparative Penology* a ver cómo era una cárcel en Cataluña. Con esto no quiero decir que la decisión de concurrir a una cárcel haya estado intencionalmente relacionada con el conflicto de la independencia ni mucho menos; por el contrario, es una actividad que el profesor realizaba (y probablemente siga realizando) todos los años. Sin embargo, relacionar ambos sucesos resulta, en algún punto, inevitable.

II. LA VISITA AL COMPLEJO

El *Centre Penitenciari Brians 2* se inauguró en 2007 y está ubicado en una zona industrial del municipio de Sant Esteve Sesrovires, a aproximadamente 40 kilómetros de Barcelona. Es una cárcel modular y polivalente que depende del Departamento de Justicia de la *Generalitat de Catalunya*, más precisamente de la *Secretaria de Serveis Penitenciaris, Rehabilitació i Justícia Juvenil* (Secretaría de Servicios Penitenciarios, Rehabilitación y Justicia Juvenil).⁷ En otras palabras, es una cárcel de gestión estatal que es administrada por el gobierno catalán.⁸ Tiene capacidad para 1500 personas,

en Barcelona. Extremadamente culto, generoso y a veces un poco charlatán, solía hablar de la historia de Cataluña (de la que conocía hasta el más insólito detalle), muchas veces compartiendo una comida o una copa que casi siempre invitaba él. Yo di con ese departamento a través de mi abuelo Carlos, que había vivido en Barcelona varios años (junto con mi mamá, mi tía y mi abuela, durante la última dictadura), por lo que tenía varios conocidos ahí.

7. Generalitat de Catalunya, "Centre Penitenciari Brians 2", pp. 6-9.

8. En España hay dos jurisdicciones, de forma similar a lo que ocurre en Argentina. Existe por un lado la jurisdicción nacional (del estado español) y por otro lado la jurisdicción catalana, que tiene también sus propias cárceles. Sería, salvando las distancias, algo así como la diferencia entre una cárcel federal y una cárcel provincial en Argentina.

un número bastante menor a la capacidad operativa de establecimientos como el CPF II (2433 plazas) o el CPF I (1978 plazas). Está dividido en 14 módulos ordinarios de tres plantas cada uno, además de los lugares de alojamiento especiales como el área médica, de salud mental o los sectores para sancionados.⁹ En internet, con cualquier motor de búsqueda, se encuentran fácilmente fotografías del edificio de *Brians 2* que pueden ilustrar mejor esta descripción.

El ingreso al establecimiento estaba pactado a las 8:30 de la mañana, y siendo diciembre (más precisamente, 18 de diciembre) el tiempo estaba muy frío y llovía un poco. Como muchos estudiantes locales del curso vivían en zonas cercanas a la universidad, nos encontramos en el campus de la UAB a las 7:30, lo que implicó que debí tomarme el tren desde el centro de Barcelona bastante temprano. Desde el campus iríamos distribuidos en grupos en los autos de algunos/as estudiantes del curso que se ofrecieron a llevar al resto.

Una vez allí y reunidos con el resto del curso ingresamos a la parte construida del predio, por una puerta de vidrio espejado (si mal no recuerdo, corrediza) parecida a la de algunas clínicas privadas de la Ciudad de Buenos Aires, y empezamos con los trámites para ingresar. Ya la fachada, más moderna que cualquier cárcel argentina, daba la pauta de que la experiencia sería muy distinta a ingresar a un establecimiento carcelario del "tercer mundo".¹⁰

Entonces debimos dejar todo tipo de elementos –incluidos celulares– en *lockers* que estaban dispuestos para eso en el hall de entrada. Después de pasar por una serie de escáner corporales nos recibió un funcionario de *Brians* que luego nos llevaría por diferentes sectores del establecimiento. Sobre esto, es evidente que el contacto que se tiene con una cárcel (o, más bien, con cualquier institución) depende en gran medida de en qué calidad

9. Generalitat de Catalunya, "Centre Penitenciari *Brians 2*", pp. 6-15.

10. Sobre este tipo de cuestiones quisiera hacer una aclaración: no creo que en Europa todo sea perfecto ni mejor, ni que las personas sean necesariamente más felices, ni que ese sea el ejemplo a seguir. En este caso, por ejemplo, una fachada moderna se debe, precisamente, a que el edificio fue construido hace poco tiempo, y no a que la sociedad catalana sea mejor. Hay muchas cosas de la vida en Europa occidental que probablemente sean "mejores" que en Latinoamérica, incluso probablemente lo relacionado con las condiciones de detención de las personas privadas de su libertad. Pero no es mi intención defender esa idea en este escrito, que tiene un objetivo completamente diferente y no busca persuadir a nadie de nada, si no contar una experiencia personal.

se concurre a ella: no es lo mismo ingresar como visita, como organismo de derechos humanos, o como estudiantes universitarios extranjeros con su profesor. Con esto quiero decir que claramente la visita tuvo un tinte especialmente amistoso y organizado –teniendo en cuenta además que fue planificada con mucho tiempo de antelación, a diferencia de las visitas sorpresivas de las que participé en el práctico de la PPN–, que muy probablemente no represente de forma fiel el ambiente realmente vivido en el establecimiento un día común y corriente.

Primero fuimos a visitar algunos pabellones comunes, que no tenían nada especialmente llamativo ni demasiado diferente a lo que había podido ver en mis visitas a los complejos del AMBA, más allá del hecho de que las celdas eran únicamente para una o dos personas como máximo, sin que hubiera –según las autoridades del establecimiento– ningún caso que excediera esta pauta en todo el complejo. Otro aspecto identificable a la vista era, sin lugar a dudas, la higiene y las condiciones edilicias de los lugares de alojamiento: claramente podría decirse que en *Brians 2* el mantenimiento del edificio y la limpieza de las celdas y lugares comunes es, cuanto menos, más visible que en el CPF I y el CPF II.

Inmediatamente después fuimos a recorrer un pabellón que denominaban “autogestionado”, y en ese momento fue donde empezamos a ver las situaciones –a mi juicio– un poco más interesantes. Entrar a este pabellón fue como entrar al patio de una universidad o de cualquier lugar corriente donde las personas viven y hacen sus actividades cotidianas,¹¹ con la particularidad de que estaba completamente decorado –por los presos– con motivo navideño, ya que se acercaba esa fecha. Como el profesor a cargo del curso tenía un inglés que era bueno pero no perfecto, un agente penitenciario se ofreció a traer a una persona privada de su libertad alojada en ese pabellón que era bilingüe. Y así fue: el resto de la “visita” nos acompañó una persona que estaba presa en el pabellón “autogestionado” que traducía al inglés (para los estudiantes extranjeros) la información brindada por los funcionarios. A pesar de que es imposible saber si se trató de algo planificado o no, es innegable que se percibía, en términos generales –y sin haber

11. Esto iba en sintonía con uno de los ejes teóricos más recurrentes del curso: el principio de normalización. Básicamente consiste en apuntar hacia un encierro como castigo que sea lo más similar a la vida fuera de la cárcel (lo más “normal”), para que la única privación sea la de la libertad física. Puede verse más en detalle en el siguiente capítulo de libro, proporcionado en la bibliografía de la materia: CID, “European Prison Policy and Spanish Prison...”.

mantenido conversaciones con personas presas en ausencia de autoridades del establecimiento—, una buena relación entre agentes penitenciarios y personas privadas de su libertad.

Este pabellón tenía la característica de que la agencia penitenciaria no intervenía en prácticamente ningún aspecto del día a día de las personas alojadas (quizás a eso se debía la relación cálida). Precisamente, los presos se autoimponían las normas de convivencia con—según relataban— grandes resultados: no había habido una pelea en más de diez años. Si bien no había restricciones para estar en este sector en términos del tipo de delito por el que la persona se encontraba detenida, lo cierto es que tenían la posibilidad de alojarse ahí quienes demostraban “buena conducta” en etapas anteriores del encarcelamiento.

En el pabellón—que era especialmente grande y contaba con dos plantas— había un patio común donde se practicaban deportes y un gimnasio con algunas máquinas que habían adquirido los propios presos.¹² Luego nos mostraron la biblioteca, en la que no parecía haber demasiados ejemplares, sino que estaba más bien destinada a que las personas mayores pudieran jugar algún juego de mesa o para quien quisiera leer algún libro en silencio. Tenía ocho o diez mesas grandes de unos tres metros de largo con lámparas como las de cualquier biblioteca.

La sala de informática del pabellón, por su parte, no era especialmente moderna ni amplia. Las computadoras se veían viejas y en desuso. Probablemente esto sea porque no se le permitía a ninguna persona del complejo conectarse a internet. Es decir que las computadoras se usaban fundamentalmente para utilizar procesadores de texto. Esto es especialmente importante para trazar un paralelismo con nuestro país en relación la cuestión educativa: Argentina es pionera en lo que respecta a modelos de educación universitaria en contextos de encierro. No sólo no existe allí ninguna experiencia similar a los casos como puede ser el del Centro Universitario Devoto o “CUD” (es decir, una institución universitaria dentro de la cárcel), el Centro Universitario Ezeiza o “CUE” o el Centro Universitario San Martín o “CUSAM” (cada uno con sus particularidades), sino que lo máximo a lo que se puede aspirar es a tomar clases virtuales o bien esperar

12. El complejo cuenta con un gimnasio común, pero ellos habían decidido que querían tener su propio gimnasio para poder usar cuando quisieran. No obtuvimos detalles sobre la compra de los aparatos, pero el hecho de que eso exista da cuenta también de un cierto poder adquisitivo de—cuanto menos— algunas personas allí alojadas.

a que vengan docentes de algún programa específico a dar clases a la cárcel. El programa más importante está a cargo de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (que es, como su nombre lo indica, educación a distancia) y se denomina "Programa de Estudios Universitarios en Centros Penitenciarios".¹³ Que no existan en España programas como los del CUD, el CUE, el CUSAM, entre varios otros, no significa necesariamente que Argentina tenga más garantizado el acceso a la educación en contextos de encierro. Por el contrario, lógicamente, existen muchas otras variables a tener en cuenta, tanto cuantitativas como cualitativas.

Precisamente, concluí mi cursada en esa materia con un trabajo de investigación que hice junto a dos compañeras catalanas, que titulamos "*Higher education in prison: a comparative perspective between Argentina and Spain*", sobre los modelos de educación universitaria en cárceles argentinas y españolas. Y una de las cuestiones más relevantes que en ocasiones los/as argentinos/as olvidamos es que en Europa la educación universitaria es paga, aunque sea en instituciones públicas. Esto, por supuesto, alcanza a las personas privadas de su libertad, que sólo pueden estudiar una carrera si cuentan con los medios económicos para hacerlo.¹⁴ Como si eso fuera poco, en España rige también el régimen de selectividad, es decir que las personas no pueden acceder a cualquier carrera que desean como en nuestro país, sino que las posibilidades están marcadas por los resultados de la prueba de selectividad y las calificaciones del Bachillerato. Dependiendo del promedio de cada persona pueden acceder a una u otra carrera.

La posibilidad de estudiar en la cárcel –y de costear los estudios– está íntimamente relacionada con otro de los sectores de *Brians* que pudimos recorrer: los talleres de trabajo. El complejo cuenta con cuatro galpones dedicados a la producción de distinto tipo de elementos, de los cuales recorrimos dos: el textil y el de producción de precintos. En ambos había decenas de trabajadores cumpliendo tareas de distinto tipo. Nos entrevistamos con algunos de ellos y con las autoridades de cada taller, que nos explicaron la dinámica. El relato de las autoridades del complejo era que

13. Puede consultarse el sitio web del programa: URL http://portal.uned.es/portal/page?_pageid=93,556385&_dad=portal&_schema=PORTAL, consultado 15/8/2020.

14. Un trabajo de acceso abierto con información precisa y exhaustiva sobre la educación universitaria en prisiones españolas puede encontrarse en la tesis doctoral de Antonio Viedma Rojas, titulada *Universitarios en prisión: experiencias y apariencias de sentido en el espacio penitenciario*, Madrid, 2013.

todo aquel que quisiera trabajar, podía hacerlo y cobraría un salario acorde a la remuneración extramuros. Si esto es efectivamente así (cosa que obviamente no estoy en condiciones de asegurar) se distancia mucho de la realidad de nuestro país, en la que existen largas listas de espera para acceder a un trabajo en contextos de encierro.

Después de recorrer los galpones de trabajo fuimos a ver el lugar donde se encuentran lo que podría denominar como las “perlas” de este establecimiento: el Edificio “H”. Este módulo, ubicado más o menos en el medio del predio, contiene espacios como la pileta, la pista polideportiva, la biblioteca central y el auditorio. La primera, olímpica. Como era invierno estaba en desuso ya que no estaba cubierta, pero se veía en perfectas condiciones y, según las autoridades del complejo, era usada diariamente por las personas privadas de su libertad para practicar natación. La pista polideportiva, a su vez, se veía bastante amplia (esa es la descripción más acabada que puedo hacer con mis conocimientos sobre pistas polideportivas) y en buen estado. El auditorio, por su parte, era espacioso y estaba muy bien acondicionado. La biblioteca no tenía nada que envidiarle a cualquier otra que estuviera fuera del complejo. Si bien mencioné que en el pabellón “autogestionado” había una biblioteca, aquella era específicamente para ese pabellón y era mucho más pequeña, mientras que la del Edificio “H” fue dispuesta para que pueda ser usada por todas las personas alojadas en *Brians 2* y allí se podía apreciar una buena cantidad de libros y mesas de lectura. Además, había un bibliotecario que atendía al público de forma permanente.

Salimos de *Brians* entregando unas credenciales de “visitante” que nos habían dado al ingresar y pasando nuevamente por los escáners corporales. Retiramos nuestras pertenencias de los *lockers* y, con un poco de hambre —ya eran casi las dos de la tarde— nos subimos nuevamente a los autos para volver a la universidad. Una vez ahí, nos separamos para que cada uno regresara a su casa. Recuerdo correr a la cafetería de la Facultad de Derecho a pedir un *bocata* (de tortilla, si no recuerdo mal) y, con eso en mano, me tomé el tren de regreso al centro de Barcelona.

III. PARA TERMINAR

Como adelanté, no es mi intención concluir con una reflexión sobre lo dramático de atravesar la privación de la libertad ni defender uno u otro

modelo de justicia penal o de administración penitenciaria. Lo que sí puedo afirmar es que uno de los aprendizajes más interesantes que me brindaron las actividades de este tipo es la influencia que tiene la porción de la realidad que conocemos en nuestros posicionamientos teóricos sobre los distintos problemas. En otras palabras, uno construye su opinión sobre cierto tema en base a los elementos que puede percibir en su entorno, aquello que conoce. Así, la opinión respecto de la viabilidad de la resocialización, por ejemplo, está necesariamente trazada por la realidad carcelaria del país en el que vivimos, mientras que en otros lugares "cárcel" no significa exactamente lo mismo y por lo tanto otros conceptos también pueden verse con otro lente (quizás, ni mejor ni peor; sino distinto).

De lo que no quedan dudas es de que cursar un semestre en una universidad extranjera, sea donde sea, es una experiencia intensa. El "contenido" de esa intensidad probablemente dependa de la adecuación entre la personalidad de cada persona, la universidad a la que le toque (o elija) ir, y —obviamente— la suerte. Tampoco puede negarse que, en algún sentido, estar lejos de casa en un mundo nuevo implica un crecimiento personal, que puede darse en términos intelectuales, emocionales, sociales, o —si se tiene buena suerte— en todos esos aspectos simultáneamente.

No es que crea tener la autoridad moral para darle consejos a desconocidos lectores y lectoras, pero sí creo que puedo hacer una recomendación a algunos/as estudiantes. Hacer un intercambio académico de este tipo, financiado por nuestro sistema universitario público, gratuito y laico, es una oportunidad que no es frecuente en países como el nuestro. No conocí ninguna persona en la Universitat Autònoma de Barcelona que estuviera estudiando allí con una beca completa de una universidad pública gratuita del sur global.¹⁵ Esta apuesta al genuino *intercambio académico* como política pública es clave para el enriquecimiento del pensamiento jurídico latinoamericano. Con esto no quiero decir que uno/a deba estar eternamente agradecido/a con las autoridades de la Facultad de Derecho de la UBA por el financiamiento de una beca de movilidad, pero sí es importante ser permanentemente consciente del contexto global en el que nos

15. No es sencillo elegir un término para denominar al conjunto de países al que pertenece Argentina en términos de distribución de la riqueza. A modo de sugerencia, un trabajo muy interesante sobre el tema: POWER, "Worlds Apart: Difference And Inequality", pp. 180-202.

encontramos como estudiantes universitarios de una región socioeconómicamente desaventajada.

Es con esa misma consciencia respecto del contexto global que debe pensarse el acceso a este tipo de programas a nivel nacional (donde las clases bajas tienen fuertes dificultades para acceder a la educación universitaria) e incluso universitario, donde también hay una pronunciada desigualdad caracterizada por una tradición de fuerte elitismo académico cuyo principal problema es ser mayoritariamente endogámico y excluyente. Esta tradición, a la que lamentablemente no escapan espacios institucionales como *Lecciones y Ensayos*, debería –a mi juicio– ser progresivamente deconstruida junto con el relato meritocrático. En lo que respecta a los programas de internacionalización de la carrera de abogacía en la UBA, es sabido que la enorme mayoría de los/as estudiantes, actualmente, ni si quiera está enterado de la existencia de este tipo de oportunidades.¹⁶ Esto no quiere decir que haya un interés malicioso en repartirse ciertos privilegios entre pocas personas, pero sí significa que hay un problema grave de democratización del acceso a lo que, además de oportunidades, son recursos públicos económicamente cuantificables.

Concluyo este mensaje con el anhelo de que este escrito sea una contribución, en algún sentido, a una sección de la Revista *Lecciones y Ensayos* pensada para ser un espacio de diálogo entre estudiantes y/o docentes que tienen algún interés adicional más allá de lo “científico”. Con mucha estima y –quizás– un poco de nostalgia, invito a quienes hoy son estudiantes a que vuelquen al papel los sucesos que hoy sienten importantes; tal vez en el futuro no quede nada más parecido a viajar en el tiempo que volver a leer los propios relatos de juventud.

BIBLIOGRAFÍA

CID, José & ANDREU, Ariadna, “European Prison Policy and Spanish Prison Practices: Understanding Confluences and Gaps”, en DAEMS T., Robert L. (eds.), *Europe in Prisons. Palgrave Studies in Prisons and Penology*, Palgrave Macmillan, 2017, Cham.

16. Para comprobar esto, basta con analizar qué cantidad de personas se postulan para cada programa y compararlo con el número de estudiantes que formalmente cumplen los requisitos para hacerlo.

Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia, "Centre Penitenciari *Brians 2*", 2007, URL http://justicia.gencat.cat/web/.content/documents/arxius/doc_69621052_1.pdf, consultado el 13/8/2020.

POWER, Marcus, "Worlds Apart: Difference And Inequality", en *An introduction to Human Geography: Issues for the 21st Century*, 3a ed., DANIELS, Peter & BRADSHAW, Michael & SHAW, Denis y otros, Prentice Hall, 2008, Hoboken.

SERRAT, Joan M., "Mediterráneo" en *Serrat: Colección de Oro*, 1971.

RESEÑA DEL "I CONGRESO FEDERAL, INTERNACIONAL E INTERDISCIPLINARIO: DERECHOS HUMANOS PARA LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA"*

LAURA N. LORA** Y PAULA N. BERMEJO***

Resumen: En el presente texto se reseñan las principales cuestiones abordadas durante el "I Congreso Federal, Internacional e Interdisciplinario: Derechos Humanos para la Niñez y la Adolescencia" que tuvo la particularidad de ser el primer congreso de alcance nacional e internacional realizado de manera completamente virtual durante la vigencia del aislamiento social, preventivo y obligatorio como consecuencia del brote COVID-19. Durante su desarrollo hubo variadas disertaciones y presentación de ponencias. En el caso de los expositores principales la temática central del Congreso fue analizada desde enfoques diversos que incluyeron perspectivas filosóficas, sociológicas, jurídicas y psicoanalíticas. Los análisis temáticos presentaron los problemas planteados por las grandes transformaciones que ocasionó el COVID-19 y la manera en que influyen en los derechos de niños, niñas y adolescentes; niñez y autismo; infancias trans; medicalización y encierro de niños con afectaciones en su salud mental; extradición e impacto en la niñez; niñez y pueblos originarios; entre otras.

Palabras clave: niñez y adolescencia — vulnerabilidad — administración de

* Recepción del original: 07/07/2020. Aceptación: 20/09/2020.

** Doctora en Derecho Área Social. Abogada y Especialista en Administración de Justicia y en Sociología Jurídica y de las Instituciones, títulos obtenidos en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, donde se desempeña como profesora de grado y de posgrado. Es miembro del Instituto de investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja de la Facultad de Derecho, UBA, donde se desempeña como directora del Seminario Permanente de Sociología Jurídica (spsjfd@derecho.uba.ar) y de Proyectos de Investigación UBACYT. E-mail: lauranoemilora@derecho.uba.ar.

*** Abogada y docente Facultad de Derecho UBA. Becaria de culminación de doctorado UBACYT en el Proyecto "Derecho, Sociedad e Infancia (Programación Científica 2018-2020). E-mail paulaberrmejo@derecho.uba.ar.

justicia — salud mental — migración — pueblos originarios

Abstract: The present document summarizes the main issues addressed during the First Federal, International and Interdisciplinary Congress: Human Rights for Children and Adolescents, which had the particularity of being the first Congress of national and international scope held in a completely virtual way during the social, preventive and obligatory isolation resulting from the COVID-19 outbreak. During its development there were various presentations and papers. In the case of the main speakers, the central theme of the Congress was analyzed from different approaches that included philosophical, sociological, legal and psychoanalytical perspectives. The thematic analyses presented addressed the problems posed by the major transformations caused by the COVID-19 and how they influence the rights of children and adolescents; childhood and autism; transgendered children; medicalization and imprisonment of children with mental health problems; extradition and its impact on children; and children and indigenous peoples, among others.

Keywords: childhood and adolescents — vulnerability — administration of justice — mental health — migration — native peoples

I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo se propone ofrecer una sintética introducción a las principales temáticas y cuestiones abordadas durante el “I Congreso Federal, Internacional e Interdisciplinario: Derechos Humanos para la Niñez y la Adolescencia”, que pueda servir a quienes investigan sobre esta materia y en especial el uso que podrán hacer los estudiantes.¹

El Congreso fue organizado por el Proyecto UBACyT “Derecho, Sociedad e Infancia” conjuntamente con el Departamento de Ciencias So-

1. Para esta reseña, los integrantes del equipo UBACyT “Derecho, Sociedad e Infancia de la Programación científica” (2018-2020): Rocío Michel, Camila Selene Tortone, Rosario Martínez Sobrino, Sergio Andrés Delgadillo, María Florencia Ponce Medana, Carla Virginia Gutiérrez, Jennifer Dell’Orso y Laura Vanesa Medina, desgrabaron parte de las exposiciones de los panelistas facilitando la información necesaria que sirvió de soporte para su redacción. Asimismo, queremos agradecer especialmente a Sylvia Morelia Saavedra Espinoza, profesora de la Universidad Católica de Temuco quien asumió la tarea de lectura como miembro externo del grupo.

ciales y el Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio L. Gioja”, y realizado los días 18 y 19 de mayo de 2020 a través de la plataforma *Zoom*.

El objetivo de los organizadores consistió en constituir un espacio en el cual compartir las experiencias y modos de abordar los conflictos que atraviesan a niñas, niños y adolescentes desde la mirada de variadas profesiones. Así, se logró una participación interdisciplinaria, tanto en los paneles como en las comisiones de trabajo que se llevaron a cabo en el transcurso de dos días, de profesionales especialistas en ciencias sociales, activistas, estudiantes de grado y de posgrado, docentes, investigadores, becarios, sociólogos, trabajadores sociales, mediadores, licenciados en ciencias de la comunicación, profesionales del campo de la educación, salud, abogacía, psicología, trabajo social e integrantes de diversos organismos del Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial, Ministerios Públicos Fiscales y de la Defensa, tanto del país como del exterior.

El Congreso contó también con representantes de todas las provincias de la Argentina y de los países de Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, El Salvador, México, Perú y Uruguay.

La convocatoria tuvo como resultado la realización de diez exposiciones de reconocidos especialistas nacionales e internacionales divididas en tres paneles y la presentación de 62 ponencias que fueron expuestas sucintamente por los 84 ponentes que participaron dentro de las cinco comisiones de trabajo que sesionaron, a saber: 1) acceso a la justicia: exigibilidad de los derechos de niñas, niños y adolescentes; 2) sistema penal, su impacto en personas menores de dieciocho años de edad; 3) teorías y prácticas interdisciplinarias para la niñez y la adolescencia; 4) migrantes, refugiados y desplazados y; 5) pueblos originarios e infancia. A la fecha de realización de la presente reseña las ponencias se encuentran en proceso de edición para la posterior publicación.

En las palabras de apertura del Congreso, la directora del Proyecto UBACyT organizador, Dra. Laura N. Lora, se refirió a los antecedentes académicos, recursos y experiencias del actual equipo que integra el Proyecto “Derecho, Sociedad e Infancia”, siendo estos constitutivos del cómo y cuándo surgió la idea de organizar el Congreso y su formulación a través de un proyecto presentado en la convocatoria del “Programa de Apoyo a Reuniones Científicas de la Universidad de Buenos Aires” (2019). Además, mencionó la fundamentación y objetivos del Congreso, enunciando –entre otros– convocar a docentes e investigadores de la UBA para compartir con

sus pares del país y del exterior un espacio en el cual promover abordajes interdisciplinarios en torno a la infancia que superen las fronteras del ámbito institucional y local. Comentó que el avance de lo que la Organización Mundial de la Salud (OMS) denominó como “pandemia”,² ocasionada por el brote del COVID-19 y la declaración por parte del Gobierno Nacional argentino del aislamiento, social, preventivo y obligatorio,³ produjo que los integrantes de la Comisión Organizadora decidieran su realización mediante la utilización de recursos y herramientas virtuales. En este sentido, conjuntamente con las autoridades y personal administrativo del Instituto de Investigaciones “Ambrosio L. Gioja” de la Facultad, se llevó a cabo la tarea de brindar el soporte técnico, a través del uso de la plataforma *Zoom*, para el desarrollo de la apertura, los paneles, sesiones de las comisiones de trabajo y cierre del Congreso. De manera coherente con su finalidad el trabajo académico se transmitió en vivo por el canal de *YouTube* de dicho instituto con una activa participación nacional e internacional.

Asimismo, en la apertura de la actividad estuvo presente el Vicedecano de la Facultad de Derecho de la UBA, Marcelo Gebhardt, quien se manifestó orgulloso de la Facultad a la que se refirió como “casa ampliada”, por albergar sin límites y con generosidad a personas de diversas latitudes. Destacó la relevancia de las temáticas seleccionadas que enunció detalladamente, la utilidad de transferir, abrir el conocimiento y la actividad académica para quienes tienen responsabilidades políticas de generar caminos que hagan al cuidado de la niñez y adolescencia. En este sentido refirió: “es mucho más que nuestra idea de escuchar a los mejores, es tratar de generar herramientas para que los responsables puedan implementar políticas públicas en esto que preocupa tanto, en especial a la Facultad”.

Seguidamente tomaron la palabra el director del Departamento de Ciencias Sociales, Ricardo Rabinovich-Berkman, y la vicedirectora del Instituto de Investigaciones “Ambrosio L. Gioja”, Luciana Scotti, quienes enfatizaron en el gran desafío asumido por la organización al hacer el primer congreso interdisciplinario con uso de herramientas virtuales cuando todos los congresos internacionales que se encontraban proyectados fueron

2. La Organización Mundial de la Salud (OMS) declaró al coronavirus como una pandemia el 11/03/2020. OMS, “Alocución de apertura del Director General...”.

3. Poder Ejecutivo Nacional, “DNU Aislamiento social, preventivo y obligatorio”, 19/03/2020.

suspendidos a raíz de las medidas dispuestas ante el avance del coronavirus, revitalizando y potenciando la participación.⁴

En las palabras de cierre del Congreso, la profesora Laura Lora se manifestó con entusiasmo, por una parte por las grandes contribuciones generadas a partir del intercambio en torno a los cuestiones y dilemas presentados por quienes abordaron las temáticas y problemáticas relacionadas con la infancia, y por otra parte por la transferencia del conocimiento relativo al estado del arte, señalando los avances y desafíos aún pendientes de cada uno de los contextos locales, regionales e internacionales, "conocimientos constitutivos de un valioso aporte para estudios e investigaciones interdisciplinarias acerca de las acciones humanas, las políticas y los programas en torno a los niños, niñas y adolescentes".

II. DERECHO, SOCIEDAD E INFANCIA

El primer panel denominado "Derecho, Sociedad e Infancia", moderado por Laura Lora, tuvo como expositores a los profesores Claudio Martyniuk, Luis Pedernera, Mary Beloff y Marisa Graham.⁵

En primer lugar, Claudio Martyniuk, profesor titular de Filosofía del Derecho y Epistemología de las Ciencias Sociales e investigador de los Institutos "Gino Germani" y "Ambrosio L. Gioja" de la UBA, presentó su mirada filosófica que incluyó una vasta referencia literaria y diversas visiones normativas. Puso en evidencia la anomia permanente en la que viven los niños que se encuentran aislados, a la espera de un futuro que no llega y que los invisibiliza de cualquier realidad, dejando marcas que continúan a lo largo de sus vidas. Apelando a una enriquecedora literatura, se refirió a la elocuencia de los enunciados: chicos de la calle, recolectores, chicos que transitan por las estaciones de trenes, que cantan en los subtes, violencia estructural, violencia reactiva, miseria, embrutecimiento, cultura de la indiferencia que se distancia de la responsabilidad, valores que se admiran y practican, desconfianza, desconsideración por el otro, impaciencia, humillación. De esta manera se los anula día a día. Piden

4. Se puede visualizar la apertura del Congreso en Youtube, "Congreso Federal, Internacional e Interdisciplinario: DD. HH....", palabras de apertura.

5. La transmisión completa de este panel se encuentra disponible en Youtube, "Congreso Federal, Internacional e Interdisciplinario: DD. HH....", primer panel.

nada, obtienen menos que nada. Viviendo bajo una opresión cotidiana sin una generación que les transmita experiencia, despojados de la autoridad de la palabra y del relato. Desde afuera se los reduce en un caso, a un tipo, a una imagen, como si no fueran existencia que alcanzan certezas sufriendo, como si el goce y la transgresión no se vincularan. Objetos de otros, sujetos de la enunciación enmudecidos aún por quién sabe de la subjetividad como sujeto del lenguaje. La patria es una extraordinaria resignación. Un mundo en el que desaparece la infancia en los chicos de la calle, chicos invisibles, carentes de sentidos, carentes de derechos. Sus recuerdos como trozos de vida sin armar. Los hilos de la infancia están rotos. Sin duda los enunciados son elocuentes, se refieren a la distancia entre hechos y normas, entre ser y deber ser. La distancia entre los derechos humanos y las realidades vividas por muchos niños, niñas y adolescentes.

Luego de esta excelente mirada, sensibilizadora sobre la infancia y las imágenes representadas, hizo uso de la palabra el Presidente del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, Luis Pedernera, quien luego de ser presentado, se refirió al tema “la pandemia, incertidumbre, amenazas y fortalezas para los derechos del niño”. Mencionó la importancia y necesidad del pensamiento crítico producido desde y en la Universidad.

Se refirió en primer lugar los aspectos socioeconómicos del contexto latinoamericano refiriendo a datos brindados por el Secretario General de Naciones Unidas (ONU) acerca de la existencia entre 42 y 66 millones de niños con riesgo de caer en la precariedad y la pobreza.⁶ Asimismo citó el reciente estudio de UNICEF que alerta a los Estados acerca de la posibilidad de 6000 muertes diarias de niños por muertes prevenibles. En relación a los sistemas de protección dijo que posiblemente sean una linda cuestión en los papeles, pero finalmente dejan de manifiesto el no funcionamiento de la performance de los sistemas de protección dado que ante contextos de riesgo los niños caen en desprotección muy rápido. También refirió a la situación en que se encuentran los adolescentes con prisión preventiva, indicando –según los datos– que el sistema de justicia penal continúa actuando como si no estuviéramos en situación de emergencia y como si el encierro no fuera un potenciador del contagio. Resaltó que el contexto de la emergencia sanitaria agrava aún más la situación en la que se encuentran los niños con discapacidad, los niños pertenecientes a los pueblos origi-

6. ONU, “Informe de políticas: Las repercusiones de...”.

narios que no tienen acceso a agua potable y comida, los niños migrantes que continúan siendo detenidos y separados de su familia, y los niños en situación de calle que entran en contacto con agentes de seguridad. Se refirió a denuncias recientemente recibidas acerca de la condición de niñas víctimas de trata y explotación sexual, abandonadas en fronteras de los países, ejemplificó con la situación en la frontera paraguaya-brasileña. Por otra parte, se refirió a la violencia que sufren a diario los niños en los distintos contextos, pero sobre todo en el núcleo familiar citando las encuestas realizadas recientemente y publicadas a través del informe de UNICEF sobre pandemia y encierro.⁷

Recurriendo a la imagen del movimiento de un péndulo que oscila entre la criminalización y la pobreza graficó la situación de la infancia en el contexto latinoamericano y sostuvo que es un *continuum* en nuestra región que se ha agravado por la pandemia.

En cuanto a los aspectos relativos a las decisiones adoptadas por los Estados indicó diversas cuestiones, dijo así que éstas decisiones estuvieron marcadas por diversas características, entre éstas, el ser medidas tomadas desde patrones adultocéntricos y etnocéntricos, debido a que no se han considerado la opinión de los niños, niñas y adolescentes, ni reconocido las diferencias, desigualdades y violencias que caracterizan a nuestra región en materia de infancia (infancia de la ciudad, de la costa, de pueblos originarios, campesinas, migrantes) y como consecuencia de esta imperceptibilidad de la realidad no se afronta el desafío de brindar una respuesta creativa. Presentó también la cuestión de la impronta sanitarista y de seguridad de las medidas adoptadas, con la consecuente militarización de las calles y la presencia de policías, diciendo que están fundamentadas con predominio de discursos médicos y epidemiológicos dejando de lado otras perspectivas de las ciencias sociales, tales como la sociología y la pedagogía. Convocó a hacer memoria histórica de la época de las regulaciones de las legislaciones de la década del ‘30. Por último, pidió darles la voz a los niños, niñas y adolescentes (voces nuevas e inéditas) como forma saludable para encontrar salidas. Otro aspecto remarcado fue la preocupación relativa a la renuncia a la libertad, al aceptar las medidas de prevención y

7. El informe de Unicef Argentina se puede consultar en UNICEF, “Víctimas ocultas: Unicef alerta sobre el...”.

aislamiento obligatorio, indicando que están en tensión la seguridad y los derechos humanos con la democracia.

A continuación, Mary Beloff,⁸ se refirió a los derechos de los niños como “derechos de prestación”. Al comenzar su exposición destacó el formato del Congreso, en el sentido de ser un congreso científico en el marco de la UBA, como espacio privilegiado para atesorar, pensar, reflexionar y ahondar en la complejidad de los problemas que tiene la cuestión de los derechos de los niños. Asimismo, expresó su alegría por el encuentro teórico entre “amigos” en el panel. Recogiendo la referencia de Claudio Martyniuk respecto de la frase “el cuento de los derechos”, dijo que este bello parafraseo le permitiría introducir el sentido de la narrativa peculiar que tuvo la forma en la que en América Latina leímos los derechos de los niños y lo que la Corte IDH llama el amplio *corpus iuris* de protección internacional de los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes. Dijo que la narrativa específica de traducción de este *corpus iuris* tuvo algunas características que dieron lugar a lo que la profesora Graham llama la “refundación de la niñología” o lo que Mary describe como “la traducción latinoamericana de los derechos”, esa misma narrativa que nosotros construimos en nuestra región y no está presente en otras partes del mundo. Esto es relevante porque esa narrativa nos generó bastantes problemas para que esos derechos bajaran a la práctica. Otra cuestión en la que hizo énfasis, es en la lectura utópica del *corpus*. En ese sentido agregó “todo *corpus iuris* de derechos humanos tiene que ser leído como un hacia dónde hay que ir, [...] el *corpus* necesita un ideal de niño”. Más aún esta referencia la condujo a afirmar que las “imágenes de los niños devaluados” –mencionadas por Martyniuk– tienen relación con la distinción entre el “niño dionisiaco” y el “niño apolíneo”. Para Beloff las descripciones realizadas por el profesor Martyniuk, en su exposición, se corresponden con el niño dionisiaco; por el contrario, la Convención de los Derechos del Niño (CDN) nos refieren al niño ideal, apolíneo, al niño que juega, que es oído, que participa de los medios de comunicación, que no trabaja (porque lo protegemos del trabajo infantil), al niño, que tiene familia y si no la tiene se la buscamos, es un niño claramente diferente al niño en el que se concentró Claudio, porque es el niño ideal. Señaló que nuestra na-

8. Profesora Titular de Derecho Penal y Procesal Penal del Departamento de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA). Su exposición se puede visualizar en YouTube, “Congreso Federal, Internacional e Interdisciplinario: DD. HH....”, primer panel.

rrativa, nuestra traducción latinoamericana, por querellas de escuelas, leyó al niño del *corpus* como niño dionisiaco, y puso foco en la cuestión penal y penal juvenil perdiendo de vista todo lo que tiene relación con los deberes de prestación y protección de los niños. Señaló como tercera cuestión a tratar, el tema de la estructura de los derechos del niño en los tratados de derechos humanos, sosteniendo que está invertida en relación o en comparación con la estructura de los tratados pensados para las personas adultas. En la estructura normativa de los derechos de los niños en los tratados "la base de la pirámide son los derechos de prestación del Estado y de no ser garantizados al niño esos derechos de prestación y de protección se extingue como sujeto, sobre todo en las primeras etapas de sus vidas". Enfatizó en que, si el niño no tiene garantizados esos derechos de protección especial, no puede ser un sujeto en el futuro, se extingue como sujeto.

Volviendo a la cuestión abordada en el comienzo de su exposición, y considerando las prácticas de Argentina, resaltó la claridad de nuestras lecturas en cuanto al contenido de los derechos de los niños y las políticas de la niñez, y que más allá de situaciones circunstanciales, hay cuestiones que son grandes victorias de la democracia y de los derechos de los niños, como por ejemplo, el hecho de que los niños no pueden ser privados de su libertad sino por circunstancias excepcionales; que los niños que no tienen familia tienen que tenerla y ser cuidados y queridos por éstas, se convirtieron en patrimonio de nuestro país. Aunque muchas veces la tensión entre derechos de protección y de derechos de libertad dificulta la resolución de los casos y su lectura en contexto nos pone ante situaciones complejas en la práctica.

Retomó el concepto de "aparente solidaridad" al que se refirió Marty-niuk y esto le permitió formular algunos interrogantes dejándolos abiertos para cuando llegara la oportunidad de tomar la palabra a la Dra. Graham. Así se preguntó ¿en qué momento el operador jurídico le transfiere el poder de decidir sobre sí mismo al niño? ¿Por qué la ley 26.061 repite en cinco artículos el derecho del niño a ser oído? También dejó planteada la hipótesis respecto de un mecanismo de nuestras mejores intenciones de trasladar la responsabilidad de las decisiones a los niños en lugar de decidir nosotros con todo lo que esto implica.

Finalizando, recordó al filósofo italiano Eligio Resta, en especial a su obra *La infancia herida*, traducido por Lora Laura N.⁹, y a sus bellas

9. RESTA, *La Infancia herida*.

afirmaciones respecto de la dificultad de resolver por parte de quienes tenemos que resolver y lo trágico de decidir sobre los casos de niños, que siempre son casos trágicos. De lo contrario, ese niño no estaría frente a una autoridad que tiene que resolver y la incertidumbre de no saber si estamos resolviendo bien, aun con *corpus iuris* y la mejor voluntad. Sumó referencias sobre las tensiones y contradicciones que agregan carácter trágico a los casos de niños como son el hecho de que los tiempos de los niños son urgentes y los adultos requieren de tiempos para resolver en los procesos, pruebas, discusiones.

Concluyó, desde un lugar analítico, diciendo que intuye que tal vez nuestra traducción latinoamericana, tan punitivista y contraria a lo que dice el tratado, tuvo que ver con no soportar este carácter trágico que tienen todos los asuntos que involucran derechos de los niños. Hay que repensar todas estas cuestiones porque de otro modo vamos a repetir errores y no podremos generar las condiciones dignas que requieren.

Después de esta enriquecedora exposición, la moderadora presentó y dio la palabra a la Defensora de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes Marisa Graham, quien se refirió a "los viejos y nuevos desafíos en torno a los derechos de los niñas, niños y adolescentes en tiempos de pandemia".

Considerando las problemáticas expuestas por quien la precedió en la palabra, se refirió a las preguntas e hipótesis planteadas por la profesora Beloff, que tienen que ver con su conceptualización de refundación de la niñología y con los discursos que sobre la base del interés superior del niño les quitan responsabilidad a los adultos y que, por ello, sostuvo, fuimos uno de los últimos países en adoptar una ley de niñez cómo fue la ley 26.061.¹⁰

Expresó que su función actual la lleva a dar respuestas a interrogantes respecto del COVID-19, así mencionó el hecho de que la pandemia deja al descubierto cuáles son las fallas estructurales que tenemos producto de la falsa tensión entre la libertad y la protección.

En este sentido refirió que uno de los primeros temas a tratar es la problemática alimentaria, en sus dos aspectos: el hambre y la malnutrición, destacando que en la Argentina 1 de cada 3 niños ingresa a la primaria con sobrepeso producto de una ingesta de mala calidad por bajos recursos. Esto demuestra la desigualdad que vive la República Argentina que, a su juicio, puede mejorar o empeorar en función de las políticas económicas que aplique

10. República Argentina, Ley 26.061, 21/10/2005.

el Estado. Recordó que tal como establece la Observación General N° 5¹¹ las decisiones políticas-económicas de los Estados afectan a niños, niñas y adolescentes, por lo que entiende que las políticas económicas no son neutrales. Las políticas de ajustes seguramente ocasionarán vulneraciones a los derechos de los niños, tales como el derecho a la vida y al desarrollo.

Sobre el derecho a la seguridad social dijo que hoy en día se ve reflejado en un gran esfuerzo traducido en políticas públicas como la "Asignación Universal por Hijo" (AUH), las bonificaciones, el "Ingreso Familiar de Emergencia" (IFE), e indicó la pertinencia de que se continúe con el pago aún después de que se supere la pandemia.

Acerca de los problemas estructurales que reviste la escuela tanto en el nivel inicial como en el nivel secundario resaltó el hecho de la deserción escolar, sobre todo de estudiantes de segundo a tercer año. Aclaró que en el actual contexto la escuela no está cerrada, sino que lo que están cerradas son las aulas.

Se refirió además a la problemática vinculada a la brecha digital, estableciendo la necesidad de declarar a la conectividad como derecho humano ya que en la actualidad el 40 % de la población argentina no tiene conectividad, por lo que la desigualdad entre niñas, niños y adolescentes se acentúa.

También hizo una mención especial a otras cuestiones que tienen que ver con problemas estructurales, como por ejemplo la situación de niñas, niños y adolescentes privados de su libertad y sin cuidados parentales como espacios desatendidos, sean públicos o privados. Se refirió a casos de contagios en las instituciones y que como consecuencia de esto hay menos adultos que se están ocupando de los niños.

Asimismo, habló de la problemática de la "demonización de los niños" por parte de los medios de comunicación que los mencionan como "vectores del virus" o como mayores transmisores cuando en realidad no son ni más ni menos transmisores que cualquier otra persona. El hecho de que ellos no tengan índices altos de mortalidad respecto al virus hizo que haya ciertos descuidos a nivel institucional.

A pesar de todo ello, y siendo que los niños son los que más padecen el aislamiento, son quienes más de acuerdo están con el cumplimiento de las medidas de aislamiento social, preventivo y obligatorio. Resaltó que los

11. Comité de los Derechos del Niño, Observación General n.º 5.

niños extrañan la vida social, el espacio del aula, el espacio con amigos, primas, primos, los adolescentes extrañan a los novios/as y que no sienten que se esté coartando su libertad.

Por último, hizo mención al problema que tiene Argentina en relación a la cuestión de la falta de vivienda digna en "barrios populares", "barriadas" o "villas" como deuda histórica para con los niños y sus familias, e informó que van a presentar un proyecto que respete el lugar donde eligieron vivir para no desarraigarlos. De esta manera concluyó diciendo que con su exposición ha pretendido colocar el tema de la vigencia sociológica de los derechos humanos.¹²

Hubo un espacio de preguntas para los expositores. En esta oportunidad, Luis Pedernera reiteró la relevancia de las actividades académicas en la Universidad, como espacio privilegiado en donde las ideas están en efervescencia. Convocó a pensar en estos espacios cómo canalizar la crisis de un modelo para que los derechos comiencen a ser vividos.

Acerca de la situación de las escuelas en contexto COVID-19, cuarentena, estado de excepción, aula, educación y salud, se sostuvo que el derecho construye un mundo maravilloso, una calesita que no se mueve, pero la situación social se mueve.

La educación y su costado anómico, la desigualdad educativa fueron cuestiones que se resaltaron especialmente, al igual que la salud y sus atenciones sanitarias deficientes. Se resaltaron las imágenes de los adolescentes en el espacio público juntando comida de los tachos de basuras como demostraciones de que los derechos no alcanzan a ser operativos.

III. TEORÍA Y PRÁCTICAS INTERDISCIPLINARIAS PARA LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA

El segundo panel denominado "Teoría y prácticas interdisciplinarias para la niñez y la adolescencia" estuvo moderado por el profesor Jorge Douglas Price¹³ y contó con las exposiciones de Silvia Tendlarz, Patricio Álvarez Bayón y Alejandra Barcala.¹⁴

12. Se puede visualizar esta exposición en YouTube, "Congreso Federal, Internacional e Interdisciplinario: DD. HH...", primer panel, 01:37:40.

13. Profesor de la Universidad Nacional del Comahue, General Roca, Provincia de Neuquén.

14. Se pueden consultar las exposiciones del panel de manera completa en YouTube, "Con-

La primera expositora, la psicoanalista Silvia Tendlarz¹⁵ presentó su trabajo sobre "autismo: objetos tecnológicos y pandemia". En su disertación destacó que el autismo no es una enfermedad, sino que es un funcionamiento subjetivo singular y constante a lo largo de la vida, explicando que el dispositivo analítico intenta desplazar el encapsulamiento autista de modo tal de poder incluir objetos y personas en un mundo cada vez más amplio. La soledad, la inmutabilidad y la fijeza son características que usualmente describen el autismo. Niños sin contacto con el mundo, encerrados en actividades solitarias y repetitivas que expresan la necesidad de mantener un orden rígido, sin que nada cambie como una modalidad de defensa frente a la vida. Remarcó que la orientación del tratamiento no debe responder a un protocolo universal, sino que debe contemplar las singularidades y que existen innumerables maneras de establecer un lazo sutil con el sujeto autista, ya sea a través de sonidos, juguetes, golpecitos, imitando movimientos, quedándose en silencio, nombrando una palabra y también a través de la utilización de objetos tecnológicos (como lo son los teléfonos, *tablets*, computadores, etc.) tan importantes en el contexto del aislamiento social, preventivo y obligatorio.

Expresó de esta manera que los objetos tecnológicos:

[...] no son una expresión de la inhumanidad del autista, sino que pueden volverse otro instrumento para entrar en contacto con él [...]. Posibilitan una repetición en el uso de los dispositivos y producen una pluralidad de recursos. La máquina funciona también como una manera de regular la vida en la medida que introducen leyes a un viviente caótico.

Retomando conceptos del psicoanalista catalán Iván Ruiz, presentó algunos problemas que trae aparejado la cuarentena, entre los que destacó las cuestiones temporales y espaciales. Respecto de las temporales dijo que refieren específicamente a aquellas rutinas del niño que quedaron alteradas, mientras que respecto a los espaciales destacó que los espacios reducidos, en gran parte de los departamentos, distorsionan el tránsito por los circuitos en los que arman sus rutinas y que implican la distinción entre

greso Federal, Internacional e Interdisciplinario: DD. HH...", segundo panel, 00:21:31.

15. Psicoanalista. Profesora Titular de la cátedra de Autismo, Facultad de Psicología, UBA.

la escuela y la casa, el adentro y el afuera. Dicha falta de distinción genera angustias y, a veces, episodios de excitación que confrontan a los padres a buscar alguna invención para encontrar un "afuera" dentro de la casa. Agregó que los tratamientos por internet generan una situación en la que los analistas también están con el niño o adolescente dentro de su casa, pero también por afuera, desde sus casas, armando así una particular topología del espacio, y destacó que el punto fundamental es que estén junto al niño en su encapsulamiento autista para poder operar en la dirección de la cura.

Remarcó que la experiencia muestra que no todos los niños aceptaron esta propuesta de tratamiento a través del uso de objetos tecnológicos, como tampoco los padres. Para concluir explicó que el tratamiento analítico busca extraer al niño de su homeostasis inicial e incluirlo a través del trabajo en transferencia sin forzamientos, considerando sus intereses específicos para lograr producir algo nuevo en la repetición, a partir del respeto, de las soluciones y las afinidades propias del niño para que él pueda encontrar su saber hacer en el mundo.

A continuación, Patricio Álvarez Bayón¹⁶ abordó la temática de las infancias trans desde la perspectiva psicoanalítica. Tras realizar una breve reseña histórica sobre la evolución de las posiciones respecto del concepto "género" y su vinculación con el "sexo", sostuvo que los logros conseguidos en el mundo por los movimientos LGBTIQ, el feminismo y el alcance de la Ley de Identidad de Género¹⁷ en Argentina (sobre la que destacó que es única en el mundo por cómo piensa la cuestión de derechos adquiridos), han tenido grandes consecuencias para la vida de las personas trans, al mismo tiempo que han modificado culturalmente la percepción del género en general y han tocado en todos los estamentos a las formas patriarcales y misóginas de conformación de la sociedad. En tal sentido destacó que "ya no pasan desapercibidos los comentarios machistas en los medios, ni los chistes violentos ni los distintos modos sutiles de segregación que eran normales hasta hace pocos años".

En lo que respecta al psicoanálisis y la infancia trans, refirió que la infancia es el momento fundamental donde se producen todas las elecciones

16. Psicoanalista de la Escuela de Orientación Lacaniana (EOL). Profesional de planta del Hospital Italiano, Servicio de Psicopatología Infanto-juvenil.

17. República Argentina, "Ley de Identidad de Género", 23/05/2012.

a nivel del inconsciente que determinarán el género tanto en la adolescencia como en la adultez, es decir, “la autopercepción es el momento de llegada de una elección que ya se ha dado a nivel inconsciente antes”. Para ello, todo sujeto atraviesa tres niveles, según Lacan, que deben articularse entre sí: el identificador; el pulsional y la sexuación. En estos tres niveles se configuran, entonces, la sexualidad y el género a partir de las marcas, contingentes y determinaciones que se producen en la infancia y pubertad, y la articulación entre los niveles no siempre es unívoca por lo que se puede tener una identificación masculina con un deseo homosexual; se puede autopercebir una identidad femenina en un cuerpo biológico masculino y sentir atracción por las mujeres. El momento donde se articulan y se produce la batalla entre estos niveles es en la adolescencia. Entonces, la identidad autopercebida conscientemente es el resultado de todo ese proceso de articulación.

Finalmente, Alejandra Barcala¹⁸ centró su exposición en las “desigualdades y violencias en las infancias con sufrimiento psíquico y vulnerabilidad social”. La expositora, especialista en salud mental, analizó las especiales particularidades y sufrimientos que atraviesa la niñez institucionalizada por cuestiones de salud mental en el contexto de pandemia. Destacó que la cuarentena ha reforzado ciertas situaciones de injusticia, discriminación y de exclusión, junto con la idea de que la vida de los niños internados en instituciones psiquiátricas pareciera valer menos. Por tal motivo destacó la necesidad de visibilizar los intensos sufrimientos que tiene esta niñez e indicó que “en la Ciudad de Buenos Aires, en los últimos años, anualmente hay más de 1.200 niñas, niños y adolescentes que son internados por razones de salud mental”. Asimismo, describió las prácticas internas de las instituciones, observando un aumento en la tendencia a la internación prolongada –aunque el niño ya posea el alta médica–, a una rápida medicalización que obtura la posibilidad de escuchar al niño en su singularidad y a un diagnóstico que, en la mayoría de los casos “patologiza” sufrimientos producto de situaciones de vulneración y violencia social.

La expositora invitó a repensar si la cuarentena no estaba sucediendo con anterioridad, en términos de aislamiento físico y de deconstrucción de lazos sociales e inclusión comunitaria con estas infancias. Refirió que las desigualdades también se hacen notar frente a la falta de acceso a tecnologías digitales, impidiendo a los niños institucionalizados el contacto con

18. Psicóloga de la UBA. Profesora Titular de Salud Mental. Magister en Salud Pública.

sus referentes y terapeutas, perdiendo –aún más– su subjetivación. Por otro lado, resaltó la necesidad de pensar herramientas para las políticas públicas que promuevan el trabajo interdisciplinario y de forma intersectorial, de modo tal de garantizar el derecho integral de las niñas, niños y adolescentes. Destacó que pese a ser una pandemia global, hemos podido ver que su impacto es de forma desigual en ciertos territorios donde viven niños y niñas. Todas las instituciones debemos empezar a pensar la articulación del trabajo con los referentes territoriales, con aquellos que conocen las culturas barriales. Hay que evitar aplicar acríticamente recetas preestablecidas y jerarquizar lo complejo, donde se reconozcan las emociones y sentires singulares; no todos los niños sienten y piensan de la misma forma. Hay que pensar desde el sur de nuestro continente.

IV. MIGRACIÓN Y DIVERSIDAD CULTURAL

El tercer panel denominado “Migración y Diversidad Cultural” estuvo coordinado por Leopoldo Godio¹⁹ e integrado por Guillermo Treacy, Marina Salmain y Paula Barberi.²⁰

El profesor Guillermo Treacy²¹ se refirió a la protección de la niñez en contexto de migración desde la perspectiva de los derechos humanos y estándares jurídicos de los instrumentos internacionales de la materia. Su exposición examinó la evolución normativa interna del Estado argentino en materia migratoria, identificando avances en la adecuación a los estándares internacionales de derechos humanos, con la promulgación en el año 2004 de la ley 25.871;²² en particular, en relación a su antecesora, la llamada “Ley Videla”,²³ que “respondía a un paradigma totalmente discriminatorio y lesivo de los derechos de las personas migrantes”. A su vez, señaló retrocesos significativos en el derecho migratorio de las personas, reconocido novedosamente por la ley 25.871, con el dictado del DNU 70/2017.²⁴

19. Magister en Relaciones Internacionales, UBA.

20. Las exposiciones de este panel se pueden visualizar en YouTube, “Congreso Federal, Internacional e Interdisciplinario: Derechos...”, tercer panel.

21. Juez de la Cámara Contencioso Administrativo Federal.

22. República Argentina, “Ley de Migraciones”, 20/01/2004.

23. República Argentina, Decreto-Ley 22.439, 23/03/1981.

24. Poder Ejecutivo Nacional, “DNU migrantes”, 30/01/2017.

Treacy no solo se refirió a las normas internacionales de derechos humanos aplicables en materia de migración, sino también analizó la interpretación que de las mismas efectuó la Corte IDH, que en sus Opiniones Consultivas n.º 17,²⁵ 18²⁶ y 21²⁷ se refirió a la situación de la niñez afectada por procesos migratorios, destacando la necesidad de su protección. A partir de estas observaciones, señaló algunas tensiones entre la legislación interna en materia migratoria y las disposiciones de los instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional, en particular, en relación a la niñez y adolescencia en contexto de migración. Identificó que esas tensiones existen porque las normas migratorias internas no contemplan de manera específica los derechos y garantías de niños, niñas y adolescentes migrantes. Advierte que, para superar este vacío legal respecto a la situación particular de la niñez migrante, deben interpretarse las normas internas en materia migratoria no solo a la luz del derecho internacional de los derechos humanos, sino específicamente conforme a los derechos humanos de la infancia que reconocen al niño como sujeto de derechos. Por último, destacó que "los operadores jurídicos tienen que hacerse cargo de ellos; esto es lo relevante de los estándares internacionales".

Luego de esta presentación, la disertación estuvo a cargo de Marina Salmán,²⁸ quien expuso su trabajo sobre "derechos de los niños, niñas y adolescentes en procesos migratorios de expulsión de sus progenitores". En esta oportunidad se abordaron las restricciones de derechos, servicios y xenofobia que sufre una persona migrante, sumado al miedo constante a que se la expulse del país.

Se destacó que la Comisión de Migrantes de la Defensoría General de la Nación fue creada para darle una respuesta a los migrantes, en especial a aquellos que son expulsados del país. Su propuesta refirió a la necesidad de que todo organismo interviniente tenga en cuenta la especial situación de vulnerabilidad en que se encuentran los niños como consecuencia de la expulsión de uno o ambos padres. En primer lugar, porque están involucrados los derechos de los niños, luego por el comportamiento de los diferentes organismos del Estado respecto de estos derechos y seguidamente por la

25. Corte IDH, Opinión Consultiva 17/02.

26. Corte IDH, Opinión Consultiva 18/03.

27. Corte IDH, Opinión Consultiva 21/04.

28. Defensora Coadyuvante de la Comisión del Migrante de la Defensoría General de la Nación.

implicancia que tiene el decreto de necesidad y urgencia 70/2017 en los procesos, para finalmente llegar a las buenas prácticas.

Destacó la importancia del cumplimiento de los derechos garantizados en los art. 12.1 y 12.2 de la CDN en los procesos de expulsión, enunciándolos: a expresar su opinión libremente y a que su opinión sea tenida en cuenta; a ser escuchado en todo el procedimiento judicial o administrativo que lo afecte; a una representación jurídica adecuada y autónoma; a ser oídos de manera personal y a que sus intereses sean considerados como derechos primordiales.

La última exposición del panel estuvo a cargo de Paula Barberi²⁹ quien se refirió a las normas internacionales que resguarda el derecho internacional de los derechos humanos de los pueblos originarios y, en particular, el acceso a justicia por parte de niños, niñas y adolescentes que integran este colectivo. Indicó que tras la reforma de la Constitución Nacional de 1994, precisamente a través de la incorporación del artículo 75 inciso 17, se rompió con el “paradigma asimilacionista” que regía hasta ese momento, el cual consistía en convertir a las poblaciones indígenas al catolicismo y se pasó a reconocer sus derechos, entre los que destacó la preexistencia étnica y cultural, el respeto a su identidad, la educación bilingüe e intercultural, así como también el reconocimiento de la personería jurídica, la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan y la participación en la gestión de sus recursos naturales.

Señaló que existen cuatro pilares sobre la temática que operan como un límite a la intromisión estatal: el derecho a la autoidentificación, el derecho a la libre autodeterminación, el derecho a la consulta y participación; y el derecho a la tierra y el territorio. En este sentido, hizo especial hincapié en que “las comunidades indígenas tienen un especial vínculo con la tierra”, distinto al concepto de propiedad previsto en el CCCN. Resaltó que la Observación General n.º 11 del Comité de los Derechos del Niño de la ONU³⁰ es un estándar y guía para la aplicación y reconocimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes indígenas por su pertenencia étnica y por su mayor vulnerabilidad. Sin embargo, manifestó que la realidad indígena dista mucho del cumplimiento de estos derechos por

29. Actualmente trabaja en el Programa de Diversidad Cultural de la Defensoría General de la Nación.

30. Comité de los Derechos del Niño, Observación General n.º 11.

motivos de desigualdad socio-económica profunda, ya que la mayoría de estas poblaciones viven en una extrema pobreza que no sólo afecta el acceso a recursos materiales, sino también a otros derechos reconocidos como la educación y la no discriminación.

Finalizando su exposición puntualizó en los obstáculos estructurales, procesales y culturales o simbólicos (desconfianza, maltrato, falta de interpretación de los operadores) en el acceso a la justicia de los pueblos indígenas y propuso criterios de aplicación para las personas que intervienen en la administración de justicia: el respeto a la identificación cultural, romper con los estereotipos, tener en cuenta el derecho a la no discriminación, la representación de los infantes indígenas a través de los respectivos asesores y la creación de políticas institucionales específicas dentro de cada ámbito de asistencia.

Por último, quisiéramos agradecer a todos los participantes de este Congreso por haberlo enaltecido con sus presencias.

V. BIBLIOGRAFÍA

- Comité de los Derechos del Niño, Observación General n.º 11, "Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención", 12/12/2009.
- , Observación General n.º 5, "Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño", CRC/GC/2003/5.
- Corte IDH, Opinión Consultiva 17/02, "Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño", 28/08/2002.
- , Opinión Consultiva 18/03, "Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados", 19/09/2003.
- , Opinión Consultiva 21/14, "Derechos y Garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional", 19/04/2014.
- OMS, "Alocución de apertura del Director General de la OMS en la rueda de prensa sobre la COVID-19 celebrada el 11 de marzo de 2020", URL: <https://www.who.int/es/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>.
- ONU, "Informe de políticas: Las repercusiones de la COVID-19 en los niños", URL, <https://www.un.org/en/file/48573/download?token=3cpMYjPs>.
- Poder Ejecutivo Nacional, "DNU Aislamiento social, preventivo y obligatorio", Decreto 297/2020, 19/03/2020.

—, “DNU migrantes”, Decreto 70/2017 modificatorio Ley 25.871, 30/01/2017.

República Argentina, Decreto-Ley 22.439, 23/03/1981.

—, “Ley de Migraciones”, Ley 25.871, 20/01/2004.

—, “Ley de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes”, Ley 26.061, 21/10/2005.

RESTA, Eligio, *La Infancia herida*, AdHoc, 2008, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, traducción de LORA, Laura.

UNICEF, Víctimas ocultas: Unicef alerta sobre el aumento de la violencia hacia niños y niñas durante el aislamiento preventivo del COVID, URL: <https://www.unicef.org/argentina/comunicados-prensa/victimas-ocultas-unicef-alerta-violencia-ninos>.

YouTube, “Congreso Federal, Internacional e Interdisciplinario: DDHH para la Niñez y la Adolescencia”, Ambrosio L. Gioja, URL <https://www.youtube.com/watch?v=DjDAJKV9kas&t=1291s>, 19/05/2020, segundo panel.

—, “Congreso Federal, Internacional e Interdisciplinario: Derechos Humanos para la Niñez y la Adolescencia”, Ambrosio L. Gioja, <https://www.youtube.com/watch?v=OQEJSRRzHjg>, 19/05/2020, tercer panel.

—, “Congreso Federal, Internacional e Interdisciplinario: Derechos Humanos para la Niñez y la Adolescencia”, Ambrosio L. Gioja, URL <https://www.youtube.com/watch?v=mzQfs9bPzDg>, 18/05/2020, primer panel.

—, “Congreso Federal, Internacional e Interdisciplinario: Derechos Humanos para la Niñez y la Adolescencia”, Ambrosio L. Gioja, URL <https://www.youtube.com/watch?v=Y9CD3ZfQOpI>, 18/05/2020, palabras de apertura.

XVII CONCURSO DE ENSAYOS
‘DR. IGNACIO WINIZKY’:
“NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL FEDERAL”

UNA VÍCTIMA ACTIVA: SU ROL EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL FEDERAL*

CAMILA RODRÍGUEZ URRIBARRI**

Resumen: El Código Procesal Penal Federal se nos presenta como el instrumento que marcará el cambio de paradigma en el proceso penal argentino. En su espíritu, cumple con hacer suyas las ideas que influyeron en la sanción de la Ley de Derechos y Garantías de las Personas Víctimas de Delitos. En este ensayo se abordará integralmente el concepto de *víctima*, partiendo del rol que históricamente ha tenido en el derecho penal para poder contrarrestarlo con el que el Código promete. Se analizarán cuáles son las consecuencias de su inclusión al proceso penal y se describirán aquellos actos en los que participará como sujeto activo. El propósito de este trabajo es cuestionarnos si, efectivamente, tiene en miras empoderar al ofendido o simplemente queda en una expresión de deseos.

Palabras clave: código procesal penal federal de la nación — víctima — sistema inquisitivo — ley de derechos y garantías de las personas víctimas de delitos — querrela — actor civil — acción penal — salidas alternativas al proceso penal — conciliación — suspensión del juicio a prueba — peligro de entorpecimiento — sobreseimiento

Abstract: The Federal Criminal Procedure Code appears as a turning point in the Argentine criminal procedure. In its essence, it fulfills the terms that influenced the sanction of the Law on Rights and Guarantees for Crime Victims. In this essay the concept of *victim* will be comprehensively addressed, starting with the role that the victim historically has had in the criminal law so as to compare it with the idea that the new procedure code presents. It will be analyzed the consequent effects of the incorporation of this figure as well as the acts in which the

* Este trabajo ha obtenido el Primer Puesto en el XVII Concurso de Ensayos “Dr. Ignacio Winizky” sobre la Reforma del Código Procesal Penal Federal. Recepción del original: 01/10/2020. Aceptación: 13/12/2020.

** Abogada (UBA).

victim participates actively. This article aims to wonder if this new code effectively empowers the victim or if it is just an aspiration.

Keywords: federal criminal procedural code — victim — inquisitorial system — law on rights and guarantees for crime victims — complaint — civil plaintiff — criminal prosecution — alternatives to trial — agreement — probation — obstruction risk — stay

I. INTRODUCCIÓN

El nuevo Código Procesal Penal Federal¹ (en adelante, CPPF) modifica radicalmente el paradigma procesal imperante hasta el día de hoy a nivel federal en lo que respecta a la estructura del proceso penal. Su característica más importante es que se basa en un modelo acusatorio, abandonando el sistema de características inquisitivas que reinan en el Código Procesal Penal de la Nación² (en adelante, CPPN) vigente desde 1991. La facultad investigativa y de acusación estará en manos del Ministerio Público Fiscal (en adelante, MPF) y la función de decisión y de control de cumplimiento de las garantías del imputado le corresponde al juez, reforzando su imparcialidad. De diseño adversarial, se prevé una justicia oral en búsqueda de procedimientos más rápidos, sencillos y transparentes por medio de investigaciones y juicios dinámicos.

Otro de sus puntos más destacados, y que es motivo del presente ensayo, es su propósito de poner a la víctima en el centro del sistema, en concordancia con los cambios culturales que se gestaron en la sociedad argentina. La víctima es quien sufre las consecuencias del delito siendo que no está involucrada en la causa de su padecimiento, pues su condición deriva del daño producido por otros. Nos prometen un Código donde interviene en el proceso activamente: contando con la novedosa posibilidad de solicitar ciertas medidas y de ser consultada en determinados momentos. Ahora bien, es preciso analizar si estas pautas se constatan en la norma o se prevé una participación meramente formal, limitándose a autorizar un sistema preestablecido. Surgen, además, una serie de interrogantes al

1. República Argentina, “Código Procesal Penal Federal”.

2. República Argentina, “Código Procesal Penal”.

respecto, ya que independientemente de lo regulado se hace imperioso un sistema de administración de justicia coherente con el impulso de la normativa procesal.

II. VÍCTIMAS ¿QUIÉNES?

II.A. La víctima se define a sí misma

Antes de comenzar este ensayo me gustaría consultarle si alguna vez se sintió víctima de algún delito. Se ha relevado que, durante el año 2019, hubo 2291 víctimas de delitos dolosos, 1665 víctimas de delitos dolosos en grado de tentativa y 153.270 víctimas de lesiones culposas en todo el territorio de Argentina.³ Estas cifras son sin dudas alarmantes y más aún si se toma conciencia que detrás de cada número hay una persona de carne y hueso y que, probablemente, su respuesta a mi primera inquietud sea afirmativa.

Por lo que se hace forzoso responder al primer interrogante: ¿quién es *víctima*? Muchas son las dudas que nos pueden surgir de un término tan ambiguo y utilizado cotidianamente. Para poder dar una respuesta lo más satisfactoria posible, primero nos debemos encomendar a la tarea de develar quién define a la víctima: porque la víctima debe ser designada, debe ser definida, debe ser mostrada para que logremos materializarla. Para ello, debemos admitir que la idea de *víctima* supone una visión política del concepto: es desde el interior de una política que se decide quién es verdaderamente la víctima; en toda la historia del mundo, políticas diferentes, tuvieron víctimas diferentes. Por lo tanto, no podemos partir de una unívoca idea de víctima, porque es un término variable. Podríamos afirmar que la víctima se designa a sí misma. La víctima se presenta como tal y es necesario que nosotros le creamos. En tal caso, la noción de víctima se vuelve una cuestión de creencia, la injusticia se nos revela a partir de la presentación de una queja.⁴

Si nos planteamos abstractamente su alcance, todos creemos que hay un consenso amplio sobre su significado, pero cuando la aplicamos a un caso concreto, los límites empiezan a difuminarse. Piénsese que cada uno

3. Sistema Nacional de Información Criminal (SNIC).

4. BADIOU, La idea de justicia.

de nosotros estamos sumergidos en una cultura distinta. Quien nosotros consideramos una víctima en nuestra cosmovisión occidental, tal vez sea considerada un "héroe" en una cultura oriental, por dar un ejemplo. La identificación de una persona o un grupo como víctima no es natural, sino que es parte de un proceso histórico, social, cultural, político y económico. La revisión de la literatura en el campo de la salud mental y los derechos humanos permite arribar a una diversidad de definiciones y alcances del concepto de víctima.

II.B. Una definición concreta: víctima en el Código Procesal Penal Federal y el Derecho Internacional

A partir de la reforma de la Constitución Nacional del año 1994, en el tan afamado artículo 75 inc. 22 se incorporan los tratados internacionales y con ellos se hace innegable la necesidad de abordar esta temática, ya que en forma expresa estos instrumentos se refieren a la víctima. Actuando como estándares internacionales, obligaron a nuestro país a realizar una labor de adecuación de la legislación interna a dichas normas.

Una definición precisa del vocablo *víctima* en el ámbito internacional, lo encontramos en la Resolución 40/34 del año 1985 de la Asamblea General de las Naciones Unidas en la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder,⁵ allí la noción es amplia: pueden serlo individual o colectivamente; los daños incluidos pueden ser lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales; lo será independientemente de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al perpetrador e independientemente de la relación familiar entre el perpetrador y la víctima y se incluye además a los familiares o personas a cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización.

Otros instrumentos abordan la temática y enfatizan dicha definición. Conforme a las Guías de Santiago sobre Protección de Víctimas y Testigos, documento aprobado en la XVI Asamblea General Ordinaria de la Asociación Ibero Americana de Ministerios Públicos (AIAMP) en el año 2008:

5. AGNU, Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia...

[...] los sistemas jurídicos y las estructuras en las que actúa el Ministerio Público no pueden conformarse con asumir un concepto restringido de víctima que se limite a contemplar como tal al sujeto pasivo de una conducta delictiva.⁶

Aprobada durante la XVI edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana del año 2012, la Carta Iberoamericana de Derechos de las Víctimas afirma que se entenderá por *víctima*:

[...] a toda persona física que haya sido indiciariamente afectada en sus derechos por una conducta delictiva [...]. También incluye a la familia inmediata o las personas que están a cargo de la víctima directa.⁷

De lo expuesto, queda más que claro que la intención de las normas supranacionales es que la comunidad internacional adopte un concepto amplio de *víctima*, con una visión protectora del Estado, que abarque a quienes directa e indirectamente son afectados por el obrar delictuoso. Si hacemos un análisis del CPPF podemos claramente sostener que esto no coincide en plenitud con el existente en su art. 79 que reduce su alcance al considerar *víctima*:

- "a) A la persona ofendida directamente por el delito
- b) Al cónyuge, conviviente, padres, hijos, hermanos, tutores o guardadores en los delitos cuyo resultado sea la muerte de la persona con la que tuvieron tal vínculo, o si el ofendido hubiere sufrido una afectación psíquica o física que le impida ejercer sus derechos".

A modo esquemático podríamos definir a la víctima mencionada en el inciso a) como *directa*, porque la titular del bien jurídico ofendido, mientras que a las del inciso b) las podemos denominar *indirectas*; son aquel grupo cercano que, por más de no resultar en principio lesionadas en su persona, sí sufren las consecuencias del delito. Su afinidad se traduce en

6. AIAMP, Guías de Santiago sobre Protección de Víctimas y Testigos.

7. Cumbre Judicial Iberoamericana, Carta Iberoamericana de Derechos de las víctimas.

contención, son todos aquellos que naturalmente les brindan asistencia y quienes sufren igualmente los hechos delictivos.

Respecto a los indirectos se les reduce aún más su campo de acción, se establecen dos pautas para ser abarcados por la norma: debe tratarse de delitos cuyo resultado sea la muerte de la persona con la que tuvieren vínculo, o bien, pueden actuar si el ofendido hubiere sufrido una afectación psíquica o física que le impida ejercer sus derechos. Pareciera que el CPPF limita el universo a estas dos situaciones graves ya que vienen a reemplazar al propio ofendido ante su ausencia en el ejercicio de sus derechos. Son sus sustitutos ocasionales.

El CPPF recepta la definición de *víctima* de la Ley de Derechos y Garantías de las Personas Víctimas de Delitos –que será abordada más adelante– en forma textual. Al respecto, la Dirección General de Acompañamiento, Orientación y Protección a las Víctimas (DOVIC) aclara que el sufrimiento subjetivo producido por un episodio de violencia (incluso sobre un familiar) es suficiente para poder recibir orientación y acompañamiento durante el proceso.⁸

Podemos concluir que el concepto es más restrictivo: para nuestro derecho interno la víctima es en primera instancia el titular del bien jurídico dañado, y en su reemplazo quien por su cercanía socioafectiva puede sustituirlo. No lo son colectivamente como en el derecho internacional.

III. LA VÍCTIMA EN EL OLVIDO

III.A. Un breve análisis de la víctima en la historia del derecho penal

Podemos afirmar sin pudor que la víctima ha sido la gran olvidada de la criminología, del derecho penal y del derecho procesal penal. Perduró en la historia penal callada y excluida, hasta nuestros días donde un contexto sociocultural le otorga voz y se presenta como un asunto innegable de reflexión.

La criminología centró su preocupación por entender la etiología del delito y por buscar métodos de respuesta al delincuente. A pesar de su

8. DOVIC, Guía práctica sobre la ley de derechos..., p.15.

declaración de que el delito es una relación social, prestó poca atención a las víctimas. El derecho penal también la olvidó: en su aspecto material, el fin de protección de bienes jurídicos, parecía basarse exclusivamente en el castigo del delincuente en vez de en la reparación del mal causado a la víctima.⁹ Recién en los años ochenta surge la victimología, una corriente nueva que se caracteriza por su preocupación por las necesidades y derechos de la víctima, con la sensibilidad de no contraponer los derechos de la víctima a los derechos del delincuente.¹⁰

¿A qué se debe su desprecio? A decir verdad, la posición que ocupa actualmente la víctima en el proceso penal no es la misma que tenía con anterioridad a la instauración del sistema de persecución penal pública. En los albores de la historia del derecho penal, cuando reinaba la composición como método común de solución de los conflictos sociales y el sistema acusatorio privado como forma de persecución penal, la víctima cumplía un rol esencial.

Bovino bien explica que la víctima fue desalojada de ese pedestal, abruptamente, por la *inquisición*. En un contexto histórico donde el poder político se encontraba centralizado, se expropió su figura al crear la persecución penal pública. Su voluntad en el enjuiciamiento penal queda anulada, el sistema penal se comienza a utilizar como un instrumento del control estatal directo sobre los súbditos. Para el modelo inquisitivo, el fundamento de la persecución penal ya no era un daño provocado a un individuo ofendido; la noción de daño desaparece y, en su lugar, aparece la noción de infracción como lesión frente a Dios o a la persona del rey. Este fundamento era suficiente para que el soberano se apropie del poder de castigar. Con este sistema nace la figura del procurador y un nuevo fin del procedimiento, la averiguación de la verdad.¹¹

Es en este contexto en que se produce el quiebre que venimos arrasando hasta hoy: la llamada "expropiación del conflicto"; surgió la figura del procurador que "doblaba" a la víctima (ocupando su lugar) y, por su parte, el victimario quedaba incapacitado pasando a ser el objeto de la indagación. Desde aquel entonces la justicia no será más la lucha entre individuos y la libre aceptación de la resolución por parte de aquellos, sino

9. LARRAURI, "Victimología", p. 283.

10. LARRAURI, "Victimología", pp. 284-285.

11. BOVINO, "La participación de la víctima en el procedimiento penal", p. 5.

que se impondrá a ellos una resolución de un poder exterior, judicial y político.¹² El monopolio estatal del ius puniendi implicaba que las funciones estatales debían ser respetadas por las víctimas, quienes no contaban con otra alternativa.¹³

La víctima será necesaria para poder reproducir esta relación de poder. Su presencia se limitará a la calidad de testigo, legitimando con su presencia el castigo estatal. Fuera de esta tarea de colaboración en la persecución penal, ninguna otra le corresponde.¹⁴

Con el movimiento reformador del siglo XIX, surge el procedimiento *inquisitivo reformado* que, en lo fundamental, conserva los pilares sobre los que se generó el método inquisitivo histórico.¹⁵ Aún quedan reminiscencias inquisitivas en nuestro derecho, nada de ello nos es ajeno. Parte de esta ideología autoritaria sigue presente, el derecho penal vigente ha quedado viciado por su gran influencia. Nació históricamente como medio para alcanzar pacífica y externamente a una solución, suponiendo una protección al presunto autor del delito frente a la venganza del ofendido o de la comunidad, pero la historia nos refleja que terminó siendo un mecanismo de control de comportamientos contrarios a la ley (que el propio Estado define) utilizando en sus comienzos métodos crueles e inhumanos, que luego fueron apaciguados por medio de garantías, pero siempre excluyendo a la víctima en el juego. La víctima no sólo no tiene voz, sino que deja de ser titular de derechos. La víctima solo es eso, una víctima.

III.B. No seamos prejuiciosos con la víctima

Existe una errónea idea que sostiene que la víctima no debería ingresar al proceso penal ya que, como busca satisfacer su sed de venganza, utilizaría al Estado como un medio para apaliar su resentimiento. Esta es una mirada esencialmente prejuiciosa: cuando es parte, busca naturalmente una reparación. Esta última postura ha sido sostenida por Binder, quien entiende que este mito tiene un origen histórico determinado, gracias a dos códigos procesales (los códigos italianos de 1913 y 1930) que

12. ANITUA, *Historias de los pensamientos criminológicos*, p. 20.

13. ANITUA, *Historias de los pensamientos criminológicos*, p. 18.

14. BOVINO, "La participación de la víctima en el procedimiento penal", p. 6.

15. BOVINO, "La participación de la víctima en el procedimiento penal", p. 6.

reprodujeron este discurso y ejercieron una gran influencia en todo el mundo y particularmente en Latinoamérica.¹⁶

Resalta que son muy raros aquellos casos en los que la víctima prefiere la imposición de la pena antes que un arreglo económico. Modernamente, cuando entró en crisis la pena de prisión, muchos comienzan a cuestionarse la utilidad de las penas respecto a la reparación económica, siendo esta más útil y sana.¹⁷ Esta será, en última instancia, una discusión punitivista que excede de este trabajo, pero generar una regla que sostenga que el ofendido prefiere la búsqueda de penas "duras", en un sistema lento y burocratizado, contando con alternativas más efectivas y rápidas, es completamente prejuicioso.

III.C. Ley de Derechos y Garantías de las Personas Víctimas de Delitos: una conquista histórica

El hito argentino en la adquisición de derechos de las víctimas, generando un verdadero cambio de paradigma, es la denominada Ley de Derechos y Garantías de las Personas Víctimas de Delitos¹⁸ (reglamentada en el año 2018). Su sanción recepta históricos reclamos de diversos sectores de la sociedad para ubicar a las víctimas como sujetos de derechos en el marco de las investigaciones penales y lograr una justicia que recepte sus necesidades y pretensiones. La ley fija en su art. 3 los objetivos que se propone alcanzar, que evidencian su rol procesal protagonista, dejando atrás la concepción tradicional con tintes inquisitivos que ya se caracterizaron.

Dentro de sus principios rectores figuran (art. 4): la rápida intervención, el enfoque diferencial y la no revictimización que deberán guiar la actuación de las diversas autoridades y personas que interactúen con las víctimas de delitos. En ese sentido, es importante destacar que la ley refiere a toda autoridad del servicio de administración de justicia que tenga contacto con alguna víctima de delitos. Son principios transversales a todos los órganos que deben cumplirse durante todo el procedimiento penal.¹⁹

16. BINDER, Introducción al derecho procesal penal, pp. 328-329.

17. BINDER, Introducción al derecho procesal penal, p. 329.

18. República Argentina, "Ley de Derechos y Garantías de las Personas Víctimas de Delitos".

19. Dirección General de Acompañamiento, Orientación y Protección a las Víctimas, Guía práctica sobre la ley de derechos..., p. 9.

Se creó el Centro Nacional de Asistencia a las Víctimas (CENAVID) que coordina la política pública de apoyo a los derechos a las víctimas, y el Observatorio para las Víctimas del Delito (OVD) que se encarga del monitoreo, seguimiento y análisis de las cuestiones relacionadas con las víctimas del delito, sus familias y entornos, con la finalidad de producir recursos útiles para la toma de decisiones en materia de política pública de víctimas del delito.

IV. UN CAMBIO DE PARADIGMA

IV. A. ¿Es un sujeto propiamente dicho del proceso penal?

Una de las críticas que se le puede hacer al CPPF es la utilización del controvertido término *víctima* en su articulado de manera expresa. Continuando con el sentido de este trabajo, ahora resta analizar si es coherente su inserción como un sujeto propiamente dicho en el marco del proceso penal.

Pastor, crítico de esta inclusión, considera:

[...] un error llamar víctima a quien jurídico - procesal - constitucionalmente no lo es todavía (aunque en verdad lo sea), lo mismo que no es autor, en el mismo sentido normativo, el imputado (no obstante que quizá lo sea).²⁰

Sostiene que autor y víctima son los personajes del Código Penal. Ahora bien, en el proceso hay imputado y querellante o acusador particular, quienes tal vez lleguen a ser autor y víctima.²¹

¿Cuál es el inconveniente de sostener que la víctima no es un sujeto? Es privarla de su calidad de interviniente activo en el proceso penal. Pastor considera que concederle tantas prerrogativas en el enjuiciamiento es una exageración, porque ya tenía de su lado todas las reglas de la parte especial

20. PASTOR, Lineamientos del nuevo Código Procesal Penal de la Nación, p. 60.

21. PASTOR, Lineamientos del nuevo Código Procesal Penal de la Nación, p. 60.

del derecho penal: cree que ese es su lugar, el derecho sustantivo de autor y de víctima.²²

Es verdad que, de cada delito, indefectiblemente vamos a contar con una víctima. Pero el articulado del Código indica que el individuo que se encuadre dentro de la definición del art. 79 "ya es víctima": esta calificación no es casual, tiene una connotación jurídica y social. Por un lado, nos indica que es la parte débil del proceso penal, la desprotegida, también permite presumir que sufrió un daño del individuo al que se le imputa un hecho punible. Pasamos por alto que no contamos con la certeza de ello. Estamos tratando prejuiciosamente al imputado. Desde el punto de vista jurídico estricto no podríamos saberlo hasta que termine el proceso: allí determina si el imputado es o no culpable del delito. Claro es Pastor al respecto: "en lo que más importa de esto, un acusador es alguien a quien se le puede denegar sus pretensiones, algo bastante más difícil de hacer respecto de quien la ley de procedimientos ya afirma que es víctima".²³

Advierte que esto no es sólo inadecuado, sino también contrario al principio de inocencia.²⁴ Este es un mandato constitucional que establece que toda persona es inocente (y así debe ser tratada) mientras no se declare en una sentencia judicial su culpabilidad. Insta un "status de inocencia" o "derecho a ser tratado como inocente". Este principio forma parte del escudo protector frente al poder arbitrario, que es el cometido de todas las garantías que juegan en el proceso penal.²⁵ Téngase en cuenta que fue receptado en el art. 3 del CPPF, por lo tanto, sería violatoria al mismo dispositivo.

Aunque consideremos que la víctima es esencial como veedor del actuar judicial y en pleno ejercicio de los derechos que se les otorgaron legislativamente, no podemos ser necios en negar que es un error la terminología utilizada. Los romanos pensaban que el nombre determinaba en gran medida el destino de quien lo llevaba; por ello afirmaban: *nomen est omen* (el nombre es destino). Si existe una víctima ya constituida en un proceso penal desde sus inicios, quiere decir que existe un culpable desde el comienzo también. Lo pensamos y lo tratamos como el responsable del menoscabo que sufre este individuo, independientemente de constatar ello,

22. PASTOR, Lineamientos del nuevo Código Procesal Penal de la Nación, p. 61.

23. PASTOR, Lineamientos del nuevo Código Procesal Penal de la Nación, p. 61.

24. PASTOR, Lineamientos del nuevo Código Procesal Penal de la Nación, p. 61.

25. BINDER, Introducción al derecho procesal penal, p. 123.

ya que no hemos arribado aún siquiera a una etapa de debate. Existe una clara presunción de culpabilidad y una presunción de daño, en tanto se afirma que existe víctima. No sabemos ante un hecho aún incierto si hay autor y, por ende, víctima.

Otra posición que se podría adoptar al respecto es la de Maier, quien no considera un obstáculo la utilización de este vocablo durante el proceso penal. No efectúa una distinción entre las expresiones "víctima" y "ofendido", el primero utilizado en el ámbito penal, el segundo relacionado al procedimiento penal; ya que según él ambos señalan al mismo individuo, a quién ha sufrido el daño del hecho punible. Ambas denominaciones son utilizadas como sinónimos. Sostiene que lo que venimos analizando es un problema político criminal común, al que debe dar solución el sistema en su conjunto, dependiendo del caso se encarará desde el derecho penal o procesal penal, pero en ninguno de los dos casos, podrán prescindirse los elementos que aporta la otra rama jurídica.²⁶ Bovino, haciendo suyas las palabras del maestro Maier, sostiene que la cuestión de la participación de la víctima en el procedimiento se halla indisolublemente unida al derecho penal en su conjunto.²⁷

Considero que lo mejor hubiese sido hablar de *presunta víctima/probable víctima*. Un adjetivo lo cambia todo. Es necesario un rol protagónico de la víctima, entendiendo por tal a quien *prima facie* se constate como lesionada por el delito en cuestión. Se haría visible lo que existe, una presunción de que tal individuo es víctima, pero se deja abierta la posibilidad de que no lo sea. Y no se fomentaría un trato sesgado al imputado, quien pudiendo ser o no culpable, debe soportar la existencia constituida de un sujeto al que la ley ya le da una posición preferencial.

IV.B. Víctima y querrela: distinción

El CPPN tiene en cuenta a la víctima y le otorga una serie de derechos, gracias a la influencia de la Ley de Derechos y Garantías de las Personas Víctimas de Delitos, pero no la define ni tampoco la nombra expresamente en cada uno de los actos procesales que detalla. No está contemplado como

26. MAIER, *Derecho Procesal Penal*, pp. 586-567.

27. BOVINO, "La participación de la víctima en el procedimiento penal", p. 3.

un sujeto procesal propiamente dicho. Si quiere tener un rol activo, debe constituirse como querrela.

Hoy podemos hacer una contundente afirmación respecto al rol de la víctima que trae el CPPF y genera una fuerte disrupción: podrá participar concretamente en el proceso penal sin necesidad de constituirse como querrela. Este actuar no es libre durante todo el recorrido, sino que se circunscribe particularmente durante un momento, que podemos llamar "etapa preparatoria". Esto no surge expresamente del Código, pero si hacemos un análisis armónico de la norma se evidencia que luego de la etapa de control de la acusación, deja de utilizarse el término *víctima* para pasar a exigir que actúe como *querrela*. Esta es una figura distinta y requiere una serie de requisitos que se encuentran en el art. 83. La distinción es lógica, por la naturaleza de los actos que. Podríamos sostener que la función de la víctima en el CPPF es de contralor: controla el proceso en pos de salvaguardar sus propios intereses.

IV.C. De víctimas y defensores

El artículo 81 del CPPF declara que, para el ejercicio de sus derechos, la víctima *podrá* designar a un abogado de su confianza. Lo que quiere decir que también puede no hacerlo e igualmente ser titular de los derechos que se le asigna. Seguidamente, aclara que, si no lo hiciere, se le informará que tiene derecho a ser asistida técnicamente y se la derivará a la oficina de asistencia correspondiente (aquellas que la Ley de Víctimas procura implementar o la que en el futuro la reemplace). Es un mandato del legislador informar a la víctima que cuenta con un respaldo letrado, similar a la garantía al imputado.

Sin ánimos de ser pesimista, es difícil de creer que se sostendrá en el tiempo y será una respuesta para cada persona que lo solicite. Los recursos que cuenta la administración de justicia son escasos y/o mal utilizados. Su remisión es bastante vaga, pareciera ser un deseo más que una realidad.

Además, se puede objetar la figura *sui generis* del "defensor oficial de víctimas". De hecho, la Ley de Derechos y Garantías de las Personas Víctimas de Delitos prevé la figura en su Capítulo VI. Para Alfie implica una distorsión neo inquisitorial de las funciones propias de las defensorías, ya que estas representan jurídicamente al imputado, responden a sus intereses y buscan efectivizar sus derechos y garantías. Con una mirada crítica sobre la inclusión de un cuerpo de abogados que gestiona los intereses de

las víctimas (que se entienden contrarios al del imputado) considera que "representa una pérdida grave del norte organizacional del que nunca debe apartarse una defensoría pública". Existiría una mezcla de posiciones, un conflicto de intereses, si interviene un defensor público en representación del acusado y otro en nombre del acusador. Las defensorías deberán diseñar y ejecutar políticas públicas, que den igual importancia al imputado y a la víctima. Se requerirá impartir estrategias en apoyo a ambos intereses.²⁸

También, conforme al art. 82 la víctima podrá solicitar que sus derechos y facultades sean ejercidos directamente por una asociación registrada conforme a la ley (ya sea de protección o ayuda a las víctimas, de defensa de intereses colectivos o difusos, de defensa de los derechos humanos o especializada en acciones de interés público), si fuera más conveniente para la defensa de sus intereses. Estas ejercerán todos los derechos de la víctima, con el deber de deberán mantenerla informada en el transcurso del proceso.

Es un hecho fáctico: actualmente si la víctima no cuenta con los medios económicos para afrontar el pago de un letrado, queda excluida de un rol hacendoso en el proceso penal ya que no puede constituirse como querellante y/o actor civil (arts. 82, 87, 110 y 415 CPP). Esto se traduce en denegar su participación en el proceso únicamente por su escaso poder económico, produciéndose una privación de la justicia. Lo que refleja que quienes pueden costear un abogado querellante, más que con un derecho, cuentan con un beneficio. Así, se viola claramente el principio de igualdad ante la ley, reproduciéndose una práctica discriminatoria y elitista.

Vale la pena agregar que solo la institución de la querrela en delitos de acción privada otorga derechos sustantivos a la víctima. El actor civil sólo ofrece la posibilidad de intervenir en el procedimiento penal para reclamar una pretensión de derecho privado que la víctima podría reclamar, de todos modos, en otro procedimiento. La participación del querellante en los delitos de acción pública habilita una intervención subsidiaria de la víctima, no le otorga derechos sustantivos sobre la solución del caso: el Estado continúa detentando la titularidad de la acción penal. En los delitos

28. ALFIE, "La vinculación entre víctimas y fiscalías: una cuenta pendiente en América Latina", p. 12-13.

dependientes de instancia privada la víctima tiene el poder de inhibir el inicio de la persecución.²⁹

IV.D. De víctimas y fiscales

El MPF cumple un rol constitucional en el proceso penal: promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y los intereses generales de la sociedad.³⁰ Debe actuar como un pórtico al acceso a justicia, fue ideado como la voz y la pluma de las víctimas y de la sociedad. Su misión es favorecer la justicia en el marco estricto de sus funciones.³¹

Existe una idea errónea que sostiene que vela exclusivamente por los intereses de la víctima individual –tal como si fuera su letrado– cuando en verdad esto no es así. La figura del fiscal está ligada desde su nacimiento al principio acusatorio, según el cual no puede haber juicio sin acusación. En la medida que el sistema acusatorio ingresa en un contexto de mayor “estabilidad” el fiscal va a ocupar el lugar de la víctima, pero con características muy particulares: lo hace como funcionario del Estado.³²

La función del MPF debe adecuarse a un criterio objetivo, orientado a una correcta aplicación de la ley y debe formular requerimientos a favor del imputado cuando sea necesario. Ante la inexistencia de pruebas que demuestren la responsabilidad penal del imputado, el fiscal debe solicitar su sobreseimiento, y en el debate su absolución.³³ No obstante, es sumamente importante un fiscal cercano a la víctima, que no la excluya, pero no hay que tergiversar su función. Debe ser objetivo y transparente para garantizar una correcta aplicación de la ley.

Esto es necesario tenerlo claro, ya que existe una alternativa en caso de suponer un fracaso la asesoría gratuita estatal a las víctimas: generar un modelo de MPF cercano a ellas, más sensible a sus necesidades e intereses, asimilando su rol al de un “abogado de las víctimas”. El Estado entra en el conflicto entre particulares con el fin de resolverlo, y para ello se hace imperioso una comunicación fluida entre ambos.

29. HEIM, El Estado argentino permite a la víctima o damnificado indigente..., pp. 5-6.

30. República Argentina, Constitución Nacional, Art. 120.

31. PALACÍN, Apuntes acerca de la figura del fiscal, p. 9.

32. BINDER, Introducción al derecho procesal penal, p. 323.

33. PALACÍN, Apuntes acerca de la figura del fiscal, p.4.

Para respetar el espíritu protector de las víctimas el fiscal conforme al CPPF debe asumir un nuevo rol más cercano al de "abogado de la víctima". Debe asegurar la real tutela judicial de la víctima. Les impone una pauta que no se dará de un día para el otro, ya que el sistema inquisitorial echó raíces en los operadores jurídicos que mantienen viejos vicios: formalidades que alejan a los ciudadanos a la justicia, o la necesidad de centrarse en respuesta del caso antes de perseguir un castigo. Los obliga a dejar de pensarse como funcionarios que defienden conceptos abstractos como el interés general de la sociedad o legalidad a ocuparse de la víctima (independientemente del rol particular que le asigna el Código).

Para dar cumplimiento a esta nueva manera de tratar a la víctima, se deberá modificar la división de tareas en sus dependencias. Se debe comprender al ofendido y escucharlo activamente, ya no es más un testigo de privilegio o fuente de prueba, será una de las razones de su trabajo. Para ello, debe saber cuál es el interés y esto solo sucederá con un trato ameno al lesionado. Los hará replantear sobre quiénes integran su equipo, muy probablemente deberá contar con la ayuda de profesionales de otras ramas (psicólogos, psiquiatras, trabajadores sociales, etc.) debiendo dejar de lado el monopolio de los estudiantes de derecho y abogados.

Maier indica acertadamente que atinamos a justificar la inclusión de la víctima al proceso por la excesiva burocratización del sector judicial, siempre lento en dar respuesta. Al respecto, merece especial atención el MPF: en su figura la víctima deposita su confianza. Califica a la fiscalía de perezosa e inútil, ya que en su esencia no es más que cualquier otro organismo burocrático.³⁴ Se sobreentiende que será el actor más cercano a la víctima durante el proceso, pero en los hechos se evidencia notablemente que el ofendido aún en su peor momento busca reemplazar su inacción. Al respecto agregó:

[...] yo mismo creí, originariamente, como otros, que la participación de la víctima se justificaba no tanto por su derecho a obtener satisfacción a pretensión alguna fundada en un derecho propio, sino, antes bien, como método para desperezar la modorra burocrática del oficio estatal encargado de la persecución penal pública.³⁵

34. MAIER, "Víctima y sistema penal", p. 157.

35. MAIER, "Víctima y sistema penal", pp. 158-159.

La relación del fiscal con las víctimas es en ocasiones ambigua, a excepción de cuando se llama a la víctima a declarar en los tribunales. Las Directrices de las Naciones Unidas sobre la función de los fiscales exige a los fiscales considerar las opiniones e inquietudes de las víctimas cuando se vean afectados sus intereses personales y asegurar que se informe a las víctimas de sus derechos, pero esto pocas veces se ve en la práctica.³⁶

V. UNA VÍCTIMA ACTIVA

V.A. Derechos de las víctimas

El CPP contempla derechos de las víctimas, gracias al Capítulo IV de la Ley de Derechos y Garantías de las Personas Víctimas de Delito que introdujo tales modificaciones. Los arts. 14, 15 y 16 atribuyeron una serie de derechos a las víctimas de delitos que en lo sustancial no se diferencian con los atribuidos en CPPF en el art. 12, a saber: tutela judicial efectiva, protección integral de su persona, su familia y sus bienes frente a las consecuencias del delito, su participación en el proceso penal en forma autónoma y la facultad de solicitar del Estado la ayuda necesaria para que su conflicto sea resuelto. Podemos decir que es el núcleo central de derechos que el legislador ha decidido otorgarles, ya que en el art. 80 los amplía considerablemente en varios incisos que plasman específicamente como se materializan durante el recorrido procesal.

El Código les reconoce una serie de derechos que podrían organizarse en tres categorías:³⁷

- De carácter general: son lineamientos generales que deben observarse todo el tiempo que dure el proceso penal y guían la actuación de cualquier autoridad judicial que esté en contacto con ellas. Tales como: recibir un trato digno y respetuoso; que sean mínimas las molestias derivadas del procedimiento; que se respete su intimidad en la medida que no obstruya la investigación.

36. Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito, Manual de instrucciones para la evaluación...

37. Dirección General de Acompañamiento, Orientación y Protección a las Víctimas, Guía práctica sobre la ley de derechos..., pp. 17-19.

- Frente a situaciones especiales: se trata de contextos que requieren una especial atención por parte de la autoridad judicial hacia las víctimas por encontrarse frente a circunstancias específicas. Ejemplos de ello: requerir medidas de protección para su seguridad, la de sus familiares y la de los testigos que declaren en su interés; ser asistida en forma especializada con el objeto de propender a su recuperación psíquica, física y social; que le sean reintegrados los bienes sustraídos con la mayor urgencia; cuando se tratare de persona mayor de setenta años, mujer embarazada o enfermo grave, a cumplir el acto procesal en el lugar de su residencia.
- De carácter procesal: pueden canalizar sus necesidades y opiniones y participar de forma activa en el proceso. Ejemplos: ser informada de los resultados del procedimiento; examinar documentos y actuaciones; ser informada verbalmente sobre el estado del proceso y la situación del imputado; aportar información durante la investigación; ser escuchada antes de cada decisión que implique la extinción o suspensión de la acción penal, siempre que lo solicite expresamente; ser notificada de las resoluciones que puedan requerir su revisión; requerir la revisión de la desestimación, el archivo, la aplicación de un criterio de oportunidad o el sobreseimiento; participar en el proceso en calidad de querellante; que se adopten prontamente las medidas de coerción o cautelares que resulten procedentes para impedir que el delito continúe en ejecución o alcance consecuencias ulteriores.

V.B. Acción penal

El art. 25 establece que la acción penal pública es ejercida por el MPF "sin perjuicio de las facultades que este Código le confiere a la víctima". Esta cláusula no es menor, implica que el ofendido tiene la potestad de ejercer la acción pública, siempre de acuerdo con lo establecido en el resto del ordenamiento adjetivo.

Siguiendo esta línea, el art. 33 prevé la posibilidad de que la acción penal pública se convierta en privada. Los supuestos que habilitan esta opción son taxativos: si se aplica un criterio de oportunidad, si el MPF solicitara el sobreseimiento al momento de la conclusión de la investigación preparatoria y si se tratara de un delito que requiera instancia de parte, o de

lesiones culposas (siempre que el representante del MPF lo autorice y no exista un interés público gravemente comprometido). Pone una condición para todos estos casos: si existe pluralidad de víctimas, será necesario el consentimiento de todas, aunque sólo una haya ejercido la querrela.

El desinterés del órgano acusatorio en tratar un caso priva a la víctima a alcanzar la reparación que persigue, la desprotege en un momento de singular vulnerabilidad. La ley procesal no se conforma con su desinterés, faculta a la víctima a darle curso de forma exclusiva. Se trata de una norma protectora a la víctima “de modo de que aquella no vea impedida su decisión de llevar su caso a tribunales, o continuarlo, como manifestación de su derecho a la tutela judicial efectiva”.³⁸

V.C. Intervención activa en salidas alternativas al proceso penal

Una de las características del Código es que se le otorga una participación contundente al ofendido en la aplicación de prácticas alternativas. En estas su opinión será determinante, se la escuchará con suma atención y gracias a la ayuda de un tercero imparcial al conflicto, se buscará la mejor solución posible. Se busca un contacto estrecho con la realidad del imputado (se materializa en entrevistas), en miras de alcanzar una solución lo más satisfactoria posible para ambas partes. Por su parte, el imputado, será también escuchado activamente en un proceso restaurativo, se trata de una tarea conjunta del mediador y de las partes. La víctima realizará una búsqueda activa, se prevé un proceso donde su protagonismo es central.

Esto es producto de un movimiento latinoamericano de reforma de la justicia penal: en las últimas décadas generaron un escenario de “alternatividad” al proceso tradicional, a partir de la consagración de estos nuevos modos para la resolución del conflicto. Las llamadas *salidas alternativas al proceso penal* (acuerdos reparatorios y suspensión condicional del procedimiento) son una tendencia general en la región, incluso en aquellos países que se regían por modelos inquisitivos morigerados, como Brasil y la justicia federal de la Argentina.³⁹ Disminuyen la violencia estatal, descongestionan un sistema, busca una reparación satisfactoria para la víctima y un castigo útil para el autor del delito.

38. DARAY & CEBALLOS & HUARTE PETITE y otros, *Código Procesal Penal Federal...*, p. 161.

39. RUA & GONZÁLEZ, “Las salidas alternativas al proceso penal en América Latina...”, p. 99.

El fin de estas prácticas es obtener una reparación, que puede tratar de resarcimiento económico, el pedido de disculpas del ofensor o el compromiso de este de cumplir una tarea que le resulte satisfactoria. Ejemplo de ellos son: retomar estudios, tareas comunitarias, pedido de disculpas a la víctima, el compromiso de no reiterar ciertas conductas, restitución material del daño, reparación económica, asistencia a cursos, etc. Se puede apelar a la creatividad, en la medida que se respete el estado de derecho.⁴⁰

La víctima puede no querer participar en este proceso y esto no será un impedimento a la prosecución de la práctica restaurativa: puede trabajarse solo con el imputado o mediante la participación de la comunidad afectada. Marconi cuenta que en algunos países se procede de una manera muy particular, llamada "subrogación de la víctima por otra" en ella "se trabaja en el proceso restaurativo con el imputado y una víctima que no es la que corresponde a ese hecho en especial, sino a otro, pero vinculada al mismo delito".⁴¹

Estas herramientas para gestionar la conflictividad no deben ostentar mayores exigencias procesales para su procedencia, debiendo convertirse en un mecanismos eficaces y expeditos. Se requiere constatar el consentimiento libre de ambas partes "sin requerir la superación de etapas procesales, bajo la vieja mirada del "trámite", propia del modelo inquisitivo".⁴²

En el art. 34 se establece la posibilidad de que el imputado y la víctima puedan realizar acuerdos conciliatorios en dos supuestos: delitos con contenido patrimonial cometidos sin grave violencia sobre las personas y delitos culposos si no existieran lesiones gravísimas o resultado de muerte.

La conciliación es un acto subjetivamente complejo porque integra la voluntad de la víctima y del imputado, y cuenta con un órgano conciliador, cuyo objetivo es la obtención de una fórmula de acuerdo entre aquellos sobre la cuestión que se discute, con una clara misión de extinguirlo.⁴³ Podríamos pensar a grandes rasgos que son casos de mediación, para hipótesis delictivas.

Así, el art. 35 regula la suspensión del proceso a prueba, se prevé una audiencia a la que se citará a las partes y a la víctima, quienes debatirán sobre las reglas de conducta a imponer, y en lo que aquí interesa, se dispone expresamente que la víctima tiene derecho a ser informada respecto del cumplimiento de las reglas de conducta.

40. MARCONI, "Prácticas restaurativas en el nuevo Código Procesal Penal Federal", p. 8.

41. MARCONI, "Prácticas restaurativas en el nuevo Código Procesal Penal Federal", p 8.

42. RUA & GONZÁLEZ, "Las salidas alternativas al proceso penal en América Latina...", p. 111.

43. DARAY & CEBALLOS & HUARTE PETITE y otros, *Código Procesal Penal Federal...*, p. 164.

V. D. Es un parámetro en la coerción

El art. 222, inc. c), estipula que para decidir acerca del peligro de entorpecimiento de la investigación que justifican el dictado de una medida de coerción, se deberán tener en cuenta la existencia de indicios que justifiquen la grave sospecha de que el imputado: "hostigará o amenazará a la víctima o a testigos".

Este inciso guarda vinculación con la posibilidad de incidir en el testimonio de víctimas o testigos (podríamos incluir a los peritos, aunque expresamente no lo señale la norma), y así viciar la prosecución del proceso. Daray entiende que no hace referencia a los actos de influenciar con el fin de falsear el testimonio o inducir a que se comporten de algún modo incorrecto durante el proceso (de ello se ocupa específicamente el inciso d), sino por actos de insistencia o agresión física sobre ellos o de agresión psíquica (amenazas). Los motivos pueden ser variados: "que mude de domicilio para tornarse inubicable, que se ausente del país, que se oculte para la evitación del testimonio, y aun para que lo falseen o retaceen".⁴⁴ Para tenerse por comprobado, debe surgir de datos de entidad suficiente: no se presume con base a suposiciones personales.⁴⁵

V.E. Sobreseimiento

Por último, el art. 270 inc. a) establece que si el representante del MPF considerara que corresponde dictar el sobreseimiento lo pondrá en conocimiento de la víctima, quien en el plazo de tres días podrá objetar el pedido de sobreseimiento solicitando su revisión ante el superior del fiscal o presentarse como querellante (conforme al inc. b puede oponerse al sobreseimiento ante el juez y, en su caso, formular acusación).

Daray aclara que se trata de alternativas que se excluyen entre sí: la víctima posee el derecho a solicitar la revisión ante el superior del fiscal, que opera en subsidio de su presentación como querellante, pues si la concreta y es tenida por tal nacerán tan solo los derechos que acuerda el inc. b.⁴⁶

44. DARAY & CEBALLOS & HUARTE PETITE y otros, *Código Procesal Penal Federal...*, p. 139.

45. MARCONI, "Prácticas restaurativas en el nuevo Código Procesal Penal Federal", p.7.

46. DARAY & CEBALLOS & HUARTE PETITE y otros, *Código Procesal Penal Federal...*, p. 283.

Requiere en primer término una notificación formal a la víctima, se la debe informar sobre lo decidido. Esa comunicación le permitirá asumir eventualmente el rol de querellante: esto no es menor, marca el instante final que opera en el Código para asumir el ejercicio de ese derecho. La comunicación no debe ser una simple notificación al domicilio real, sino que la manda judicial que la contenga debe comprender una copia completa del dictamen fiscal y del derecho que le concede el artículo. Se debe necesariamente hacerle saber que es la última oportunidad de ejercer aquel derecho, por lo que la omisión de tal noticia tiene potencialidad para restringirlo en un futuro.⁴⁷

La presentación de la víctima pidiendo la revisión no puede ser pasible de exigencias formales. Basta la sola expresión a través de cualquier medio que pueda ser incorporado a las actuaciones para verificar la exteriorización de su voluntad examinadora.⁴⁸ Esto, como otra de las expresiones de la desformalización que viene a promover el CPPF.

En cuanto a terminologías, el término utilizado por la norma es *obje-tar*, a diferencia del término *oponerse* para la actividad del querellante. La distinción terminológica tiene un propósito, se traduce en distintas formas del planteo. En su comentario al artículo Daray considera que “la simple objeción de la víctima bastará para habilitar la revisión, sin mayores exigencias formales en su presentación y sin necesidad de que se ofrezcan mayores argumentos”.⁴⁹

VI. CONCLUSIÓN

A lo largo de este recorrido, se ha intentado acercar al lector este novedoso actor procesal, luego de tantos años de permanecer en el olvido. Empoderar a la víctima es una respuesta lógica y necesaria ante la enorme cantidad de reclamos de quienes padecieron los delitos y de una sociedad que exige un sistema judicial transparente y ágil. Incorporarlas como sujetos procesales se constituye como una reivindicación a su lucha. Proponer una mirada crítica –y constructiva– favorecerá a que se implemente la

47. DARAY & CEBALLOS & HUARTE PETITE y otros, *Código Procesal Penal Federal...*, p. 282.

48. DARAY & CEBALLOS & HUARTE PETITE y otros, *Código Procesal Penal Federal...*, p. 283.

49. DARAY & CEBALLOS & HUARTE PETITE y otros, *Código Procesal Penal Federal...*, p. 283.

normativa de manera correcta. Cómo armonizar este cambio de paradigma será, en definitiva, tarea de los operadores jurídicos por lo que necesitamos en primera instancia una reflexión sincera.

Permitir que el ofendido actúe hasta cierto punto sin abogado, o bien, con un patrocinio jurídico estatal es un gran acierto, aunque podemos cuestionar hasta qué punto se podrá responder a cada una de las personas que requieran este servicio. Sus intervenciones en esta modalidad son pocas, pero necesarias. En especial, en las prácticas alternativas para la resolución de conflictos, ya que su intervención activa puede derivar en una disminución de la violencia estatal.

Considero que lo relevante de la norma es incluir su opinión en los actos procesales, con el correlato lógico de notificarlas adecuadamente. Muchas veces al no saber en qué estado se encuentra el proceso, motivo del desconocimiento sobre el derecho que tiene el "ciudadano común", se produce la victimización secundaria. Luego de ser víctima, un sujeto puede volver a ser víctima debido a una "revictimización": esta comprende el conjunto de consecuencias negativas de carácter psicológico, social, jurídico y económico causadas por las relaciones que tiene una víctima con el sistema jurídico penal, la frustración de legítimas expectativas frente a la cruda realidad institucional.⁵⁰

Para que su espíritu se plasme, deberán realizarse cambios al interior de la administración de justicia. Es necesario capacitar a quienes tomen contacto con los damnificados, dejando atrás las viejas prácticas inquisitorias que el modelo adversarial quiere dar por terminadas.

En líneas generales es un gran avance el que realiza el CPPF sobre el tema, es hora de desarmar prejuicios, no podemos negar que es la principal interesada en que el proceso sea exitoso.

BIBLIOGRAFÍA

ALFIE, Julián, "La vinculación entre víctimas y fiscalías: una cuenta pendiente en América Latina", en *Boletín Informativo*, n.º 2, 2018, Red Latinoamericana y del Caribe para la democratización de la Justicia,

50. UNGER, Víctimas y revictimización. Reflexiones en torno a la finalidad del proceso penal, p. 4.

- pp. 10-14, URL: <https://inecip.org/wp-content/uploads/Fiscalias-y-V%C3%ADctimas-Alfie.pdf> consultado 22/9/2020
- ANITUA, Gabriel I., *Historias de los pensamientos criminológicos*, Del Puerto, 2010, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
- Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 40/34, Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder, 29/11/1985, URL: https://www.unodc.org/pdf/compendium/compendium_2006_es_part_03_02.pdf consultado 21/9/2020
- Asamblea General Ordinaria de la Asociación Ibero Americana de Ministerios Públicos (AIAMP), Guías de Santiago sobre Protección de Víctimas y Testigos, 9 y 10 de julio, Punta Cana, URL: <https://biblioteca.cejamerica.org/bitstream/handle/2015/5071/GUIADESANTIAGO.pdf?sequence=1&isAllowed=y> consultado: 8/9/2020.
- BADIOU, Alain, *La idea de justicia*, Conferencia pronunciada en la Facultad de Humanidades y Artes de Rosario, 2/06/2004, URL: <http://www.catedras.fsoc.uba.ar/heler/justiciabadiou.htm> consultado: 10/9/2020
- BINDER, Alberto M., *Introducción al derecho procesal penal*, 2ª ed., Ad-Hoc, 2005, Buenos Aires.
- BOVINO, Alberto, "La participación de la víctima en el procedimiento penal" en *Revista Jurídica Universidad Católica de Santiago de Guayaquil*, Ed. 19, 2006, URL: <https://www.revistajuridicaonline.com/>, consultado: 1/9/2020.
- Cumbre Judicial Iberoamericana, Carta Iberoamericana de Derechos de las víctimas, Buenos Aires, 25, 26 y 27 de abril de 2012, URL: <http://www.cumbrejudicial.org/productos-y-resultados/productos-axiologicos/item/37-carta-iberoamericana-de-derechos-de-las-victimas> consultado 18/9/2020 consultado el 9/9/2020.
- DARAY, Roberto R. & CEBALLOS, Nicolás R. & HUARTE PETITE, Alberto J. & LEO, Roberto, *Código Procesal Penal Federal. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, 2ª ed., Hammurabi, 2020, Buenos Aires, Tomo I y II.
- Dirección General de Acompañamiento, Orientación y Protección a las Víctimas (DOVIC), "Guía práctica sobre la ley de derechos y garantías de las personas víctimas de delitos", 09/2018, p. 9, URL: <https://www.fiscales.gob.ar/wp-content/uploads/2018/12/Guia-sobre-la-ley-27372.pdf> consultado: 31/08/2020.
- HEIM, Andrés, El Estado argentino permite a la víctima o damnificado indigente hacer uso de sus recursos jurídicos para que asuman en el proceso penal federal el rol de querellante y/o de actor civil?, SAIJ, 12/06/2013, URL <http://www.>

- saij.gob.ar/andres-heim-estado-argentino-permite-victima-damnificado-indigente-hacer-uso-sus-recursos-juridicos-para-asuman-proceso-penal-federal-rol-querellante-actor-civil-dacfl30133-2013-06-12/123456789-0abc-defg3310-31fcanirtcod# consultado 20/09/2020.
- LARRAURI, Elena, "Victimología", en ESER, Albin & HIRSCH, Hans J. & ROXIN, Claus y otros/as, *De los delitos y las víctimas*, Ad-Hoc, 1992, Buenos Aires.
- MAIER, Julio B., "Víctima y sistema penal", en NATARÉN NANDAYAPA, Carlos F. & GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, Patricia & WITKER VELÁZQUEZ, Jorge, *Las víctimas en el sistema penal acusatorio*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2016, México.
- MAIER, Julio B., *Derecho Procesal Penal*, Editores del Puerto, 2003, Buenos Aires, Tomo II.
- MARCONI, Laura A., "Prácticas restaurativas en el nuevo Código Procesal Penal Federal" en *La Ley*, Año LXXXIII, N° 240, 12/2019, pp. 7-9 URL <https://www.thomsonreuters.com.ar/content/dam/openweb/documents/pdf/arg/white-paper/diario-20-12-19.pdf> consultado: 21/09/2020.
- Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito, *Manual de instrucciones para la evaluación de la justicia penal*, 2010, URL: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/crimeprevention/Victims_and_Witnesses_Spanish.pdf consultado: 1/09/2020
- PALACÍN, Claudio M., *Apuntes acerca de la figura del fiscal*, Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional, URL: <http://www.amfjn.org.ar/2018/05/08/apuntes-acerca-de-la-figura-del-fiscal/> consultado: 27/09/2020
- PASTOR, Daniel R., *Lineamientos del nuevo Código Procesal Penal de la Nación*, 2ª ed., Hammurabi, 2015, Buenos Aires.
- República Argentina, "Código Procesal Penal Federal", Ley 27.063, 09/12/2014.
- República Argentina, "Código Procesal Penal", Ley 23.984, 04/09/1991.
- República Argentina, Constitución Nacional.
- República Argentina, "Ley de Derechos y Garantías de las Personas Víctimas de Delitos", Ley 27372, 21/06/2017
- RUA, Gonzalo & GONZÁLEZ, Leonel, "Las salidas alternativas al proceso penal en América Latina. Una visión sobre su regulación normativa y propuestas de cambio" en *Revista Sistemas Judiciales*, n.º 20, pp. 99-124, URL: <https://incip.org/wp-content/uploads/Salidas-Alternativas-GonzaRua.pdf> consultado 6/09/2020

Sistema Nacional de Información Criminal (SNIC), URL: <https://www.argentina.gob.ar/seguridad/estadisticascriminales> consultado el: 12/09/2020

UNGER, Juan L., *Víctimas y revictimización. Reflexiones en torno a la finalidad del proceso penal*, XI Jornadas de Sociología, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, URL: <http://cdsa.aacademica.org/000-061/1185> consultado el 23/09/2020

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. Estos miembros se expiden a través 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. 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 los dictaminantes a favor de la publicación de la asignación, esta queda preseleccionada para el cierre editorial del número. Por el contrario, si todos los dictaminantes 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 recibe los votos fundamentados de los dictaminantes.

El plenario es la instancia donde la potencial publicación de los trabajos es debatida por la totalidad de los miembros del Consejo de Redacción y decidida a favor o en contra por mayoría simple, sin manifestación al autor de los fundamentos.

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 mo-

mento 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 así lo deseara.

La presentación de trabajos para la consideración del Consejo de Redacción implica la autorización para su publicación en la Revista *Lecciones y Ensayos*, tanto en su versión impresa como en su versión digital, en el portal de la Facultad de Derecho de la UBA.

¿CÓMO PUBLICAR EN *LECCIONES Y ENSAYOS*?

PAUTAS FORMALES PARA LA PRESENTACIÓN DE TRABAJOS

1. El trabajo enviado deberá adoptar el siguiente orden de presentación:
 - a. Título del trabajo (en español).
 - b. Seudónimo escogido por el/la autor/a (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.*", "ver 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.º extraordinario “60 Aniversario”, pp. 301-305.

En el cuerpo del trabajo: APELLIDO, “Título”, página.

Ejemplo: MARIANI DE VIDAL, Marina, “La ‘denuncia de daño temido’...”, p. 304.

d. Derecho interno

En la bibliografía: Jurisdicción/Ente, “Nombre común”, identificación, fecha, publicador, otros datos.

Ejemplo: República Argentina, “Ley de Medios”, Ley 26.522 de Servicios de Comunicación Audiovisual, 10/10/2009.

En el cuerpo del trabajo: Jurisdicción/Ente, “Nombre común”, artículo.

Ejemplo: República Argentina, “Ley de Medios”, art. 5.

e. Derecho internacional: tratados

En la bibliografía: Nombre, fecha firma, lugar, entrada en vigor, norma de derecho interno, datos de UNTS, otros datos.

Ejemplo: Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23/05/1969, Viena, Austria, e.v. 27/01/1980, UNTS 1115:331.

En el cuerpo del trabajo: Nombre, fecha firma, artículo.

Ejemplo: Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23/05/1969, art. 46.

f. Derecho internacional: organismos internacionales

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?rskey=Nez%20miV&result=1&prd=OPIL> consultado 10/09/2018.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo)", 15/02/2018, URL <https://www.cij.gov.ar/nota-29178-La-Corte-Suprema-llama-a-una-nueva-audiencia-p-blica-por-la-contaminaci-n-del-Riachuelo.html> 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._

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 y alumnos.

Se caracteriza por estar gestionada a partir de un diseño institucional basado en procedimientos democráticos para la toma de decisiones que involucran a todos los miembros del Consejo de Redacción que, una vez por semana, se reúnen para deliberar en torno a las tareas editoriales.

Si querés participar de la Revista, podés acercarte a nuestras reuniones de 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 por teléfono (+54 11) 5287-6737 o enviándonos un correo electrónico a: lye@derecho.uba.ar o direccionlye@derecho.uba.ar.

El único requisito para formar parte de *Lecciones y Ensayos* es ser alumno regular de alguna de las carreras de grado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

EDITORIAL

IN MEMORIAM DE JULIO MAIER

- **Beloff, Mary**, *En recuerdo de Julio Maier: "Fui siempre universitario"*

LECCIONES

- **Langer, Máximo & Mackenzie, Eason**, *La Silenciosa Expansión de la Jurisdicción Internacional*
- **Melograna, Luciana**, *Los Actos Preparatorios Punibles*
- **Nino, Carlos Santiago**, *La existencia de un poder judicial*
- **Suárez, Pablo**, *El doble filo del especismo: subhumanos y superhumanos. Algunas asimetrías en la filosofía liberal contemporánea*

ENSAYOS

- **Bellino, Maximiliano Luis**, *Sobre la democracia liberal de mercado y la estabilidad democrática*

TRABAJOS DE CURSOS DEL CPO ORIENTADOS A LA INVESTIGACIÓN

- **Levin, Julieta**, *Soberanía Estatal y Derechos Humanos: ¿irreconciliables? Un análisis de la validez y los efectos de las reservas a la CEDAW*
- **Pereda, Azul**, *Principios Generales Del Derecho Y El Derecho Islámico*
- **Castro Sammartino, Delfina**, *El valor jurídico de las normas de jus cogens y su rol en las controversias internacionales*

COMENTARIOS A JURISPRUDENCIA

- **Almejún, Juan Martin**, *Derechos LGBTQ+ en Estados Unidos: La narrativa de la Corte Suprema de Justicia en materia de igualdad y no discriminación*

UNIVERSITARIAS

- **Fihman, Ramiro Manuel**, *Recorrido por el Complejo Penitenciario Brians 2 en Barcelona: breve relato de una actividad en el marco del Programa de Movilidad para Estudiantes de la Facultad de Derecho de la UBA 2019/2020*
- **Lora, Laura Noemí y Bermejo, Paula Noelia**, *Reseña del I Congreso Federal Internacional e Interdisciplinario: Derechos Humanos para la Niñez y la Adolescencia*

XVII CONCURSO DE ENSAYOS "DR. IGNACIO WINIZKY": REFORMA DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL FEDERAL

- **Rodríguez Urribarri, Camila**, *Una víctima activa: su rol en el Código Procesal Penal Federal*

¿CÓMO PUBLICAR Y PARTICIPAR EN LECCIONES Y ENSAYOS?
