A 30 años del retorno de la democracia, las instituciones argentinas han retomado el camino del juzgamiento y castigo de los máximos responsables de los delitos de lesa humanidad cometidos durante la última dictadura.

Las variadas cuestiones surgidas en ocasión de los juicios han dado lugar a posturas divergentes que aún hoy no están cerradas ni por la justicia, ni por la doctrina, ni por la sociedad en general.

Este libro reúne una serie de ensayos que giran alrededor de estos juicios, tomándolos como objeto de un estudio predominantemente normativo.

El juzgamiento de los delitos de lesa humanidad en la Argentina postdictatorial

El juzgamiento de los delitos de lesa humanidad en la Argentina postdictatorial

Hernán Bouvier - Belén Gulli - Juan Iosa
(Editores)

Ferreyra Editor

Sobre los autores

Hernán G. Bouvier, Abogado (UNC), Doctor (Universidad de Génova), Investigador de CONICET.

Daniela Domeniconi, Abogada (UNC)

Valentina Risso, Abogada (UNC), empleada en la Defensa Pública de Condenados del Poder Judicial de la pcia. de Córdoba.

Ma. Belén Gulli, Abogada (UNC), empleada en la Defensa Pública de Condenados del Poder Judicial de la pcia. de Córdoba.

Juan Iosa, Abogado (UNC), Doctor (UNC).

Dana Antonella Loncon, Abogada (UNC)

Juan M. Mocoroa, Abogado (UNC), doctorando (UNC).

Natalia Scavuzzo, Abogada (UNC), maestrando en Derecho y Argumentación, becaria doctoral CONICET.

El juzgamiento de los delitos de lesa humanidad en la Argentina postdictatorial

El juzgamiento de los delitos de lesa humanidad en la Argentina postdictatorial / Hernán Bouvier ... [et.al.] ; edición literaria a cargo de Hernán Bouvier ; Belén Gulli ; Juan F. Iosa. - 1a ed. - Córdoba : Ferreyra Editor, 2014.
232 p. ; 21x14 cm.

ISBN 978-987-1742-67-7

1. Derechos Humanos. I. Bouvier, Hernán II. Bouvier, Hernán, ed. lit. III. Gulli, Belén , ed. lit. IV. Iosa, Juan F., ed. lit.
CDD 323

El juzgamiento de los delitos de lesa humanidad en la Argentina postdictatorial por Hernán Bouvier ... [et.al.] se distribuye bajo una Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 2.5 Argentina.

Este documento se encuentra depositado en el Repositorio de la Universidad Nacional de Córdoba
rdu.unc.edu.ar

Este libro se realizó con aportes de Secretaría de Ciencia y Técnica (SeCyT) - Universidad Nacional de Córdoba (UNC)

© De los autores, 2014

ISBN: 978-987-1742-67-7

Impreso en Argentina
Printed in Argentina
Hecho el depósito que marca la Ley 11.723

El juzgamiento de los delitos de lesa humanidad en la Argentina postdictatorial

Hernán Bouvier
Belén Gulli
Juan Iosa
(Editores)

Ferreyra Editor

Indice

Introducción 9

Garantismo y proceso a los militares: una categoría difícil para el par constituyente/constituido. 13
Por Hernán Bouvier

Reflexiones en torno a los fundamentos éticos y políticos de la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad. 53
Por Daniela Domeniconi

El derecho a la educación de los condenados y procesados por delitos de lesa humanidad. Un análisis crítico de la Resolución del Consejo Superior de la UBA. 79
Por María Valentina Risso y María Belén Gulli

Sobre el dominio territorial como requisito del elemento político en la definición de delitos de lesa humanidad. Un análisis enfocado en la calificación jurídica de los actos de la izquierda armada en Argentina. 107
Por Juan F. Iosa

Dictadura Argentina: el antagonismo en una misma sociedad. ... 143
Por Dana Antonela Loncon

Corte Interamericana de Derechos Humanos y Justicia Transicional: algunas inquietudes a partir de «Gelman». 169
Por Juan M. Mocoroa

¿Retribución o venganza? Un problema en el marco de la justificación de los juicios por violación de derechos humanos. .. 209
Por Natalia Scavuzzo

Introducción

A 30 años del retorno de la democracia en Argentina y superado el período de clausura de responsabilidades generado por las leyes de obediencia debida y punto final durante el gobierno del presidente Alfonsín y por los indultos dictados en su momento por el presidente Menem, las instituciones argentinas han retomado el camino del juzgamiento y castigo de los máximos responsables de los delitos de lesa humanidad cometidos durante la última dictadura. Este proceso ha sido denominado «la tercera generación de juicios por violación de derechos humanos». Es altamente probable que con la adopción de esta vía institucional, y una vez avanzados los juicios y dictadas las condenas, comience a cerrarse un ciclo de la historia argentina, ciclo signado por las demandas de memoria, verdad y justicia de parte de nuestra sociedad y particularmente de los organismos de derechos humanos. Fortalece esta hipótesis la avanzada edad de la mayoría de los implicados en los delitos investigados.

Las instituciones argentinas han elegido un camino que no ha carecido de cuestionamientos y que no ha sido compartido por una buena cantidad de países que vivieron procesos similares (los casos de Sudáfrica y Chile son paradigmáticos). Asimismo, las variadas cuestiones jurídico-políticas surgidas en ocasión de los juicios (imprescriptibilidad, retroactividad, perdón, castigo, alcance de las garantías procesales y de fondo para este tipo de casos, etc.) han dado lugar a posturas divergentes que aun hoy no están cerradas ni por la justicia, ni por la doctrina, ni por la sociedad en general. Bien se puede decir que el juzgamiento de estos delitos es un punto de intensidad jurídico-político-filosófico donde se entrecruzan cuestiones de diversa naturaleza pero que comparten su centralidad para el desenvolvimiento de la democracia y la vigencia del estado de derecho en nuestro país.

El presente volumen reúne una serie de ensayos que giran alrededor del juzgamiento de los delitos de lesa humanidad en la Argentina postdictatorial. Los trabajos son el producto de una investigación grupal de dos años, bajo la codirección de Juan Iosa y Hernán Bouvier, subsidiado por Secyt-UNC. Motivó este proyecto, entre otras cosas, la idea de que el juzgamiento de los hechos ocurridos entre 1976 y 1983 en Argentina requería un balance. La necesidad de este balance se imponía por múltiples razones. Entre ellas, los vaivenes políticos y jurídicos que signaron las diferentes etapas de juzgamiento, así como la percepción general de que por razones institucionales y generacionales una parte importante de los juicios estaba llegando a su culminación. Los juicios se tomaron como objeto de un estudio predominantemente (aunque no excluyentemente) normativo. Tuvo central importancia la evaluación crítica, desde los puntos de vista jurídico, moral y político, de las decisiones de los tribunales en estos casos.

La dinámica de trabajo del grupo fue la siguiente: en el primer año se leyó conjuntamente la literatura relevante, con especial énfasis en las cuestiones jurídicas, morales y políticas vinculadas a los juicios. Durante el segundo año cada integrante presentó un trabajo sobre un tema de su elección. Los trabajos fueron primero discutidos al interior del grupo y luego expuestos en el VI Seminario Internacional Políticas de la Memoria, organizado por el Centro Cultural de la Memoria Haroldo Conti durante noviembre de 2013. Daniela Domeniconi se ocupó de la relación entre los juicios y la justificación moral del castigo. Los puntos elegidos por cada integrante fueron diversos. Hernán Bouvier los analizó a partir del par poder constituyente/poder constituido. María Belén Gulli y MaríaValentina Risso abordaron los problemas de la ejecución de la pena para quienes actualmente están condenados por los delitos en cuestión y, particularmente, si tienen o no derecho a educarse en la universidad pública. Juan Iosa analizó si tiene sentido exigir hoy el juzgamiento de los delitos perpetrados por las organizaciones de izquierda. Dana Antonella Loncon se ocupó de la percepción de alguno de los hechos ocurridos desde la perspectiva de dos entrevistados que vivieron el período en cuestión desde dos posiciones diferentes. Juan Mocoroa estudió la relevancia de los juicios en sus aspectos retros-

pectivos y prospectivos y la complejidad de poner en equilibrio ambos objetivos. Natalia Scavuzzo, por su parte, se ocupó del concepto de venganza y su relación con la pena. Cada texto aquí publicado cuenta con un resumen, lo cual hace superfluo mayores detalles. Esperamos que el presente volumen contribuya al balance colectivo de un fenómeno que todavía requiere de profunda atención por nuestra sociedad.

Garantismo y proceso a los militares: una categoría difícil para el par constituyente/constituido*

por Hernán Bouvier

Resumen

De acuerdo a lo que se consideran categorías básicas del Estado de Derecho toda persecución penal debe respetar, al menos, dos garantías: irretroactividad de la ley penal más gravosa y prescriptibilidad. Ambas categorías están relacionadas con el principio de legalidad. Según una perspectiva, los juicios realizados por los hechos de la dictadura militar argentina no respetan estas dos garantías y por tanto no están justificados. De acuerdo a esta perspectiva los juicios son claramente (neo)punitivistas. Esto es, distienden o eliminan ciertas garantías alegando que esto está justificado en virtud de la gravedad de los hechos bajo juzgamiento. Una visión opuesta a la anterior sostiene que algunas garantías no valen si se dan ciertas condiciones. Así, esto no implicaría abandonar el Estado de Derecho y el respeto a ciertos principios fundamentales. Bien entendidos – se sostiene – los juicios son respetuosos de las garantías, aunque no de cualquiera, de manera tal que puede mostrarse que la discusión en estos términos subsiste porque gran parte gira alrededor del principio de legalidad y el sistema jurídico en términos de poder constituido. Si se muestra, como pretendo hacer, que no estamos aquí frente a una discusión sobre reglas constituidas, sino sobre la mejor manera de constituir un Estado de Derecho, los problemas cambian. Cambiar el eje de la discusión, en términos teórico-prácticos, no es suficiente todavía para mostrar a quién le asiste razón. Sólo contribuye a mostrar que los argu-

* He discutido algunas de estas ideas con Daniela Domeniconi, Belén Gulli, Juan Iosa, Juan Mocoroa, Valentina Risso y Natalia Scavuzzo (integrantes del grupo de investigación). Además me han ayudado diferentes conversaciones con Pablo Navarro, Gustavo Cosacov, José Peralta, Rodrigo Sánchez Brígido, Gabriel Pérez Barberá y Alejandro Agüero.

mentos (si existen) deberían ser diferentes a los que se utilizan hasta ahora en una discusión así planteada.

Palabras clave: Punitivismo, garantismo, poder constituido, poder constituyente.

I. Introducción

El juzgamiento de los denominados delitos de lesa humanidad en la Argentina postdictatorial puede ser dividido al menos en tres etapas o generaciones. Esta división depende de variables relativas al tipo de procedimiento involucrado, los hechos sometidos a proceso y las personas involucradas como supuestos autores.

La primera etapa corresponde a los juicios iniciados luego de 1983. Estos tienen las siguientes características: algunos casos provienen de la justicia militar y fueron absorbidos por la justicia civil. Se optó en el proceso por la selectividad en términos de autores y en función de algún principio de eficiencia. La idea que finalmente se concretó fue juzgar a pocos y máximos responsables. Hubo proceso penal y condena a militares y civiles.[1]

La segunda etapa la inician los denominados «juicios de la verdad» con procedimiento declarativo y no punitivo. Tales juicios se dirigían - según se sostuvo - a establecer la verdad pero sin competencia para condenar penalmente. La posibilidad de proceso penal y condena estaba impedida en virtud de los indultos y las denominadas leyes de obediencia debida y punto final[2].

La tercera etapa comienza a partir del fallo Simón (2001), la ley 25779 (2003), confirmada por la Corte Suprema (2005), en donde se regresó a un proceso penal pero ampliando la base de hechos y autores.[3] Podemos decir que esa etapa resulta contemporánea.

---

1 Nino, 1999, 144.

2 Formalmente *Ley de caducidad de la acción penal* aprobada en 1986 (ley 23.492). La llamada *Ley de obediencia debida* se aprobó en junio de 1987 (ley 23.521).

3 Para una referencia a los períodos, decisiones y fechas relativos al juzgamiento de los delitos en cuestión, puede verse Filippini (2011, 19-40)

Existen diferentes ideas contra la justificación de los procesos judiciales. Se trata de objeciones que varían según el período.

Para el primer período las alternativas propuestas fueron: ningún juicio; juicio a todos los militares; juicio por otros hechos y en virtud de otras leyes que las que se utilizaron.[4] Las ideas en favor de cada una de estas posibilidades son múltiples, aunque la que parece haber tenido menor recepción es la variante «ningún juicio».

Para el segundo período se sostuvo que no hay competencia o proceso positivamente reglado para averiguar la verdad de un hecho supuestamente delictivo si existe un obstáculo a la acción penal como la amnistía, la prescripción o el indulto. El conocimiento de la verdad por sí solo no otorgaría título ni acción procesal alguna para reclamar el inicio y sustanciación de un proceso de ese tipo. Se tratarían de procesos *sui-generis* o híbridos. A su vez, el juicio (en su versión *mancata*, como mero proceso dirigido a investigar una verdad limitada por ciertas reglas jurídicas) no sería el medio más conveniente para averiguar la verdad en sentido extraprocesal ni para ayudar a reflexionar y construir políticamente sobre el problema.[5]

La tercera etapa ha sido cuestionada porque no respeta la prescriptibilidad de la acción, la irretroactividad de la ley penal más gravosa y el *ne bis in idem,* entre otras garantías.

El argumento genérico que pretendo desarrollar puede ser presentado de manera frontal de la siguiente manera: parte de las objeciones a los juicios en todas sus etapas es que no han respetado al menos algún tipo de reglas constituidas. Con esto se pretende decir que no se

---

[4] Para este último punto véase Sancinetti (1988, 18 y ss). Entre múltiples argumentos y críticas, Sancinetti critica que no se hayan aplicado leyes vigentes al momento de los hechos (en especial el 226 del CP que penaba la rebelión).

[5] Pastor (2007) realiza un análisis exhaustivo de los problemas de tales procesos desde la perspectiva político-criminal y jurídica. Para una crítica a la idea de verdad sólo a través del proceso penal resulta relevante el texto de Eiroa (2007). Tanto Daniel Pastor, Pablo Eiroa y Jaime Malamud Goti (2012) han argumentado sobre el problema de considerar que los juicios (híbridos, *sui-generis* o no) sirven para conocer y/o construir políticamente. Los argumentos y perspectivas son algo diferentes, pero convergentes al fin y corresponde consultarlos.

han respetado reglas jurídicas válidas y aplicables. Si esto se considera suficiente para el descrédito de los juicios, se debe considerar suficiente para el descrédito de cualquier fenómeno normativo con las mismas características.

Aunque el argumento genérico está vinculado a todas las etapas de los juicios, intentaré ocuparme de manera más detenida de los argumentos relativos a la tercera etapa. Utilizaré alternativamente el rótulo «tercera generación de juicios». La discusión pretende contestar a la siguiente pregunta: ¿Está justificado jurídicamente el juzgamiento -en las condiciones que se lo ha hecho- de los militares, funcionarios y colaboradores, en supuestos homicidios, torturas, secuestros? En su caso ¿esto es bueno, valioso, correcto? ¿en qué sentido? Trataré de mostrar que la respuesta a estos interrogantes puede cambiar si se cae en la cuenta de que, al menos en algún aspecto, el análisis no puede ser hecho en términos de reglas y poder constituido (definido de una determinada manera).

II. Penar o no penar

Para mostrar la discusión involucrada presentaré de manera apretada las dos posiciones antagónicas que de hecho se sostienen. Llamaré a la primera «antipunición» y la segunda «pro-punición» de los delitos cometidos por militares y colaboradores en perjuicio de la población civil en el período 1976-1983. Espero que la caracterización capte a grandes rasgos las visiones involucradas.[6]

Las posturas pueden ser caracterizadas a través de las siguientes premisas:

---

[6] Es posible que en lo que sigue se presente como principios separados lo que algunas concepciones presentan como directamente relacionados (v.g. se puede proponer que el principio de reserva es una «consecuencia» del principio de legalidad). Creo que en el contexto de esta discusión la diferencia de presentación, si la hubiere, es correferencial con la que establece conexiones directas entre algún principio y otro.

Antipunición

a) El proceso y la pena están justificados jurídicamente si y sólo si:
   a1. *Legalidad.* Se basan en una ley válida y aplicable al momento del hecho o una ley válida y aplicable posterior más benigna (irretroactividad de la ley penal más gravosa).
   a2. *Prescriptibilidad.* El hecho previsto por la norma que satisface *a1* no debe estar prescripto.
   a3. *In dubio pro reo, prohibición de la analogía, principio de reserva.* Ante dudas sobre cuestiones de hecho o de derecho debe tomarse la interpretación más favorable al imputado/a.

b) Existen buenas razones políticas y/o morales para que ningún hecho sea imprescriptible, lo cual implica apelar a alguno de los siguientes argumentos:
   b.1. Es valioso/razonable que el/la ciudadano/ciudadana conozca claramente hasta cuándo será pasible de persecución.
   b2. Dados ciertos fines de la pena no está justificado una persecución indefinida del hecho.
   b3. Dados ciertos problemas relacionados con la prueba y el paso del tiempo (*tiempo que pasa, prueba que huye*), en ciertos casos investigar y condenar un delito puede ser más costoso, gravoso e improbable desde el punto de vista institucional/social/individual, que optar por su no persecución.
   b4. El sentido y alcance del derecho penal y las normas penales debe interpretarse restrictivamente y como protector del individuo frente al Estado. La prescripción maximiza este valor.

c) *a y b* no admiten excepciones basadas en la gravedad del hecho

y/o poder fáctico del autor y/o en el efecto criminógeno expansivo que generaría la sensación de «impunidad» y/o el supuesto derecho de las víctimas a un juicio y castigo. Las excepciones introducen falta de certeza e inseguridad jurídica. Amplían sin límites claros el poder punitivo del Estado.

d) las excepciones a *a y b* que a su vez apelan a la diferente regulación a nivel nacional e internacional violan el principio de igualdad y el principio de proporcionalidad.

e) aceptar a-d es compatible con aceptar, bajo ciertas circunstancias, la suspensión de la prescripción.[7]

Las tesis que caracterizan a la propunición son las siguientes:

Propunición

a) el proceso y la pena están justificados jurídicamente si (pero no sólo si):
   a1. *Legalidad.* Se basan en una ley válida y aplicable al momento del hecho o una ley válida y aplicable posterior más benigna (irretroactividad de la ley penal más gravosa),
   a2. *Prescriptibilidad.* El hecho previsto por la norma que satisface *a1* no debe estar prescripto, salvo excepción c-e.
   a3. *In dubio pro reo, prohibición de la analogía, principio de reserva.* Ante dudas sobre cuestiones de hecho o de derecho debe estarse a la interpretación más favorable al imputado o imputada.

[7] Véase Pastor (2011)

b) existen buenas razones políticas y/o morales para que algunos hechos (pero no cualquiera) sean prescriptibles, lo cual implica apelar a alguno de los siguientes argumentos:

   b.1. Es valioso/razonable/plausible que el ciudadano/ciudadana conozca claramente hasta cuándo será pasible de persecución.

   b2. Dados ciertos fines de la pena no está justificado una persecución indefinida del hecho.

   b3. Dados ciertos problemas relacionados con la prueba y el paso del tiempo (*tiempo que pasa, prueba que huye*), en ciertos casos investigar y condenar un delito puede ser más costoso, gravoso e improbable desde el punto de vista institucional/social/individual, que optar por su no persecución

   b4. El sentido y alcance del derecho penal y las normas penales debe interpretarse restrictivamente y como protector del individuo frente al Estado. La prescripción maximiza este valor.

c) *a y b* admiten excepciones basadas en la gravedad del hecho y/o el poder del fáctico del autor y/o el efecto criminógeno generado por la impunidad y/o el derecho de las víctimas a proceso y castigo.

d) la certeza y seguridad jurídica son valores no absolutos que pueden ceder frente a otras consideraciones

e) aceptar a-d es compatible con aceptar, bajo ciertas circunstancias, la suspensión de la prescripción[8]

---

[8] Sobre estos puntos puede verse Zaffaroni (2000) y Agüero-Pérez Barberá (2012). Sobre estos últimos haré algunas consideraciones más adelante. Su postura está a favor de la punición, pero los matices que introducen merecen un tratamiento aparte.

Considero que la presentación capta de manera genérica los puntos centrales de una y otra posición. Sin embargo, no todos los autores que pueden ser clasificados en un grupo determinado apelan a las mismas razones de fondo. Las tesis presentadas son lo suficientemente amplias como para admitir diferentes razones alternativas de justificación. En lo que sigue seleccionaré algunas de las fundamentaciones que se han dado para una y otra posición y dirigiré observaciones a estas fundamentaciones. De manera tal que esas observaciones, de ser plausibles, sólo tocan a quien defiende su posición en base a tales razones. Dicho de otra manera, lo que aquí se dirá no tiene por qué tocar a todo el que defienda la antipunición o la propunición. Sólo si defiende las tesis antes enumeradas en virtud de las razones que se observarán a continuación.

III. Dos concepciones del poder constituido

Dos grandes concepciones del mismo concepto subyacen a una y otra propuesta. El concepto en común es el Estado de Derecho liberal.

De manera esquemática parece subyacer a la postura de la antipunición la siguiente concepción: las garantías constitucionales y procesales son un instrumento de los ciudadanos contra el Estado. Se trata de un conjunto de libertades de tipo «*hands off*». Bajo una propuesta terminológica, estas libertades pueden denominarse «negativas» en el sentido de derecho a no interferencia. En este caso puntual, derecho a no interferencia estatal. Cualquier ciudadano, sin importar de dónde proviene, y si ocupó antes un cargo estatal, goza de las mismas garantías. Esta regla no puede sujetarse a excepciones so pena de violar el principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley. El respeto de tales restricciones maximiza el ejercicio de ciertas libertades y también es instrumental a la seguridad y certeza.

Una argumentación de este tipo considera que hay razones morales o políticas para aceptar un cierto sistema de reglas y en general apela a referencias históricas como el iluminismo, la ilustración o la revolución francesa.

En consecuencia - de acuerdo a este enfoque así sustentado - existen tanto problemas jurídicos como morales y políticos generados por la decisión de juzgar los hechos en cuestión. En realidad, bien vistas las cosas, los problemas jurídicos determinan ciertos problemas morales y políticos.

El análisis jurídico parece poseer el siguiente contenido: tanto los jueces como el Poder Legislativo actuaron fuera de su competencia.

Los jueces han aplicado normas inaplicables, sea porque se había verificado la prescripción, sea porque tales leyes eran retroactivas y más gravosas.

El Poder Legislativo, para el caso, declaró la nulidad de las leyes anteriores. De acuerdo a la doctrina clásica de la competencia del Poder Legislativo, los legisladores pueden promulgar, reformar o derogar normas. La «anulación» de una norma es propia del ámbito jurisdiccional y, por tanto, una ley que pretende anular es un acto inválido jurídicamente.[9] En definitiva, se trataría (por hipótesis) de autoridades jurídicas incompetentes para los casos individuales en cuestión.

Esto es suficiente para declarar inválidos los fallos de la Corte Suprema y la ley antes citada (que en algún sentido «ratifica» el fallo Simon, entre otros). Dado que este esquema jurídico de división de poderes y competencias posee un valor, su violación comporta algún déficit moral o político. Dicho de otra manera, no se siguieron y aplicaron las reglas positivas, y tales reglas positivas comportan un valor moral o político.[10] Una forma alternativa de reconstrucción es sostener

---

[9] La opción de emitir leyes que anulan leyes, antes que derogarlas, puede explicarse en términos estratégicos. Si la ley es derogada, subsiste el beneficio de la ley penal más benigna. Al respecto puede consultarse Nino, 1999. Esto no cambia el eje de la discusión porque lo que se debate es si tal decisión estratégica es válida jurídicamente. Quienes objetan las leyes que deciden la nulidad de leyes anteriores sostienen que el Poder Legislativo no tiene competencia para dictar tales actos. Por lo tanto, o bien la anulación equivale a la derogación, y entonces opera el beneficio de irretroactividad de la ley más gravosa, o bien se lo toma en sentido estricto como anulación, pero entonces resulta inválido pues se ha invadido la esfera jurisdiccional.

[10] Se puede sostener que en realidad no hace falta aquí entrar en el argumento de los valores morales o políticos que tales reglas jurídicas comportan. Una variante de

que los órganos en cuestión no obraron dentro de sus competencias como poder *constituido* (en virtud de otras reglas que delimitan su accionar). Este argumento suele aplicarse, de manera genérica, a todas las etapas o generaciones de juicios.

La concepción opuesta también tiene argumentos en términos de competencia, reglas aplicables y poder constituido. La línea argumental, expuesta de manera esquemática, es la siguiente: a) al momento de los hechos era válido y aplicable el *ius cogens* y el derecho de gentes (vía la remisión que hacía el art. 118 de la Constitución Nacional); b) de acuerdo a este derecho de fuente internacional los hechos en cuestión estaban prohibidos y son imprescriptibles; c) en virtud de ello el argumento de irretroactividad carece de fundamento (no hubo retroactividad) y otro tanto para la prescriptibilidad porque tales delitos eran ya considerados imprescriptibles.[11]

Aunque el contenido de este argumento es diferente al anterior, su estructura formal es la misma. Se deben aplicar las normas constituidas por autoridades competentes, y tales normas basadas en fuentes sociales (la Constitución Nacional, las prácticas y pactos internacionales) autorizan a actuar de la manera en que se lo hizo.

Bajo esta presentación una y otra postura acuerdan, en definitiva, en que la cuestión implica autoridades que deben aplicar ciertas

---

esta posición parece sostener lo siguiente: si comenzamos a discutir en términos morales y políticos no hay base sólida ni objetiva alguna y cualquiera puede argüir cualquier argumento. Esta forma de argumentar parece pretender aislar, para este caso, las discusiones estrictamente jurídicas de las discusiones morales o políticas. Tal vía puede ser problemática y puede llevar a contradicciones si la razón que se invoca para permanecer en una discusión estrictamente jurídica, basada en un cierto tipo de sistema jurídico, es que tal sistema da bases seguras, certeras, que impiden la incertidumbre o el caos (argumentativo, práctico). Porque en tal caso se niega y se afirma al mismo tiempo la relevancia de tener en cuenta por qué es valioso atenerse a tales o cuales reglas. Si se dice que hay que respetar un sistema de reglas en particular porque eso evita otros problemas (dispersión de opiniones, subjetivismo, *vale todo*) se acepta lo que se pretende negar. Esto es, que hay buenas razones morales o políticas para seguir tales reglas. Creo que este es el fundamental problema de un artículo de Nicolás Guzmán (2008) (el cual es extremadamente rico y certero en el resto de cuestiones críticas que expone).

[11] Un análisis exhaustivo de estos argumentos se encuentra en Ziffer (2005).

fuentes positivas preestablecidas, pero desacuerdan con respecto a cuáles son esas fuentes. Concuerdan en que los jueces y legisladores deben actuar dentro de sus competencias *qua* poder constituido, pero desacuerdan acerca de las reglas que delimitan esas competencias.[12]

IV. Poder constituyente.

De acuerdo a las ideas antipunición que se basan en el argumento de las competencias de poderes constituidos, tanto el Poder Legislativo como el Poder Judicial han actuado fuera de su ámbito de competencia jurídica y han violado el derecho válido y vigente. Este hecho puede ser reconstruido de dos maneras diferentes. La primera es la que se acaba de enunciar: existe un conjunto de reglas, y ciertas autoridades obraron incorrectamente de acuerdo a esas reglas. Sin embargo, así puestas las cosas es posible realizar un análisis diferente, lo cual desplaza sensiblemente el eje discusión (o al menos eso pretendo mostrar). En efecto, los hechos referidos pueden ser reconstruidos como formando parte de un conjunto de actos constituyentes. Esto es, un acto o conjunto de actos que pretenden crear normas sin autorización basada en normas positivas preexistentes. La idea de poder constituyente necesita un análisis ulterior y una serie de distinciones sin las cuales no es posible avanzar.

En primer lugar, como es conocido, puede distinguirse entre poder constituyente originario y derivado. Los casos paradigmáticos que se suelen citar como actos constituyentes originarios son las revoluciones y los golpes de Estado. Una característica que parecen poseer algunos de estos casos es que existe un sistema de normas positivo que

---

[12] El argumento de Zaffaroni (2000) va en la misma dirección, dado que cuanto menos apela a las razones subyacentes al sistema constituido que -de ser interpretadas como él pretende- modifican el alcance de lo que está prohibido y permitido y las leyes aplicables en el tiempo. No voy a explorar ese argumento. Por su parte, Agüero-Pérez sugieren que su argumento no necesariamente debe ser leído en términos de poderes constituidos (aunque puede ser compatible con una lectura tal).

establece quién y bajo qué procedimiento está autorizado a dictar y aplicar normas, y estas normas son desatendidas por quien pretende poder constituyente. En los casos de golpes de Estado (pero también en algunas revoluciones) preexisten normas positivas de competencia, sólo que son desatendidas.[13] Los casos de la revolución francesa y rusa, y los golpes de Estado en Argentina parecen ser de este tipo pues existía un sistema normativo con competencias en ambos casos y fueron remplazados con algún éxito. Me centraré en este tipo de supuestos.

Sostener que una condición necesaria para que exista poder constituyente originario es que las normas que se dictan no estén autorizadas por otras normas del sistema preexistente deja todavía una pregunta abierta: ¿es posible distinguir entre cualquier violación de normas de un sistema jurídico y aquellas violaciones de normas que además son constituyentes (originarias)? Dicho de otra manera, ¿cuál es la diferencia entre cualquier violación del derecho aislada y el ejercicio de poder constituyente originario? La impresión que motiva esta pregunta es que todo acto de poder constituyente de los históricamente verificados viola un sistema normativo positivo preexistente pero la inversa no es válida. Se trata aquí de distinguir al menos para algunos casos entre mera violación del derecho prexistente y ejercicio del poder constituyente.

Desde un cierto enfoque teórico, que para los presentes fines voy a simplificar, se puede distinguir entre ambos actos al menos en algunos casos centrales. Los actos constituyentes originarios que se citan como ejemplos parecen detentar las siguientes características:

a) no están autorizados por normas positivas jurídicas preexistentes,

b) pretenden crear un nuevo orden de competencias y reglas primarias,

---

[13] Toni Negri ilustra lo que se entendía dentro de ciertos círculos por poder constituyente, confirmando la relevancia del aspecto de desatender normas prestablecidas. «El poder constituyente tenía un significado dentro de la temática clásica de la democracia y de la temática socialista: la insurgencia de un poder originario, autónomo, que rompía de manera drástica y definitiva con el sistema jurídico prexistente» Negri (2007)

c) resultan eficaces (por aceptación y/o por coacción).[14]

Lo que se conoce como actos constituyentes *derivados* no presentan, al menos, la primera característica pues existe un procedimiento que autoriza a tal reforma. Un caso de este tipo es la reforma de la Constitución Nacional argentina en 1994.

El argumento de la antipunición - hasta donde se alcanza a ver - concede explícitamente que las propiedades indicadas se han verificado. En primer lugar sostiene que los jueces y los legisladores están actuando fuera de sus competencias. Los primeros porque están aplicando sistemáticamente normas inaplicables y los segundos porque apelan a la nulidad. En segundo lugar, afirma que estos hechos han generado algún tipo de aceptación al menos por parte de los órganos oficiales. En tercer lugar, que la doctrina en gran parte considera que no hay problemas en tales argumentos y que existe aplicación coactiva de las reglas.[15]

Existen al menos dos formas de criticar el ejercicio de un poder constituyente así caracterizado. Procederé por partes.

La primera puede tener dos variantes.

Por un lado se puede sostener que cualquier ejercicio de tal poder constituyente está injustificado. Esta frase puede ser trivial si se

---

[14] Si el acto en cuestión carece de «c» (no resulta eficaz) entonces se trata de una mera tentativa. No es relevante para mis propósitos distinguir entre meros actos fuera de la ley y tentativas de ejercer un poder constituyente. De todos modos puede decirse que los ejemplos de intentos de golpe de Estado, a diferencia de los casos paradigmáticos de delitos comunes, detentan «a» y «b» pero carecen de «c» mientras que los delitos comunes sólo poseen «a». La verificación de a-c es compatible con una serie relativamente extensa de hechos a través del tiempo (y no implica necesariamente que todo tenga lugar de un momento al otro o dependa de un sólo acto).

[15] Los autores que pregonan la antipunición declaran que es necesario argumentar en contra de esta nueva variante mayoritaria que apoya la punición de los delitos de lesa humanidad, lo cual presupone que tal variante es cuanto menos aceptada de alguna manera en un grupo importante de personas. Nada de esto implica que quienes aceptan estén en lo correcto de acuerdo a algún otro criterio. La aceptación es un hecho, su mérito o demérito otra.

interpreta «justificado» como «en virtud de la autorización de normas jurídicas preexistentes». Bajo esta interpretación, no hay acto constituyente originario justificado, por definición.

Por el otro se puede sostener que cualquier acto constituyente del tipo señalado posee un *minus* político o moral (a especificar) por no atenerse a reglas positivas prestablecidas. Como este argumento también se aplica a la revolución francesa, no se puede sostener que la revolución francesa es valiosa desde el punto de vista moral o político si no se brindan argumentos adicionales.

La segunda crítica apela a la calidad deliberativa del acto constituyente en cuanto esta otorgaría algún rasgo de legitimidad política. El argumento de la calidad deliberativa debe cualificarse para no presuponer lo que hay que probar. Esto sucede si en el argumento viene presupuesto que necesariamente hay déficit deliberativo y de legitimidad si se lo hace en virtud de un procedimiento que no se basa en reglas preexistentes de origen positivo. Además tal recurso puede llevar a una contradicción.

En efecto, se puede sostener que dado que quienes ejercen el poder constituyente han obrado sin competencia sus actos carecen automáticamente de legitimación deliberativa. Bajo esta idea resulta una condición necesaria de la legitimidad deliberativa que se respete un procedimiento prestablecido. Este argumento se aplica también a la Constitución Argentina de 1853.

Si se considera que el déficit deliberativo así entendido tiene además carácter transitivo, cualquier acto de poder constituyente derivado que se base en un acto constituyente originario que adolece de este déficit, también está injustificado. Esto impacta en la legitimidad deliberativa a la Constitución de 1994 pues se basó en un procedimiento preestablecido por una Constitución anterior que a su vez no se basó en un procedimiento preestablecido.[16]

Por lo demás, si en vez de decirse que es una característica necesaria, se sostiene que es suficiente, surge un problema ulterior. Si se

[16] El problema tan sólo se desplaza si se dice que la Constitución de 1853 se hizo en cumplimiento de los pactos preexistentes, porque entonces se ha trasladado el momento constituyente originario a los pactos y el problema regresa.

dijera que cualquier actuación en virtud de normas preexistentes es suficiente para decidir que hay algún tipo de calidad deliberativa que otorga alguna legitimidad, no queda mucha distinción que hacer dentro del grupo de decisiones autorizadas entre aquellas que son legítimas y las que no lo son (salvo consideraciones ulteriores).

Si al apelar a la calidad deliberativa se excluye el caso indicado (i.e. «hay calidad deliberativa sólo si se respeta un procedimiento prestablecido») resulta necesario cualificar el acto de decisión. Esto puede hacerse teniendo en cuenta: condiciones de la deliberación, grado de apoyo de la decisión y producto o contenido de la deliberación.

En el primer grupo vienen reunidas cuestiones acerca de quién discute y cómo se discute. Se consideran casos claros de déficit si el grupo de quienes discutieron no es representativo de aquellas personas sobre las que recaerán las normas (sea porque no pudieron elegirlos, o porque un grupo importante de los destinatarios de las normas no tiene ningún representante relevante en el órgano que decide, como podría ser el caso de un poder legislativo conformado sólo por hombres). En este mismo grupo sobre las condiciones de la deliberación vienen agrupadas consideraciones acerca de la libertad para decidir de los representantes. Son casos paradigmáticos de tal déficit cuando la convención estaba amenazada o sujeta algún tipo de coacción. Las convenciones constituyentes originarias modernas (la francesa, la norteamericana y la argentina) son deficitarias en este primer sentido.[17] A su vez, los actos jurídicos a partir de los cuales los hechos cometidos en Argentina fueron eximidos de proceso penal o pena pueden ser atacados apelando a este argumento. El indulto (dictado por el Presidente Menem) carece de calidad deliberativa alguna, y es reconocido que las llamadas leyes de obediencia debida y punto final de los años '80 fueron dictadas en medio de fuertes presiones y amenazas.

Con respecto al grado de apoyo de la decisión, en términos internos al cuerpo deliberativo, pueden sostenerse grados de legitimación deliberativa que dependen -en orden ascendiente- de si las decisiones fueron aprobadas por simple mayoría, mayoría cualificada o unanimi-

[17] Para detalles sobre la experiencia constituyente norteamericana puede verse Gargarella (1997)

dad. En el caso argentino, bajo este criterio, la cuestión resulta algo indecidible. Por ejemplo, la decisión de llamar a una asamblea constituyente en 1994 debía ser tomada por una mayoría cualificada, pero esa restricción fue impuesta por una norma de una asamblea constituyente (la originaria de 1853/60) que tenía un déficit deliberativo en el sentido indicado en el párrafo anterior. Esto es, se trató de una asamblea constituyente originaria integrada sólo por hombres, de cierto status social y político, y en condiciones de deliberación restringidas por los conflictos bélicos civiles que le precedían. Además, la ley que decide abrir el proceso de reforma de la Constitución en 1994 (24309) restringió el ámbito de competencias de la asamblea constituyente. El punto es importante porque se trata, en el fondo, de un poder legislativo constituido que dicta una ley que restringe el poder de la asamblea constituyente de 1994.[18]

Por último, fuera de estos aspectos, tanto la asamblea constituyente de 1994 como el Congreso al momento de sancionar la ley que «ratifica» la doctrina Simón, decidieron por mayoría. De todos modos se considera que el factor numérico por sí sólo no es suficiente para otorgar valor deliberativo por dos razones.

En primer lugar, apelar al factor numérico puede ser viciosamente circular. Esto sucede si, por ejemplo, se sostiene que es «mejor» una decisión aprobada por mayoría calificada que una por mayoría simple, basándose sólo en el criterio de que «mejor» depende de la cantidad votos obtenidos (*«¿por qué es mejor una decisión aprobada por más votos? Porque tiene más votos»)*.[19] En segundo lugar, vía el argumento de

---

[18] Esto obliga a revisar (y afinar) la remanida afirmación según la cual el poder constituido no tiene competencia para limitar al constituyente.

[19] Aunque se superaran las circularidades, es necesario verificar otro tipo de condiciones en orden a mostrar que un procedimiento de decisión es confiable y aceptable en términos deliberativos. Las condiciones de discusión, decisión y votación deben satisfacer ciertos estándares para que se las considere o bien legitimadas o bien confiables en términos morales o políticos. Estas condiciones son altamente debatidas y en todo caso no parecen estar satisfechas en las constituciones originarias y en el material normativo que se alega en favor de la anti-punición. Sobre las condiciones que debe satisfacer un procedimiento deliberativo para que se incrementen sus probabilidades de corrección o ajuste, puede verse Martí (2006).

que las mayorías se pueden equivocar y que un sistema «liberal» no puede supeditar todo derecho a la decisión mayoritaria, es necesario apelar al contenido de la decisión. Esto quiere decir que si se apela a las condiciones de la deliberación y grado de apoyo de la decisión, los argumentos en favor de lo que establece la Constitución de 1853 y sucesivos no tienen un crédito contundente frente a los actos posteriores a 2001 que están bajo impugnación.

Si se asume que los actos de la Corte, el Poder Judicial y el Congreso a partir del 2003 son constituyentes *en el sentido referido*, su crítica no puede sostenerse en base a condiciones de la deliberación y grado de apoyo de la decisión en conjunción con una defensa genérica de la revolución francesa, la constitución de 1853/60 y los actos que autoriza. Esto nos deja con el último supuesto: la crítica del contenido. En el próximo apartado me ocuparé del contenido de las decisiones. En especial en lo que refiere a la prescripción. Al final de este trabajo retomaré algunas cuestiones relacionadas con la idea de poder constituyente.

V. Tiempo y prescripción

Los hechos cometidos en el período 1976-1983 estaban prohibidos penalmente al momento de su realización y los supuestos autores lo sabían, así que desde *esta* perspectiva del principio de legalidad no hay mayores problemas. Se los acusa actualmente por hechos que conocían prohibidos al momento de su ejecución. El mayor problema es que de acuerdo a ese Código Penal estarían prescriptos y existe un valor en respetar la prescripción. Es decir, lo que se critica es el contenido de lo que se decidió. Concretamente, la decisión de no respetar la prescripción.

De todos modos, no hay acuerdo alguno sobre qué justifica que un hecho prescriba, más allá de figuras varias (como que la sociedad «olvidó», o ya no le interesa).[20] El punto es relevante desde la perspecti-

[20] Véanse las consideraciones de Pastor acerca de la falta de acuerdo sobre qué justifica la prescripción de un delito. Un análisis pormenorizado de la prescripción se encuentra en este mismo volumen en el artículo de Daniela Domeniconi.

va del contenido de lo que se ha decidido en ejercicio de un poder constituyente, pues supone evaluar en qué medida es aceptable prescindir de la figura de la prescripción. No es posible aquí abordar todos los temas que rodean a la prescripción. Sólo será posible proponer bases conceptuales mínimas para su análisis no siempre tenidas en cuenta.[21]

Una norma que prevé la prescripción de un delito por el transcurso del tiempo expresa, como mínimo, que luego de transcurrido un período de tiempo, plus condiciones adicionales, las autoridades carecen de competencia para perseguirlo o condenarlo. Un modo canónico de formularla sería el siguiente: «*transcurrido el tiempo T, la autoridad A tiene prohibido aplicar la norma N*» o «t*ranscurrido el tiempo T, la autoridad A carece de competencia para aplicar la norma N*». Este tipo de enunciados puede ser tomado de dos maneras: como (eminentemente) descriptivo o como (eminentemente) prescriptivo o performativo. Dependiendo de la opción que se asuma cambian las condiciones bajo las cuales se lo considera externamente justificado y aplicable.[22]

La opción de tomarlo como eminentemente descriptivo debería sostener algo como lo siguiente: la correlación entre tiempo y prescripción pretende depender de la verdad de una generalización sobre ciertos hechos. Por ejemplo, de aquella según la cual transcurrido determinado tiempo «se ha extinguido la alarma social» generada por el delito, o aquella según la cual «el grupo social olvidó» o «a la comunidad no le interesa». La dificultad para verificar estos fenómenos no es relevante por ahora pues lo que importa es lo que se asocia conceptualmente - en estos supuestos - a las normas que prevén la prescripción y qué consecuencias se siguen para su justificación externa. Bajo esta lectura es

---

[21] No me ocuparé de la propuesta explicativa según la cual los sistemas normativos vigentes tienen sus propios mecanismos de autoregulación y descarte para no ocuparse de ciertos hechos. Esta idea sostendría, si entiendo bien, que el sistema normativo vigente posee algo así como una válvula de escape o regulación para equilibrar el «stock» de causas que posee. Esto, de ser cierto, es explicativo, pero no alcanza para responder a la pregunta de si debe ser así. Agradezco a Gustavo Cosacov llamarme la atención sobre este punto.

[22] Se utiliza aquí «justificación externa» en el sentido de razones para tener la norma en cuestión.

claro que si el tiempo de la prescripción previsto por la norma no se corresponde de alguna manera con la verificación o desaparición del fenómeno que se considera relevante, entonces la norma se encuentra injustificada en ese sentido.[23] Si, supongamos, la llamada «alarma social» perviviera más allá del tiempo de la prescripción, entonces la norma que declara la prescripción del delito antes del tiempo de extinción de la «alarma social» no estaría justificada de acuerdo a este criterio. Se trata aquí de sostener que la justificación de la norma co-varía con la generalización que pretende expresar. Si se sostiene que la correlación entre tiempo y prescripción depende, en parte, de la verificación de cierta propiedad descriptiva en el mundo, esto tiene directas consecuencias sobre cómo impugnar la justificación externa de la norma y qué tipo de procedimientos institucionales deberían preverse para tal impugnación. Las opciones parecen ser, al menos, dos.

En primer lugar se puede decir que por tratarse de una cuestión de hecho una ley no puede decidirlo, por lo cual la decisión sobre la prescripción debería ser objeto de un procedimiento de prueba (dentro del mismo proceso penal, o mediante un procedimiento previo de averiguación/encuesta). Bajo esta óptica, no deberían existir normas generales de prescripción, pues está sujeto a prueba la relación entre tiempo, ciertos efectos y prescripción.[24]

En segundo lugar se puede considerar a la propuesta anterior irrealizable o implausible y defender que el Poder Legislativo puede decidir la prescripción mediante normas. De manera tal que - mientras se considere que las normas de prescripción pretenden corresponderse con un estado de cosas - las leyes que la decidan deberían basarse en datos y presunciones mínimamente razonables sobre fenómenos de

---

[23] Puede haber, por supuesto, otras razones ulteriores para tener esa norma.

[24] En el ámbito penal se utiliza un argumento análogo (diferente contenido, igual estructura) para objetar los mínimos de la pena en abstracto. De acuerdo a este argumento, la pena depende de la culpabilidad, y la culpabilidad es una cuestión gradual y de hecho. En virtud de ello el legislador no tiene competencias para decidir el mínimo de pena impuesto o (alternativamente) para algunos casos los jueces no están obligados jurídicamente a respetar cualquier mínimo de pena impuesto legalmente.

psicología social o colectiva con respecto a la relación entre «interés», «alarma», «olvido» y delito. En la medida en que el tiempo de prescripción no se corresponda razonablemente con los fenómenos en cuestión, la norma no está justificada en ese sentido. Los penalistas conocen bien este tipo de argumentos. En los casos de delitos de bagatela, perjuicio insignificante o mínimo (v.g. robar un trozo de pan) se sostiene - entre otras cosas - que la conducta no genera «realmente» un daño y por tanto la punición no está justificada al menos en un sentido.

La opción alternativa es tomar a las normas que preveen la prescripción como eminentemente prescriptivas, performativas y constitutivas. Es decir, como una pauta de conducta a asumir por sus destinatarios independiente, al menos en un sentido, de la verificación de ciertos estados de cosas. En este supuesto la justificación externa de la norma no co-varía con la justificación de la generalización en la que se basa. En tales casos las condiciones de éxito o justificación externa de los enunciados dependen de otras variables. Las opciones con respecto a aquello que mandan las normas si se las ubica en este contexto parecen ser por lo menos tres: la norma manda a *olvidar*, la norma manda a *perdonar*, la norma expresa un compromiso a no recordar públicamente o a no exigir la persecución.

Al menos en el lenguaje cotidiano el olvido no está sujeto a una acción deliberada, de manera tal que la obligación de olvidar es de cumplimiento voluntario imposible. En la medida en que se considera que un deber de cumplimiento imposible no califica como deber (*ad impossibilia nemo tenetur*), obligar a olvidar es una acción que no puede calificar como tal.[25]

El caso del llamado «perdón» también es problemático. No es claro qué significaría mandar a perdonar. A su vez, al menos en el lenguaje cotidiano no tiene sentido la idea de perdón heterónomo. De manera tal que una ley que, por hipótesis, «perdona» en nombre de las víctimas, carece de valor práctico.[26]

---

[25] No analizaré la opción de acuerdo con la cual hablar de «olvido» en estos casos resulta un eufemismo hipócrita. Tal propuesta suele presuponer que *no puede obligarse* a olvidar. Algo análogo está involucrado en el caso del «perdón».

[26] Estas consideraciones valen, claro está, sólo si se pretende argumentar que el pro-

El tercer supuesto es el caso en que se asume un compromiso de hacer o dejar de hacer o se pretende imponer tal compromiso. Por ejemplo, de no recordar en público o de no exigir la persecución penal.[27] Al tratarse de un acto performativo y constitutivo carece de relevancia, en principio, si quien asume el compromiso recordará en su fuero íntimo en el futuro o desearía que sucediese el acto que ha prometido no realizar. Al comprometerse asume una responsabilidad y ciertos deberes. Se considera que pertenecen a las condiciones de éxito y justificación de este acto si quien lo realiza lo hace en uso de su autonomía personal. Es claro que las leyes, al tener un contenido heterónomo (pues regulan para otros) carecen en algún sentido de este aspecto. Quien decide el compromiso no coincide, directamente, con el obligado a respetarlo.

No obstante, existen diversas formas de defender que, para algunos casos, algunas leyes pueden honrar el valor de la autonomía personal. Esto sucede, se sostiene, si los destinatarios han participado de alguna manera más o menos directa o bien en la elección de quienes decidieron, o bien en la deliberación de la decisión en cuestión. Este argumento es el que permite decir que aunque las leyes tienen un matiz heterónomo pueden, al mismo tiempo, honrar de alguna manera el valor de la autonomía. De manera que - aunque lo deciden otros- sería

---

pósito de las leyes que prevén la prescripción es el del perdón. No pretendo decir que las leyes deban tener eso como propósito. De alguna manera, la idea de perdón «institucional» es una fórmula mal formada o una forma elíptica o traspuesta de referir a otro fenómeno. Si se pretende hablar de perdón en sentido más o menos apegado al uso en sentido cotidiano se necesita, además, tener en cuenta otras condiciones ulteriores de éxito y justificación que dependen del punto de vista ético que se adopte. Por ejemplo, se puede sostener que no es válido un perdón (personal) si el ofensor no reconoce el error o no muestra capacidad reflexiva sobre lo que ha hecho. Algunas consideraciones sobre las condiciones bajo las cuales se puede perdonar en términos éticos se encuentran en Hilb (2013). Soy consciente de que existe una vasta y profunda literatura sobre estos temas (basada en ideas de Derrida y Ricoeur). No me siento en condiciones de usar por el momento esas consideraciones.

[27] Resulta útil visitar la historia de este tipo de prácticas institucionales en el ámbito político occidental. Sobre este tipo de actos prescriptivos y performativos en Grecia luego de conflictos violentos, puede verse Loraux (2008).

posible imputar la decisión como si la hubiera hecho uno mismo.[28] Se trata aquí de sujetar el carácter heterónomo de cualquier ley emanada de un órgano de representantes a condiciones de elección, representación democrática y deliberación.

En el caso de las leyes que regulan cuestiones de prescripción existe una dificultad adicional. Suponiendo que se concede que las restricciones de representación y deliberación están satisfechas para la generación contemporánea al acto de decisión, todavía subsiste el problema de cómo tal acto puede vincular y «comprometer» a generaciones futuras que no intervinieron en ningún sentido en el acto de decisión.[29]

En definitiva, o bien se asocia a las normas prescriptivas la referencia implícita a que cierto estado de cosas ha tenido lugar (v.g. *luego del tiempo t a la sociedad ya no le importa*) en cuyo caso parte de la justificación de tal norma depende de que ese sea efectivamente el caso; o bien se considera que la norma no depende en ningún sentido de la plausibilidad de la generalización en la que se basa, sino que supone un acto performativo en el que se asume ciertos compromisos (o manda a asumirlos). Las condiciones de ajuste, corrección y justificación de las normas varían según se opte por una u otra interpretación. Ninguna de estas consideraciones excluye que uno y el mismo enunciado normativo pueda ser objetado en base a la generalización que pretende expresar y en base al acto performativo que pretende constituir o manda a realizar. De esto no se sigue que el tipo de argumentos y objeciones sean iguales. Se trataría de un mismo enunciado que admite al menos dos consideraciones.

Nótese, a modo de ejemplo, lo siguiente: si se toma a las normas sobre la prescripción como tendecialmente descriptivas (o, en términos jurídicos, «declarativas») puede no resultar un argumento contundente el sostener, por ejemplo, la falta de representación suficiente del destinatario de las normas. A la inversa, si se las considera en su variante

---

[28] La línea argumental aquí corre paralela a la que en teoría de los contratos se utiliza para imputar el consentimiento tácito o -dependiendo la variante- ideal, por el cual el representante puede vincular a su representado.

[29] Este es un problema clásico en teoría constitucional y política cuando se pretende evaluar el poder vinculante de órganos que decidieron hace ya largo tiempo.

prescriptiva o performativa, puede ser inconducente la impugnación según la cual la norma no está justificada porque la gente no olvidó o tiende a no cumplir los compromisos en cuestión.

En cualquiera de las dos variantes que se elijan para analizar los enunciados que regulan la prescripción, el resultado es bastante incierto con respecto a si penar o no los hechos en cuestión.

La posición anti-punición puede sostener - y de hecho ha sostenido - lo siguiente: cualquiera que crea que el derecho penal es, ante todo, un límite al poder penal del Estado, debe apoyar cualquier consecuencia jurídica que libere al imputado de la posibilidad de pena. La prescripción pertenece a este grupo de consecuencias pues libera al imputado de la coacción.[30] Esto parece un argumento adicional en favor de respetar los plazos de prescripción por lo cual lo analizo en el siguiente apartado.

VI. Libertades frente al Estado

Una idea alternativa o complementaria en favor de respetar la prescripción es vincularla a valores como el derecho penal mínimo o la idea de minimizar la intervención del Estado en las libertades civiles. Se trata aquí de elevar a su máximo esplendor la idea de libertades frente al Estado. Tal forma de concebir el derecho sería una herencia de ciertas ideas y sistemas normativos positivos (secularización, ilustración, iluminismo, revolución francesa). Aquí se alude a uno o varios modelos normativos históricamente situados (esto es, a un hecho) que tiene ciertos componentes que se consideran valiosos. Cuando en este tipo de argumentos se defiende que la ilustración o la revolución francesa han positivizado estos valores, no se sostiene que tales valores son defendibles *porque* tienen una cierta ubicación espacio-temporal. El argumento es diferente: son defendibles *y* se han plasmado en ciertos

[30] Según Pastor, quien haya sostenido la idea de derecho penal mínimo o alguna posición cercana al abolicionismo debería aceptar esta consecuencia. Caso contrario incurriría en una contradicción. Zaffaroni sería un caso que ejemplifica esta contradicción. Véase Pastor (2011)

momentos históricos, pero no son defendibles o valiosos *porque* fueron plasmados en tales momentos. De manera tal que no se podría alegar aquí algún salto entre lo que sucedió de hecho y lo que debería ser el caso. Estos fenómenos históricamente situados - se sostiene - conciben a las libertades como límites frente al Estado. La prescripción es un medio para ese fin, pues reduce la incidencia del Estado en la libertad personal.

La reacción posible ante la propuesta citada es preguntarse si tal beneficio o garantía vale de manera idéntica y sin mayores cualificaciones para cualquier persona.[31] Se puede contestar que efectivamente es así en virtud del principio de igualdad. Es decir, que el principio según el cual «es buena aquella medida que disminuya o elimine la posibilidad de coacción estatal» se aplica con independencia de quién es el beneficiado. Aunque la respuesta es sensata, resulta discutible.

Como se indicó al inicio de este trabajo, parte de la idea que subyace al modelo anti-punición (y a cualquier modelo secular e ilustrado de derecho penal) está basado en la idea de libertades *frente* al Estado, tributaria de la de Príncipe vs. sociedad civil. De acuerdo a esta idea, las reglas jurídicas están principalmente diseñadas para minimizar las intervenciones estatales en las libertades de los ciudadanos. La historia de esta idea es extensa, pero el núcleo básico que pervive es que las libertades son, de manera primordial, límites al siempre tendencial poder antilibertario del aparato estatal. Aunque no se puede negar la plausibilidad genérica de tal reconstrucción y propuesta, caben dos reflexiones.

En primer lugar, el Estado de Derecho al que se alude no sólo se basa en el principio liberal de maximizar libertades frente al Estado, también se basa en el principio del daño de acuerdo con el cual -entre otras cosas- se debe tratar de impedir o desalentar los daños entre las personas.[32] De manera tal que el diseño histórico heredado se basa tan-

---

[31] Sobre este punto giran parte de los desacuerdos entre Pastor (2011) y Agüero-Pérez Barberá (2012).

[32] El principio del daño funciona, al menos, en dos sentidos. Como límite a la pena (no debe penarse si no hay daño) y como justificación moral de la punición. Que una conducta sea dañosa en sentido moral es una condición necesaria, pero no

to en el valor de poner límites al Estado como en el valor de lograr un sistema de abstenciones mutuas que minimice el daño recíproco.[33] Este segundo componente también es importante.

En segundo lugar, el principio o valor general de «*hands off*» o «libertad frente al Estado» es lo suficientemente genérico como para que sea exagerado decir que hay una sola forma de interpretarlo. Genéricamente entendido, las acciones tendientes a prevenir, perseguir y penar actividades de personas que integraron el Estado también es una forma de satisfacerlo. Es decir, esto también puede contar como límites al Estado.[34]

---

suficiente, para que sea susceptible de punición. Esto deja espacio para argumentar, como lo hace Duff, que puede estar justificado no penar jurídicamente alguna conducta dañosa en términos morales. Toda conducta prohibida penalmente debe tener la propiedad de ser dañosa moralmente, pero no todo daño moralmente relevante tiene que ser prohibido por el derecho penal. En este punto parecen coincidir Duff (2001) y Roxin (2010), aunque este último lo remite a la discreción de legislador (de penar o no un hecho que daña en términos morales).

33 Como ejemplo tomo los siguientes pasajes de autores clásicos para el pensamiento moderno, secular e ilustrado. Rousseau, *Contrato Social* «*¿Cuál es el fin de la asociación política? La conservación y la prosperidad de sus miembros*» (en «De los signos de un buen gobierno»). «*El contrato social tiene por fin la conservación de los contratantes*» (en «Del derecho de vida y muerte»). «*Encontrar una forma de asociación que defienda y proteja con la fuerza común la persona y los bienes de cada asociado, y por la cual uno, uniéndose a todos, no obedezca sino a sí mismo y permanezca tan libre como antes. Tal es el problema fundamental cuya solución da el Contrato Social*» (en «Del pacto social»). Bentham, *Los principios de las costumbres y la legislación:* «*Se dice que algo promueve el interés, o es para el interés de un individuo, cuando tiende a incrementar la suma total de sus placeres o, lo que es lo mismo, a disminuir la suma total de sus sufrimientos*». En *Utilitarismo* Mill dice «*Las reglas morales que prohíben a las personas dañarse unas a otras (en las cuales no debemos nunca olvidar de incluir también a las que prohíben la interferencia incorrecta en la libertad) son más vitales para los seres humanos que cualquier máxima, no importa cuán importante, que sólo se dirige al mejor modo de administrar algún ámbito de los asuntos humanos*».

34 Beccaria sostiene en *De los Delitos y las Penas:* «*Los atentados, pues, contra la seguridad y la libertad de los ciudadanos son uno de los mayores delitos y bajo esta clase se comprenden, no sólo los asesinatos y hurtos de los hombres plebeyos, sino también los cometidos por los grandes y magistrados; cuya influencia se extiende a una mayor distancia, y con mayor vigor, destruyendo en los súbditos las ideas de justicia y obligación, y sustituyendo en lugar de la primera el derecho del más fuerte, en que peligran finalmente con igualdad el que lo ejercita y lo sufre*»

Quizás no haya argumento concluyente aquí para decidir cuál interpretación es la correcta. Lo que no se puede decir es que de un principio así de genérico y amplio se sigue sin consideración ulterior que al no respetar la prescriptibilidad de hechos cometidos por personas que ocuparon el Estado, se está deshonrando el principio de que siempre hay que defender a los individuos frente al poder del Estado. Perseguir y juzgar a quienes ocuparon el Estado también *puede* ser una forma de honrar el principio según el cual hay que extremar los mecanismos de límites al poder Estatal. En especial de un poder estatal que vulneró eso que -se sostiene- se pretende proteger: las libertades.

En definitiva, el argumento de las garantías que se basa en la idea genérica de que las reglas tratan de minimizar la intervención del Estado en nuestras libertades deja de lado dos aspectos importantes. Por un lado, tal sistema de reglas también trata de erradicar o minimizar el daño recíproco, y parece cierto que quienes están siendo juzgados se los acusa de un daño. En segundo lugar, el principio general de libertades frente al Estado puede funcionar en dirección opuesta a la que es invocado. Porque lo que se está juzgando es la supuesta actividad de personas que integraron el Estado.

Es claro que en esta discusión, como aquí se la presenta, pueden estar involucrados diferentes usos de «Estado». Tocaría despejar ambigüedades para determinar si se está discutiendo de lo mismo o si se trata de una discusión «verbal» en donde se utiliza el mismo término con diferentes significados. No voy a ocuparme de todos los sentidos que darían lugar a una u otra situación. Me limitaré a señalar un sentido posible que conduce a un problema.

Bajo una interpretación de «Estado» no hay distinción que hacer entre libertades frente al Estado y otro tipo de libertades. No es claro qué querría decir que el Estado tiene obligaciones especiales y tampoco el que los ciudadanos tienen algún tipo de libertad especial frente a él. Si para todos los casos y acciones posibles de conductas de funcionarios estatales corresponde tratarlos de manera igual que alguien que no conformó el cuerpo estatal, no hay más límites frente al Estado que el límite que se tiene frente a las acciones de quienes integran su población complementaria. De manera tal que la expresión «libertades

frente al Estado», bajo este sentido de Estado, es indistinguible del resto de libertades. Se trataría de una forma traspuesta de hablar. El conjunto de los derechos frente al Estado y las obligaciones correlativas se tornaría vacío o indistinguible del resto de libertades. De esto se sigue que no se puede juzgar a un funcionario sino *qua* ciudadano.

Entre las consecuencias que se seguirían de una propuesta así concebida está la siguiente: entra en problemas la justificacion de la calificación y/o agravamiento que hace el Código Penal de los hechos cometidos por funcionarios públicos. No habría distinción que hacer entre las lesiones que comete un civil y las que comete un policía en cumplimiento de sus funciones. Hay dos salidas posibles a esta consecuencia, si es que se la considera indeseable. Modificar el alcance del principio de igualdad o presuponer que hay Estado sin personas.

Presumo que quien quisiera defender el argumento de la igualdad para la prescripción y conservar la calificación de delitos cometidos por funcionarios públicos debería decir algo como lo siguiente. La igualdad es relevante frente a la prescripción (le corresponde a cualquiera) pero está permitido establecer diferencias en cuanto al monto de pena en abstracto dependiendo de si se trata de civiles o de funcionarios. Esto implica, como se anunció, modificar el alcance del principio de igualdad o las propiedades que se consideran relevantes. Pero no se ve cuál es el argumento que impide extraer la consecuencia indicada. Si vale para la prescripción, puede valer para otros supuestos de intervención en las libertades (como la pena, o las penas especiales como la inhabilitación para ejercer cargos públicos). Pero hay más. Existe al menos un caso en que la cuestión de la pena prevista en abstracto no es independiente de la prescripción. Como el tiempo de prescripción legal depende de la pena prevista en abstracto para el delito, un delito agravado o cualificado por la condición de funcionario público también viola, por carácter transitivo, la igualdad frente a la prescripción.

La otra salida es sostener que el Estado tiene ciertas obligaciones y los ciudadanos ciertas libertades frente a él y que no se habla de Estado como grupo de personas individuales en ningún sentido. En consecuencia habría una entidad que no es persona en un sentido, pero que tiene obligaciones o, lo que es lo mismo, usar la idea de Estado sin

personas individuales. Esto tiene que significar que el Estado hace cosas y tiene obligaciones aunque no es sujeto en el sentido anterior. No queda en claro en este caso qué quiere decir que tiene obligaciones especiales. La pregunta es ¿quién?

El problema, en definitiva, es el siguiente: o bien se sostiene que funcionarios y ciudadanos son personas, pero se acepta, al *menos prima facie,* que algunas desigualdades están justificadas (so pena de caer en la dificultad de justificar la calificación diferenciada de los delitos cometidos por funcionarios públicos) o bien no se hacen distinciones entre personas y se presenta un Estado frente al que hay libertades especiales quedando inconclusa la referencia exacta de la expresión «derechos frente al Estado».

No pretendo que estos argumentos sean concluyentes. Sólo invitan a mirar la cuestión involucrada con otro matiz.[35]

---

[35] Aunque se considere - si se lo hace - que los argumentos aquí vertidos pueden servir para ver bajo otro matiz algunas cuestiones, subsisten incólumes otros puntos propuestos por quienes critican el nuevo derecho penal internacional de los delitos de lesa humanidad. Pastor (2011) ilustra estos problemas proponiendo dos casos hipotéticos en que surge un resultado absurdo por sus desproporciones. El primer caso es el siguiente: una bomba en un estadio, colocada por un «ciudadano de a pié», con el propósito de hacer desaparecer prueba, que causa un homicidio múltiple. El segundo se trata de un secretario de un tribunal militar que participó secundariamente en un conflicto armado e impuso a un prisionero de guerra una sanción penal de 50 dólares de multa sin sentencia previa. De acuerdo a algún derecho interno el primer caso prescribiría (supongamos, a los 20 años) mientras que el segundo no prescribiría en virtud de la normativa internacional. No voy a discutir estos ejemplos hipotéticos. No se niega en el presente artículo la posibilidad de que la normativa internacional en conjunción con la nacional trate de manera desproporcionada dos hechos. Por lo demás, los casos de juzgamiento en Argentina de delitos de militares y colaboradores a los que me refiero no tienen similitud con el caso de una multa de 50 dólares por un secretario de un tribunal militar que participó secundariamente en un conflicto armado. Incluso se puede aceptar que hay diferencias que hacer - para el caso argentino - entre quien impuso un castigo menor y quien torturó, mató o mandó a hacerlo. Justamente, lo que da fuerza a los ejemplos de Pastor es que existen diferentes tipos de daños a los que les debe corresponder diferente tipo de tratamiento penal. Esto, lejos de negar la relevancia del principio del daño, lo supone.

Hasta aquí he indicado los problemas de evaluar el contenido de la prescripción. Y se ha agregado, además, un punto relevante. La crítica sobre la falta de respeto de reglas constituidas podría estar fuera de lugar pues se trataría, en sus aspectos relevantes, de actos constituyentes. De manera tal que toca elegir entre actos de este tipo justificados o no (de acuerdo a consideraciones no jurídicas), lo cual lleva de nuevo al contenido de lo que se discute.

VII. Otra vez sobre el poder constituyente

Las consideraciones hechas acerca de algunas de las características que tienen los casos paradigmáticos de actos constituyentes puede llevar a equívocos.

Hasta aquí se ha sostenido, dicho de manera breve, lo siguiente: los casos que se citan como paradigmáticos de poder constituyente no están autorizados por normas positivas prexistentes, pretenden crear un orden de competencias y reglas primarias y lograron eficacia por aceptación o coacción (véase más arriba, IV, a-c). Se intentó mostrar que si se acepta que los actos realizados por el Poder Judicial y Legislativo en el período referido satisfacen estas propiedades, al igual que otros actos verificados históricamente, no se puede decir al mismo tiempo que eso es suficiente para su descrédito en un caso sin decirlo para el otro. Tomar en cuenta las características indicadas no decide la cuestión, pero cambia el eje de discusión. Si se desplaza el eje en cuestión cambian algunas consideraciones sobre el contenido de lo que se decide (v.g. con respecto al problema de la prescripción).

Ninguna de las consideraciones aquí hechas excluyen discusiones acerca de cuál es el conjunto de actos que, al juzgar los hechos cometidos por militares y colaboradores, son suficientes para tener por verificada las tres propiedades aludidas. Es decir, se puede sostener que ha habido un conjunto de actos que han dado lugar a la verificación de a-c y que ellos son múltiples y esparcidos a lo largo del tiempo. De manera tal que no puede decirse que la verificación de a-c se dió sólo

recién a partir de 2003 y por los actos llevados adelante a partir de 2003.[36]

Sin embargo subsisten dos interrogantes: 1.¿merecen llamarse «constituyentes»? 2. sea como sea que se los llame, ¿que características adicionales poseen?

La palabra «constituyente» puede usarse en otros sentidos del aquí propuesto o -en su defecto- sostener que se prefiere no utilizar «constituyente» para los casos que sólo tienen las características enumeradas más arriba. Sea como sea, el equívoco resultaría si, incorrectamente, se quiere asociar a cualquier fenómeno que satisfaga tales propiedades algún valor o disvalor político o moral *per se.* Esto no puede asumirse sin realizar consideraciones adicionales.

En definitiva, «constituyente» se refiere aquí a las tres propiedades indicadas, no pretende ser una imposición terminológica, y se presupone que tal caracterización es independiente de otras consideraciones valorativas.

Tampoco se excluye con el presente análisis consideraciones ulteriores para distinguir entre los diferentes fenómenos que satisfacen las características indicadas. Justamente, existe un interés importante en distinguir entre revoluciones y revoluciones, así como también existe un interés en distinguir entre revoluciones y golpes de estado. En general ese interés tiene un contenido valorativo, en el sentido de identificar diferencias que hacen a uno u otro hecho histórico «mejor» según un cierto punto de vista. Los fenómenos indicados pueden dar lugar a la protección de la igualdad o de la libertad, pero también pueden conllevar su prohibición. A su vez, estos fenómenos pueden ser (como es fácil de corroborar) más violentos o menos violentos. Los fenómenos indicados son iguales en algunos aspectos, no en todos.

No es posible analizar todos los aspectos adicionales que se adscriben al período de juicios aquí analizado. Sólo puntualizaré lo que resulta problemático de algunos.

---

[36] De hecho, el argumento genérico que se sostiene contra las tres generaciones de juicios es que en todos ellos ha habido autoridades jurídicas que obraron fuera de sus competencias para los casos individuales. De manera tal que se puede sostener que el nuevo conjunto de normas primarias y secundarias que detenta algún grado de eficacia es el producto de una serie compleja de actos a través del tiempo.

Se ha sostenido, en primer lugar, que los juicios de la tercera generación no son más que *meros* juicios políticos. Esto pretende ser una crítica. La plausibilidad de tal afirmación depende de qué se entienda por juicio político. Es posible que las características identificadas más arriba puedan ayudar para afinar la caracterización o lo que se quiere decir. La expresión «juicio político» se utiliza al menos en dos sentidos.

En primer lugar, como un procedimiento previsto por la Constitución para juzgar la responsabilidad institucional de algún órgano, funcionario o representante. Se supone que hay un procedimiento establecido y una serie de reglas difusas de atribución de responsabilidad política (v.g. «mal desempeño» o «actitud indecorosa»). La sanción en estos casos se reduce a la destitución y no excluye el proceso jurídico ordinario civil o penal (v.g. art. 59 de la CN). La crítica usual a este tipo de procedimientos es que no son claras las conductas sujetas a la sanción de destitución. Este sentido de «juicio político» implica que los juzgadores usan normas positivas preexistentes y tienen competencia para ello.

En segundo lugar se utiliza «juicio político» como un tipo de procedimiento más o menos informal, en el que un grupo o facción política decide la responsabilidad de alguien en base a los valores o ideales políticos de ese grupo. En este segundo sentido quienes juzgan no son autoridades jurídicas constituidas (carecen de competencia jurídica para todos los casos) y no usan normas jurídicas positivas. Se suele alegar en estos casos la representación del pueblo («juicio del pueblo»), los valores revolucionarios, la garantía de orden, decencia, progreso o reorganización nacional. Las críticas usuales a este tipo de decisiones son que no son claras ni las conductas que se juzgan, ni el procedimiento (cuando lo hay), ni la supuesta representación que se alega de cierto sentir o valor supuestamente extendido. En general se suele sostener que el procedimiento, si lo hay, es una «pantomima» o «teatralización». Se estila agregar que la decisión está tomada de antemano. Con esto se pretende sostener que el procedimiento es irrelevante para la decisión. Es decir, que sea lo que sea que suceda en el supuesto juicio, no cambiará el contenido de la decisión.

Considero que esto capta los dos sentidos paradigmáticos en que se utiliza «juicio político». El proceso a los militares y colaboradores en el período indicado no es un «mero» juicio político, si con eso se refiere a los dos sentidos indicados.

Los supuestos jueces han *usado* las reglas del proceso penal en los siguientes aspectos: procesos públicos, derecho a defensa en juicio, a contar con abogado defensor (incluso de oficio), a declarar, a proponer prueba, a expresarse en la clausura del juicio oral frente a los supuestos jueces no designados «ad-hoc». Cabe agregar que ha habido 45 absueltos dentro de un total de más de 100 juicios y se han dictado faltas de mérito para investigar a más de 100 personas. Casación y la Corte Suprema ha intervenido en múltiples casos, llegando a confirmar absoluciones en algunos. El porcentaje de imputados en prisión preventiva para la clase de delitos de referencia es menor que el porcentaje de presos en prisión preventiva para los llamados «delitos comunes». En algunos casos se ha otorgado (aunque con resistencias de ciertos organismos) la prisión domiciliaria.[37]

Se puede sostener, todavía, que un procedimiento así realizado no estará en el mismo rango valorativo que un proceso que respeta esa garantía y *además* los plazos de prescripción. Esto depende del sistema valorativo de referencia. Sin embargo, esto no lo hace semejante a cualquier juicio político en los sentidos antes referidos. Al menos no debería resultar idéntico en términos valorativos un caso y otro si, como suele suceder, se asocia un valor al seguimiento de reglas como el derecho a defensa, a contar con abogado defensor y demás. Salvo que se sostenga que en sentido moral o político la violación de cualquier regla positiva es idéntica a la violación de cualquier otra. Es decir, que no hay diferenciación que hacer entre procesos que dan algún derecho a defensa y en algunos casos absuelven, y decisiones tomadas por un grupo que manda a fusilar. Una propuesta tal tiene que responder, entonces, qué valor tienen las normas y los sistemas jurídicos que se crearon sin respetar sistemas normativos positivos prexistentes. El problema, como se ve, regresa.

---

[37] Puede consultarse Chillier (2014). También CELS (2012). Sobre la discusión normativa acerca del derecho a la prisión domiciliaria puede verse Iosa (2012)

En definitiva, el primer sentido de juicio político supone autoridades competentes que usan reglas del sistema; el segundo sentido supone personas no competentes que no usan ninguna regla del sistema. El tercer sentido, aplicable a los juicios de tercera generación, supone autoridades (por hipótesis, incompetentes para el caso individual) que usan algunas reglas del sistema y a algunas de esas reglas usadas se les adscribe un valor moral o político.

Algo semejante corresponde para la apreciación según la cual los juicios de esta tercera generación no son más que venganza.[38] Se suele entender por venganza una situación en que la supuesta víctima es al mismo tiempo acusador, juzgador y responde según su parecer a la ofensa que dice haber sufrido. Una venganza más limitada excluye la decisión sobre cómo responder a la ofensa y limita lo que se puede aplicar como respuesta vindicativa (v.g. «ojo por ojo»). En los casos en cuestión, las acusaciones formales no fueron realizadas por las víctimas o sus parientes, sino por Fiscales, así que no existe identidad entre ofendido y acusador. Tampoco hay identidad entre ofendido y decisor pues los jueces, hasta donde se sabe, no han sido víctimas de los hechos que juzgaron. Por último, ninguno de los acusados ha sufrido una pena idéntica al supuesto mal que se les imputa. No ha habido torturas por supuestas torturas, ni fusilamientos por supuestos fusilamientos.

Si se acepta la relevancia de estas diferencias, todavía no se ha dado respuesta suficiente a qué tipo de reproche o consecuencia corresponde (si cárcel o no) pero al menos sirve para distinguir, si se lo desea, entre diferentes sentidos de «juicio» y de «político».

No es posible aquí desarrollar el argumento ulterior sobre por qué está justificada para algunos casos la imposición de cárcel. Sea lo que sea que se diga al respecto, no puede eludirse un desafío importante. Las concepciones que consideran como suficiente para penar aquello que hizo el autor al momento del hecho, no logran justificar de manera suficiente por qué ahora, luego del tiempo transcurrido, la pena tiene que ser insensible a la condición actual del sujeto a prisión. De acuerdo a una doctrina clásica, la gravedad del castigo debe, en general,

[38] Consideraciones sobre el concepto de venganza se encuentran en este mismo volumen en el trabajo de Natalia Scavuzzo.

covariar con la gravedad del hecho. La teoría penal y los ordenamientos penales son poco sensibles (cuando no insensibles) a la condición actual de quien debe ser sometido a cárcel. Por hipótesis esto tendría la siguiente justificación: se reprocha el acto realizado en un cierto momento, no la condición posterior de quien es sometido a pena. Aquí se abren un sinnúmero de problemas justificatorios.

Existe una razón plausible por la cual se considera que la pena sólo debe covariar con la gravedad del hecho cometido y no con circunstancias adicionales y/o posteriores. Ella consiste en que tal límite a la pena implica límites al Estado, pues se pena a la gente por lo que *hace* en el momento del hecho y no por lo que hace luego de ello ni por lo que *es*. Por hipótesis esto limita la posibilidad de extorsión del condenado, en la medida en que no se supedita la gravedad de la sanción a cómo se comporta luego (frente al Estado) o a una condición de dudosa verificabilidad, como aquella que apela a lo que alguien «es».[39] Basta sobre esta cuestión indicar que no se puede decir sin contradicción que un ordenamiento moderno no presupone que los sujetos sean una esencia o sustancia pétrea y luego sostener que la pena sólo debe depender de lo que se hizo al momento del hecho.

Creo que el punto indicado podría ser el fundamental problema de la propuesta de Agüero-Pérez (2012). La razón «fundante» para penar, según los autores, es la siguiente: «*sólo es moralmente admisible una obligación de persecución penal suficiente cuando el autor, al momento del hecho, es, en términos absolutos, lo menos vulnerable que se puede pensar, y, en términos relativos, claramente menos vulnerable que la víctima*». Concediendo que quienes están siendo juzgados satisfacían al momento del hecho esta propiedad, surge un problema. Según los autores, la doctrina del liberalismo «conservador» comete el error de pensar en un «sujeto único» que no diferencia entre la diversidad de sujetos y situaciones. Es decir, que simplifica el horizonte práctico invisibilizando las diferencias reales entre diversos grupos de personas (vg. entre militares con gran poder de eficacia decisoria y otro tipo de ciudadanos o integrantes de la sociedad civil). De manera tal que el liberalismo conservador de-

[39] Este modelo ideal es de hecho violado por diversas figuras procesales, como el juicio abreviado.

clara como iguales a cualquier persona (sea militar o no) a la hora de identificar sus derechos y obligaciones. Es normal que tal concepción liberal conservadora sostenga que todos los sujetos son iguales ante la ley y que por ende todos tienen, por ejemplo, derecho a que se respeten los plazos de prescripción. Tal forma de entender el principio de igualdad - continúa el argumento - no es sensible a los diferentes sujetos involucrados.

Sin embargo, esta idea de «sujeto único» puede estar presente de diversas maneras, algunas insospechadas. Esto sucede si, por ejemplo, se considera que la necesidad de penar sólo es sensible a qué hizo o quién era el que realizó el acto al momento del hecho. Para el caso, parece sostenerse lo siguiente: como al momento del hecho se trataba de las personas «más poderosas que se pueda pensar, contra las más débiles» entonces ahora les corresponde sin más la pena como si continuaran siendo la misma e idéntica persona. Está aquí presente, de otra manera, una figura de «sujeto único» que, por lo demás, se acerca a la aceptación de que existe una especie de «sustancia» personal que se conserva por el hecho de haber realizado ciertas acciones. Esto también puede ser mistificante o simplificador.

La idea de sujeto «único», producto de un proyecto político, ideológico y filosófico, no sólo está presente en la idea de no distinguir entre diferentes sujetos, sino también en no poder hacer diferencias de reproche para una persona a través del tiempo. Se podrá sostener que es necesario conservar alguna idea de identidad a través del tiempo para poder dar lugar a la pena o al reproche. Esto introduce el complejo problema de la identidad personal a través del tiempo. Concediendo que es necesario mantener alguna forma de identidad personal, de eso no se sigue que no sea relevante lo que la persona hizo al momento del hecho *y* lo que hace al momento de la condena. Caso contrario, hay aquí un «sujeto único» (el que actuó al momento de cometer el delito).

Quizás la concepción de Agüero-Pérez esté dispuesta a sostener que ha propuesto un criterio necesario para decidir *si* penar, pero que tal criterio no es suficiente para decidir *cómo* penar. De manera tal que la propuesta puede ser sensible a la situación actual de quien será sujeto a condena. Por hipótesis esto sería coherente con ciertas formas ideales

de entender la pena que en nuestro país comienzan a tener relevancia positiva (a través de la ley de ejecución penal -24.660- y los tratados internacionales). Se trata de la idea de tener en cuenta los actos posteriores del autor a los fines de la ejecución de la pena. O, como se prefiere decir ahora, no tener en cuenta sólo los aspectos retrospectivos de la pena (que se vinculan a la gravedad del hecho cometido) sino los aspectos prospectivos (que se vinculan, entre otras cosas, a lo que el condenado puede hacer en su período de ejecución). Si se quiere hacer lugar a esta sensibilidad normativa a nivel de ejecución de la pena, no se puede decidir genéricamente sin tener en cuenta de qué autor se está hablando, de qué hechos cometidos, y de qué actitudes posteriores. Esto tiene relevancia para el problema de la prisión domiciliaria, pero también para el problema del derecho a estudiar en la universidad.[40]

VIII. Conclusiones

En este trabajo he intentado mostrar que parte de la crítica a los juicios de tercera generación contra militares y colaboradores se basa en la idea de que no se han respetado reglas constituidas. Existen casos que tienen esta característica y que no son declarados automáticamente disvaliosos moral o políticamente. Por ejemplo, algunos casos paradigmáticos de poder constituyente originario. Esos casos paradigmáticos parecen tener propiedades definidas y esas propiedades parecen estar presentes en la legislación y procesos indicados: modificación importante de reglas de competencia y reglas primarias y eficacia de tales reglas por aceptación o por coacción. Se puede elegir, por diversas razones, no llamar «constituyentes» a los actos en cuestión. Sea como sea, si se asume que el Poder Legislativo y Judicial han obrado fuera de sus competencias jurídicas, y se asume que hay algunos casos en que cuando se

[40] Sobre los aspectos retrospectivos y prospectivos puede verse en este mismo volumen el trabajo de Juan Mocoroa. Sobre el problema de no diferenciar a nivel de ejecución de la pena entre diferentes tipos de hechos cometidos, sujetos condenados, y actitud posterior al hecho, véase en este mismo volumen el trabajo de Belén Gulli y Valentina Risso.

obra fuera de competencias todavía subsiste algo digno de valor, toca distinguir entre actos sin competencia jurídica valiosos y disvaliosos. Ciertamente este es un terreno difícil. He intentado mostrar que la principal crítica a estos actos sin competencia jurídica, que se centra en la falta de respeto a la prescripción, es más oscura de lo que parece. Esto no decide las cuestiones involucradas, sino que cambia el eje de análisis y la discusión. Aún suponiendo que se ha cambiado exitosamente el eje de análisis y que en este ámbito el respeto a la prescripción es un argumento dudoso o inviable, resta todavía discutir sobre otras consecuencias de esta decisión «constituyente». No se puede negar que los jueces (por hipótesis, incompetentes) han usado algunas reglas del sistema penal, y que algunas de ellas son consideradas como «mejores» en contraposición a decisiones que no usan tales reglas (como el «juicio del pueblo» o el fusilamiento en base al «proceso de reorganización nacional»).

Si se concede que los imputados han dañado, que se aprovecharon del poder del Estado, que forzaron ciertas leyes de «perdón», «olvido» o «amnistía», y que merecen ser penados, todavía queda discutir si esto es válido para cualquier caso de los sometidos a proceso. Por último, resta discutir si la ejecución de la pena tiene que ser sensible a quién es y qué hace actualmente el sometido a proceso y pena. No veo cómo se pueda evitar tal discusión sin afectar precisamente el sistema de reglas que se pretende «constituir».

Referencias bibliográficas

Agüero-Pérez Barberá (2012) «Contrapunitivismo y neopunitivismo» en Derecho Penal y Criminología, AÑO II, Nº 2

Chillier, G (2014) «Un proceso de verdad y justicia» en *La Nación*, 4/6/2014, p. 25

Eiroa, P. (2007) «Memoria y justicia en la experiencia de la comisión sudafricana para la verdad y reconciliación» en Eiroa P. y Otero, J. (comps.) (2007) *Memoria y derecho penal.* Buenos Aires: Fabián J. Di Plácido Editor

Filippini, L. (2011) «La persecución penal en la búsqueda de la Justicia» en AAVV *Hacer Justicia. Nuevos debates sobre el juzgamiento de crímenes de lesa humanidad en Argentina.* Buenos Aires: Siglo XXI editores, CELS y Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ)

Gargarella, R. (1997) *Crisis de la representación política*. México: Fontamara

Guzmán, Nicolás (2008) «El neopunitivismo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos un pronóstico incierto para el ne bis in idem» en Pastor, D. y Guzmán N. *Neopunitivismo y neoinquisición. Un análisis de políticas y prácticas penales violatorias de los derechos fundamentales del imputado*. Buenos Aires: Ad-Hoc

Hilb, C. (2013) «Cómo fundar una comunidad después del crimen», Discusiones XII, 1. Disponible en: http://www.cervantesvirtual.com/obra/num-12-ano-2013/

Malamud Goti, J. (2012) «Terrorismo de estado y la cuestión de la memoria» en Puente Democrático, Año X, Número 37.

Iosa, J. (2012) «¿Es justa la demanda de cárcel efectiva para los represores mayores de setenta?» en InDret, 3.

Loraux, N. (2008). *La ciudad dividida. El olvido en la memoria de Atenas.* Buenos Aires: Katz.

Martí, J.L. (2006) «The Epistemic Conception of Deliberative Democracy Defended. Reasons, Rightness and equal Polity» en Martí, J.L. y Besson, S. (2006) *Deliberative Democracy and its Discontents*. Hampshire: Ashgate.

Negri, T. (2007) «El Poder constituyente» (conferencia dictada en Sucre, 3 de Agosto de 2007, Auditorio de la Biblioteca y archivos nacionales).

Nino, C.S. (1999) *Juicio al mal absoluto.* Buenos Aires: Ariel.

Pastor, D. (2007)»¿Procesos penales sólo para conocer la verdad? La experiencia argentina». En Eiroa P. y Otero, J. (comps.) (2007) *Memoria y derecho penal.* Buenos Aires: Fabián J. Di Plácido Editor

Pastor, Daniel (2011) «Los fundamentos apócrifos de una imprescriptibilidad selectiva (o la prescriptibilidad penal como garantía de seguridad jurídica)» en AAVV *Derecho Penal y Democracia. Desafíos actuales. Libro Homenaje al Prof. Dr. Jorge de la Rúa.* Lerner: Córdoba

Roxin, C. (2010) «Zur neueren Entwicklung der Rechtsgutdebatte» en Neumann, U. y Herzog, Felix (eds.) *Festschrift für Winfried Hassemer.* Alemania: Müller

Sancinetti, M (1988). Derechos humanos en la argentina postdictatorial. Buenos aires: Lerner editores asociados.

Zaffaroni, E. (2000) «Notas sobre los fundamentos de imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad» Nueva Doctrina Penal, 2000/B. 437-446

Ziffer, P. (2005). «El principio de legalidad y la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad» en Baigún, D. et al *Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier.* Buenos Aires: Editores del Puerto

Otras referencias

CELS (2012) «Estadísticas de los juicios por los crímenes de lesa humanidad en Argentina». Disponible en: http://www.cels.org.ar / common/documentos/Anexo-estad%C3%ADsticas-juicios.pdf

Reflexiones en torno a los fundamentos éticos y políticos de la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad

por Daniela Domeniconi

Escribir poesía después de Auschwitz
es un acto de barbarie
Theodor Adorno

Resumen
El trabajo intenta demostrar que la aplicación del instituto de la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad cometidos durante la última dictadura militar se encuentra justificada tanto jurídica como moralmente. La idea central es que la gravedad inusitada de este tipo de hechos, que eminentes filósofos morales de nuestra época no han dudado en calificar como «mal radical» (Nino, 1996; Arendt, 1956), justifica el abandono del principio de legalidad estricto para estos casos. Demostraré la hipótesis enunciada a partir de dos enfoques: el primero consistirá en revisar los fundamentos de la prescripción penal en los delitos comunes para luego determinar la imposibilidad de traspolarlos al caso bajo análisis. En segundo lugar, se analizará la aplicación del instituto sobre la base del «*ius cogens*» para encontrar en él los fundamentos morales a los que apela la Corte en los fallos por los delitos de lesa humanidad.

Palabras clave: Delitos de lesa humanidad, imprescriptibilidad, *Ius cogens*.

I. El problema de la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad en Argentina

He tomado bajo análisis el caso de la imprescriptibilidad ya que considero que es probablemente el tema más controvertido en los jui-

cios por los delitos de lesa humanidad en la Argentina, por su necesaria conexión con la retroactividad de la ley penal. Entonces, analizado y solucionado este problema, no debería haber inconvenientes en su extrapolación para el análisis de otras figuras legales utilizadas por los jueces en el juzgamiento de dichos delitos.

¿Por qué, el tema de la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, presenta un problema? Si el art. 1 de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad adoptado por la Asamblea General de la ONU en 1968 cataloga como imprescriptibles a los crímenes contra la humanidad, ¿cuál es el problema entonces? Y es aquí donde ingresa la cuestión de la *retroactividad* de la ley penal. La convención citada afirma en el mismo artículo que dichos crímenes son imprescriptibles «cualquiera sea la fecha en que fueron cometidos», de lo que se seguiría que no es relevante que se hayan cometido antes o después de la existencia del tratado, ya que sólo por el hecho de ser delitos incluidos en dicha convención, hayan sido cometidos en tiempos de guerra o incluso de paz, son de por sí imprescriptibles, independientemente de los condicionantes formales tales como la época de comisión de los delitos. Esto parece bastante claro. Sin embargo, es de destacar que la Argentina aprobó dicha convención recién en el año 1995, entrando la misma en vigor en el año 1996, y con jerarquía constitucional luego de la sanción de la ley 25.778 del 3/9/2003 que le otorgara dicho rango[1]. De todos modos, es un punto controvertido determinar desde qué momento obtuvo dicha Convención la jerarquía constitucional, puesto que desde la doctrina y la jurisprudencia se sostuvo que la reforma de 1994 le dio rango supra legal a los tratados y convenciones internacionales, pero en virtud de una jerarquía constitucional *previa* ya presente en los precedentes jurisprudenciales de la Corte.[2] Frente a este panorama, las

---

[1] Se le otorgó rango constitucional haciendo uso de la facultad contenida en el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional de 1994: «Los demás tratados y convenciones sobre Derechos Humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de jerarquía constitucional».

[2] Esta doctrina de la superioridad de los Tratados internacionales con respecto a las

acciones delictivas cometidas por el gobierno *de facto* argentino desde 1976 hasta 1983 (torturas, asesinatos, desaparición forzada de personas, secuestro de bebés, etc.) parecerían no encajar dentro del espectro de posibilidades de juzgamiento por parte de los tribunales nacionales, puesto que por el principio constitucional de legalidad (art. 18 de la Constitución Nacional) estaría vedada la aplicación retroactiva de la ley posterior, a menos que sea más favorable para el imputado; lo que, claramente, no constituye el supuesto del caso analizado.

Entonces, dadas estas condiciones, ¿cómo es procedente la aplicación de la imprescriptibilidad sin violar el principio *nulla poena sine lege*? Podría darse respuesta a este interrogante de un modo estrictamente jurídico, por un lado, y por otro, del modo que han elegido, por lo general, los distintos tribunales internacionales, nacionales, y sobre todo la CSJN para resolver estas cuestiones: la apelación a la costumbre y las normas imperativas que derivan de los principios *ius cogens* del Derecho Internacional, identificando a estos principios con principios morales preexistentes como Derecho de Gentes. Este segundo supuesto será analizado en el apartado III. Entonces, volviendo al fundamento estrictamente jurídico acerca de la aplicación retroactiva de la imprescriptibilidad, bien puede recordarse que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados[3] proclama en su art. 28: «Las disposiciones de un tratado no obligarán a una parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa parte ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir, *salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo*». Pues bien, de aquí podríamos extraer la siguiente conclusión: al dejar abierta la Convención de Viena

leyes fue sostenida por la CSJN en el caso «Ekmekdjian v. Sofovich», arguyendo que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados confiere primacía al derecho internacional *convencional* por sobre el derecho interno. Corte Sup., 1992, Fallos 315:1492. Esta doctrina fue ratificada luego en casos posteriores como «Fibraca» (1993), «Hagelin» (1993) y «Cafés la Virginia» (1994).

[3] La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados fue suscrita en 1969 y ratificada por la Argentina en 1972, entrando la misma en vigor el 27 de enero de 1980.

una vía para que se juzguen actos o hechos realizados con anterioridad a la entrada en vigencia de los tratados dependiendo de la «intención» del tratado en cuestión, y entendiendo que la Convención sobre Imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad tiene la *clara* intención de que sus efectos se retrotraigan en el tiempo a la fecha de la comisión de los actos delictivos (como ya se explicó al analizar el art.1° de la convención) siempre que estos fueran crímenes contra la humanidad, podríamos luego concluir que habría una vía legal internacional para sortear el obstáculo temporal en el plano de los delitos de lesa humanidad, y, además dado que ningún país —según el 27 de la Convención de Viena— podrá invocar las disposiciones de derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado, entonces, estaríamos habilitados a decir que la retroactividad en el caso de los DLH prevalece, jurídicamente, sobre el principio de legalidad del art.18.

El argumento aquí expuesto es coherente, mas pareciera que no suficiente, ya que bien cabría la objeción de quien afirmara que si bien la Convención de Viena permite el juzgamiento de ciertos delitos de forma retroactiva siempre y cuando otro tratado expresamente lo dijera, y visto que la Convención sobre la imprescriptibilidad de los DLH expresamente aclara que es su intención, aún así nos toparíamos con el obstáculo de que la Convención de Viena haya entrado en vigor en 1980. Frente a esto cabe preguntarse, ¿la Convención de Viena al abrir la vía de la posibilidad de aplicación retroactiva de otros tratados, incluye entre esas posibilidades la de una posible aplicación a hechos cometidos antes de la entrada en vigencia de ella misma? Es decir, ¿podrían retrotraerse los efectos de un tratado posterior, habilitado por la Convención de Viena, a una época donde no estaba en vigencia la Convención que habilita dichos efectos? Ante este dilema hay dos posibles respuestas. La primera opción sería sostener que no es posible, por lo que en todo caso, sus efectos (incluyendo los «efectos cascada» con respecto a los tratados posteriores) se limitarían al momento de entrada en vigor el tratado; de lo que resultaría que para el caso concreto de Argentina sólo pudiéramos considerar como imprescriptibles aquellos delitos cometidos desde enero de 1980, dejando impunes cuatro años de comisión de crímenes contra la humanidad. Claramente esa no es

una opción satisfactoria. La otra posible respuesta sería que una vez habilitada la vía para dejar de lado el requisito de existencia de una *lex praevia* gracias a la Convención de Viena, ya no importaría si los efectos del tratado habilitado como consecuencia de aquélla no estaban aún en vigor. Esta opción me parece endeble, además de insuficiente, puesto que estaríamos ante una posible falacia de petición de principio. Para sortear todos estos problemas netamente jurídicos, —problemas éstos que según ha dicho la CSJN deben dejar de lado meros «formalismos estrictos» en virtud de cumplir de manera debida las obligaciones asumidas a través de los tratados internacionales de derechos humanos, eliminando todo aquello que pudiera constituir un impedimento normativo para avanzar en la investigación y punición de los crímenes de lesa humanidad[4]— prestando especial atención a la fundamentación de los Tribunales que han utilizado dichos tratados, y teniendo en cuenta condiciones externas a las estrictamente positivas, es que se podrá encontrar una solución más convincente, satisfactoria, completa y contundente.

II. Sobre la Prescripción en el Derecho Penal

El primer problema a atender, y que será de fundamental importancia para comprender los fundamentos de la imprescriptibilidad, es uno de los temas más discutidos en la doctrina penal: la naturaleza jurídica de la prescripción. A pesar de la falta de unanimidad doctrinaria al respecto, podemos esbozar una primera definición —mayoritariamente aceptada por los juristas— sin ahondar en el tema de su naturaleza y es la que la define como «una causa de extinción de la pretensión punitiva estatal que opera por el mero transcurso del tiempo tras la comisión del delito» (Baigún y Zaffaroni, 2002, 653). Cuando comenzamos a indagar acerca de los fundamentos que han hecho al legislador incorporar al Código Penal un instituto tal como la prescripción penal, es que encontramos los primeros desacuerdos doctrinales.

---

[4] Voto de la jueza Highton de Nolasco en el fallo «Simón».

En un primer intento de esclarecimiento, Soler nos dice que la prescripción tiene diversos fundamentos, y menciona entre ellos a) el simple transcurso del tiempo; b) la desaparición de los rastros y efectos del delito; c) la presunción de buena conducta; d) el olvido social del hecho, etc. (Soler, 1952, 510) Por otro lado, la opinión al respecto de Núñez, quien afirma que:

> La prescripción se funda en la destrucción por el transcurso del tiempo de los efectos morales del delito en la sociedad: extingue la alarma social ante el delito y la correlativa exigencia de que se lo reprima, que es lo que constituye el fundamento político de la pena. (Núñez, 1975, 243)

Vemos entonces que para Núñez lo relevante al hablar de prescripción son los efectos morales del delito en la sociedad, lo que me lleva a preguntar: ¿qué sucedería entonces en el caso en que la alarma de la sociedad frente a cierto tipo de delitos no se haya extinguido? Aceptando a modo de hipótesis de trabajo que en la sociedad argentina de hoy, aún no se haya podido eliminar el efecto moral de los delitos cometidos en la última dictadura, ¿podemos decir que estamos habilitados a pasar por alto el hecho —meramente— formal de que la Argentina haya ratificado la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad recién en el año 1995, a pesar de que el mismo estaba vigente internacionalmente desde 1968 como una norma imperativa del Derecho Internacional? Con esto quiero decir ¿es —o debiera ser— relevante el momento formal (esto es, el momento jurídico-normativo de la ratificación de la Convención) en detrimento de los fundamentos ético políticos de la necesidad de su existencia, si aceptamos *a priori* que el fundamento mismo del instituto de la prescripción es moral y político? Si aceptamos esta tesis, ¿podríamos estar ante una especie de regla moral que nos permita una relectura de la aplicación de la imprescriptibilidad por parte los tribunales argentinos? Y, aceptado todo esto, ¿podría la justificación aportar a una fundamentación moral de tipo racional de las normas? Si esto se comprueba, ¿podríamos decir que habría criterios intersubjetivamente obligatorios que nos permitan distinguir en-

tre enunciados morales verdaderos y falsos, y que todo esto tenga relevancia jurídica?

Si la empresa teórica que propongo a raíz todas aquellas inquietudes es exitosa, se podrá solucionar el problema acerca de si del Derecho Internacional no contractual obligaba al Estado argentino a observar el principio de imprescriptibilidad en la época en que lo delitos de lesa humanidad fueron cometidos, incluso siendo éstos posteriores a la ratificación por parte del Estado argentino de las convenciones que refieren al tema.

Para realizar mi análisis partiré de las siguientes premisas:

1. El mero hecho del paso del tiempo no es la justificación ni el fundamento de la prescripción; sino una condición para que ella se aplique en el caso concreto.
2. El fundamento de la prescripción es de orden moral.
3. La imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad es *la* excepción al caso de la prescripción común.
4. Los fundamentos de la imprescriptibilidad son resultado de una moral que podemos llamar «objetiva».
5. Dichos fundamentos son de una importancia tal que trascienden las leyes en sentido estricto (*lex praevia, stricta, certa, scripta)*

Como he afirmado en la premisa 1 el mero hecho del transcurso del tiempo no opera como fundamento de liberación de la persecución del Estado por la comisión de un hecho delictivo, sino que lo decisivo para determinar la naturaleza de la prescripción es que «el trascurso del tiempo, como 'hecho jurídico negativo', produce una extinción o cese —por parte del Estado— sobre la relación jurídica sustancial que habilita la imposición de la pena cuando a juicio del legislador la no aplicación de la misma produce más ventajas que inconvenientes, por razones de política criminal o justicia material de 'certeza'», como afirma Romero Villanueva (Romero Villanueva, 2008, 15). Además, hace notar el autor que la limitación temporal de la perseguibilidad estatal está en fundamental armonía con la *convicción jurídica popular*.

Sumado a que, según la doctrina de la Corte Suprema, «la garantía de la defensa en juicio no requiere que se asegure al acusado la exención de responsabilidad por el sólo transcurso del tiempo».[5]

Vemos entonces cómo cuando hablamos de la prescripción penal común siempre se hace necesaria referencia como fundamento o justificación a los efectos morales del delito (Núñez), al olvido social del mismo, al cese del interés social por su castigo (Carrara, 1972, 182) o a la utilidad/inutilidad del castigo de cierto delito cometido hace cierta cantidad de tiempo, hecho que hace presumir que *por ello* se ha agotado la necesidad social de castigarlo; mas con esto no debemos entender que el mismo paso del tiempo constituye la razón por la cual los delitos prescriben. Ahora bien, el simple paso del tiempo sí constituye un requisito procesal formal para la viabilidad de la prescripción, y además, una sanción a la Administración de Justicia por no actuar a tiempo y no respetar así el debido proceso; pero no debe identificarse un mero presupuesto de viabilidad o condición de eficacia con la causa que da lugar a la prescripción de los delitos.

Hecha esta distinción conceptual, creo que es más sencillo entender la premisa 2, acerca de por qué aseguro que el instituto de la prescripción tiene una fuerte impronta moral, que luego se traduce en su implementación material, pero que no se agota en ser simplemente un obstáculo procesal a la respuesta punitiva del Estado, sino que es un dispositivo legal que responde a cierta orientación de la política criminal de un Estado *en pos* de cuantificar la importancia de la persecución penal de ciertos delitos con respecto a otros. El más claro ejemplo de esto sería que algunos delitos (i.e. los tipificados por el Estatuto de Roma y los establecidos en la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad) hayan alcanzado el «rango» de imprescriptibilidad absoluta, objetiva y retroactiva, siempre que se acreditaren las características de los delitos tipificados.

Desde el punto de vista de los sujetos sobre quienes recae, puede sostenerse que las personas imputadas por delitos comunes tienen el

[5] «Sapina y Armani S.R.L c. Impuesto Internos». 20/9/48. (CSJN-Fallos, 211:1699)

derecho a no estar sometidas de por vida a la eventual posibilidad del inicio de una acción penal, y por ello de la garantía procesal de que no serán perseguidas *in eternum* por la Administración de Justicia.

A menos que aceptemos una teoría retribucionista del castigo penal, bien podemos afirmar, junto con Beccaria, que:

> (…) Es importante que no quede impune ningún delito manifiesto, pero es inútil delatar a quien haya cometido un delito que está sepultado en las tinieblas. Un mal ya realizado, y para el que no hay remedio, no puede ser castigado por la sociedad política más que cuando influya sobre los demás con la seducción de su impunidad (…) los delitos menores y oscuros deben quitar con la prescripción la incertidumbre de la suerte de un ciudadano. (Beccaria 1987, 22) [6]

Se retomará más adelante esta cuestión que trae a colación Beccaria acerca de la relación impunidad/castigo y la gran significación e importancia simbólica que estos conceptos han logrado en la Argentina actual a raíz de los delitos de lesa humanidad no juzgados, o juzgados pero luego indultados, y su rol en la petición de castigo o justicia efectiva por parte de la sociedad.

Las premisas siguientes pueden ser abarcadas conjuntamente, ya que simplemente quieren explicar que la imprescriptibilidad no es conceptualmente contraria a la prescriptibilidad, sino que es simplemente la excepción a una regla. Al decir que la imprescriptibilidad es una excepción a la prescripción estamos diciendo que éste caso exceptúa a la regla, pero que consideramos esa regla válida, verdadera y cierta. Acerca de por qué afirmé que los delitos de lesa humanidad son *la* excepción al caso, creo que no necesito ahondar demasiado, ya que junto con los crímenes de guerra son los únicos que han sido internacionalmente catalogados como no susceptibles de prescribir por el paso del tiempo.

---

[6] Citado por: Romero Villanueva, Op. Cit., pág 33.

Las premisas 4 y 5 quedarán demostradas al final del trabajo, como consecuencia de la caracterización de los fundamentos que utiliza la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la resolución de los casos por delitos de lesa humanidad.

III. Los fundamentos de la CSJN en la consideración de los delitos de lesa humanidad

Cabe contextualizar, primero, un detalle no menor que rodeó a la sanción de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad, y es, precisamente, que nació para aplicarse retroactivamente, a saber, para juzgar los delitos ya cometidos en la Alemania nazi. Esta consideración fue hecha por la jueza Argibay en el caso «Simón»[7] al sostener que:

> (...) tampoco puede omitirse la aplicación de la Convención sobre Imprescriptibilidad cuando ella es retroactiva, si se tiene en cuenta que fue dictada con la manifiesta intención de tener dicho efecto retroactivo (el objetivo inmediato fue el de remover el obstáculo que suponían las leyes nacionales sobre prescripción para el juzgamiento de crímenes cometidos durante el régimen nazi que gobernó Alemania entre 1933 y 1945)» (consid. 18).

El caso «Simón Julio H. y otros» tuvo como resultado un fallo en el que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por mayoría, no sólo declaró la inconstitucionalidad de las leyes de Obediencia Debida y Punto Final para quien hubiere sido condenado por delitos de lesa humanidad, sino que también sostuvo que correspondía aplicar el principio de imprescriptibilidad de los delitos en cuestión, en virtud tanto del derecho internacional consuetudinario como de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad. ¿Cómo resolvió argumentativamente la Corte en diversos momen-

[7] «Corte Sup. 14/6/2005, «Simón, Julio y otros».

tos, la cuestión de la aplicación de una ley *ex post facto*, pero con jerarquía constitucional?

Sobre el tema el juez Belluscio en el caso «Arancibia Clavel»[8], previo al caso «Simón», sostuvo que:

> (…) con respecto al principio de imprescriptibilidad en cuanto rotunda exhortación desde el plano internacional, el Estado argentino ha demostrado encontrarse absolutamente comprometido a partir de la sanción de la ley 24.584, del 29 de noviembre de 1995, por la que aprobó la Convención sobre la Imprescriptibilidad (…), así como también la sanción de la ley 25.778, el 3 de septiembre de 2003, que la incorporó con jerarquía constitucional (…) y es claro que de este modo la reglas de jerarquía inferior sobre prescripción de la acción penal previstas en el ordenamiento jurídico interno (art 62 del Código Penal), han quedado desplazadas por la mencionada Convención» (consid. 12)

En la misma línea argumentativa encontramos el voto del juez Fayt en el caso «Simón»[9].

---

[8] «Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/homicidio calificado y asociación ilícita y otros-causa 259». En su análisis sobre el caso Alejandro Morlachetti resume los hechos: «Arancibia Clavel formaba parte de un grupo destinado a perseguir, reprimir y eliminar en forma sistemática a opositores políticos de la dictadura imperante en Chile, facilitando y apoyando la comisión de delitos del grupo que operaba dentro del territorio argentino, y que abarcó la comisión de homicidios, desapariciones forzadas y tormentos, y la comisión de homicidio agravado por el uso de explosivos y con el concurso premeditado de más personas». MORLACHETTI, Alejandro, «*El caso 'Arancibia Clavel'. Principio de legalidad e imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad. ¿Una nueva exégesis del art. 18 C.N*?», JA 2005-II-1001

[9] Vemos una gran coincidencia entre el voto de Fayt y Belluscio. Voto del Dr. Fayt en «Simón, Julio H y Otros». Corte Sup., 14/6/2005 «...Que con respecto al principio de imprescriptibilidad -en cuanto rotunda exhortación desde el plano internacional-, el Estado argentino ha demostrado encontrarse absolutamente comprometido a partir de la sanción de la ley 24.584, del 29 de noviembre de 1005, por la que aprobó la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los..., así como también con la sanción de la ley 25.778, del 3 de septiembre de 2003, que la

A partir de las consideraciones citadas, se deriva que es clara y no hay dudas acerca de la superioridad de la Convención por sobre el derecho interno, y de la legitimidad del derecho internacional contractual al cual Argentina se obligó mediante la suscripción de la Convención. Ahora bien, subiste aún el problema de la incompatibilidad de la aplicación de la Convención con el principio *nullum crimen nulla poena sine lege praevia* como principio constitucional innegable derivado del art. 18. Veamos cómo solucionaron los jueces el dilema.

En el mismo caso «Arancibia Clavel», en la consideración 28, los jueces Zaffaroni y Highton de Nolasco afirmaron que:

> Esta Convención sólo afirma la imprescriptibilidad, lo que importa el reconocimiento de una norma ya vigente (*ius cogens*) en función del derecho internacional público de origen consuetudinario. De esta manera, no se fuerza la prohibición de irretroactividad de la ley penal, sino que se reafirma un principio instalado por la costumbre internacional, que ya tenía vigencia al tiempo de comisión de los hechos.

En el caso «Arancibia» los votos que componen la mayoría (Zaffaroni, Highton de Nolasco, Petracchi, Boggiano, Maqueda) destacan que el fallo era consecuente con la doctrina adoptada por la Corte en el precedente «Priebke».[10] En dicho caso, la Corte concedió, en 1995, la extradición de Priebke a Italia, afirmando que los principios referidos a los delitos contra el Derecho de Gentes formaban parte del derecho

---

incorporó con jerarquía constitucional. Es claro que de este modo las reglas de jerarquía inferior sobre prescripción de la acción penal previstas en el ordenamiento jurídico interno (art 62 del Código Penal) han quedado desplazadas por la mencionada Convención» (consid 40)

[10] En el caso «Priebke» la República de Italia solicitó la extradición de un ex militar alemán, con el fin de someterlo a proceso por su posible participación en el hecho conocido como la matanza de las Fosas Adreatinas ocurrido el 24 de marzo de 1944, en el cual habrían perdido la vida 335 ciudadanos italianos. Ese pedido arribó a la Corte Suprema en virtud del recurso ordinario de apelación interpuesto contra la sentencia de Cámara que revocó el fallo de primera instancia que había concedido la extradición. El Tribunal, por mayoría, revocó la sentencia, haciendo lugar a la solicitud.

interno argentino, y como tales eran imprescriptibles. Ahora bien, resulta extraño, o al menos novedoso, el argumento de que los delitos de lesa humanidad formaran parte del derecho interno argentino en aquel entonces. ¿A qué se referían los jueces de la Corte? Pues bien, la mayoría de la CSJN consideró en dicho fallo que los principios del derecho de gentes ingresaban a nuestro sistema normativo interno a través del art. 118 de la Costitución Nacional y con ello sostuvo que los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra encuadraban en esta categoría, y eran, por eso, imprescriptibles. El dato relevante que aporta el caso «Priebke» es la aclaración doctrinal de la Corte en materia de derecho penal internacional y su relación con el derecho imperativo, derecho de gentes, o *ius cogens:*[11]

> «(…) Que, en las condiciones descriptas, los crímenes de guerra cuya perpetración se imputa a Priebke, configuran delitos de lesa humanidad integrados con elementos de genocidio (…) que los órganos relevantes del Estado Argentino, tanto para la conducción de la relaciones exteriores como para la aceptación de los tratados, han expresado su voluntad en sentido coincidente con los principios del *ius cogens*» (votos jueces Nazareno y Moliné O'Connor, consideraciones 75 y 77)
>
> «La calificación de los delitos contra la humanidad no depende de la voluntad de los Estados requirente o requerido en el proceso de extradición, sino de los principios del *ius cogens* del derecho internacional» (votos jueces Boggiano, López y Fayt consideraciones 4 y 5).

---

[11] Si bien en el caso «Arancibia» se menciona «Priebke» como el antecedente sobre el tema de las normas imperativas del derecho de gentes, es de notar que el caso «Schwammberger» (C.Fed. La Plata, sala III penal, 30/8/1989) aparece como el primer precedente que registra nuestra jurisprudencia en el cual se sostuvo que el art 102 (art 118 luego de la reforma de 1994) de la C.N implica el reconocimiento de la plena vigencia en nuestro orden interno de las normas referidas a crímenes contra el derecho de gentes, concluyendo con esto que para dichos casos no tiene estricta aplicación el principio *nullum crimen nulla poena sine previa lege*. Cfr. con: MORLACHETTI, Alejandro: *Imprescriptibilidad de los Crímenes de Lesa Humanidad*, en: Romero Villanueva: Prescripción Penal, op.cit. Pp 182, 183

Estas consideraciones acerca de la relación entre derecho interno y *ius cogens* fueron retomadas por la Corte en los casos «Arancibia» y «Simón», siendo éste último el fallo más claro y contundente sobre el tema. En él, la mayoría de la CSJN sostiene que la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico interno de la Convención de Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad y de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas[12] ha representado únicamente la *cristalización* de principios ya vigentes para nuestro país en virtud de normas imperativas del derecho internacional de los Derechos Humanos.

Así Highton de Nolasco votó:

> Que los hechos contemplados en las leyes 23.492 y 23.521 eran considerados crímenes contra la humanidad por el derecho internacional de los derechos humanos vinculante para la Argentina, *con antelación a su comisión*, de lo que se deriva como lógica consecuencia la inexorabilidad de su juzgamiento y su consiguiente imprescriptibilidad. (consid. 32)

y luego Lorenzetti:

> (…).no hay una violación del principio *nulla poena sine lege*, en la medida en que los crímenes de lesa humanidad siempre estuvieron en el ordenamiento y fueron reconocibles para una persona que obrara honestamente conforme a los principios del Estado de Derecho. (consid. 30)

Por último Zaffaroni:

---

[12] Que declara en su art. 7: «La acción penal derivada de la desaparición forzada de personas y la pena que se imponga judicialmente al responsable de la misma no estarán sujetas a prescripción. Sin embargo, cuando existiera una norma de carácter fundamental que impidiera la aplicación de lo estipulado en el párrafo anterior, el período de prescripción deberá ser igual al del delito más grave en la legislación interna del respectivo Estado Parte»

> Esta convención según entendió esta Corte Suprema en la causa 'Arancibia Clavel' no hace imprescriptibles crímenes que antes eran prescriptibles, sino que se limita a codificar como tratado lo que antes era *ius cogens* en función del derecho internacional público consuetudinario, siendo materia pacífica que en esta rama jurídica, la costumbre internacional es una de sus fuentes. En consecuencia, la prescripción establecida en la ley interna no extinguía la acción penal con anterioridad a esa ley y, por tanto, su ejercicio en función de la misma no importa una aplicación retroactiva de la ley penal»

Como es de notar, los votos en mayoría de la CSJN en reiterada doctrina, pero sobre todo en el caso «Simón» parecen fundar la posibilidad de una aplicación retroactiva de la imprescriptibilidad en principios consuetudinarios de carácter internacional *ius cogens*, que estaban de algún modo «latentes» en el ideario de los diferentes Estados luego de la Segunda Guerra Mundial. Al haber descartado en el segundo apartado los argumentos estrictamente formales, bien cabe ahora analizar, para llegar a una argumentación más concluyente, los argumentos éticos, morales, y políticos que *efectivamente* han estado utilizando los jueces del país para resolver las causas atinentes a delitos de lesa humanidad. ¿Por qué hago hincapié en lo que efectivamente está sucediendo en el ámbito judicial de toma de decisiones? Precisamente porque el presente trabajo busca encontrar una explicación sobre lo dado, es decir, realizar un razonamiento del tipo: visto que nuestros jueces aplican «cierta cosa» que parece tener un trasfondo indiscutible y casi natural de moralidad compartida intersubjetivamente, intentemos explicar este fenómeno, y no las lógicas probables de otros mundos. Esta aclaración pretende adelantarse a posibles críticas desde el escepticismo y el relativismo moral, que no vienen al caso puesto que, en este trabajo, se sostiene *ab initio* que la argumentación moral es posible (como de hecho se ve en los fundamentos de la CSJN) y que ésta puede darse si, y sólo si, aceptamos la existencia de ciertos principios morales como fuente de derecho. Ahora bien, ¿qué principios?

IV. *Ius Cogens*, o principios del derecho internacional

¿Qué hay detrás de esta figura, o regla a la cual parecen acudir constantemente los jueces para fundamentar las sentencias en los casos por delitos de lesa humanidad? ¿Qué quieren decir los jueces cuando hablan de que la Convención sobre la Imprescriptibilidad sólo vino a cristalizar principios ya vigentes en nuestro país en virtud de normas internacionales? ¿Se explica todo esto solamente con la apelación al *ius cogens*? Antes, cabe entender qué vendría a ser exactamente esta figura.

El *ius cogens* está definido en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados como el conjunto de normas imperativas de derecho internacional general, establecidas por la comunidad internacional de Estados en su conjunto. La función del *ius cogens* es «proteger a los Estados de acuerdos concluidos en contra de algunos valores e intereses generales de la comunidad internacional de Naciones en su conjunto, para asegurar el respeto de aquellas reglas generales de derecho cuya inobservancia puede afectar la esencia misma del sistema legal».(Brownlie 1985, 512-514). En la opinión consultiva requerida por la Asamblea General acerca de las Reservas de la Convención para la Prevención y Represión del Delito de Genocidio, la Corte Internacional al expedirse sobre la primera cuestión planteada, respondió al interrogante de en qué medida pueden efectuarse reservas a la Convención, en los siguientes términos:

> La Convención de Genocidio tiene por objeto prohibir las destrucciones de grupos humanos. Los principios que informan su contenido son reconocidos por las naciones civilizadas como *obligatorios*, aún sin vínculo convencional alguno, lo cual da a esta Convención la mayor universalidad posible. (Ecueil, 1951) (Pagliari, 2007, 66).

En la fundamentación del relator especial de la ONU se va más allá y se afirma que la Convención sobre la Imprescriptibilidad es «de carácter simplemente declarativo (…) las infracciones a que se refiere, al constituir crímenes contra la naturaleza, son imprescriptibles cual-

quiera sea la fecha en que se hayan cometido»[13]. Se explica además, que la palabra «afirmar» que utiliza el Preámbulo de la Convención sirve como muestra de que el principio de imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad ya existía en el derecho internacional, y que la adopción de la Convención sobre Imprescriptibilidad es el resultado de un consenso logrado para consagrar convencionalmente un principio cuya existencia ya venía siendo reconocida en el derecho internacional.[14]

Citando otro ejemplo en donde se apele a estos principios del derecho internacional podemos hablar del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, que establece una *expresa excepción* al principio de irretroactividad de la ley penal, basándose en el *ius cogens*. Reza el art 15 (inc. 2) «Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional». Con este argumento de los principios del derecho internacional *ius cogens* es que los tribunales internacionales también han podido dar cabida a diversas causas, a saber, el caso de Eichmann bien relatado por Hannah Arendt (Arendt, 1999) en donde la corte Israelí rechazó el argumento de la defensa acerca de la aplicación retroactiva de la norma, con el fundamento de que los crímenes cometidos constituían ya graves ofensas contra el derecho internacional (*Law of Nations*). Otro caso dable de traer a colación es «Barbie»[15] (1987) donde también se rechazó la defensa de la norma

---

[13] Informe sobre el Proyecto de Código de Crímenes Contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, documento de Naciones Unidas A/CN.4/398, del 11 de marzo de 1986, párrafo 172)

[14] Cfr. con: Preámbulo de la Convención sobre Imprescriptibilidad de 1968.

[15] Klaus Barbie Altmann fue un alto oficial de las SS y de la Gestapo durante el régimen nazi, que estuvo involucrado en numerosos crímenes de guerra y de lesa humanidad durante la Segunda Guerra Mundial, especialmente en Francia. Salvado de la detención por los servicios secretos estadounidenses y las Ratlines, con los que Barbie colaboró, se refugió posteriormente en la Argentina. Barbie luego abandonó el país y se escondió en Brasil donde colaboró con las dictaduras militares de ese país. Fue finalmente expulsado a Francia, donde fue juzgado y condenado a cadena perpetua en 1987.

posterior, entendiendo que el Estatuto del Tribunal de Nuremberg era sólo declarativo de derecho internacional, y por lo tanto, no constituía una ley *ex post facto*.

Vemos entonces que es innegable que algo sucede a nivel internacional, que no puede eludirse desde el derecho interno. ¿Pero, en concreto, qué es? ¿es ley? ¿o es fuente de derecho? Los internacionalistas responden diciendo que los principios *ius cogens* del derecho internacional son:

> Principios propios de la disciplina, relacionados con los principios generales del derecho con base en la particular *naturaleza de la realidad social* internacional considerada. La noción de «principio» se basa en las ideas de *elemento esencial* y condición imprescindible de sus derivaciones normativas, origen y causa de su existencia. Los 'principios' son reglas superiores a las positivas que se concretan mediante la expresión de voluntades subjetivas a las que sirven de fuente y fundamento» (Pagliari, 2007, 70)

Entre los internacionalistas, al menos, parece no haber discrepancias sobre el status de los principios *ius cogens* como fuente de derecho, pero además como fundamento superior a las leyes positivas. El internacionalista Andrea Bianchi, por ejemplo, sostiene que el *ius cogens* es de alguna forma el resultado de la materialización de las aspiraciones morales de la ley en el derecho internacional.[16] El autor afirma también que el *ius cogens* ha producido una figura de una fuerza moral sin precedentes, que impone legalmente una escala de valores y aspiraciones compartidas, aplicables globalmente. El *ius cogens* al que apelan los tribunales nacionales e internacionales, asimismo, muestra un carácter imperativo, «natural y esencial», que respeta y hace respetar «los principios de las naciones civilizadas» y que son reconocidos por cualquier persona «que obrara honestamente conforme a los principios del

[16] «The inner moral aspiration of the law thus materialized in international law with the advent of jus cogens» BIANCHI, Andrea (2008) «Human Rights and the Magic of Jus Cogens», en T*he European Journal of International Law* Vol. 19 no. 3 EJIL 2008.

Estado de Derecho». ¿Qué análisis nos merecen estos argumentos a los que apelan quienes toman, efectivamente, decisiones judiciales? Y es aquí donde creo que la única explicación satisfactoria que podemos encontrar es la que presenté en las premisas 4 y 5 y responde a un análisis más bien filosófico que jurídico: la objetividad de la moral.

V. ¿Es posible hablar de una moral social objetiva cuando hablamos de la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad?

Luego de la exposición de toda la serie de argumentos *morales* que utilizan los jueces para fundamentar sus decisiones *jurídicas,* se buscará encontrar una explicación plausible al problema moral implicado aquí. No es tarea sencilla puesto que es una idea generalmente rechazada (sobre todo por escépticos, relativistas y nihilistas) que pueda haber algo así como una moral objetiva. Lo que planeo demostrar es que si esto no existiera, no se podría —al menos con un grado de aceptación generalizado— hablar de principios *ius cogens* del derecho internacional que fundamenten las decisiones de los jueces. Reitero la idea: esto no implicará decir que el fundamento moral de los juicios en Argentina deban ser los principios imperativos del derecho internacional, sino que, visto que los jueces apelan a ellos para resolver las causas por delitos de lesa humanidad, trataré de encontrar a qué principios morales remiten aquéllos.

Creo que la solución del problema puede venir de la mano del concepto de «*mal absoluto*» utilizado por Nino (Nino, 1996) tomado a su vez de Arendt, quien lo reinterpreta de Kant[17]. Para Arendt, este concepto venía a significar algo totalmente nuevo: una forma inédita de perversidad que estaba alejada de lo que Kant llamó el mal radical. El concepto que ella introduce en su libro *Eichmann en Jerusalén* busca conceptualizar algo que la humanidad no había conocido hasta enton-

[17] Siguiendo la ética kantiana el mal radical es la propensión de la razón a desatender los imperativos morales de la razón, es decir hacer mal algo cuando se sabe moralmente que obrar así está mal, y se hace además de una forma reiterada, desobedeciendo conscientemente la orden que marcada por el Imperativo Categórico.

ces: la perversidad en su peor forma; una maldad tal que no entraba en los parámetros con los que la sociedad occidental había intentado hablar siempre de maldad. El mal radical es aquel mal que «nos causa un horror indecible, cuando todo lo que podemos decir es: 'esto nunca tenía que haber ocurrido'». (Arendt, 2007, 95) Es aquel «mal sin confines»[18], anteriormente desconocido por nosotros, es un «fenómeno nuevo» que «no puede ser totalmente descrito por la razón» (Arendt 1998, 356) porque nos enfrenta con su «realidad abrumadora y rompe todos los criterios que tenemos».(Bernstein 2000, 245) Así, vemos que para Arendt, el mal radical es la perversidad en su máxima expresión, es un «horror indecible» tal que torna a los hechos incapaces de ser perdonados o castigados.

Al realizarse Nino la pregunta acerca de cómo enfrentar «el mal», afirma categóricamente que las violaciones de derechos humanos suponen el mal absoluto, y éstas son «ofensas contra la dignidad humana tan extendidas, persistentes y organizadas que el sentido moral normal resulta inapropiado». (Nino 1996, 33) Son hechos tan atroces que calificarlos meramente de «incorrectos» resulta inapropiado. Nino concluye, además, que el concepto de *mal radical* en Arendt muestra sobre todo, la dificultad de responder al mismo con las medidas ordinarias que le aplicamos a los criminales comunes. La filósofa alemana también acordaba con que los crímenes contra la humanidad tenían una naturaleza moral completamente distinta a los crímenes comunes, lo que hacía que el principio de *nullum crimen, nulla poena* no se violara en los casos de justicia retroactiva en el juzgamiento de los delitos de lesa humanidad, ya que «aquel principio se aplica significativamente sólo a acciones conocidas por el legislador y no a delitos desconocidos hasta ese momento, como el genocidio»[19]. Esta nueva figura, esta «monstruosidad moral», era en los hechos capaz de realizar un plan orientado a destruir la personalidad jurídica, la conciencia moral y la individuali-

---

[18] Citado por Cruz, Manuel: (2012) Introducción: Hannah Arendt, pensadora del siglo», en: Arendt, H: *La condición humana,* Paidós, Barcelona, pág 5.

[19] Arendt en su explicación del juicio que fue resultado de la extradición de Eichmann a Israel, citada por Nino 1996, 57.

dad personal de todos los miembros de la sociedad (Marrades, 2002, 82). Este nuevo concepto que Arendt reutilizó, quiso significar algo novedoso, pero a la vez catastrófico: por primera vez en la historia moderna había un plan sistemático de *aniquilación de lo humano.* Un plan racional que nos conectaba con lo peor de la no-humanidad. Y es frente a esta aberración casi inmediata que nos genera, tanto a nosotros como a los filósofos morales, el pensar siquiera la posibilidad de que tanto «mal» racional, calculado y metódicamente pensado sea posible, que me planteo que en el ámbito de la protección de los derechos humanos (como derechos de la humanidad) deben encontrarse dentro de un espectro de moralidad objetiva, donde no sea posible la duda, la inestabilidad, ni el relativismo. Donde la convicción de la posibilidad de una ética jurídica intersubjetivamente fundamentable no entre en dudas. Donde, además, creamos en la fundamentación racional de las normas, pero sobre principios morales que deriven de ese estándar racional.

Hablar de que la justicia retroactiva en casos de crímenes de lesa humanidad es correcta, nos lleva necesariamente a basarnos en principios morales que justifiquen una excepción a un principio férreo del derecho penal como lo es el de irretroactividad. En definitiva: frente al mal radical no existe posibilidad moral de que, en el caso de que estuviésemos bien informados, con «ánimo frío, tranquilo y contenido» —parafraseando a Smith— no tendiéramos a converger en considerar que ese actuar es moralmente incorrecto (Smith, 1995, 550). Pero no sólo eso, sino que deberíamos reconocer que no fundamentar los derechos humanos en una base objetiva, podría hacerlos depender de acuerdos ocasionales o transitorios que serían peligrosos para el sostenimiento mismo del Estado de Derecho. Y es aquí donde entra en juego el segundo concepto del título que no ha sido tocado a lo largo del trabajo: lo político. Y es que, en los casos de crímenes contra la humanidad, una de las dimensiones insoslayables de análisis es la dimensión política. La necesidad del conocimiento público de estos hechos es, según Thomas Nagel una de las formas de superar las trampas del mal radical (Nino, 1996, 212). Despertar la «conciencia jurídica dormida» de la sociedad va inexorablemente unido al reconocimiento de la inmorali-

dad e inhumanidad del mal radical. Es por todo esto que la imprescriptibilidad, si es necesaria para asegurar que los delitos efectivamente se juzguen, refuerza al Estado de Derecho de forma fáctica y simbólica. Por un lado, se realizan procesos judiciales ante jueces imparciales, con una amplia garantía procesal para los imputados y con gran consideración de sus defensas. Por otro, se calma el pedido público por parte de la sociedad de «justicia» y se frena así el marco de posibilidades de venganzas privadas. Sobre esto, considero impecable una reflexión de Jaime Malamud Goti:

> Los juicios permiten a las víctimas de los abusos por derechos humanos recobrar el respeto por sí mismas como sujetos de derechos jurídicos. No creo que esto pueda ser interpretado como una forma especial de retributivismo dado que el mal que ellos sufrieron no se neutraliza por el mal sufrido por los agresores. Lo que contribuye a restablecer su autorrespeto es el hecho de que su sufrimiento sea escuchado en los juicios con respeto y empatía, que la historia verdadera recibe un reconocimiento oficial, que la naturaleza de las atrocidades se discute abierta y públicamente, y que quienes perpetraron esos actos son oficialmente condenados. Este proceso no sólo suaviza el deseo de venganza, sino que reconstituye el autorrespeto de la víctima» (Nino 1996, 213)

En síntesis, conceder que en materia de derechos humanos podemos hablar de una moralidad objetiva, *i.e.* aceptar racionalmente que todo ser humano razonable, situado en condiciones ideales rechazaría moralmente a las manifestaciones del mal radical, trae además, las consecuencias políticas de la confianza en un Estado de Derecho, no sólo por las implicancias fácticas que generan los juicios en el sentido de que los delitos no queden impunes, sino también porque los juicios promueven la deliberación pública de una forma tal que contrarresta todo tipo de eventuales tendencias autoritarias en una sociedad. «El dar a conocer la verdad a través de los juicios alimenta la discusión pública y genera una conciencia colectiva y un proceso de autoexamen» (Nino, 1996, 213).

VI. Consideraciones finales

Como se intentó demostrar a lo largo del trabajo, considero que los fundamentos ético políticos de la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad son de una relevancia tal que es imposible dejarlos de lado a la hora de analizar la procedencia o improcedencia estrictamente legal y formal de dicha figura. Como se demostró, los fundamentos de la prescripción penal para delitos comunes responden a causas de índole moral, como el olvido social del delito, la convicción jurídica popular o la extinción de la alarma social que importa el paso del tiempo luego de cometido un hecho delictivo. Ahora bien, se comprobó que el mero paso del tiempo es sólo una condición procesal de aplicación de la prescripción en el caso concreto y no es la justificación de la misma. Paso seguido, se explicó por qué, además, ese mero «paso del tiempo» cede en el caso excepcional de los delitos de lesa humanidad. Corroborado todo esto, pudimos ver que desde que surgió la figura de la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad, ha estado ligada a una aplicación retroactiva (recordemos que nació para ser aplicada a delitos *ya cometidos* en la Segunda Guerra Mundial), y que además, así la han aplicado tanto los tribunales internacionales como los nacionales. Se han esgrimido argumentos jurídicos o bien internacionalistas (jerarquía de los tratados internacionales) o bien de derecho interno (el derecho de gentes presente en el art. 118 de la Constitución Nacional). Pero sobre todo, se han esgrimido argumentos extralegales, se ha visto una constante apelación o a los principios imperativos del derecho internacional *ius cogens*, o la capacidad racional de una persona de actuar conforme a los principios del Estado de Derecho. Cualquiera sea el argumento moral que analicemos, estaremos en presencia de una moralidad objetiva que reacciona frente al mal radical, y en presencia de una posibilidad de convergencia intersubjetiva de criterios morales que, en condiciones ideales, nos llevan a rechazar a la inmoralidad de las violaciones a los derechos humanos. Y las rechazamos porque son inmorales en el sentido más fuerte de la palabra —son manifestaciones del mal radical— y porque este imperativo moral, a la vez, nos hace notar la implicancia política de rechazar al mal radical:

proteger y fomentar los valores democráticos, contrarrestando la sensación de ilegalidad que generan los delitos de lesa humanidad cuando éstos quedan impunes. Y, si para todo esto la herramienta jurídica que tenemos a nuestro alcance hoy en día es la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, sostengo que estamos moralmente obligados a dejar de lado los rigorismos formalistas al momento de su consideración y tener en cuenta sus fundamentos ético políticos, dado que allí encontraremos el espíritu de esta figura.

Referencias bibliográficas

Arendt, H. (1999) *Eichmann en Jerusalén*, (Trad. de Carlos Ribalta). Barcelona: De Bolsillo.

Baigún, D. y Zaffaroni, E. (2002) *Código Penal y Normas Complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*. Buenos Aires: Hammurabi.

Baigún, D. y Zaffaroni, E. (2007) «Algunas cuestiones de filosofía moral» en *Responsabilidad y juicio.* Barcelona: Paidós.

Bernstein, R. (2002) *El Mal Radical: una indagación filosófica*. Buenos Aires: Prometeo Libros.

Bernstein, R. (2007) «¿Son relevantes todavía hoy las reflexiones de Arendt sobre el mal?», en *Hannah Arendt, pensadora en tiempos de oscuridad.* Colombia: Revista Al Margen, n° 21.

Bianchi, A. (2008) «Human Rights and the Magic of Jus Cogens» en *The European Journal of International Law* Vol. 19 no. 3 EJIL .

Browlie, I. (1985) *Principles of Public International Law*, 3rd de Oxford: Clarendon Press.

Carrara, Francesco (1972) *Programa de Derecho Criminal, Parte General.* Bogotá: Temis.

Hoerster, N. (2000) *En defensa del Positivismo Jurídico.* España: Gedisa.

Marrades, J. (2002) «La radicalidad del mal banal» en *Logos Anales de Seminario de Metafísica*, Vol. 35.

Moreso, J. J. (2003) «El reino de los Derechos y la Objetividad de la Moral» en *Análisis Filosófico*, N°23.

Nino, C. S. (1996) *Juicio al Mal Absoluto*. Buenos Aires: Yale University Press.

Nino, C. S. (2007) *Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación*. Buenos Aires: Astrea.

Núñez R. (1995) *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Córdoba: Lerner.

Pagliari, A. (2007) *Curso de Derecho Internacional Público*. Córdoba: Advocatus.

Pfeiffer, M. (2000) «El Mal Radical. Su lugar en la ética kantiana» en *Ágora papeles de Filosofía*, 19/2.

Romero Villanueva, H.(2008). *La prescripción penal.* Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Sancinetti, M. y Ferrante, M. (1999) *El Derecho Penal en la protección de los Derechos Humanos*, Buenos Aires: Hammurabi.

Smith, M. (1995) «El realismo moral» en *Compendio de ética* (P. Singer editor). Madrid: Alianza.

Soler, S. (1957) *Derecho Penal Argentino* (Tomo II).Buenos Aires: Tipográfica Editora.

El derecho a la educación de los condenados y procesados por delitos de lesa humanidad. Un análisis crítico de la Resolución del Consejo Superior de la UBA.

por María Valentina Risso y María Belén Gulli*

Resumen

El eje central del trabajo tiene como objetivo abrir una discusión sobre los fundamentos de la resolución del Consejo Superior de la UBA que denegó el acceso a la educación pública universitaria a los procesados y condenados por delitos de lesa humanidad. Esta resolución fue tomada en el seno de una institución pública, de base democrática y que proyecta un discurso de inclusión e igualdad por cuanto procura ser reflejo de los ideales del Estado de Derecho que juzgó y condenó a los perpetradores de los crímenes contra la humanidad, que hoy solicitan el cumplimiento de sus garantías constitucionales en el encierro. El análisis se efectuará desde una visión crítica sobre la decisión referida y en el contexto señalado, con el fin de sacar a la luz las inconsistencias presentes en el fin de la pena para autores de delitos de lesa humanidad, la brecha existente entre la ley de ejecución de la pena privativa de libertad, en tanto prescribe la igualdad de acceso de los presos a la educación pública en sus distintos niveles, y los fundamentos de la posición adoptada por la alta casa de estudios de la provincia de Buenos Aires, así como los peligros de aceptarla.

* El presente trabajo nació en el seno del grupo de investigación cuyo proyecto se titula «**El juzgamiento de los delitos de lesa humanidad en la Argentina postdictatorial**» dirigido por Juan Iosa y co-dirigido por Hernán Bouvier. Agradecemos los valiosos aportes brindados por nuestros compañeros y directores en las discusiones mantenidas con el grupo. También agradecemos las observaciones y recomendaciones de Consuelo Beltrán sobre nuestro trabajo.

Palabras clave: Derecho a la educación en contextos de encierro, condenados por delitos de lesa humanidad, fin de la pena, ejecución penal, estado de derecho, instituciones democráticas.

I. Introducción

En el año 2012 un reducido grupo de personas procesadas y condenadas por delitos cometidos durante la última dictadura cívico-militar en nuestro país, solicitó ante el programa UBA XXII[1] que se les permitiera cursar sus estudios universitarios. Con diferentes argumentos, las facultades de la UBA que forman parte del programa educativo para personas privadas de su libertad, objetaron el ingreso a los peticionantes. La solicitud motivó cierto debate en el seno de la universidad pública, a la vez que la cuestión, al lograr mediatizarse, expuso las conclusiones que poco a poco algunos actores de este complejo panorama fueron poniendo de manifiesto. En este sentido, salieron a la luz opiniones diversas como la de Héctor Trinchero, Decano de la Facultad de Filosofía y Letras quien sostuvo que «hay una distancia inconmensurable entre un delito común y el genocidio»,[2] por su parte, Ariel Cejas, actual director del programa UBA XXII manifestó que «se trata de personas que cometieron los peores delitos cuando tenían el control de los poderes del Estado»;[3] en oposición a estas declaraciones la ex directora y fundadora del programa UBA XXII, Marta Laferrière expresó que:

> (…) negarle a una persona privada de la libertad ambulatoria el derecho a acceder a la educación por el horror que causan los delitos de los que se la acusa o por el que está condenada es como negarle un antibiótico o un tratamiento médico si está enfermo.

---

1 Programa de estudios de la Universidad Nacional de Buenos Aires en cárceles federales.

2 Disponible en http://www.ipsnoticias.net/2012/07/dilema-universitario-en-argentina-ante-represores-estudiosos/, consultada el 04/02/14.

3 *Ibíd*.

Y a su vez afirmó: «no somos jueces. A mí me puede repugnar cierto tipo de delito, pero la universidad no puede señalar con el dedo».[4]

Frente a esta situación, las facultades de Ciencias Sociales y de Filosofía y Letras solicitaron al Consejo Superior la creación de una comisión *ad hoc* con el fin de pronunciarse sobre la admisión o no, en el ámbito de la comunidad universitaria, de las personas procesadas y condenadas por delitos de lesa humanidad. Fue así como se constituyó un grupo asesor de la Comisión de Interpretación y Reglamento del Consejo Superior, la que estuvo integrada por el ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Eugenio Raúl Zaffaroni; Raúl Gustavo Ferreyra, profesor de Derecho Constitucional de la UBA; Adriana Puiggros[5], diputada nacional por la provincia de Buenos Aires; José Schulman, secretario de la Liga Argentina por los Derechos del Hombre (Ladh);[6] Osvaldo Varela y Alfredo Sarmiento, profesores de Psicología Jurídica en la Facultad de Psicología de la UBA. Los miembros decidieron en forma unánime*:* «no admitir a condenados y/o procesados por delitos de lesa humanidad como estudiantes de la Universidad de Buenos Aires».[7]

El programa UBA XXII nació tras el retorno de la democracia un 17 de diciembre de 1985. El entonces Rector de la Universidad de Buenos Aires, Dr. Delich y el Director Nacional del Servicio Penitenciario Federal, Dr. Daray, firmaron un convenio por el cual se creó el programa. El acuerdo fue ratificado por el Consejo Superior de la UBA con fecha 18 de febrero de 1986 a través la resolución nº 63, cuyo texto dispuso que «los internos (procesados y condenados) alojados en las Unidades del SPF, sin ningún tipo de discriminación podrán iniciar

---

4 *Ibíd*.

5 Impulsora de la ley nº 26.695 de educación en las cárceles, sancionada con fecha 27/07/11.

6 Creada en 1937, la Ladh «es una institución dedicada a la defensa, la promoción y la educación para los Derechos Humanos». Texto disponible en el blog de la Liga: http://laladh.wordpress.com/, consultada el 04/02/14.

7 Texto perteneciente a la Resolución nº 5079 de fecha 08/08/12 del Consejo Superior de la UBA.

y/o completar los estudios universitarios.».[8] Bajo esta bandera, el programa se consolidó como un medio valioso que logró una gradual materialización del derecho a la educación para sujetos privados de su libertad con los obstáculos que implicaban (y que implican) penetrar en el ámbito carcelario:

> El trabajo con una institución y una lógica diametralmente opuestas a la universidad, como es la prisión, suponía, en el contexto en el que el programa fue creado, un desafío para la incipiente democracia. Significaba abrir un campo para generar acciones concretas que ligaran a la Academia con la sociedad, pero también —y tal vez sea lo más importante— proponía —y propone— un estímulo al pensamiento, la generación de ideas, nombrarlas, proveerlas de entidad, visibilizarlas. (Emiliozzi, 2013)

Los principios vertidos en la resolución eran la consecuencia de los albores de la democracia y constituían un verdadero renacimiento de aquello que durante los gobiernos *de facto* pareció morir. El *ejercicio* de los derechos que sucumbieron mientras el proceso militar se mantuvo vigente, buscó retomar el rumbo que siempre debió tener hasta en el ámbito menos imaginado: la cárcel.

Esos derechos no eran otros que los contenidos en una revitalizada Constitución Nacional. De esta manera, el proyecto que acercaba la universidad a la cárcel no sólo abría el juego al ejercicio de un derecho a la educación en los contextos de encierro, sino a su aplicación de manera igualitaria en cuanto proclamaba «sin ningún tipo de discriminación». Era claro que la idea comprendía a todas las personas, cualquiera sea el delito que hubiesen cometido; nadie imaginó, en aquél entonces, que en un futuro no muy lejano, entre las filas de los interesados en ejercer su derecho a la educación se encontrarían sujetos cuyas acciones fueron merecedoras de profundos repudios y reproches tanto morales como jurídicos, que a la fecha continúan siendo juzgados y que la sociedad argentina procura no olvidar. En la actualidad, la clari-

[8] Texto perteneciente al art. 1° del convenio fundacional mencionado.

dad del ejercicio de estos derechos por cualquier sujeto se ha visto empañada por la falta de cumplimiento de la letra de la ley para el acusado o condenado por delitos de lesa humanidad. Es que acaso, este delincuente, ¿es un sujeto *distinto*?, ¿tiene derechos *diferentes* y por ende, la ejecución de su pena ha de tener características que pongan de manifiesto el delito que cometió?

La decisión negativa del Consejo y sus fundamentos serán el centro del presente trabajo, a la vez que se analizará el contexto que rodea a la resolución. Un entorno que adolece de inconsistencias discursivas en relación al rol de la universidad como institución pública, los fines de la pena en el Estado de Derecho, los cimientos sobre los cuales se construye el derecho de ejecución penal, los costos políticos de permitir el ejercicio de ciertos derechos a los procesados y condenados por delitos de lesa humanidad, y la importancia de la magnitud del mal cometido por el sujeto en relación a la forma del cumplimiento de su condena. Las rupturas que se producen entre estos escenarios conducen a cuestionarse respecto de la pena como venganza sobre el sujeto con el que «ningún miembro de la raza humana, puede desear compartir la tierra» (Arendt, 1999, 166).

II. La caracterización social del sujeto condenado por delitos de lesa humanidad y la ejecución de la pena: el castigo al monstruo político

Como en la historia del *monstruo moral*[9], en la figura de quien cometió crímenes contra la humanidad hay una caracterización social del sujeto que reviste de todo lo necesario para mantenerlo alejado de la sociedad, sin posibilidades de un acercamiento ni vínculos de ningún tipo. Con esta noción rondando, Foucault manifiesta que «el primer monstruo moral que aparece es el monstruo político» (Foucault, 2011,

[9] Concepto desarrollado por Michel Foucault, cuya denotación fue cambiando con los siglos y buscó adaptarse a las nuevas formas de poder punitivo que se presentaron hacia el siglo XVIII. Se cuestiona Foucault: «[…] ¿de qué manera el ejercicio del poder de castigar necesitó, en un momento dado, referirse a la naturaleza del criminal?» (Foucault, 2011, 87).

87). Así cabe distinguir entre dos tipos de monstruos: el criminal y el déspota. El criminal es aquel que rompe el *pacto* con la sociedad y al hacerlo vuelve al estado de naturaleza —es el hombre de la selva— ya que «prefiere su interés a las leyes que rigen la sociedad a la que pertenece» (Foucault, 2011, 87); el déspota por su parte, es quien a diferencia del primero «puede imponer su voluntad a todo el cuerpo social por medio de un estado de violencia permanente» (Foucault, 2011, 87). El déspota se constituye como un «hombre solo» sin vinculación con la sociedad[10] ya que nunca suscribió al *contrato* por lo que «no se le puede aplicar ninguna ley del cuerpo social» (Foucault, 2011, 87). Se erige como el enemigo absoluto de toda la sociedad y en consecuencia «hay que matarlo, como se mata a un enemigo o a un monstruo» (Foucault, 2011, 95).

Esta idea del criminal y del déspota es traída aquí con el fin de reflexionar sobre la imagen social del condenado (y del procesado) por delitos de lesa humanidad y la repercusión de esa configuración sobre la aplicación de la norma. En ese sentido, existen al menos dos cuestiones a tener en cuenta en relación al tema:

1) El condenado por delitos de lesa humanidad es un sujeto que estuvo en una situación de poder en el aparato estatal y en ese contexto cometió sus crímenes. En la caracterización de Foucault constituye la figura del déspota, con las implicancias mencionadas.
2) De esta idea se desprende que socialmente no sería considerado un criminal común, con lo cual, de su pena se esperarían otras situaciones.[11] Así pensado pueden imaginarse varios escenarios

---

[10] «El déspota hace valer su violencia, sus caprichos, su sinrazón, como ley general o razón de Estado» (Foucault, 2011, 95).

[11] Una posición a la que adherimos es la expresada por Claudia Hilb, quien sostiene que uno de los problemas de la resolución de la UBA refiere justamente al hecho de que «soslaya la diferencia entre procesados y condenados», así como también *«se atribuye de manera genérica ´responsabilidad en la planificación de genocidio´ a los tres involucrados, sin establecer ninguna diferencia entre ellos»* (Hilb, 2013, 130). Cabe destacar que Hilb, al mencionar a *tres* involucrados se refiere a los represores Carlos Guillermo Suarez Mason (h), Adolfo Donda y Juan Carlos Rolón (este

posibles, entre ellos que la pena sea una venganza por los actos que el sujeto cometió; de esta manera, al descartarse la pena de muerte[12] como opción (por no estar prevista en nuestro ordenamiento jurídico) se espera de la ejecución penal de estos criminales, un agravamiento de las condiciones de su detención previa suspensión de las garantías constitucionales.

En esta instancia en la que nos hemos propuesto abrir paso a la reflexión sobre lo expuesto en la introducción, es menester indagar sobre la situación actual de los sujetos que están siendo juzgados o ya han sido enjuiciados por su participación activa en la comisión de delitos durante el proceso militar. Es el momento de poner sobre el tablero la situación en la ejecución de la pena de estos sujetos y el cumplimiento de la ley nº 24.660[13] y las normas correspondientes. Sobre este tema, una de las cuestiones más debatidas en materia de ejecución penal de ex represores ha sido la posibilidad del acceso a la prisión domiciliaria al cumplir los 70 años de edad[14], beneficio que ha sufrido variaciones en las distintas provincias de nuestro país. En algunos tribunales el derecho no se concedió con los más diversos argumentos, mientras que en otros procedió en virtud de lo dispuesto por la ley. No obstante, existe un conjunto de casos en los que, si bien se otorgó la prisión domicilia-

último fue absuelto en la causa nº 1270 de la ESMA; actualmente se encuentra procesado en la mega causa en la que se juzgan 789 hechos ocurridos en la ESMA); no obstante, también formuló petición de estudiar en la UBA, el médico Carlos Domingo Jurio, quien fue condenado por el Tribunal Oral Federal nº 1 de La Plata con fecha 14/10/10, a la pena de 13 años de prisión por el delito de omisión de evitar la comisión de torturas seguidas de muerte, en la causa «*Dupuy, Abel David y otros s/homicidios y otros*» (causa nº 2901/09).

12 Sostiene Massimo Pavarini que «la pena capital […] es la única pena que produce realmente miedo y es por eso intimidante, cuesta poco a la comunidad y, en cuanto suprime, resuelve el problema de la reincidencia o en todo caso de la desafortunada eventualidad de que el criminal peligroso pueda volver a dañar» (Pavarini, 2010, 170).

13 Ley de ejecución de la pena privativa de la libertad.

14 El art. 32 inc. d) de la ley nº 24.660 dispone: «el Juez de ejecución, o Juez competente, podrá disponer el cumplimiento de la pena impuesta en detención domiciliaria: al interno mayor de setenta (70) años».

ria, el beneficio fue revocado, en general, tras la presión de la querella y de organismos de derechos humanos.[15]

Estos condenados, así como los demás penados por delitos de lesa humanidad podrán, en el futuro, acceder a los institutos de libertad asistida, libertad condicional, salidas transitorias, etc. Vale mencionar que algunos de ellos no cumplen con penas de prisión perpetua, con lo cual, ese futuro, en algunos casos es próximo[16], por lo que urge cuestionarse sobre las reacciones provenientes ya sea desde organizaciones de derechos humanos, sectores del gobierno, instituciones públicas (como la universidad) o bien, desde la sociedad en general, sin clausurar el debate sobre las posibilidades de integración de estas personas, en particular a los ámbitos en los que la ley no les restringe la entrada y se manifiesta abiertamente con un discurso pluralista y antidiscriminatorio.[17]

III. El derecho a la educación de la persona privada de su libertad

La consecuencia de la condena a prisión —e incluso del encierro cautelar— implican una restricción a la libertad ambulatoria. Sin em-

---

15 Al respecto véase: Iosa, Juan, ¿Es justa la demanda de cárcel efectiva para los represores mayores de setenta?, Revista Indret, disponible en http://www.indret.com/pdf/901.pdf

16 Esta situación fue vivenciada en el año 2007 por la sociedad alemana con respecto a los sujetos condenados por formar parte de la Fracción del Ejército Rojo (Rote Armee Fraktion, RAF) que se encontraban en condiciones de acceder a la libertad. Al respecto, se cuestiona Miguel Ángel Cano Paños: «¿Tienen también derecho a acceder a la libertad aquellos cabecillas de la RAF, los cuales, debido a la ´especial gravedad de su culpabilidad´, llevan décadas en prisión? ¿Deben y pueden tener acceso a la clemencia del Estado aquellos sujetos que en su día se caracterizaron precisamente por la negación de ese mismo Estado y por la despiadada sangre fría con la que trataron a sus víctimas? Y en caso afirmativo, ¿deben pedir perdón y mostrar así un arrepentimiento de sus acciones y fines?» (Cano Paños, 2007).

17 Sostiene Hilb: «Creo que lo integrantes de la universidad deberíamos sentirnos obligados por y a una ética de la discusión que permitiera sustentar los argumentos por fuera de la demagogia y que atendiera a las diferenciaciones que merecen ser tomadas en consideración» (Hilb, 2013, 130).

bargo, la cárcel, como el modelo más completo de institución total (Goffman, 1994, 13) ocasiona también que el ejercicio de otros derechos, que no se encuentran afectados por la condena, resulten cuanto menos «problemáticos» [18] (Cesano, 2002). La ley nacional de ejecución de la pena privativa de la libertad se encarga de subsanar posibles desfasajes al establecer que el condenado puede ejercer todos los derechos no afectados por la condena o por la ley y las reglamentaciones que en su consecuencia se dicten[19], y a su vez cumplir con los deberes que su situación de encierro le permitan y las obligaciones que su condición legalmente le impone.[20]

Ahora bien, uno de los derechos que no debería encontrarse afectado por la condena penal es la educación, puesto que se trata de un derecho de raigambre constitucional y se encuentra reconocido expresamente en los tratados de Derechos Humanos que integran el bloque de ley suprema de la nación[21] y que rigen «en las condiciones de su vigencia».[22] Así, el derecho a la educación ha sido receptado en el Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y es en virtud de esta norma supranacional por la cual los Estados asumen obligaciones positivas tales como la de *garantizar* que los derechos otorgados por el Pacto se ejerzan «sin discriminación» y la de «adoptar medidas» positivas de cumplimiento; de lo contrario el Estado incurriría en un incumplimiento convencional que comprometería su responsabilidad internacional.

---

[18] Algunos ejemplos de derechos que se tornan «problemáticos» en el contexto carcelario serían, entre otros, el de ejercer un trabajo; asistir a un hospital o médico cuando se lo estime necesario; mantener relaciones sexuales con sus parejas; administrar sus bienes; ser visitado por un familiar o un amigo a cualquier hora y tantas veces como desee recibir esa visita; efectuar las llamadas telefónicas que crea necesarias o realizar actividades deportivas cuando le plazca, etc.; todos son aspectos que se ven perturbados por la circunstancia de la privación de libertad.

[19] Este último orden jurídico es altamente cuestionado, lo que excede al análisis en el presente trabajo.

[20] Así lo dispone el art. 2 de la ley nº 24.660.

[21] Art. 31 de la Constitución Nacional.

[22] Art. 75 inc. 22, 2do. párrafo de la Constitución Nacional.

En lo que atañe al objetivo del presente trabajo, cabe mencionar que la educación es un derecho que conserva el sujeto privado de su libertad y que puede ejercer —o no— cuando lo estime conveniente, convirtiéndose el Estado en responsable de garantizar y tutelar su ejercicio. Ello es así más allá de que en la práctica penitenciaria de nuestro país el acceso a la educación se encuentre obstaculizado por distintos motivos y diversos medios.[23]

En este sentido, la propia ley nº 24.660 establece en el art. 133 el derecho a la educación pública de todas las personas privadas de la libertad y determina la responsabilidad indelegable de los distintos niveles de gobierno de proveer en sus jurisdicciones una educación integral, permanente y de calidad para garantizar —en condiciones de igualdad y gratuidad— el ejercicio de este derecho. Asimismo, prescribe que los internos deben tener acceso pleno a la educación en todos sus niveles y modalidades, de conformidad con las leyes nº 26.206 de Educación Nacional, nº 26.058 de Educación Técnico-Profesional, nº 26.150 de Educación Sexual Integral, nº 24.521 de Educación Superior y toda otra norma aplicable. De este modo, la ley nacional regula el derecho a la educación pública y proscribe todo tipo de restricción o limitación al mismo, situación en la que el juez de ejecución es quien deberá intervenir para remediar todo obstáculo.[24]

Por otra parte, si se restringiese el derecho a que los condenados en cuestión realicen estudios universitarios, se les estaría afectando también la posibilidad de alcanzar beneficios tales como el denominado «estímulo educativo».[25] Este régimen implica la reducción de los plazos requeridos por la ley para el avance a través de las distintas fases y períodos de la progresividad del tratamiento penitenciario, respecto de los

---

[23] Por ejemplo, por escasez de recursos humanos y económicos, falta de cupos en las penitenciarías debido a la sobrepoblación carcelaria, discrecionalidades propias de cada institución total, falta de ofertas educativas, constantes traslados de los reclusos a diferentes establecimientos lo que impide la continuidad de los estudios, entre otros.

[24] Artículos 133, 135 y 142 de la ley nº 24.660, modificado por ley nº 26.695 de 2011.

[25] Art. 140 de la ley nº 24.660, sustituido por el art. 1º de la ley nº 26.695.

internos que completen y aprueben de manera satisfactoria, total o parcialmente sus estudios, en lo que aquí interesa, universitarios o de posgrado.[26] Es decir, aquellos ex represores (y otros condenados por delitos de lesa humanidad) que ingresaron a prisión con el ciclo básico educativo concluido (primario y secundario), no podrían obtener avances significativos en la progresividad de la pena, tal como lo logran otros presos quienes al estudiar consiguen, por ejemplo, el goce de salidas transitorias y de la libertad condicional con antelación al plazo fijado en general.

IV. Acerca de los fundamentos de la resolución del Consejo Superior. Descripción y críticas

A continuación se analizarán los argumentos esgrimidos por la resolución nº 5079/12 del Consejo Superior de la UBA:

1) El argumento de la autonomía universitaria y la protección de la comunidad.

La resolución refiere, en primer término, a la autonomía universitaria y la lucha por conseguirla. Sostiene que la universidad es una *comunidad* que tiene como propósito la libre discusión de las ideas y la más amplia confrontación de concepciones del mundo; argumenta que en razón de ello, la UBA no puede negar la condición de miembro de su comunidad a cualquier persona que cumpla con los requisitos formales y respete sus normas. Manifiesta que quien aspira a incorporarse a la comunidad universitaria no solo debe cumplir formalmente sus pautas, sino que también exige que su conducta no sea destructiva o

---

[26] Al respecto, Pablo Matkovic sostiene que «la ley crea un régimen que pretende estimular el interés de los internos por el estudio al permitirles avanzar en forma anticipada en el régimen progresivo de ejecución de la pena, a partir de sus logros académicos. Así se premia el esfuerzo de los internos que optan por proseguir sus estudios y se incentiva al resto a seguir su ejemplo.» (Matkovic, 2011).

lesiva a la existencia misma de la comunidad. En este sentido, el texto sustenta que

> La generosidad constitucional es amplísima, pero reconoce como límite la no afectación de la existencia misma de las instituciones y la incolumidad de su naturaleza […]. Por ende, la garantía de autonomía universitaria —en consonancia con el principio de igualdad—, no puede desnaturalizarse para servir de instrumento legal que destruya a la propia Universidad.

En consecuencia «la Universidad debe preservarse de aquellas conductas actuales y futuras que la lesionen como institución, perturbando gravemente la necesaria convivencia comunitaria de sus miembros».

En primer lugar, este argumento no resiste ningún análisis práctico pues basta recordar que quienes han pretendido insertarse a la universidad, de habérselos admitido, hubiesen sido incorporados a un programa específico impartido dentro de las cárceles, esto es, el programa UBA XXII. Es decir, el temor a la *destrucción de la comunidad* resulta infundado e inverificable también, pues no solo que la solicitud no es masiva sino que los interesados ni siquiera compartirían las aulas con el resto de la colectividad universitaria. Por otra parte, el texto expresa que la denegatoria tiene como fundamento la necesidad de la universidad de «preservarse de aquellas conductas actuales y futuras que la lesionen como institución»; sin embargo resulta evidente que la resolución no hace mención a cuáles son y serían las conductas concretas de quienes peticionaron el acceso a la educación universitaria que porten entidad tal como para *lesionar* a la institución.

En este punto, la resolución adolece de una deficiencia grave puesto que lo que finalmente derivará en una respuesta negativa a su derecho, se asienta en este inciso sobre las conductas que los sujetos en cuestión realizan o podrían realizar, que se cimienta en las conductas que llevaron a cabo *en el pasado* y por lo que ya han sido juzgados. Más grave es el supuesto de los procesados, ya que se rompe el estado de inocencia reconocido por la Constitución Nacional. En definitiva, la apelación a la potencial *destrucción de la comunidad*, encuentra un in-

contrastable sustento sobre la base de conductas innominadas. En el trasfondo, fácilmente se advierte que la academia ha asumido una posición moral clara y con ello, una actitud discursiva dominante: el Estado democrático actual no puede ser insensible a los reclamos imperantes de «memoria, verdad y justicia» y «juicio y castigo»[27]; tampoco desoír las voces de las víctimas, organismos de Derechos Humanos o bien, de la sociedad en general, respecto de los hechos aberrantes cometidos durante la última dictadura militar, incluso a costa de evadir lo dispuesto por las leyes.

2) **El argumento del libre acceso a la universidad.**

La resolución destaca que en sus claustros se ha permitido el acceso a todas las personas privadas de la libertad que cumplan y acepten sus postulados, sin reparar en el delito imputado o cometido, pues considera que todo habitante tiene el inalienable derecho constitucional a educarse, perfeccionar su conocimiento y superar las condiciones en que las circunstancias o su propia conducta anterior lo hayan colocado. Expresa que la comunidad no inquiere ni pregunta por el hecho que se imputa o que cometió la persona que solicita su incorporación sino que «mira sólo su conducta actual y su perspectiva futura, partiendo de la base de que toda situación es reversible en el tiempo y que toda falla humana es rectificable». Este punto entra en contradicción con el siguiente.

3) **El argumento para denegar el ingreso a la universidad a procesados y condenados por delitos de lesa humanidad fundado en la tesis del discurso negacionista.**

Aquí, la resolución refiere a que:

---

[27] Sobre este punto Hilb sostiene que, a través de la resolución, la UBA asume un «compromiso con la memoria» y en consecuencia «Da por descontado, con ello, que existe un solo e indiscutible ´buen´ compromiso con la memoria, que es el encarnado por la institución» (Hilb, 2013, 128).

(…) la particularidad del caso —que no puede pasarse por alto— es que quienes aspiran a incorporarse a su comunidad universitaria, en la actualidad y desde siempre, defienden públicamente la tesis de una pretendida inexistencia, legitimidad o justificación de esos delitos de los que fueran víctimas los propios miembros de su comunidad universitaria, es decir, una tesis negacionista de los delitos que han victimizado masivamente a miembros de la comunidad universitaria a la que pretenden incorporarse.

Resalta que la UBA no pretende con ello:

(…) cuestionar las tácticas defensivas de estas personas en sus respectivos procesos penales, ámbito en el que se les debe garantizar la más amplia libertad de argumentación, pero ese mismo discurso, llevado al seno de la Universidad de Buenos Aires, se vuelve disolvente del espíritu comunitario que debe animarla conforme a la tradición universitaria mundial de todos los tiempos.

Asimismo, expresa que:

(..) ninguna universidad del mundo aceptaría como parte de su comunidad a personas que victimizaron a sus integrantes de la manera más cruel que haya conocido nuestra historia y que, de antemano, se sepan sostenedores de un discurso negacionista que habría de postular en su propio seno la pretendida legitimidad de esos delitos masivos. Más aún, no lo haría ninguna comunidad —de la naturaleza que fuese— porque estaría destruyendo el propio sentimiento de comunidad, y con ello se estaría negando una condición que hace a su esencia y, por ende, aniquilándose a sí misma.

Reitera que la universidad:

(…) debe aceptar incluso a quienes han victimizado cruelmente a integrantes de todos los estamentos de su comunidad, pero no puede permitir que éstos se incorporen a ella portando un

> discurso negacionista que pretenda legitimar esos delitos, porque inevitablemente esta conducta presente y actual —no pasada— sería fuente de interminables conflictos y desavenencias internas y acabaría lesionando o destruyendo las condiciones indispensables para la convivencia comunitaria.

Es decir que, pese al argumento anterior, esto es, el referido al acceso libre a la comunidad universitaria para cualquier persona, incluso para quienes hayan cometido delitos aberrantes y, bajo la bandera de que «toda falla humana es rectificable», la UBA parece sumir a los procesados y condenados por estos delitos en una suerte de **determinismo ideológico**. A nuestro entender, la tesis negacionista[28] a la que hace referencia el Consejo de la UBA tampoco resulta convincente para denegarles el acceso al derecho a la educación constitucionalmente reconocido.

En primer lugar, porque se realiza una generalización de todos los condenados por estos delitos y, sin efectuar excepción alguna, se afirma —sin más— que «desde siempre» han sostenido un discurso negacionista. Es decir que, en esta línea, la UBA no contempla excepciones ni particularidades, sino que les adscribe una postura rígida, sin prever que, de hecho, ese condenado que pretende su incorporación al sistema universitario puede —o no— comulgar con esa posición ideológica en la que se lo inscribe.

En segundo lugar, este argumento de la UBA para denegar el acceso a su comunidad se apoya, al parecer, en que dichos condenados tendrían —en su conjunto— una interpretación de la historia argenti-

---

[28] «El negacionismo es usado para describir un fenómeno cultural, político y jurídico, que se manifiesta en comportamientos y discursos que niegan, al menos parcialmente, la realidad de hechos históricos percibidos por la mayor parte de la gente como de máxima injusticia y, por tanto, objeto de procesos de elaboración científica y/o judicial de las responsabilidades que se derivan de ellos. Su regulación jurídica, no ha estado exenta de polémica, pues parte de la doctrina opina que atentaría contra derechos fundamentales. A nivel internacional, el delito de negacionismo ha sido reconocido por la Organización de Naciones Unidas y la Unión Europea» Cfr. Informe de la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Disponible en: http://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/14230/1/94525_AL_20120427_CF_analisis-comparado-delito.doc.

na *diferente* a la receptada tanto por parte del gobierno actual como por la sociedad en general. Esta distancia en la lectura de los hechos está fundada en una interpretación por la cual, los condenados y procesados por delitos de lesa humanidad, no contemplarían los sucesos acaecidos como terrorismo de Estado y lo que ello implica. Por el contrario, entenderían, amparados en la doctrina de la seguridad nacional, que se trató de una verdadera guerra civil en contra de la subversión, la que fue *necesaria* debido al contexto de violencia que se vivía en aquél momento. Así, la asunción de un *discurso negacionista* no se asienta sobre los hechos ocurridos, sino sobre la responsabilidad que les compete como autores. Si esto es así, se les estaría exigiendo a estos condenados algo que al resto de los estudiantes que ingresan al seno de la comunidad universitaria no se les exige ni se les consulta, esto es, que asuman una posición histórica e ideológica respecto de lo ocurrido durante el último gobierno *de facto*.

En tercer lugar, cabe precisar que la República Argentina, a diferencia de otros países[29], aún no ha sancionado una ley que reprima el negacionismo. Sin perjuicio de ello, existe en la actualidad un proyecto en la materia que se encuentra a la espera de ingresar al Congreso para su tratamiento.[30] Hasta entonces, la Argentina no solo no contempla este tipo penal en su ordenamiento jurídico sino que además, ha ratifi-

---

[29] En sus ordenamientos jurídicos Alemania, Israel, Francia, Austria, Suiza, Bélgica, Polonia, Holanda, España y Reino Unido presentan normas regulatorias del delito de negacionismo; sin perjuicio de que los elementos del tipo que lo conforman difieren entre unos y otros. Por su parte, Estados Unidos, Argentina, Perú y los países pertenecientes a la Liga Árabe no han sancionado aún la conducta negacionista como un delito. Cfr. Informe de la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.

[30] Proyecto de ley tendiente a prohibir mediante la creación de un tipo penal específico la difusión de ideas o doctrinas que nieguen, justifiquen o trivialicen flagrantemente la existencia histórica de conductas enmarcables en el delito de genocidio —en particular la Shoá (Holocausto), el genocidio armenio y el terrorismo de Estado que tuvo lugar durante la última dictadura militar en la Argentina— por afectar la dignidad o el derecho a la no discriminación de personas o grupos de personas por cualquier pretexto, ya sea en forma directa o indirecta. Texto disponible en: http://www.inadi.gov.ar/uploads/proyectos_de_Ley/proyecto_negacionismo.pdf, consultado el 04/02/14.

cado e incluido con rango constitucional pactos internacionales que excluyen la posibilidad de pronunciarse en contra del derecho a la educación. Así, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el artículo 13, inciso 1°, prescribe que la educación que debe orientarse de modo tal que las personas participen efectivamente en una sociedad libre, favoreciendo la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos. En la misma línea, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el artículo 19, inciso 2do. establece que todas las personas tienen derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. Asimismo, el inciso siguiente reza que se podrán establecer restricciones a este derecho pero solo mediante ley y siempre que tenga por fin asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás y la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

Finalmente, si se pretendiese asimilar el término *negacionismo* con *falta de arrepentimiento* por los delitos cometidos, en palabras de Hilb, la UBA se encontraría en la situación de tener que discriminar, de una manera no prevista por la justicia —tampoco por la ley—, entre los criminales de lesa humanidad que se arrepienten y/o brindan información, y los que no lo hacen, conculcando a unos un derecho que concede a otros (Hilb, 2013, 132).

V. Nuestra posición

Hasta aquí los argumentos que recoge el Consejo Superior como fundamento de su decisión culminan en una privación de la posibilidad de revestir la condición de estudiantes en la Universidad de Buenos Aires a este subgrupo humano heterogéneo. En función a lo expuesto, cabe realizar las siguientes consideraciones:

En primer lugar, es claro que los derechos no son absolutos[31], por lo que para poder restringir o prohibir el derecho a la educación universitaria de los condenados y procesados por delitos de lesa humanidad se requiere una ley que así lo establezca. Ello para que, al menos, la medida restrictiva sea legal en términos formales, lo que no la eximiría de ser cuestionada posteriormente en cuanto a su contenido y legitimidad.[32] Pues en un Estado democrático de derecho, basado en la legalidad y el monopolio estatal del uso de la fuerza, no debe existir otra violencia legal que aquella mínima y necesaria para prevenir formas de violencia ilegal más graves y vejatorias (Ferrajoli, 2001, 91).

En segundo término, es menester dar cuenta del rol que cumple la universidad pública en la sociedad, lo que se encuentra reflejado en las normas de su propio gobierno.[33] Es el caso de lo dispuesto por el

---

[31] En línea con esta posición y en apoyo a la resolución de la UBA, en su nota titulada «Una sanción ética» expone Marcelo Ferreira: «[…] cabe señalar en primer lugar que el acceso a la educación superior no es un derecho absoluto. A diferencia de la enseñanza primaria, que debe ser 'obligatoria' y 'asequible a todos gratuitamente', y la enseñanza secundaria, que debe ser 'generalizada y accesible a todos' (art. 13, párrafo segundo, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), la enseñanza superior no debe ser 'generalizada', sino sólo 'disponible' (Observación General Nº 13 del Comité de Derechos Humanos de la ONU). Por ello, la negativa al acceso a la educación superior no es discriminatoria, y en tal virtud el estatuto de la UBA establece en su capítulo V que 'las facultades proponen al Consejo Superior, que resuelve en definitiva, las condiciones de admisibilidad a sus aulas' (artículo 16). Tampoco se encuentra involucrado el derecho a la reinserción social de los afectados, más allá de la discutible aplicación de esta teoría a personas que cometieron crímenes de lesa humanidad, y como tales imprescriptibles, inadmistiables e imperdonables incluso por voluntad popular mayoritaria (Caso Gelman vs. Uruguay; Corte Interamericana de Derechos Humanos).» Artículo periodístico publicado con fecha 09/08/12 en Página 12, disponible en: http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/subnotas/200657-60031-2012-08-09.html, consultada el 09/02/14.

[32] Explica Ferrajoli que «ni siquiera el legislador, en el estado de derecho, es omnipotente. Y también la ley, tanto más si tiene por objeto el uso de la violencia, se encuentra sujeta a límites legales no sólo de forma sino también de contenido» (Ferrajoli, 2001, 94).

[33] En su art. 1°, el Estatuto de la UBA dispone: «la Universidad de Buenos Aires es una entidad de derecho público que tiene como fines la promoción, la difusión y la

Estatuto de la UBA que establece en el Título III «De la función social de la universidad», en su art. 69*:*

> la Universidad de Buenos Aires guarda íntimas relaciones de solidaridad con la sociedad de la cual forma parte. Es un instrumento de mejoramiento social al servicio de la acción y de los ideales de la humanidad. En su seno no se admiten discriminaciones de tipo religioso, racial o económico.

La universidad debe funcionar como una institución conciliadora de la pluralidad de ideas que sostienen no sólo sus integrantes, sino los miembros de la sociedad en la que se encuentra inserta. En este sentido, los argumentos esbozados por la resolución como factores excluyentes para el alumnado en base a su ideología entran en contradicción con sus propios postulados y le abre una puerta a la arbitrariedad e incluso a un régimen de excepcionalidad.

VI. Una posición alternativa: la objeción de conciencia

Carlos Domingo Jurio, previo a la resolución del Consejo Superior de la UBA y tras la negativa del profesor Rodolfo Raffo de aceptarlo en su clase de reclusos, optó por formular una denuncia ante el Instituto contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI). El instituto dictaminó que no se trató de un acto discriminatorio ya que el docente apeló a la «objeción de conciencia»[34], pero recomendó a la Universidad de Buenos Aires garantizar el derecho del solicitante a estudiar. El docente ratificó su rechazo a «dar clases a una persona sobre la cual pesa la razonable sospecha de haber sido partícipe y/o res-

---

preservación de la cultura. Cumple este propósito en contacto directo permanente con el pensamiento universal y presta particular atención a los problemas argentinos.»

[34] Información difundida en el artículo periodístico titulado «Con derecho a objeción», publicado en Página 12 con fecha 01/07/12, disponible en http://www.pagina12.com.ar/diario/universidad/10-197213-2012-07-01.html, consultada el 09/02/14.

ponsable de delitos de lesa humanidad».[35] A su vez manifestó: «en términos generales, no me niego a que se les dé clases. Sólo que yo no estoy dispuesto a darles clases. Los cargos en su contra me afectan.».[36]

De lo analizado hasta el momento se pueden extraer dos cuestiones: la primera en relación a que el acceso a los estudios universitarios constituye un derecho del condenado o procesado cualquiera sea el delito que haya cometido, o bien, cualquiera sea el hecho sobre el cual recae una acusación. En segundo lugar, pesa sobre el Estado, en virtud de la relación de sujeción especial que los vincula, la obligación de permitir el ejercicio de este derecho. En esta línea, es necesario hacer hincapié en el rol que debe jugar el juez de ejecución penal frente al veto impuesto por la universidad pública. Es decir que, quien debe dirimir la cuestión es aquél a quien la Constitución autorizó a velar por el cumplimiento de la ley, esto es, el juez. En definitiva, más allá de lo dispuesto por el Consejo Superior, existe una autoridad de carácter imparcial obligada a procurar la materialización del derecho a la educación para quien ha sido condenado.

En cuanto esto sea cumplido, se tornará procedente cuestionar la posibilidad de hacer uso de la objeción de conciencia por parte de los educadores en los contextos de encierro a los fines de permitir o no que personas imputadas y condenadas por delitos de lesa humanidad asistan a sus clases. Si la posibilidad de objeción de conciencia resulta admisible, será necesario delimitar en qué casos y bajo qué condiciones será admitida a fin de no vaciar de contenido un derecho reconocido constitucionalmente. En esta línea, el Tribunal Constitucional alemán definió la objeción de conciencia como:

> toda decisión seria de carácter moral, es decir, orientada en las categorías del 'Bien' y del 'Mal', que el individuo experimenta internamente en una determinada situación como algo vinculante e incondicionalmente obligatorio, de tal forma que no puede actuar contra ella sin violentar seriamente su conciencia.[37]

---

35 *Ibíd.*

36 *Ibíd*.

37 Sentencia BVerfG 12, 45, 55.

El tema gira en torno a un concepto de carácter subjetivo de difícil o imposible comprobación empírica, más bien, deducible de actos externos de la persona (Muñoz Conde, 1996). En este sentido, sostiene Muñoz Conde que el principal grupo de casos en los que se plantean problemas de admisibilidad de la objeción de conciencia[38] son aquellos relacionados con bienes jurídicos de carácter social o político, mucho menos enraizados en la conciencia colectiva que los derechos fundamentales (v.g. derecho a la vida). Asimismo, manifiesta el autor, que no se puede admitir la libertad de conciencia hasta el punto de sacrificar otros bienes jurídicos individuales necesarios para el desarrollo y el bienestar de las personas (Muñoz Conde, 1996).

Admitir la objeción de conciencia en el caso analizado implica que el derecho invocado pueda ser oponible, e incluso superior a otro derecho: la libertad de conciencia por sobre el derecho a la educación.[39] Por este motivo, es posible que los docentes se puedan amparar en la objeción de conciencia siempre y cuando la institución educativa garantice, tal como lo recomendó el INADI, que otro profesor pueda desempeñar el rol para procurar al preso su derecho constitucional a la educación pública.

---

[38] Al respecto Muñoz Conde distingue entre «objeción de conciencia» y «objeción de conveniencia», advirtiendo que la distinción no es fácilmente realizable y que siempre puede quedar un margen razonable de duda cuando se trata de saber si la decisión adoptada en un caso concreto fue realmente una decisión de conciencia o no (Muñoz Conde, 1996).

[39] En el mes de septiembre del año 2012, la Asociación de Abogados por la Justicia y la Concordia efectuó una formal denuncia penal en contra del Consejo Superior de la UBA por entender que lo resuelto implica una manifiesta discriminación contra un grupo de personas por su estatus social, toda vez que la resolución atacada impide, obstruye, restringe y menoscaba su derecho a estudiar y a gozar de un trato igualitario frente a otras personas que se encuentran en su misma condición, esto es, imputados, procesados o condenados por distintos delitos. La asociación es una ONG con personería jurídica cuyo objeto declarado es el *de «fomentar la concordia y superar las diferencias que han engendrado tantos odios en nuestro país y que fueron causa y consecuencia de la interrupción de su vida constitucional»*. Texto disponible es http://www.justiciayconcordia.org/newsletters/12/septiembre/index.html, consultada el 09/02/14.

VII. Conclusión

Hasta aquí hemos procurado exponer nuestra posición con respecto a un tema delicado y complejo, puesto que entendemos que se trata de una decisión de carácter netamente político y moral[40] que no se identifica como tal, es decir, que asume una postura ideológica encubierta con argumentos contradictorios respectos de las leyes vigentes en materia de derechos humanos.

En consecuencia, la resolución de la UBA implica que los procesados y condenados por delitos de lesa humanidad sean considerados *diferentes* respecto del «delincuente común»: configuran una categoría de sujetos que por la gravedad de los actos cometidos merecen una mayor segregación. En base a ello, les correspondería un régimen jurídico *particular,* no sólo al momento de su juzgamiento, en donde opera la imprescriptibilidad de los delitos cometidos, sino también, al parecer, en la ejecución de su pena, la que varía cualitativamente, pues no pueden ejercer el derecho a la educación pública universitaria, entre otros. Asimismo, al admitirse dicha restricción para las personas procesadas por estos delitos ello implica la vulneración, lisa y llana del principio de inocencia y, mal que les pueda pesar a muchos, mientras una sentencia judicial no declare la culpabilidad en los hechos que se les imputan —por más graves que estos puedan ser— la persona conserva su estado jurídico de inocencia y por lo tanto todos sus derechos.

---

[40] Al respecto, tras la decisión del Consejo, el decano de la Facultad de Filosofía y Letras de la UBA, Héctor Trinchero manifestó: *«Considero que hemos tenido la oportunidad de debatir un delicado y complejo problema. De dar una batalla más por La Memoria, la Verdad y la Justicia. Quienes desde un inicio estábamos convencidos que la cuestión era ante todo un pronunciamiento ético antes que una cuestión hermenéutica de algunas formas jurídicas estamos consustanciados con lo resuelto por el máximo organismo de la UBA. Nadie debe entender lo resuelto como una limitación de derecho al estudio conculcado por ley para quienes están en situación de encierro. La sociedad argentina ha aprendido en el marco de los avances conseguidos en los juicios genocidas que, tal como lo consagra la legislación internacional a la que nuestro país adscribe, los delitos de lesa humanidad no son equiparables con delitos comunes.»* Texto publicado el 13/08/12, disponible en http://laladh.wordpress.com/2012/08/13/triunfo-en-el-consejo-superior-de-la-uba-trinchero-hugo-a-la-liga/, consultada el 09/02/14.

Al respecto cabe recordar las palabras de Zaffaroni, quien sostiene que en la actualidad se ha creado la «criminología del otro», es decir, aquella «[…] basada en la venganza, que se expresa como exclusión, defensa social, neutralización del sujeto peligroso, o sea, que usa el discurso del viejo positivismo pero en un sentido bien vindicativo» (Zaffaroni, 2011, 187). Resulta evidente que este tipo de delincuencia estatal ha generado en el seno de la sociedad argentina un gran rechazo y cualquier defensa que se pretenda esgrimir para hacer menos *inhumana* la vida de estos condenados en prisión importará cuanto menos un repudio moral. A la vez, la finalidad de reinserción social explícita en la ley nº 24.660[41] así como en los tratados de derechos humanos[42], es de imposible cumplimiento para los «monstruos políticos», a quienes se los priva de toda posibilidad de redención.[43] Pero incluso si tuviéramos

---

41 En su art. 1º prescribe: «la ejecución de la pena privativa de la libertad, en todas sus modalidades, tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad.»

42 Tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica coinciden en el objetivo a perseguir mediante la imposición de una pena de encierro. El primero de ellos dispone en el art. 10.3 que «el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los condenados»; en tanto que el segundo instrumento internacional preceptúa en su art. 5 apartado 6, que «las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los penados».

43 «La detención carcelaria no puede ir contra postulados fundamentales que hacen a la reeducación y reinserción social del detenido (art. 1° de la normativa de la ley 24.660), que tienen a la educación, el trabajo y los lazos familiares o quasi-familiares como coadyuvantes de dichos objetivos fundamentales, acordes con el art. 18 de la Constitución Nacional y a los pactos internacionales sobre derechos humanos. Restringir a título de sanción alguno de tales derechos [...] implica ir contra los objetivos de la ley precitada, concordantes con los fijados por la Carta Magna federal.» Cfr. Fallo de la Cámara Nacional de Casación Penal, Sala I, sent. del 5/12/02 en causa 9428, «Sampietro». Pero incluso posicionados desde una lógica diferente a la «resocialización», se advierte que con la sanción de la ley nº 26.206 (ley nacional de educación, dictada en el año 2006, que dedica un capítulo a la educación en los contextos de encierro) se produjo un cambio político por el cual se dejó de considerar a la ejecución de la pena como una cuestión mera-

en cuenta que el objetivo de la reinserción social a través de la cárcel ha quedado invalidado en la actualidad para todo tipo de delincuentes[44], las nuevas interpretaciones del concepto tales como «reintegración social» (Baratta, 2004, 48) resultarían ineficaces para este tipo de delincuencia especial ya que no se tratan de sujetos vulnerables, en el sentido de personas marginalizadas en el ejercicio de sus derechos fundamentales *antes* de la prisión (marginalización primaria), pues no representan a los «clientes» habituales del sistema penal.

Así las cosas, de la letra de la resolución cuestionada surge que el «monstruo político» ha de ser castigado por lo que hizo en el pasado y por lo que hace en la actualidad. Y su castigo no implica sólo un juicio y una condena. Estas circunstancias se ven plasmadas a través del argumento de la *comunidad* y por medio de la *tesis negacionista*. En definitiva, pese a los motivos explícitamente desarrollados, entendemos que la razón última de la posición adoptada por la universidad no es, según parece, la de proteger a la existencia misma de la universidad como *comunidad* y como forma de evitar desavenencias, sino la de imponer un retribucionismo puro, esto es, imponer un castigo *adicional* en repudio a quienes se consideran los enemigos de los valores democráticos imperantes en la actualidad.

Quienes han cometido delitos de lesa humanidad merecen y tienen el mayor repudio no sólo penal sino también moral, pero no conforman aún, en el derecho argentino, una categoría de «delincuentes» en la que el legislador haya reparado para regular un régimen de ejecución de su pena de prisión diferente al resto de la población penal.[45]

---

mente de debate entre resocialización *versus* garantías y derechos individuales de los internos o bien, de tensión entre la educación del interno como un derecho y la función educadora como parte del tratamiento penitenciario. De este modo, una perspectiva de derechos sociales, tal como la que incorpora la ley citada implica comprender que los derechos sociales de los internos, no afectados por la condena, deben estar garantizados y proveídos, sin ligarse al objetivo resocializador.

[44] Alessandro Baratta refiere como productos de la prisión los efectos de la prisionización y culturización carcelaria adversos al objetivo de reinserción. Al respecto sostiene que la reinserción no debe materializarse a través de la cárcel sino a pesar de ella (Baratta, 2004).

[45] En la actualidad, la única categoría de delitos cuya ejecución de la pena es diferen-

Por lo tanto, más allá de su juzgamiento especial y por más reparos extra jurídicos que pretendan utilizarse en contra del ejercicio de sus derechos, lo cierto es que, los procesados y condenados por delitos de lesa humanidad conservan su derecho a la educación en todos sus niveles.

El interés sobre el presente trabajo acarrea varias cuestiones ligadas a nuestras convicciones, no sólo como miembros de la sociedad argentina, sino también como egresadas de la universidad nacional y, particularmente con la mirada que pretendemos brindar desde nuestra labor en la defensa pública de condenados. Pero existe un interés especial, que derivó en la existencia de este escrito, y se constituyó como un objetivo que esperamos cumplir con nuestras palabras; este objetivo no se rinde frente a respuestas negativas puesto que consideramos que nos queda (como sociedad, como parte de la comunidad universitaria, como operadores judiciales) un largo camino a recorrer en materia de ejecución penal para estos delitos. Entonces, porque consideramos que existen muchos puntos a discutir y consensuar, y que el futuro nos espera con nuevos desafíos en la materia, es que nuestro objetivo es un claro llamamiento a no clausurar el debate.

Referencias bibliográficas

Arendt, H. (1999). *Eichmann en Jerusalén*. Barcelona, España: Lumen.

Baratta, A. (2004). *Criminología y Sistema Penal (Compilación in memoriam.* Buenos Aires, Argentina: B de F.

Cano Paños, M. (2007). «¿Clemencia o justicia? Sobre las reticencias existentes en Alemania a la hora de poner en libertad a los últimos terroristas del RAF» en *Revista Indret*, 2.Disponible en: http://www.indret.com/pdf/424_es.pdf.

Emiliozzi, S. (2013). «El programa UBA XXII: un espacio de libertad

ciada son los delitos contra la integridad sexual, ello en virtud de la ley nº 26.813 que modificó a la ley nº 24.660, aprobado con fecha 28/11/12 y promulgado el día 16/01/13.

dentro de la prisión». *Revista La letra partida,* 1(3).Disponible en: http://www.laletrapartida.com.ar/con-esta-letra/ciencia-y-tecnologia/105-el-programa-uba-xxii-un-espacio-de-libertad-dentro-de-la-prision?limitstart=0

Ferrajoli, L. (2001). *El garantismo y la filosofía del derecho.* Bogotá, Colombia: Universidad externado de Colombia.

Foucault, M. (2011). *Los Anormales.* Buenos Aires, Argentina: Fondo de Cultura.

Goffman, E. (1994). *Internados. Ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales.* Buenos Aires, Argentina: Amorrortu editores.

Hilb, C. (2013). *Usos del pasado. Qué hacemos hoy con los setenta*. Buenos Aires, Argentina: Siglo XXI editores.

Iosa, J. (2012). «¿Es justa la demanda de cárcel efectiva para los represores mayores de setenta?» en *Revista Indret*, 3. Disponible en: http://www.indret.com/pdf/901.pdf

Matkovic, P. (2011). «Ley 26.695, de educación en contexto de encierro: educación para todos: aciertos, problemáticas y desafíos» en *Revista Pensamiento Penal*, 132.Disponible en: http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2011/09/ejecucion01_2.pdf

Muñoz Conde, F. (1996). «La objeción de conciencia en derecho penal» en *Revista Nueva Doctrina Penal*, 1996/A.

Pavarini, M. (2010). *Control y dominación.* Distrito Federal, México: Siglo XXI editores.

Zaffaroni, E. R.(2011). *La cuestión criminal.* Buenos Aires, Argentina: Planeta.

Otras referencias:

Blog de la Liga Argentina por los Derechos del Hombre: http://laladh.wordpress.com/

Programa de estudios de la UBA en las cárceles federales: http://www.uba.ar/academicos/ubaxxii/contenidos.php?id=12.

Biblioteca del Congreso Nacional de Chile: http://www.bcn.cl/

INADI: http://www.inadi.gov.ar

Universidad Nacional de Buenos Aires: http://www.uba.ar

Asociación de abogados por la Justicia y la Concordia: http://www.justiciayconcordia.org

Saavedra, A. (2012). Con derecho a objeción en *Página 12*, Buenos Aires. Disponible en: http://www.pagina12.com.ar/diario/universidad/10-197213-2012-07-01.html

Ferreira, M. (2012).Una sanción ética en *Página 12*, Buenos Aires. Disponible en: http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/subnotas/200657-60031-2012-08-09.html

Trinchero, H. (2012). Triunfo en el Consejo Superior de la UBA en *Liga Argentina por los Derechos del Hombr*e, Buenos Aires. Disponible en: http://laladh.wordpress.com/2012/08/13/triunfo-en-el-consejo-superior-de-la-uba-trinchero-hugo-a-la-liga/

Cesano, J.D. (2012). Castigando a los castigados: algunas reflexiones sobre la potestad disciplinaria de la administración penitenciaria en la ley 24.660", Seminario interdisciplinario «Universidad y cárcel» organizado por la Facultad de Filosofía y Humanidades de la Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 10/05/02. Disponible en: http://www.iuspenalismo.com.ar/doctrina/Castigandoaloscastigados.html

Valente, M. (2012). «Dilema universitario en Argentina ante represores estudiosos» en *Ipso noticias,* Buenos Aires. Disponible en: http://www.ipsnoticias.net/2012/07/dilema-universitario-en-argentina-ante-represores-estudiosos/

Sobre el dominio territorial como requisito del elemento político en la definición de delitos de lesa humanidad. Un análisis enfocado en la calificación jurídica de los actos de la izquierda armada en Argentina.

por Juan Iosa *

Resumen

Ofrezco primero una caracterización de la teoría de los dos demonios. Esta teoría, tras gozar del rol de discurso de Estado luego de la recuperación democrática en Argentina, ha sido explícitamente rechazada en la segunda generación de juicios: aquí se consideró que sólo los militares (no las organizaciones de izquierda) cometieron delitos de lesa humanidad. Mi interés está centrado en evaluar las razones que sustentan esa distinción. Con vistas a ese fin, segundo, presento la figura de los delitos de lesa humanidad tal como está fijada en el Estatuto de Roma y distingo cuatro concepciones relativas a cómo debe delinearse su elemento político. Tercero, reconstruyo la interpretación que la Corte y los tribunales argentinos hacen de los requisitos necesarios para que un delito califique como delito de lesa humanidad. Hago foco en el elemento político y específicamente en las condiciones que una organización debe satisfacer para ser capaz de cometer dichos delitos. Cuarto, comparo las decisiones argentinas con las tomadas por las cortes internacionales. Quinto, ofrezco una reconstrucción de los requisitos que a mi entender deben ser tenidos en cuenta (según la concepción normativa que considero correcta) en la definición legal de los delitos de lesa humanidad. Con esta herramienta conceptual en mano evalúo las decisiones jurisprudenciales mencionadas más arriba. Por último, fundamento lo que considero la

* Ver Del Barco, O., 2008, 31-35; También Hilb, C., 2003, 101- 121. Allí Hilb (101) se pregunta: «¿En qué contribuimos nosotros, los militantes de aquella izquierda setentista, a que el Terror del que fuimos tal vez las principales pero por cierto no las únicas víctimas, pudiera advenir? ¿Podemos desligarnos de toda responsabilidad en el advenimiento del horror o es acaso tiempo de reconocer sin concesiones nuestra propia participación en el atizamiento del infierno?»

calificación jurídica adecuada de los delitos cometidos por la izquierda armada en los setenta.

Palabras clave: Delitos de lesa humanidad, elemento político, requisito de territorialidad, violencia política de izquierda, teoría de los dos demonios.

I. Introducción: La teoría de los dos demonios

Desde ambos lados del espectro político se escuchan actualmente voces relativas a la necesidad de revisar la responsabilidad de la izquierda armada tanto por el advenimiento del terror en Argentina durante la década del setenta como por los crímenes cometidos desde sus filas. Desde la izquierda el reclamo de autorevisión es predominantemente moral.[1] Desde la derecha se reclama que los miembros de la guerrilla paguen por sus delitos tal como están pagando los miembros de las Fuerzas Armadas: en moneda de prisión. El reclamo, en otras palabras, es de responsabilidad jurídica. Más aún, la queja consiste en que si no se lleva a juicio a la izquierda armada entonces sólo se estaría contando la mitad de la verdad y se estaría castigando sólo a la mitad de los responsables, lo que sería inaceptable desde cualquier parámetro igualitario.

Sin duda, si hemos de juzgar únicamente a los miembros de las tres armas y a organizaciones paraestatales como la Triple A pero no los crímenes cometidos por la izquierda revolucionaria, las razones para así proceder deben ser no meramente buenas razones sino además cla-

[1] Las inquietudes presentes en este trabajo han salido a la luz gracias a las discusiones generadas en el ámbito del grupo de trabajo sobre «El juzgamiento de los crímenes de lesa humanidad en la Argentina postdictatorial», que codirijo junto a Hernán Bouvier. Agradezco sus aportes a todos los miembros del equipo. Agradezco también a los participantes del seminario «Nuevas ideas en el Derecho Penal Argentino», convocado por Daniel Pastor, Gabriel Pérez Barberá y Pablo Navarro, que tuviera lugar en Dique Chico, Córdoba, en Noviembre de 2012, sus valiosas críticas y observaciones. Una versión de éste trabajo ha sido publicada en la revista Crítica Penal y Poder, Universidad de Barcelona, 2014, nº 6.

ras y explícitas: mostrar por qué unos casos deben ser juzgados incluso hoy mientras que otros, si bien tal vez debieron ser juzgados ayer, hoy ya no son susceptibles de revisión judicial. No debe permitirse que un sector de la sociedad argentina albergue dudas sobre la justicia e imparcialidad del actuar de las instituciones republicanas.

A revisar la corrección de tal criterio diferenciador está en parte destinado este trabajo. Ahora bien, como es bien sabido, «todo intento de repensar la responsabilidad de las fuerzas insurrectas es en Argentina inmediatamente condenado bajo la acusación de contribuir a sostener la «teoría de los dos demonios».[2] Revisemos entonces qué afirma dicha teoría, analicemos sus tesis y las críticas que enfrentó para determinar si algo queda y por qué debe desecharse lo que deba desecharse.

A mi modo de ver la teoría en cuestión está compuesta por una tesis causal explicativa y una tesis de atribución de responsabilidad.

En el nivel causal lo que afirma es que el terror del proceso se explica —en partes iguales— por la violencia de ambos bandos. Así en el prólogo de Sábato al Nunca Más: «Durante la década del 70, la Argentina fue convulsionada por un terror que provenía tanto desde la extrema derecha como de la extrema izquierda».[3]

En el nivel de la responsabilidad afirma que tanto (las cúpulas de) la guerrilla como los militares son igualmente responsables moral y jurídicamente y deben ser castigados por igual.

Comencemos por la tesis causal. La determinación de su verdad es relevante porque es una condición de atribución de responsabilidad. Veamos entonces si es cierta. Para evaluar esto cabría dividirla en dos tesis:

a) Las acciones de los dos grupos causaron el terror.

b) Ambos grupos contribuyeron *por igual* a su producción.

Contra la tesis causal es usual escuchar el argumento de que al momento del golpe la guerrilla ya estaba prácticamente derrotada, que

---

2 Hilb, 2013, 55.

3 CONADEP, 2006, 11.

el golpe no se explica como una reacción frente a la guerrilla sino, por ejemplo, por la necesidad de establecer un modelo neoliberal.

Este argumento me parece dudoso. Para evaluar su fortaleza bien cabe hacer el experimento mental de suprimir la violencia armada de izquierda en el período 1969-1976 y pensar si aún sin esa violencia se hubiese dado el golpe. A mi modo de ver ello es altamente improbable.

Hay otro elemento que complejiza el tema. Cuando hablamos de *causar el terror* surge una ambigüedad. Por *terror* nos podemos estar refiriendo a las causas del golpe de estado del 24 de marzo de 1976 o a todo el daño provocado durante el período de la dictadura.

Detengámonos en el primer significado (atribuir causalidad a la izquierda por el modo en que actuaron las Fuerzas Armadas durante el proceso es del todo implausible). ¿Es cierta la teoría de los dos demonios en el sentido de que las acciones de ambos bandos causaron el golpe?

A mi modo de ver la tesis a) es verdadera: ambos contribuyeron de modos diversos a que acaezca el golpe. Pero la tesis b) es falsa. La igualdad de potencia causal no se sostiene porque el golpe fue un acto libre de determinadas personas: los militares podrían haberse abstenido de realizarlo de modo que su decisión es la principal causa de los hechos.

Analicemos ahora la teoría de los dos demonios como teoría de atribución de responsabilidad. Esta teoría se vio plasmada en los decretos 157 y 158 de Alfonsín que ordenaba promover acción penal tanto contra las cúpulas de las fuerzas insurrectas como contra las Juntas.

La teoría sostiene que:

a) ambos grupos son moral y jurídicamente responsables.

b) que lo son en igual grado.[4]

Las tesis pueden ser ambas negadas, ambas afirmadas o afirmada la primera y negada la segunda.

---

[4] Creo sin embargo que hay una tercera tesis presupuesta en la teoría de los dos demonios: la responsabilidad es algo que se predica del colectivo y no de cada individuo, de modo que todos los miembros del colectivo, en algún sentido, son responsables o inocentes, o deben o no ser juzgados.

Si los decretos de Alfonsín parecen sugerir que su gobierno asumía la verdad de ambas, su negación ha corrido a cargo de amplios sectores de la izquierda. Así Hebe de Bonafini con ocasión de la última edición del *Nunca Más* durante la gestión de Néstor Kirchner se refería en estos términos al antiguo prólogo donde a su entender se sostenía la teoría de los dos demonios: «*Sábato junto a Tróccoli hicieron esa mierda para hablar de dos demonios, nuestros hijos no eran demonios. Eran revolucionarios, guerrilleros, maravillosos y los únicos que defendieron a la Patria*».[5]

La determinación del valor de verdad de la tesis en cuestión es central: nos permitirá a nosotros revisar tanto nuestros juicios morales sobre los hechos como juzgar la corrección del proceso de juzgamiento que tuvo lugar con el advenimiento de la democracia y que luego de las leyes de impunidad y los indultos vive hoy un nuevo período de auge que, a diferencia del primero, tiene en los militares a sus únicos imputados.

A mi modo de ver la tercera opción (ambos grupos son moral y jurídicamente responsables pero no lo son en igual grado) es la correcta. Esto equivale a afirmar que la teoría de los dos demonios es falsa (pues la teoría es una conjunción de dos tesis y quien niega una niega la verdad de la teoría). Ahora bien, la falsedad de la teoría se puede sostener sobre razones equivocadas. De modo que lo que haré a continuación es explicitar las razones por las que considero que debe ser rechazada y diferenciarlas de otras razones para el rechazo, particularmente las que ha hecho suyas la jurisprudencia argentina, que a mi juicio no son razones en absoluto.

Comenzaré distinguiendo someramente los argumentos que desafiaron la equiparación de responsabilidades.

a) La desproporción entre las víctimas del terrorismo de estado por un lado y de la guerrilla por el otro está fehacientemente docu-

---

[5] Declaraciones de Hebe de Bonafini, tomadas de «Controversia por el prólogo agregado al informe «Nunca más», en La Nación, edición del viernes 19 de mayo de 2006. Disponible on line en: http://www.lanacion.com.ar/807208-controversia-por-el-prologo-agregado-al-informe-nunca-mas

mentada. Este hecho, que apunta a una responsabilidad diferenciada, creo que se puede dar por cierto. Las fuerzas insurrectas asesinaron a algunos cientos (la mayoría pertenecientes a las fuerzas de seguridad del Estado) mientras que, según la CONADEP, las víctimas de los militares fueron cerca de 9000 (de los cuales una buena parte, si bien militantes de izquierda, eran civiles no combatientes). Como todos sabemos, la cifra canónica es de 30000 desaparecidos.

b) Existe una diferenciación clara entre ambos bandos en virtud de los métodos empleados: la tortura, la desaparición, el secuestro sistemático, los campos de concentración y el robo de niños, sólo fueron utilizados sistemáticamente por las fuerzas militares usurpadoras del poder. Esto es un hecho fehacientemente documentado que no requiere mayor discusión.

c) El poder fáctico de los militares a cargo del Estado era incomparable con el de la insurrección, esto implicaría que los militares tienen mayor responsabilidad. No me resulta del todo claro el peso de este argumento (podría haber aquí algo similar a la falacia naturalista). Pero sin duda hay un punto moral en el mayor juicio de reproche que hacemos al abuso de poder por parte del más fuerte.

d) Las responsabilidades no pueden ser equiparadas porque los militares estaban a cargo del Estado, es decir, del poder político que es el garante de la paz social y de las normas que aseguran la vida en común. Los grupos armados, por el contrario, son simples particulares. Al estar a cargo del Estado, la responsabilidad de los militares es mayor: sólo sus crímenes (y no los de aquellos que no estaban en esa situación) son delitos de lesa humanidad.[6]

---

[6] Así Hilb: La eliminación de todo tipo de normas de contención, jurídicas, cívicas y éticas en la persecución del enemigo por parte del poder político, cuya función es precisamente custodiar la existencia de normas comunes que contengan los conflictos en un marco de regulación, es incomparable con la negación activa de estas normas por parte de una fuerza insurreccional, cuyo accionar puede ser juzgado en el marco de la ley que viola. Al hacer, desde el lugar del poder y la ley, de

Una versión de esta última tesis (la que califica como delitos de lesa humanidad no sólo a los cometidos desde el Estado sino también a los cometidos por organizaciones cuasi-estatales con poder territorial —y simultáneamente niega que las organizaciones de izquierda hayan cumplido con dicho requisito—) está detrás de la postura adoptada por el Estado argentino en la segunda generación de juicios. Ello equivale al abandono de la teoría de los dos demonios como discurso de estado.[7] En lo que sigue me detendré en el análisis de esta posición y de las razones que a su favor aducen sus defensores. Cabe apuntar que la diferente responsabilidad está aquí vinculada a la mera pertenencia al aparato del Estado: es independiente del tipo de crimen cometido, del método empleado, etc. Lo que se afirma es que dos acciones injustas tales que fuera de contexto pueden merecer la misma calificación normativa, eg., homicidio, en realidad cambian de calificación dependiendo del contexto en que se cometieron y que particularmente, esas acciones son calificables como delitos de lesa humanidad sólo en tanto fueron cometidas desde el Estado o por organizaciones similares a los Estados. La pertenencia al Estado o a una organización cuasi-estatal es para esta posición un requisito esencial para contar con la capacidad de cometer crímenes de lesa humanidad. Del hecho de que un crimen sea de lesa humanidad se sigue su carácter imprescriptible, y por lo tanto la posibilidad de seguir sometiendo a juicio a sus autores. Por esta razón estarían hoy siendo juzgados los militares y no los civiles miembros de las fuerzas insurrectas (organizaciones ni estatales ni cuasi-estatales) cuyos crímenes habrían prescripto.

El punto está entonces en la determinación de los requisitos para que un delito califique como de lesa humanidad. Debemos determinar si es adecuada la reconstrucción que de dichos requisitos ofrece la jurisprudencia argentina hoy dominante.

---

la ilegalidad su Norma, el terrorismo de estado daña de una manera incomparable a cualquier acción insurreccional –insisto, siempre judiciable- la posibilidad misma de la vida política.» Hilb C., ob. cit. nota 2.

7 En este sentido Filippini, 2008, p. 320 y ss.

II. Los delitos de lesa humanidad según el Estatuto de Roma

Toda indagación sobre el límite entre delitos comunes y delitos de lesa humanidad o, lo que es lo mismo, todo intento de precisar este último concepto, debe comenzar hoy por la definición que de tales delitos hace el Estatuto de Roma.[8] Dicho Estatuto afirma:

> Artículo 7
> Crímenes de lesa humanidad
> 1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por «crimen de lesa humanidad» cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa *como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil* y con conocimiento de dicho ataque: a) Asesinato; b) Exterminio; c) Esclavitud; d) Deportación o traslado forzoso de población; e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; f) Tortura; g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable; h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género defini-

[8] Aprobado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional, Aprobado en Argentina por ley 25.390 del 30/11/ 2000, el Estatuto entró en vigor el 1 de julio de 2002. Puede cuestionarse sin embargo la aplicabilidad de la definición de delitos de lesa humanidad contenida en el Estatuto a hechos cometidos en la década del 70. Como bien señala el procurador en la causa «Derecho» (Expte. D. 1682. XL. RHE, Derecho, René Jesús s/ Incidente de Prescripción de la Acción Penal —causa n° 24079— fecha 01/09/2006, ver punto III.A del dictamen) el Estatuto amplía antes que restringe el espectro de lo aceptado como crímenes de lesa humanidad. Sólo con los desarrollos jurisprudenciales y doctrinarios vinculados a los crímenes de Yugoslavia y Ruanda se comenzó a flexibilizar el requisito político. En otras palabras, hasta la década del 90 había acuerdo en que los únicos capaces de cometer delitos de lesa humanidad eran los Estados. Si éste es el caso entonces, por aplicación del principio de ley penal más benigna, deberíamos excluir de la posibilidad de cometer estos crímenes a las organizaciones no estatales que actuaron antes de los 90.

> do en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte; i) Desaparición forzada de personas; j) El crimen de apartheid; k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.
> 2. A los efectos del párrafo 1:
> a) Por «ataque contra una población civil» se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, *de conformidad con la política de un Estado o de una organización* de cometer ese ataque o para promover esa política (la cursiva es mía).

La dogmática ha distinguido dos condiciones centrales (aquí podemos dejar de lado mayores precisiones sobre el punto) que deben darse para que un delito sea de lesa humanidad. Por un lado el elemento contextual, es decir, un delito de los enumerados será calificable como de lesa humanidad cuando se cometa *como parte de* un ataque generalizado y sistemático contra la población civil. Por otro lado el elemento político, es decir, un delito será de lesa humanidad sólo si se comete de conformidad con la política de un Estado o una organización.

Las preguntas aquí relevantes son relativas al elemento político. La primera tiene que ver con qué justifica que los delitos cometidos desde el Estado y desde ciertas organizaciones merezcan un tratamiento más gravoso para el imputado (jurisdicción universal, imprescriptibilidad, inamnistiabilidad, etc.,) que otros delitos tanto o más aberrantes cometidos por individuos u organizaciones que no califican como aquellas capaces de cometer delitos de lesa humanidad. La pregunta es, en otras palabras, sobre la fundamentación del elemento político como requisito necesario de la comisión de delitos de lesa humanidad.[9]

---

[9] La justificación del requisito político está actualmente en debate. A favor de la eliminación de dicho requisito del artículo 7 del Estatuto de Roma y, en general,

La segunda tiene que ver con cuál es el concepto de *organización* en juego, con cuál es su alcance y, en consecuencia, con qué organizaciones no estatales son capaces de cometer delitos de lesa humanidad. Aquí me centraré sólo en este problema ya que es más específico y útil a los propósitos aquí perseguidos.[10]

Respecto de quién tiene capacidad de cometer delitos de lesa humanidad, y consecuentemente, respecto de qué organizaciones pueden cometer estos delitos, en la doctrina existen cuatro posturas.

1. La primera postura (estricta) limita la capacidad sólo a los Estados de iure o de facto. Consecuentemente excluye a las organizaciones no estatales. Pese a que quienes afirman que el artículo 7 del Estatuto de Roma debería leerse en este sentido,[11] a mí en-

---

de la misma definición de crímenes de lesa humanidad, ver por ejemplo, Halling, 2010, 827 -845.

[10] Volveré sobre el problema general de la justificación sólo cuando sea útil a los fines de delinear el concepto de organización normativamente relevante. Cabe sin embargo destacar la esencial vinculación entre el ámbito normativo y el conceptual en este tipo de cuestiones. Así, sólo contarían como crímenes contra la humanidad aquellos actos respecto de los cuales tengamos buenas razones para imputarles las consecuencias propias de esos delitos. Igualmente si el carácter estatal del actor es relevante como elemento justificatorio de la agravante, entonces puede que sólo las organizaciones alcanzadas por la misma justificación que la que habilita una mayor incriminación para los Estados sean susceptibles de cometer delitos de lesa humanidad. Otra posibilidad es que contemos con una justificación independiente para agravar los actos de estas organizaciones. Es claro que si no hay ninguna justificación que las alcance entonces deberíamos excluirlas de la capacidad de cometer tales crímenes.

[11] Cherif Bassiouni, M., 2005,151-52: «En contra de lo que opinan algunos de sus defensores, el artículo 7 no implica un nuevo desarrollo de los crímenes contra la humanidad, a saber, su aplicabilidad a actores no estatales. Si ese fuera el caso, la mafia, por ejemplo, podría ser imputada por tales crímenes ante la CPI, y eso claramente no es conforme ni a la letra ni al espíritu del artículo 7. La cuestión surgió luego del 11/09, sobre si grupos tales como Al-Qaeda, que opera mundialmente y es capaz de producir daños significativos en más de un Estado, caen dentro de la categoría. En la opinión de este autor, grupos como ese no califican para su inclusión dentro del significado de crímenes contra la humanidad según la definición del art. 7… El texto claramente se refiere a una política estatal y las

tender una interpretación semejante resulta un tanto forzada en virtud de su texto expreso. Quizás la mejor lectura de esta postura sea considerarla como afirmando que la justificación del agravamiento sólo alcanza a los Estados y que esto justificaría un cambio de la legislación internacional (excluyendo a las organizaciones de la capacidad de cometer tales delitos).[12]

2. La segunda postura (intermedia) afirma que son calificables como delitos de lesa humanidad los cometidos tanto por Estados como por organizaciones similares a los Estados. Aquí el tema es qué características se consideran relevantes para establecer la similitud. Al respecto hay al menos dos posiciones:

   2a. Considerar como relevante a los fines de la similitud sólo el dominio sobre el territorio. Esta es una postura restrictiva ya que entonces sólo contarán como capaces de cometer delitos de lesa humanidad organizaciones que hayan desplazado al Estado del territorio en cuestión, ie., organizaciones tales que lo único que les falte para ser Estados completos sea reconocimiento internacional.

   2b. Considerar como relevantes a los fines de establecer la similitud otras características indicativas distintas del poder territorial tales como (y aquí meramente a título de ejemplo): a) ser un grupo de personas, b) que actúe con un propósito común, c) por un período de tiempo prolongado, d) con

palabras 'política de una organización (organizational policy)' no se refieren a la política de una organización sino a la política de un Estado. No se refiere a actores no estatales.» Cabe también notar que quienes la sostienen como interpretación del Estatuto lo hacen sobre la base de que su texto en inglés habla de que dichos delitos son ataques a la población civil «pursuant to or in furtherance of a State or *organizational* policy». Así «organizacional policy» como adjetivo y no como sustantivo, referiría a la política de un órgano del Estado.

[12] En el ámbito teórico, quienes justifican la noción de crímenes de lesa humanidad en virtud de la especial gravedad de la criminalidad estatal, se comprometen (o deberían comprometerse si pretenden ser consecuentes) con la exclusión de las organizaciones no estatales de la capacidad de cometer estos delitos. Al respecto ver Luban, D., 2004, 85-167, y Vernon, R., 2002, 231- 249.

estructura jerárquica, e) con capacidad de imponer una política sobre sus miembros y sancionarlos, f) con capacidad de atacar a la población civil.

3. También hay quienes entienden que cualquier tipo de organización puede cometer delitos de lesa humanidad. Ello en tanto tenga la capacidad de atacar valores humanos fundamentales. Esta postura abandona la exigencia de similitud con el Estado.
4. Una última postura afirma que se debe quitar la referencia a grupos (Estados u organizaciones no estatales) en virtud de que se debe poder incriminar por estos delitos también a individuos en tanto cometan las atrocidades que el Estatuto de Roma está llamado a conjurar.[13]

Estas son posturas teóricas, relativas a cómo debe concebirse la capacidad de comisión de estos delitos. Ahora bien, en virtud de que el texto de la convención establece taxativamente que sólo pueden ser sujetos activos los Estados y las organizaciones, la interpretación dogmática debe limitarse a la segunda y a la tercera alternativa.

III. El criterio seguido por los tribunales argentinos

En los años posteriores a la entrada en vigor del Estatuto de Roma, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, si bien no se ha visto en la necesidad de sentar postura expresa frente a la calificación normativa de los actos de la izquierda armada en los setenta, sí se ha pronunciado sobre la definición de los delitos de lesa humanidad y, específicamente, sobre las características requeridas para ser capaz de calificar como sujeto activo de tales delitos. Particularmente en «Simón»[14], y «Derecho»[15] se pronunció a favor de una interpretación estricta de la

[13] Ver nota 9.

[14] Simón, Julio Hector y otros (14/06/2005 - Fallos: 328:2056).

[15] Derecho, René Jesús, (11/07/2007 - Fallos: 330:3074).

segunda postura: pueden cometer delitos de lesa humanidad el Estado y las organizaciones no estatales con base territorial. Revisemos sus argumentos.

1. Fallo «Simón»

El fallo «Simón» es complejo por diferentes razones, entre ellas que la cuestión central no era relativa a la capacidad de las organizaciones de izquierda de cometer estos delitos y que los jueces votaron de una forma notablemente atomizada. Sin embargo no debe dejar de destacarse que, en su voto, con cita a Cherif Bassiouni,[16] la Dra. Carmen Argibay sostuvo que:

> (…) el criterio más ajustado al desarrollo y estado actual del derecho internacional es el que caracteriza a un delito como de lesa humanidad cuando las acciones correspondientes han sido cometidas por un agente estatal en ejecución de una acción o programa gubernamental. La única posibilidad de extender la imputación de delitos de lesa humanidad a personas que no son agentes estatales es que ellas pertenezcan a un grupo que ejerce el dominio sobre un cierto territorio con poder suficiente para aplicar un programa, análogo al gubernamental, que supone la ejecución de las acciones criminales» [17]

2. Fallo «Derecho»

En el caso en cuestión[18] se investigaba el supuesto hecho de torturas cometidas en abril de 1988 contra Juan Francisco Bueno Alves. El perpetrador de tales actos habría sido el oficial René Jesús Derecho. El fallo es importante pues, pese a no estar directamente abocado a tratar los delitos cometidos por las organizaciones de izquierda, define lo que a criterio de la Corte ha de entenderse como delitos de lesa

---

16 Cherif Bassiouni, M., 1999, 243/246 y 275.

17 Considerando n° 10 del voto de la Dra. Argibay en «Simón». Fallos: 328:2056.

18 Ver nota 15.

humanidad y, específicamente, establece los límites y alcances del requisito político. La Corte, remitiendo al dictamen del procurador,[19] sostuvo que el delito no constituía un crimen contra la humanidad sino un delito común y que por lo tanto había prescripto. En el dictamen aludido el procurador sostuvo que tanto en virtud de la definición de delitos de lesa humanidad contenida en el Estatuto de Roma como en virtud de los «criterios de guía más generales» desarrollados por la doctrina para trazar el límite entre delitos comunes y de lesa humanidad, los hechos investigados no caían dentro de esta última clase.

Comencemos por la reconstrucción de estos últimos parámetros en el entendimiento del procurador. Comienza señalando que a diferencia de los delitos comunes que lesionan sólo los derechos fundamentales de las víctimas, los delitos de lesa humanidad «implican una lesión a toda la humanidad como conjunto». Sin embargo, como él mismo bien reconoce, nos hace falta aún un criterio para determinar bajo qué circunstancias un delito concreto ofende a la humanidad en su conjunto. De no contar con un argumento al respecto la afirmación quedaría sólo como un ejemplo de retórica exitosa.

Para establecer el criterio en cuestión, ie., para el análisis de las razones generales que favorecen una definición y no otra de «delitos de lesa humanidad» el procurador hace suyos los argumentos sostenidos por Luban en *A theory of crimes against humanity.*[20] Siguiendo a Luban el procurador afirma que el propósito de los delitos de lesa humanidad es proteger la característica propiamente humana de ser un «animal político», es decir, de agruparse y formar organizaciones políticas necesarias para la vida social. La característica humana de vivir en grupo, la necesidad natural de vivir socialmente, tiene por consecuencia la exigencia de crear una organización política artificial que regule esa vida en común. La mera existencia de esa organización, sin embargo, implica una amenaza, al menos abstracta, al bienestar individual. Los delitos de lesa humanidad representan la amenaza más grave: se trata de casos en los que la política se ha vuelto cancerosa o perversa. El ser humano

---

[19] Ver nota 8.

[20] Luban, D., ob. cit. nota 12.

no puede vivir sin una organización política, pero la constitución de un orden institucional crea el riesgo y la amenaza permanente de que éste se vuelva en contra del hombre (op. cit., p. 90 y ss. y p. 117 y ss.). Los casos de delitos de lesa humanidad son justamente la realización de la peor de esas amenazas, la de la organización política atacando masivamente a quienes debía cobijar. «Humanidad», por lo tanto, en este contexto, se refiere a la característica universal de ser un «animal político» y la caracterización de estos ataques como crímenes de lesa humanidad cumple la función de señalar el interés común, compartido por el género humano, en que las organizaciones políticas no se conviertan en ese tipo de maquinaria perversa. El criterio de distinción entonces radicaría no en la naturaleza de cada acto individual (es decir, por ejemplo, cada homicidio) sino en su pertenencia a un contexto específico:

> El alto grado de depravación, por sí mismo, no distingue a los delitos de lesa humanidad de los hechos más crueles que los sistemas locales criminalizan. Más bien, lo que distingue a los delitos de lesa humanidad radica en que son atrocidades cometidas por los gobiernos u organizaciones cuasi-gubernamentales en contra de grupos civiles que están bajo su jurisdicción y control. (op. cit., p. 120).[21]

La justificación aquí reconstruida limita el concepto de delitos de lesa humanidad básicamente a los gobiernos. Pero tanto el procurador como David Luban incluyen (sin que esto requiera a su entender mayor aclaración), en el alcance de la justificación a las organizaciones cuasi-gubernamentales.

Seguidamente el procurador pasa a analizar la categoría desde un punto de vista histórico y destaca que tuvo su origen al finalizar la Segunda Guerra Mundial. Efectivamente el Estatuto de Nüremberg da una primera definición estatutaria de estos delitos teniendo en mente las atrocidades cometidas por el régimen nacionalsocialista, es decir crímenes aberrantes y de gran magnitud *«cometidos por la organización política en contra de sus propios ciudadanos… o contra civiles de Estados*

[21] Ver considerando IV, cuarto párrafo, del dictamen del procurador.

enemigos… la categoría… nace como respuesta a las manifestaciones más terribles del poder estatal pervertido en infractor de los derechos humanos».[22] Estas consideraciones también apuntan en la dirección de que sólo están alcanzados por esta calificación los crímenes cometidos desde el Estado (y organizaciones cuasi-estatales).

Tras revisar estos «criterios de guía más generales» el procurador se avoca al análisis de la definición legal de estos delitos: la contenida en el Estatuto de Roma. Aquí sí se detiene a dar cuenta del concepto de organización que considera relevante y por lo tanto este punto merece especial atención. Al respecto afirma que según el Estatuto de Roma los crímenes en cuestión son a) los actos atroces enumerados en el artículo 7 de dicho Estatuto, ie., un núcleo de actos de extrema crueldad. b) Estos actos deben haber sido llevados a cabo *como parte de* un «ataque generalizado o sistemático», c) dicho ataque debe estar dirigido contra una población civil, d) de conformidad con la política de un Estado o de una organización, o para promover esa política.[23]

Pasa seguidamente el procurador a analizar la jurisprudencia y la doctrina relativa al entendimiento del art. 7 del Estatuto. Con cita al fallo «Prosecutor vs Tadic», dictado por el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia el 7 de mayo de 1997, refiere que los requisitos de generalidad y sistematicidad tienen como propósito la exclusión de hechos aislados o aleatorios de la noción de delitos de lesa humanidad. «Generalidad» significa, según el fallo, la existencia de un número de víctimas, mientras que «sistematicidad» hace referencia a la existencia de un patrón o de un plan metódico.

Luego se refiere a lo que en doctrina se conoce como requisito político: el ataque debe haber sido llevado a cabo de conformidad con la política de un Estado o una organización. Afirma que «política» refiere aquí a las orientaciones o directrices que rigen la actuación de una persona o entidad en un asunto o campo determinado. Este requisito sirve también para la exclusión de la categoría de delitos de lesa humanidad de actos aislados o aleatorios.

---

[22] Idem, considerando IV, séptimo párrafo.

[23] Idem, considerando V, primer párrafo.

Importante para nuestro propósito aquí. Nuevamente citando el fallo «Prosecutor vs Tadic» el procurador afirma que «la política de persecución no necesariamente tiene que ser la del Estado. Pero aun cuando la fuerza que impulsa la política de terror y persecución no sea la de un gobierno, debe verificarse el requisito de que al menos debe provenir de un grupo que tenga control sobre un territorio o pueda moverse libremente en él (fallo citado, apartado 654).»[24] El procurador

---

[24] Idem, considerando V, noveno párrafo. Cabe resaltar que el procurador tergiversa el fallo «Tadic» al utilizarlo como fundamento de su posición limitadora de la capacidad de cometer delitos de lela humanidad sólo a Estados y organizaciones con poder territorial. (En el mismo sentido «Manfroni, C., 2007, 30 y ss., En contra Filippini, 2008, 336 y ss.). En realidad el fallo afirma que ni siquiera la territorialidad es un requisito necesario y que cualquier organización puede cometer delitos de lesa humanidad. Al respecto nada mejor que citar el fallo. Así, si bien es cierto que, como cita el procurador, en el considerando 654 el fallo afirma que «la ley en relación con los delitos contra la humanidad se ha desarrollado hasta tener en cuenta fuerzas que, aunque no aquellas del estado legítimo, tienen poder de hecho sobre, o son capaces de moverse libremente dentro de, un territorio definido»; también es cierto que el fallo continúa sosteniendo que «(…) bajo el derecho internacional los crímenes contra la humanidad pueden cometerse en representación de entidades que ejercen control de facto sobre un particular territorio pero sin reconocimiento internacional de estatus formal como estado de iure **o por un grupo u organización terrorista.** En el considerando 655, continua en el mismo tono. Hace suyos los argumentos de la Comisión para el Derecho Internacional en el sentido de que estos actos «**ni siquiera requieren estar dirigidos o instigados por un grupo en control permanente del territorio**» (el resaltado es mío). Continúa destacando que dicha Comisión no descarta «la posibilidad de que individuos privados con poder de facto u organizados en bandas criminales o grupos puedan también cometer este tipo de violaciones sistemáticas y masivas de derechos humanos…»Por todas estas consideraciones el tribunal concluye afirmando que «aunque una política de cometer estos actos debe existir, no necesita ser la política de un estado». En virtud de las consideraciones apuntadas, ie., que una organización terrorista puede cometer estos crímenes y que dichas organizaciones no requieren dominar un territorio para contar como tales, está claro que tampoco necesita ser la política de una organización con dominio territorial.
Además de «Tadic», el procurador cita en apoyo de su posición (la limitación de la capacidad para cometer delitos de lesa humanidad a las organizaciones con poder territorial) dos artículos de doctrina. Respecto de uno de ellos (Arsanjani, M, 1999, p. 31), el procurador afirma que se conforma parcialmente con su interpretación del término «organización» aunque ampliándola considerablemente. Es digno

continúa afirmando que cuando el texto de la letra *a*, inc. 2 del art. 7 del Estatuto de Roma se refiere a una *organización* como el tipo de ente que junto al Estado, puede promover una política de ataque a la población civil, «no se hace referencia a cualquier organización, como la que podría constituir un órgano del poder ejecutivo.[25] Se trata en realidad de un término que engloba a organizaciones cuando su posición en la disputa por el poder sea de tal magnitud que pueda hablarse de un cuasi control de un territorio por su parte, o por parte de grupos insurrectos en lucha pareja por el control del Estado.» [26] Aparte de la equivocada referencia a la autoridad del fallo «Tadic» el procurador no parece ofrecer mayores razones a favor de la postura que adopta.

Aplicado el *holding de Derecho* a los delitos de la izquierda argentina cometidos antes y durante el golpe de estado del 76 (delitos que, repito, no fueron expresamente considerados en el caso) resulta que estos no son delitos de lesa humanidad porque las organizaciones de izquierda no tenían control territorial y por lo tanto no cuentan entre las organizaciones previstas por el art. 7 del Estatuto de Roma.

3. Fallo «Rucci»

En la causa «Derecho» la Corte Suprema, si bien caracteriza los delitos de lesa humanidad, no tiene ante sí un hecho cometido por una organización armada. Este sí es el caso en la recientemente resuelta en primera instancia causa «Rucci», fallada por el Juez Federal Ariel Lijo el

---

de notar que dicha ampliación es tal que en absoluto limita la capacidad de cometer estos delitos a las organizaciones con poder territorial. En efecto, Arsanjani afirma que según el art. 7 de la convención «los crímenes contra la humanidad pueden ser cometidos no sólo por o bajo la dirección de miembros del Estado sino también por 'organizaciones'. La última palabra está dirigida a incluir grupos tales como organizaciones terroristas u organizaciones de movimientos separatistas o insurreccionales.» Como un grupo terrorista no requiere base territorial, entonces, de acuerdo con nuestra autora, no es cierto que el dominio territorial sea un requisito.

25 Tal como la Policía Federal Argentina, uno de cuyos miembros habría torturado a Bueno Alves.

26 Ver el dictamen del procurador, considerando V, doceavo párrafo.

10 de agosto de 2012.[27] En dicha causa se investiga el asesinato, el 25 de setiembre de 1973, de José Ignacio Rucci, supuestamente a manos de la agrupación Montoneros. Adecuadamente el juez interviniente considera que la acción penal sólo se encontraría vigente si el delito en cuestión fuera imprescriptible. Como la imprescriptibilidad de un delito depende de su carácter de crimen contra la humanidad, el juez se aboca a determinar si éste es el caso.

El juez rechaza esta calificación y en consecuencia declara prescripto el delito sobre la base de dos tipos de consideraciones diferentes, una relativa al elemento político y otra al elemento de contexto.

En primer lugar, afirma el juez que la organización Montoneros no tenía dominio sobre el territorio y que, por lo tanto, no cuenta como una organización a los fines del Estatuto de Roma, ie., no es capaz de cometer delitos de lesa humanidad. Al respecto sostiene que *«el término organización, si no se vincula con el Estado, debe referirse a un ente —autoridad— que ejerza una dominación política análoga»*[28] Para que éste sea el caso el juez entiende que la organización en cuestión debe haber *«neutralizado el poder del Estado y ejercido de facto un dominio absoluto sobre la población en un cierto territorio»*.[29] En apoyo de esta postura cita el voto de la Dra. Argibay en el fallo «Simón», tal cual ha sido referido más arriba. En el mismo sentido cita un texto de Alicia Gil Gil donde esta autora afirma que *«Sólo cuando la organización o grupo ha alcanzado tal poder que neutraliza el poder del Estado o controla de facto una parte del territorio puede hablarse de la necesidad de la intervención subsidiaria del Derecho Penal Internacional»*.[30] Asimismo el juez

---

27 Causa n° 13683/08 caratulada «N.N. s/asociación ilícita» disponible on line en http://contenidos2.tn.com.ar/2012/08/10/Fallo-Rucci.pdf

28 Idem, considerando V.3.D, octavo párrafo.

29 Idem, considerando V.3.D, noveno párrafo. Aquí el juez está haciendo referencia al voto del Dr. Freiler en la causa 40.188, Rovira, Miguel s/prisión preventiva, resuelta por la CCCFed., Sala I, el 14/03/08. Allí se estableció que la organización paraestatal «Tiple A» satisfacía el elemento político de los crímenes contra la humanidad justamente en virtud de las consideraciones arriba apuntadas.

30 Gil Gil, A., 2002, p. 122.

tiene por acreditado que *«la agrupación Montoneros nunca ejerció un dominio político similar sobre un territorio determinado»*[31]

Pero el particular interés del fallo es que agrega algunas consideraciones (ausentes del dictamen del procurador en «Derecho») respecto de por qué la territorialidad sería tan importante a los fines de determinar si una organización cuenta o no como tal a los fines del Estatuto.[32] Al respecto remite por un lado al voto del Dr. Lorenzetti en *Simón*. Allí el Dr. Lorenzetti afirma que *«es característico de estos delitos el involucrar una acción organizada desde el Estado o una entidad con capacidad similar, lo que comprende la posibilidad del dictado de normas jurídicas que aseguran o pretenden asegurar la impunidad.»*[33]. En un sentido similar remite al voto del Dr. Maqueda en la misma causa. Allí Maqueda sostiene que:

> (…) una de las características peculiares en la persecución de estos crímenes consiste en qué, en diversas ocasiones, no es posible su represión efectiva ante la ausencia de un marco nacional de punición que ha quedado insertado en un proceso político en el cual las mismas personas que cometieron tales hechos impiden, de un modo u otro, la búsqueda de la verdad y el castigo de los responsables. La protección de tales derechos humanos —y el establecimiento de la Carta misma— supone la inexistencia de mecanismos suficientes para proteger los derechos de los habitantes de la comunidad universal.[34]

Parece entonces que la razón para agravar estos hechos, ie., para adosarles la imprescriptibilidad como una entre otras consecuencias normativas, es que al ser cometidos desde una situación de poder, es altamente probable que queden impunes. Esta situación de mayor poder e impunidad se ve cristalizada cuando hay dominio político (normativo o fáctico) sobre el territorio. En otras palabras: poder territorial es equivalente a garantía de impunidad.

---

31 Dictamen del procurador, Considerando V.3.D, doceavo párrafo

32 Ver considerando V.3.C, tercer párrafo y considerando V3.D., cuarto párrafo.

33 Fallo Simón, (328:2056), voto del Dr. Lorenzetti, considerando 13.

34 Fallo Simón, (328:2056), voto del Dr. Maqueda, considerando 55.

Por otro lado el juez considera que la organización Montoneros no puede ser juzgada por delitos de lesa humanidad debido al simple hecho de que no cometió un ataque generalizado y sistemático contra la población civil, es decir, no se da el elemento de contexto. A los fines del análisis es provechoso desdoblar la afirmación.

En primer lugar el juez afirma que no hubo un ataque generalizado y sistemático atribuible a Montoneros. Hace suyos los argumentos esgrimidos en el fallo «Salgado, José María s/recurso de casación», (causa en que se juzgó el carácter de delito de lesa humanidad de un ataque con bomba a la Superintendencia de Seguridad de la Policía Federal Argentina atribuido a Montoneros). Allí se sostuvo que:

> (…) la sistematicidad o generalidad del ataque en el marco de la denominada 'pauta de contexto' no se desprende de la descripción del hecho denunciado en las presentes actuaciones, pues éste se plantea como aislado y, frente a los demás sucesos alegados por los recurrentes cuya autoría también correspondería a Montoneros, carente de la ilación requerida por el tipo (…)»[35]

En segundo lugar el juez sostiene que no hubo ataque contra la población civil. Al respecto se refirió nuevamente al criterio establecido en el fallo «Salgado» recién citado. Allí la Cámara sostuvo que estos requisitos:

> (…) no sólo no se advierten en las presentes actuaciones (caso de la bomba que explotó en dependencias de la Policía Federal) pues la mayoría de los damnificados en el suceso denunciado era personal policial (en actividad y que, a su vez, se encontraba cumpliendo funciones dentro de una dependencia perteneciente a la institución), sino que, además, del resto de los hechos que traen a colación los recurrentes como de autoría de «Montoneros» (a los fines de contextualizar el hecho traído a estudio), también habrían arrojado como resultado la muerte o lesiones de personal integrante de alguna de las fuerzas constitutivas de

[35] C.N.C.P. Sala I, causa nº 9.880, «Salgado, José María s/recurso de casación», Reg. Nº 17.457 del 22/03/11.

la Junta Militar de gobierno, quienes no ingresan en la noción de «población civil», impidiendo por tanto, la subsunción legal pretendida. [36]

En conclusión, en la causa «Rucci», Montoneros no fue considerada una organización capaz de cometer delitos de lesa humanidad sobre la base de tres argumentos: No tenía dominio territorial y por lo tanto no podía contar como organización a los fines del Estatuto; no cometió un ataque generalizado y sistemático; y no cometió un ataque contra la población civil.

A continuación analizaré la suerte que el primer argumento, el más fuerte a nivel institucional ya que es el que ha utilizado la CSJN en el fallo «Derecho», ha tenido en los tribunales internacionales. Me referiré a los otros dos argumentos del fallo «Rucci» en el último apartado de este trabajo.

IV. Jurisprudencia Internacional

IV.a. La jurisprudencia de los Tribunales *Ad Hoc*

Para los tribunales *ad hoc* las organizaciones no estatales son capaces de cometer delitos de lesa humanidad. Cabe recordar que, de

---

[36] (C.N.C.P. Sala I, causa nº 9.880, «Salgado, José María s/ recurso de casación», Reg. Nº 17.457 del 22/03/11). Curiosamente el juez Lijo, luego de citar favorablemente las consideraciones de la CNCP arriba transcriptas continúa del siguiente modo. «Las consideraciones señaladas han sido adecuadamente aglutinadas y analizadas por Ambos y Wirth y sobre esa bases concluyen que en la pauta de contexto que caracteriza a los delitos de lesa humanidad siempre se ha logrado advertir… un vínculo con algún tipo de autoridad (Ambos, K. y Wirth, S., 2006, p. 173), ya sea con el Estado o alguna organización ligada a él.» Continúa el juez con una serie de argumentos de autoridad (citas a David Luban y al fiscal general al cargo de la Unidad Fiscal de Coordinación y Seguimiento de las causas por violaciones a los derechos humanos) que indican que entiende que la categoría de delitos de lesa humanidad está vinculada exclusivamente a actos de las autoridades del Estado en contra de la población civil. Esto último de ningún modo se sigue de lo afirmado sobre las acciones de Montoneros y, en mi opinión (y, como veremos, en la de los jueces de la CPI) es falso.

modo consecuente con las realidades que habían sido llamados a juzgar, ni el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia ni el Estatuto del Tribunal Internacional de Ruanda, de 1993 y 1994 respectivamente, establecían un elemento político como requisito para la capacidad de cometer delitos de lesa humanidad. Mucho menos excluían a ninguna organización de la capacidad de cometer tales delitos. El art. 5 del primero establecía:

> Crímenes de lesa humanidad.
> El Tribunal Internacional tendrá la potestad de juzgar a las personas responsables de los siguientes crímenes cuando fueran cometidos en un conflicto armado, ya sea de carácter internacional o interno y dirigido en contra de cualquier población civil.

Y sigue la lista. El Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda por su parte, en su art. 3, establecía que:

> El Tribunal Internacional para Ruanda tendrá competencia para enjuiciar a los presuntos responsables de los crímenes que se señalan a continuación, cuando hayan sido cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil por razones de nacionalidad o por razones políticas, étnicas, raciales o religiosas: lista de crímenes. (Y a continuación la enumeración de los crímenes).

Los fallos de estos tribunales reflejan este criterio amplio.

«Prosecutor vs. Tadic» (Tribunal para la ex Yugoslavia), mayo de 1997

Este fallo (el citado por el procurador en «Derecho») amplía por primera vez desde la Segunda Guerra Mundial (desde el Tribunal de Nüremberg los sujetos activos de estos delitos eran sólo los Estados) la capacidad de comisión de delitos de lesa humanidad a las organizaciones no estatales. Así sostiene:

> La concepción tradicional era que, de hecho, no solo que debía haber una política sino que debía ser una política de estado, como en el caso de la Alemania Nazi. Si bien este puede haber sido el caso durante la segunda guerra mundial, y por lo tanto la jurisprudencia seguida por las cortes llamadas a resolver cargos de delitos de lesa humanidad acontecidos durante ese período, ya no es más el caso. La ley en relación a los crímenes de lesa humanidad se ha desarrollado hasta incluir fuerzas que, aunque no las de un Estado legítimo, tienen control de facto sobre, o son capaces de moverse libremente, en un determinado territorio… Por lo tanto aunque debe haber una política para que se cometan estos actos, no es necesario que sea la política de un Estado.[37]

«Prosecutor vs. Kunarak» (Tribunal para la ex Yugoslavia), Junio del 2002.

Aquí directamente se puso en cuestión la existencia del requisito político. Recordemos que el Estatuto para el juzgamiento de los crímenes de la ex Yugoslavia no hacía referencia a este elemento y que aún no estaba en vigencia el Estatuto de Roma. En este sentido el Tribunal sostuvo lo siguiente:

> Ha habido algún debate en la jurisprudencia de este tribunal sobre si una política o plan constituye un elemento de la definición de los crímenes contra la humanidad. La práctica revisada por la Cámara de Apelaciones abrumadoramente sostiene la tesis de que no existe tal requerimiento bajo la costumbre internacional.[38]

IVb. La jurisprudencia de la Corte Penal Internacional

Ahora bien, con la entrada en vigor en julio de 2002 del Estatuto de Roma parece que la exigencia del requisito político está fuera de

---

[37] «Prosecutor vs. Tadic» Considerando 654. Cabe recordar que aquí el criterio para «organización» es amplio, no limitado al poder territorial. Al respecto ver nota 22.

[38] «Prosecutor v. Kunarac», Judgement, Case No. IT-96–23, A.Ch., 12 June 2002, para. 98, n.114.

discusión. Quedan entonces dos tareas: O bien interpretar qué exige ese requisito, ie., delinear con precisión sus límites o bien, criticar esa exigencia y abogar por su derogación si hay buenas razones para ello.

Veamos en todo caso cómo la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional ha tratado dicho requisito. Al respecto hay dos grupos de decisiones importantes.

«Prosecutor vs Katanga», y «Prosecutor vs Bemba Gombo»

En estas decisiones del alto tribunal internacional el requisito Político ha sido interpretado como que requiere una política *«llevada a cabo por grupos de personas que gobiernan un territorio específico o por una organización con la capacidad de cometer un ataque generalizado o sistemático contra una población civil.»*. La Cámara sostiene que lo que hace a una organización capaz de ser sujeto activo de estos delitos es no sólo el dominio territorial sino principalmente la capacidad de llevar adelante «un ataque planificado, dirigido y organizado —como opuesto a actos de violencia espontáneos y aislados—.» [39] Vemos que aquí el requisito de poder territorial es sólo una de dos alternativas posibles.

Decisión de la *Pre-trial Chamber II*, del 31 de marzo de 2010: Situación en la república de Kenia, Autorización de investigación al fiscal (en adelante CPI-Kenia).[40]

En este fallo, donde se juzga de la violencia política que tuvo lugar en Kenia, durante las elecciones de 2008, la Corte determina el contenido del requisito político. En particular la mayoría de la cámara

---

[39] Ver «Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui», Case No. ICC-01/04-01/07, Decision on the Confirmation of Charges, considerando 396 (Sept. 30, 2008); «Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo», Case No. ICC-01/05-01/08, Decision Pursuant to Article 61(7) (a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo, considerando 81 (June 15, 2009).

[40] Para la reconstrucción de la decisión de la Corte me he servido fundamentalmente del trabajo de Thomas Obel Hansen,. Ver Hansen, T. 2011, disponible on line en http://ssrn.com/abstract=1894246 o http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1894246

(Ekatrina Trendafilova y Cuno Tarfusser) interpreta el término «organización» tal como aparece en el art. 7 (2) (a) del Estatuto, estableciendo un «nuevo umbral»: cuenta como tal todo grupo que tenga la capacidad de llevar a cabo actos que infrinjan valores humanos básicos»,[41] independientemente de si tiene forma cuasiestatal o no. El voto minoritario del juez Hans Peter Kaul, por su parte, rechaza este criterio y en cambio sostiene que sólo las organizaciones con una naturaleza similar a la estatal pueden satisfacer el requisito del art. 7. Ahora bien, cuando el juez se refiere a las características que hacen que una organización sea similar al Estado no se refiere en absoluto al dominio territorial.[42]

Resulta entonces que tanto el voto mayoritario como el minoritario establecen un criterio más amplio que el sostenido por la CSJN. Quizás el argumento de autoridad bastaría para que nuestra Corte deba revisar su criterio para futuros casos. Corresponde sin embargo examinar tanto el fundamento de cada uno de los votos como determinar si las razones por las que la CPI tomó su decisión son buenas razones, buenas independientemente de que las haya tomado dicho organismo internacional. Comencemos por lo primero.

Los tres jueces acuerdan[43] que los actores no estatales pueden ser organizaciones en los términos del art. 7 (2) (a) del Estatuto (considerando 92 de la mayoría, 45 de la disidencia). Lo que afirman es que si los redactores del Estatuto hubiesen querido excluir a los actores no estatales, no hubiesen incluido el término «organización» en el texto del art. 7 (2) (a) sino que simplemente se hubiesen limitado a nombrar a los Estados. Ahora bien, los dos votos no acuerdan en las condiciones bajo las cuales los actores son *organizaciones* en los términos del Estatuto.

La mayoría afirma lo siguiente:

> Con relación al término «organización» la Cámara advierte que el Estatuto no es claro sobre los criterios conforme a los cuales

---

41 CPI-Kenia, considerando 90, voto de la mayoría.

42 CPI-Kenia considerando 66, voto del juez Kaul.

43 En contra de alguna doctrina como la de Cherif Bassiouni, M. 2005, p. 151 -152.

> un grupo puede calificar como organización con vistas a los propósitos del artículo 7 (2) (a) del Estatuto. Mientras que algunos han alegado que solo organizaciones similares a las estatales (state-like organizations) pueden calificar, la Cámara opina que la naturaleza formal de un grupo y el nivel de su organización no deben ser el criterio de definición. En cambio, tal como otros han sostenido convincentemente, la distinción debe realizarse sobre la base de *si un grupo tiene la capacidad de realizar actos que ataquen valores humanos básicos.*

Inmediatamente citan un artículo de Di Filippo que afirma lo siguiente

> El elemento asociativo, y su efecto inherentemente agravante, puede eventualmente verse satisfecho por organizaciones criminales completamente privadas, no se encuentran razones suficientes para distinguir la gravedad de los patrones de conducta dirigidos por entidades 'territoriales' o por grupos privados, supuesto que los últimos hayan adquirido la capacidad de infringir valores humanos básicos.[44]

Tal como afirma Hansen, no queda claro cómo este criterio se distingue de los que venían aplicando las cámaras, ie., que el art. 7 (2) (a) incluye *«grupos de personas que gobiernan un territorio específico»* y *«cualquier organización con la capacidad de cometer un ataque generalizado o sistemático contra una población civil»*.[45] Sin embargo aquí la mayoría especifica los factores a tener en cuenta al determinar si un actor no estatal tiene la capacidad de infringir valores humanos básicos. Al respecto afirma:

> Para esta Cámara, la determinación de si un determinado grupo califica como una organización bajo el Estatuto debe realizarse en un análisis caso por caso. Al tomar esta determinación

---

[44] Di Filippo, M., 2008, p. 567.

[45] «Prosecutor vs. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui», considerando 396 y «Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo», considerando 81.

la Cámara puede tomar en cuenta ciertas consideraciones, inter alia,

1) Si el grupo tiene un comando responsable o una jerarquía establecida.
2) Si el grupo posee, de hecho, los medios para ejecutar un ataque generalizado o sistemático en contra de la población civil.
3) Si el grupo ejercita control sobre parte del territorio del Estado.
4) Si el grupo tiene la realización de actividades criminales contra la población civil como principal propósito.
5) Si el grupo manifiesta, explícita o implícitamente una intención de atacar a la población civil.
6) Si el grupo es parte de un grupo mayor, el cual satisfaga algunos o todos de los criterios arriba mencionados.[46]

Como puede verse, para la mayoría de la Cámara la territorialidad no es sino uno entre muchos criterios.

El Juez Kaul, por su parte, en su voto disidente sostiene que no cualquier grupo con capacidad de infringir valores humanos básicos puede contar como una organización en los términos del art. 7 (2) (a) del Estatuto sino sólo aquellos que tienen una naturaleza similar a la estatal.[47] El fundamento central para su postura es de naturaleza teleológica. Así el juez se pregunta:

> ¿Cuál es el objeto y propósito de los delitos de lesa humanidad? ¿Cuáles son, de hecho, los principios subyacentes o la razón de ser de los delitos de lesa humanidad? ¿Qué los diferencia de los delitos comunes que caen sólo bajo la jurisdicción estatal?[48]

Al respecto sostiene que como consecuencia principalmente de las atrocidades cometidas por el régimen nazi durante la segunda guerra mundial la comunidad internacional reconoció que los crímenes en

---

[46] CPI-Kenia, considerando 93 del voto mayoritario.

[47] CPI-Kenia, considerando 66 del voto minoritario.

[48] CPI-Kenia, considerando 56 de su voto.

masa cometidos por los Estados soberanos contra la población civil, a veces ciudadanos de esos mismos Estados, implicando partes considerables del aparato estatal, representan una amenaza intolerable contra la paz, la seguridad y el bienestar del mundo, de hecho una amenaza para la humanidad en su conjunto y para sus valores fundamentales.[49] Afirma que:

> (…) crímenes de esta naturaleza y magnitud fueron posibles sólo gracias a la existencia de políticas estatales ejecutadas de modo planificado y concertado por diversos sectores del poder público teniendo como blanco partes de la población civil quienes fueron completamente privados de sus derechos fundamentales. No fue sólo el hecho de que fueron cometidos a gran escala sino el que fueran cometidos en ejecución de una particular (e inhumana) política. Consecuentemente se sintió que la amenaza emanada de tales políticas estatales es tan fundamentalmente diferente en naturaleza y escala que concierne a toda la comunidad internacional. En otras palabras, la presencia del elemento político elevó esos crímenes al nivel internacional.[50]

En el mismo sentido indica que:

> (…) la experiencia histórica demuestra que es, precisamente y sobre todo, el fenómeno del Estado adoptando formalmente o en la práctica una política de atacar a la población civil lo que lleva a este gravísimo si no enorme riesgo y amenaza de crímenes en masa o victimización masiva.[51]

Con respecto a las organizaciones no estatales indica que el Estatuto de Roma hace lugar a las consideraciones arriba mencionadas pero también apunta:

> (…) a nuevos escenarios de amenazas que pueden igualmente conmover los fundamentos mismos de la comunidad interna-

---

[49] CPI-Kenia, considerando 59.

[50] CPI-Kenia, considerando 60.

[51] CPI-Kenia, considerando 61.

> cional y golpear fuertemente la consciencia de la humanidad. Tales políticas pueden ser implementadas por entidades privadas. Sin embargo, se sigue de lo arriba expuesto que las entidades privadas deben contar con los medios y recursos suficientes para poner a parte de la población civil en una situación de gravedad tal que podamos calificarla de injusticia sistemática… Por lo tanto, la interpretación teleológica me lleva a adoptar una lectura más restringida del término 'organización', requiriendo que sea similar a la estatal.[52]

En el entendimiento del Juez entonces, sólo los Estados y las organizaciones cuasi-estatales pueden cometer este tipo de delitos.

Importante para nuestro propósito, el juez explicita las características que a su entender debe reunir una organización para ser considerada similar al Estado y por lo tanto atrapada por lo previsto en el art. 7 (2) (a) del Estatuto. De un modo no excluyente, pueden estar implicadas las siguientes:

> a) Un grupo de personas; b) establecido y actuando con vistas a un propósito común; c) por un período prolongado de tiempo; (d) que está bajo una autoridad responsable o ha adoptado cierto grado de estructura jerárquica, incluyendo, como mínimo, un nivel político (ie., un espacio de toma de decisiones en esa jerarquía); (e) con capacidad de imponer la política sobre sus miembros y de sancionarlos; y (f) que tiene la capacidad y los medios disponibles para atacar a la población civil a gran escala.[53]

Como podemos ver, entre las características relevantes a los fines de establecer la similitud el juez no hace siquiera referencia al dominio territorial.

---

[52] CPI-Kenia, considerando 66.

[53] CPI-Kenia, considerados 51 y 69.

V. Evaluación de los estándares utilizados por la CSJN y por la CPI

A mi modo de ver (y supuesto que hay buenas razones para tener una categoría de crímenes de lesa humanidad, ie., imprescriptibles, sujetos a jurisdicción universal, inamnistiables, a los que no se les puede oponer la cosa juzgada, etc. —tema que aquí no he analizado—) no hay ninguna buena razón para limitar la categoría de delitos de lesa humanidad a los actos cometidos desde el Estado dejando fuera a las organizaciones cuasi-estatales.

Primero: los argumentos que remiten al contexto en que se creó la categoría, ie, las atrocidades de la Segunda Guerra Mundial, confunden contexto de descubrimiento y contexto de justificación. Sin duda la categoría surgió para contrarrestar delitos cometidos por el Estado, esto no quiere decir, que sólo haya buenas razones para considerar como tales crímenes a los cometidos desde el Estado. Si éste es el caso, lo será fruto de un argumento normativo, no histórico.

Segundo: los argumentos que justifican la categoría por la especial gravedad de la comisión de estas aberraciones por parte de los Estados, si bien justifican la agravación para los crímenes estatales, no excluyen la posibilidad de extender esa justificación a entidades similares a los Estados. Por cierto las organizaciones no estatales pueden contar con justificaciones independientes para ganarse el ingreso en la categoría. Lo que quiero decir es que estas justificaciones nos dicen que los delitos aberrantes cometidos desde el Estado son *tan graves como para* requerir imprescriptibilidad, jurisdicción universal, etc. No nos dicen, en cambio, que dichos delitos (en virtud de la calidad de su agente) son *más graves que* las mismas acciones cometidas por otros agentes y que estas acciones nunca pueden merecer las mismas consecuencias jurídicas que las de los Estados. Quizás (aunque esto no lo afirmo categóricamente) basten como justificación de la imputación de esas consecuencias la gravedad, la masividad y sistematicidad y el carácter aberrante de las violaciones en cuestión.

Aceptando que organizaciones cuasi-estatales pueden ingresar en la categoría en cuestión resta por ver cuáles han de ser los criterios para distinguirlas de otras organizaciones sólo capaces de cometer delitos

comunes. Por mi parte no veo ninguna razón para que el criterio de delimitación sea el poder territorial, ie., haber desplazado al Estado del territorio en cuestión. Sin duda que el dominio territorial puede implicar impunidad o invulnerabilidad por parte de los actores. Pero entonces el criterio es este último y no la territorialidad.[54] Pues bien puede haber actores que pese a no contar con dominio territorial gocen de impunidad (este de hecho suele ser el caso respecto de organizaciones que cometen sus crímenes en Estados con baja o nula capacidad de coerción y aplicación de la ley). Por otro lado puede haber buenas razones diferentes de la impunidad para atribuir capacidad de comisión de delitos de lesa humanidad a organizaciones no territoriales. Imaginemos un ataque masivo realizado por una organización sin dominio territorial. Digamos que la organización en cuestión ha chocado aviones contra edificios llenos de civiles y matado miles de personas (la organización en cuestión puede de hecho ser transnacional). O pensemos en las bandas armadas, por ejemplo las tribus que asesinaron a millones de personas en toda el África subsahariana en las últimas décadas (el caso de Kenia es de este estilo) ¿No nos indica acaso nuestra sensibilidad moral que esas organizaciones deben ser tratadas como delincuentes de lesa humanidad, ie, que sus delitos deben ser considerados imprescriptibles, inamnistiables, etc.?

---

[54] A favor de tomar a la invulnerabilidad de los actores como criterio ver Perez Barberá, G. y Agüero, A., 2012. Allí los autores sostienen que «sólo es moralmente admisible una obligación de persecución penal suficiente cuando el autor, al momento del hecho, es, en términos absolutos, lo menos vulnerable que se puede pensar, y, en términos relativos, claramente menos vulnerable que la víctima.» (p. 259). Consonantemente afirman que «en la actualidad solamente sería admisible una obligación de persecución penal (…) en los supuestos de violación de derechos fundamentales de la máxima jerarquía, pero siempre y cuando se trate de delitos de lesa humanidad (o también de genocidio) cometidos por aparatos de poder organizados, estatales o análogos a ellos, en contra de víctimas más vulnerables. Ello es así porque esta clase de autor es, hoy, la menos vulnerable *que se puede pensar*» (p. 260). Esto garantizaría la corrección moral de la imprescriptibilidad para los crímenes contra la humanidad. No cabe aquí analizar la «invulnerabilidad» como fundamento de la agravante. Pero es claro que la vaguedad del concepto no será uno de sus problemas menores.

Si se me acepta esto espero que se me ha de aceptar también que una mera organización —una sin forma estatal— en tanto cometa ataques generalizados y sistemáticos a la población civil (art. 7 (2) (a) del Estatuto), ha de considerarse incluida en la categoría (tal como sostiene la mayoría en el fallo Kenia).

Es más (supuesto —repito— la justificación de la categoría de delitos de lesa humanidad) comparto las inquietudes de un sector de la doctrina respecto de si no se debería directamente derogar el requisito de ser un Estado u organización.[55] Imaginemos si no nos parece que debería tratarse como delito de lesa humanidad el delito de un particular que explota una bomba en un estadio matando a miles en un solo acto. O el de un general de un país x que gracias a su rango tiene acceso y dominio de un arma nuclear. Dicho general amenaza con tirar la bomba sobre su propio país si no se van todos los Judíos. En virtud de la verosimilitud de la amenaza miles de personas se ven forzadas a abandonar sus hogares y emigrar para evitar el bombardeo. En virtud del severo antisemitismo del país en cuestión el general no es llevado a juicio (ello podría iniciar una guerra civil).[56]

Por todo esto concluyo que las decisiones judiciales como el fallo «Derecho» de la Corte, que excluyen a las organizaciones armadas de la capacidad de cometer estos crímenes en virtud del hecho de que carecer de poder territorial, no solo no están adecuadamente fundadas en el Estatuto de Roma sino que no tienen tampoco fundamento moral suficiente.

VI. Aplicación de los criterios de la CPI al caso de la izquierda armada argentina

Como puede inferirse de lo decidido por la CPI y de las razones normativas relativas al alcance del requisito político recién enunciadas,

---

[55] Aquí solo sostengo que la inquietud me parece atendible y se debe estudiar detenidamente. En absoluto abogo categóricamente por la eliminación del requisito político del artículo 7 del Estatuto de Roma.

[56] Al ejemplo lo extraigo de Halling, M, 2010, p. 833.

debe abandonarse el criterio territorial como estándar para decidir sobre la capacidad de cometer delitos de lesa humanidad. Si debemos abandonar este criterio, esto quiere decir que parte de los considerandos por los que se han resuelto casos como Rucci están equivocados. Igualmente lo están las razones que adujo el procurador e hizo suyas la CSJN en la causa «Derecho» en tanto sean aplicables a la situación de las organizaciones en cuestión. De hecho de acuerdo a los estándares de la CPI, tanto los de la mayoría como los de la minoría, organizaciones como el Ejército Revolucionario del Pueblo o Montoneros son capaces de cometer delitos de lesa humanidad, i.e., cuentan como organizaciones a los efectos del art. 7 (2) (a) del Estatuto de Roma. Esto es todo lo que se sigue del argumento aquí desarrollado: no se puede apelar a su falta de dominio territorial como criterio para excluir a las organizaciones armadas argentinas de la capacidad de cometer delitos de lesa humanidad.

Ahora bien, ¿cometieron los Montoneros delitos de lesa humanidad? ¿Es el asesinato de Rucci un delito contra la humanidad? ¿Debe, por lo tanto, considerárselo como imprescriptible? Una respuesta completa a estas preguntas requeriría un desarrollo que no puedo emprender aquí. De todos modos quisiera sugerir a título de hipótesis que éste no es el caso. Mis conclusiones al respecto son entonces idénticas a las sostenidas por la jurisprudencia argentina. La diferencia está en las razones invocadas. Pues si las agrupaciones de izquierda no cometieron tales crímenes ello no se debe, a mi entender, a que sólo el Estado puede cometerlos (o a que los mismos crímenes son más graves si son cometidos desde el Estado). Tampoco a que los miembros de la guerrilla no pudieran cometer estos delitos porque su organización no tenía poder territorial. El dominio territorial no parece ni moral ni jurídicamente relevante como criterio.

Los miembros de la izquierda armada debieron (tal como lo establecía el decreto 157 de Alfonsín) haber sido juzgados por sus delitos —que por cierto, no fueron los mismos que los de los cometidos por las Fuerzas Armadas— al momento del retorno a la democracia. Pero hoy ya no corresponde que sean juzgados: no cometieron delitos de lesa humanidad. Ello porque no cometieron ataques generalizados o sistemáticos contra la población civil. Los ataques contra civiles como

Rucci fueron aislados. La gran mayoría de los homicidios de las agrupaciones armadas de la izquierda argentina tuvieron como víctimas a miembros de la policía o de las Fuerzas Armadas. Es decir, no se da el elemento de contexto requerido por el art. 7 (1) del Estatuto.[57]

Referencias Bibliográficas

Ambos, K. y Wirth, S., (2006). El derecho actual sobre los crímenes contra la humanidad, en Ambos, K. ed. *Temas de Derecho Penal Internacional y europeo,* Madrid: Marcial Pons.

Arsanjani, M. (1999). The Rome Statute of the International Criminal Court, en *American Journal of International Law*, Vol. 93, nº 1.

Cherif Bassiouni, M., (1999). *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, La Haya, Kluwer Law International.

Cherif Bassiouni, M., (2005). *The Legislative History of the International Criminal Court,* Ardsley, N.Y. Transnational Publishers.

CONADEP, (2006). *Nunca Más*, Bs. As., Eudeba.

Del Barco, O., (2008) *Carta enviada a La Inteperie por Oscar del Barco*, en *No matar, Sobre la Responsabilidad.* Córdoba: Ediciones el Cíclope - Editorial Universidad Nacional de Córdoba.

Di Filippo, M. (2008). «Terrorist crimes and international co-operation: critical remarks on the definition and inclusion of terrorism in the category of international crimes» en *European Journal of International Law,* n º 19.

Filippini, L., (2008). «La definición de los crímenes contra la humanidad en el fallo «René Jesús Derecho» de la Corte Suprema» en *Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación* N° 4.

---

[57] En esto estoy de acuerdo las consideraciones vertidas tanto por la Cámara Nacional de Casación Penal (CNCP, Sala I, causa nº 9880, Salgado, José María s/ recurso de Casación) como por el Juez Lijo al fallar en la causa Rucci (resolución de del 10 de agosto de 2012 en la causa 13683/08, caratulada N.N s/asociación ilícita).

Gil Gil, A., (2002). «Los Crímenes contra la humanidad y el Genocidio en el Estatuto de la Corte Penal Internacional a la luz de «Los Elementos de los Crímenes» *en «La Nueva Justicia Penal Supranacional*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Halling, M., (2010). Push the Envelope – Watch it Bend: Removing the Policy Requirement an Extending Crimes against Humanity, en *Leiden Journal of Interational Law*, 23.

Hansen, T. (2011). «The policy requirement in crimes against humanity: Lessons form and for the case of Kenya, *Georg Whashington Int. Law Review*, vol 43, disponible on line en: http://ssrn.com/abstract=1894246 o http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1894246

Hilb, C., (2013). «¿Cómo fundar una comunidad después del crimen? Una reflexión sobre el carácter político del perdón y la reconciliación, a la luz de los Juicios a las Juntas en la Argentina y de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación en Sudáfrica» en *Revista Discusiones* XII, 2013, disponible on line en: http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/num-12-ano-2013/html/

Hilb, C., (2003). *La responsabilidad como legado*, en César Tcach (comp.), *La política en consignas. Memoria de los setenta,* Rosario: Homo Sapiens.

Luban, D. (2004). A theory of Crimes Against Humanity, en *Yale Journal of International Law*, 29, disponible on line en http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/146

Manfroni, C., (2007). Lesa humanidad: la doctrina mal citada, en *Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires,* t. 67, n° 2, disponible on line en: http://www.colabogados.org.ar/larevista/pdfs/id6/lesa-humanidad.pdf

Perez Barberá, G. y Agüero, A., (2012). Contrapunitivismo y Neopunitivismo. Perspectiva histórica y moral, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, año II o nº 2.

Vernon, R., (2002). «What is a Crime against Humanity» en *The Journal of Political Philosophy*, Volume 10, n° 3.

Dictadura Argentina: el antagonismo en una misma sociedad

por Dana Antonela Loncon*

> «La Historia nos ayuda a salir de la ilusión maniquea en la que a menudo nos encierra la memoria: la división de la humanidad en dos compartimentos estancos, buenos y malos, víctimas y verdugos, inocentes y culpables. Si no conseguimos acceder a la Historia, ¿cómo podría verse coronado por el éxito el llamamiento al '¡Nunca más!'?»
>
> (Tzvetan Tódorov, 2007, 1).

Resumen

La memoria colectiva comprende las reminiscencias compartidas por los individuos que han vivido en un tiempo y espacio determinado, así como los recuerdos de sucesos de un pasado lejano y definitivo, que pertenecen a una historia ancestral. Sin embargo, no todos los individuos que viven en un mismo momento histórico y en un mismo lugar, pueden dar testimonios análogos. A lo largo de este ensayo, la idea es demostrar cómo se puede ser testigo y protagonista de la historia sin siquiera tener conocimiento de los hechos y del escenario real, no solo a partir del apoyo teórico sino también a partir de la exposición de dos testimonios fundamentales que describirán en primera persona la etapa dictatorial. Dos versiones de un mismo proceso que intentarán, de manera más o menos certera, demostrar el antagonismo social, característica de toda etapa histórica (Jan Assmann, 1988). A partir de la historia se forma la memoria y la memoria completa la historia, sin embargo, ¿tenemos un mismo objeto a recordar como sociedad?, si no se tiene un mismo recuerdo, ¿cómo hablamos de olvido?, ¿qué debemos olvidar?, ¿se puede perdonar cuando no sabemos qué perdonar? Y finalmente, ¿quiénes están facultados para perdonar?

Palabras claves: Dictadura, memoria, olvido, perdón.

---

* Quiero agradecer a aquellos quienes, con un poco de su tiempo, me ayudaron enormemente con sus memorias a completar los retazos de la historia.

I. Marco histórico

El 16 de septiembre de 1955 el golpe de Estado autodenominado Revolución Libertadora[1] derrocó al presidente constitucional Juan Domingo Perón[2], y tras tomar medidas como cerrar el Congreso y deponer a los miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se dictó el Decreto 3855/55[3] disolviendo al Partido Peronista.[4] Posteriormente, el 5 de marzo de 1956 fue dictado el Decreto 4161, de *«prohibición de elementos de afirmación ideológica o de propaganda peronista»*, por el que incluso se prohibía mencionar el nombre de Perón, reprimiendo a los infractores con penas de hasta seis años de prisión. De este modo, quedó marcado el inicio de un largo período de proscripción del peronismo de la vida política y pública que se extendería hasta 1973, y que dio lugar a un movimiento opositor, muchas veces clandestino, conocido como la Resistencia Peronista.[5]

Hacia fines de los años sesenta, tanto las movilizaciones y actos de la Resistencia Peronista como el contexto internacional en el que Argentina se encontraba inmersa, influyeron en un fenómeno inédito de movilización social del que fueron protagonistas las juventudes y los sindicatos extendiéndose a amplios sectores de la sociedad. Surgieron también los movimientos guerrilleros como el Ejército Revolucionario

---

1 El 16 de septiembre de 1955 se produce la sublevación autodenominada Revolución Libertadora, movimiento revolucionario encabezado por el general Eduardo Lonardi, que derrocó al gobierno constitucional del general Juan Domingo Perón.

2 Juan Domingo Perón (1895–1974), líder del Partido Justicialista, tres veces presidente de la República Argentina.

3 Decreto ley dictado por el gobierno de facto cuyo contenido era la disolución del Partido Peronista.

4 Llamado comúnmente Partido Peronista por ser J.D. Perón su líder, su nombre es Partido Justicialista (PJ) fundado por Perón en el año 1947.

5 Resistencia Peronista hace referencia a la Juventud Peronista (JP), fundada en 1957 por Gustavo Rearte junto a otros jóvenes militantes argentinos que se planteaban colaborar con la resistencia obrera a la dictadura militar que tomó el poder en 1955.

del Pueblo (ERP)[6] y Montoneros[7], los cuales, a diferencia de la mayor parte de los movimientos y agrupaciones de izquierda, eran frentes armados.

A principio de los años setenta, la agitación social y el aumento de la actividad guerrillera empujaron al gobierno de facto a llamar a elecciones, triunfando el peronismo en las elecciones de marzo de 1973. Sin embargo, esta situación no propició la calma, muy por el contrario, se mantuvo como una constante desatándose con la muerte de Perón el 1º de Julio de 1974. El conflicto interno dentro del partido peronista comenzó a quebrarlo desde su propio seno, y al mismo tiempo que las acciones guerrilleras y parapoliciales se iban potenciando vertiginosamente y la inflación económica era galopante, se produjo como consecuencia el debilitamiento acelerado del gobierno constitucional.

El 24 de marzo de 1976, las Fuerzas Armadas argentinas derrocaron a la presidenta María Estela Martínez de Perón[8] e instalaron en el poder a una Junta de Comandantes en Jefe, iniciando el autodenominado Proceso de Reorganización Nacional.[9] La violencia política, que se venía incrementando significativamente desde fines de la década del sesenta, fue la principal justificación utilizada por los golpistas para derrocar al gobierno constitucional.

Durante el Proceso, decenas de miles de personas fueron detenidas, torturadas, asesinadas y desaparecidas o forzadas al exilio, como

---

6 El ERP nace como consecuencia de una decisión política del último congreso del Partido Revolucionario de los Trabajadores (PRT) realizado en julio de 1968, como parte de una etapa de lucha ideológica de quienes buscaban consolidar la propuesta de organizar un partido para el combate.

7 La organización Montoneros fue la fusión de un sinfín de grupos preexistentes que habían militado en la Juventud Peronista de fines de la década del 60.

8 María Estela Martínez de Perón (1931), conocida popularmente como Isabelita o Isabel Perón, fue presidente de la Nación Argentina al asumir el cargo tras la muerte de Juan D. Perón.

9 Proceso de Reorganización Nacional es el nombre con el que se autodenominó la dictadura militar que gobernó la Argentina desde el golpe de Estado del 24 de marzo de 1976, hasta el 10 de diciembre de 1983. Etapa que suele ser denominada simplemente como el Proceso.

parte del plan de exterminio del gobierno militar, quienes atentaban contra los derechos humanos. Estas acciones de represión ilegal constituyeron el Terrorismo de Estado y agravaron la situación de ilegitimidad e ilegalidad en que habían incurrido las Fuerzas Armadas al interrumpir el orden constitucional. Finalmente en el año 1983 se reinstaura la democracia[10] con el presidente electo Raúl Ricardo Alfonsín.[11]

Este orden que implicó matanzas, torturas, violaciones a los derechos humanos y demás atrocidades, dejó un caudal de víctimas sin precedentes. Creando una nueva categoría de víctimas, creando a los *desaparecidos*.

II. Memoria

> «¿Es posible que el antónimo de 'el olvido' no sea 'la memoria' sino la justicia?» Yosef H. Yerushalmi[12] (Lorenzzeti-Kraut, 2011, 8)

En 1995, el dictador Pinochet[13] durante un discurso público en el Club de la Unión dijo: «Es decir, guardar silencio y olvidar. Después del tiempo que ha pasado, lo único que se puede hacer en estas circunstancias es olvidar». En cambio el entonces presidente Aylwin[14], sostuvo

---

[10] Debido a las crecientes protestas sociales, la presión y la derrota en la guerra de las Malvinas, el *Proceso* decidió finalmente entregar el poder en 1983. Bignone, el último líder de la Junta Militar, se vio obligado a llamar a elecciones.

[11] Raúl Ricardo Alfonsín (1927–2009) fue un abogado, político, estadista y promotor de los derechos humanos argentino. Fue concejal, diputado provincial, diputado nacional, senador nacional y Presidente constitucional la República Argentina luego del fin de la dictadura militar iniciada en 1976.

[12] Yosef Yerushalmi (1932–2009) fue un historiador judeo-estadounidense, autoridad en la historia judía, historiador israelí contemporáneo.

[13] Augusto José Ramón Pinochet Ugarte (1915–2006) fue un militar chileno que encabezó la dictadura existente en dicho país entre 1973 y 1990 que derrocó al presidente Salvador Allende.

[14] Patricio Aylwin Azócar (1918) fue el primer presidente democráticamente electo tras el golpe de Estado del 11 de septiembre de 1973. Así, el mandato de Aylwin dio inicio al periodo conocido como la Transición.

en una entrevista de prensa: «No es bueno que el pueblo olvide esas tragedias. Muy por el contrario, uno no debe olvidar. Es aconsejable que permanezcan en la memoria histórica de la nación para que nunca se repitan. Es necesario saber lo que pasó» (Ambos, s.f., 98).

Memoria es un concepto recurrentemente invocado cuando se trata de períodos históricos que han sido marcados con sangre. Memoria en el sentido de no olvidar o memoria en el sentido de recordar aquello que debe ser recordado y olvidar lo que ciertos sectores quieren olvidar en defensa de intereses (políticos, económicos, ideológicos, personales, etc.). El conflicto que genera el término se traduce en qué consideramos como memoria y cómo está compuesta la misma, qué se debe olvidar y en correlato, qué es lo que debe perdonarse.

Se puede así entonces, como primer paso, intentar o procurar llegar a la verdad, entendiendo a esta como una reconstrucción de los hechos históricos en un momento determinado. Sin embargo, esta finalidad está muy alejada de la memoria. La memoria como una reconstrucción personal e individual de los hechos dista mucho de la memoria compartida de una sociedad. No podemos sostener que la sociedad, que el pueblo, como víctima de hechos atroces, pueda perdonar en su conjunto porque no podemos sostener que compartan el mismo objeto a perdonar.

De acuerdo a Maurice Halbwachs[15] lo que hace a una memoria propiamente colectiva no es tanto el carácter común de sus contenidos, sino más bien el hecho de que éstos sean elaborados en común, esto es, sean el producto de una interacción social, de una comunicación capaz de elegir en el pasado lo que es relevante y significativo en relación con los intereses y con la identidad de los miembros de un grupo. Es importante que lo que las personas hayan visto o conocido, se haya convertido en relevante y haya sido elaborado en el plano de interacción social, independientemente de que no todos los miembros de la sociedad hayan visto o vivido lo mismo de una sociedad (Sosa, s.f.).

El problema giraría entonces, según mi criterio, en tres puntos:

---

[15] Maurice Halbwachs (1877–1945), sociólogo francés de la corriente durkheimiana.

1. ¿Qué fue efectivamente lo que sucedió? (relación entre memoria e historia)
2. ¿Qué se debe perdonar y quiénes son los sujetos que pueden hacerlo?
3. ¿Cuál es la importancia del olvido?

III. Memoria e historia

Hablar de memoria implica hacer referencia a una actividad mental producida por cada uno de los individuos que cuentan con el pleno uso de sus facultades, inmersos en un momento y en un papel determinado. La memoria es versátil y se acomoda de la manera que su portador desea.

¿Cómo hacemos para hablar de memoria al referirnos a un momento histórico entonces? ¿Cómo hacemos para que ambos aspectos se interrelacionen de manera tal que todos los personajes (y por personajes me refiero a cada miembro de una sociedad) narren la misma historia?

Siguiendo la línea expuesta anteriormente en la que se citó a Maurice Halbwachs, no sería necesario entonces que cada sujeto comparta el mismo recuerdo, sino que este recuerdo haya sido objeto de un proceso de interacción social que lo haya elevado al rango de recuerdo común parte de *esa* memoria colectiva. Es entonces necesario el conocimiento de la verdad, a los fines de no sólo poder llevar a cabo este proceso de construcción de memoria colectiva, sino también para poder seguir adelante en lo que sería la individualización de aquellos considerados como culpables de estos delitos de lesa humanidad cometidos durante la etapa dictatorial que se analiza. Lograr que se comparta una misma verdad es fundamental para lograr la idea de memoria.

Sin entrar en el tema del castigo, es importante plantear la necesidad de llegar a un punto común en el orden de los acontecimientos, ya sea que luego se adopte una postura de enjuiciamiento o de perdón, el objeto en común debe estar delimitado: llegar a conocer de la manera más fina qué fue lo que efectivamente sucedió prescindiendo de todo juicio de valor o tinte ideológico.

Considero que vivimos en una sociedad no completamente homogénea por no existir de manera absoluta una memoria colectiva. Las obstaculizaciones planteadas por el miedo, desinformación, ideologías, intereses, imposibilidades, etc., siempre han existido en todas las etapas históricas y el período del Proceso de Reorganización Nacional de 1976 no se ha visto exento de esta característica.

De los testimonios opuestos que darán dos sujetos sobre una misma Argentina, habiendo vivido en el mismo momento histórico, en la misma ciudad y contando con la misma edad, me serviré para ilustrar mi posición.

IV. Testimonios

> «Cosé bien, cosé lo mejor que puedas. Aquí, lo más importante, es no demostrar jamás que tenés miedo. Tenés que fingir, fingir todo el tiempo. Alegría, llanto, tristeza. Fingir con el cuerpo. Ahora hay un problema. —No no no, no me mires, seguí cosiendo— El problema son los ojos, no se puede fingir con los ojos y ellos lo saben. Por eso, todo el tiempo te están buscando la mirada, para saber si mentís.» Fragmento de «Garaje Olimpo»[16]

Testimonio de Juan José «Toto» López[17]

En primer lugar voy a decir que yo era un perseguido político, perseguido político por la militancia política. Yo había caído en la D2[18], en el año 1972 por primera vez porque estábamos pegando afiches por lo del Cordobazo[19], por el aniversario del Cordobazo. Caí en el 74 de vuelta, un

---

16 Burman, D. (productor), Bechis, M. (director). 1999. «Garage Olimpo» (película). Argentina.

17 Juan José López, más conocido como *«el Toto»*. Nació en Cosquín (Argentina) y vive desde hace más de 40 años en Córdoba Capital. Actor, profesor de filosofía y militante.

18 D2: División de Informaciones de la Policía Provincial de Córdoba, Argentina.

19 Se conoce como *Cordobazo* a un importante movimiento de protesta ocurrido en

lunes, estaban muy nerviosos, muy locos… salieron a cazar gente. Veníamos nosotros que pertenecíamos a un grupo de teatro, La Chispa, en el auto de un compañero de grupo, Jorge Díaz. Un Fiat, el mismo Fiat con que lo levantan a él y lo secuestran junto a su mujer Ana María Villanueva, luego aparecieron fusilados en el Chateau, el 2 de junio de 1976.[20] *En el año 1974, con el jefe de policía Navarro, comenzó en Córdoba el golpe de estado, ese año comenzó a* ***enrarecerse*** *muchísimo Córdoba. Se quintuplicó la represión, la persecución, las amenazas, empezaron los secuestros. Antes tiraban los cuerpos, y bueno, a partir de allí aparece la figura del desaparecido. Y después vuelvo a caer en el 75, estuvo muy feo… me investigaron mucho, fue al otro día que* ***los montos***[21] *pusieron varias bombas en casas de militares y de comisarios. Así que salieron al otro día a* ***la caza****. Estaba yendo a la terminal y me agarraron a mí. Yo estaba estudiando profesorado de filosofía, de teatro y ciencias de la educación. De profesor de teatro no me pude recibir, porque decretaron que era un «nido subversivo» teatro y cine de la escuela de arte de la Universidad Nacional de Córdoba*[22]*, y la cerraron. Estábamos a fines del año 1974. Me recibo de profesor de filosofía y me faltaron unas materias para recibirme de licenciado, pero formaba parte de* ***la lista*** *de alumnos que echaron, me expulsaron.*

El 24 de marzo me van a buscar a mi casa en Cosquín, le pegaron a mi hermanito de trece años, encerraron a mi mamá en el sótano, se lo llevaron a mi papá por unas horas, buscándome a mí. Y en la fábrica donde trabajaba me fueron a buscar también así como también en el domicilio donde yo vivía, era en un barrio militar. Ya estaba claro que era un perseguido político, no había lugar a duda. Entonces, como no pude presentar los papeles en el año 1976 para que me concedan la prórroga del servicio militar, me llega la citación. Yo no quería ser ni un desertor, ni traidor a la patria, además de todas las calificaciones que ya me venían

---

la ciudad de Córdoba el 29 de mayo de 1969 teniendo como consecuencia inmediata la caída del gobierno de facto de Juan Carlos Onganía.

20 Por ambos delitos (entre otros), el 26 de marzo de 2012, se pronunció sentencia condenatoria en el Juicio contra la Policía de Córdoba.

21 Montoneros. Ver nota al pie 11.

22 Universidad Nacional de Córdoba (UNC).

asignando, así que me presento en la comisaría 141 con una radiografía trucha pero igual entramos todos. No sabía qué hacer, porque tenía claro que una vez que te destinan empieza a funcionar la inteligencia del Estado y ahí iba a saltar que era un perseguido político. Decidí entonces internarme en un neuropsiquiátrico pensando que iba a ser un trámite de quince o veinte días. Ingresé en septiembre del 76. Entre recaídas e idas y vueltas, estuve trece meses. Salí en octubre de 1977. ***Una experiencia espantosa, no se la deseo a nadie****. El neuropsiquiátrico es un lugar de pordiosería, lleno de moscas, violaciones, olor a orín, a transpiración… todo eso. ¡Y cómo nos trataban! Apilados, nos dormían por tres, cuatros días, te despertabas con una esponjita en la boca que ponían para que no te deshidrataras. La cura de sueño y ¡cómo nos bañaban! De a diez, doce con una manguera, y después nos ponían en fila para afeitarnos porque venían supuestas visitas. Los domingos, de 5 a 6 de la tarde. A los quince nos afeitaban con la misma hojita de afeitar, los primeros estaban más o menos pero después del séptimo todos mal cortados o tajeados. Nos ponían ropitas que traían las organizaciones de beneficencia. Tenía un pulovercito que me quedaba acá* (señala a la cintura), ***inauguré la pupera***[23] ***en Córdoba*** *(risas). Éramos 130 más o menos y llegaban seis o siete visitas. Había un grado de excitación pensando que iban a llegar a verlos… ninguneados, olvidados, terminan siendo plantas, entes, la degradación humana llevada al infierno. Muy similar al infierno de La Perla.*[24]

Salgo de ahí en octubre (1977) y a los seis meses me secuestran. El 20 de abril (1978). Me secuestran en la verdulería «La papa», a la vuelta de mi casa, esa tarde llegaron tres autos, Ford Taunus eran. Bajaron unos doce hombres, con armas y mucha prepotencia, me decían: ***«tirate, no nos mires»****. Me ataron las manos y los brazos atrás de la espalda con alambres, me dejan despedirme de mi compañera, que es mi actual mujer hoy, y me meten en el auto donde me vendan los ojos mientras me van golpeando y*

---

[23] Pupera: prenda femenina, remera que va desde los hombros hasta arriba del ombligo.

[24] La Perla fue el principal centro de detención clandestina de la Provincia de Córdoba durante el gobierno de facto de los años 1976–1983, era una instalación secreta utilizada para ejecutar el plan sistemático de desapariciones de personas y torturas. Se estima que por allí pasaron unos 3000 detenidos.

amenazando. Llegué a La Perla y de ahí directamente a lo que llamaban «sala de torturas», «sala de terapia intensiva» o «margarita»[25]*. Me desnudan, me atan las extremidades y me dan picana, me desvanecí dos veces hasta la madrugada. Luego me tiraron, deshidratado, porque te deshidrata el paso de la corriente eléctrica. Al lado había una doctora que les decía «paren, paren que se va», «ahora sí». Y en uno de esos dos momentos que me desvanecí, parece uno que me dice* ***«dale Totito, no seas bolud*, estos tipos te van a matar, yo los conozco y son unas bestias, deciles lo que te están preguntando. Si total ¿qué te hace a vos? Vos cerrá tu vida, sos joven».*** *Haciéndome la cabeza, haciéndose el bueno de la película. Al otro día igual, lo mismo, simulacro de fusilamiento, ahí me pegan muchísimo con palos y me abren una herida en la pierna izquierda que se me infecta. A la tarde, salta que yo había estado en el neuropsiquiátrico porque había una chica secuestrada que me conocía a mí y les dice* ***«cuidado, que este chico está loco, yo sé que estuvo en el neuro».*** *Dejan de torturarme y van al neuro a hacer un allanamiento y caen con la historia clínica mía y me empiezan a preguntar sobre eso. Y esto estaba relacionado con mi papá que iba todos los días a la cuarta unidad con un frasquito de medicamentos buscándome, diciéndoles que estaba mal de la cabeza y que tenía que tomar esos medicamentos. Por lo que pasé a ser «el loquito de la cuadra».*

Ahí en La Perla junto con los otros compañeros y compañeras que estaban, éramos «rehenes del Mundial»[26]*: si llegaba a pasar algo en el mundial íbamos a pagar nosotros con nuestras vidas. A la semana o diez días, no daba más, se me había infectado mucho la pierna y estaba con mucha fiebre, empecé a vomitar lo que comía, el agua que tomaba. Tenía una inflamación galopante, con las pústulas salidas hacia afuera. Y ahí, otra señora que estaba secuestrada, «la Tita», que era enfermera, me ve que estaba muy mal y ella me acobijó, me puso paños de agua y me contuvo humanamente. Eso fue lo mejor que me había pasado ahí, tener a un ser humano en frente. Ella les lleva el informe a los torturadores, (que se hacían llamar «interrogadores», un juego de palabras extremadamente perverso y desestructurante) y les dice que tenía inflamado el apéndice, me*

---

[25] «Margarita» por la cicatriz que deja el paso de corriente eléctrica, por los brincos que pega cuando pasa a través de la estructura muscular.

[26] Mundial de fútbol de 1978 cuya sede fue Argentina.

sacan de ahí y me llevan al Hospital Militar. El frasquito de la medicación, junto con la última venda que usé me las llevé y la guardé cuando salí en libertad bajo vigilancia. Fueron las dos pruebas materiales que presenté años después ante la CONADEP[27]*. Del Hospital me vuelven a La Perla, y allí estuve hasta mediados de julio que nos trasladan a «La Perlita», que es un galpón al frente de La Perla. En unos de los galpones estaba la gendarmería, que «nos cuidaban». En el otro galpón estábamos nosotros que nos juntaban con los que venían de la cárcel y otros del campo La Rivera*[28]*.*

Como anécdotas muy caras a esto de la memoria, unas de las cosas más estremecedoras que me quedó fue en el momento en el que me están atando a la parrilla de la cama para aplicarme la picana eléctrica y veo los ojitos desaforados de ellos, salvajes, primitivos, algo sumamente irracional. Disfrutando de la situación. Donde competían los ojitos míos de dolor por la picana, los gritos desgarradores mientras ellos que disfrutaban, gozaban. Estaban excitados, pegando gritos salvajes… eso lo tengo todavía incorporado como el recuerdo auditivo más fuerte. El recuerdo visual fue una vez en el baño, era la primera vez que me sacaban la venda. Tenía mucha dificultad para abrir los ojos, cuando puedo fijar la vista y ver, veo dos grandes canastos: uno lleno de ropa de mujer y de hombre, eran canastos grandes como los de las panaderías; y en el otro canasto lleno de zapatos, botas, zapatillas, borceguíes, alpargatas, botas de mujer. Visualmente eso fue muy fuerte y violento, porque esa era la ropa de las compañeras y compañeros desaparecidos.

Bueno de allí nos tiran a La Perlita y estábamos esperando muy contentos cuando terminó el mundial, no porque ganó Argentina, sino porque nosotros jugábamos nuestro propio mundial, éramos rehenes y al terminar esperábamos ir presos. Fíjate la vuelta de tuerca que hay que dar para

---

[27] La Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP) fue una comisión creada por el presidente Alfonsín el 15 de diciembre de 1983 con el objetivo de investigar los delitos de lesa humanidad durante el Terrorismo de Estado de entre 1976 y 1983. No fue instituida para juzgar sino para indagar a partir de declaraciones y testimonios así como también mediante verificaciones de lugares clandestinos de detención en todo el país.

[28] Predio militar utilizado por las Fuerzas Armadas durante el Proceso de Reorganización Nacional como centro clandestino de detenciones.

*entender hoy que deseábamos con fervor ir presos. Porque ahí no éramos nada. Nada. Y ellos disponían impunemente sobre nuestras personas, sobre los compañeros que no daban más con la tortura e imploraban que los mataran… «**No, nosotros te vamos a matar cuando nosotros decidamos, no cuando decidas vos**». Esto que parecen palabras, porque es tan difícil traducir en palabras el miedo, el horror, el dolor. Para conocer una manzana la tenés que comer, si no, no sabés lo que es una manzana. Vos la podés agarrar, podés ver el color, la forma, el olor, pero si no la mordés, no la masticás, no la tragás, no la digerís, no sabés qué es una manzana. De lo simple a lo complejo, de lo superficial a lo profundo. Estas situaciones de horror, de dolor, de miedo, no te las puedo explicar con palabras. Yo te puedo contar, vos podés escuchar, leer un libro, una película, ver un documental, eso está cerca de lo que fue pero no lo es. Cuando se agudizan los sentidos del miedo y del hambre. ¡El hambre que teníamos! Yo te lo cuento, es escatológico esto. Nos daban la comida en horarios distintos, un día a las 6 de la mañana otro a las 8 de la noche, la comida siempre igual, casi siempre fría, un caldo con algunas papas, arroz, lentejas y un pan que hacían ellos. Los días domingos cuando ellos relajaban la guardia porque los torturadores se iban, y nosotros también nos relajábamos, tenían la costumbre de comer pollo, de manera estructurada tan típica de las fuerzas de seguridad del Estado. Y a la tarde cuando terminaban, pasaban con una olla con los restos y los tiraban en los tachos que había en la cuadra del baño. Eran dos tachos grandes y cuatro escusados donde no se podía tirar papel, así que ahí en los tachos se tiraban los papeles que usábamos para limpiarnos. En ese momento no existían tampones, las compañeras se armaban toallas higiénicas con los restos de ropas de los desaparecidos o algodones, y luego de usarlos los tiraban en los mismos tachos. En esos tachos tiraban los restos de pollo. Vos fijate el hambre que teníamos que más de una vez pedíamos ir al baño, metíamos la mano en el tacho y agarrábamos lo que venga. Eso lo comíamos y era un manjar, con pedazos de papel higiénico, de materia fecal, a veces con menstruación, y lo comíamos. Estas eran las condiciones en las que vivíamos, humillantes, denigrantes. Estos eran todos métodos para desestructurarte.*

Cuando te llevaban a entrevistarte con oficiales del Ministerio del Interior, significaba que ibas a ir preso con causa o a disposición del Ejecu-

tivo Nacional o salir en libertad vigilada. Así se fue moviendo y quedamos cuatro. Una madrugada nos vienen a buscar, nos vendan y nos atan con alambre, nos tiraron arriba de un camión con una colcha arriba. De ahí vamos a la Caseros y Mariano Moreno[29] *que ya se habían trasladado la D2 del Pasaje Santa Catalina, detrás del Cabildo, hoy es el espacio para la Memoria, al lado de la Catedral. Yo nunca entendí como no se escuchaban los gritos de dolor de los torturados allí en la Catedral, imposible que no se escuche. O a través de sus conciencias o a través de los juicios tendrá que rendir cuentas esa cúpula eclesiástica empoderada. Cuando llegamos a la (calle) Mariano Moreno nos pegaron por deporte. De ahí me metieron en un baúl de un auto y me llevaron, ahí pensé* ***«chau»,*** *y tuve una recapitulación de mi vida. Imágenes. Era muy emotivo eso, sobre todo después, cuando lo pude hacer en palabras. Las imágenes eran a borbotones y una tras otra: cuando era chico, cuando corría, cuando trepaba los árboles, los olores, los picaportes, las caras, las sonrisas, los cumpleaños, fiestas, las comidas, el pan casero de mi tía, mis amigos de la infancia, de la pubertad, de la adolescencia, mis compañeros, mis compañeras, mis novias.* ***Todo****. Los momentos en los que había sido más intensamente feliz. Estar a un segundo de la muerte, la adrenalina que largás, es un olor tan particular. Iba camino hacia la muerte y me aparecían los momentos en los que había sido más intensamente feliz, era una mordedura a la médula de la vida.*

Abren el baúl, cargan el arma y me meten en una casa. Ahí me encontré con un conocido, era reconfortante encontrarse con alguien que uno conocía, nos dábamos ánimos, cuando se caía uno el otro lo levantaba y viceversa. Nos atan en una cama a cada uno y ahí estuvimos como diez días. Supe dónde estaba porque un día fui al baño y miré por una ventana abierta y reconocí el lugar, también porque el «Comendatore» pidió que compraran vino en Bialet Massé[30] *porque quedaba más cerca. Después, cuando estaba en libertad, pude reconocer la casa. Después de diez días nos vuelven a llevar tirados en el asiento trasero hasta la D2 donde otra vez nos pegan y después de unas horas nos llevan otra vez a La Perlita. Ahí nos*

---

[29] Calles céntricas de la ciudad de Córdoba Capital

[30] Bialet Massé es una localidad situada en el departamento Punilla, provincia de Córdoba, Argentina, ubicada a 48 km al noroeste de la ciudad de Córdoba Capital.

encontramos a los otros dos compañeros, a nosotros nos habían llevado a la Casa Hidráulica[31] *y a ellos los dejaron ahí, en el sótano. Habían venido los de la Cruz Roja Internacional y se habían entrevistado con los presos «especiales», así los denominaban ellos en vez de presos políticos. Acá está otra vez la perversión del juego. Por eso nos habían tenido dando vueltas hasta que la Cruz Roja se fue.*

Al mes me largan con libertad vigilada y hasta que no volvió la democracia tenía que ir al «chasqui», ahí en la ciudad de las Artes donde vivían los del servicio de inteligencia o tenía también dos teléfonos, uno de la oficina de ellos y el otro de la Federal. Me visitaron como doce veces después que salí. Venían a mi casa, se sentaban acá (señala la mesa), *iban a ver mis obras de teatro, las comentaban. El que me torturó a mí, Manzanelli*[32]*, salía con una piba de acá a la vuelta, Rosa, que trabajaba en el supermercado o por lo menos eso decía. Manzanelli y la amante venían a comprar a la verdulería y un día le pregunta a mi señora cómo se hacían los ñoquis,* ***la negrita*** *le explica y a la noche Manzanelli cae con un plato de ñoquis para nosotros. El que me había torturado. Perversión, cinismo, es todo un juego, parte de un método. Así que fue maravilloso el hecho de este Juicio*[33]*, el poder pararme cuando me preguntaron si reconocía a alguno, poder acercarme y tenerlos en frente. No te lo puedo describir, fue algo muy intenso, inédito, nuevo.* ***¿Ves cómo somos iguales? ¿Ves cómo los vientos soplan una vez para un lado y después para el otro? Y bueno, tal vez, nuestra venganza es ser felices, eso se lo repito a cada uno de los torturadores.***

---

31 La Casa o Chalet Hidráulica se encuentra situada en las orillas del Río San Roque de la localidad de Villa Carlos Paz, provincia de Córdoba, fue utilizada como centro de detención ilegal durante el Proceso de Reorganización Nacional.

32 Luis Alberto Manzanelli desde 1974 integró el Comando Libertadores de América, participó hasta 1978 en el Comando de Operaciones especiales del centro clandestino de detención «La Perla». Durante 1977 fue jefe de «interrogadores» en «La Perla», posteriormente fue trasladado al sector Grupo de Calle. Condenado por secuestro, tortura y asesinato.

33 Se refiere al Juicio de la Megacausa de La Perla ante los Tribunales Federales de Córdoba iniciado en 2012.

No perdonamos, no nos reconciliamos. Memoria, verdad y justicia. No olvidamos. Lo último que dije en mi testimonio[34] *fue «**Señor Juez, que se haga justicia y que digan dónde están los cuerpos de los desaparecidos para ir a llevarles una flor**».*

La militancia

Yo empecé a militar en los núcleos anarquistas, los Resistentes Libertinos, acá en Córdoba con el «Cabezón» Flores, con Adrián, con varios más. El Cabezón fue el Secretario General de la Mesa de Gremios en Lucha. En el 75 cuando se intervienen los sindicatos, hay toda una traición al Movimiento Obrero y se van a Alta Gracia y arman una CGT[35] *fantasma, virtual se diría hoy, antidemocrática y burocrática. Había sido intervenido el SMATA*[36]*. Nosotros entonces ¿Cómo hacíamos para resistir ya que no podíamos ir a disputar la CGT? Armamos la mesa del Gremio en Lucha.*

En el fragor de lo que era la lucha de clases, aquí en Córdoba, y por cómo estaba desarrollado lo que era el movimiento obrero, y como me gustaba la parte cultural (estaba en el grupo de teatro) me fui metiendo. Yo había trabajado de chico, desde los quince años, manejaba el torno, trabajé en la fábrica de mesitas de tocadiscos y LP (long play), después entré en la fábrica de material plástico, balance, prensa hidráulica, estaba capacitado. Después fui a laburar a la fábrica de baterías, manejaba soldaduras. Y ahí me vinculé con lo mejor del Movimiento Obrero, con los delegados, con las comisiones internas, los dirigentes, jefes del SMATA. Me vinculé con todo ese sector y bajo esta dirigencia aprendí muchísimo. También estudiaba filosofía. Al comienzo entro a militar allí, y después en la facultad con todos los debates aparece el pensamiento marxista y yo me vinculo a la Vanguardia Comunista[37] *y era marxista-leninista-maoísta, todo ese pensa-*

---

[34] Testimonio prestado en la audiencia testimonial en la Megacausa de La Perla. Día 24. Abril 2013.

[35] Confederación General del Trabajo.

[36] Sindicato de Mecánicos y Afines del Transporte Automotor de la República Argentina.

[37] La Vanguardia Comunista fue una de las organizaciones de la nueva izquierda que se formó en 1965, a partir de la crisis de Partido Socialista de Vanguardia.

miento nuevo que venía de la pelea entre La Unión Soviética y China, por el régimen de La Unión Soviética y la crítica que China le hacía. Y la Vanguardia Comunista venía de una fracción de la Vanguardia Socialista, en general todos los partidos de esa época se dividían, porque no podían contener a toda la juventud y a otras camadas generacionales que estaban proscriptas desde el 56. Se rompe el radicalismo, se rompe el peronismo: FAP, Montoneros, Integralismo, Peronismo de base, etc. Del Partido Socialista de los Trabajadores se forma el Partido Revolucionario de los Trabajadores y menos de un año después, en el Congreso[38]*, forman el ERP: Ejército Revolucionario del Pueblo.*

Había una necesidad. Y lo más maravilloso era esa capacidad de entrega de esa generación. Era envidiable y a borbotones. El otro, el semejante, es más importante que uno. La mayor parte de esa generación era así: comprometida, jugada. Esa generación tiene un ADN, no es que viene de un zapallo, y esto tiene que ver con nuestros viejos. Y hablo de Córdoba porque es lo que conozco, pero lo podés multiplicar en todo el país. Acá en Córdoba existía una gran unidad obrera: mi mamá se jubiló en Entel[39] *cuando las jornadas todavía eran de 8 horas, mi papá trabajó en la UOM*[40] *y después trabajó con materiales plásticos, laburantes los dos, con códigos. Semi-analfabetos los dos y entregaron a su descendencia (a mí y a mis dos hermanos) todo y pudimos acceder a la Universidad, ellos agacharon la cabeza y laburaron. Este grado de ofrecimiento y de generosidad que lo mamás: estos principios y los valores te los demostraban en la práctica. Y a esto lo podés multiplicar por un montón de madres y padres que parieron a esos hijos, y que venían del interior, del campo. Mi mujer era hija de un peón ferroviario en La Rioja, fue la primera mujer que salió de su pueblo para venirse a estudiar a la Universidad de Córdoba.*

Ibas al comedor (comedor de la UNC) *y habían 14 mil jóvenes desde las 11 del mediodía hasta las 3 de la tarde que estaban esperando, y ahí era una asamblea permanente, debates, y* ***ahí*** *aprendías. Olor a pata*

---

[38] Ver nota 10.

[39] ENTel: La Empresa Nacional de Telecomunicaciones fue una empresa pública argentina creada originalmente en 1946 por el gobierno de Perón.

[40] Unión Obrera Metalúrgica.

había. Y te lo digo porque había chicos y chicas que eran muy humildes y que habían accedido a la universidad. Entonces, era tan natural esto de la Unión Obrera Estudiantil que era claro que iba a estar del lado de los obreros.

Hoy la Universidad es otra composición social pero en esa época había un 40 o 50% de hijos de trabajadores, ese era el ADN que tenía nuestra generación, ese gran desprendimiento de los padres para que los hijos sean «mejores», muchos eran semi-analfabetos, otros apenas leídos. Y como buenos hijos de ***esos*** *entregaron todo: su vida, todo. Ahí estaba el movimiento obrero, ahí estaba la rebeldía. Entonces ahí milité en la Vanguardia Comunista, estoy orgulloso de haber pertenecido a esta estructura partidaria, aprendí mucho, conocí a grandes compañeros y compañeras, muchos de los cuales están desaparecidos o atormentados. Tengo grandes amigos y amigas de esa época que nos sabemos encontrar, somos espejos generacionales. Algunos hemos seguido peleando, aportando; otros no, pero no los juzgo*.

Testimonio de Raquel[41]:

Antes que nada, sin intención de justificarme, quiero decir que fui una persona ajena al conocimiento de lo que sucedía. No sé si fue porque vivía en un barrio en que los militantes no se manifestaban, o por haber vivido toda mi adolescencia en la casa de mis padres saliendo sólo para asistir a clases en el colegio de monjas. Yo tenía 13 años cuando fue derrocada Isabelita[42], no entendía nada de política, todavía jugaba con las muñecas, pero en mi casa como eran todos radicales[43] de familia, de cierta forma se aplaudió. No me enorgullece. Pero yo no entendía mucho y la

---

41 El segundo testimonio fue brindado por una mujer que vivió toda su vida en la ciudad de Córdoba Capital, pero por pedido expreso de la misma no se publicará ni su nombre ni dato alguno que permita su individualización. Al efecto, será nombrada como *«Raquel»*.

42 Isabelita era el nombre con el que popularmente se conocía a la presidente María Estela Martínez de Perón, derrocada por el golpe de Estado del año 1976.

43 Adherentes al Partido Político Unión Cívica Radical, fundado en el año 1891. Lo que lo convierte en el primer Partido Político fundado en la República Argentina.

verdad no me interesaba tampoco. Vivía en una burbuja. Viví mucho tiempo en una burbuja.

Ese año iniciaba el secundario, iba a un colegio de monjas, sólo de mujeres y no había mayor rasgo de subversión que la poca información que se filtraba en ese casi mundo paralelo. La información nunca era negativa ni contra del gobierno, siempre se escondía tras la justificación de una defensa en contra de los ataques de los ***subversivos, comunistas, vagos, hippies.*** *Nunca me puse a pensar en todo caso por qué había existido ese ataque inicial… luego me enteré que nunca existió.*

En mi casa el «algo habrán hecho»[44] *estaba completamente aceptado. Las publicidades, slogans, todo te lo reforzaban y no teníamos los medios para corroborar lo contrario. Ahora que lo pienso, había miedo, nunca lo quisimos ver así, lo disfrazábamos de respeto. Nuestros padres y abuelos venían de una educación rígida en la que se inculcaba respeto «por la autoridad», ellos no veían nada de malo en un poco de mano dura. Yo no sé si ellos no sabían o no querían saber.*

En el año 1982 empecé la Universidad, pero cuando estalló la Guerra de Malvinas[45] *mis padres me mandaron con mis dos hermanas a vivir con nuestros abuelos en Madrid. ¿Sabés cuándo me enteré que había vivido en un estado terrorista? En el año 1984, cuando me entero de la CONADEP. Recién ahí. Viví inmersa en un mundo de persecución, de represión… ¿Sabés cuánto tiempo tarde en razonar y darme cuenta que nadie había hecho nada?*[46]

V. Perdón

Luego de la Segunda Guerra Mundial, en cada lugar del mundo que fue escenario de delitos de lesa humanidad se planteó como inte-

---

[44] «Algo habrán hecho» fue un slogan del cual se valieron las Fuerzas Armadas para justificar tanto las desapariciones como detenciones.

[45] Guerra entre Argentina e Inglaterra en disputa por la soberanía sobre las Islas Malvinas, iniciada en abril de 1982 hasta junio del mismo año.

[46] En negación al slogan de «Algo habrán hecho».

rrogante recurrente qué decisión tomar contra aquellos que, representando al aparato estatal, habían sido autores de estos delitos. Cohen se pregunta si deberían investigarse sus acciones y ser ellos perseguidos, enjuiciados, castigados u obligados a pedir disculpas; o no debería hacerse nada en absoluto, lograr así la reconciliación nacional para que de ese modo se pueda «marcar una línea divisoria del pasado» y continuar hacia el futuro (Cohen, 2005).

Planteado el tema del perdón desde la consideración de la memoria colectiva cuestionada por la postura de las memorias individuales antagónicamente opuestas, se dificulta desde el plano del objeto a perdonar. Considero entonces que en este extremo se podría partir del punto de suponer la existencia de un conocimiento compartido con respecto a los hechos trágicos sucedidos durante la dictadura militar, independientemente de que en ese momento se los haya ignorado en absoluto o vivido en primera persona.

Tomar conocimiento de una verdad objetiva resultaría entonces fundamental. En este aspecto existe una figura internacionalmente aceptada y legitimada que es la de las «comisiones de la verdad». Las mismas no tienen una tarea juzgadora, sino que tienen como finalidad el lidiar con los hechos oscuros e imprecisos que rodean los conflictos y delitos contra los derechos humanos. De esta manera, el conocimiento de la verdad por parte tanto de las víctimas como de la sociedad, nos pondrían en condiciones más o menos homogéneas.

Estas comisiones de la verdad (la CONADEP en Argentina, por ejemplo) exigen como paso siguiente el decidir si tras tener conocimiento de la verdad, se debe optar por la reconciliación, o llevar a los culpables ante los Tribunales. Si entendemos al perdón y a la reconciliación como construcciones propias de instancias privadas, en principio estas no se oponen a juicio y castigo. No existiría en este sentido el perdón institucional.

La Corte Internacional de Derechos Humanos al respecto adopta la postura de trabajo conjunto entre la investigación y sanción de las graves violaciones a los Derechos Humanos. Para el Tribunal: «la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de los derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familia-

res»[47]. En este orden de ideas, el perdón no sería viable entonces para este tipo de delitos toda vez que el daño que los criminales producen a la Comunidad Internacional es tan grave, que aun cuando las víctimas o la sociedad los perdonasen, esto no serviría para exonerarlo de sus actos (Sotas, 2008).

El perdón entonces no haría más que jugar un papel personal, individual, interno del sujeto. El perdón no podría comprender la magnitud que estos delitos tienen como consecuencia: toda vez que se violenta a un ser humano, se violenta a todo aquel que comparte dicha situación. El orden alterado se vería, desde esta posición, reinstaurado solo mediante la acción de la justicia. El perdón no tendría un papel en la decisión del aparato estatal, como por decisión estatal no se podría tampoco imponer el perdón y la reconciliación.

VI. Olvido

> «Si bien es cierto que aceptar la muerte de un ser querido causa un gran dolor, desconocer la suerte que ha corrido un ser querido es, con mucho, la peor situación por la que se pueda pasar. El sufrimiento y la incesante búsqueda de información conduce con frecuencia a la marginación de esas personas, con todas las consecuencias que ello tiene para la sociedad, además de los obstáculos que plantea para la paz y la reconciliación» (Jacob Kellenberger, 2004)

La Ley de Punto Final[48] y la Ley de Obediencia Debida[49], dictadas en los años 1986 y 1987 respectivamente, fueron claros ejemplos

---

47 Corte IDH, «caso de la Panel Blanca (Paniagua Morales y otros) Vs. Guatemala», Fondo, sentencia del 08/03/1998, Serie C n°37, párrafo 173.

48 Ley N°23.492, estableció la caducidad de la acción penal contra los imputados como autores penalmente responsables de haber cometido el delito complejo de desaparición forzada de personas que tuvieron lugar durante la dictadura militar de 1976–1983; que no hubieran sido llamados a declarar en un plazo de 60 días más a los ya 2 años que habían pasado; desde el 10 de diciembre de 1983. Declarada nula en el año 2003.

49 Ley Nº 23.521 dictada en1987, estableció una presunción *iuris et de iure* respecto

de la reacción ante el planteo del olvido. Las violaciones a los derechos humanos de las que fueron víctimas miles de argentinos habían dejado marcas profundas en una gran parte de la sociedad y estas se resistían a ser sanadas mediante la amnistía, olvido, perdón. La declaración de nulidad de ambas leyes en el año 2003 fue una respuesta a esta necesidad de castigo, de cierre que tenían muchas de las víctimas, tanto de los sobrevivientes, como de los familiares o seres queridos de quienes fueron ejecutados o desaparecidos.

Que actualmente estén siendo llevados ante la justicia los delitos cometidos en la Provincia de Córdoba en la megacausa de La Perla, es un testimonio empíricamente comprobable de la necesidad de justicia.

Teniendo en consideración estos hechos y lo desarrollado en los títulos anteriores, podría seguirse el siguiente razonamiento: la memoria individual no conforma la memoria colectiva por entenderla a ésta como una construcción a partir de la interacción social; ésta se conformaría entonces mediante la búsqueda y conocimiento de la verdad, con prescindencia de qué estos hechos hayan sido vividos y/o conocidos por todos los miembros de la sociedad, o no. Que habiendo alcanzado la verdad, el perdón y la reconciliación pasan por consideraciones meramente individuales por no estar estas comprendidas como una actividad institucional. Que el conocimiento de la verdad debería generar una obligación estatal de enjuiciar por ser los delitos de lesa humanidad un crimen contra la comunidad internacional. El perdón y la reconciliación, junto a un potencial olvido, no serían entonces excluyentes del juicio y castigo.

VII. Conclusión

Al comienzo del trabajo fueron planteados tres puntos o ejes de la problemática:

---

de que los delitos cometidos por los miembros de las Fuerzas Armadas durante la dictadura militar no eran punibles, por haber actuado en virtud de la denominada «obediencia debida». Declarada nula en el año 2003.

1. ¿Qué fue efectivamente lo que sucedió?
2. ¿Qué se debe perdonar y quiénes son los sujetos que pueden hacerlo?
3. ¿Cuál es la importancia del olvido?

Si al primer punto lo relacionamos a los hechos, nos llevaría al tema de la memoria colectiva y la verdad. La memoria colectiva entendida como una construcción a partir de la interacción social, comprendería en una parte a la memoria individual por valerse los individuos de ésta al momento de la interacción, pero no sería determinante para llegar finalmente a esta memoria colectiva. La memoria colectiva no es de ninguna manera la mera suma de memorias individuales. La memoria colectiva se establecería entonces sobre la base de la búsqueda y conocimiento de la verdad, con prescindencia de que estos hechos hayan sido vividos y/o conocidos por todos los miembros de la sociedad o no. El conocimiento de lo que efectivamente sucedió, entonces, sería el producto de este proceso de búsqueda de la verdad a partir de la memoria colectiva. No resulta menor el valor que los testimonios tienen al respecto, ya que en una mayor o menor parte conforman ese abstracto que resultaría ser la memoria colectiva.

A partir de la verdad responderíamos entonces la primera parte de la segunda pregunta: lo que se debe perdonar es aquello que entendemos como verdad. Verdad en cuanto a lo que se «acuerda» como contenido de la memoria colectiva. Con respecto a quiénes son los sujetos que deben perdonar, la respuesta presenta tamices. Entiendo que habiendo alcanzado la verdad, el perdón y la reconciliación pasan por consideraciones meramente individuales, esto en la medida en que se sostenga que el perdón no existe como una instancia institucional, sino como una instancia privada. ¿El olvido de cuales sujetos individuales sería legítimo entonces? De acuerdo a como se vienen exponiendo los temas, comprendo que el perdón que vale es el de la sociedad como un sujeto grupal, es decir, sin necesidad de que cada uno de los miembros de la sociedad manifieste su perdón de manera expresa. No haría referencia a un acto solemne en el que se interrogue a cada uno, sino que así como se conforma la memoria colectiva a partir de un

proceso de interacción social, de manera abstracta se seguiría el mismo hilo: el perdón como resultado de la interacción social.

Con respecto al último interrogante, la importancia del olvido dependerá de la posición que se tome: si se sigue a la línea del perdón como una instancia privada, fácilmente podríamos incluir al olvido en este proceso, no como una eliminación de todo dato histórico, si no como un cierre a una etapa trágica. Desde otra posición que, aunque distinta, no es excluyente de la primera, hay quienes consideran que es necesario un enjuiciamiento y castigo para restablecer el daño ocasionado. Es decir, que solo hablarían de olvido cuando se haya hecho justicia. Aun cuando no se pueda establecer una postura correcta o una postura «más» correcta que la otra, considero que perdón y reconciliación no son excluyentes de juicio y castigo.

Habiendo expuesto las conclusiones con respecto a cada uno de los interrogantes, procederé a relacionarlos con los testimonios narrados. De la interacción social se construye la memoria colectiva la cual es la base de la verdad y de la misma continuamos hacia el perdón y un potencial olvido. ¿Qué sucede cuando la interacción social es muy difícil por portar los individuos vivencias absolutamente distintas? ¿Cómo logramos llegar a la *verdad*? Considero que la verdad no es una sola sino que está conformada por los pequeños aportes individuales que puedan hacer aquellos que tienen algo que decir; tanto los que fueron protagonistas directos como aquellos que desconocieron lo que sucedía, porque aun ese desconocimiento (ya sea por indiferencia, ignorancia, aislamiento, etc.) tiene una razón.

En primer lugar, es importante extraer de los testimonios una serie de cuestiones que, creo yo, son fundamentales al fondo del trabajo. Tanto en el primer testimonio como en el segundo, los protagonistas se expiden en un punto crucial: el entorno socio-familiar. Proviene cada uno de un entorno manifiestamente distinto, y por esta cuna desigual es que se puede ejemplificar no solo sus vivencias absolutamente opuestas, sino también el conocimiento que tienen de la dictadura militar del 76. Esta *verdad* que cada uno lleva. Estos ejemplos individuales, podríamos llevarlos a lo general si tomamos ambos testimonios como ejemplificativos de dos grupos bien marcados.

En el testimonio número 2, Raquel plantea, y la cito: «nuestros padres y abuelos venían de una educación rígida en la que se inculcaba respeto 'por la autoridad', ellos no veían nada de malo en un poco de mano dura. Yo no sé si ellos no sabían o no querían saber». De esta frase se pueden sacar, al menos, dos cuestiones, por un lado la rigidez inculcada como caldo de cultivo de una sociedad violenta. Por el otro, el miedo derivado de esta rigidez: se obedecía no por respeto, si no por miedo. En un sistema en el que se educa a sus miembros de esta manera, podemos tener como resultado entonces a un grupo que se vale de la violencia y el autoritarismo, y otro grupo que «respeta» a quien detenta el mando. Considero, a raíz de esto, como una parte de la conclusión, que uno de los factores del antagonismo social, es que cierto grupo o cierto porcentaje de la sociedad, respondía/responde a esta educación y crianza rígida y su correlativo argumento de respeto a la autoridad. La justificación del uso de la violencia entonces, sería entendida como válida o necesaria para mantener la hegemonía y orden social.

Por el otro lado, en el primer testimonio, el señor López habla sobre el ADN de la generación de jóvenes militantes de los años 60-70. Un sector de la sociedad joven que, mayoritariamente, había sido criada y educada bajo el ejemplo de la humildad, el desinterés, la entrega, la lucha, «el otro». Criados y educados por padres que habían logrado salir adelante gracias a un abanico de derechos sociales y económicos alcanzados durante la década del 50, que les permitieron ofrecerles a sus hijos el acceso al claustro universitario. De este grupo social entonces nacerían la mayoría de los jóvenes comprometidos y militantes, y digo la mayoría porque sería injusto —y erróneo— un absoluto. De aquí extraeríamos la segunda parte de esta última conclusión: el antagonismo estaría representado también por este grupo que había nacido de las entrañas del sacrificio, esfuerzo y humildad. Este grupo, con este «ADN», sería luego portador de una verdad distinta de la que portaron aquellos que fueron forjados por una educación conservadora, tradicional, rígida. La educación, los principios, los valores y las historias de vida serían entonces factores relevantes para entender los posicionamientos antagónicos con respecto a un hecho histórico. Estas historias y vivencias que tiñen a los sujetos como entes individuales, influyen

desde su raíz al posterior desarrollo de la construcción de la memoria, verdad, perdón, olvido. No se podría entonces hablar de ninguno de estos conceptos si primero no hablamos de los protagonistas.

Referencias bibliográficas

Ambos, K. (1999) *Impunidad, derechos humanos y derecho penal Internacional*. Caracas: Nueva Sociedad.

Assman, J. (1988). *La Memoria Cultural.* Munich: Beck.

Cohen, S. (2005). *Estados de negación: ensayo sobre atrocidades y sufrimiento.* Buenos Aires: Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

Halbwachs, M. (s.f.).*La Memoria colectiva.* Paris: Presses Universitaires de France.

Jelin, E. (2002). *Las conmemoraciones: las disputas en las fechas in-felices*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.

Lorenzzeti-Kraut (2011). *Derechos humanos, justicia y reparación.* Buenos Aires: Sudamericana.

Nino, C. (1997). *Juicio al mal absoluto.* Buenos Aires: Emecé.

Sosa A. y otros (2002). *Memoria colectiva e identidad nacional*. Madrid: Biblioteca Nueva.

Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (1984) Informe «Nunca Más», Buenos Aires.

Otras referencias:

COMISION DE DERECHOS HUMANOS (2004). *Declaración del señor Jacob Kellenberger Presidente del Comité Internacional de la Cruz Roja*, 60° período de sesiones, párrafo 9.

El Historiador: www.elhistoriador.com.ar/articulos

Proyecto Desaparecidos: www.desaparecidos.org

El Diario del Juicio - Megacausa La Perla: Diario www.eldiariodeljuicio.com.ar

Tzvetan T. (2007) «Un Viaje a Argentina», *El País*, Buenos Aires. Disponible en: elpais.com/diario/2010/12/07/opinion/1291676411_850215.html

Corte Interamericana de Derechos Humanos y Justicia Transicional: algunas inquietudes a partir de «Gelman»

Por Juan M. Mocoroa*

Resumen

En este trabajo se analiza una decisión reciente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos vinculada con la Justicia Transicional. De esta manera, se hace un breve repaso conceptual sobre qué se entiende con este término y, en particular, cuáles son los problemas que debe afrontar un régimen naciente. Así se indican los problemas morales, jurídicos y políticos a los que debe hacer frente un régimen democrático respecto del pasado autoritario. Luego, se describen las principales decisiones adoptadas por aquel tribunal respecto de la validez normativa de las amnistías vinculadas con lo que denomina «violaciones masivas de derechos humanos». Más tarde, se analiza de modo específico el caso «Gelman» resuelto por la Corte Interamericana. Esta decisión es empleada para cuestionar cómo piensa este Tribunal, cuál es su rol y, además, para pensar críticamente la estructura argumentativa que utiliza. En especial, se detallan tres problemas vinculados con esta sentencia: 1) que adopta una concepción sustantiva sobre la democracia que presenta como incuestionable cuando, en rigor, podría ser objeto de duras observaciones; 2) el concepto de amnistía empleado por el tribunal no es plausible sin consideraciones adicionales; y, por último, 3) el rol que según la Corte debe cumplir el Derecho Penal en los procesos transicionales. En todo caso, defiende el trabajo que no es deseable, y conveniente, recurrir a este instrumento en estos casos. Finalmente, se postula que estas cuestiones deben ser evaluadas

* Este trabajo es un producto individual del grupo de investigación dirigido por Hernán Bouvier y Juan Iosa, «Derechos Humanos en la Argentina postdictatorial» (CIJS, FDyCSs, UNC). Agradezco a sus integrantes, en especial, a Daniela Domeniconi, Belén Gulli, Dana Loncon, Valentina Risso, Natalia Scavuzzo y Eduardo Villafañe sus observaciones, críticas y sugerencias. Finalmente, un agradecimiento especial a Hernán Bouvier y Juan Iosa por su aliento y confianza, sin cuyo diálogo constante habría sido imposible escribir este texto.

en –y por– la comunidad política fracturada por ciertos hechos atroces. A partir de esto, también, cuestiona que deba ser en el seno de tribunales internaciones donde deben dirimirse estas cuestiones.

Palabras clave: Procesos transicionales, democracia, amnistía, derecho penal.

I. Presentación y propósito

La Corte Interamericana de Derechos Humanos[1], en los últimos años, se ocupó de la validez de algunas medidas de justicia transicional a la luz de la Convención Americana de Derechos Humanos.[2] En particular, me interesa reflexionar sobre un aspecto de este análisis: el tratamiento dado a las amnistías dispuestas por regímenes democráticos de la región, luego de las dictaduras que azotaron al continente en los años '60 y '70. Para esto, tomaré una de sus decisiones más recientes sobre este tema; el conocido caso «Gelman».[3]

En este ámbito, básicamente, su jurisprudencia es de tipos de críticas. Primero, se le reprocha una concepción panpunitivista.[4] De tal suerte, se sostiene, sus decisiones son expresivas —y representativas de— una concepción que descansa sobre un modo de concebir las respuestas estatales, únicamente, desde un punto de vista penal. En este sentido, la suya sería una ideología que difícilmente podría conjugar adecuadamente con una concepción limitada y restringida del Derecho Penal. De ahí que, esta objeción, critica la adjudicación de un supuesto «derecho al castigo» en cabeza de las víctimas; derivado —o inferido de— la llamada «tutela judicial efectiva». El problema aquí, en suma, sería que no avizora soluciones no punitivas para la satisfacción de aquellas demandas.

---

1 En adelante, «Corte IDH».

2 En adelante, «CADH».

3 Corte IDH. Caso «Gelman vs. Uruguay» (Fondo y Reparaciones). Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221.

4 Véase, Pastor (2008) y (2009). Asimismo, Malarino (2010).

Segundo, se le imputa cierta «arrogancia» internacional. En este trabajo, me interesa específicamente una variante de este argumento. En puridad, se trata de objeciones clásicas en el ámbito de la teoría del Derecho Internacional. Estas discusiones ponen de resalto que elementos y personas foráneas, no deben ser quienes decidan cómo llevar las cuentas en el interior de los Estados Nacionales. Esto es, una interrogación sobre la autoridad y legitimidad de estos tribunales internacionales para la resolución de problemas que se conciben como principalmente internos. La variante de la objeción que me interesa explorar, pone atención en ciertos argumentos democráticos que cuestionan que la última palabra en temas de justicia transicional sea depositada en tribunales internacionales.

Puestas así las cosas, mi argumentación será como sigue. En un primer momento, haré un breve repaso conceptual sobre qué es lo que entiendo por «justicia transicional». Allí mismo, pondré de resalto ciertos problemas trascendentes que, en ese ámbito, debe afrontar un régimen naciente. Luego, me detendré a analizar el caso «Gelman» resuelto por la Corte IDH. Más allá del análisis específico de esta decisión, este decisorio me servirá para cuestionar cómo piensa su rol y cuán consistente es el argumento de la «arrogancia internacional» en su variante democrática. De ahí que, en el próximo apartado, haré algunas observaciones críticas a la estructura argumentativa empleada por el Tribunal; señalaré las deficiencias que encuentro y, por último, llamaré la atención sobre por qué es que no en todo caso sería deseable, y conveniente, recurrir al Derecho Penal en supuestos de justicia transicional. Mi intención es postular que todas estas cuestiones deben ser evaluadas en —y por— la comunidad política fracturada por ciertos hechos atroces. De esto también debería surgir que no es en el seno de tribunales internaciones en que debieran dirimirse estas cuestiones. Y las razones, para ello, deben ser democráticas y contextuales.

II. Justicia transicional: sus problemas y circunstancias

El juzgamiento de las violaciones masivas a los derechos humanos cometidas por un régimen autocrático anterior, es un aspecto esen-

cial de la denominada «justicia transicional». Esto es, el conjunto de herramientas empleadas, después de una transición política, con el propósito de tratar los delitos cometidos por el régimen previo. Básicamente, debe decidirse a) qué califica como delito y b) cómo sancionar a los responsables (Elster, 2006 y 2007). Es por eso que se trata de:

> (…) toda la variedad de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación. (Capella i Roig, M., 2009,163).[5]

En este marco, los problemas a encarar son políticos, jurídicos y morales.

Lo primero, por cuanto las circunstancias contextuales no siempre son ideales para proceder de esa manera. En efecto, suele ser el caso que los gobiernos emergentes sean débiles y que sus políticas estén signadas por la necesidad de brindar estabilidad al régimen recién instaurado. De modo tal, las tensiones se generan por no poder cumplir, al mismo tiempo, dos objetivos: a) el juzgamiento a los responsables y b) el establecimiento de instituciones estables. Pues, *prima facie*, lo primero puede poner en riesgo lo segundo. De tal manera, los gobiernos democráticos deben realizar costosas evaluaciones, consecuenciales y políticas, sobre cuál de esos compromisos cumplir.[6] Vale decir, a pri-

---

[5] La autora, en realidad, hace referencia al Informe de 2004 del Secretario General de la ONU sobre el estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, UN doc. S/2004/616, de 3 de agosto, par. 8.

[6] Un acercamiento común en este ámbito, sobre «el espejismo de la justicia retroactiva», puede verse en Ackerman (1995,78). La posición de este autor, se basa en el vínculo entre «capital moral» y «capacidad burocrática» de un gobierno. Para Ackerman, si bien los gobiernos nacientes poseen por lo general un alto capital moral, están dotados de una escasa «capacidad burocrática». De modo tal que, para él, no sería conveniente despilfarrar aquel capital en un esfuerzo ineficaz para corregir las injusticias del pasado. En lugar de contribuir a un genuino sentido de reivindicación, la consecuencia segura de este accionar será la creación de mártires y fomentar la alienación política. Para una crítica a su evaluación del caso argentino, véase Nino, 2006,169 y ss. En algún sentido, comparto los mismos temores

mera vista surge el siguiente problema: pese a la existencia de un compromiso sostenido y reflexivo en relación a la protección de los derechos humanos, el juzgamiento de los hechos pasados puede ser, empero, contrario al aseguramiento prospectivo de esos mismos derechos.

Los problemas jurídicos tampoco son menores. Es habitual que gobiernos autocráticos en retirada, empleen normas jurídicas para imponer un manto de olvido y perdón. Es decir, so pretexto de soluciones reconciliadoras dispensan futuros castigos.[7] Esto, en conjunción con principios fundamentales del derecho penal liberal —*i.e.* principio de benignidad de la ley e irretroactividad— son serios obstáculos para el procesamiento y castigo de los culpables por los crímenes pasados. Además, surgen dificultades relacionadas con la atribución de responsabilidad a los autores mediatos de los crímenes y, finalmente, la propia eficacia del Derecho Penal para enfrentar situaciones que, en rigor, se avizoran como extraordinarias.[8]

Finalmente, existen problemas de índole propiamente moral. Por ejemplo, la utilidad explicativa del concepto de «mal radical» y su relevancia para analizar calamidades que ofenden la conciencia moral de la humanidad.[9] Relacionado con esto, cómo se vincula, normativamente, esta cuestión con el castigo y el perdón. De ello, emergen las siguientes

---

que invaden al pensamiento de Ackerman aunque, me parece, tienen un defecto de raíz, minusvaloran la necesidad de balancear las razones que informan la justificación del castigo en estos casos —*i.e.*, consideraciones retrospectivas y prospectivas—; si bien creo que, en verdad, anidan implícitamente en su planteo. Véase, sobre cómo deberían justificarse las políticas de transicionales, Mocoroa (2014). De todos modos, algo diré más adelante. Para una crítica a su evaluación del caso argentino, véase Nino (2006,169 y ss.).

7 Esto ocurrió en Argentina. El gobierno militar dictó el Decreto Ley No. 22.924 que dispuso la amnistía de los hechos, subversivos y antisubversivos, ocurridos entre el 25/05/1973 y el 17/06/1982.

8 Plantea esta objeción, Bulygin (2003). Sobre esto además, véase Nino (2006,169 y ss.) y Fiss (2007 y 2013).

9 Conf. Nino, (2006,33). Para quien «[l]as violaciones masivas de derechos humanos suponen el mal absoluto o lo que Kant denomino `mal radical´. Son ofensas contra la dignidad humana tan extendidas, persistentes y organizadas que el sentido moral normal resulta inapropiado». La corrección de esta caracterización es una cuestión controvertida. Conf. Garzón Valdés, (2004) y Bernstein, (2005).

preguntas: ¿Es posible perdonar hechos que rompen nuestros esquemas conceptuales y categoriales sobre la moralidad? ¿Cuál es la respuesta que aquello que designamos como «El Mal» merece? ¿La violencia es una alternativa? ¿Podemos castigar estos hechos? ¿Cómo podemos enfrentar un accionar que escapa a nuestra posibilidad de comprensión?[10]

Con estas complejidades y problemas convive un régimen de transición. De ahí que pueda hablarse de una especie «circunstancias de la transición». Estas estarían caracterizadas por dos elementos: a) la necesidad de fundar una comunidad política basada en derechos perdurable; y b) los condicionamientos políticos que dificultan castigar a los perpetradores de los peores crímenes. Además de, claro, las dificultades de carácter moral y jurídico que señale que se difuminan en ambos elementos. Por tanto, en el seno de la justicia transicional está la resolución de todos estos problemas. O, al menos, la necesidad de brindar una respuesta tentativa a estos planteos que sea lo suficientemente plausible como para, sino resolverlos, aminorarlo.

Ahora bien, es un presupuesto de este escrito que las evaluaciones de cómo resolver estos problemas no pueden ser efectuadas desde fuera de la comunidad política que, en principio, fue víctima de los hechos horrendos que jalonan su propia comprensión. Además, intuyo, no es posible concebirlos al margen de las circunstancias contextuales que afronta. Sin embargo, antes de detenerme sobre esto, debo hacer algunos comentarios a cómo la Corte IDH interpretó un instituto frecuentemente usado en las «circunstancias de la transición» por los gobiernos nacientes en América Latina: la amnistía. A ello se dirigirán mis próximas palabras.

III. Las amnistías en la jurisprudencia de la Corte IDH

La Corte IDH, en los últimos años, analizó de modo particularizado algunas instituciones de la justicia transicional. En especial,

[10] Para Arendt (2008,260), por ejemplo, «…es… [un] elemento estructural en la esfera de los asuntos públicos, que los hombres sean incapaces de perdonar lo que no pueden castigar e incapaces de castigar lo que ha resultado ser imperdonable».

enfrentó un conjunto de normas que, velada o directamente, tenían una clara finalidad: dispensar el castigo a los responsables de hechos calificables, en principio, como delitos de lesa humanidad. Se trata de un puñado de casos en los que se expidió, a la luz de la CADH, sobre el status normativo de disposiciones normativas que, en rigor, establecían amnistías más o menos amplias; más o menos robustas. Me refiero a las decisiones recogidas en «Barrios Altos»[11], «La Cantuta»[12], «Almonacid Arellano y otros»[13], «Gomez Lund y Otros»[14] y,

---

[11] Corte IDH, Caso «Barrios Altos vs. Perú» (Fondo). Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75. Sobre este caso, véase García Belaúnde (2004) y Guariglia (2001). La Corte interpretó la Sentencia de fondo en el sentido de que «la promulgación de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado parte en la Convención constituye *per se* una violación de ésta y genera responsabilidad internacional del Estado». Conf. «Caso Barrios Altos» (Interpretación de la Sentencia de Fondo). Sentencia de 3 de septiembre de 2001. Serie C No. 83, párr. 18.

[12] Corte IDH. Caso «La Cantuta vs. Perú» (Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C, No. 162. Aquí, declaró la responsabilidad estatal por la violación de los derechos a la vida y la integridad personal de nueve estudiantes y un profesor de la Universidad Nacional de Educación Enrique Guzmán y Valle. Reitera, en rigor, las afirmaciones sostenidas en el caso «Barrios Altos»

[13] Corte IDH. «Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile» (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia del 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154. En este caso, dispuso la obligación del Estado chileno de asegurar que el Decreto Ley No. 2191 (Amnistía) no fuera un obstáculo para la investigación de la ejecución extrajudicial de Luis Almonacid Arellano y para la identificación de sus responsables. Para la Corte IDH, debía asegurarse que no exista norma alguna que «represent[e] un obstáculo para la investigación, juzgamiento y, en su caso, sanción a los responsables de otras violaciones similares». Con respecto a las amnistías, dejó dicho que «los Estados no pueden sustraerse del deber de investigar, determinar y sancionar a los responsables de los crímenes de lesa humanidad aplicando leyes de amnistía u otro tipo de normativa interna. Consecuentemente, los crímenes de lesa humanidad son delitos por los que no se puede conceder amnistía» (parr. 114)

[14] Corte IDH. «Caso Gomes Lund y Otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil» (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219. Aquí, condenó a Brasil a indemnizar a las víctimas de la desaparición forzada de 62 personas miembros de la Guerrilha do

finalmente, «Gelman».[15]

Estas decisiones impusieron un conjunto de prohibiciones y obligaciones. En particular, que no es facultativa la persecución de las graves y masivas violaciones a los derechos humanos.[16] De modo tal, toda medida, aun cuando ella sea democrática, cuyos efectos sean el otorgamiento de un respuesta no punitiva a estos hechos se encontraría prohibida. La única respuesta admitida por la CADH sería, entonces, la pena. En efecto, ha afirmado la Corte IDH que

> (…) son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.[17]

Araguaia por parte del Estado ocurridas entre 1972 y 1974. También se lo condenó a reabrir las investigaciones sobre estos hechos para condenar a los responsables y determinar el paradero de las víctimas. Para esto determinó que la Ley de Amnistía No. 6.683 de 1979, era incompatible con la CADH y, por tanto, carece de efecto jurídicos. Véase, parr. 148 y ss. Sobre este caso, resulta indispensable el penetrante análisis de Elías (2011).

15 Corte IDH. Caso «Gelman vs. Uruguay» (Fondo y Reparaciones). Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221.

16 En el texto se emplea la noción «violaciones masivas de Derechos Humanos». Esta debe considerarse comprensiva de los llamados delitos de lesa humanidad. Este último sintagma, sin embargo, es un término técnico con el que se identifican los delitos perseguidos por el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Ahora, en el Sistema Interamericano, a partir de la evolución jurisprudencial objeto de estudio, las prohibiciones a las que me refiero se extienden tanto a uno como a otro término. Sobre el concepto de «delitos de lesa humanidad», y poderosas críticas a la indeterminación del «Derecho Penal Internacional», véase D´Alessio (2010).

17 Corte IDH, Caso «Barrios Altos vs. Perú», Serie C No. 75, parr. 41. La particularidad de este caso es que se trataba de una «autoamnistía». Luego, la Corte IDH sostuvo que el *holding* de la decisión podía y, en rigor, debía hacerse extensible a todas las amnistías empleadas respecto de delitos que, a su consideración, debían

Al menos dos consecuencias normativas se siguen de esto. Por un lado, los Estados tienen *prohibido* recurrir a ciertas medidas —las amnistías, en particular— que «impid[an] la investigación y sanción de los responsables». Por otro, dichos Estados están *obligados* a recurrir al Derecho Penal en casos de «violaciones masivas de derechos humanos».[18] Esto implica relegar cualquier consideración consecuencialista que determine una respuesta comunitaria no punitiva a esos aberrantes hechos. En suma, identificó a) una obligación convencional de investigar y sancionar a quienes han cometido «violaciones graves de los derechos humanos»; y, a su vez, esta obligación implica b) una prohibición absoluta de amnistiar o indultar a los autores de esos hechos.

Estas consideraciones son muy problemáticas. En primer lugar, es difícil identificar —sino imposible— una norma expresa en la CADH que disponga una regla de este talante. Luego, aceptada esta dificultad, surge el interrogante por la autoridad y legitimidad de un tribunal internacional para su adjudicación. Más aún cuando, como antes se esbozó, esta consideración es inferida por la Corte IDH a partir de un supuesto derecho de las victimas a la obtención de un castigo en este ámbito. Los interrogantes, por tanto, pueden multiplicarse: ¿Están jurídicamente justificadas —*i.e.* se derivan del derecho internacional convencional— las decisiones aludidas? En todo caso, ¿son moralmente correctas —*i.e.* cuál debería ser el contenido del derecho internacional—? ¿No existe resquicio en este ámbito para una decisión democrática, deliberada y mayoritaria? ¿Es correcto que una comunidad política no pueda decidir democráticamente sobre temas que fracturan su propia cohesión? Y, finalmente, ¿es deseable para una comunidad política que esta decisión —*i.e.* imposición de penas *vis a vis* perdón institucional o amnistía— sea resuelta por no miembros de ella? O, lo que es lo mismo, ¿pueden legítimamente ser resueltas *desde afuera* de la comunidad política estas cuestiones?

---

ser vistos como «graves violaciones masivas a los Derechos Humanos». Es decir que, entonces, no limitó como, a mi criterio al menos, debía la obligatoriedad de este decisorio a los aspectos fácticos sustantivos que le sirvieron de antecedente al momento de resolver.

[18] Poderosas objeciones a las razones invocadas por la Corte IDH para la identificación de esta obligación, en Elías (2011,166).

Las respuestas a estas preguntas dependen de cuál sea la posición correcta respecto a diversos problemas teóricos —conceptuales y normativos— tanto en el ámbito moral como en el propiamente jurídico, que ellas presuponen. Por ejemplo, ¿con qué alcances debe definirse el concepto de «víctima» en estos supuestos? ¿Sólo debe considerarse tal al particular ofendido por la acción dañina? ¿Es posible considerar ofendida a la propia comunidad política de la que ella es parte? ¿Puede extenderse, con sentido, este concepto hasta sostener que él denota a la humanidad toda?[19] Esta cuestión se vincula de un modo estrecho con la posibilidad de ejercer el perdón como acto performativo. Y por ende, la validez de un curso de acción adoptado por una comunidad tendiente a, considerados otros valores, dispensar de castigo a los responsables por esos hechos. Asimismo, debería analizarse cuál es la relación (conceptual o normativa) entre delitos de lesa humanidad e imperdonabilidad.

---

[19] Sobre este tema, y los límites de la noción de víctima, véase Malamud Goti (2003). Más allá de eso es importante notar que este autor distingue dos formas de llevar a cabo juicios en contra de los perpetradores de los más aberrantes crímenes. Supone que su juzgamiento puede hacerse «desde adentro» o «desde afuera». El criterio de distinción lo finca en quiénes son los jueces que deben hacerlo. En caso en que ellos sean presididos por jueces pertenecientes a la misma comunidad que las victimas y los perpetradores, estamos ante «juicios desde adentro». De lo contrario, si los encargados de imponer sanción no fueran miembros de la misma comunidad, serán «juicios desde afuera». Malamud afirma que, en tanto se trata de abusos «domésticos», los fines y los objetivos de la justicia penal sólo pueden cumplirse satisfactoriamente mediante los juicios del primer tipo. Pues, los segundos no permitirían la persecución de ciertos objetivos en materia de inculpación como ser: la generación de autoestima y autorrespeto. Ahora, esta cuestión nos encerraría en un genuino dilema moral. Por un lado, nuestras convicciones más firmes nos convidan a pensar que «es moralmente correcto que alguien termine con la impunidad»; sería, de tal modo, indiferente a qué comunidad pertenezca ese alguien. Por otro, castigar a los criminales desde afuera podría frustrar las expectativas perseguidas con la imposición de una pena por esos hechos (p. 24) Para sostener esto recurre a una tesis fuerte acerca de la justificación de las penas: el castigo es beneficioso en tanto pueda restablecer cierta «idea no distributiva de igualdad entre víctimas y victimarios». De este modo, adquiere la inculpación cierta «propiedad igualadora». Me seduce su propuesta. Empero, no creo que sea generalizable. Pienso que deben hacerse evaluaciones y consideraciones adicionales para arribar a esta conclusión. Véase, Mocoroa (2014)

Ahora, aún supuesto que estos hechos fueran perdonables, los problemas no se aquietan. En efecto, debe determinarse quién tendría capacidad para conceder el perdón. Nótese que, conceptualmente, este último término es relativo a un determinado ofendido. Su núcleo conceptual radica en la disposición a no castigar, pudiéndolo hacer (Garzón Valdés, 2004). De esta manera, si el ofendido es la comunidad internacional solo a ella le corresponde disponer el no castigo de estos hechos atroces. Por ello, sería irrelevante la pretensión indultante de una comunidad política particular con respecto a sus propios hechos. En suma, se trata de determinar si es posible perdonar aquellos hechos que, por sus características atroces, rompen nuestros esquemas conceptuales de índole moral. Y si esto *debe* ser definido por no miembros de la especifica comunidad lesionada. Asimismo, si esto debe ser efectuado más allá de las condiciones de posibilidad de una comunidad. Si se respondiera negativamente a esta cuestión, una respuesta punitiva deviene obligatoria independientemente de las necesidades y exigencias de la sociedad. El problema es que si puede construir en forma colectiva su propia respuesta, sería imposible el cumplimiento de ciertas obligaciones —supuestamente— internacionales.

De un modo dramático, y notable, estas cuestiones se presentan en el caso «Gelman v. Uruguay». En el próximo apartado, describo someramente sus propiedades fácticas y los argumentos que considero relevantes usados por la Corte IDH; según sean de interés para los objetivos de este trabajo. De este modo, luego, los analizo críticamente.

IV. El caso «Gelman vs. Uruguay».

IVa. Los hechos del caso

Los hechos del caso «Gelman», lamentablemente, no se caracterizan por su naturaleza excepcional. Son una muestra clara de un proceder contrario al respeto mínimo a la dignidad personal que, durante la década del setenta, fue moneda corriente. En aquellos años, existieron señores de la vida y la libertad de los individuos. Las particularidades de este caso, no obstante, son las siguientes.

María Claudia García Iruretagoyena Casinelli y su esposo, Marcelo Ariel Gelman Schubaroff, fueron privados ilegalmente de su libertad por comandos militares uruguayos y argentinos el 24 de agosto de 1976 en Buenos Aires. Eran los comienzos, y un acto paradigmático, de la llamada «Operación Cóndor».[20] En ella, las dictaduras sudamericanas acordaron dar tratamiento paritario a lo que consideraban elementos «subversivos» —un eufemismo para referirse a opositores a la dictadura—; serían todos castigados, sin consideración de fronteras. Marcelo Gelman fue ejecutado en octubre de 1976. Su esposa fue trasladada a Montevideo en forma clandestina en avanzado estado de gravidez. Luego, el horror engrandeció. Dio a luz, a en el Hospital Militar de Uruguay a su hija María Macarena. Y nunca más se supo nada de ella. Su beba inmediatamente fue entregada a un policía uruguayo, quien la registró ilegalmente como hija propia. Con el paso de los años, la lucha por la memoria, la verdad y la justicia, hizo que finalmente María Macarena se sometiera a una prueba de ADN; este test demostró el parentesco con la familia Gelman.

Por otra parte, el 22 de diciembre de 1986 el Congreso uruguayo aprobó la llamada «Ley de Caducidad» que estableció una amnistía por todos los crímenes cometidos por las fuerzas de seguridad. En 1988 la Suprema Corte se pronunció sobre el estatus normativo de esa legislación. En esa oportunidad, sostuvo su constitucionalidad. Sin embargo, ni las aguas se aquietaron ni los reclamos de justicia se acallaron con esta decisión. Debido a ello, un año después, se interpuso un recurso de referéndum contra la Ley de Caducidad. El objetivo de esta propuesta era lograr su derogación. Empero, no fue aprobado por la ciudadanía; sólo el 42.4% de los votantes se pronunció a favor. Ahora bien, el 19 de octubre de 2009 la Suprema Corte de Justicia en la causa «Sabalsagaray Curutchet», contradijo su jurisprudencia anterior y, por tanto, declaró la inconstitucionalidad de la amnistía. Para esto tuvo especialmente en cuenta las decisiones de la Corte IDH.[21] No obstante,

---

[20] A partir del párrafo 44 en la sentencia puede verse un detallado resumen de esta maléfica estrategia de integración estatal.

[21] En particular, el caso «Barrios Altos» ya citado.

las objeciones y debates no se detuvieron. Por eso, posteriormente, se sometió a «iniciativa popular» un proyecto de reforma constitucional para introducir en la Constitución una disposición que declare la nulidad de la Ley de Amnistía. Sin embargo, la propuesta no fue aprobada porque no alcanzó el número de votos necesarios.[22]

A esta altura, el proceso en procura de la identificación y adjudicación de responsabilidad penal por estos hechos se encontraba estancado. Los efectos de la Ley de Caducidad eran extensibles a los pedidos de Gelman para la reapertura de la investigación de lo sucedido y, por tanto, no era ello posible.[23] De tal modo, en el ámbito interno no hubo posibilidades de identificar quienes fueron los responsables de los hechos acaecidos, cuál era el paradero de María Claudia García y, como es obvio, no hubo en modo alguno sanción para nadie. Los hechos, así, quedarían impunes. Para evitar esto, Gelman, junto a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, llevó el caso ante la Corte IDH.

IVb. La resolución de la Corte IDH

La Corte IDH, aceptó el reconocimiento de responsabilidad realizado por Uruguay.[24] Sin embargo, ordenó la reanudación de la investigación y juicio penal por las violaciones ocurridas. Esto con un claro objetivo: el Estado debe llevar a término eficazmente la investigación de los hechos con respecto a la familia de Gelman, esclarecerlos, deter-

---

22 Conf. Rey (2012, 74/75) [aquí puede encontrarse un excelente análisis de los hechos del caso].

23 Rey da cuenta de algunos hechos que no figuran en el relato efectuado por la Corte IDH. Según refiere, Gelman logró la reapertura de la investigación, pero el Ministerio Público entendió que el caso estaba comprendido por la Ley de Caducidad. Finalmente, en 2008 se reabrió la causa aunque no tuvo avances significativos; ni se acusó a alguien ni se sancionó ni se logró determinar el paradero de María Claudia García. Conf. Rey (2012,75). Una descripción de todo el proceso transicional en Uruguay, sus avances y retrocesos, en Errandonea (2011).

24 Uruguay reconoció su responsabilidad por los hechos acaecidos. Sin embargo, considero que la Ley de Caducidad impedía la reapertura de la investigación. Leonardo Filippini, enfatiza este aspecto que le parece «lo mejor de Gelman». Conf. Filippini (2012,186)

minar las correspondientes responsabilidades penales y administrativas y aplicar las consecuentes sanciones que la ley prevea. Impuso, también, la obligación de continuar y acelerar la búsqueda y localización de María Claudia García Iruretagoyena, o de sus restos mortales y, en su caso entregarlos a sus familiares. Además de otras medidas de reparación.

Del mismo modo, declaró la inconvencionalidad de la Ley de Caducidad.[25] En tanto impedía la investigación y sanción de graves violaciones a los derechos humanos. Por ende, ordenó que Uruguay garantizara, en cuanto pudiera impedir u obstaculizar la investigación y eventual sanción de los responsables, que aquella legislación no represente más un obstáculo para la investigación y determinación de las responsabilidades penales correspondientes.

V. Algunas objeciones a los argumentos de la Corte IDH

La reacción de la Corte IDH tiene consecuencias importantes que, en rigor, no se limitan al caso de Uruguay. Por el contrario, implica un rechazo generalizado a una estrategia común seguida por los países de la región para enfrentar los hechos del pasado. Pues, como afirma Filippini (2012,190): «[r]echazó de plano como salida global frente al conflicto [las leyes de amnistía], ordenando a la justicia una actuación activa para la investigación y reproche de las violaciones ocurridas». Tengo la intuición que este es un *leit motiv* loable; pero equivoca-

---

[25] Desde el caso «Almonacid Arellano», la Corte IDH ha desarrollado una línea jurisprudencial destinada a promover que los jueces, aun de oficio, efectúen un «control de convencionalidad». Este implica que «cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la CADH, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer[lo] *ex officio*…». Conf. Corte IDH, «Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México». (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 26 de noviembre de 2010, Serie C No. 220, párr. 225.

do. Pienso, empero, que el defecto general de decisiones como esta se basan en un análisis universalista que yerra al no vincular una decisión jurídica con el cúmulo de dificultades que, a decir verdad, un gobierno naciente debe afrontar. Además, no logra efectuar un adecuado balance de las razones que justifican, generalmente, el castigo en estos casos. Pero aun falta mucho para que pueda desarrollar este argumento. Antes, es necesario que me refiera a algunos problemas que están en el corazón del decisorio que se comenta.

Me interesa resaltar algunas notas de la argumentación de la Corte IDH. Con respecto al problema analizado —amnistías, decisiones democráticas, control de convencionalidad— desarrolla tres puntos importantes para observar: 1) Una específica concepción acerca de democracia; 2) el concepto de amnistía; y 3) el rol que debe cumplir el Derecho Penal en los procesos transicionales. Todos ellos están anudados en el fallo y, sin embargo, no de un modo adecuado. En lo que sigue, doy algunas razones para sostener esto.

Va. Una concepción sustantiva de la democracia.

El concepto de democracia es un concepto esencialmente controvertido.[26] Al respecto, existen profundos desacuerdos, incluso en casos claros o paradigmáticos de instanciación del mismo. Por supuesto, esto implica que estos desencuentros no son producto de una disidencia en un nivel semántico o lingüístico. Por el contrario, se trata en general de un debate normativo respecto de cuál *concepción* de la democracia es más deseable. En especial, cuando a partir de determinadas y específicas concepciones de la democracia se proponen o defienden determinados diseños institucionales. En este sentido, la discusión académica en el ámbito de la teoría constitucional se encuentra atrapada en una «obsesión» (Friedman, 1998): determinar el correcto encaje de la democracia con el ejercicio del *judicial review.* Esta discusión, en términos generales, enfrenta a dos grupos de autores que defienden posiciones encontradas sobre este punto. Aquellos que abrazan concepciones

[26] Sobre los «conceptos esencialmente controvertidos», véase Ferreres Comella (1997) e Iglesias Vila (2003).

«sustantivas» y los que, por oposición, se decantan por una concepción «procedimentalista».

El primer punto interesante para analizar es, como dije, la concepción de democracia que subyace al pronunciamiento dictado por la Corte IDH y, además, clasificar su posición en alguno de aquellos bloques teóricos que señale. Una vez hecho esto, intentaré determinar si su concepción es plausible y, si no lo fuera, señalar algunos problemas que podría imputársele.

Para la Corte IDH «[e]l hecho de que la Ley de Caducidad haya sido aprobada en un régimen democrático y aun ratificada o respaldada por la ciudadanía en dos ocasiones, no le concede automáticamente ni por sí sola legitimidad ante el Derecho Internacional».[27] Aquí deberíamos avanzar con cuidado, pues esta afirmación puede querer decir al menos dos cosas.

Por un lado, lo que la Corte IDH nos diría es que el carácter democrático de una determinada decisión no implica, automáticamente, su conformidad con el Derecho Internacional. Esto, naturalmente, parece un puro truismo. Parecería obvio que una decisión estatal, por más democrática que fuera, no le otorga a un conjunto normativo validez en aquel ámbito; porque los criterios para ello son independientes —y están desvinculados de— la legitimidad de origen de una autoridad para el dictado de una decisión normativa. A menos, claro está, que justamente pretenda desconocer la democracia como sistema de gobierno productor de normas y, como es el caso, siempre y cuando exista una norma internacional que disponga el desconocimiento de las decisiones no democráticas adoptadas por los Estados. Sin embargo, es criticable que ese carácter democrático carezca de alguna relevancia, no ya para reconocer validez a esas normas, para determinar cómo debe ser ejercido y con qué intensidad el control por parte de los jueces. Aun más cuando de jueces internacionales se trata.[28] De este modo, si bien

---

[27] Corte IDH. Caso «Gelman vs. Uruguay» (Fondo y Reparaciones). Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, parr. 238.

[28] Por ello, aquí valen las conocidas objeciones contra la «dificultad contramayoritaria». Para el caso de los tribunales internacionales, y el carácter exacerbado de esta, Vid. Elías (2011,170/171). En líneas generales, describo someramente la discusión teórica en este ámbito en Mocoroa (2013).

puede ser cierto que frente al «derecho internacional» no le concede una legitimidad especial, no lo es menos que le concede una especial dignidad. O, al menos, así debería ser. Y que, por tanto, debiera ser tratada con deferencia. Los juicios a realizar, en general, por el Poder Judicial al ejercer el control de constitucionalidad y, en especial, por un Tribunal Internacional al ejecutar el llamado «control de convencionalidad», debieran ser particularmente prudentes para respetar ese especial valor[29].

Por otro lado, es posible una interpretación más radical de este punto. Según la cual, que a mi criterio es la que defiende la Corte IDH, el carácter democrático de una decisión —*ie*., el procedimiento empleado para arribar a ella— no es relevante para analizar su legitimidad. De tal modo, el *valor intrínseco* que adscribimos a este procedimiento, en tanto da cuenta de la participación de todos los afectados por una decisión en pie de igualdad, debe subordinarse a la calidad de los resultados de un procedimiento. En este sentido, defiende instrumentalmente la producción de resultados justos sobre sus condiciones de producción. El problema aquí es que, en especial, el valor de las decisiones mayoritarias se encuentra en que el principio de mayoría, como dice Bayón, se fundamenta en «la idea de que la participación de todos y en pie de igualdad en la toma de decisiones públicas esta revestida de una especial calidad moral, al margen del tipo de resultados a los que conduzca»[30].

Por supuesto, una forma de disolver este punto sería recurrir a la noción de «derechos». Esto es, podría sostener que, por más democrática y mayoritaria que sea una decisión comunitaria, puede afectar derechos fundamentales. Y, por ello, no debiera tolerarse. Para esta comprensión, la propia noción de «derechos» implica un límite infranqueable a las decisiones mayoritarias. Incluso, podría decirse, una concepción de democracia desvinculada de los derechos no es democrática. Para esta posición, el respeto a los derechos es un aspecto esencial del propio concepto de democracia; es un aspecto de su definición que esté

---

[29] La expresión, como se sabe, pertenece a Waldron *(*1999).

[30] Conf. Bayón (2010,439).

limitada por restricciones que son vistas como «cartas de triunfo» frente a la opinión mayoritaria[31]. Por tanto, es por esta razón por lo que carecen de validez. No es posible, dice el argumento, aceptar que en virtud de un procedimiento destinado «a contar manos alzadas», se acepte la violación de los derechos más básicos de la ciudadanía[32].

Esta última posición parece ser la que asume la Corte IDH, cuando agrega que

> La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la [CADH], de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo 'susceptible de ser decidido´ por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un 'control de convencionalidad´ (…), que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial.[33]

De este modo, asume la Corte IDH la concepción que, someramente, esbocé. Ahora bien, no se justifica esta posición sin premisas adicionales. En especial, como afirma Gargarella (2012, 9), esta deci-

---

[31] Esto es claro en Ronald Dworkin, que distingue dos concepciones de la democracia. Por un lado, la «estadística» y, por otro, la «comunitaria o constitucional». La primera supondría el dominio irrestricto del principio mayoritario. La segunda, por el contrario, estaría conformada por limitaciones sustantivas: los derechos básicos de los ciudadanos. Conf. Dworkin (2004). Una poderosa critica sobre esta posición en Waldron *(*2005, Cap. XIII).

[32] Como gráficamente dice Bellamy (2010,45), para quienes piensan de este modo, parecería que las decisiones democráticas son tomadas por «aquellos que más gritan».

[33] Corte IDH. Caso «Gelman vs. Uruguay» (Fondo y Reparaciones). Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, parr. 239.

sión «vincula la regla de la mayoría con una tendencia a la toma de decisiones irracionales e irrazonables; y [por el contrario] vincula al Poder Judicial con la toma de decisiones racionales y razonables». Este tratamiento asimétrico y desconfiado, necesita de un fundamento independiente para poder extraer de él las consecuencias que se intenta. Al menos, si no se quiere asumir un elitismo injustificado y una tendencia necesariamente antimayoritaria.

No obstante, no lo brinda el Tribunal. Tampoco puede hacerlo el apoyo teórico en el que se funda; este tiene sus propios problemas vinculados con esos mismos prejuicios. Me refiero a la obra de Luigi Ferrajoli. Según este autor, los derechos no representan una autolimitación revocable del poder soberano; por el contrario, consisten en un «sistema de límites y de vínculos supraordenado a él». A partir de ello, deduce que estos bienes son ejercidos «contra los poderes públicos aunque sean democráticos o de mayoría» (Ferrajoli, 2004,53). Para él, su «tesis se limita a dar cuenta de un hecho: que los derechos fundamentales establecidos por una constitución rígida imponen, guste o no, límites y vínculos sustanciales (…) a la democracia política» (Ferrajoli, 2004,51). De esta forma, los derechos fundamentales darían forma a una connotación sustancial de la «democracia constitucional». En oposición a una visión puramente formal, según la cual el principio de la mayoría carece de limitaciones. Por el contrario, la visión sustancialista impone limitaciones no solo referidas al *quién* y al *cómo* decidir (forma) sino que, al contrario, a qué es lícito decidir y que no es lícito no decidir (contenido o sustancia). De este modo, los derechos fundamentales se sitúan en una esfera de lo indecidible: «de lo no decidible que, y de lo no decidible que no».[34] Adviértase que esta posición parecería presentarse como una apuesta teórica – i.e. descriptiva—, no obstante a mi criterio subyacen aquí algunos compromisos normativos cuestionables.

---

[34] La posición de este autor fue calificada como partidaria de un «constitucionalismo fortísimo». Conf. De Lora (2005). En al ámbito de la filosofía política Ernesto Garzón Valdés defendió una posición semejante al proponer la existencia de un «coto vedado» inexpugnable a las apetencias mayoritarias. Vid. Garzón Valdés (1993 y 2000).

Ahora bien, la autoridad y reconocimiento del autor invocado no hace que, por ello, se difuminen los problemas que se agazapan en una concepción de este tipo. Martí (2005), desde una visión republicana y deliberativa de la democracia, sometió a esta posición a una crítica, a mi criterio, devastadora.[35] Por eso, en lo que sigue, reconstruiré su objeciones. Debe quedar en claro que si la construcción teórica de Ferrajoli no puede salir airosa de estas objeciones, tampoco podrá hacerlo la propia concepción de la Corte IDH. De ahí el interés en recurrir a ella.

En la obra de Ferrajoli, los derechos fundamentales son un límite a la existencia del procedimiento democrático; por eso serían una condición necesaria, aunque no suficiente, de la democracia. Ahora bien, esta posición —y, por ende, la de la Corte IDH— tiende, más que a limitar, a la opresión de la democracia; como certeramente advierte Martí. Es más, si las criticas son correctas, debería quedar en claro que «la teoría es devastadora» para ella (Martí, 2005, 382). Tres problemas identifica como generador de estos indeseables efectos: 1) la paradoja de precondiciones de la democracia; 2) el precompromiso irreversible; y, 3) la indeterminación de los derechos fundamentales y el control de constitucionalidad de las leyes. En lo que aquí interesa, debiéramos hablar de «control de convencionalidad».

En referencia al primer problema, puede decirse lo siguiente. Si los derechos imponen limitaciones al procedimiento democrático, la entidad de estos límites depende de cómo se conciban estos derechos y, en especial, cuáles sean ellos. En efecto, si los derechos a los que se consideran limitaciones son aquellos que, comúnmente, es fácil identificar como «derechos procedimentales», entonces, los límites serán internos al procedimiento democrático. Ahora bien, si son independientes de ese procedimiento se tratarían de un límite externo. Por último, si estamos en presencia de ambos clases de derechos, el procedimiento, como es obvio, tendrá límites internos o externos, según el tipo de derechos de que se trate (Martí, 2005, 382). Admitido que sea que ciertos temas deben estar al margen de las decisiones políticas, y que

[35] Asimismo, véase De Lora (2005) y Pozzolo (2005). También Bayón (2010, 428 y ss.).

esto se realiza en pos de la protección de ciertos derechos que se conciben como fundamentales, puede ser realizado por diversas razones. Deviene, entonces, necesario determinar por qué es que se les atribuye ese carácter. La importancia teórica es obvia al momento de interpretar sus limitaciones y, por ende, el margen asignado a la institución democrática. Convincentemente, Martí (2005,386) identifica dos estrategias: 1) Las «precondiciones de la democracia» (la garantía de determinados derechos es conceptualmente necesaria para que exista, o para otorgar valor, al propio procedimiento democrático); y, 2) La «justicia sustantiva» (según la cual se protegen ciertos valores sustantivos porque toda decisión democrática que los vulnere es claramente injusta). Con respecto a la primera, es posible que estemos en presencia de la llamada «paradoja de las precondiciones de la democracia».[36] Esta se puede entender del siguiente modo: el ideal democrático tiene un conjunto de precondiciones sin las cuales el propio procedimiento o no existe o carece de valor alguno. Sin la protección de estos derechos, carece de sentido decir que estamos en presencia de una democracia constitucional. Ahora bien, depende de cuán extensivas sean consideradas esas condiciones para no caer en un regreso al infinito y en las garras de la paradoja. Pues, si estos derechos deben protegerse, garantizarse y aplicarse y si ellos implican o incluyen desde la más básica libertad de expresión, por ejemplo, hasta los conflictivos derechos sociales, puede ser el caso que ya no queda nada que deba ser decidido por el procedimiento democrático.[37] La estrategia sustantiva tampoco carece de objeciones. Según esta, los derechos se consagran en tanto exigencias de una concepción de justicia. Esto es, son ideales de cómo debemos concebir la justicia para que las instituciones estén moralmente justificadas; lo que determina la necesidad de consagrar un conjunto de dere-

---

[36] El autor que quizás más enfatizó este aspecto fue Carlos Nino. Conf. Nino (1997,193). Esta cuestión es analizada en Martí (2008).

[37] En palabras de Martí: «Si garantizamos las precondiciones de la democracia para hacerla posible y valiosa, ya no [la] necesitamos […] porque los grandes temas de controversia están zanjados. Si no las garantizamos, entonces el ámbito de la democracia permanece abierto, pero o no sera posible el procedimiento o no tendrá valor alguno». Conf. Martí, (2005,386).

chos como indisponibles y más allá de las decisiones mayoritarias. Sin embargo, aquí también existen problemas. Estos surgen por el «hecho del desacuerdo» (Waldron, 2005)[38]; algo que la Corte IDH menosprecia de modo absoluto. Esto es: ¿Cuáles derechos merecen dicha calificación? ¿Cuál es la concepción de la justicia correcta para determinar estos derechos? ¿Quién y cómo se va a encargar de determinar el contenido de los derechos fundamentales? (Martí, 2005, 387) Como se sabe, este argumento remonta a la obra de Jeremy Waldron. Este autor ha puesto de resalto el desacuerdo acerca de los derechos y lo que denomina las «circunstancias de la política». Esto es, tenemos desacuerdos razonables en las comunidades políticas en las que participamos sobre la existencia, alcance y contenido de los derechos más básicos, y la necesidad, pese a esto de establecer cursos de acción común. De continuar siendo participes, diría, de una comunidad política. Esto es, desacordamos sobre qué queremos decir cuando afirmamos «S tiene derecho a X».

No parece que la Corte IDH asuma este «hecho». Por el contrario, de su decisión parecería deducirse que las cuestiones relacionadas a los derechos no son ni controvertidas ni controvertibles. No obstante, si se acepta lo que he dicho hasta aquí, debería aceptarse que en sociedades políticas pluralistas el desacuerdo no solo está presente sino que, es más, es inerradicable. Ahora, constatar esta propiedad fáctica debería tener alguna consecuencia para el establecimiento de un procedimiento referido a la determinación del alcance y contenido de ellos. Y, entonces, el interrogante que surge es por la legitimidad de la selección de aquél que no le atribuye ningún valor a lo que democráticamente sea decidido. En este sentido, entonces, es objetable que la fijación de este procedimiento se decante por uno que le atribuye esta decisión a individuos que, en rigor, desacuerdan de la misma forma, con el mismo énfasis y con semejante fortaleza que el resto de los ciudadanos y que, sin embargo, no han sido ni elegidos por ellos ni son controlados por el pueblo mismo. A lo que debe agregarse que las cosas aquí se

[38] Gargarella (2012) puso de manifiesto este punto con respecto a la interpretación de la Corte IDH. Conf..

complican: los integrantes de la Corte IDH carecen de vínculo político sostenido con la comunidad sobre la que resuelven. Para peor, se trata seguramente de uno de los hechos más trágicos de la historia de un pueblo. Empero, así, la comunidad queda al margen de la resolución del conflicto; es más, pareciera que su voz no es relevante y que sus razones (que pueden estar dominadas por complejas condiciones contextuales) no son atendibles.

Más allá de esto, tengo para mí que habría que distinguir casos claros y marginales. Por supuesto, no desconozco las dificultades para esto. Sin embargo, me parece que a partir de ciertos casos paradigmáticos podríamos avanzar en comprensión y claridad. Por ejemplo, ninguno de nosotros, espero, estaríamos en desacuerdo acerca de que el abuso sexual de un menor es una violación de un derecho. Esto es, estaríamos de acuerdo en que se trata de un caso claro de violación de derechos. No obstante, podríamos en otros supuestos desacordar. Como, me parece, ocurre en este caso. Es difícil, desde un punto meramente textual identificar el derecho que adjudica la Corte IDH (Gargarella, 2012). Tampoco es para nada claro que una teoría moral de los derechos debería comprender una noción como la de un «derecho al castigo». Es más, tengo intuiciones justamente en sentido inverso. Incluso, aquí, podríamos intentar efectuar una aplicación de las investigaciones desarrolladas por Juan Carlos Bayón para justificar el constitucionalismo. Este autor, en su último trabajo sobre este tema, sostiene que, al momento de seleccionar un determinado procedimiento de decisión democrático, debe tenerse en cuenta a) su valor intrínseco —representado por el respeto a la igualdad política del principio mayoritario— y su valor instrumental —la mayor posibilidad de obtención de resultados correctos— y b) para ello es necesario efectuar un balance entre ambos valores contextualizado según las condiciones de cultura política que enfrente cada comunidad (Bayón, 2010). Ahora bien, si aplicamos esas consideraciones, podríamos pensar, como lo hago, que las decisiones democráticas de que se trata fueron adoptadas en diversas circunstancias, por distintas mayorías electorales y luego, presumo, de un delicado debate nacional sobre la conveniencia, deseabilidad y justificación de la no imposición de castigo a los responsables de los peores

crímenes. Ahora bien, si todo esto es correcto, no debería sin más desecharse la solución democrática a la que arribó el pueblo uruguayo, en este caso.

Adviértase que no se trata de cuestionar uno de los elementos de la justicia transicional: la protección de la memoria colectiva.[39] Sino que, en todo caso, mis argumentos se dirigen a poner en duda la imposibilidad de que comunitaria y democráticamente no pueda decidirse otro medio que no sea, exclusivamente, el castigo y el reproche penal.[40] De esto me ocupo a continuación.

V.b. Las amnistías y el rol del Derecho Penal

Con respecto al concepto de «leyes de amnistía», la Corte IDH postula que son las que

> (…) impiden la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos y, consecuentemente, el acceso de las víctimas y sus familiares a la verdad de lo ocurrido y a las reparaciones correspondientes, obstaculizando así el pleno, oportuno y efectivo imperio de la justicia en los casos pertinentes, además, seriamente el estado de derecho, motivos por los que se ha declarado que, a la luz del Derecho Internacional, ellas carecen de efectos jurídicos.[41]

Parecería ser que esta definición es teleológica. Esto es, el concepto esta dado por su finalidad: «impedí[ir] la investigación y sanción de los responsables». Y, por tanto, «carecen de efectos para jurídicos».

---

[39] Una visión diferente en Filippi (2007). Para este autor «…la memoria [sólo puede ser] una reconstrucción del pasado en función del presente» (p. 84). Ahora bien, «…la verdad y la justicia son posteriores a la ética y a la moral, surgen solo en y con el derecho, con las reglas que los hombres nos asignamos a través de los `pactos´ y `las leyes´ que nos han ido civilizando». (p. 87-88)

[40] Insisten sobre la necesidad de esa distinción Gargarella (2012) y Filippini (2012).

[41] Corte IDH. Caso «Gelman vs. Uruguay» (Fondo y Reparaciones). Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, parr. 226.

Ahora bien, una regla determinada en estos términos tiene obvios problemas. Uno de los avances más promisorios en teoría del derecho para la compresión de la estructura de las de reglas que implican generalizaciones, es la propuesta de Frederick Schauer. Este autor sostiene que, por lo general, el predicado fáctico de una regla es una generalización probabilística respecto de alguna justificación. Ahora bien, analizar las reglas en el tándem generalización probabilística/justificación subyacente hace patente situaciones recalcitrantes que emergen fácilmente. Estos no son supuestos excepcionales que, rara vez, es posible encontrar. Por el contrario, se trata de un defecto que es congénito a un determinado modo de concebir el derecho. Si, y solo si, empleamos reglas destinadas a calificar deónticamente las conductas relevantes y, además, pensamos que esas normas deben ser aplicadas (o seguidas) teniendo en cuenta las razones que las fundamentan, el problema es obvio. Son dos las cuestiones que, por lo común, hacen aparición en estos casos: los fenómenos llamados «infrainclusión» y «sobreinclusión»; casos en los que la generalización del predicado factico es sobre o infraincluyente respecto de la justificación de la regla de que se trate. En otros términos, supuestos que están incluidos (o excluidos) de la aplicación de la regla y que, según su fundamento, debieran ser excluidos (sobreinclusión) o incluidos (infrainclusión).[42] Un ejemplo servirá para aclarar esta cuestión. Piénsese en un caso que es de manual en teoría del derecho. En algunos lugares de comida existe una regla como la siguiente: «Está prohibido entrar con animales». Si analizamos su propiedad fáctica vinculada a su justificación los problemas surgen con facilidad; surgirán, pues, los casos de infra y sobreinclusión. Si convenimos que aquella es salvaguardar la tranquilidad de los comensales, existirán casos que debieron ser previstos por la regla aunque de hecho no hayan sido previstos; y casos que no debieron serlo y que, sin em-

[42] En el primer caso, sostiene Schauer, la regla «[c]omprende estados de cosas que, en casos particulares, podrían no producir la consecuencia que representa la justificación de la regla». Una regla será infraincluyente cuando «incorpora predicados fácticos que no cubren algunos estados de cosas que en casos particulares producirían la consecuencia que representa la justificación de la regla». Conf. Schauer (2004, 90-91).

bargo, quedan incluidos en ella. Por ejemplo, un lazarillo bien educado y entrenado no debería estar incluido —aunque de hecho lo está— y, por tanto, a su respecto la norma es sobreincluyente. Por el contrario, un niño de unos pocos años de edad que no esta tan bien educado debió haber sido incluido. Por tanto, se trata de casos que, analizada la razón de por qué existe una regla de ese tipo, o no debieron estar incluidos en su justificación o debieron estarlo.

Ahora bien, y volviendo a nuestro caso, con una definición tan laxa de amnistía quedaran incluidos casos que, por las razones que justifican el establecimiento de la regla, no deberían ser incluidos. O, al menos, en una posible interpretación de cuál puede ser la razón del establecimiento de esa regla. Una justificación plausible debería encontrarse, si se aceptan las objeciones que se hicieron antes, en el escaso compromiso democrático de una legislación de amnistía. De tal modo, podríamos considerar, como creo, que la regla está destinada a cuestionar todas las amnistías «arrancadas» a gobiernos democráticamente elegidos y débiles institucionalmente; esto es, normas que no podrían superar un *test suficientemente robusto de democraticidad*. Como es lógico, si esta fuera la justificación subyacente de la regla, como creo que debería ser, muchas normas de este tipo deberían ser declaradas contrarias a la CADH.[43] Sin embargo, algunas de ellas deberían soportar un test de convencionalidad. Y deberían hacerlo porque se respeta la justificaron subyacente de la norma tal y como fue delineada. Y esto, creo, es lo que ocurre en el caso «Gelman». Las diversas y sostenidas decisiones democráticas del pueblo uruguayo determinan que debería ser aceptada y que, en verdad, ella superaría ese test.

Los casos de infrainclusión con la regla delineada por la Corte IDH son más bien una pesquisa de interés puramente teórico. No es posible, o al menos a mi no se me representa, qué normas no quedarían incluidas y que, por el contrario, deberían ser parte de la exclusión dispuesta por la CADH en su visión. Del mismo modo, por ejemplo,

---

[43] Por ejemplo, estaría absolutamente justificada la resolución en el caso «Barrios Altos». Pues, en rigor, en ese caso se trataba de una verdadera «autoamnistía» y, también, lo estaría una posible declaración de inconvencionalidad del Decreto Ley al que me refiero en la nota No. 9.

existen normas que, en rigor, no se dirigen a impedir la sanción pero que la laxitud de una regla así determinada, debería incluir. El más obvio, claro, es el caso del instituto de la prescripción. Si esto se empleara como objeción, la contrarréplica no es difícil de intuir. Pondría en evidencia que, por lo general, las «graves violaciones de Derechos Humanos» constituyen casos de instanciación del concepto de delitos de lesa humanidad. Y que, por lo tanto, son imprescriptibles. Sin embargo, debe notarse, de la propia jurisprudencia de la Corte IDH puede colegirse lo siguiente: que el concepto de «violaciones masivas de Derechos Humanos» o «graves violaciones» no es subsumible de un modo tajante en la noción de delitos de lesa humanidad;[44] porque el primero es más amplio que el segundo. Puede darse el caso en que un hecho no caiga bajo la noción de delito de lesa humanidad y, pese a ello, deba considerarse un supuesto de de «violaciones masivas de Derechos Humanos». Si el argumento se lleva al absurdo podrían plantearse escenarios inaceptables. Un Estado, por ejemplo, podría ser condenado por no asegurar el «derecho de la víctima» cuando, en virtud de normas procesales, exige estándares de prueba rigurosos para tener por confirmada la hipótesis de la participación criminal de un individuo en un hecho.

Ahora bien, si la definición de amnistía tiene un carácter teleológico, debemos determinar cuál es la finalidad para que puedan tener en un sentido propio ese carácter y, por lo tanto, aplicar la consecuencia normativa dispuesta por la Corte IDH: la inconvencionalidad. Esa *telesis* es descripta del siguiente modo impiden «el acceso de las víctimas y sus familiares a la verdad de lo ocurrido y a las reparaciones correspondientes».[45] Es posible aquí identificar dos vicios lógicos. Por

---

[44] La Argentina fue condenada en dos oportunidades por decisiones de la Corte IDH que son una consecuencia de la laxitud a la que me refiero. Véase, «Bulacio vs. Argentina» (Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100 (deja sin efecto la prescripción declarada en una causa penal y que beneficio a un agente de las fuerzas de seguridad en un delito que, propiamente, no puede incluirse dentro del concepto de delitos de lesa humanidad) y «Bueno Alves vs. Argentina» (Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 164

[45] La compresión de la Corte IDH, no es solitaria. Como sugiere Fletcher: «[L]a

un lado, un *non sequitur* y, por otro, un razonamiento entimemático. Lo primero, porque del hecho de que un Estado, por las razones que fuere, amnistíe los actos atroces cometidos por un régimen anterior no se sigue, de ningún modo, que no sea posible que las víctimas y sus familiares accedan «a la verdad de lo ocurrido».[46] Son imaginables, e incluso históricamente se han utilizado, medios alternativos al castigo penal con esta finalidad: conocer la verdad. El caso paradigmático a tales efectos es el de Sudáfrica. La Comisión por la Verdad y la Reconciliación sudafricana, justamente, intentó —con ciertas particularidades que no vienen al caso— trocar verdad por libertad.[47] En este mismo sentido, quizás, podría mencionarse la propuesta realizada por Claudio Tamburini. Este autor, propone un «modelo de negociación penal» según el cual:

> Si realmente nos importa castigar a todos (o, por lo menos, a tantos como sea posible) los responsables de las graves violaciones a los Derechos Humanos, entonces podría ser expeditivo aplicar un modelo de negociación que ofrezca reducciones de penas a cambio de confesiones completas de los criminales. Según este modelo, el culpable debería recibir una sanción más leve, o incluso su completa suspensión, siempre y cuando las dos condiciones siguientes se cumplan: a) El acusado revela toda la información que posea y b) que esa información sea valiosa para la investigación. (Tamburrini, 2012, 206)

---

tendencia de Occidente [es] suponer que la respuesta adecuada a la criminalidad sostenida por el Estado es la persecución y el castigo criminal de los transgresores. El juicio penal sirve a los propósitos de expresar los agravios de las víctimas, de esclarecer la verdad sobre los crímenes cometidos, de corroborar que nuestra inculpación a ciertos transgresores individuales es correcta… [La] fe en la persecución penal es cada vez más intensa». Conf. Fletcher (2000, 9).

[46] Con exclusión del caso al que ya me referí en el cuerpo del texto, en que las normas son arrancadas a las autoridades democráticas como condición *sine qua non* o bien para la entrega del poder o bien son una consecuencia de su propia debilidad institucional extrema.

[47] Sobre las particularidades del caso sudafricano véase Capella i Roig (2009, 226 y ss.); Eiroa (2007 y 2009, 269/351). Una perspectiva más filosófica en Rivas Palá (2011). Sobre las comisiones de verdad resulta indispensable Hayner (2008).

¿Y cuál sería la finalidad de esto? «[E]stablecer una estructura racional de incentivos destinada a hacer confesar todo lo que se sabe acerca de los crímenes, bajo riesgo de ser condenado a una dura sanción penal por ocultar los hechos». Adviértase cómo en ambos supuestos se intenta la protección del mismo valor al que le daría preponderancia la Corte IDH. Sin embargo, en estos desarrollos se emplea el Derecho Penal de un modo ni exclusivo ni excluyente sino alternativo. Aquí, me parece, podría ser conveniente resaltar las palabras de Zolo, (2009, 13):

> Si el objetivo de la jurisdicción internacional no es simplemente la represión penal de graves crímenes internacionales, sino ante todo la pacificación y la reconstrucción de la vida civil de un pueblo, entonces es importante analizar las experiencias, actualmente en curso, que parecen perseguir eficazmente estos fines, sin recurrir a la lógica de la venganza y el castigo.

Mi duda es, en suma, cuál es el propósito de la Corte IDH. Entiendo que si, en palabras de Zolo, aquel se vincula a la pacificación y la reconstrucción de la vida civil, eligió y seleccionó el peor de los medios: la venganza. De todos modos, que quede en claro, no propongo soluciones negociadas. Aunque considero su importancia cuando el valor con el que co-varía la pena no es sólo el hecho realizado sino que, por el contrario, están presentes consideraciones relacionadas con aspectos prospectivos de cómo convivir en una comunidad política.[48]

---

[48] Un problema relacionado con esto ha sido identificado por Ana Aliverti: «Lo que parece advertirse de la [jurisprudencia de la Corte IDH] es que solo a través de un proceso judicial en el que se analicen las responsabilidades de los implicados y se los sancione, es posible esclarecer los hechos denunciados y, en definitiva, cumplir con las obligaciones internacionales. Lo paradójico (…) es que si un tribunal internacional (…) no puede avanzar en el análisis de responsabilidades individuales tampoco en definitiva puede determinar cuan completa es una investigación llevada a cabo a nivel interno y menos aun ordenar que determinadas personas sean investigadas, juzgadas y, como si fuera poco, sancionadas. Como el proceso ante este tribunal no versa sobre la culpabilidad concreta de personas individuales y, por lo tanto, en este no se discuten evidencias en contra de ellas, no se advierte de qué manera la Corte podría tener elementos facticos y jurídicos para determinar

Sí por el contrario, sostengo que pueden ser consideradas respetuosas de los estándares internacionales vigentes. Más aún cuando entiendo que puede ser el caso en que no sea ni conveniente políticamente ni moralmente obligatorio ni jurídicamente necesario que, en todos los casos, se recurra de un modo excluyente al Derecho Penal.[49] Es necesario comprender, como sostiene Gargarella (2012, 11), que «una comunidad democrática debiera tener márgenes de acción más amplios, para decidir de qué manera quiere vivir, de qué modo quiere organizarse, de qué forma quiere premiar o reprochar determinadas conductas que por alguna razón considere especialmente relevantes».

Por otro lado, como dije, se trata de un razonamiento entimemático. Este argumento se caracteriza porque alguna de sus premisas está oculta. Entonces, al momento de efectuar una crítica la cuestión se complica; porque es necesario identificar cuál es la que está oculta. Para demostrar esto será necesario recordar el argumento de la Corte IDH:

Premisa 1: Toda legislación que dispense, por cualquier razón que fuere, de castigo a los perpetradores de graves violaciones masivas a los derechos humanos, está prohibida por la CADH.

Premisa 2: Las amnistías dispensan castigo porque impiden «el acceso de las víctimas y sus familiares a la verdad de lo ocurrido y a las reparaciones correspondientes».

Conclusión: Las amnistías están prohibidas por la CADH.

---

que tal o cual individuo estuvo involucrado en los hechos en cuestión y que, por consiguiente, el Estado debe ejercer su potestad punitiva en su contra. Así, en la práctica, la Corte ejerce esa función que dice estar vedada de cumplir…» Conf. Aliverti (2007, 261-262).

[49] Para un alegato bien fundado en contra de la utilización del *ius puniendi* estatal en estos casos, véase Fiss (2007 y 2013). El mensaje de Fiss es simple: debe emplearse con cautela el Derecho Penal en los casos de violaciones a los Derechos Humanos. En especial, en los supuestos de transición. Su propuesta para por el empleo del el instituto procesal de los Estados Unidos denominado *injuction*.

Pero aquí hay una premisa implícita. Hay un argumento que sostiene toda la fuerza persuasiva de la construcción jurisprudencial de la Corte IDH y que, pese a ello, no fue suficientemente justificada. Esta premisa, podría sostenerse, es algo como lo que sigue:

Premisa 1´: Si, y solo si, un Estado recurre al reproche de los responsables de violaciones masivas por medio del Derecho Penal, las víctimas y sus familiares acceden a la verdad de lo ocurrido y a las reparaciones correspondientes.

Ahora bien, esto es cuestionable. Y ya dije algo sobre por qué es así. Existen, repito, experiencias comparadas en las que no se ha recurrido al derecho penal en estos casos. Y, sin embargo, no por ello dieron la espalda al pasado e impidieron el acceso a la verdad por parte de las víctimas. Mi intuición es que a esta conclusión se puede arribar por dos vías. Puede sostenerse que la práctica latinoamericana en si misma demuestra que esto no es correcto. Por ejemplo, Gargarella (2012) piensa que un problema concreto de la Corte IDH es que no presta atención a la experiencia vivida por los países de la región. Para él esta postura contradice que «[l]atinoamérica tiene una larga historia de amnistías y perdón. Y esa historia se tornó especialmente densa y poblada en las últimas décadas». No me parece un argumento poderoso. En todo caso, cuando auscultamos una práctica, por más extendida y desarrollada que se encuentre, su justificación no puede surgir de su propia existencia. De lo contrario, el argumento es circular; y lo es, de un modo palmario. En virtud de ello, es menester buscar razones externas a ella que, en última instancia, brinden razones morales para determinar que ella goza de legitimidad. En otros términos, a partir del hecho —constatable— de que una práctica está arraigada no podemos concluir por ello su justificación.

Creo no obstante, que existe una posibilidad distinta e independiente de justificar algunas —no todas— estas experiencias. Esta forma de verlas, debería asentarse sobre consideraciones contextuales. Para ello, debería asumirse que no puede darse una respuesta general al problema moral y político que subyace al caso «Gelman». Esto es, elegir entre alternativas que parecen disyuntivas: perdón vs. castigo; olvido vs. memoria. A mi criterio, existen dos tipos de razones que compiten

entre sí al momento de pensar cómo enfrentar el pasado y qué hacer con él —siempre y cuando, como creo, se piense que algo debe hacerse—. Estas son prospectivas y retrospectivas. Por un lado, debemos reprochar —penalmente o no— ciertos hechos paradigmáticos en su carácter de indignos. De este modo, se pretende devolver a la víctima su dignidad que, en algún sentido, les fue expropiada por la acción de los perpetradores de los peores crímenes.[50] Sin embargo, la justificación no debería concluir allí. También intuimos que deben castigarse porque es la mejor forma de (re)fundar una comunidad política basada en derechos. Y, pensamos, esta debe ser perdurable, para que ese oprobio no se repita, como forma de demostrar un «Nunca Más» colectivo. Esto es, castigamos no solo por los hechos cometidos (*ie.,* razones retrospectivas) sino también para fundar definitivamente una comunidad basada en derechos (*ie.*, razones prospectivas) que notablemente los crímenes perpetrados pusieron en jaque.

Quien se comprometa seriamente con esta empresa debería recurrir al Derecho Penal para reprochar estos hechos (Nino, 2006). Sin embargo, esto no necesariamente debiera así en todas las circunstancias y en cualquier caso. Vale decir, es posible pensar en medidas alternativas para recordar, procesar y enfrentar esos crímenes.[51] En especial, si se demuestra que su uso puede ser inconveniente para fundar una comunidad en derechos.[52] Esto es, si se demostrase que las justificaciones identificadas colapsan mutuamente.

Pienso que, en todo caso, debería estarse a las «circunstancias de la transición»; efectuar un balance adecuado de las finalidades – valores que están en juego: lo retrospectivo y lo prospectivo. El resultado de

---

[50] Sobre la relación entre inculpación y re-significación de la víctima, véase Malamud Goti, 2000.

[51] Mi propuesta, por tanto, no debe verse como una alternativa al «modelo de Nuremberg», sino y, en todo caso, como una adecuación contextual del mismo. Para un análisis de este modelo véase Capella i Roig, 2009, 220 y ss.

[52] Si se acusara a esta defensa de consecuencialista, a más de rechazar el ataque, recordaría a Rawls cuando refería que toda teoría ética digna de atención toma en cuenta las consecuencias al juzgar lo justo. De lo contrario, «si alguna no lo hace así sería irracional». Rawls, 1997, 41.

esta ponderación con criterios políticos (y siempre democrática y reflexivamente) podrían determinar el curso de las acciones a seguir. A partir de esto, habría que pensar en casos en los que los gobiernos democráticos son débiles o extremadamente débiles. En estos supuestos, podría justificarse que se adopten medidas de una gravedad o riesgo descendente. Así, descartaría —y podría estar justificado— no recurrir al Derecho Penal en aquellos supuestos en los que se trata de un gobierno democrático notablemente débil. Este régimen naciente, no debería por consideraciones únicamente retrospectivas derruir prospectivamente la fundación de una comunidad basada en derechos y perdurable. Podría, de lo contrario, poner a la propia democracia en peligro. También, quizás, por esas mismas circunstancias sea posible justificar que no se castigue a todos los responsables; sino que se lo haga respecto de algunos de ellos; o bien que no se castigue a nadie teniendo en cuenta otras consideraciones. Más allá de esto, en modo alguno implica que no puedan adoptarse otras medidas a las que hice referencia. Esto es, que no se emplee castigos penales impuestos por jueces, no implica que esto solo importe un manto de perdón y olvido.

Lo que nunca justificaría, al menos esta propuesta, sería la inactividad y el olvido. Pues, no se me ocurren circunstancias políticas transicionales en las que, al menos, no pueda pensarse que el régimen naciente pueda ofrecer reparaciones simbólicas —*i.e.* pedidos de disculpas— y materiales —*i.e.* indemnizaciones patrimoniales—. En conclusión, justificaría no recurrir al reproche penal por razones contextuales.[53]

---

[53] Ofrezco mayores razones para el análisis de este intento de justificación en Mocoroa (2014). El empleo exclusivo de medidas no penales es una especie de estrategia de *second best*. Si, y solo si, el Derecho Penal, por consideraciones basadas en un balance adecuado entre las razones en pugna, se presenta como inadecuado, podría justificarse recurrir únicamente a medios alternativos para la protección de la memoria y la redignificación de las víctimas. Estas, como resultado de la ponderación, difícilmente no estarían justificadas. Como por ejemplo, pienso en pedidos de disculpas oficiales de parte de las nuevas autoridades. Para una discusión muy interesante sobre los pedidos de disculpas «colectivos» y, en particular, cuáles son las concepciones políticas que están detrás, véase, Sandel, 2010:236 y ss.

Ninguna de estas consideraciones tuvo en cuenta la Corte IDH al momento de fallar. Por eso, sus palabras se parecen a «ideas fuera de lugar». Se trata, como dije, de una estrategia universalista que yerra el foco de análisis, por cuanto ofrece una receta única y generalista, todas las cosas consideradas, y más allá de las circunstancias y probabilidades posibilistas de cada comunidad. Desconoce, en definitiva que «(…) la complejidad y la gran variedad de los procesos transicionales habidos, en curso o aun pendientes no han permitido hasta ahora establecer un modelo único y perfecto de justicia transicional» (Capella i Roig, 2009, 164.).

VI. Cierre

De lo dicho hasta aquí, deberían quedar en claro algunas cuestiones. La Corte IDH se equivoca al no asumir, al momento de analizar los diversos tipos de respuestas dadas por particulares comunidades políticas, el modo en que ha operado la transición hacia la democracia. Y este déficit es palmario porque no tiene en cuenta la situación contextual sufrida por las democracias nacientes del continente. Como se ha dicho, en América Latina la pregunta común era:

> ¿Cómo afrontar el pasado en unas democracias débiles, en la mayoría de los casos operando con la oposición o la vigilancia de las fuerzas armadas, con un poder judicial desmantelado o con poca autonomía y con otros puntos prioritarios en la agenda política? (Capella i Roig, 2009, 178)

Sin embargo, cuando analiza la Corte IDH nada de esto parecería ser cierto. Asimismo, menosprecia decisiones colectivas conscientes en las que se ha efectuado un adecuado balance de las consideraciones retrospectivas y prospectivas que estaban comprometidas en estos asuntos. Al menos para mí esto es lo que ocurrió en el caso de Uruguay. Y, con esto, también da por tierra el ejercicio comunitario y democrático en la forma en que deben enfrentarse los crímenes del pasado por los gobiernos nacientes. En todo caso, una comunidad política debe colec-

tivamente reparar y resguardar la memoria de su más oscuro pasado reciente.

De todos modos, pareciera que la decisión de la Corte IDH estuvo más preocupada por hacer «justicia» que por analizar certeramente las decisiones democráticas de que se trataba y cómo podríamos pensar en justificar este tipo de decisiones no punitivas. No obstante, pienso, existen posibilidades aun de realizar el mito del positivismo jurídico. Podemos, metodológicamente, separar el derecho de la moral. Y, entonces, entender que el derecho, en algunos casos, ha concluido en sus esfuerzos; que el reproche jurídico puede no ser conveniente y que, *vis a vis* otras consideraciones, concluyamos como comunidad que no debemos recurrir a él. Sin embargo, en lo moral, deberíamos hacerle saber a los perpetradores de estos hechos que, enfáticamente, no estamos dispuestos a convivir con ellos. No pueden compartir con nosotros nuestra comunidad; ni siquiera, quizás, sea posible ya considerarlos parte integrante del *demos* político. Ahora bien, ello no impide que distingamos el castigo penal del reproche y, por ende, que decidamos reprochar moralmente, pero no penalmente su accionar. Si la Corte IDH hubiese tenido en cuenta esta distinción, y alguna de las razones que intenté brindar aquí, la decisión a la que habría arribado seguramente habría sido distinta.

Referencias bibliográficas.

Ackerman, B. (1995). *El futuro de la revolución liberal* Jorge Malem (Trad.), Barcelona: Ariel.

Ackerman, B. (2002). *La política del diálogo liberal*. Gabriela Alonso (Trad.), Barcelona: Gedisa, 2002.

Aliverti, A. (2007). «Responsabilidades limitadas: la responsabilidad estatal e individual a través de la lente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos» en Otero, J. y Eiroa, P. (2007).

Arendt, H. (2008). *La condición humana*, Ramón Gil Novales (Trad.), Buenos Aires: Paidos.

Bayon, J. (2010). «Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo», en Carbonell, Miguel y Garcia Jaramillo, Leonardo (Eds.), *El canon neoconstitucional*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Bellamy, R. (2010). *Constitucionalismo político. Una defensa republicana de la democracia*, Jorge Urdánoz Ganuza y Santiago Gallego Aldaz (Trads.). Madrid: Marcial Pons.

Bernstein, R. (2005). *El mal radical: una indagación filosófica*, M. Burello (Trad.). Buenos Aires: Lilmod.

Bulygin, E. (2003). «Procesos penales por violación de derechos humanos». En: AA.VV. SELA 2001. *Los derechos fundamentales*, Buenos Aires: Editores del Puerto.

Capella i Roig, M. (2009). «Represión política y derecho internacional: perspectiva comparada (1936-2006)». En: Capella, M. y Ginard, D. (Coords.): *Represión política, justicia y reparación. La memoria histórica en perspectiva jurídica (1936-2008).* Palma de Mallorca: Ediciones Documenta Balear.

Carbonell, M. y Salazar, P. (2005). *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Trotta – Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.

D´Alessio, A. (2010). *Los delitos de lesa humanidad*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2da. Edición, 2010.

De Lora, P. (2005). «Luigi Ferrajoli y el constitucionalismo fortísimo». En: Carbonell, M. y Salazar, P. (2005).

Dworkin, R, (2004). «La lectura moral y la premisa mayoritarista». En: Koh, Harold H. y Slyle, Ronald (Comps.), *Democracia Deliberativa y Derechos Humanos*, Paola Bergallo y Marcelo Alegre (Trad.), Barcelona: Gedisa.

Eiroa, P. (2007). «Memoria y justicia en la experiencia de la comisión sudafricana para la verdad y la reconciliación». En: Otero, J. y Eiroa, P. (2007).

Eiroa, P. (2009). *Políticas del castigo y derecho internacional. Para una concepción minimalista de la justicia penal*, Buenos Aires: Ad Hoc.

Elías, J. (2011). «Justicia transicional y justicia internacional (a propósito del caso `Gomes Lund´)», *Revista de Derecho Comparado*, 19, Julio C. Rivera (Dir.), Santa Fe: Rubinzal – Culzoni.

Elster, J. (1990). *Tuercas y tornillos*, Barcelona: Gedisa.

Elster, J. (2006). *Rendición de cuentas. La justicia transicional en perspectiva histórica*., Ezequiel Zaidenberwerg (Trad.), Buenos Aires: Katz.

Elster, J. (2007). «Memoria y justicia transicional», Martin Hevia y Juan Manuel Otero (Trads.). En: Otero, J. y Eiroa, P. (2007).

Errandonea, J. (2011). «Justicia transicional en Uruguay», *Revista del IIDH*, Vol. 47, pp. 13 – 69.

Ferrajoli, L. (2004). «Derechos Fundamentales». En: *Id.*, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi (Trads.), Madrid: Trotta, 2004.

Filippi, A. (2007). «*Damnatio memoriae* y *humanitas* del derecho». En: Otero, J. y Eiroa, P. (2007).

Filippini, L. (2012). «Reconocimiento y justicia penal en el caso Gelman», *Anuario de Derechos Humanos*, 8, pp. 185 – 193.

Fiss, O. (2007). «La inconveniencia del Derecho Penal». En: *Id, El derecho como razón pública*, Esteban Restrepo (Trad.), Madrid: Marcial Pons.

Fiss, O. (2013). *Los Mandatos de la Justicia. Ensayos sobre Derecho y Derechos Humanos,* Roberto Saba (Trad.), Madrid: Marcial Pons.

Fletcher, G. (2000). «Prologo». En: MALAMUD GOTI, J. (2000).

García Belaúnde, D. (2004). «Amnistía y Derechos Humanos». En: *La constitución y su dinámica*, México: UNAM.

Gargarella, R. (2012). «Sin lugar para la soberanía popular. Democracia, derechos y castigo en el caso Gelman», Mimeo.

Garzón Valdés, E. (1993). «Democracia y representación», en *Id., Derecho, ética y política*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Garzón Valdés, E. (2000). *Instituciones suicidas. Estudios de ética y política*, México: Paidos y UNAM.

Garzón Valdés, E. (2004). «Respuesta a la violencia extraordinaria». En: AA.VV. SELA 2003. *Violencia y derecho*, Buenos Aires: Editores del Puerto.

Guariglia, F. (2001). «Los límites de la impunidad: la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso `Barrios Altos´», *Nueva Doctrina Penal*, 2001/A, Buenos Aires: Editores del Puerto.

Hayner, P. (2008). *Verdades innombrables*, Jesús de Cuéllar (Trad.), México: Fondo de Cultura Económica.

Hilb, C. (2013a). «¿Como fundar una comunidad después del crimen? Una reflexión sobre el carácter político del perdón y la reconciliación, a la luz de los juicios a las juntas en Argentina y de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación en Sudáfrica», *Discusiones*, XII, Universidad Nacional del Sur, pp. 31 – 58.

Hilb, C. (2013b). «La virtud de la justicia y su precio en verdad. Una reflexión sobre los juicios a las juntas en la Argentina, a la luz de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación en Sudáfrica», en *Id.*, *Usos del pasado. Qué hacemos con los setenta*, Siglo Veintiuno, Buenos Aires, pp. 93/107.

Malamud Goti, J. (2000). *Terror y justicia en la Argentina. Responsabilidad y democracia después de los juicios al terrorismo de Estado,* Buenos Aires: Ediciones de La Flor.

Malamud Goti, J. (2003). *Los dilemas morales de juzgar a Pinochet en España*, Buenos Aires: Miño y Dávila.

Malarino, E. (2010) «Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», en Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional, *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung.

Marti, J. (2005). «El fundamentalismo de Luigi Ferrajoli: un análisis crítico de su teoría de los derechos fundamentales». En: Carbonell, M. y Salazar, P. (2005).

Marti, J. (2005). (2008). «Un callejón sin salida. La paradoja de las precondiciones (de la democracia deliberativa) en Carlos S. Nino». En: Alegre, M., Gargarella, R. y Rosenkrantz, C., *Homenaje a Carlos S. Nino.* Buenos Aires: La Ley – Facultad de Derecho, UBA.

Mocoroa, J. (2013). «Balance de una Discusión: `Derechos y Justicia constitucional´ revisitado», *Revista Discusiones*, 12, Universidad Nacional del Sur, pp. 121-193.

Mocoroa, J. (2014). «Justicia Transicional, Amnistía y Corte Interamericana de Derechos Humanos: una propuesta para justificar políticas transicionales», *Revista de Derecho Penal,* Abeledo-Perrot, 2014-03-479.

Nino, C. (1997). *La constitución de la democracia deliberativa*, Roberto P. Saba (Trad.), Barcelona: Gedisa.

Nino, C. (2006). *Juicio al mal absoluto*, Martin Böhmer (Trad.), Buenos Aires: Ariel.

Pastor, D. (2008). (Dir.), *Neopunitivismo y neoinquisición. Un análisis de políticas y prácticas penales violatorias de los derechos fundamentales del imputado*, Buenos Aires: Editorial Ad – Hoc.

Pastor, D. (2009). (Dir.) – Guzmán, N. (Coord.), *El sistema penal en las sentencias recientes de los órganos interamericanos de protección de los derechos humanos*, Buenos Aires: Editorial Ad – Hoc.

Pozzolo, S. (2005). «Breves reflexiones al margen del pensamiento constitucionalista de Luigi Ferrajoli». En: Carbonell, M. y Salazar, P. (2005).

Rawls, J. (1997). *Teoría de la justicia*, María Dolores Gonzalez (Trad.). México: FCE.

Rey, S. (2012). «Derechos humanos, soberanía estatal y legitimidad democrática de los tribunales internacionales. ¿Tres conceptos incompatibles?», *Revista de Derechos Humanos*, Año 1, No. 1, Buenos Aires: Infojus.

Rivas Pala, P. (2011). «Perdón, derecho y política. Consideraciones a propósito de la *Truth and Reconciliation Comission*», *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho,* 34, pp. 31–53.

Rivas Pala, P. (2013). *Salir de la oscuridad. Perdón, Derecho y Política en los procesos de Justicia Transicional,* Navarra: Thomson Reuters – Aranzadi.

Sandel, M. (2010). *Justicia ¿Hacemos lo que debemos?*, Juan Pedro Campos Gómez (Trad.). Barcelona: Debate.

Schauer, F. (2004). *Las reglas en juego*, Jorge Rodríguez y Claudina Oronesu (Trad.). Madrid: Marcial Pons.

Tamburrini, C. (2012). «¿Trocar verdad por justicia?», *Revista de Derecho Penal*, Año 1, No. 1, Buenos Aires: Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

Valcarcel, A. (2010). *La memoria y el perdón.* Barcelona: Herder.

Waldron, J. (1999). *The dignity of legislation.* Cambridge University Press.

Waldron, J. (2005). *Derecho y desacuerdos*, José Luis Martí y Águeda Quiroga (Trads.), Madrid: Marcial Pons.

Zolo, D. (2009). «Prólogo» en Eiroa, P. (2009).

¿Retribución o venganza? Un problema en el marco de la justificación de los juicios por violación de derechos humanos

por Natalia Scavuzzo

Resumen

La justificación de la justicia retroactiva es una de las cuestiones centrales que revivió a la luz de la denominada «segunda generación de juicios por violación de Derechos Humanos». Esta justificación nos enfrenta con múltiples problemas a nivel moral, jurídico y político. El presente trabajo, se enfoca en un aspecto referente a la justificación moral, a la luz del concepto de venganza elaborado por Robert Nozick. Distintos actores sociales, entre ellos los imputados en causas judiciales por violación de Derechos Humanos, argumentan que detrás de los juicios se esconde la idea de «venganza». El trabajo analiza y diferencia los conceptos de retribución y venganza. Luego, ensaya un argumento en contra de la idea de que los juicios materializan la búsqueda de venganza de ciertos sectores sociales. Queda pendiente el análisis de la pregunta, más amplia, respecto si la retribución es una meta que claramente pueda justificar la justicia retroactiva.

Palabras clave: Venganza, retribución, violación de derechos humanos.

I. Introducción

Este trabajo nace en el seno de un equipo de investigación donde hemos estudiado y debatido sobre distintos aspectos vinculados a los juicios por violación a los Derechos Humanos.[1] Esto nos ha puesto

[1] Equipo de investigación *«El juzgamiento de los delitos de lesa humanidad en la Argentina postdictatorial»,* Director: Juan Francisco Iosa, Codirector: Hernán

en contacto con la gran producción académica y los debates que este tema ha generado tanto el área jurídica como filosófica.

La pregunta que motivó el presente trabajo, y que resurgió en los debates posteriores a la muerte de Jorge Rafael Videla, quien fuera condenado a 50 años de prisión por graves violaciones a los derechos humanos,[2] es: ¿Son estos juicios una forma de materializar el deseo de venganza de las víctimas de violaciones a los derechos humanos y sus familiares? Si esto es así, ¿deslegitima esto el reclamo de juzgamiento?

En este contexto, surge el presente trabajo, cuyo objetivo es sumamente limitado y consiste en el análisis de los conceptos de retribución y venganza. La finalidad es indagar si el deseo de que Videla sea juzgado y castigado, es o no un deseo irracional de venganza.

¿Castigar o perdonar? ¿Juzgar o reconciliarse? Estos son dilemas siempre presentes pero que en el caso de los juicios por violación a los derechos humanos, atento el carácter especialmente grave de las conductas juzgadas, se presentan con toda su fuerza y nos llevan constantemente a los extremos de la argumentación.

El presente trabajo no busca una respuesta final a la justificación del castigo penal para quienes atentaron contra los derechos humanos, su objetivo va por un camino diferente y es, en el marco de esta justificación, entender cuáles son los conceptos que manejamos de castigo retributivo y venganza, y si podemos diferenciarlos. Aparte quedaran las mayores complejidades que el sistema jurídico y los valores que este sostiene, suman para responder a la preguntas de si debemos castigar, qué cosa debemos castigar y cómo debemos hacerlo.

Mi pregunta es por qué parte de la sociedad quiere castigar, y en qué se diferencia esto de la venganza. Con esta respuesta en mano, un trabajo posterior podría dirigirse a analizar si el derecho puede satisfa-

---

Bouvier, radicado en el Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC y financiado por SECYT-UNC.

[2] Jorge Rafael Videla, ex jefe de la última dictadura militar, condenado en el 2012 a 50 años de prisión por delito de secuestro y sustracción de identidad de menores de edad. Al respecto, http://www.lanacion.com.ar/1582853-murio-jorge-rafael-videla-simbolo-de-la-dictadura-militar.

cer esta necesidad, y desde luego el análisis de las respuestas que las diferentes concepciones del derecho podrían darnos.

La propuesta es reconstruir la teoría del castigo retributivo presentada por Robert Nozick en «*Philosophical explanations*», y analizar dentro de esta propuesta en que se diferencia la venganza y el castigo retributivo.[3]

II. El problema de la venganza

Por lo general se asocia a la venganza con la falta de civilización, como algo propio de culturas primitivas. En este sentido, expone Charles Barton «…la venganza ha sido desechada y condenada como una reacción excesiva y perversa, que es malvada, vengativa, repugnante y despreciable, algo que debe ser evitado en virtud el propio respeto de las personas civilizadas.»[4] (Barton, 1999, 9).

Que las víctimas dañadas manifiesten deseos de venganza es visto como algo merecedor de repudio, vergonzoso. En este sentido, sostiene Barton que se ve a la venganza como opuesta a la justicia, sin nada en común con esta, por lo que las víctimas deben negar u ocultar su deseo de venganza en pos de no perder o desmerecer sus reclamos de justicia.[5]

Barton presenta las actitudes frente a la venganza dentro de dos paradigmas de la justicia que denomina «pro-venganza» y «anti-venganza». Según el primer paradigma, la venganza es una forma de respuesta a la injusticia, es una respuesta requerida moralmente. Explica

---

[3] Tomamos este enfoque a partir de la publicación del Dr. Pablo Raúl Bonorino Ramírez en su blog. Recuperado en: http://pablobonorino.blogspot.com.ar/2009/10/castigo-retribucion-y-venganza.html

[4] La traducción nos pertenece

[5] Vemos esto en el marco de los juicios por violación a los derechos humanos por ejemplo en las acusaciones lanzadas por Jorge Rafael Videla cuando manifestó que «En Argentina no hay justicia, si no venganza, que es otra cosa bien distinta.». Ver entrevista en Cambio16 de fecha 12 de febrero del 2012. Recuperado en: http://cambio16.es/not/1250/

que la venganza estaba entre las primeras formas de justicia, pero que en las modernas sociedades occidentales prima el paradigma anti-venganza, donde la justicia se busca mediante instituciones impersonales. (Barton, 1999).

Podemos ver esta idea por ejemplo en Hegel, cuando sostiene que la venganza es la acción de una voluntad subjetiva, de una voluntad particular e implica en sí una vulneración, la «…superación de lo Injusto, consiste en la exigencia de una *Justicia* emancipada del interés y del aspecto *subjetivo,* como de la *accidentalidad del poder;* una justicia no *vindicativa,* sino *punitiva.»* (Hegel, 1968, 111-112).

Bajo la influencia de la iglesia Cristiana, en los actuales estados burocratizados, se abraza el discurso que insta a perdonar, olvidar, poner la otra mejilla o simplemente dejar que la ley siga su curso. En la actualidad se considera una verdad necesaria que el paradigma anti-venganza es correcto y se evita, dice Barton, que los filósofos se detengan a justificarlo. Por ejemplo, para atacar a las teorías retribucionistas se las acusa de no ser más que teorías de la venganza, y es por esto que autores retribucionistas como Nozick deben concentrarse en distinguir el castigo retributivo de la venganza. (Barton, 1999).

Vemos esta idea por ejemplo en Nino:

> No me gustaría apoyarme en la aureola emotiva de esta última palabra [venganza]; al fin y al cabo habría que demostrar por qué la venganza es mala, ya que mucha gente intenta justificar actos de venganza. Pero no es del todo claro cómo alguien puede rechazar ***a priori*** la venganza y aceptar al mismo tiempo la pena retributiva, ya que las diferencias que habitualmente se señalan entre una y otra parecen ser relativamente contingentes y están generalmente conectadas con meras (…) consideraciones utilitarias. (Nino, 1980, 266)

De todas formas, lo que a simple vista pareciera ser una discusión cerrada, en realidad no lo es. No hay acuerdo respecto del valor de la venganza, ni su rol en la psicología humana o en las instituciones como el derecho. Por ejemplo, Barton niega que la venganza implique una perversión, sea un mal en sí misma, o implique placer en ver sufrir a otro (ya analizaremos estas cuestiones más adelante).

En el mismo sentido Murphy sostiene que las posturas contrarias al sentimiento de venganza están en error, atento que esta puede tener un rol importante tanto en el aspecto psicológico de la persona como en sus relaciones sociales. Este autor entiende que la venganza no es necesariamente irracional o inmoral, y que «…se pueden atribuir legítimamente pasiones vindicativas a personas sanas y virtuosas (...) [y] sin embargo, no se sigue de esto que las personas sanas y virtuosas actúen correctamente siguiéndolas, [ni que] el derecho deba ser el vehículo para ello.»[6] (Murphy, 2003, 25)

Para Murphy la venganza busca defender los valores del respeto propio, la defensa de uno mismo y el orden moral, los cuales se verían vulnerados con el perdón o la indiferencia. Entiende que existiría una falta de respeto a nosotros mismos o indiferencia por nuestros derechos si no sintiéramos resentimiento ante los daños que otros nos provocan (Murphy, 2003).

Aun más, para este autor la persona moral no solo se compromete con la existencia de valores correctos, también debe estar motivada para hacer algo frente lo incorrecto. Expresa que:

> Todos tenemos el deber de mantener —intelectual y emocionalmente— el orden moral, un orden representado por un entendimiento claro de lo que constituye un tratamiento inaceptable de un ser humano por otro. Si no mostráramos algo de resentimiento contra quienes, al victimizarnos, violan ese entendimiento, entonces corremos el riesgo —en palabras de Aurel Kolnai— de ser «cómplices en el mal».[7] (Murphy, 2003, 20).

III. El problema del retribucionismo

Cuando tomamos conocimiento de un hecho que provoca un daño injusto o atenta contra principios básicos de justicia comúnmen-

---

[6] La traducción nos pertenece.

[7] La traducción nos pertenece.

te aceptados y compartidos, parece instintiva la necesidad de dar respuesta esto.

Hart entiende que las reglas sociales, para sus aceptantes, no sólo proveen una razón para actuar en determinado sentido sino que, además, aceptar una regla implica ver una razón para la crítica de quienes no se comportan conforme lo requiere la regla (Hart, 1961).[8] Aunque no siempre las razones para la acción implican el deber de actuar en determinado sentido; la falta de crítica a quienes se desvían de la regla, parece comprometernos con la aceptación de esta violación, o dicho de otra forma, pone en duda nuestra aceptación de dicho estándar. Y, en este orden de ideas Nozick dice que:

> Dejar un gran mal que ha sido provocado sin respuesta y, en cambio, sustituirla por una transformación benéfica del autor, sin relación con el contenido de la incorrección cometida, es ignorar y estar ciegos (en nuestras acciones) de una parte significativa de la realidad moral.[9] (Nozick, 1981, 387).

La idea básica del castigo retributivo es que este es impuesto a una persona porque es merecido, con independencia de las consecuencias que esto provoque en el futuro. Se oponen a esta idea, quienes ven al castigo como algo útil a los fines de la protección social. Si bien, es

---

[8] Algunas aclaraciones sobre Hart. Solamente tomamos a este autor a los fines de resaltar el aspecto interno de la regla. Nosotros en el presente no analizaremos la naturaleza de las reglas morales, y si bien Hart propone una teoría sobre las reglas sociales, solo tomaremos de esta un punto particular. Siguiendo la propuesta de Raz sobre las diversas formas de entender la idea de aceptación de una regla, a) designa ciertos hechos que son parte de las condiciones de existencia de las reglas; b) designa ciertas condiciones de verdad de ciertos enunciados o de ciertas implicaciones de formular estos enunciados; c) designa una cierta actitud ante las normas que puede llamarse «aceptación de la norma», tomamos el aspecto interno en este tercer sentido. Esto nos parece que es sumamente explicativo, a los fines de mostrar que cuando aceptamos una regla y la tomamos como razón para la acción también implica una justificación para la crítica ante la desviación. Otra aclaración importante es que Hart no puede ubicarse dentro de los autores que adopten una posición retribucionista del castigo.

[9] La traducción nos pertenece.

claro que en determinados casos el castigo puede ser tanto merecido como útil, un retribucionista firmemente desecharía las razones basadas en la utilidad, es más, justificaría el castigo aún cuando no hubiera beneficio alguno. (Fletcher, 1999)

Roxin expone que para la teoría de la retribución:

> mediante la imposición de un mal merecidamente se retribuye, equilibra y expía la culpabilidad del autor por el hecho cometido. Se habla aquí de una teoría «absoluta» porque para ella el fin del castigo es independiente, «desvinculado» de su efecto social (lat. *absolutas* = desvinculado). (Roxin, 1997, 82).

En el mismo sentido Nino explica que para el retribucionismo son irrelevantes las justificaciones basadas en la protección social. También aclara que el calificativo «retribucionista» se aplica a muchas ideas diferentes. Algunas de las cuales resaltan algunas consecuencias valiosas del castigo (vemos luego lo que propone Nozick respecto al retribucionismo teleológico). (Nino, 1980).

Otras corrientes resaltan el valor intrínseco del castigo, como por ejemplo el retribucionismo no teleológico de Nozick, que analizaremos en el próximo apartado, o el retribucionismo hegeliano. Para este último el castigo debe vencer a la incorrección, el castigo reivindica a la norma que ha sido violada y se equilibra el orden moral que fue alterado con el acto incorrecto. (Fletcher, 1999)

La idea de castigo retributivo ha sido ampliamente debatida. Los juristas debaten al respecto en el marco de la justificación de la pena. Suelen resaltarse como mérito de esta teoría, y en esto seguimos a Roxin en su explicación, el imponer límites al poder punitivo del estado, tanto respecto a la magnitud de la pena como a la necesidad de establecer la culpabilidad del agente al punir.

Un representante paradigmático del retribucionismo es Kant, quien al respecto sostiene:

> La pena jurídica nunca puede ser impuesta solo como un medio para promover otro bien, ni aún un bien para el propio criminal o la Sociedad Civil, debe ser impuesta, en todos los

> casos, porque el individuo sobre el que recae ha cometido un Crimen.[10] (Kant, 1887,195).

Entendemos que la justificación de la pena para el derecho penal es una cuestión muy compleja, ya que, una vez dada una respuesta al problema de la justificación moral del castigo retributivo habrá que determinar cómo se entiende al derecho, y cuál es la relación que este guarda con los principios morales. Otro defensor de las teorías retributivas es Moore, quién en este sentido, sostiene que para los retribucionistas es necesario que exista una coincidencia entre las normas legales y morales, de lo contrario podrían castigarse conductas que no sea reprochadas desde el punto de vista moral, y en estos casos no podría justificarse el castigo. En sus términos:

> Cualquier código criminal consiste en un conjunto de normas legales. Las normas de cualquier código criminal que pueden satisfacer las demandas del castigo retributivo tienen que coincidir cercanamente en el contenido de las normas centrales de la moral. Si no se da esa coincidencia, para un retribucionista no tiene sentido castigar.[11] (Moore, 1999, 69).

Lo mismo explica Nino, respecto de la relación entre el derecho y las teorías retribucionistas:

> en un nivel teórico amplio el retributivismo concibe al castigo como una respuesta a actos ilícitos y presume que es la respuesta adecuada. Por supuesto, es necesario aclarar el significado de «adecuada» (…) respuesta adecuada debe ser entendida como «respuesta justa», y la relación entre crimen y castigo debe ser determinada por la moral y no por el derecho positivo. (Nino, 2006,202-203)

Sin embargo, explica Roxin que, en virtud de que el fin del derecho es asegurar la convivencia y no realizar una idea metafísica de jus-

---

[10] La traducción nos pertenece.

[11] La traducción nos pertenece.

ticia, en lo que refiere a la justificación de la pena, las teorías retribucionistas han sido dejadas de lado. El retribucionismo exigiría penar algunos casos aún cuando no estuviera comprometida la paz y convivencia social (Roxin, 1997). De todas formas excede a los objetivos del presente trabajo abordar el problema de la justificación de la pena. Nos centraremos en el concepto de castigo retributivo en sí, dejando la cuestión de si este puede o no justificar la persecución penal.

IV. Retribución y venganza en Nozick

Expondremos brevemente algunos aspectos centrales de la teoría del castigo retributivo que Robert Nozick delinea en «*Philosophical explanations*». No desarrollaremos todas las cuestiones que el autor trata, tomaremos las ideas centrales que nos permitan caracterizar el castigo retributivo y sus semejanzas y diferencias con la venganza.

En primer lugar, aclara que el castigo es una cuestión independiente de la reparación del daño que un hecho incorrecto hubiera provocado. Nozick deja de lado la cuestión de la reparación del daño y expone una teoría exclusivamente sobre el castigo retributivo. Su teoría, es sobre el castigo merecido y no sobre la institucionalización del mismo, es decir, no se pregunta sobre si el diseño institucional debe adoptar el castigo retributivo, y de qué forma implementarlo.

A la hora de analizar el castigo merecido, explica Nozick que se desdibuja la distinción entre explicar y justificar; «…mostrar cómo o considerar si algo se sigue moralmente o es generado por un principio moral es entrar, querámoslo o no, en la arena de la justificación.»[12] (Nozick, 1981, 365) Lo que él se plantea es por qué en algunos casos el castigo retributivo se nos presenta como apropiado, y con qué presupuestos nos comprometemos cuando adoptamos el concepto de castigo retributivo.

El castigo merecido se determina en virtud de la relación entre la responsabilidad del sujeto que comete el acto incorrecto (r), y la mag-

[12] La traducción nos pertenece.

nitud del daño o incorrección (H). Mediante la fórmula, r x H, se calcula el castigo merecido. La responsabilidad, aclara, puede variar de 0, cuando no existe, a 1, cuando es total, y se puede a su vez dar cuenta de casos de responsabilidad parcial (e.i. 0,6).[13]

Nozick trata la diferencia entre el castigo en retribución de un acto incorrecto y la venganza. Entiende que ambos parecen desatenderse de las consecuencias que podrían provocar, cuando alguien comete un acto de venganza o aplica un castigo retributivo lo hace con independencia de los efectos que puedan devenir. Aun más, entiende que ambos conceptos comparten una estructura similar y una cierta intención. Si bien estas características compartidas han provocado la confusión entre venganza y retribución, él analiza cinco diferencias que considera centrales entre uno y otro concepto.

Comenzaremos analizando las características comunes. Explica Nozick que «...retribución y venganza comparten una estructura común: el castigo es impuesto por una razón (una incorrección o un daño) con el deseo de que la persona sepa por qué se hace esto, y la intención es que él lo sepa.»[14] (Nozick, 1981, 368)

Y muestra nueve pasos en que se desarrolla esta estructura:

1. Alguien cree que el sujeto S cometió un acto A incorrecto (o que lo ha afectado, en el caso de la venganza),
2. se le aplica un castigo a S.
3. el castigo está determinado por la incorrección del acto A, o por r x H.
4. con la intención del que el castigo se lleve a cabo por el acto incorrecto A.
5. y en virtud de la incorrección del acto A.
6. con la intención de que S sepa que la imposición de la pena es porque llevó a cabo el acto A.

---

[13] Nozick refina estos conceptos, esclareciendo algunas ambigüedades que pueden surgir de esta formulación, cuestiones que pese a su importancia no atenderemos ya que lo expuesto es suficiente para los fines del presente trabajo.

[14] La traducción nos pertenece.

7. y por la incorrección del acto A.
8. por alguien que intenta que la pena encaje y sea hecha en virtud de la incorrección de A.
9. y que esta persona tiene la intención de que el sujeto S reconocerá que la pena le es impuesta por 1-6, para que se cumplan 1-8. (Nozick, 1981, 369)

Además de esta estructura compartida, la retribución y la venganza comparten cierta intención. Nozick sigue a H. P. Grice, quien propone una teoría del castigo basada en la comunicación, para decir que tanto con la venganza como la aplicación de un castigo retributivo a alguien queremos decir algo. Se quiere transmitir el mensaje a quién obró incorrectamente de que su acto es incorrecto y, además, mostrarle la incorrección del acto.

En este punto Nozick desarrolla dos tipos diferentes de retribucionismo, el teleológico y el no teleológico. El primero ve en el castigo (y en el mensaje que este implica) una forma de mejoramiento moral del sujeto, se le muestra la naturaleza de su obrar para que pueda darse cuenta de su incorrección[15]. Para el retribucionismo no teleológico que propone Nozick, es correcto aplicar el castigo con independencia de cualquier efecto o consecuencia que pudiere ocasionar. Ve el objetivo de mejoramiento moral como un efecto deseable del castigo, pero no lo considera una condición necesaria a los fines de su justificación. Para este tipo de retribucionismo, la justificación del castigo se basa en hacer que los valores correctos tengan un efecto significativo en la vida de quién obró incorrectamente.

Así, sostiene Nozick que «… quien cometió un acto incorrecto ha sido desconectado de los valores correctos, y el propósito del castigo es (re)conectarlo. Esta conexión no es un efecto futuro deseado: el acto de aplicar un castigo retributivo en sí mismo establece la conexión.»[16] (Nozick, 1981, 374).

---

[15] Remarca algunas dificultades a las que se enfrenta este tipo de teoría retribucionista para justificar el castigo.

[16] La traducción nos pertenece.

Explica Nozick que los valores carecen de poder causal, que los valores tengan efecto en nuestra vida depende de que nosotros los reconozcamos como valores y actuemos conforme a ellos. Es por esta razón que no podríamos hablar de un castigo cuando la persona que ha cometido un acto incorrecto sufre un infortunio aún cuando este se de como consecuencia del acto incorrecto. Ejemplifica esto con el caso de quien, en medio de una montaña, dispara un arma para matar a una persona y, con esto, provoca una avalancha. Si en virtud de la avalancha el asesino muere, esta muerte es la consecuencia del acto incorrecto, no obstante aclara Nozick, no es consecuencia de la incorrección del acto. Cuando alguien actúa incorrectamente, para que los valores correctos tengan efecto en su vida es necesario que otro los reconozca y actué en respuesta de quién los ha violado.

El castigo retributivo hace dos cosas, conecta a quien realizó un acto incorrecto con los valores correctos y hace que estos valores tengan un efecto significativo en su vida. En palabras de Nozick:

> [C]uando él sufre un castigo los valores correctos no quedan totalmente sin efecto en su vida (aunque no los ha seguido al actuar), porque le damos con ellos por la cabeza. A través del castigo, le damos a los valores correctos, en tanto valores correctos, un efecto significativo en su vida, quiéralo o no, uniéndolo a ellos.[17] (Nozick, 1981, 375).

Sin embargo, para Nozick el retribucionismo teleológico y el no teleológico no son totalmente independientes, van juntos en tanto que

> [El] castigo se necesita para que tenga el efecto de ser significativo (no sería suficiente solo con decirle que estuvo mal), mientras que las intenciones de Grice se necesitan para que sea el valor en cuanto valor que actúa a través de nosotros sobre él.[18] (Nozick, 1981, 377).

---

[17] La traducción nos pertenece.

[18] La traducción nos pertenece.

El castigo retributivo implica una acción en respuesta al acto incorrecto, que conecta al sujeto con los valores correctos haciéndolo responsable de su incorrección. Esta conexión con los valores correctos importa hacerlo responsable de la incorrección, y se responde a la incorrección en cuanto incorrección. Por esto, Nozick aclara:

> La simple transformación benéfica [de quién comete el acto incorrecto] (...) deja la naturaleza y la magnitud del acto incorrecto de la persona sin un correspondiente efecto significativo en su vida: él no es afectado por la incorrección de su acto como incorrecto; él es dejado, de esta forma, incólume por el carácter de su acto. La retribución le da un efecto significativo en su vida a los valores correctos, y (no separadamente) le da a su acto incorrecto previo un efecto significativo correspondiente en su carácter como incorrecto.[19] (Nozick, 1981, 387).

Hemos delineado brevemente la teoría del castigo retributivo que presenta Robert Nozick. Este autor, como ya dijimos, entiende que tanto la estructura como el sentido del castigo retributivo son compartidos por la venganza. Acepta que en ocasiones están presentes tanto la retribución como la venganza, y que pueden darse situaciones donde la alegada exigencia de retribución solo este escondiendo el deseo de venganza. No obstante estas posibilidades, Nozick distingue ambos conceptos.

Nos ocuparemos ahora de marcar las cinco diferencias que propone entre retribución y venganza.

1.- «La retribución se ejerce por una incorrección, mientras que la venganza puede ejercerse por un perjuicio, daño u ofensa, y no necesita ser la respuesta a una incorrección.»[20] (Nozick, 1981, 366)

La primera diferencia es importante, nos dice que una acción puede entenderse como «retribución», cuando sea en respuesta a un acto incorrecto, esto es un acto que viola una regla o estándar. En este

---

[19] La traducción nos pertenece.

[20] La traducción nos pertenece.

sentido se ve cómo la retribución presupone y se compromete con la existencia de determinados estándares. Por el contrario la venganza no tiene en cuenta la incorrección del acto al que responde. La venganza es una respuesta a un daño ocasionado, con independencia de si este estaba o no justificado.

2.- «La retribución establece un límite interno a la envergadura del castigo, en función de la seriedad de la incorrección, mientras que la venganza internamente no necesita establecer límites. La venganza, por naturaleza, no necesita fijar límites, aunque el vengador pueda limitarse por razones externas.»[21] (Nozick, 1981, 367).

Vemos como para Nozick la venganza no estaría sujeta a ningún tipo de parámetros. No lo estaría a la hora de determinar su implementación (como en el punto 1), y no lo estaría tampoco a la hora de limitar sus efectos. Parece, como veremos en los siguientes aparatados, que él asocia el concepto de venganza a la idea de subjetividad, independiente de todo estándar o parámetro objetivo (solo dependiente de los deseos particulares de determinados individuos).

De todas formas, nos llama a la atención esta idea de la venganza ilimitada. Nos preguntamos si esta falta de límites internos a la venganza es una característica definitoria de la misma, o simplemente una característica concomitante. ¿Tiene sentido preguntarnos si la venganza ha sido excesiva? Si la respuesta es que sí, entonces parece que la idea de exceso en la venganza presupone un concepto de venganza previo.

En este sentido Jeffrie E. Murphy afirma:

> Hablando (como casi todos los irlandeses pueden hacerlo) de frecuentes experiencias personales como una persona bastante vengativa, yo creo que a menudo me he vengado mediante acciones moderadas y proporcionadas —a lo mejor implicando no más que algunas palabras bien elegidas (y, espero, dolorosas) o acciones no más extremas que dejar de invitarlos a comer o alcanzarlos al trabajo.[22] (Murphy, 2003, 24)

[21] La traducción nos pertenece.

[22] La traducción nos pertenece.

Sostiene este autor que por lo general pensamos que quién se venga es un loco o una persona destructiva, y que esto es en parte causa del cine y la literatura, donde se presenta la venganza como una cuestión propia de asociaciones ilegales o gente que bordea la locura. Pero dice que a pesar del interés que estos casos despiertan en el público esto no demuestra que una venganza moderada y proporcional no sea posible. (Murphy, 2003).

En el mismo sentido Charles Barton, sostiene que debería analizarse correctamente el concepto de venganza, y que esta no necesariamente es peligrosa. El va más allá y sostiene que la venganza podría ser perfectamente aceptada en sociedades civilizadas mediante una adecuada institucionalización. (Barton, 1999) De todas formas, este no es una alternativa que podamos analizar en este trabajo.

3.- «La venganza es personal: "esto es por lo que me hiciste a mí..." (mismo, padre, grupo, y así). Mientras que quien inflija una retribución no necesita tener un lazo especial o personal con la víctima de la incorrección por la que se ejerce la retribución.»[23] (Nozick, 1981, 367).

Esta diferencia marca la idea de que la venganza es subjetiva, en tanto la retribución se asocia con una idea de objetividad. Llamar a una acción venganza depende de quién es el sujeto que la desea y la lleva a cabo, en tanto que la retribución es totalmente independiente de quién sea el sujeto que desea y ejecuta el castigo.

Nozick dice que en este punto debe prestarse atención a dos cuestiones. Una que solo la persona que tenga este vínculo personal puede desear venganza y la otra, que solo esta persona puede ejecutarla. Por esto nos dice que el deseo de que otra persona ejecute una venganza, no es identificable con el deseo de venganza. (Nozick, 1981)

No está de más aclarar que, si bien sólo el sujeto afectado puede ser sujeto activo de la venganza, no es el caso que solo el sujeto no personalmente afectado pueda ser sujeto activo de la retribución. Aquí encontramos un punto interesante, y vemos que bien puede ser el caso

[23] La traducción nos pertenece.

de quién aun siendo un afectado por un daño provocado injustamente podría exigir o imponer una retribución, con independencia de la existencia o no del deseo de venganza. En el caso de que este deseo a su vez esté presente estaremos ante la presencia de un caso mixto.

De todas formas en este sentido Barton sostiene discutiendo este tipo de argumentos que «…aún si fuera verdad que la venganza es personal de una forma que otros tipos de castigo no, no se sigue de esto que la venganza sea ni moralmente mala ni objetable...»[24] (Barton, 1999, 25).

4.- «La venganza implica un particular tono emocional, placer en el sufrimiento de otro, mientras que la retribución no necesita ningún tono emocional involucrado, o involucra otro, placer en hacer justicia. Por lo tanto, quién busca venganza a menudo querrá vivir (ver, estar presente) la situación que en que el sujeto de la venganza está sufriendo el castigo, mientras que en la retribución no hay sentido en presenciar su ejercicio.»[25] (Nozick, 1981, 367)

Esta característica que Nozick atribuye a la venganza es criticada específicamente por Charles Barton, quien sostiene que este tipo de ideas forman parte de los mitos que asocian la venganza a la irreflexión, y que transmiten un miedo irracional a emociones como el enojo y el resentimiento, sin un fundamento filosófico serio que lo sostenga. (Barton, 1999)

También señala que «placer en el sufrimiento de otro» es una frase ambigua. Hay una distinción que Barton considera importante hacer, no es igual el simple placer de ver sufrir a otro, y el placer en ver sufrir a quién causó un daño. Sostiene que no hay dudas respecto de la perversidad del primer caso, mientras que en el segundo caso el «placer» sería en realidad la satisfacción que provoca aliviarse de la opresión provocada por el maltrato. Esto en virtud de que se vuelven a afirmar los valores de la identidad y el respeto propio.

En este sentido, Barton expresa:

---

[24] La traducción nos pertenece.

[25] La traducción nos pertenece.

> Una alternativa diferente, aunque compatible, es que la emoción en cuestión es mejor identificada como la satisfacción de recuperar la propia identidad y estatus como una persona que tiene un valor. Este tipo de explicaciones pueden ser especialmente plausibles donde parte de la motivación para la venganza es un sentimiento de honor, auto estima, o hasta la reputación social y pública heridos. Y, si esta satisfacción también tiene un elemento de placer, es bastante plausible de ser descripto como placer en haber podido hacer algo cuando se sufre una violación física, psicológica, o sobre la integridad moral, como una persona que tiene un valor, un individuo importante. (...) [S]er considerado significante, al menos al punto de ser tratado con respeto y consideración por los demás seres humanos es una parte esencial de estar bien psicológicamente en un ambiente social.[26] (Barton, 1999,18)

También en este caso, sostiene Barton, aún si aceptáramos que la venganza implica placer en el sufrimiento de otro, no sería obvio que esto sea moralmente reprochable.

5.- «No se necesita generalidad en la venganza. No solo quien se venga no está comprometido con vengarse de todo lo que le pase. Cuando busque venganza, o piense que es apropiado hacerlo, dependerá solo de cómo se siente en ese momento respecto al acto o daño. Mientras quien impone una retribución, infligiendo un castigo merecido por una incorrección, está comprometido con (la existencia de algunos) principios generales (*prima facie*) que mandan a castigar en similares circunstancias. Aun más, es posible que estos estándares generales sean dados a conocer y expresados en el proceso de retribución; aun aquellos que actúan en retribución contra los agentes culpables de una dictadura torturadora, que mantienen sus propias identidades secretas, harán que los principios se conozcan.»[27] (Nozick, 1981, 368)

La necesidad de generalidad en la retribución, se conecta directamente con la diferencia marcada en el primer lugar. Esto es, la retri-

[26] La traducción nos pertenece.

[27] La traducción nos pertenece.

bución es una respuesta por la violación de una regla o estándar. Estos determinan que algunas acciones serán correctas y otras incorrectas, y tienen dos características importantes, una cierta generalidad y una cierta objetividad. La generalidad hace alusión a que se aplica a cierta clase de personas según las características relevantes especificadas y no a sujetos individualizados particularmente, y a tipos o descripciones de acciones generales, no a una acción individualizada particularmente. La objetividad es entendida, como independiente de la voluntad, deseo o especial creencia de los sujetos comprometidos. En este sentido, el valor de verdad de un enunciado sobre el contenido de una regla o estándar es independiente de la especial posición o deseos del sujeto que la conozca o aplique.

V. Otro problema: el castigo retroactivo

Nozick también aborda brevemente el problema del castigo retroactivo y sostiene que no existe ninguna prohibición moral para aplicar un castigo en forma retroactiva.

El problema con que se enfrenta el castigo retributivo, es qué sucede cuando no hay un anuncio previo respecto a que ciertos actos serán castigados. Para Nozick este anuncio previo no es condición necesaria del castigo, existen diversas maneras en que una persona puede saber que será castigado. Pone como ejemplo a los Nazis en Alemania, quienes sostiene tenían que saber que su obrar era incorrecto y que iban a ser castigados. Nozick enfatiza que aunque las instituciones legales no penen ciertos actos, los sujetos deben saber que son incorrectos y que deberían ser castigados, ejemplifica con el caso hipotético de quién realiza un acto minutos antes de que una ley que prevé un castigo para dicha conducta sea promulgada. O, pensemos en casos en que alguien esconde u oculta ciertos actos, aunque estos no sean actualmente contrarios al derecho penal. En estos casos, parece que los sujetos sabían que deberían ser castigados. (Nozick, 1981).

Con la venganza no habría el mismo problema, según las características que vimos no es necesario que exista un regla, es la propia

subjetividad intrínseca de la venganza lo que la hace ajena a este problema. Y es por esto, creemos que por lo que en los casos de justicia retroactiva algunos solo ven venganza.

De todas formas el retribucionismo requiere como vimos una violación a reglas o estándares en un sentido generales y objetivos. Por esto, para esta teoría, el deseo de venganza de la víctima no puede tener ningún rol a la hora de justificar el castigo. Ahora bien el problema es si el conocimiento de la regla por parte de quién no se conforma con la misma es necesario o no, y, si lo es, cuáles serían las formas en que este podría materializarse.

VI. Reflexiones finales

De todo lo expuesto, rescatamos algunos puntos que nos han llamado la atención. Siguiendo la reconstrucción de la propuesta de Nozick resaltamos que lo que hace distintivo la retribución es la existencia de una regla, y es la violación de esta regla lo que justifica el castigo, independientemente de la sensación o deseo de venganza propia, o deseo de que las víctimas se venguen. Y, en el mismo sentido, si nos consideramos aceptantes de esta regla y la consideramos valiosa no podríamos dejar de reaccionar frente a su violación sin desconocer su existencia. Si esto es cierto, también es cierto que no nos dice nada aún respecto de cuál es la respuesta o reacción correcta frente a la violación de la regla.

La venganza y la retribución son cosas diferentes, porque son planos diferentes. Pueden tocarse y converger en determinados casos, o no. La venganza es una perspectiva personal de la víctima, y la retribución es una idea general, dependiente de la existencia de reglas. La explicación de la retribución es dependiente de valores y como dice Nozick se entremezclan los campos de la explicación y justificación. Esto parece independiente del deseo de venganza, vemos como tampoco se busca justificar el castigo en virtud de la necesidad de la víctima de venganza. Pero, no puede dejar de observarse que este deseo de venganza, puede ser coextensivo con una justa retribución. En estos casos,

donde la retribución se encuentre justificada, no vemos como podría reprocharse la idea de venganza.

Respecto del concepto de venganza, analizamos que esta no es necesariamente desproporcionada o peligrosa. Esto se conecta con le estructura común que Nozick atribuía a la retribución y a la venganza:

> Retribución y venganza comparten una estructura común: se inflige un mal por una razón (una incorrección o un daño) con el deseo de que la otra persona conozca por qué esto le pasa y que conozca que la intención es que él lo sepa.[28] (Nozick, 1981, 368).

Creemos que el problema radica en que, cuando hacemos referencia a un mal ejercido como retribución estamos hablando de reglas o estándares que justifican este mal, es decir establecen la corrección o incorrección del castigo. Mientras que en el caso de la venganza la idea de «razón» del mal infligido es entendida de un modo diferente. Acá se alude a la causa, lo que provoca o despierta el sentimiento de venganza en el agente. Creemos que no sería incompatible realizarnos las dos preguntas sobre el mismo acto, ¿qué razones (en sentido normativo) justifican el castigo? Y ¿qué razones (hechos o estado de cosas) explican que la víctima desee el castigo?

Creemos que son distintos tipos de razones las que intervienen cuando hablamos de retribución y de venganza. Smith al argumentar respecto del modelo de la psicología estándar de Hume, expone que la afirmación «A tiene una razón para hacer Q» es ambigua, y que hay dos conceptos de razón bien diferentes para la acción dependiendo si nos concentramos en la dimensión explicativa o en la justificatoria. En ambos casos estamos frente a razones, motivacionales o normativas, y la importancia de ambas es que permiten hacer inteligible nuestro comportamiento. Las razones motivacionales, tienen un rol explicativo, refieren a un hecho sobre el agente. Por el contrario en el plano de la justificación, es decir en el de las razones normativas, es donde estamos en presencia de reglas, estándares o principios que prescriben una deter-

[28] La traducción nos pertenece.

minada forma de comportamiento. Sostiene Smith que cuando decimos que alguien tiene una razón normativa para hacer Q, es decir que hay algún requerimiento normativo para que haga Q, implicamos que su hacer Q está justificado desde la perspectiva del sistema normativo que genera ese requerimiento (Smith, 1994).

El esquema de Nozick si bien como mostramos en la opinión de muchos autores sigue siendo contrario al sentimiento de venganza, creemos nos brindó los elementos necesarios para distinguirlo del reclamo de un castigo en retribución del mal cometido a uno mismo, a otros, o a la sociedad en su conjunto. Y esto, a su vez, creemos es positivo atento que despojados los preconceptos o mitos inculcados respecto al valor o lo pernicioso de la venganza podemos verla como algo que transcurre por un camino separado y que muchas veces se une al castigo retributivo sin desvirtuarlo o desmerecerlo.

Para finalizar, vemos como este análisis aplicado a los juicios por violación a los Derechos Humanos es útil para explicar por qué estos no son un caso de venganza. El reclamo de juzgamiento en primer lugar excede a las víctimas y a sus familiares. El reclamo, a su vez se dirige contra todas las violaciones contra los Derechos Humanos, sin importar la jerarquía o grupo social al que pertenecieran los acusados; ni el momento o tiempo específico de la comisión de los actos reprochados, es un reclamo general contra todos los violadores de derechos humanos. Esto se vincula específicamente con el aspecto de la generalidad.

Entendemos para concluir que es importante ver más allá de las razones personales de venganza que pudieran o no existir particularmente, y si estas son o no reprochables, para centrarnos en las razones que hacen o no del reclamo de juzgamiento un reclamo justificado.

Referencias bibliográficas

Barton, C.K. B. (1999). *Getting Even: Revenge as a form of Justice.* Chicago and Lasalle, Illinois: Open Court.

Hart, H.L.A., (1961). *The Concept of Law.* Oxford: Oxford University Press.

Hegel, G.F. (1968) [1937]. *Filosofía del derecho.* Biblioteca Filosófica, Volumen 5/Tomo 1. Buenos Aires: Editorial Claridad.

Kant, I. (1887). *The philosophy of law.* Edinburg: T & T Clark.

Murphy, J. E. (2003). *Getting Even: Forgiveness and Its Limits.* New York: Oxford University Press.

Nino, C. S. (1980). *Los límites de la responsabilidad penal.* Buenos aires: Astrea.

Nino, C. S. (2006). *Juicio al mal absoluto.* Buenos Aires: Ariel.

Nozick, R.(1981). *Philosophical explanations.* Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.

Roxin, C. (1997). *Derecho Penal. Parte General.* (Tomo I: Fundamentos: la estructura de la teoría del delito). Madrid: Civitas S.A.

Smith, M. (1994). *The moral problem.* Oxford: Blackwell Publishing.

Fletcher, G. P. (1999). «The Place of Victims in the Theory of Retribution» *Buffalo Criminal Law Review* Volumen 3.

Moore, M. (1999). «Victims and Retribution: A Reply to Professor Fletcher» *Buffalo Criminal Law Review* Volumen 3.

Otras referencias

Angoso R.(2012). «En Argentina no hay justicia, sino venganza, que es una cosa bien distinta». Diario digital, Cambio16. Recuperado en: http://cambio16.es/not/1250/

Diario la Nación (2013). «Murió Jorge Rafael Videla, símbolo de la dictadura militar». Recuperado en: http://www.lanacion.com.ar/1582853-murio-jorge-rafael-videla-simbolo-de-la-dictadura-militar

Blog del Dr. Pablo Raúl Bonorino Ramírez. Recuperado en: http://pablobonorino.blogspot.com.ar/2009/10/castigo-retribucion-y-venganza.html

La presente edición se terminó de imprimir en
el mes de octubre de 2014 en Ferreyra Editor,
Av. Valparaíso km. 6½, Córdoba, Argentina.
E-mail: ferreyra_editor@yahoo.com.ar