





LECCIONES Y ENSAYOS



FACULTAD DE DERECHO

Decano
Dr. Alberto J. Bueres

Vicedecano
Dr. Marcelo Gebhardt

DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES

Directora
Mary Beloff

Subdirector
Luis R. J. Sáenz

Secretario
Jonathan M. Brodsky



**CONSEJO DE REDACCIÓN
SEGUNDO SEMESTRE 2016**

Directora

Camila Petrone

Subdirectora

Lucía Belén Araque

Secretario de Redacción

Ramiro Manuel Fihman

Tutora

María Paula Cardella

Colaboradores/as

Federico Maximiliano Mantiñan

Francisco Sáez Zamora

Ariel Salomón Liniado

Valentín Otiñano

Inés Colombato

Karen Ailén Miranda

Ignacio Josué Arrossagaray

Dominique Steinbrecher

Juan Cruz López Guillermón

Todos/as los/as integrantes del Consejo de Redacción son
estudiantes de grado de la Facultad de Derecho (UBA).

RÉPLICA

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

2016	97
------	----

FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

LECCIONES Y ENSAYOS

CONSEJO ASESOR

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

Algunos derechos reservados

Copyright by Departamento de Publicaciones
Facultad de Derecho - Universidad de Buenos Aires
Av. Figueroa Alcorta 2263, 1° P (C1425CKB) -
Ciudad Autónoma de Buenos Aires – Argentina
Queda hecho el depósito que marca la ley 11.723

La responsabilidad por los hechos e ideas expuestos en los trabajos
está a cargo exclusivamente de los autores.

ISSN (en papel): 0024-0079.

ISSN (en línea): 2362-4620.

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

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

Impreso en la República Argentina

Correspondencia: Dirigirse a

Departamento de Publicaciones
Facultad de Derecho - UBA
Av. Figueroa Alcorta 2263, 1° P
(C1425CKB) - Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina
Tel./Fax: (54-11) 5287-6762

ÍNDICE

Editorial.....	15
----------------	----

LECCIONES

Rempel, Martín, <i>La voluntad general y sus condiciones de racionalidad</i>	19
--	----

ENSAYOS

Bianchi, Nicolás, <i>Sobre el estatus consuetudinario del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo Adicional II de 1977</i>	53
Genin, Laureano, <i>La responsabilidad de proteger</i>	81
Ruas, Juan Carlos, <i>Retrospectiva a “Enfoque”: una réplica a Raúl Gustavo Ferreyra</i>	105

I CONCURSO INTERDISCIPLINARIO DE ENSAYOS SOBRE FILOSOFÍA DEL DERECHO

Méndez Montenegro, Patricio Daniel, <i>Derechos y Democracia: ¿existe una justificación democrática de los derechos humanos?</i>	129
De la Torre, Catalina M., <i>Estado constitucional, convencional, democrático y social de derecho: algunos aspectos sobre</i>	

su formación y situación actual. Control judicial de constitucionalidad y democracia, ¿irreconciliables?..... 145

XIII CONCURSO DE ENSAYOS IGNACIO WINIZKY
SOBRE DERECHO PENAL INTERNACIONAL Y
DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

Padín, Juan Francisco, *Ciberparticipantes: participación directa en las hostilidades a través de medios y métodos cibernéticos.....* 177

González, Pablo Alejandro, *Derecho aplicable por la CPI: ¿cuándo se procede a la aplicación de las “fuentes externas” enunciadas en el artículo 21.1.B) del Estatuto de Roma?* 199

Del Valle, María Julieta, *Sistemas de armas letales autónomas: ¿un riesgo que vale la pena tomar?.....* 225

PONENCIAS DEL VI CONGRESO DE DERECHO PENAL
PARA ESTUDIANTES Y JÓVENES GRADUADOS

Juárez Martínez, María Eva, *El delito de corrupción y su prueba en el proceso penal* 251

Kohan, Mariana, *La violencia sexual en los procesos judiciales en los que se investigan crímenes de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra* 261

Truccone Borgogno, Santiago, *Estado de necesidad y daño: sobre la distinción entre justificación y excusa* 271

TRABAJOS DE CURSOS DE CPO ORIENTADOS A LA INVESTIGACIÓN

Redondo, Micaela R., <i>El querellante autónomo en el instituto de conversión de la acción</i>	297
--	-----

LITERATURA Y DERECHO

Piqué, María Luisa y Vila, Rosa, “ <i>Dimensiones</i> ”: <i>una lectura de la violencia de género</i>	327
---	-----

ENTREVISTAS

Postay, Maximiliano.....	343
--------------------------	-----

¿Cómo publicar y participar en <i>Lecciones y Ensayos</i> ?	357
---	-----



EDITORIAL

En cada número de *Lecciones y Ensayos* subyace ideología. Como Consejo de Redacción, nuestras decisiones son el producto de un debate constante y robusto, en el que se valora especialmente el intercambio genuino de ideas y posturas. Nuestras individualidades convergen cada jueves a las 20:00 para discutir principalmente artículos académicos, pero también cuestiones cotidianas y perspectivas a futuro.

Siempre, indefectiblemente, cada uno/a de nosotros/as parte de una forma propia y subjetiva de ver el mundo. Es imposible extirpar los “anteojos” con los que vemos el entorno de nuestro discurso. No tenemos contacto con la realidad “objetiva” si no es con un cuantioso conjunto de valores mediante. Analógicamente, a la hora del debate editorial, no nos es posible abandonar esta perspectiva.

El especial valor que encontramos en nuestra dinámica radica en que –si bien no dejamos de lado nuestra ideología individual– hemos logrado, conjuntamente, consensuar banderas como la transparencia, la solidaridad, la horizontalidad y la igualdad (por supuesto, hacia adentro y hacia afuera). Esto implica, por un lado, apartar los intereses personales de nuestro paso por *Lecciones y Ensayos* y, por otro, respetar sinceramente el pensamiento ajeno y asumir la postura del otro como posible. Para eso resulta imprescindible comprender la inexistencia de una verdad absoluta, de una idea “correcta”, de una forma de ver las cosas que “esté bien”. Las verdades las construimos y las podemos destruir, porque están y estarán siempre empapadas de contexto.

Es así que este pequeño espacio, el editorial de cada número, es uno de los pocos lugares en los que tenemos la oportunidad de reflejar quiénes somos y qué pensamos. Una revista jurídica puede estar repleta de artículos académicos, pero vacía de contenido. Nosotros somos estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, pero además formamos parte de un país en el que el derecho puede ser muchas cosas: una herramienta de transformación, un discurso legitimador de prácticas injustas, la excusa de los poderosos, la justificación de los oprimidos o,

simplemente, un conjunto de normas que van detrás de la historia adaptándose a ella. Sin embargo, de lo que no quedan dudas es que si estamos comprometidos/as con ciertas causas, tenemos que conocer el derecho en profundidad, comprenderlo, manejarlo y estar en la vanguardia de este para poder debatir y luego cambiar aquello que no nos gusta. Para eso existen las revistas jurídicas. Para eso, al menos, existe hoy la nuestra.

Este es el número 97 de esta prestigiosa publicación. Cuenta con las clásicas secciones de "Lecciones" y "Ensayos", pero también está integrado por los mejores trabajos del *XIII Concurso de Ensayos "Ignacio Winizky" sobre Derecho Penal Internacional y Derecho Internacional Humanitario*, los artículos ganadores de una nueva experiencia que decidimos llevar adelante, el *I Concurso Interdisciplinario de Ensayos sobre Filosofía del Derecho* y las ponencias seleccionadas del *VI Congreso de Derecho Penal para estudiantes y jóvenes graduados*. Completa este número la sección de "Trabajos de cursos del CPO orientados a la investigación", una obra correspondiente a "Literatura y Derecho" y una entrevista.

Como siempre, esperamos que este ejemplar sea de agrado de toda la comunidad académica e invitamos a todos/as los/as estudiantes de esta casa de estudios a participar de *Lecciones y Ensayos*.

CONSEJO DE REDACCIÓN

LECCIONES



LA VOLUNTAD GENERAL Y SUS CONDICIONES DE RACIONALIDAD*

MARTÍN REMPEL**

¿Qué es, al fin, la ley? En tanto que se siga ligando a esta palabra ideas metafísicas, se continuará razonando sin entenderse, y aun cuando se explique lo que es una ley de la naturaleza, no se sabrá mejor lo que es una ley del Estado.

JEAN-JACQUES ROUSSEAU

Resumen: Este trabajo consiste en el intento de construcción de un puente que una los criterios de racionalidad que Kenneth Arrow trabaja desde la teoría de la elección racional con las características de orden político que Rousseau expone en su doctrina de la Voluntad general. El objetivo del trabajo es realizar una crítica de ese puente.

Palabras clave: teorema de arrow – voluntad general – racionalidad

Abstract: This work constitutes an attempt of constructing a bridge that connects Kenneth Arrow's rationality criteria in the framework of the rational choice theory, and the properties of Jean-Jacques Rousseau's Doctrine of the General Will, as exposed in his Social Contract. The object of this work is to elaborate a critical analysis of that bridge.

Keywords: arrow's theorem – general will – rationality

* Recepción del original: 06/02/2017. Aceptación: 23/02/2017.

** Profesor adjunto e investigador adscripto al Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja", Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

I.

En *Social Choice and Individual Values*,¹ Kenneth Arrow expuso la prueba de su teorema general de posibilidad que marca el punto de unión de dos corrientes de pensamiento:² los estudios matemáticos sobre sistemas electorales y el análisis de la noción de bienestar social como una función de bienestar personal.³ Este último tema fue retomado más tarde, y con mayor rigurosidad, por los economistas de la denominada *Welfare Economics*⁴ y, finalmente, por el movimiento de la *Public Choice Theory*.⁵ El teorema fue una obra seminal en el análisis de las propiedades de los sistemas de toma de decisiones colectivas y se considera que su prueba dio nacimiento a la teoría de la elección social.⁶

La metodología adoptada por Arrow consta de dos partes. Consiste, en primer lugar, en la exposición de una serie de condiciones que todo procedimiento de toma de decisiones colectivas debería cumplir. Estas condiciones (que son cuatro) pretenden asegurar un cierto estándar mínimo de racionalidad para la adopción de la decisión, y entre ellas encontramos, por ejemplo, la prohibición de que exista un dictador o la obligación de que ante el caso de que la totalidad de los integrantes de la sociedad se vuelque por una determinada opción, esa opción (y solo esa opción) deba ser seleccionada al emplear el mecanismo de toma de decisión. En segundo lugar, el autor estadounidense realiza una prueba de orden lógico, que consiste en la demostración de que esas cuatro condiciones no pueden ser

1. ARROW, K. J., *Social Choice and Individual Values*, Nueva York, Yale University, 1963 (se trata de la 2ª edición; la primera edición data de 1951). Hay versión en español (que corresponde a la 2ª edición inglesa): *Elección social y valores colectivos*, Barcelona, Planeta D'Agostini, 1994.

2. Sigo en esto a ZULETA, H. R., *Razón y elección*, México, Fontamara, 1998, p. 9.

3. En la primera corriente de pensamiento se encuentran, entre otros, los trabajos de Borda, Condorcet y Dodgson, Lewis Carroll. La segunda línea de trabajo mencionada tiene su expresión más representativa en la filosofía moral utilitarista de Bentham, y encuentra su punto de mayor desarrollo en el trabajo posterior de John Stuart Mill.

4. Economía del bienestar social (esta traducción, así como todas las presentadas en adelante, son nuestras, excepto donde se indica).

5. Teoría de la elección pública o colectiva.

6. ZULETA, H. R., ob. cit., p. 10. Allí, Zuleta define al objeto de esta teoría como el estudio de la relación entre las preferencias individuales y las elecciones sociales (elecciones que afectan a un grupo de personas).

aplicadas simultáneamente a ninguna regla de decisión social —es decir, respecto de ningún procedimiento de toma de decisiones— cuando existen más de dos alternativas entre las cuales elegir.

El teorema general de posibilidad demuestra que, dado un conjunto de más de dos alternativas entre las cuales elegir, ninguna regla de decisión social puede cumplir con las cuatro condiciones que él mismo estipula como constituyentes de un mínimo estándar de racionalidad.

El año 1762, Jean-Jacques Rousseau, en su maravilloso *Du Contrat Social*,⁷ desarrolla la doctrina de la voluntad general. *El contrato social* es una obra clásica en la que el maestro ginebrino, en un estilo magistral y prescriptivo, expone, entre otros, temas tales como los derechos del hombre, el concepto de pacto social, el poder del soberano, y la famosa tesis de la voluntad general caracterizada no solo como la expresión de la voluntad de las mayorías sino como un proceso de toma de decisión para cuya adopción se ha debido escuchar a las minorías.⁸

Resulta en particular interesante el análisis de esta obra de Rousseau dados los objetivos que el propio filósofo expone como inspiración para su trabajo. En el prelude al "Libro I", expresa que su intención es "[...] mantener en armonía constante [...] lo que el derecho permite con lo que el interés prescribe, a fin de que la justicia y la utilidad no resulten divorciadas",⁹ idea que bien podría ser suscripta, entre otros, por John Stuart Mill, si lo imaginamos estipulando los objetivos de cualquier obra seria en el campo de la filosofía política.¹⁰

Este trabajo consiste en el intento de construcción de un puente que una los criterios de racionalidad que Kenneth Arrow trabaja desde la teoría de la elección racional con las características del orden político que Rousseau expone en su doctrina de la voluntad general. El objetivo de este trabajo es realizar una crítica de ese puente.

7. ROUSSEAU, J. J., *Du Contrat Social, ou Principes du Droit Politique*, Genève, Collection complète des œuvres, 1762, consultado en [www.rousseauonline.fr.] el 30 de septiembre de 2016. Hay numerosas ediciones en español; para este trabajo consultamos, entre otras: *El contrato social o Principios de Derecho político*, México, Editorial Porrúa, 2006. Ver las referencias bibliográficas.

8. Al respecto se puede confrontar, entre otros, el interesante estudio preliminar "Una vida inquieta" de autoría de Daniel Moreno, que acompaña la edición en español referida en la nota anterior.

9. ROUSSEAU, J. J., *El Contrato Social...*, ob. cit., p. 3.

10. Ver nota 3.

Se intentará someter a la doctrina de la voluntad general al "test" de racionalidad que conforma el aparato *arrowiano* y, a partir de los resultados obtenidos, intentaremos realizar una lectura de la doctrina de la voluntad general desde un punto de vista diferente, a saber: uno que incluya juicios relativos a las condiciones con las que este mecanismo de toma de decisiones cumple.

Para ello, en primer lugar, se hará una presentación informal del teorema general de posibilidad y se explicarán los alcances de cada una de las cuatro condiciones trabajadas por Arrow. A continuación se intentará sistematizar la doctrina de la voluntad general de Rousseau de acuerdo con la exposición del *Contrato social*. Luego, se someterá a la voluntad general –tomada como una regla de decisión social– al test de racionalidad: se verificará el cumplimiento o no de las condiciones exigidas para el teorema general de posibilidad. Finalmente, a partir de los resultados obtenidos, a modo de conclusión intentaremos elaborar un juicio crítico de la doctrina de la voluntad general.

II.

Antes de iniciar el análisis del teorema general de posibilidad es necesario hacer algunas precisiones en relación con la regla de mayoría. Esto no solo facilitará la comprensión del teorema sino que servirá de introducción, en el plano metodológico, al mecanismo que se expone más adelante y que Rousseau denominó voluntad general. Dicho en otros términos, la cabal comprensión del funcionamiento de la regla de mayoría simple resulta un requisito teórico previo a la correcta intelección tanto del teorema general de posibilidad como del mecanismo rousseauiano de la voluntad general.

Para ello, y a modo de introducción a este inciso sobre la regla de mayoría, vamos a realizar algunas reflexiones en torno a la noción de preferencia. Con este nombre aludimos a un tipo de relación que se da entre dos, y *solo* entre dos, elementos. Supongamos que existen tres sitios en los cuales podría construirse una escuela pública e identifiquemos a esos sitios con las siguientes tres letras: x , y y z . Si se le pregunta a un individuo en cuál de los tres sitios prefiere que el edificio sea emplazado, se espera que esta persona responda solo por uno de ellos; de hecho, no es posible construir una escuela en dos sitios distintos, lo que muestra

que estamos ante una relación que se establece entre alternativas que se excluyen las unas a las otras. Además, por tratarse de tres sitios, es lógicamente necesario que el individuo consultado ordene estos sitios –según su preferencia– de alguno de los seis siguientes modos lógicamente posibles: (x, y, z) ; (x, z, y) ; (y, x, z) ; (y, z, x) ; (z, x, y) o (z, y, x) y que, al responder, solo exprese la primera letra de la ordenación que prefiere.¹¹ En todo caso, verificamos que existe una serie de subconjuntos del conjunto principal que conformará la preferencia; en este caso, ese subconjunto estará constituido por solo una de las alternativas. No hay otro modo de explicar esto que no sea suponer que el individuo en cuestión consideró por turno todos los pares posibles de alternativas del conjunto principal, y que, para cada uno de esos pares, emitió uno y solo uno de los siguientes tres juicios:¹² (1) “prefiero x a y ”, (2) “prefiero y a x ”, o (3) “ x e y me resultan indiferentes”.¹³ Luego de haber considerado esto en relación con todos los pares posibles de alternativas –en el ejemplo existen tres pares posibles: (x, y) , (x, z) y (y, z) – esperamos que esté en condiciones de expresar su preferencia. Así, denominamos preferencia a esa relación que se da entre dos alternativas mutuamente excluyentes que es expresada por un individuo luego de haber considerado, alternativamente, todas las combinaciones posibles.

Pero ¿qué ocurre con la preferencia de una comunidad?

Esta preferencia colectiva puede ser expresada en los mismos términos, por ejemplo, podría afirmarse que los miembros de una determinada comunidad prefieren que se construya una escuela pública en el sitio x (lo que implicaría, en principio, que están de acuerdo con que no sea construida en los sitios y y z , siempre que la obra fuera a realizarse, efectivamente, en el sitio x).

Ahora bien, este tipo de consideraciones, que desde un punto de vista intuitivo resultan razonables, presentan serias dificultades. Es que no

11. Decimos que se espera que solo exprese la primera letra de la ordenación que prefiere porque se le preguntó por el sitio en el que quiere que sea construida la escuela pública; ese tipo de preguntas admiten respuestas del tipo “En el sitio x ”. Distinto sería se le pidiera que *ordenara*, según su preferencia, los tres sitios con algún criterio en particular, por ejemplo, comenzando por el sitio que más prefiere que sea elegido, que continúe por el que más prefiere que sea elegido sin contar al primero, y así.

12. Ejemplificamos aquí las posibilidades para el hipotético par (x, y) .

13. ZULETA, H. R., ob. cit., p. 12.

hay manera de saber qué significa una afirmación como la precedente. ¿Significa que todos los miembros de la comunidad se pronunciaron unánimemente en ese mismo sentido? ¿Significa que la mayoría de ellos así lo hizo? ¿Significa que algunos se pronunciaron en ese sentido y que otros fueron indiferentes en cuanto a qué se haría? Estas son solo algunas suposiciones que se pueden elaborar al respecto. Tensando un poco la cuerda, podría preguntarse así: ¿significa que el dictador de esa comunidad¹⁴ ha saldado la cuestión decidiendo por sí mismo el sitio en el que se construirá la escuela pública?

A continuación vamos a tratar de entender qué implicancias racionales tiene una afirmación del tipo "La comunidad ha tomado tal decisión", en la propuesta rousseauiana de la voluntad general, a través del análisis del aparato lógico de Arrow.

Supongamos,¹⁵ entonces, que una comunidad debe elegir entre dos¹⁶ alternativas excluyentes entre sí, por ejemplo, dos espacios para la construcción de una escuela pública. Dado que no sabemos cómo van a votar los miembros de la comunidad, debemos encontrar un mecanismo que permita establecer una decisión social frente a cualquier combinación de las preferencias individuales de los integrantes de la comunidad: de nada serviría un mecanismo que, para algún caso, luego de que todos los integrantes de la comunidad expresaron su voto, no determinara ninguna decisión social (no se sabría en dónde hay que construir el nuevo edificio). A esta exigencia se la denomina Dominio irrestricto, y es la condición que establece que el mecanismo de decisión empleado debe determinar

14. Por supuesto que esta pregunta importa afirmar que en la comunidad que se analiza existe un dictador, y ello puede resultar, por lo menos, inesperado. Pero desde el punto de vista estrictamente lógico, el establecimiento de un dictador para la toma de todas las decisiones de una comunidad es un criterio que, si bien desde la perspectiva de ciertas posiciones axiológicas puede resultar despreciable, aparece como absolutamente indiferente (y de hecho debe ser considerado) en tren de analizar la racionalidad que la comunidad aplica para la toma de sus decisiones colectivas.

15. La exposición que aquí comienza sigue, con modificaciones, a: ZULETA, H. R., *Razón y elección*, ob. cit., p. 14 y ss.

16. A los efectos de facilitar metodológicamente la exposición, utilizaremos ahora un ejemplo con solo dos alternativas a disposición. Por otro lado, la existencia de solo dos alternativas permite rápidamente retroceder al procedimiento ya expuesto más arriba de expresión de alguno de los tres juicios lógicamente posibles, salvando solo que, ahora, este se da en el plano colectivo.

una preferencia social para cualquier conjunto de preferencias individuales lógicamente posible.

Además, esperamos que el procedimiento no favorezca a una de las alternativas por sobre la otra, esto es, deseamos que todas las alternativas sean tratadas por igual, por eso exigimos que, si ante una cierta configuración de preferencias individuales el procedimiento de decisión indica que x es preferido a y , luego, si todos los integrantes de la comunidad revierten su preferencia, entonces el nuevo resultado debe ser que y es preferido a x . Esta condición se denomina Neutralidad, ya que asegura una posición neutral frente a las alternativas entre las que se debe elegir.

También esperamos que el procedimiento que adoptemos garantice que los votantes sean tratados imparcialmente, que la preferencia de cada uno de ellos tenga el mismo peso que la de cualquiera de los demás. Se denomina a esta exigencia Anonimidad, y se la puede sistematizar apuntando que ella establece que por el mero hecho de que los individuos intercambien sus preferencias entre sí, la preferencia social no puede cambiar.

Finalmente, exigimos que el procedimiento que adoptemos para la toma de la decisión refleje positivamente las modificaciones en las preferencias de los miembros de la comunidad. Supongamos que para una determinada combinación de preferencias individuales el procedimiento determinó como preferencia social que x es preferido a y . Así las cosas, si ahora nos encontramos con una determinada combinación de preferencias individuales que solo difiere de la anterior en que la alternativa x ha mejorado en la elección de un individuo (individuo que, en el escenario anterior, prefería a y –o era indiferente entre x e y –) y en el supuesto de que las preferencias de todos los demás individuos de la comunidad permanezcan idénticas, el procedimiento debe determinar que x es preferido socialmente a y . A esta condición se la denomina Responsividad positiva.

Expuestas ya estas cuatro condiciones (Dominio irrestricto, Neutralidad, Anonimidad y Responsividad positiva) es fácil ver que no es necesario un análisis demasiado profundo para su exigencia. De hecho, se podría llegar a la exigencia de condiciones como estas simplemente a partir de una deliberación libre entre varios individuos racionales que buscaran un mecanismo para la toma de decisiones colectivas: los presupuestos de estas condiciones resultan suficientemente intuitivos. Esta perspectiva "intuitiva" será retomada al momento de analizar el trabajo de Jean-Jacques Rousseau.

El año 1952, el matemático estadounidense Kenneth May demostró, mediante el teorema que lo ha hecho célebre¹⁷ que el único procedimiento de elección colectiva capaz de satisfacer las cuatro condiciones mencionadas, cuando hay que elegir entre dos alternativas, es la regla de mayoría simple. Entendemos por regla de mayoría al procedimiento que, para cualquier alternativa, digamos x , determina que esta es al menos tan buena como otra, digamos y , si y solo si la cantidad de individuos que prefieren a x por sobre y es mayor o igual a la cantidad de individuos que prefieren a y por sobre x .

Pero antes de pasar al abordaje del Teorema general de posibilidad, cabe hacer algunas ilaciones en relación con los resultados de la aplicación de la regla de mayoría en el ámbito de lo político. En efecto, el método es intuitivamente adoptado por grupos de personas que no estudiaron a May ni a Arrow, y esto, si se quiere, tiene su explicación en un problema de la praxis política, que brinda beneficios metodológicos inusitados. Es que es indudable que la regla de mayoría, una vez aplicada, resulta, en cierto sentido, inapelable.

Imaginemos un grupo de amigos que se reúne todos los viernes en la mesa de un café, y supongamos que un determinado viernes, uno de los integrantes del grupo propone que todos juntos vayan a cenar. Supongamos que la propuesta tiene una acogida favorable y entusiasta por parte de todos los comensales, pero que no hay acuerdo respecto de dónde ir a cenar: algunos proponen un lujoso restaurant, otros proponen una famosa pizzería y un tercer grupo propone una selecta parrilla. Luego de un rato de deliberaciones e intercambios la solución se impone casi naturalmente: alguno de los comensales propone votar entre todos los presentes e ir a comer al lugar que resulte seleccionado mediante la votación. Es evidente que la regla que van a aplicar los amigos es la regla de mayoría: necesitan del cumplimiento de las cuatro condiciones expuestas: (1) necesitan que la votación determine algún lugar de los propuestos, de otro modo, no sabrían a dónde dirigirse a cenar –Dominio irrestricto–, (2) necesitan que el restaurant, la pizzería y la parrilla sean puestos en pie de igualdad frente a la votación, de otro modo, algunos de los miembros del grupo estarían más próximos a que su preferencia sea la elegida, y

17. MAY, K. O., "A Set of Independent Necessary and Sufficient Conditions for Simple Majority Decisions", en *Econometrica*, Vol. 20, Nro. 4, 1952, pp. 680-684.

en un grupo de amigos no suelen establecerse prioridades de esta índole –Neutralidad–, (3) también necesitan que ninguno de los votos de los amigos sea considerado más importante que el de otro, puesto que esto implicaría, además del establecimiento de prioridades que no existen en los grupos de amigos, una redonda falta de respeto –Anonimidad–, y, finalmente, (4) necesitan que las opiniones que expresen reflejen positivamente sus preferencias, ya que sería irrazonable (e incomprensible en un grupo de amigos) que si todos aquellos que se volcaban por la pizzería ahora han cambiado su opinión y se suman a quienes preferían el restaurant, en el supuesto de que el número de todos ellos sea superior al de quienes optaron por la parrilla, el mecanismo determinara que fueran a cenar a la parrilla.

Lo dicho hasta aquí no es conflictivo. Pero nótese que una vez llevada a cabo la votación, y una vez obtenido un resultado (por ejemplo, que los amigos van a ir a cenar al restaurant), el comportamiento grupal será el mismo que si nos encontrásemos frente a un caso de unanimidad en la decisión. Esto es, la consecuencia de la votación es que el comportamiento del grupo de amigos será el mismo que aquel que surgiría de un caso en el que no se votó en absoluto porque todo el mundo estuvo de acuerdo, desde un primer momento, en ir a cenar al restaurant, frente al planteo de cenar todos juntos. Esto importa que en la búsqueda de las condiciones de racionalidad de las decisiones colectivas vemos cómo, indefectiblemente, se culmina analizando los comportamientos colectivos, en tanto adición de preferencias individuales, como decisiones *unánimes*. Así, si consideramos que un colectivo es la asociación de dos o más individuos, no podemos evitar considerar que las decisiones tomadas por el colectivo fueron adoptadas, al mismo tiempo, por todos los individuos que componen el colectivo.

Es decir, la utilización de esta regla implica un tratamiento de los resultados de toda votación como si se hubiese logrado unanimidad en la decisión.

El propio Rousseau muestra que no es posible evitar esta ficción de la unanimidad en todo caso en el que se considera la toma de decisiones de un colectivo. Explica el filósofo: “[...] la ley de las mayorías en los sufragios es ella misma fruto de una convención que supone, por lo menos una vez, la unanimidad”¹⁸.

18. ROUSSEAU, J. J., *El Contrato Social...*, ob. cit. p. 10.

III.

El Teorema de Arrow prueba que cuando hay más de dos alternativas, un procedimiento de decisión social no solo no puede cumplir con las cuatro condiciones que presentamos en el punto anterior, sino que tampoco puede cumplir con condiciones de racionalidad mucho más débiles, esto es, condiciones menos exigentes.¹⁹

Esto es así por cuanto Arrow, consciente de los problemas que la regla de mayoría supone cuando existen más de dos alternativas entre las cuales elegir, intenta concretar un estándar menos exigente que el visto anteriormente.²⁰ Así, las condiciones por él propuestas están implicadas por las vistas con anterioridad, pero estas no implican a aquellas. Por ello (dada esta relación asimétrica de implicación) es que se puede afirmar que las condiciones exigidas por Arrow resultan menos exigentes o más débiles que las que ya hemos trabajado.

Siguiendo la edición definitiva del Teorema de 1963, vemos que la "debilitación" de las condiciones se da de la manera que expondremos a continuación.

En primer lugar, habíamos visto que la condición de neutralidad exigía que todas las alternativas fueran tratadas de igual manera por el procedimiento de elección social elegido. Ante esta condición, Arrow propone el denominado "principio de Pareto" en su versión débil,²¹ que, en rigor, no excluye absolutamente la posibilidad de discriminación entre

19. Ver nota 1.

20. Cabe señalar que, desde el punto de vista metodológico, el esfuerzo de Arrow está puesto en verificar la existencia de *alguna* regla de elección social que cumpla, eventualmente, con estas cuatro condiciones menos exigentes que aquellas que se podían exigir para la regla de mayoría. Resulta relevante saber que estamos frente a la posibilidad de elegir entre más de dos alternativas, ya que, de lo contrario, el asunto estaría saldado a través del trabajo de Kenneth May. Ya dijimos que esta búsqueda lleva a Arrow, justamente, a probar que no existe ninguna regla que satisfaga estas condiciones.

21. El principio de Pareto (denominado así en honor a su creador, el pensador italiano Vilfredo Federico Damaso Pareto) en su versión fuerte dice que si hay al menos un miembro de la comunidad que prefiere un estado social x a otro estado y , y todos los demás son indiferentes, entonces x es socialmente preferido a y . Esta definición pertenece a ZULETA, H. R., *Elección social y libertad*, Ciudad de Buenos Aires, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires: Cuaderno de Investigaciones del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja" N° 19, 1989, pp. 1-3 y 11.

las distintas alternativas, sino que se limita a exigir que toda alternativa tenga, por lo menos, una posibilidad de triunfar sobre cualquier otra alternativa. Lo que resulta de tal principio, en definitiva, es que se exige que ninguna alternativa sea proscripta. Además, esta nueva condición importa una reducción a su mínima expresión de la condición de Responsividad positiva vista anteriormente. En efecto, lo que ahora se va a exigir es que cualquier alternativa responda positivamente, por lo menos, a los casos de preferencia social unánime.

El principio de Pareto (en su versión débil) exige que dadas dos alternativas, digamos x e y , si todos los miembros de la sociedad prefieren x estrictamente a y , entonces x debe triunfar por sobre y en la elección social.

También impone Arrow una condición que está implícita en la de Neutralidad expuesta más arriba. Esta nueva condición denominada Independencia de las alternativas irrelevantes exige que la decisión que la regla asigne socialmente para un par de alternativas cualquiera sea igual para todos los perfiles de preferencias individuales que sean iguales en cuanto a las preferencias de cada individuo respecto de ese par, sin importar cuáles sean las diferencias que presenten ambos perfiles en la preferencia individual en relación con otros pares de alternativas.

Otro modo de expresarlo es así: la decisión social respecto de un par cualquiera de alternativas solo puede modificarse si existe alguna modificación en las preferencias individuales respecto de ese par de alternativas. La tercera condición exigida por Arrow está implícita en la de Anonimidad, y se denomina No dictadura. Esta condición exige que no se privilegie la decisión de un individuo determinado al punto de que la preferencia social siempre coincida con su preferencia estricta individual, independientemente de lo que sientan los demás integrantes de la sociedad. De allí el nombre de la condición: se excluye la posibilidad de que la regla aplicada por la sociedad sea dictatorial.²²

22. A los efectos de este trabajo vamos a definir a la regla dictatorial como aquella mediante la cual un Dictador, esto es, un individuo que pertenece a la sociedad, para cada caso en que la sociedad debe alcanzar alguna decisión, determina con su preferencia individual la elección social (como idéntica a la suya). Solo estamos frente a un Dictador si la decisión social siempre coincide con la preferencia estricta individual de ese individuo en todos los casos en los que se debe alcanzar una decisión social. No es Dictador quien determina la decisión social solo en algunos casos, por ejemplo, al discutir determinadas materias, y no la determina en otros.

Siguiendo a Zuleta²³ podemos describir la condición de No dictadura como aquella que dicta que no existe ningún individuo cuya preferencia estricta determine la decisión social respecto de todos los pares de alternativas, esto es, que la ordenación de las alternativas que la regla establezca para cada perfil de preferencias coincida siempre con la preferencia del individuo en cuestión.

Finalmente, y dado que Arrow requiere que la regla que se pretende obtener arroje un resultado para cada caso en el que se requiera tomar una decisión social, como cuarta condición se exigirá, al igual que para la regla de mayoría, el cumplimiento de la ya expuesta condición de Dominio irrestricto.

En este punto, expuestas ya las cuatro condiciones "más débiles" exigidas por Arrow en su investigación (Principio de Pareto, Independencia de las alternativas irrelevantes, No dictadura y Dominio irrestricto), se verifica mediante el Teorema general de Posibilidad que, como se adelantó, no existe ninguna regla que las satisfaga. Dice Zuleta: "El teorema de Arrow demuestra que, dado un conjunto de más de dos alternativas, ninguna regla de decisión social puede cumplir con las tres condiciones antedichas y determinar una *ordenación* única de estas para cada perfil de preferencias lógicamente posible".²⁴

Todavía se pueden realizar algunas reflexiones finales en torno al Teorema de Arrow. En primer lugar, cabe llamar la atención sobre el hecho de que las cuatro condiciones que el estadounidense exige, tomadas independientemente, resultan intuitivamente razonables y, si se quiere, hasta poco exigentes. Otra reflexión que puede realizarse es que, dado que no puede encontrarse una regla que satisfaga las cuatro condiciones, se presenta la posibilidad de renunciar a alguna o a algunas de ellas. Es claro que no es fácil decidir a cuál renunciar. Esta posibilidad se ha trabajado muchísimo, y los caminos más recorridos son aquellos que implican renunciar a la Independencia de las alternativas irrelevantes. También se ha trabajado la debilitación de la transitividad propia de la relación de preferencia.²⁵

23. ZULETA, H. R., *Elección social y libertad*, ob. cit., p. 19.

24. Ver nota anterior.

25. Más arriba, al mencionar la relación de preferencia, hemos presupuesto la transitividad de esta relación (lo que resulta consistente con la metodología aplicada al presente trabajo). Es el modo intuitivo en el que entendemos la relación de preferencia el que indica que si se prefiere la alternativa x por sobre la alternativa y , y que si se prefiere la

Una reflexión más interesante y relacionada con los objetivos de este trabajo puede hacerse en relación con algunas críticas que, en su momento, fueron alzadas contra el Teorema general de posibilidad. Se dijo que no era relevante lo probado por Arrow porque carecía de sentido exigir a las decisiones sociales las mismas condiciones de racionalidad que pueden esperarse de las decisiones de los individuos. Esto se explicaría en el conocido hecho de que la sociedad no es un ser dotado de razón y, por lo tanto, no es sujeto de preferencias. Pero Kenneth Arrow no comete este error. El análisis del Teorema permite ver con claridad que tomar a la sociedad como un ente que tiene sentimientos y preferencias propios solo es compatible con una concepción dictatorial de la toma de decisiones sociales; así, la *razón* de la sociedad estaría identificada con la de un único individuo (el Dictador, la Sociedad).

Pero aún hay que decir algo acerca del hecho de que Arrow –según parece– pretenda exigir condiciones de racionalidad a un ente (la sociedad) que él mismo reconoce como no racional. Al respecto, cabe aclarar que el esfuerzo de Arrow no apunta a realizar un análisis de la racionalidad empleada por la sociedad –esto es, al conjunto de individuos que componen la sociedad tomados como una unidad– sino que su interés estriba en la evaluación de la racionalidad de los *resultados* alcanzados por la sociedad mediante la aplicación del mecanismo de elección utilizado (cualquiera sea este). Por lo tanto, sería un error considerar que el pensador estadounidense exige racionalidad a un ente al que él mismo considera irracional: hay que tener presente que la evaluación de racionalidad se realiza teniendo en cuenta los *resultados* a los que ese ente ha arribado mediante la aplicación del mecanismo de toma de decisiones empleado, cualquiera sea este.²⁶

A continuación, corresponde entonces abocarse al estudio del instituto rousseauiano de la Voluntad General para ver de qué modo puede construirse un puente entre esta institución política y las condiciones tan razonables que Arrow exigía en su teorema para cualquier regla de elección social. Nos anima un interés particular: el Teorema general de posibilidad prueba que, desde el punto de vista de la Teoría de la elección racional, tal regla no existe.

alternativa y por sobre la alternativa z , entonces se prefiere la alternativa x por sobre la alternativa z .

26. Ver el primer capítulo de ZULETA, H. R., *Razón y elección*, ob. cit., pp. 9-27.

IV.

El año 1762, un mes antes de la aparición del *Emilio*²⁷ se publica *El contrato social*,²⁸ libro cuya venta será declarada ilegal y que será leído en secreto y con pasión. "El hombre ha nacido libre, y sin embargo, vive en todas partes entre cadenas", comienza Rousseau su "tratadito",²⁹ y rápidamente nos aclara que si bien no puede explicar cómo esto ha ocurrido, sí está en condiciones de mostrarnos el modo en que a esta situación devastadora se le ha impreso "el sello de legitimidad".³⁰ Sorpresivamente, en tren de dar esta explicación, expresa que: "El orden social constituye un derecho sagrado que sirve de base a todos los demás. Sin embargo, este derecho no es un derecho natural: está fundado sobre convenciones. Trátase de saber cuáles son esas convenciones".³¹ Una vez más la convención aparece como base del orden social que sostiene a "todo lo demás". Luego, mediante un perfecto silogismo, prueba Rousseau con inteligencia que no puede la fuerza ser la base de la autoridad del Derecho; si la fuerza fuera el Derecho, toda fuerza superior a la primera modificaría al Derecho, y de este modo nadie sabría a qué atenerse.³² El cambio en el plano del Derecho no puede responder a la aparición de una determinada fuerza. Como se puede observar, la presencia de la convención para la construcción de toda autoridad –y, claro está, del derecho– es principal.

Si se pone atención al epígrafe que encabeza este trabajo³³ se verá con claridad que, más allá de la referencia a Platón, lo que allí plantea Rousseau es que la ley del cuerpo colectivo debe estar dotada de un determinado tipo de racionalidad.³⁴ Para el filósofo suizo ese cuerpo colec-

27. ROUSSEAU, J. J., *Émile ou de L'Éducation*, Collection complète des œuvres, Genève, 1762. Hay numerosas ediciones en español; para este trabajo consultamos: ROUSSEAU, J. J., *Emilio o la educación*, México, Editorial Porrúa, 1959.

28. Ver nota 7.

29. Así se refiere el propio autor a esta obra en la "Advertencia" que ubicó antes del Libro I. Ver ROUSSEAU, J. J., *El contrato social...*, ob. cit., p. 3.

30. ROUSSEAU, J. J., *El contrato social...*, ob. cit., p. 4.

31. *Idem*.

32. *Ibid.*, p. 6.

33. *Ibid.*, p. 25.

34. Bien pensado el asunto, resulta analítico que cualquier cuerpo que toma decisiones colectivas utiliza algún tipo de racionalidad al momento de la toma de decisiones. Aun cuando no se pueda explicar esa racionalidad.

tivo es la Nación, y, con independencia del contenido metafísico que bien se le pueda asignar (y sin perjuicio de lo elaborado y de lo virtuoso que pueda resultar ese contenido) el tipo de racionalidad que requiere debe servir como una pauta para la acción individual.³⁵ No es casual que esto sea dicho en el capítulo dedicado a la Ley: Rousseau tiene claro que no se puede sostener la sujeción a un Derecho emanado de dios o de las fuerzas naturales si con ello no se quiere debilitar demasiado y desnaturalizar la relación de sujeción del ciudadano al Derecho.³⁶

Rousseau define a la Ley como el acto mediante el cual todo el pueblo estatuye sobre sí mismo una materia que es tan general como la voluntad que la estatuye.³⁷ Es relevante señalar este carácter general de lo establecido para uno solo (para el colectivo) y la relación por este medio obtenida: la del objeto entero desde distintos puntos de vista, sin ninguna división.³⁸ Que el objeto de las leyes sea general significa que estas consideran al ciudadano en cuerpo –es decir, como cuerpo colectivo– y a las acciones –ya las ordenadas, ya las prohibidas– en abstracto; de hecho, señalará esto aquí Rousseau en forma explícita y compondrá su famoso adagio: “jamás el hombre como individuo ni la acción en particular”.³⁹

Pero antes, en este mismo tratado, nos encontramos con que el único modo legítimo de ser de la autoridad es la convención: “Puesto que ningún hombre tiene por naturaleza autoridad sobre su semejante, y puesto que la fuerza no constituye derecho alguno, quedan solo las convenciones como base de toda autoridad legítima sobre los hombres”.⁴⁰ Esta idea nos ubica frente a una cuestión metodológica: la cuestión de cuáles serán los criterios para la determinación de la convención. El objeto principal de este trabajo, como ya se dijo, es intentar elaborar, a partir del trabajo de Rousseau, una respuesta a esta pregunta. Entonces, ¿cómo funciona la Voluntad general?

35. Por ello sostiene, justamente, que aun cuando se explique lo que es una ley de la naturaleza no se sabrá qué es una ley del Estado, lo que es igual a decir que no se sabrá cómo se debe actuar.

36. Al respecto, confrontar el Libro IV de *El contrato social*, en especial en lo referente al concepto de Religión civil. Ver ROUSSEAU, J. J., *El contrato social...*, ob. cit., p. 90 en adelante.

37. ROUSSEAU, J. J., *El contrato social...*, ob. cit., p. 26.

38. *Idem*.

39. Ver nota 36.

40. ROUSSEAU, J. J., *El contrato social...*, ob. cit., p. 6.

Para ello debemos comenzar por explicar en qué consiste el Pacto social. Ya dijimos, en el final de la segunda parte de este trabajo, que una de las claves para comprender esta institución está dada por la idea ficticia⁴¹ de la unanimidad en toda decisión social. Es decir, aún en el mecanismo de votación que hoy es representativo de la democracia y del pluralismo, aún en la regla de mayoría, debemos reconocer la ficción originaria de un consenso unánime. Esto nos permite adentrarnos en el desarrollo que el propio Rousseau hace –a partir del Capítulo VI del Libro I de *El contrato social*– del pacto social. Allí se dice: “[...] Como los hombres no pueden engendrar nuevas fuerzas, sino solamente unir y dirigir las que existen, no tienen otro medio de conservación que el de formar por agregación una suma de fuerzas capaz de sobrepujar la resistencia, de ponerlas en juego con un solo fin y de hacerlas obrar unidas y de conformidad”.⁴²

Y continúa; aclara que la fuerza y la libertad de cada hombre deben constituir los principales elementos para la conservación personal de cada individuo. El problema fundamental cuya solución es dada por este *Contrato social* es expuesto por Rousseau del siguiente modo: “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 cada uno, uniéndose a todos, no obedezca sino a sí mismo y permanezca tan libre como antes”.⁴³

Ahora bien, ¿cómo debe ser entendido esto en términos de estatus jurídico? Siguiendo el razonamiento del filósofo ginebrino se puede ver con claridad que dándose cada integrante del colectivo a todos los demás no se está dando, de hecho, a nadie en particular, y que al no haber miembros de la sociedad sobre los cuales no se adquieran los mismos derechos que se ceden, se gana en mayor fuerza para la defensa de lo común –lo que pertenece al colectivo– y de lo individual, lo que pertenece individualmente a cada integrante del colectivo. En palabras de Rousseau: “cada uno pone en común su persona y todo su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general, y cada miembro considerado como parte indivisible del todo”.⁴⁴

41. Resulta por lo menos llamativo recordar que la Real Academia Española define la voz *ficticio*, en su segunda acepción, como algo “Convencional, que resulta de una convención”. Ver *Diccionario de la Real Academia Española*, 22.ª edición, voz “ficticio”.

42. ROUSSEAU, J. J., *El contrato social*..., ob. cit., p. 11.

43. *Idem*.

44. *Ibid.*, p. 12.

De esta manera se constituye una persona pública que por la unión de todas las personas individuales que la componen, toma el nombre de República o de Cuerpo político, que se denomina Estado. Los asociados toman, colectivamente, el nombre de pueblo, y particularmente el de ciudadanos.⁴⁵

Hasta aquí hemos realizado un recorrido que nos ha llevado, siguiendo al gran pensador suizo, a la construcción de un cuerpo colectivo que está en condiciones de darse sus propias normas. Ahora bien, la pregunta sigue en pie: ¿cuáles serán las pautas para la elaboración de esas normas? ¿Cómo se establecen los criterios que permiten establecer la convención que todos habrán de obedecer?

Este es el punto en el que el instituto de la Voluntad general hace su *Grande-Entrée*. Al comenzar el Libro II de *El contrato social*, explica Rousseau que la primera virtud de la Voluntad general es que solo puede "dirigir las fuerzas del Estado de acuerdo con los fines de su institución, que es el bien común".⁴⁶ Además, esos intereses comunes constituyen el vínculo social ya que si no hubiera un punto en el que todos estuvieran de acuerdo, no habría sociedad posible. Dice entonces Rousseau: "Afirmo, pues, que no siendo la soberanía sino el ejercicio de la voluntad general, jamás deberá enajenarse, y que el soberano, que no es más que un ser colectivo, no puede ser representado sino por él mismo: el poder se transmite, pero no la voluntad".⁴⁷

Lo que ocurre es que existe un hiato entre la voluntad particular y la voluntad general ya que, por su naturaleza, la primera tiende a las preferencias y la segunda a la igualdad. También es conflictivo el caso en el que se exige que de un líder o soberano que tome las decisiones en nombre de toda la comunidad: ese personaje podrá, casualmente algunas veces, acertar en lo que es la preferencia colectiva, pero siempre existirá la posibilidad de que en relación con algún asunto, su opinión no sea la colectiva, e inmediatamente estaremos ante un Dictador, en los términos

45. Ver nota anterior. Si bien no pertenece al interés del presente trabajo, conviene recordar que Rousseau no es un filósofo estatalista, de acuerdo con como modernamente se entiende el concepto de Estado en la teoría, en la Filosofía política. Al respecto, ver, más abajo, la nota 56.

46. ROUSSEAU, J. J., *El contrato social...*, ob. cit., p. 17.

47. *Idem*.

explicitados más arriba.⁴⁸ Un pueblo que promete simplemente obedecer, explica Rousseau, deja por ese mismo acto de ser un pueblo; desaparece el soberano y queda destruido el cuerpo político.⁴⁹

En el capítulo II del Libro II de *El contrato social* se explica cuál será la regla que constituirá la Voluntad general. No es necesario que la votación sea unánime, pero sí es obligatorio que todos los votos sean tenidos en cuenta. Aclara Rousseau que toda exclusión formal es absolutamente inaceptable.

La Voluntad general es siempre recta y tiende constantemente a la utilidad pública; es frecuente encontrar una gran diferencia entre la voluntad de todos y la voluntad general: la primera tiende al interés privado⁵⁰ mientras que la segunda siempre tiende al interés común. Dice el filósofo: "Si, cuando el pueblo, suficientemente informado, delibera, los ciudadanos pudiesen permanecer completamente incomunicados, del gran número de pequeñas diferencias resultaría siempre la voluntad general y la deliberación sería buena. [...] Importa, pues, para tener una buena exposición de la voluntad general, que no existan sociedades parciales en el Estado, y que cada ciudadano opine de acuerdo con su modo de pensar".⁵¹

Con enorme genio propone Rousseau un esquema de análisis de la racionalidad que más de doscientos años después constituirá uno de los recursos fundamentales de la Teoría de juegos: el moderno concepto de jugador.⁵²

También, en esta caracterización del instituto de la Voluntad general, debemos señalar el lugar que Rousseau le asigna a este instituto en el marco del funcionamiento del sistema del Estado. Así, leemos que dado que el Estado es una persona moral cuya vida consiste en la unión de

48. Ver nota 21.

49. ROUSSEAU, J. J., *El contrato social...*, ob. cit., p. 18.

50. Es decir, se trata de la mera adición o agregación de un conjunto de voluntades individuales.

51. ROUSSEAU, J. J., *El contrato social...*, ob. cit., p. 20.

52. Nos estamos refiriendo a la tradición que va de la fundación del Utilitarismo clásico hasta la *Public Choice Theory*. En esencia, se define al jugador como a la persona (individual o colectiva) que participa de un juego y que, a su turno, debe realizar una jugada que acarreará consecuencias (pérdidas, ganancias, o la conservación del *status quo*). El juego representativo por antonomasia de esta tradición es el Dilema del prisionero, en el que, no casualmente, los jugadores están incomunicados entre sí.

sus miembros necesita entonces de una fuerza universal para disponer de cada una de sus partes del modo más conveniente al todo. De este modo, el pacto social da al cuerpo político un poder absoluto sobre todos los integrantes de la sociedad, y este mismo poder toma el nombre de soberanía. Y ese poder es dirigido, justamente, por la Voluntad general.⁵³

Pero más aún:

“Conviénese en que todo lo que cada individuo enajena, mediante el pacto social, de poder, bienes y libertad, es solamente la parte cuyo uso es de trascendencia e importancia para la comunidad, mas es preciso convenir también que el soberano es el único juez de esta necesidad.

Tan pronto como el cuerpo soberano lo exija, el ciudadano está en el deber de prestar al Estado sus servicios; mas este, por su parte, no puede recargarles con nada que sea inútil a la comunidad [...].⁵⁴

¿Por qué la voluntad general es siempre recta, y por qué todos desean constantemente el bien de cada uno, si no es porque no hay nadie que no piense en sí mismo al votar por el bien común? Esto prueba que la igualdad de derecho y la noción de justicia que la misma produce, se derivan de la preferencia que cada uno se da, y por consiguiente de la naturaleza humana; que la voluntad general, para que verdaderamente lo sea, debe serlo en su objeto y en su esencia; debe partir de todos para ser aplicable a todos y que pierde su natural rectitud cuando tiende a un objeto individual y determinado, porque entonces, juzgando de lo que nos es extraño, no tenemos ningún verdadero principio de equidad que nos guíe”.⁵⁵

Luego de esto expone Rousseau su concepto de Ley que es, en rigor, inseparable de su doctrina de la Voluntad general para la comprensión del Pacto social y a la que ya se hizo referencia más arriba.⁵⁶ La doctrina de

53. ROUSSEAU, J. J., *El contrato social...*, ob. cit., p. 21.

54. Resulta muy interesante notar que el mayor exponente y “padre” de la Escuela del Utilitarismo Clásico, John Stuart Mill, expresa la misma noción de la siguiente manera: “¿Qué tanto de la vida humana debe asignarse a la individualidad y qué tanto a la sociedad? Cada una recibirá su debida parte, si tiene la que más particularmente le interesa. A la individualidad debe corresponder la parte de la vida en la que el individuo es el principal interesado; a la sociedad aquella en la que ella misma esté principalmente interesada”. En MILL, J. S., *Sobre la libertad* (título original: *On Liberty*), Madrid, Alianza Editorial, 1997, p. 152.

55. ROUSSEAU, J. J., *El contrato social...*, ob. cit., p. 21.

56. Siguiendo a D’Auria podemos establecer que, bajo el rótulo de la Doctrina del Poder Legislativo, Rousseau engloba tres doctrinas: la doctrina de la Voluntad general, la doctrina

la Voluntad general no tiene un carácter cuantitativo sino cualitativo; de hecho, "lo que la hace general es que su contenido sea igual para todos sin excepciones".⁵⁷

Podemos en este punto sintetizar la doctrina de la Voluntad general en cinco puntos clave:

La Voluntad general es un mecanismo de toma de decisiones sociales.

Este mecanismo exige la participación, en la Asamblea, de todos los integrantes de la sociedad, y no se puede dispensar la participación de ninguno de ellos. La representación es inaceptable.⁵⁸ La decisión (opinión) expresada por cualquier integrante de la Asamblea tiene, a los efectos de este mecanismo, exactamente el mismo peso que la decisión (opinión) expresada por cualquier otro integrante de la Asamblea.

a) Se puede someter cualquier cuestión a decisión mediante este mecanismo, y toda cuestión ya decidida puede nuevamente discutirse (incluso el mismo Contrato social puede ser puesto en discusión).

b) Es obligatorio que *toda* decisión adoptada mediante la utilización de este mecanismo sea de alcance general, esto es, es obligatorio que lo decidido sea aplicable a todos los integrantes de la sociedad por igual y en igual medida.⁵⁹

c) Este mecanismo implica, por definición, escuchar la opinión de *todos* los participantes de la asamblea. El expediente de este mecanismo de toma de decisiones es la Regla de mayoría.⁶⁰

de la Soberanía y la doctrina de la Ley. Así se puede entender mejor que la Voluntad general desempeña el rol de ser el mecanismo de elección aplicado en el actuar legislativo del Estado. En D'AURIA, A. A., *Rousseau: su crítica social y su propuesta política (una lectura actual y libertaria)*, Buenos Aires, Editorial La Ley/Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2007, p. 88.

57. D'AURIA, A. A., *Rousseau: su crítica social...*, ob. cit., p. 82.

58. A esto debe sumarse el concepto de inalienabilidad de la voluntad rousseauiano: la voluntad individual, por ser expresión de la libertad de la persona, solo puede ser expresada por la propia persona, sin intermediarios: resulta inaceptable la expresión de un deseo en nombre de otro. Por ello la representación es inaceptable.

59. Como puede presumirse, este conjunto de "todos" a quienes es aplicable por igual la decisión adoptada, es el mismo conjunto de "todos" que ha participado de la Asamblea en la que se tomó la decisión.

60. Ver, más arriba, el punto II de este mismo trabajo. Conviene señalar que afirmar que esta regla constituye el expediente de la Voluntad general implica que al interior del debate que se da en la Asamblea, y con independencia de lo que allí ocurra, la instancia de adopción

V.

Recorrido ya el camino estamos ahora en condiciones de realizar el "test" de racionalidad sobre la doctrina de la Voluntad general y de ese modo intentar construir un puente entre este mecanismo de toma de decisiones y aquel estándar mínimo de racionalidad exigido por Arrow.

Analizaremos entonces, a continuación, qué ocurre con las condiciones exigidas para el Teorema general de posibilidad cuando son buscadas en la doctrina de la Voluntad general y veremos qué conclusiones se nos presentan. Pero antes de realizar este test, es conveniente poner explícitamente de manifiesto algunas características de la Voluntad general en relación con el análisis de sus condiciones lógicas en tanto mecanismo de toma de decisiones sociales.

Lo primero que cabe señalar, como ya se ha puesto en claro, es que el expediente de la Voluntad general es la regla de mayoría. Más arriba, en la parte dedicada a la regla de mayoría, vimos que se trataba de una regla que, aplicada a la elección entre dos alternativas, cumplía con (respectaba las exigencias de) las condiciones de Dominio irrestricto, Neutralidad, Anonimidad y Responsividad positiva. Resulta analítico, entonces, que la institución de la Voluntad general tomada en este sentido, esto es, como mecanismo de elección, cumple con (respecta las exigencias de) el Teorema de Arrow dado que las condiciones que este autor exige para su teorema resultan de una debilitación de aquellas condiciones trabajadas por May. Pero también es trivial, entonces, que la Voluntad general solo cumple con estas condiciones para situaciones en las que hay que elegir entre dos alternativas, dado que, justamente para los casos de más de dos alternativas, Arrow demostró el conocido Teorema General de Posibilidad que muestra la imposibilidad de toda regla de cumplir con esas condiciones y aun con condiciones mucho más débiles. Aquí se abren entonces dos cuestiones igualmente importantes: (a) la Voluntad general no restringe su aplicación a decisiones entre dos alternativas, sino que abarca casos con cualquier cantidad de alternativas entre las que elegir,

de una preferencia social –como ya la hemos definido– es alcanzada mediante la expresión individual de cada uno de los participantes de la Asamblea de su primera preferencia. De este modo, se sobreentiende que cuando una decisión es tomada entre más de dos alternativas disponibles, los integrantes de la Asamblea han sometido a su criterio (individual) de preferencia a cada par de alternativas lógicamente posible.

y (b) la regla de mayoría no es la Voluntad general sino que aquella es su expediente.

Este último punto conlleva la necesidad de señalar en forma quizá más eficiente las otras dos reglas que caracterizan a la Voluntad general.⁶¹ La primera de ellas dicta que la Voluntad general exige la participación de todos los miembros de la comunidad en la Asamblea. Esto se apoya en que, para Rousseau, la idea de representación es inaceptable. La segunda norma establece que aquellas decisiones tomadas por la Asamblea sean aplicables a todos los integrantes de la Asamblea por igual y en igual medida. La importancia de estas dos reglas radica, desde el punto de vista lógico, en que las características del sistema de elección no van a ser ya las de la Regla de mayoría simple, sino que va a adoptar un tinte distintivo a la luz de estas dos condiciones adicionales.

Ahora pasaremos a analizar una por una las condiciones que Arrow exige; pero debe tenerse en cuenta que estas dos reglas referidas a la participación y a la aplicación del mecanismo de decisión se encuentran, en todo momento, modificando, si se quiere, el conocido desempeño de la Regla de mayoría para brindar resultados que son propios de la Voluntad general; apelaremos entonces a ellas cuando sea necesario.

V.A. Cumplimiento de la condición de Dominio irrestricto

Ahora sí podemos abocarnos al análisis de las condiciones estrictamente requeridas por el Teorema de posibilidad de Arrow en relación con la Voluntad general de Rousseau.

La primera condición que analizaremos es la de Dominio irrestricto, es decir, aquella exigencia de que el mecanismo adoptado, cualquiera que sea, siempre sea capaz de brindar una "solución" al problema tratado. Dicho de otro modo, podemos plantear esto así: la condición exige que el mecanismo siempre –bajo cualquier circunstancia– sea capaz de arrojar un resultado como la decisión social adoptada.

Si se analiza el punto a) dado en el final del punto anterior, se verá con claridad que, por definición, la doctrina de la Voluntad general siempre arroja como resultado una preferencia social para el caso tratado. Se podría decir que definir a una regla de elección colectiva como un

61. Y que son las expuestas en las letras b) y d) del punto III de este trabajo.

mecanismo para la toma de decisiones, como hicimos, es curar la rabia negando la existencia del perro, mas bien analizada la cuestión se verá que esto no es así. Sería subestimar a Rousseau el afirmar que el filósofo no ha considerado la posibilidad de, por ejemplo, un "empate" en las preferencias individuales entre, por ejemplo, tres alternativas. Sin embargo, si se vuelve sobre los conceptos trabajados anteriormente se verá que solo se trata de una cuestión formal y no de un verdadero problema del mecanismo que representa la doctrina de la Voluntad general.

La imposibilidad de representación y la posibilidad de que todo tema sea tratado en la Asamblea mediante este mecanismo –incluidas en los puntos b) y c), respectivamente– importan, en definitiva, que el propio mecanismo ya ha resuelto *previamente* esta posibilidad, puesto que se pronuncia directamente con foco en la decisión adoptada, esto es, la Ley (que es expresión de la Voluntad general).⁶² Como corolario de estas palabras tenemos la lúcida sentencia con las que culmina el Capítulo VI del Libro II de *El contrato social*: "Es preciso obligar a los unos a conformar su voluntad con su razón y enseñar al pueblo a conocer lo que desea. Entonces de las inteligencias públicas resulta la unión del entendimiento y de la voluntad en el cuerpo social; de allí el exacto concurso de las partes, y en fin la mayor fuerza del todo".⁶³

Establecido esto vemos bien claro que, *por definición*, la condición de Dominio irrestricto es satisfecha por la doctrina de la Voluntad general.

Como vemos, las dos reglas de índole política,⁶⁴ sumadas al mecanismo de la Regla de mayoría, dan fructíferos resultados en relación con la satisfacción de condiciones que constituye el puente que intentamos construir.

62. Si se quiere seguir en este camino se puede establecer concretamente cuál es el modo en que la doctrina de la Voluntad general resuelve esta posibilidad, y la explicación es expresión, justamente, del espíritu que inspira toda la doctrina rousseauiana del Poder legislativo: es que frente a esta situación, la Asamblea no tiene otra opción más que seguir deliberando. En ningún lugar dice Rousseau que sea obligatoria la adopción de una decisión social sino que su razonamiento va en sentido contrario (y se la puede expresar mediante la estructura lógica del condicional): si hay una Ley, *entonces* es porque fue empleada la doctrina de la Voluntad general para su creación.

63. ROUSSEAU, J. J., *El contrato social...*, ob. cit. p. 27.

64. Nos referimos a los incisos b) y d) dados en el final del punto III de este trabajo.

V.B. Cumplimiento de la condición de no dictadura

La segunda condición que debemos someter a este test es la condición de no dictadura. Lo cierto es que resulta inmediatamente aprehensible –dadas las numerosísimas referencias que Jean-Jacques Rousseau realiza en torno a la prohibición absoluta de que una única persona individual se arroge la Voluntad general– que la doctrina rousseauiana satisface esta condición.

Sin embargo, podemos señalar algunos interesantes aportes contenidos en *El contrato social*. En el Libro II, Capítulo VI, leemos: “[...] lo que un hombre ordena, cualquiera que él sea, no es Ley”,⁶⁵ sentencia que, por sí misma, alcanza a fundamentar suficientemente el cumplimiento de la condición. No obstante ello, al dar su clasificación de las leyes, sobre el final de este Libro II, Rousseau analiza la tipología de las leyes que relacionan a los miembros de la comunidad entre sí o con el cuerpo entero y explica que la relación debe ser lo más reducida posible en el primer caso, y, en el segundo caso, lo más extensa posible. De este modo, afirma que cada ciudadano debe encontrarse en perfecta independencia con respecto a los otros y en absoluta dependencia del Estado ya que solo la fuerza del Estado puede hacer libres a sus miembros. Además, aclara que, justamente, de esta doble relación, mediante el instituto de la Voluntad general nacen las leyes, es decir, solo mediante la aplicación del mecanismo que contiene esta doctrina puede un colectivo tomar decisiones.⁶⁶

Y más todavía: “[...] solo la voluntad general puede obligar a los particulares, y nunca puede asegurarse que una voluntad particular esté conforme con aquella; sino después de haberla sometido al sufragio libre del pueblo”.⁶⁷

De acuerdo con lo expresado, y sumado ello a las consideraciones generales que ubican con justicia a Rousseau como un pilar del pensamiento humanista, con sus enriquecedores aspectos románticos,⁶⁸ se prueba que si hay una condición satisfecha por la doctrina de la Voluntad general, esta es la condición de no dictadura.

65. ROUSSEAU, J. J., *El contrato social...*, ob. cit. p. 26.

66. *Ibid.*, p. 38.

67. *Ibid.*, p. 29.

68. Al respecto se recomienda la lectura del estudio preliminar mencionado en la nota 8 y, muy especialmente, del libro referido en la nota 56.

Finalmente, a lo dicho debemos sumar la regla de índole política, prohibida la representación, que exige la participación de todos los miembros de la comunidad en la toma de decisiones –esto es, en la creación de la Ley–⁶⁹ y, consecuentemente, la exigencia de participación de todos ellos en la Asamblea. Esta participación en la Asamblea y en el acto de toma de decisiones imposibilita la presencia de un Dictador ya que si es prohibido representar a uno solo de los miembros de la comunidad, también será prohibido el Dictador, que actúa en nombre de toda la comunidad.

V.C. Cumplimiento del principio de Pareto

La tercera condición que debemos someter al test de racionalidad es el Principio de Pareto. En esencia, el cumplimiento de esta condición está implícito en los puntos c) y e) dados en el final del punto III de este trabajo. Veamos cómo funciona esto. Teniendo en cuenta estas dos reglas decimos que cualquier asunto puede ser sometido al mecanismo de decisión implicado en la doctrina de la Voluntad general, y que, en ese tratamiento, todas las opiniones, aún las más minoritarias, deben ser escuchadas. Para ello vamos a probar, en primer lugar, el cumplimiento de la condición de Responsividad positiva.

Ya dijimos también que el escenario de examen del cumplimiento de esta condición es un caso cualquiera de unanimidad en la decisión individual en favor de alguna alternativa, escenario que se ve conmovido por una nueva voz que también se pronuncia en favor de esa misma alternativa. Es fácil ver que siguiendo el esquema rousseauniano los resultados de la “nueva” aplicación del mecanismo de elección va a hacer, nuevamente, ganadora a la alternativa seleccionada, tal como exige la condición de Responsividad positiva.

Estas afirmaciones se ven reforzadas por el hecho de que, como ya se señaló, toda decisión –ya adoptada– puede ser “nuevamente” puesta en consideración por la Asamblea (a tal punto que hasta el propio Pacto Social puede ser puesto en discusión). Y que, en esa “nueva” discusión, hasta la voz más minoritaria –y, eventualmente, disidente–, debe ser escuchada. Imaginemos por un momento que la “nueva” voz se pronuncia

69. Ver, en general, la parte III de este trabajo y, en particular, la nota 35.

en contra de la decisión adoptada unánimemente por todos los demás miembros de la Asamblea.⁷⁰ Aun así, la decisión social se pronunciaría en favor de la unanimidad lograda por todos los integrantes de la Asamblea, con excepción, claro está, de la nueva opinión. Es decir que ante un escenario más exigente, todavía se sigue cumpliendo la condición, puesto que la decisión social no cambia frente a esa nueva opinión individual. Dicho de otro modo: no existe la posibilidad de que, dada una situación de unanimidad en la decisión a la que se suma una nueva expresión de voluntad individual que refuerce esa decisión, se produzca un cambio en lo decidido.

Hasta aquí hemos probado que la doctrina de la Voluntad general cumple con la condición originaria de Responsividad positiva, de la que se dijo que implicaba al Principio de Pareto.

Veamos ahora la situación que en forma concreta plantea este principio: se dijo que se exigía que, dado un caso de absoluta unanimidad en las decisiones individuales en favor de una determinada alternativa, esa misma alternativa debía triunfar en la preferencia social. Aquí conviene reproducir nuevamente una consideración fundamental del filósofo de Ginebra, cual es que "[...] la ley de las mayorías en los sufragios es ella misma fruto de una convención que supone, por lo menos una vez, la unanimidad".⁷¹ Esta cita resulta fundamental porque permite establecer que la doctrina de la Ley en Rousseau es abarcativa, entre otros escenarios posibles, de la situación de unanimidad en la decisión. Y dado que, como ya se señaló, la Voluntad general implica la suma de las voluntades individuales, y dado también que refleja a estas en una opinión social, no hay otro modo de entender este mecanismo que no sea utilizando el concepto de Ley mencionado. Dijimos ya que la Ley es la expresión de la Voluntad general; dijimos también que la Voluntad general es la suma de las voluntades individuales que cada individuo posee al interior de su actuar político.⁷² Así las cosas, no hay posibilidad de que dado un caso de unanimidad absoluta en favor de una alternativa, la doctrina de la Volun-

70. Cabe advertir que este no es el caso considerado para verificar el cumplimiento de la condición de Responsividad positiva, que exigía que la nueva opinión reforzase la decisión social unánime en un determinado sentido.

71. Ver nota 18.

72. Ver nota 49. Al respecto, profundizar en ROUSSEAU, J. J., *El Contrato Social...*, ob. cit., Libros II y III.

tad general beneficie a otra alternativa que no sea la preferida unánimemente de forma individual. Y puesto que el concepto rousseauiano de Ley implica la expresión generalizada de la suma de todas las voluntades individuales, no es posible que frente a un caso de unanimidad en la preferencia individual, esta no se refleje en la preferencia social.

Así, vemos sin lugar a dudas que la doctrina de la Voluntad general satisface la condición incluida en el Principio de Pareto (en su versión débil).

Sin embargo, resta mencionar un supuesto: el supuesto en el que existe unanimidad en la indiferencia. Supóngase una comunidad cuyos miembros son todos indiferentes respecto de las alternativas x e y . Supongamos ahora que a esta comunidad se suma un nuevo individuo que prefiere x antes que y . Siguiendo la doctrina de la Voluntad general, x va a ser la alternativa triunfadora en la elección, ya que el expediente que utiliza, como ya señalamos, es el de la regla de mayoría. Como se puede ver, este resultado refuerza la racionalidad presente en la Voluntad general.

V.D. Cumplimiento de la condición de Independencia de las alternativas irrelevantes

Resta entonces testear el cumplimiento de la condición de Independencia de las alternativas irrelevantes. Recordemos que esta condición exigía que la decisión social respecto de un par cualquiera de alternativas no pudiera ser modificada a menos que existiese alguna modificación en las preferencias individuales respecto de ese (y solo de ese) par de alternativas. En apariencia, dada la amplitud que la doctrina de la Voluntad general permite al interior de lo discutido en la Asamblea, aparece como una tarea muy difícil establecer una prueba del cumplimiento de esta condición. Sin embargo, esta aparente dificultad inicial puede ser disipada mediante la realización de algunas consideraciones.

Pero antes conviene recordar, como ya se ha dicho, que la condición de Independencia de las alternativas irrelevantes se encuentra contenida en la condición de Neutralidad,⁷³ solo que es mucho más débil. Así, probar el cumplimiento de esta segunda condición mucho más dura implica trivialmente la prueba del cumplimiento de la primera. Recordemos

73. Condición que, sabemos, es cumplida por la Regla de mayoría.

además que la condición de neutralidad requería para su cumplimiento que todas las alternativas fueran tratadas neutralmente, es decir, que no existiera en el método de elección un mecanismo que favoreciese a alguna alternativa por sobre las demás. Tomando en consideración las cinco reglas dadas en el final de la parte anterior, se puede ver con facilidad que en el mecanismo de la Voluntad general ninguna alternativa resulta favorecida en relación con las otras. De hecho, el último punto aclara específicamente que este mecanismo de toma de decisiones implica escuchar la opinión de todos los participantes de la Asamblea, por lo que, por definición, cualquier alternativa puede ser puesta como parte integrante del conjunto de alternativas⁷⁴ entre las que la sociedad habrá de decidir. De esto se sigue que toda alternativa teóricamente posible está en pie de igualdad con cualquier otra alternativa, con solo ser propuesta por algún miembro participante de la Asamblea.

Para ser más precisos vamos a tratar de mostrar el cumplimiento específico de la condición de Independencia de las alternativas irrelevantes. Supongamos que la sociedad se ha pronunciado entre las tres siguientes alternativas: x (construir una escuela pública en el barrio A), y (construir una escuela pública en el barrio B) y z (construir una escuela pública en el barrio C). Digamos que ha triunfado la alternativa x .

Ahora bien, decir que ha triunfado la alternativa x es equivalente a decir que, en primer lugar, cada uno de los participantes de la Asamblea ha considerado separadamente las tres opciones, de a pares, y, luego, que la mayoría de ellos ha llegado a la conclusión de que su preferencia individual ubicaba a esa alternativa como ganadora. Y del hecho de que la mayoría de los integrantes de la Asamblea expresa que su preferencia estaba con esa alternativa se siguió que esa era la alternativa ganadora (por simple aplicación de la regla de mayoría).

Imaginemos ahora que es nuestro deseo realizar una evaluación solo respecto de las alternativas x e y . Sabemos que la primera ha resultado

74. Si bien no nos hemos explayado en relación con este concepto, cabe señalar que el conjunto de alternativas de la Voluntad general es virtualmente infinito (de hecho, puede ser todo lo grande que se pueda concebir sin llegar a ser, justamente, infinito). Esto es así porque cada participante de la Asamblea puede proponer cuantas alternativas quiera para ser debatidas en ese contexto. Se puede ver con claridad que no hay modo de beneficiar a una alternativa por sobre las otras ya que el mecanismo implica, por definición, una paridad entre todas las alternativas propuestas.

victoriosa. Pero aún sin saberlo, sabríamos rápidamente que esto es así puesto que la evaluación implicaría consultar a cada uno de los integrantes de la Asamblea por su preferencia entre, justamente, las alternativas x e y . Y la primera resultaría triunfadora. Ahora supongamos que introducimos, para nuestro análisis, la alternativa z , que no estaba disponible en el análisis anterior, y así se lo comunicamos a los integrantes de la Asamblea. Realizado este cambio, se impone que no hay modo de que la alternativa x no gane, puesto que, por definición, cada uno de los integrantes de la Asamblea ya la ha considerado, dado que cada uno de ellos ya ha expresado su preferencia individual en relación con las tres alternativas.

De este modo, analíticamente sabemos que por imperio del expediente de la Voluntad general —esto es, la Regla de mayoría— y teniendo en cuenta la circunstancia de que este mecanismo de toma de decisiones implica necesariamente escuchar todas las opiniones (que es equivalente a decir que este mecanismo impone considerar a todos los elementos que conforman el conjunto de alternativas disponibles en igualdad de condiciones) resulta también necesario el respeto por la condición de Independencia de las alternativas irrelevantes. Es que de otro modo, no podría haberse expedido la sociedad en relación con las tres alternativas originarias.

Y esto muestra el cumplimiento de la condición de Independencia de las alternativas irrelevantes.

Nuestro puente crítico ha sido construido.

VI.

En el presente trabajo intentamos construir un puente teórico entre los criterios de racionalidad exigidos en el Teorema general de posibilidad de Arrow y las características de orden político que Rousseau expone en su doctrina de la Voluntad general. Se intentó realizar una crítica de esa relación.

Con ese objetivo, se explicaron cuáles son los requisitos que Kenneth Arrow exige para el mecanismo de decisión con el que trabaja, y se señalaron cuáles son las condiciones que de ese mecanismo se desprenden: Dominio irrestricto, No dictadura, Principio de Pareto e Independencia de las alternativas irrelevantes.

Después se expuso una explicación de la doctrina de la Voluntad ge-

neral de Rousseau y se sistematizó ese mecanismo de toma de decisiones en cinco puntos clave.

Finalmente, se intentó mostrar que la doctrina de la Voluntad general cumple con las cuatro condiciones del aparato *arrowiano*, y que, a la vez, constituye un mecanismo de toma de decisiones sociales superador de la dificultad con la que Arrow se topó en la elaboración de su Teorema general de posibilidad: se mostró que la propuesta de Rousseau permite cumplir con las cuatro condiciones exigidas por Arrow (condiciones que resultan intuitivamente razonables, si se quiere respetar un criterio democrático) para casos en los que el conjunto de alternativas consta de más de dos opciones entre las cuales se debe elegir. En definitiva, se intentó mostrar que el éxito del instituto se apoya en la posibilidad de una discusión libre.

BIBLIOGRAFÍA

- ARROW, Kenneth J., *Social Choice and Individual Values*, Nueva York, Yale University, 1963. [Hay versión en español: *Elección social y valores colectivos*, Barcelona, Planeta D'Agostini, 1994.]
- D'AURIA, Anibal A., *Rousseau: su crítica social y su propuesta política (una lectura actual y libertaria)*, Buenos Aires, La Ley/Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2007.
- MAY, Kenneth O., "A set of independent Necessary and Sufficient Conditions for Simple Majority Decisions", *Econométrica*, Volumen 20, Número 4, 1952, ps. 680/684.
- MILL, John Stuart, *Sobre la libertad*, Madrid, Alianza Editorial, 1997.
- Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, Madrid, Real Academia Española, 2001.
- RESNIK, Michael, *Elecciones. Una introducción a la teoría de la decisión*, Barcelona, Gedisa, 1998.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques, *Du Contrat Social, ou Principes du Droit Politique*, Genève, Collection complète des œuvres, 1762 consultado en [www.rousseauonline.fr.] en fecha 30 de septiembre de 2016.
- , *Del contrato social o principios del Derecho político*, Buenos Aires, Editorial La Ley/Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (traducción de Mariano Moreno), 2003.
- , *El contrato social o Principios de Derecho político*, México, Editorial Porrúa, 2006.

- , *El contrato social*, Buenos Aires, Losada, 2005.
- , *Émile ou de L'Éducation*, Genève, Collection complète des œuvres, 1762 consultado en [www.rousseauonline.fr.] en fecha 30 de septiembre de 2016. Hay versión en español: *Emilio o la educación*, México, Editorial Porrúa, 1959.
- SEN, Amartya K., *Elección colectiva y bienestar social*, Madrid, Alianza Editorial, 1976.
- ZULETA, Hugo R., *Razón y elección*, México, Fontamara, 1998.
- , *Elección social y libertad*, Buenos Aires, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires: Cuaderno de Investigaciones del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja" N° 19, 1989.



ENSAYOS



SOBRE EL ESTATUS CONSUECUDINARIO DEL ARTÍCULO 3 COMÚN A LOS CUATRO CONVENIOS DE GINEBRA DE 1949 Y EL PROTOCOLO ADICIONAL II DE 1977*

NICOLÁS BIANCHI**

*¿Cómo es posible crear leyes para gobernar una situación
que es inherentemente independiente de toda ley?*

IMMANUEL KANT¹

Resumen: La presente investigación se propone evaluar la manera en que algunos organismos internacionales han analizado el estatus consuetudinario del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo Adicional II de 1977, aplicables a los conflictos armados no internacionales. Se pretenderá cuestionar dichas evaluaciones por los serios problemas metodológicos que presentan, y concluir que el carácter consuetudinario de estas normas, aunque limitado, solo puede fundarse en su extendida aceptación por vía convencional.

Palabras clave: derecho internacional humanitario – convenios de ginebra – artículo 3 común – protocolo II – conflictos armados no internacionales – costumbre internacional – práctica física – práctica verbal – moralismo – desenredo – ius cogens – ratificación generalizada

Abstract: The following research seeks to evaluate the way in which some international bodies have analyzed the customary status of Common Article 3 to the

* Recepción del original: 12/08/2016. Aceptación: 03/10/2016.

** Estudiante de grado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. *Este trabajo de investigación fue realizado en el marco del curso "Fuentes del Derecho Internacional" a cargo de la profesora Natalia Luterstein, a quien agradezco.*

1. Citado en PICTET, J., *Development and Principles of International Humanitarian Law*, Strasbourg, Martinus Nijhoff, 1985, p. 80.

four Geneva Conventions of 1949 and Additional Protocol II of 1977, applicable to non-international armed conflicts. It will aim to question said assessments for the serious methodological problems they present, and to conclude that the customary character of these norms, albeit limited, can only be founded on their extensive acceptance as treaties.

Keywords: international humanitarian law – geneva conventions – common article 3 – protocol II – non-international armed conflicts – international custom – physical practice – verbal practice – moralism – disentanglement – ius cogens – generalized ratification

I. INTRODUCCIÓN

En los términos del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia (“TPIY”) en el célebre fallo *Tadić*,² es posible hablar de un conflicto armado no internacional cuando existe una violencia armada prolongada entre autoridades gubernamentales y grupos armados organizados, o entre estos grupos dentro de un Estado.³ A pesar de que la mayor parte de los conflictos armados en la actualidad son de este carácter, las reglas del derecho internacional que los regulan, tanto por vía convencional como consuetudinaria, son escasas en comparación con la regulación de los conflictos internacionales.⁴

Dentro de las reglas convencionales aplicables, se destacan principalmente el artículo 3 común a los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949, y el Protocolo II Adicional de 1977 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional.

El artículo 3 común establece reglas básicas que gobiernan la conducta de las partes en el conflicto. Estas incluyen requerimientos que disponen el tratamiento humano a quienes no participan activamente en el conflic-

2. TPIY, *Prosecutor v. Dusko Tadić*, Caso N° IT-94-1-I (“Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction”), 02/10/1995.

3. TPIY, ob. cit., párr. 70.

4. STIGALL, D. y BLAKESLEY, C., “Non-State Armed Groups and the Role of Transnational Criminal Law during Armed Conflicts”, en *George Washington International Law Review*, vol. 48, 2015, p.12, con cita a DINSTEIN, Y., *Non-International Armed Conflicts in International Law*, 2006, p. 26.

to (que incluye tropas que se hubieran rendido o que estuvieran fuera de combate) y sobre ellos prohíben, específicamente, la violencia a la vida y la persona, la toma de rehenes, el atentado a la dignidad humana e imposiciones de sentencias y ejecuciones sin debido proceso.⁵

Por otro lado, el Protocolo II (con 168 Estados parte frente a los 196 de los Convenios de Ginebra) suplementa al artículo 3 común y ordena protecciones más específicas a los civiles, como la prohibición a los castigos colectivos, actos de terrorismo, la esclavitud y tráfico de esclavos, el saqueo y el reclutamiento de niños menores de quince años.⁶

Sin embargo, estas normas tienen umbrales de aplicación disímiles. Mientras que el artículo 3 común se aplica en casos de conflictos armados no internacionales "que surjan en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes", el Protocolo II agrega el requisito de que estos grupos armados estén "bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo".⁷ Así, el Protocolo II solo se aplica para conflictos internos de gran magnitud, excluyendo conflictos en los cuales el grupo armado no tiene un fuerte control sobre territorios (como en el caso de Al Qaeda previo al surgimiento de Estado Islámico), o aquellos que se dan entre un Estado y grupos armados radicados en el territorio de otro (como el conflicto entre Israel y Hamas).⁸

A pesar de que los Convenios y el Protocolo II gozan de un altísimo número de ratificaciones y por ende son aplicables por vía convencional a la mayor parte de los conflictos armados no internacionales, establecer el carácter consuetudinario de las reglas que contienen puede ser relevante frente a los casos en que el conflicto se desarrollara dentro del territorio de un Estado no parte, cuando un Estado deseara cesar en su aplicación mediante un retiro de los tratados, o cuando su aplicabilidad fuera refutada por un estado.⁹

5. STIGALL, D. y BLAKESLEY, C., ob. cit., p.12.

6. *Ibid.*, p.13.

7. Artículo 1 (ámbito de aplicación material).

8. BLUM, G., "Re-envisaging the International Law of Internal Armed Conflict: A Reply to Sandesh Sivakumaran", en *The European International Law Journal*, vol.22, febrero 2011, p. 267.

9. MERON, T., "On the Inadequate Reach of Humanitarian And Human Rights Law And The Need For A New Instrument", en *American Journal of International Law*, vol. 77, n° 3, julio 1983, p. 591.

Por ello, el carácter consuetudinario de las reglas comprendidas por el artículo 3 común y el Protocolo II (en todo o en parte de su articulado) ha sido afirmado por diversos tribunales internacionales, un gran sector de la doctrina y, más recientemente, por el Comité Internacional de la Cruz Roja (“CICR”) en un interesante estudio publicado en 2005.¹⁰

Sin embargo, la metodología seguida por los tribunales internacionales y por el CICR merece ciertas críticas, por la excesiva atención en manuales militares y actos verbales de los Estados, así como en decisiones previas de tribunales o declaraciones de organizaciones internacionales, todo ello en detrimento de la efectiva práctica de los Estados y de los grupos armados en el campo de batalla. Asimismo, en su análisis de la práctica no han podido resolver la cuestión de la separación (o “desenredo”) de los actos realizados en cumplimiento de obligaciones convencionales, de aquellos motivados por *opinio juris*.

En la presente investigación no se pretende discutir el derecho de las partes en un conflicto a hacer uso de la fuerza (*jus ad bellum*). Tampoco se buscará analizar la aplicabilidad de normas de derecho a grupos armados no estatales, lo cual resulta un tema controversial si se parte de una postura que entiende al Estado como figura primordial del derecho internacional.¹¹ Por último, no será motivo de discusión el carácter de la responsabilidad –individual o colectiva– por violaciones al derecho humanitario.

La propuesta de este trabajo es analizar si es posible afirmar que el artículo 3 común y los artículos del Protocolo II han alcanzado el estatus de costumbre internacional, teniendo en cuenta principalmente las evaluaciones de la Corte Internacional de Justicia, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, el Comité Internacional de la Cruz Roja y algunas opiniones doctrinarias. A tal fin, el trabajo se concentrará principalmente en la forma en que aquellos organismos han argumentado (o no) a favor

10. HENCKAERTS, J.M. y DOSWALD-BECK, L., *Customary International Humanitarian Law: Volume I: Rules*, ICRC, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

11. Sobre este punto, ver KLEFFNER, J. K., “The Applicability of International Humanitarian Law to Organized Armed Groups”, en *International Review Of The Red Cross*, vol. 93, n° 882, junio 2011, p.445, quien desarrolla los cinco argumentos más comunes al respecto, a saber: que los grupos armados están obligados por el derecho internacional humanitario a) porque sus miembros están individualmente obligados; b) porque ejercen funciones gubernamentales de facto; c) por vía consuetudinaria, sobre la base de la limitada personalidad legal internacional que poseen y d) porque han consentido a ello.

del estatus consuetudinario del artículo 3 común y el Protocolo II; subsidiariamente, se buscará dilucidar si existe alguna regla en el derecho internacional que permita afirmar que dichas normativas se han convertido en costumbre.

De este modo, se procurará determinar que puede afirmarse con cierto grado de seguridad que solo el artículo 3 común (así como aquellas cláusulas del Protocolo II que se "superponen" a las cláusulas de aquél) ha alcanzado el grado de costumbre internacional, pero sin que ello obedezca a motivos moralistas, sino a la realidad de su altísima aceptación por vía convencional.

II. UN CONSENSO NO LOGRADO

Hasta fines del siglo XX, solo existían precedentes internacionales muy limitados acerca de la naturaleza consuetudinaria del Derecho Internacional Humanitario aplicable a conflictos armados no internacionales.¹² De hecho, la percibida ausencia de reglas consuetudinarias en materia humanitaria puede evidenciarse en la versión simplificada de la Cláusula Martens¹³ contenida en el párrafo 4 del preámbulo del Protocolo II, en el cual se omite hablar de "principios del derecho de gentes derivados de los usos establecidos", a diferencia del artículo 1(2) del Protocolo I.¹⁴ Como señala el comentario de 1987 al Protocolo II, dicha omisión se debe a que la regulación de los conflictos no internacio-

12. ZEGVELD, L., *Accountability of Armed Opposition Groups in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, pp. 18-19, con cita a BOTHE, M., *et al.*, *New Rules For Victims Of Armed Conflicts*, La Haya, Martinus Nijhoff, 1982, p. 608.

13. La Cláusula Martens fue primeramente introducida en los preámbulos de la Segunda Convención de La Haya sobre Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre de 1899 (y posteriormente incluida, con modificaciones, en otros instrumentos de derecho internacional humanitario), y es entendida como una declaración que establece que a falta de regulación específica, tanto civiles como combatientes permanecen bajo el régimen de los principios del derecho internacional, la costumbre internacional y las "exigencias de la conciencia pública".

14. "En los casos no previstos en el presente Protocolo o en otros acuerdos internacionales, las personas civiles y los combatientes quedan bajo la protección y el imperio de los principios del derecho de gentes derivados de los usos establecidos, de los principios de humanidad y de los dictados de la conciencia pública".

nales era demasiado reciente como para que la práctica estatal se hubiera desarrollado de manera suficiente.¹⁵

Difícilmente podría afirmarse que antes de la aparición del Protocolo II ya existía una práctica generalizada que reconociera sus reglas como consuetudinarias. Dos años antes de su celebración, un delegado estadounidense afirmaba en la Sesión de 1975 de la Conferencia de Ginebra que “la no observancia del Artículo 3, común a las Convenciones de Ginebra [...] es un fenómeno casi universal” mientras que para la delegación iraquí, este artículo “no estaba aún generalmente aceptado ni aplicado”. Similarmente, en la misma época un académico concluyó “a pesar de la existencia del artículo 3 en cada uno de los Convenios, la guerra interna ha perdido poco de su salvajismo en los conflictos observados post-1949”.¹⁶ No parece haber mayores elementos que evidencien que las cláusulas adoptadas por el Protocolo II en 1977 reposaran sobre una previa práctica general de observancia al artículo 3 común, que plasma principios elementales en materia de conflictos no internacionales y representa la base del posterior Protocolo.

Con fuertes diferencias acerca de las reglas consuetudinarias aplicables a estos conflictos, la Conferencia Diplomática de 1974-77 para el Desarrollo del Derecho Internacional Humanitario no fue del todo exitosa,¹⁷ y el instrumento que de allí surgió (Protocolo II) fue una versión significativamente reducida respecto del borrador original, el cual extendió solo marginalmente la protección ofrecida a las víctimas de conflictos internos, más allá de lo ya dispuesto por el artículo 3 común.¹⁸

Por otro lado, parece contra-intuitivo afirmar que con posterioridad a la entrada en vigor del Protocolo II, este ha influenciado la práctica de los Estados y grupos armados, los cuales adaptaron sus prácticas a las exigencias humanitarias modernas. Lejos de existir un consenso general, la falta

15. CICR, *Commentary of The Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, Ginebra, Martinus Nijhoff Publishers, 1987, párr. 4435.

16. FORSYTHE, D., “Legal Management of Internal War: The 1977 Protocol on Non-International Armed Conflicts” en *American Journal of International Law*, vol. 72, n° 2, abril 1978, p.274.

17. PETRASEK, D., “Moving Forward on the Development of Minimum Humanitarian Standards”, en *American Journal of International Law*, vol. 92, julio 1998, p. 557.

18. Sobre las arduas tratativas previas a la celebración del Protocolo II, recomendando FORSYTHE, D., ob. cit., p. 16.

de voluntad de los Estados ha sido el principal obstáculo para el desarrollo del derecho de los conflictos no internacionales.¹⁹

III. LA POSTURA DE LOS ORGANISMOS INTERNACIONALES

La aceptación de la aplicabilidad del artículo 3 común y gran parte del Protocolo II por vía consuetudinaria puede encontrarse por primera vez en la jurisprudencia internacional en el caso *Nicaragua*,²⁰ en el cual la Corte Internacional de Justicia señaló que el artículo 3 común refleja "consideraciones elementales de humanidad" y que los actos de los *Contras* hacia el gobierno nicaragüense estaban gobernados por esta norma. Posteriormente, la Corte declaró en el marco de la opinión consultiva sobre *Armas Nucleares*²¹ (con cita al Secretario General), que las reglas fundamentales de las Convenciones, entre ellas el artículo 3, son principios del derecho consuetudinario.²²

En la misma línea, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia observó, en el caso *Tadić*, que el artículo 3 común era una regla convencional que gradualmente había pasado a integrar el derecho consuetudinario.²³ Similar camino tomó el Tribunal Penal Internacional para Ruanda ("TPIR") en *Fiscal v. Akayesu*,²⁴ sobre la base de que la mayoría de los Estados, en sus códigos penales, habían criminalizado actos que representarían violaciones al Artículo 3 Común de ocurrir durante conflictos internos; asimismo, agrega que ello ya había sido sostenido por el TPIY.

En cuanto al Protocolo II, el TPIY ha señalado que muchas disposiciones del Protocolo pueden ser entendidas como cristalizadoras de reglas consuetudinarias emergentes, o como fuertemente instrumentales en su evolución como principios generales.²⁵ El Tribunal, sin embargo, no

19. BLUM, G., ob. cit., p. 269.

20. CIJ, *Case Concerning Paramilitary Activities in and Against Nicaragua* (Nicaragua c. Estados Unidos), Fondo, 27/06/1986, párr. 218-219.

21. CIJ, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Opinión Consultiva del 08/07/1996 solicitada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, párr. 79-81.

22. ZEGVELD, L., ob. cit., p. 19.

23. TPIY, ob. cit., párr. 98.

24. TPIR, *Prosecutor v. Akayesu*, caso n° ICTR-96-4-T (Judgement), 02/09/1998, párr. 608.

25. TPIY, ob. cit., párr. 117. *Prosecutor v. Dario Kordic, Mario Cerkez*, Caso N° IT-95-

ha especificado a que disposiciones del Protocolo II se refería, aunque la forma en que fundamentara tal afirmación parecería indicar que aludía a aquellas disposiciones del Protocolo II que se superpusieran con el artículo 3 común (cuyo carácter consuetudinario había sido defendido en párrafos anteriores).²⁶ Por su lado, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda también sostuvo el carácter consuetudinario del artículo 4(2), pero mantuvo una postura notablemente cauta al afirmar, en sintonía con el Secretario General de la ONU, que el Protocolo no era parte del derecho consuetudinario en su totalidad.²⁷

Merece igual atención la práctica de los organismos internacionales no jurisdiccionales o cuasi-jurisdiccionales. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha considerado que los artículos 4(2) y 13 del Protocolo II reflejan la costumbre internacional, así como las prohibiciones establecidas por los artículos 4(3), 14, 16 y 17 del Protocolo II.²⁸ En una posición más denodada que la del TPIY, el TPIR y la Comisión Interamericana, la Comisión de Derechos Humanos de la ONU parece haber reconocido el carácter consuetudinario del Protocolo II en su totalidad.²⁹

Por último, en 2005 fue publicado un estudio del Comité Internacional de la Cruz Roja que enumera 161 reglas consuetudinarias en materia humanitaria (la mayoría de las cuales son aplicables a los conflictos armados no internacionales), sobre la base de la práctica de los Estados, jurisprudencia internacional y tratados existentes, entre otros elementos. A la hora de definir “práctica estatal”, sus autores mencionan que ella está

14/2-PT (Decisión del 09/03/1999), párr. 30 (“while both Protocols have not yet achieved the near universal participation enjoyed by the Geneva Conventions, it is not controversial that major parts of both Protocols reflect customary law”).

26. Según ZEGVELD, L., ob. cit., p. 21, éste sería el caso del artículo 4(2) del Protocolo II, que provee de garantías fundamentales a las personas que no participan activamente de las hostilidades, o de los artículos 5 y 6 que prescriben el tratamiento digno a personas privadas de su libertad y prevén reglas para la prosecución penal.

27. TPIR, ob. cit., párr. 609-610.

28. CIDH, Tercer Informe sobre la Situación de Derechos Humanos en Colombia, OEA/Ser.L/V/II.102, Doc.9, 26/02/99, párr. 42 y 82.

29. En su resolución 1993/66, la Comisión llamó a “todas las partes afganas” a respetar “reglas humanitarias aceptadas, contenidas en las Convenciones de Ginebra del 12 de agosto de 1949 y los Protocolos Adicionales de 1977” a pesar de que Afganistán no había ratificado el Protocolo II. La referencia a las “reglas humanitarias aceptadas” parece sugerir que la Comisión consideraba al Protocolo II en su totalidad como reflejo del derecho consuetudinario. En ZEGVELD, L., ob. cit., p. 22.

compuesta por actos tanto "físicos" como "verbales" de los Estados. En el primer grupo, se incluyen el comportamiento en el campo de batalla, el uso de ciertas armas y el tratamiento proferido a diversas categorías de personas; en el segundo, se incluyen manuales militares, legislación nacional, protestas diplomáticas, decisiones ejecutivas y posiciones en foros oficiales.³⁰

IV. CRITICAS METODOLÓGICAS

El análisis realizado por los organismos internacionales mencionados (CIJ, TPIY y TPIR) y por el CICR ha sido merecedor de diversas observaciones, que a los efectos del presente trabajo pueden ser divididas en dos categorías: aquellas que versan sobre la metodología empleada a la hora de analizar los elementos de la costumbre internacional conforme a la visión clásica (práctica y *opinio juris*) y aquellas que señalan la dificultad de "desenredar" (*disentangle*) los actos realizados bajo convicción de legalidad (constitutiva de reglas consuetudinarias) de la práctica en cumplimiento de tratados vigentes.

IV.A. La ausencia de práctica

Como fuera mencionado anteriormente, Jean-Marie Henckaerts (autor del Estudio del CICR junto con Louise Doswald-Beck) ha explicado que el enfoque seguido en el Estudio es el análisis clásico de la costumbre, como fuera expuesto por la Corte Internacional de Justicia en el caso de la *Plataforma Continental del Mar del Norte*.³¹ Según sus palabras, ello implica analizar la práctica estatal *física* (comportamiento en el campo de batalla) y *verbal* (manuales militares, legislación nacional, protestas diplomáticas, declaraciones en foros internacionales, etc.). Dicha práctica debe ser suficientemente densa, virtualmente uniforme, extendida y representativa; en segundo lugar, debe comprobarse que esta práctica se realiza bajo una convicción de obligación legal.³²

30. HENCKAERTS, J. M. y DOSWALD-BECK, L., ob. cit., p. 38.

31. CIJ, *North Sea Continental Shelf*, Fondo, 20/02/1969, párr. 77.

32. HENCKAERTS, J.M., "Study On Customary International Humanitarian Law", en *International Review of the Red Cross*, vol. 87, n° 857, pp. 178-182.

Esta conceptualización del análisis de la costumbre se adecúa plenamente a la clásica técnica³³ adoptada por la Corte Internacional de Justicia a la hora de determinar la existencia de normas consuetudinarias y no merece, en principio, reparo alguno. Así, la Corte ha afirmado que es axiomático que la sustancia del derecho internacional consuetudinario debe ser buscada primeramente en la práctica efectiva y en la *opinio juris* de los Estados.³⁴

El mencionado Estudio está estructurado en 161 reglas que sus autores han identificado como consuetudinarias, y que también pueden encontrarse plasmadas en el articulado de los diversos tratados que componen el Derecho Internacional Humanitario.³⁵ Sobre la base de lo expresado por Henckaerts, podría esperarse que dichas reglas, que van desde el principio de distinción entre civiles y combatientes (regla 1) hasta la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y la cooperación internacional en procedimientos criminales (reglas 160 y 161), hubieran sido identificadas mediante la regla técnica tradicional.

Sin embargo, una lectura crítica del Estudio revela que su método no parece adecuarse al modelo expuesto por Henckaerts, sino al enfoque más bien liberal que han seguido los tribunales internacionales al referirse a la costumbre internacional, evitando el análisis de la práctica estatal efectiva (*física*) en el campo de batalla para concentrarse más bien en la práctica

33. Al respecto, Julio A. Barberis expresa "...los tribunales y los órganos de los Estados y de las organizaciones internacionales aplican reglas [técnicas] para identificar normas consuetudinarias [...] Una de estas reglas técnicas es aquella que identifica las normas consuetudinarias según la forma como han sido creadas. Esta reconoce como normas de costumbre aquellas que se han formado a través de un proceso en el que se dan dos factores denominados generalmente el elemento material, o sea, la práctica, y la *opinio juris sive necessitatis*". Ver BARBERIS, J., *Formación del derecho internacional*, Buenos Aires, Ábaco, 1994, p. 82.

34. CIJ, *Case concerning the Continental Shelf* (Yamahiriyá Árabe Libia c. Malta), Fondo, 03/06/1985. Explica la Corte en *North Sea Continental Shelf*, ob. cit., párr. 77: "Not only must the acts concerned amount to a settled practice, but they must also be such, or be carried out in such a way, as to be evidence of a belief that this practice is rendered obligatory by the existence of a rule of law requiring it. The need for such a belief, i.e., the existence of a subjective element, is implicit in the very notion of the *opinio juris sive necessitatis*. The States concerned must therefore feel that they are conforming to what amounts to a legal obligation".

35. Enumerados en <https://www.icrc.org/ihl>.

verbal³⁶ de los Estados, que parecería indicar un fuerte contenido de *opinio juris*.³⁷

A modo de ejemplo, el CICR identifica el carácter consuetudinario de la regla 96 sobre prohibición de toma de rehenes (consagrada en el artículo 4.2, inciso c, del Protocolo II), teniendo en cuenta tratados multilaterales, declaraciones de Estados, manuales militares, legislación y jurisprudencia nacional y resoluciones de órganos de las Naciones Unidas. La práctica en el campo de batalla sólo es evaluada sobre el final del análisis, de un modo inadmisiblemente escueto, al mencionar un reporte de la organización American Watch de 1985 sobre incidentes en Nicaragua.³⁸

Dicho método de identificación, que se repite en la mayoría de las demás reglas identificadas, ha motivado a representantes del gobierno de los Estados Unidos a expresar su preocupación por el excesivo énfasis que pone el CICR en materiales escritos publicados por los Estados, en desmedro de la práctica operacional. Así, han observado que si bien los manuales militares pueden proveer indicaciones del comportamiento estatal y su *opinio juris*, no pueden servir como reemplazo de una evaluación significativa de la práctica operacional del Estado; por otro lado, critican la inclusión de resoluciones no vinculantes de la Asamblea General en el análisis, afirmando que los Estados podrían apoyar una resolución particular o decidir no romper el consenso sobre ella, por razones que nada tienen que ver con una creencia de que su contenido refleje derecho consuetudinario internacional.³⁹

Sin embargo, esta tendencia a privilegiar práctica verbal por sobre la física u operacional no es exclusiva del CICR. Como mencionara anteriormente, en *Tadić* el TPIY determinó que muchas disposiciones del Protocolo II podían ser consideradas cristalizadoras de reglas consuetudinarias

36. Hago mía la diferenciación de HENCKAERTS, ob. cit., p. 179, al entender que la práctica física está formada, por ejemplo, por el comportamiento en el campo de batalla, el uso de ciertas armas y el tratamiento a diversas categorías de personas, mientras que los actos verbales incluyen manuales militares, legislación y jurisprudencia nacional, protestas diplomáticas y regulaciones ejecutivas, entre otros.

37. ZEGVELD, L., ob. cit., p. 22.

38. CICR, *Practice Relating to Rule 96. Hostage-Taking*, consultado en [https://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rul_rule96] el 28/07/2016.

39. BELLINGER, J., y HAYNES, W., "A U.S. Government Response to the International Committee of The Red Cross Study", en *International Review of the Red Cross*, vol. 89, n° 886, junio 2007, p. 445.

emergentes o, en su defecto, fuertemente instrumentales para su evolución como principios generales; a continuación, procedió a sustentar esta afirmación citando un muy reducido número de casos de práctica verbalestatal, como el Manual Militar Alemán de 1992, una protesta de 1988 por parte de los Estados miembro de la Comunidad Europea contra el uso de armas químicas en Irak, y una resolución de la Corte Suprema de Nigeria.⁴⁰

La metodología empleada por el TPIY en este caso mereció una fuerte crítica del jurista Frits Kalshoven, quien observó que la decisión del Tribunal "no descansó sobre aquello que los combatientes hacen sino en lo que sabios hombres y mujeres en posiciones responsables han declarado como deseable o requerido. De estas personas se espera que pronuncien semejantes palabras reconfortantes, pero esto no altera el estado de la costumbre, o la indeseable aunque verdadera práctica de la guerra".⁴¹

La dificultad de analizar la práctica estatal en materia humanitaria fue abordada por el mismo TPIY. En *Tadić*, el Tribunal afirmó que era prácticamente imposible determinar el verdadero comportamiento de las tropas en el campo para establecer si efectivamente respetaban o desconsideraban ciertos estándares de conducta. Esta dificultad estaría basada en la imposibilidad de acceso de observadores independientes al teatro de operaciones militares, y por la retención o deformación engañosa de la información sobre la conducción de hostilidades por las partes en conflicto. Por ello, según el Tribunal, el análisis de la práctica debe centrarse primordialmente en elementos tales como pronunciamientos oficiales de Estados, manuales militares y decisiones judiciales, junto con resoluciones de la Asamblea General y el Consejo de Seguridad de la ONU.⁴²

Esta laxitud en la evaluación de la costumbre parece haberse tornado común. Así, en adición al CICR y el TPIY, lo mismo puede decirse acerca de la Corte Internacional de Justicia en *Nicaragua*, cuando afirmara que el artículo 3 común refleja "consideraciones elementales de humanidad" y que "no hay duda" sobre el hecho de que constituyan el marco mínimo aplicable, sin fundamentación alguna.⁴³ Al respecto, Theodor Meron (ex Presidente del TPIY) ha manifestado que la discusión acerca de los Conve-

40. TPIY, ob. cit., párr. 117-127.

41. KALSHOVEN, F., *Reflections on the Law of War: Collected Essays*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2007, pp. 321-324.

42. ZEGVELD, L., ob. cit., p.23, con cita a TPIY, ob. cit., párr. 99.

43. CIJ, *Nicaragua...*, ob. cit., párr. 217-218.

nios de Ginebra presentada en *Nicaragua* es destacable por su "completo fracaso" en discernir si la *opinio juris* y la práctica sustentan la cristalización de los artículos 1 y 3 en derecho consuetudinario.⁴⁴ Asimismo, similares cuestionamientos pueden encontrarse en aquel caso, en los votos de los magistrados Jennings y Ago.⁴⁵

Un análisis que solo tiene en cuenta las definiciones oficiales de los Estados en sus diversas formas necesariamente adolecerá de sesgo de confirmación. Por el otro lado, evaluar la práctica en el campo de batalla revela que la aceptación de las reglas de derecho humanitario que enumera el CICR no es tan generalizada como quisiera creerse. Una enumeración de casos de conflictos recientes en los cuales se vulneraron disposiciones del derecho humanitario excedería a los fines de la presente investigación, pero considero que existen tres casos que ilustran la importancia de tener en cuenta la conducta de las partes en el campo de batalla:

- En el marco del conflicto en Colombia entre el Estado y las FARC, la distinción entre combatientes y civiles no parece ser una práctica establecida y respetada. Mientras que las guerrillas suelen expresar respeto por la población civil como grupo, solo lo hacen para con los individuos que consideran "inocentes". Por ello, líderes políticos, candidatos a estas posiciones, o incluso empresarios, no están a salvo de ataques o secuestros. Por otro lado, fuerzas paramilitares de derecha han masacrado grandes números de gente inocente, incluyendo mujeres, niños y ancianos.⁴⁶

44. MERON, T., "Revival of Customary Humanitarian Law", en *American Journal of International Law*, vol. 99, n° 4, octubre 2005, p. 819.

45. Al respecto, Sir Robert Jennings expresó que debían al menos haber serias dudas acerca de si los Convenios de Ginebra podían ser entendidos como reflejo del derecho consuetudinario, y que la visión de la Corte acerca del artículo 3 no era un asunto libre de dificultad (opinión disidente del Juez Jennings, 1986, p. 527). Por otro lado, Roberto Ago recalcó su reticencia en ser persuadido de que existía una amplia identidad de contenido entre las Convenciones de Ginebra y ciertos "principios generales del derecho humanitario" que, según la Corte, eran preexistentes en el derecho consuetudinario, del cual las Convenciones simplemente dan expresión o sobre los cuales son, a lo sumo, un desarrollo (opinión separada del Juez Ago, 1986, párr. 6). MERON, T., "Geneva Conventions as Customary Law", en *American Journal of International Law*, vol.81, n° 2, abril 1987, p.358.

46. KALSHOVEN, F., ob. cit., p. 322.

- También en Colombia, y a fines de los 90, el Ejército de Liberación Nacional realizó impresionantes operaciones de toma de rehenes (“pescas milagrosas”) que utilizaron para demostrar la inhabilidad del gobierno colombiano en prevenirlas. Sin embargo, luego de un secuestro masivo en el año 2000, el grupo armado decidió cesar en estas prácticas. Lejos de tratarse de una epifanía humanitaria, el ELN expresó que ello se debió a que los secuestrados habían saturado a la sociedad colombiana, y la opinión pública local e internacional se había volcado en su contra.⁴⁷
- Durante la guerra civil en Sudán del Sur, el saqueo, el secuestro y la esclavización de civiles fue llevado a cabo principalmente por combatientes que provenían de tribus árabes, cuyos códigos tradicionales de guerra consideraban estas prácticas como normales.⁴⁸

Estos tres ejemplos, junto con hechos atroces como las decapitaciones a minorías religiosas en el territorio controlado por el Estado Islámico, el uso de armas químicas por parte del Gobierno Sirio contra su propio pueblo,⁴⁹ la muerte de más de 75.000 civiles a manos de fuerzas gubernamentales en la guerra civil de El Salvador (iniciada en 1978, un año después de ratificar el Protocolo II), el reciente derribo del avión malayo y ejecuciones de prisioneros de guerra por parte de rebeldes pro-Rusia en

47. BANGERTER, O., “Reasons Why Armed Groups Choose to Respect International Humanitarian Law or Not”, en *International Review Of The Red Cross*, vol. 93, n° 882, junio 2011, p.361.

48. *Ibid.*, p.370. El autor cita este caso para ilustrar como el derecho internacional humanitario no es el único cuerpo normativo que gobierna la práctica bélica, y que mucho de lo que se entiende como violación al derecho humanitario es, en realidad, respeto a normas consideradas válidas por otras culturas. Menciona seguidamente el Pashtunwali, un código ético no escrito de los Pashtun en Afganistán y Pakistán, que obliga a los Pashtun a ofrecer refugio a todo aquel que lo solicite, y a tratar con hospitalidad a su huésped, mientras que también lo obliga a tomar venganza por toda ofensa o insulto, lo que frecuentemente implica derramar la sangre del ofensor o de uno de sus familiares cercanos. Así, en el caso de los prisioneros de guerra, esta segunda obligación suele contrabalancear la primera. Ciertamente, la existencia de una pluralidad de códigos de conducta en la guerra, que a menudo receptan elementos del DIH pero rechazan otros, atenta contra la formación de reglas generales de derecho.

49. SCHMITT, M., “The Syrian Intervention: Assessing the Possible International Law Justifications”, en *International Law Studies*, vol. 89, 2013, pp. 749-750.

Ucrania,⁵⁰ la Masacre de Srebrenica durante la Guerra de Bosnia y las violaciones masivas en el conflicto en Sri Lanka⁵¹ han representado diversas instancias que revelan el poco poder compulsivo que ha tenido el Derecho Internacional Humanitario. La práctica contraria no ha consistido exclusivamente de actos en el campo de batalla, sino que también pueden mencionarse actitudes de los Estados que revelaron la ausencia de *opinio juris* en ciertos momentos históricos; así, cabe recordar la reticencia del gobierno argentino (aún democrático) en 1975 en catalogar al conflicto con el ERP en Tucumán como un conflicto armado interno, o la similar actitud que tuvo el gobierno ruso para con los rebeldes chechenos.⁵²

Considero que no puede hablarse de la importancia de la "práctica contraria" sin hacer mención a la doctrina de la Corte Internacional de Justicia en *Nicaragua*, esto es, que la conducta inconsistente con una norma debía de ser tratada como una violación de la regla, en lugar de un reconocimiento de una nueva regla. Asimismo, si un Estado defendiera su conducta contraria a la regla apelando a excepciones y justificaciones contenidas en la misma regla, tal declaración confirmaría la regla, en lugar de debilitarla.⁵³ Sin embargo, la Corte no cita en *Nicaragua* ningún caso jurisprudencial que ilustre esta afirmación. Entiendo que todo análisis debe reconocer la realidad de la práctica contraria, cuando la hubiera, en lugar de omitir su análisis; de lo contrario, tal omisión arroja dudas sobre la legitimidad de sus conclusiones. Por otro lado (y en respuesta al mencionado criterio de la Corte sobre el valor de la práctica contraria) podría afirmarse que en casos como el de los conflictos armados no internacionales, en que la práctica contraria alcanza semejante masa crítica, difícilmente puede alegarse la existencia de una norma consuetudinaria.⁵⁴

Como fuera anteriormente observado, en el marco del Estudio del CICR se ha manifestado que la importancia legal de la práctica de los grupos armados no estatales no es clara, y que no constituye práctica estatal, aun cuando contuviera evidencia de la aceptación de ciertas reglas de los

50. CORN, G., "Regulating Hostilities in Non-International Armed Conflicts", en *International Law Studies*, vol. 91, 2015, pp. 319-320.

51. WOOD, E., "Armed Groups and Sexual Violence: When is Wartime Rape Rare?", en *Politics & Society*, vol. 37, n° 1, marzo 2009, pp. 131-162.

52. BLUM, G., ob. cit., p. 269.

53. CIJ, *Nicaragua...*, ob. cit., párr. 186.

54. MERON, T., *Revival...*, ob. cit., p.820.

conflictos armados no internacionales.⁵⁵ Por otro lado, los fallos de los tribunales internacionales han hecho una evaluación casi nula de la práctica tanto estatal como de grupos armados. Por mi parte, considero que todo análisis que pretenda determinar la existencia de práctica constitutiva de costumbre sin tener en cuenta la conducta de los grupos armados puede llevar a conclusiones removidas de la realidad de estos conflictos; difícilmente podrá hablarse de legítimas reglas consuetudinarias de los conflictos armados no internacionales, prescindiendo de la práctica de uno de los actores en estos conflictos.⁵⁶

IV.A.1. Sobre el moralismo en el análisis de la costumbre

Considero pertinente una breve digresión acerca de la manera en que se estudia la práctica internacional. La premisa subyacente al análisis del TPIY en *Tadić*, por la cual la evaluación de la formación de la costumbre en el campo humanitario debe ser (por la naturaleza de este y la dificultad de obtener información sobre lo que ocurre en el campo de batalla) distinta a la de otros campos del derecho internacional, es cuestionable.⁵⁷ En atención a la gran cantidad de reportes acerca de los horrores de los conflictos internos⁵⁸ (realizados por ONGs tales como Amnistía Internacional y Human Rights) así como la cobertura de diversos medios de comunicación, sería posible afirmar que la falta de consideración de la práctica en el campo de batalla a la hora de determinar si existe o no respeto a ciertas

55. HENCKAERTS, J.M. y DOSWALD-BECK, L., ob. cit., p. 42.

56. Sobre la importancia de considerar la práctica de los grupos armados no estatales, recomiendo BANGERTER, O., ob. cit., y SASSOLI, M., "Taking Armed Groups Seriously: Ways to Improve Their Compliance With International Humanitarian Law", en *Journal Of International Humanitarian Legal Studies*, vol. 1, n° 1, 2010.

57. ZEGVELD, L., ob. cit., p.23. La autora critica la postura del Tribunal al afirmar: "rather, the peculiarity of international humanitarian law seems to lie in the gap that exists between the actual behavior on site prescribed by international legal standards".

58. Reportes de diversos casos de violaciones por parte de combatientes en Darfur, en *Amnesty International Annual Report*, Londres, Amnesty International Publications, 2004, p. 81; comunicado de Amnesty International acerca de las ejecuciones de prisioneros de guerra ucranianos por parte de rebeldes prorosos en el Donbass, 09/04/2015; comunicado de Human Rights Watch acerca de crímenes de guerra cometido por las FARC contra las fuerzas de seguridad colombianas, 28/11/2011; comunicado de Human Rights Watch acerca de crímenes de guerra cometidos por milicias chiitas contra civiles sunitas en Irak, 31/01/2016.

reglas de derecho, no se debe a la escasez de información. Lejos de ello, parece evidenciarse una objetable tendencia creciente entre los organismos internacionales por la cual se asume que los nobles principios del derecho humanitario que merecen reconocimiento efectivamente han sido reconocidos por los Estados a través de actos verbales, incluso cuando su conducta, y la de los grupos armados, pareciera indicar lo contrario. En palabras de Theodore Meron, el "deber ser" se fusiona con el "ser", la *lex ferenda* con la *lex lata*.⁵⁹

Esta manera de decidir de los tribunales, por los cuales estos afirman la existencia de normas consuetudinarias prescindiendo del análisis de la práctica estatal (y basándose, en su lugar, en tratados multilaterales existentes (ratificados o no), resoluciones de la Asamblea General, comisiones internacionales y comentarios académicos), esta infundida de un "moralismo reminiscente de la ley natural"⁶⁰ y parece haber inaugurado una especie de *stare decisis*⁶¹ de los tribunales internacionales en materia humanitaria y de derechos humanos, por la cual las cortes terminan confiando más en los precedentes que en observaciones de la realidad de la guerra.

Así, en términos de los autores del Estudio del CICR, parecería que las cortes internacionales en ocasión han concluido que una regla de derecho consuetudinario existe cuando esa regla es deseable para la paz y seguridad internacional, o para la protección de la persona humana, provisto que no exista importante *opinio juris* contraria.⁶²

59. MERON, T., ob. cit., p. 361, agrega: "Given the scarcity of actual practice, it may well be that, in reality, tribunals have been guided, and are likely to continue to be guided, by the degree of offensiveness of certain acts to human dignity; the more heinous the act, the more the tribunal will assume that it violates not only a moral principle of humanity but also a positive norm of customary law".

60. GOLDSMITH, J. y POSNER, E., "Understanding The Resemblance Between Modern And Traditional Customary International Law", en *Virginia Journal of International Law*, 2000, p. 640.

61. Así, en TPIY, ob. cit., párr. 98, el TPIY afirma la naturaleza consuetudinaria del Artículo 3 Común, soslayando una fundamentación de ello y simplemente remitiendo a la posición de la Corte Internacional en Nicaragua. MERON, T., ob. cit., p. 819, en nota 19) menciona otro caso de confianza exclusiva en precedentes: "For instance, the Eritrea-Ethiopia Claims Commission has treated the Geneva Conventions as presumptively reflective of customary international law, which places the burden of proof on the party claiming that any given provision is not customary law".

62. HENCKAERTS, J. M. y DOSWALD-BECK, L., ob. cit., p. 48.

Respecto de este modo de decidir, hay quienes consideran que es incoherente e ilegítimo, mientras que otros lo ven como un feliz desarrollo del derecho internacional consuetudinario –que en la actualidad se ha enfocado principalmente en los derechos humanos– tendiente a la justicia mundial.⁶³ Excede la finalidad de este trabajo adoptar una u otra postura. Simplemente, considero que el *moralismo* en el análisis del derecho internacional no colabora con el desarrollo sólido del Derecho Internacional Humanitario y los derechos humanos, sino que resulta en creación pretoriana de derecho, que por estar removida de la realidad, puede atentar contra la misma finalidad que persigue.⁶⁴

Las “palabras reconfortantes de sabios hombres y mujeres en posiciones responsables”, en términos de Kalshoven, ciertamente son una parte importante para el desarrollo del *temperamenta belli*,⁶⁵ pero no puede afirmarse la existencia de costumbre internacional en completa desconsideración de la manera en que los Estados, y en especial los grupos armados, se comportan.⁶⁶

IV.B. El problema del desenredo

El hecho de que la abrumadora mayoría de los Estados sean parte tanto de los Convenios de Ginebra como del Protocolo II, complica aún más la tarea de dilucidar si existe práctica creadora de costumbre internacional; podría presumirse que toda práctica de los Estados y grupos armados en conformidad con la norma humanitaria implica un cumplimiento de sus obligaciones emergentes de los tratados, y no de práctica

63. GOLDSMITH, J. y POSNER, E., ob. cit., pp. 640-641.

64. Al respecto, BANGERTER, O., ob. cit., p. 380, menciona: “IHL is sometimes rejected because of what it is or what it is perceived to be. The list of the causes of such rejection is long and varied: for Africans or Asians, IHL may be seen as the creation of the West; for combatants, it may seem to be the ravings of lawyers in court devoid of any connection with reality; among communists, the protection granted to civilians will be seen by some as a means of exonerating the middle classes from the rightful revenge of the proletariat”.

65. KALSHOVEN, F., ob. cit., p.324.

66. MERON, T., *Geneva Conventions...*, ob. cit., p. 358: “In this sense, the Court’s Judgment promotes valuable ethical considerations [...] and contributes to the transformation of certain provisions into customary law; still, it cannot be said that the Court has succeeded in clarifying the status of the Geneva Conventions as customary law”.

bajo una convicción de obligación legal, presupuesto del derecho consuetudinario.⁶⁷

En consecuencia, y como observara la Corte Internacional de Justicia en el caso de la *Plataforma Continental*, poco apoyo para la naturaleza consuetudinaria de las normas puede encontrarse en la conducta de Estados que actúan en aplicación de una Convención.⁶⁸ Con posterioridad, este problema fue igualmente reconocido por el TPIY en *Celebici*, al observar que "evidenciar practica estatal fuera del tratado, aportar evidencia de normas consuetudinarias separadas o del pasaje de normas convencionales hacia el terreno de la costumbre, es considerado crecientemente elusivo, ya que parecería que solo la práctica de los Estados no parte en un tratado puede ser considerada relevante".⁶⁹

Al desafío de separar estos dos tipos de práctica de acuerdo a su motivación, se lo ha denominado el problema del *disentanglement*⁷⁰ o desenredo, y está muy bien ilustrado por la llamada "Paradoja de Baxter": a medida que el número de Estados Parte de un tratado aumenta, se vuelve más difícil demostrar cuál es el estado del derecho consuetudinario por fuera del tratado. A medida que crece la aceptación expresa del tratado, el número de Estados no parte cuya práctica es relevante disminuye, y con ello el enfoque para el desarrollo del derecho internacional fuera del tratado".⁷¹ Baxter expresamente menciona que esta es la situación que enfrentan los Convenios de Ginebra en general.⁷²

67. *Ibid.*, pp. 354-356.

68. CIJ, *North Sea...*, ob. cit., párr. 76: "Over half the States concerned, whether acting unilaterally or conjointly, were or shortly became parties to the Geneva Convention [on the Continental Shelf], and were therefore presumably [...] acting actually or potentially in the application of the Convention. From their action no inference could legitimately be drawn as to the existence of a rule of customary international law in favor of the equidistance principle".

69. TPIY, *Prosecutor v. Zejnir Delalic, Zdravko Mucic, Hazim Delic, Esad Landzo*, Caso N° IT-96-21-T ("Caso Celebici"), 16/11/1998, párr. 302-303.

70. ZEGVELD, L., ob. cit., p. 25.

71. MERON, T., *Geneva Conventions...*, ob. cit., p. 365, con cita a BAXTER, R., "Treaties and Custom", en *Recueil des Cours*, vol. 129, 1970, p. 96.

72. BAXTER, R., ob. cit., p. 96: "Now that an extremely large number of States have become parties to the Geneva Conventions [...] who can say what the legal obligations of combatants would be in the absence of the treaties? And if little or no customary international practice is generated by the non-parties, it becomes virtually impossible to determine whether the treaty has indeed passed into customary international law".

El problema del desenredo tiene, entonces, una conexión directa con la inadecuación de la metodología de los organismos que sí analizaron, aunque parcialmente, la práctica de los Estados (TPIY sobre el Protocolo II y el CICR). La confianza excesiva en actos verbales de los Estados, además de ser insuficiente para la creación de costumbre, puede ser confusa, ya que suele tenerse en cuenta primordialmente la visión de Estados que son parte en los Convenios y el Protocolo, cuando podría considerarse que tales actos están motivados por los Tratados previamente ratificados. Por este motivo, debe ponerse especial atención a la práctica de los Estados no ratificantes y a la de los grupos armados no estatales.

Mientras que la práctica de los grupos armados no fue tenida en cuenta por los autores del Estudio del CICR, esta ha sido tenida en cuenta por el TPIY en *Tadić*, al afirmar que la decisión en 1988 de los rebeldes (Frente Farabundo Martí Para la Liberación Nacional) en El Salvador de comprometerse a respetar tanto el artículo 3 común como el Protocolo II en sus métodos de combate, puede considerarse una instancia más en la formación de derecho consuetudinario en conflictos no internacionales.⁷³ Sin embargo, aun así es posible cuestionar si la práctica del FMLN evidenció costumbre internacional, ya que este grupo estaba obligado por estas normas por vía convencional, aun cuando el Estado salvadoreño no estuviese cumpliendo con sus obligaciones.⁷⁴

Asimismo, el Tribunal ha sugerido que la conclusión de acuerdos especiales entre las partes en conflicto a efectos de poner en vigor disposiciones que excedan las del artículo 3 común, es evidencia del estatus consuetudinario de esos artículos.⁷⁵ Nuevamente, debido a que el artículo 3 común expresamente dispone que pueda extenderse la ley aplicable a los conflictos no internacionales más allá del estándar básico del artículo 3 común mediante acuerdos, resulta difícil establecer si los acuerdos especiales evidencian costumbre o una mera aplicación de dicho artículo.⁷⁶

En otro orden de ideas, una posible solución al problema del desenredo podría encontrarse en el caso *Plataforma Continental del Mar del Norte*, en el cual la Corte afirmó que “incluso sin el paso de un considerable período de tiempo, una participación muy generalizada y representati-

73. TPIY, ob. cit., párr. 107.

74. ZEGVELD, L., ob. cit., p.25.

75. TPIY, ob. cit., párr. 103.

76. ZEGVELD, L., ob. cit., p.25.

va en la convención puede ser suficiente por sí misma, siempre y cuando incluya la participación de Estados cuyos intereses fueran especialmente afectados".⁷⁷

En efecto, este punto es especialmente relevante a la hora de analizar el estatus del artículo 3 común, ya que los Convenios de Ginebra han sido ratificados por prácticamente todos los Estados en la actualidad y ello podría ser indicio de un consenso generalizado sobre su valor,⁷⁸ toda vez que puede entenderse, como señalara Sohn, que las convenciones multilaterales tienen importancia "no solo como un tratado entre sus partes, sino como un registro del consenso de los expertos acerca de lo que el derecho es o debería ser".⁷⁹

Asimismo, y aunque pudiera abrir una compleja discusión que excede la finalidad de la presente investigación, entiendo necesario advertir que semejante ratificación generalizada del artículo 3 común junto con la obligatoriedad moral que este implica, es un importante argumento a favor de quienes entienden que dicha norma goza del estatus de *ius cogens* o norma perentoria. Al respecto, Rafael Nieto Navia ha afirmado que es difícil identificar normas perentorias salvo que fueran realmente generales, y que respecto de los cuatro Convenios de Ginebra, ello solo puede decirse del artículo 3 común. Por otro lado, agrega que solo pueden ser consideradas igualmente perentorias aquellas provisiones de los Protocolos Adicionales que reflejen a las contenidas en el artículo 3 común.⁸⁰

Sin deseo de pronunciarme sobre el carácter de *ius cogens* del artículo 3 común, entiendo que su aceptación por parte de la generalidad de los Estados por vía de tratado implica un *opinio juris* de tal magnitud que permite admitir, al menos, su naturaleza consuetudinaria. Por otro lado, y en

77. CIJ, *North Sea...*, ob. cit., párr. 73.

78. No resta aclarar, empero, que la discusión terminaría siendo más bien académica: habiendo sido ratificado por casi todos los Estados reconocidos, los Convenios (y el Artículo 3 mediante ellos) ya gozan de generalizada aplicabilidad convencional, sin perjuicio de su carácter consuetudinario, aunque atribuirle esta naturaleza podría ser relevante en caso de que un Estado denunciara el tratado.

79. SOHN, L., "Unratified Treaties as a Source of Customary International Law", en *Realism in Law-Making: Essays on International Law in Honor of Willem Riphagen*, Bos & H. Siblesz, 1986, p.239.

80. NIETO NAVIA, R., "International Peremptory Norms (Jus Cogens) and International Humanitarian Law", en *Man's Inhumanity to Man: Essays on International Law in Honour of Antonio Cassese*, Kluwer Law International, 2003, pp. 636-637.

sintonía con la lógica que plantea Nieto Navia (y que ya fuera mencionada anteriormente la opinión implícita del TPIY en *Tadić*),⁸¹ entiendo que si se sostiene que el artículo 3 común es costumbre, lo mismo puede afirmarse respecto de aquellas normas del Protocolo II que plasmen sus principios.

Por el contrario, continúa resultando esquivo establecer el carácter consuetudinario de aquellos artículos del Protocolo II que excedieran el marco del artículo 3 común: tal sería el caso, por ejemplo, del artículo 11, que dispone la protección de unidades y transportes médicos, y del artículo 17, que prohíbe el desplazamiento forzoso de civiles. No solo el número de Estados ratificantes del Protocolo II es notablemente menor respecto de los Convenios, sino que muchos de los Estados no ratificantes podrían identificarse como aquellos cuyos intereses son "especialmente afectados"⁸² en materia de conflictos internos o no internacionales, como los Estados Unidos, Irán, Irak, Siria, Turquía, India y Pakistán.⁸³ Sería lógico que, si se le diera valor de *opinio juris* al hecho de que un Estado ratificara un tratado, igual y contrario valor se diera a su abstención de hacerlo.

En definitiva, el examen de la naturaleza consuetudinaria de estas cláusulas del Protocolo II debería tener en cuenta la práctica de los Estados no parte. En su defecto, admitiendo la complejidad del análisis de sus actos en el campo de batalla, podría probarse que existe práctica generalizada de los Estados Parte dotada de *opinio juris*,⁸⁴ es decir, que los Estados están motivados por la creencia de que una determinada conducta es requerida no solo contractualmente sino por principios subyacentes de humanidad.⁸⁵

Lamentablemente, los estudios existentes no han logrado abordar satisfactoriamente ninguna de estas dos posibilidades y el carácter consuetudinario de aquellas normas del Protocolo II que amplían el campo de protección respecto del artículo 3 común, continúa siendo una incógnita.

81. Ver nota 26.

82. BELLINGER, J. y HAYNES, W., ob. cit., p. 445.

83. Sobre este punto, los autores mencionan que el Estudio de la Cruz Roja ha tomado como "equivalentes" a la práctica de Estados con relativamente escasa historia de participación en conflictos armados y la práctica de Estados que han tenido una mayor extensión o profundidad de experiencia.

84. Bin Cheng realiza esta distinción entre *opinio juris generalis* y *opinio obligationis conventionalis* en CHENG, B., "Custom: The Future of General State Practice in a Divided World", en *The Structure and Process of International Law*, R. Macdonald y D. Johnston Eds., 1983, pp. 532-533.

85. MERON, T., *Geneva Conventions...*, ob. cit., p. 367.

V. CONCLUSIÓN

Como fuera expuesto, existe un fuerte consenso entre los organismos internacionales respecto del carácter consuetudinario de las reglas contenidas en el artículo 3 común y el Protocolo Adicional II.

Sin embargo, tanto la Corte Internacional de Justicia como el Tribunal para la Ex Yugoslavia han omitido la discusión acerca de la práctica física u operacional de los Estados y los grupos armados. Similar postura tomó el Comité Internacional de la Cruz Roja en su reciente estudio, que ha depositado excesiva confianza en la práctica verbal de los Estados, e ignorado completamente la práctica de los grupos armados.

Esta metodología ha estado cargada de un cierto tinte moralista, en tanto pretende llegar a conclusiones sobre el derecho existente sobre la base de lo que el derecho debería ser, y no sobre lo que el derecho es.

Asimismo, el hecho de que los Convenios y el Protocolo gocen de un gran número de Estados ratificantes, ha significado un problema adicional en el análisis de la costumbre. Aun cuando se pusiera la debida atención en la práctica de Estados y/o grupos armados, tanto verbal como operacional, restaría resolver el problema del "desenredo", esto es, la separación entre la práctica realizada en cumplimiento de obligaciones convencionales, y los actos motivados por convicciones legales.

Sobre este punto, y más allá de las evaluaciones de los mencionados tribunales internacionales, podría receptarse la idea de que la aceptación generalizada de un tratado puede asimilarse a un consenso general entre los Estados, identificando a su contenido con lo que el derecho debe ser (*lex lata* con *lex ferenda*). En ese sentido, es posible afirmar que las reglas del artículo 3 común gozan de estatus consuetudinario, a pesar de la práctica en contrario, al igual que ciertas normas del Protocolo II en tanto reflejen dichos principios.

Sin embargo, no resulta convincente la idea de que el Protocolo II, en su totalidad, haya devenido en costumbre internacional. Respecto de aquellas reglas que implicaran un suplemento o extensión del ámbito de protección más allá del artículo 3 común (como los mencionados artículos 11 y 17), difícilmente pueda sostenerse su aplicabilidad frente a Estados no ratificantes, máxime cuando la práctica de algunos de estos Estados es especialmente relevante (por estar envueltos en conflictos internos), y ella no parece indicar respeto a estándares humanitarios básicos.

Como dijera Sir John Fisher en el marco de la Conferencia de La Haya en 1907, “humanizar la guerra es como intentar humanizar el infierno”.⁸⁶ Considero que el camino para humanizar el infierno de los conflictos armados no internacionales tiene poco que ver con la imposición de reglas a Estados y grupos que, con su práctica, demuestran el rechazo que tienen por ellas. Sin perjuicio de que establecer el carácter consuetudinario de ciertas reglas del Derecho Internacional Humanitario pudiera tener relevancia para asegurar su respeto (especialmente por el *costoreputacional* que implica para Estados y grupos armados ser catalogado como criminal de guerra), un esfuerzo serio tendiente a la humanización de los conflictos armados necesariamente requerirá el fortalecimiento de las instituciones democráticas tanto a nivel local como internacional, junto con un estudio y comprensión de las razones que motivan a los Estados y grupos armados a respetar o violar las reglas del Derecho Internacional Humanitario.⁸⁷ De lo contrario, pretender crear normas de derecho ignorando o intentando ignorar lo que sucede en el campo de batalla, es caminar a ciegas.

BIBLIOGRAFÍA

A. Jurisprudencia, resoluciones y opiniones consultivas

COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS, Resolución 1993/66.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Tercer Informe sobre la Situación de Derechos Humanos en Colombia, OEA/Ser.L/V/II.102, Doc.9, 26/02/1999.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua* (Nicaragua c. Estados Unidos), Fondo, 27/06/1986, y votos de Sir Robert Jennings y Roberto Ago.

86. Citado en PICTET, J., *Development...*, ob. cit., p.80.

87. BANGERTER, O., ob. cit., p. 383, concluye su artículo afirmando: “In a dialogue about civilians, it is not enough to repeat over and over again the standard chant that ‘killing civilians is wrong because it is against the law and it is against the law because it is wrong’. This circular reasoning – which sums up the intellectual basis of most popular pro-civilian reasoning today – is obviously not enough of an argument to challenge and convince committed anti-civilian ideologues”.

- , *Case Concerning the Continental Shelf* (Yamahiriya Árabe Libia c. Malta), Fondo, 03/06/1985.
- , *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Opinión Consultiva del 08/07/1996, solicitada por la Asamblea General.
- , *North Sea Continental Shelf*, Fondo, 20/02/1969.
- TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA, *Prosecutor v. Dusko Tadić*, Caso N° IT-94-1-I ("Decision On The Defence Motion For Interlocutory Appeal On Jurisdiction"), 02/10/1995.
- , *Prosecutor v. Dario Kordic, Mario Cerkez*, Caso N° IT-95-14/2-PT ("Joint Defense Motion to Dismiss the Amended Indictment Based on the Limited Jurisdictional Reach of Articles 2 and 3"), 02/03/1999.
- , *Prosecutor v. Zejnil Delalic, Zdravko Mucic, Hazim Delic, Esad Landzo* ("Celebici"), Caso N° IT-96-21-T ("Judgement"), 16/11/1998.
- TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA, *Prosecutor v. Akayesu*, Caso N° ICTR-96-4-T ("Judgement"), 02/09/1998.

B. Doctrina

- BANGERTER, Olivier, "Reasons Why Armed Groups Choose to Respect International Humanitarian Law or Not", en *International Review of the Red Cross*, vol. 93, n° 882, junio 2011, pp. 353-384.
- BARBERIS, Julio A., *Formación del derecho internacional*, Buenos Aires, Ábaco, 1994.
- BAXTER, Richard, "Treaties and Custom", en *Recueil des Cours*, vol. 129, 1970, pp. 26-106.
- BELLINGER, John B. y HAYNES, William J., "A U.S. Government Response to The International Committee of the Red Cross Study", en *International Review of the Red Cross*, vol. 89, n° 886, junio 2007, pp. 443-471.
- BLUM, Gabriella, "Re-envisaging the International Law of Internal Armed Conflict: A Reply to Sandesh Sivakumaran", en *22 EJIL* 265, febrero 2011, pp. 265-271.
- BOTHE, Michael, *et al.*, *New Rules for Victims of Armed Conflicts*, Martinus Nijhoff, 1982.
- CHENG, Bin, "Custom: the Future of General State Practice in a Divided World", en *The Structure and Process of International Law*, R. Macdonald & D. Johnston Eds., 1983, pp. 513-554.
- CICR, *Practice Relating to Rule 96. Hostage-Taking*, consultado en [https://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rul_rule96] el 28/07/2016.

- , Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to The Geneva Conventions of 12 August 1949, 1987.
- CORN, Geoffrey S., "Regulating Hostilities in Non-International Armed Conflicts", en *91 International Law Studies*, Ukraine Forum, 2015, pp. 281-322.
- FORSYTHE, David P., "Legal Management of Internal War: The 1977 Protocol on Non-International Armed Conflicts" en *AJIL*, vol. 72, n° 2, abril 1978, pp. 272-295.
- GOLDSMITH, Jack y POSNER, Eric, "Understanding the Resemblance between Modern and Traditional Customary International Law", en *40 Virginia Journal of International Law*, 2000, pp. 639-672.
- HENCKAERTS, Jean-Marie y DOSWALD-BECK, Louise, *Customary International Humanitarian Law, Volume I: Rules*, ICRC, 2005.
- HENCKAERTS, Jean-Marie, "Study on Customary International Humanitarian Law", en *International Review of the Red Cross*, vol. 87, n° 857, pp. 175-197.
- KALSHOVEN, Frits, *Reflections on the Law of War: Collected Essays*, Martinus Nijhoff, 2007.
- KLEFFNER, Jann K., "The Applicability of International Humanitarian Law to Organized Armed Groups", en *International Review of the Red Cross*, vol. 93, n° 882, junio 2011, pp. 325-357.
- MERON, Theodor, "Geneva Conventions as Customary Law", en *AJIL*, vol. 81, n° 2, abril 1987, pp. 348-370.
- , "On The Inadequate Reach of Humanitarian and Human Rights Law and the Need for a New Instrument", en *AJIL*, vol. 77, n° 3, julio 1983, pp. 589-606.
- , "Revival of Customary Humanitarian Law", en *AJIL*, vol. 99, n° 4, octubre 2005, pp. 817-834.
- NIETO NAVIA, Rafael, "International Peremptory Norms (Jus Cogens) And International Humanitarian Law", en *Man's Inhumanity to Man: Essays on International Law in Honour of Antonio Cassese*, Kluwer Law International, 2003, pp. 595-640.
- PETRASEK, David, "Moving Forward on the Development of Minimum Humanitarian Standards", en *AJIL*, vol. 92, julio 1998, pp. 557-563.
- PICTET, Jean, *Development and Principles of International Humanitarian Law*, Martinus Nijhoff, 1985.
- SASSÒLI, Marco, "Taking Armed Groups Seriously: Ways to improve their Compliance with International Humanitarian Law", en *Journal*

of International Humanitarian Legal Studies, vol. 1, n° 1, 2010, pp. 5-51.

SCHMITT, Michael N., "The Syrian Intervention: Assessing the Possible International Law Justifications", en *International Law Studies*, vol. 89, 2013, pp. 744-756.

SOHN, Louis B., "Unratified Treaties as a Source of Customary International Law" en *Realism In Law-Making: Essays on International Law in Honor of Willem Riphagen*, Bos & H. Siblesz, 1986, pp. 231-246.

STIGALL, Dan E. y BLAKESLEY, Christopher L., "Non-State Armed Groups and the Role of Transnational Criminal Law during Armed Conflicts", en *George Washington International Law Review*, vol. 48, 2015, pp. 1-42.

WOOD, Elizabeth J., "Armed Groups and Sexual Violence: When is War-time Rape Rare?" en *Politics & Society*, vol. 37, n° 1, marzo 2009, pp. 131-161.

ZEGVELD, Liesbeth, *Accountability of Armed Opposition Groups in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002.



LA RESPONSABILIDAD DE PROTEGER*

LAUREANO GENIN**

Resumen: El término Responsabilidad de Proteger ha dominado el debate de la intervención humanitaria desde su publicación y origen en el 2001, con el reporte de la Comisión Internacional sobre Intervención y Soberanía de los Estados (ICISS, por sus siglas en inglés). Es una idea que si bien es compartida por la Comunidad Internacional en mayor o menor medida, en el sentido de la necesidad de asegurar el derecho a la vida e integridad de las personas como fin último del sistema internacional de protección a los derechos humanos, el término no está libre de polémica y no obsta a que se genere gran desconfianza, principalmente en los países débiles e inestables por el posible hecho de que este concepto se transforme en un "Caballo de Troya" a ser usado por las grandes potencias para intervenir a su antojo países y así obtener beneficios *non sanctos* para sus intereses propios.

Por esto es que es necesario un sistema de reglas claras que por un lado aseguren la protección a los Derechos Humanos fundamentales de todos los habitantes de nuestro planeta, sin importar nacionalidades y, por el otro, un límite claro para el ejercicio de este tipo de intervenciones y así prevenir abusos de los países poderosos sobre los débiles.

Palabras clave: comunidad internacional – soberanía – responsabilidad de proteger – consejo de seguridad – derechos humanos

Abstract: The concept of Responsibility to Protect has dominated the debate of humanitarian intervention since it was itself created in 2001 with the report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty (ICISS). This is an idea that, even though shared by the International Community in general in the sense that it is necessary to ensure the right of life and integrity of

* Recepción del original: 06/06/2016. Aceptación: 26/10/2016.

** Estudiante de Abogacía (UBA).

people as the ultimate purpose of the universal system of protection of human rights, it has a considerable amount of criticism. It may generate a feeling of distrust, mainly in the weak and unstable countries due to the fact that R2P can transform in a "Trojan Horse" to be used by the powerful countries to intervene the former as they please and by doing so, obtain benefits *non sanctos*.

This is why it is extremely important to set up a system with clear rules that, on the one side, assure the protection of fundamental human rights of every single human being without paying attention to nationalities and, on the other, set a clear limit for the execution of interventions so as to prevent abuses from the powerful.

Keywords: international community – sovereignty – responsibility to protect – security counsel – human rights

I. INTRODUCCIÓN

Vivimos en una sociedad global, compleja e interconectada. El mundo es un lugar único en el que países, civilizaciones, pueblos y culturas en apariencia separadas, a su vez, son inseparables. ¿Solo porque las personas son de la misma nacionalidad del Estado en el cual sufren violaciones a sus derechos humanos la Comunidad Internacional debería abstenerse de intervenir? ¿Cuál y cómo debería ser la respuesta de la comunidad internacional cuando se enfrenta a situaciones de graves violaciones a los Derechos Humanos dentro de un Estado que, o bien no hace lo necesario para acabar con esa situación o es quien la está llevando a cabo pero clama inmunidad de intervención basándose en el principio de soberanía nacional?

Si bien los principios de igualdad soberana y de prohibición de intromisión en los asuntos internos de cada Estado son principios fundamentales en los cuales se basa el sistema internacional, ¿Es correcto mantener su carácter absoluto frente a grandes violaciones a los derechos humanos? El deber de protección hacia esas personas por el simple hecho de existir frente a un Estado genocida o indiferente, ¿No debería ser superior al concepto de soberanía absoluta?

Sí, la hipótesis que se propone es que la Responsabilidad de Proteger erosiona la idea de soberanía absoluta de los Estados y permite a la Comunidad Internacional, en ciertos casos, intervenir países para termi-

nar con genocidios, masacres u otras graves violaciones a los derechos humanos de esa magnitud.

Existe una discusión teórica muy delicada que trataré de llevar adelante en la primera parte de este trabajo e involucra las relaciones internacionales, el derecho, la moral, la ética, la filosofía política, los derechos humanos y a la humanidad toda. La dicotomía está entre el principio de soberanía absoluta de los estados y la intervención para la protección a los derechos humanos.

En la segunda parte buscaré enfocarme en cuestiones de aplicación práctica de la Responsabilidad de Proteger y los problemas que esto acarrea, principalmente frente al desbalance de poderes y problema de legitimidad del Consejo de Seguridad y las malas experiencias que sufrió la humanidad en la década del 90 y actualmente se repiten en Siria.

II. SOBERANÍA Y UN NUEVO PARADIGMA

II.A. Concepción liberal de la soberanía

Para examinar la relación entre responsabilidad de proteger y el Estado soberano es conveniente reflexionar desde el punto de vista de la filosofía política. Esta da fundamentos teóricos y permite explicar cómo la responsabilidad de proteger se relaciona con la soberanía del Estado.

Para Locke, si los poderes públicos no cumplen con el contenido de las leyes naturales, el pueblo está legitimado para resistir o rebelarse.¹ La cueva de Polifemo² en la que Ulises y los suyos no tenían cosa que hacer, sino esperar para ser devorados por el gigante, ofrece una buena metáfora de los habitantes cautivos en un Estado donde se violan en gran escala los derechos humanos fundamentales.³

“Y para que los hombres se contengan a la hora de invadir los derechos de los demás, eviten los daños mutuos y se observe la ley natural, cuyo deseo es la paz y la preservación de la humanidad, en este estado ha sido puesta a disposición de todos los hombres la ejecución de la ley

1. FERNÁNDEZ SANTILLÁN, J., *El despertar de la sociedad civil*, Océano Express, 2012, p. 187.

2. HOMERO, *La Odisea*, Madrid, Cátedra, 2006, pp. 105 y ss.

3. BIEDMA, J., *El contractualismo de Locke*, Filosofía y Ciudadanía, 2012, p. 3.

de la naturaleza, por la cual, cualquiera tiene el derecho a castigar a los transgresores en un grado tal que impida su violación".⁴

Locke piensa que cada uno de nosotros está hecho para durar todo el tiempo que le plazca a Dios y tiene el deber de conservarse a sí mismo en la medida que le sea posible, así como al resto de los miembros de su especie. Por tanto, ni puede dañar a otro en lo que atañe a su vida, salud, libertad o posesiones, ni puede suprimir su misma vida.⁵ Cada hombre está obligado a contener o, si es necesario, destruir aquellas cosas que son nocivas para la humanidad.

Por eso es necesario que el pueblo, como sujeto que otorga la legitimidad a la organización mayor, se reserve la última decisión, el derecho de juzgar si hay o no hay causa justa para dirigir su "apelación a los cielos", que claramente podría ser a la Comunidad Internacional. Este es un derecho que legitima la violencia, es la revolución entendida como guerra justa. El pueblo no ha podido dar a los gobernantes en quienes deposita su confianza el poder de obrar injustamente, pues ese poder jamás lo tuvo siquiera el propio pueblo. Tras "apelar al cielo" y entrar en guerra, el pueblo recupera a través de la revolución aquel proceder racional que los gobernantes han destruido. No existe subversión del sistema, sino la restauración del mismo. La revolución se entiende así como reconstitución del orden alterado por el comportamiento de los gobernantes.⁶

II.B. De la soberanía liberal a R2P

Esta concepción liberal de soberanía cultiva el fundamento de la teoría política de la Responsabilidad de Proteger. El poder gubernamental podría, a veces, no estar dispuesto o no ser capaz de proteger a los ciudadanos, o mismo ser el que ejecuta la violación de sus derechos, este es el caso de un Estado fallido.⁷ En tales circunstancias, algunos tipos de actividades de consolidación de la paz, e incluso intervenciones humani-

4. LOCKE, J., *Dos ensayos sobre el gobierno civil*, Espasa Calpe, 1991, p. 7.

5. LOCKE, J., *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, Madrid, Alianza, 1994, p. 36-38.

6. MACPHERSON, C. B., *La teoría política del individualismo posesivo*, Barcelona, Fontanella, 1970.

7. *Humanitarian intervention: controversial questions*, ISN Special Issue, consultado en [https://www.files.ethz.ch/isn/130866/ISN_Special_Issues_Nov.2005.pdf], noviembre de 2005.

tarias, podrían ser justificadas. Esta es una razón teórica que justifica las actividades internacionales de consolidación de la paz.⁸

Entonces, si consideramos que la lógica subyacente a la intervención está teóricamente fundada sobre el concepto liberal de soberanía, esto no se opondría al concepto del Estado soberano. Mejor dicho, por paradójico que pueda ser, la teoría de la soberanía es una de las bases fundamentales para la Responsabilidad de Proteger. La soberanía entendida en un marco constitucional justifica e incluso exige la consolidación de la paz por el bien de los derechos de los ciudadanos y el bienestar de la gente. Si el ejecutor del poder supremo no está dispuesto o no puede practicar su poder adecuadamente en nombre del poder supremo constitutivo de la gente, la teoría de la soberanía requiere y justifica la ayuda externa en nombre de la consolidación de la paz.⁹

Tomar como base la teoría liberal nos lleva a considerar que no todas las intervenciones en los Estados violan su soberanía, aun cuando una intervención repudia a cierto poder gubernamental. Si se ha abusado del poder gubernamental violando en gran escala los derechos humanos fundamentales, el orden constitucional se ve destruido. Se requeriría y justificaría una acción revolucionaria para hacer cesar esa situación y reemplazar a quien ejerce el poder gubernamental en nombre del poder supremo del pueblo. Este es un válido criterio de justificación de la intervención humanitaria contemporánea.

II.C. La evolución de la idea de soberanía

El concepto clásico de soberanía representaba, según los Tratados de Westfalia, la identidad jurídica de un Estado dentro del derecho internacional. Entonces, los Estados soberanos se consideraban iguales sea cual fuera su tamaño o su riqueza comparativa y esto aportaba orden, estabilidad y predictibilidad a las Relaciones Internacionales. El principio de la igualdad soberana de los Estados se consagra en el primer párrafo del artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas y a su vez el

8. SHINODA, H., "Relaciones entre la teoría contemporánea del Estado soberano y la consolidación de la paz", en *Revista CS*, n°3, enero-junio: Paz y seguridad humana, Universidad ICESI, 2009.

9. PARIS, R., *At war's end: building peace after civil conflict*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, pp. 40-43.

párrafo séptimo del mismo artículo establece que ninguna disposición de esa Carta autorizará a Naciones Unidas a intervenir en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados ni tampoco obligará a los miembros a someter dichos asuntos a procedimientos de arreglo conforme a la presente Carta.

En el plano interno, la soberanía es la capacidad de tomar decisiones imperativas respecto de la población y los recursos que se encuentran dentro del territorio de un Estado. En un mundo peligroso que se caracteriza por abrumadoras desigualdades de poder y recursos, la soberanía es la mejor, y a veces aparentemente la única, defensa de muchos Estados.

Pero la soberanía es mucho más que un principio funcional de las relaciones internacionales: es un reconocimiento a todos los Estados, sin importar su tamaño o importancia, de su dignidad, su derecho a poseer una identidad singular y a manejarse internamente con libertad para determinar su destino. Por ello, "el principio de la igualdad soberana de todos los Estados establecido en el derecho internacional constituye uno de los pilares de la Carta de las Naciones Unidas".¹⁰

Sin embargo, este concepto ha evolucionado a lo largo de los años hacia un concepto de la soberanía entendida como responsabilidad, que encuentra cada vez mayor reflejo en la práctica de los Estados y es importante por tres motivos principalmente: en primer lugar, implica que las autoridades estatales son responsables de proteger la seguridad y la vida de los ciudadanos y promover su bienestar; en segundo lugar, sugiere que las autoridades políticas nacionales son responsables ante los ciudadanos a nivel interno y ante la comunidad internacional a través de las Naciones Unidas; y, en tercer lugar, significa que los agentes del Estado son responsables de sus actos, es decir, que han de rendir cuentas de sus actos u omisiones. Este concepto de soberanía está respaldado por la creciente influencia de las normas de derechos humanos y la mayor presencia en el discurso internacional del concepto de seguridad humana.¹¹

La Declaración Universal y los dos Pactos establecieron un punto de referencia para la conducta de los Estados en el área de los Derechos Humanos, inspiraron las disposiciones de numerosas leyes nacionales y

10. *La Responsabilidad de Proteger*, Informe de la Comisión Internacional sobre Intervención y Soberanía de los Estados, diciembre de 2001, p. 8.

11. *Ibid.*, p. 15.

convenciones internacionales y condujeron a la creación de infraestructuras nacionales para la protección y promoción de los Derechos Humanos a largo plazo. Específicamente, la Declaración Universal de Derechos Humanos considera a la sociedad humana, a todos, como sujetos pasivos de los derechos en ella enumerados y que merecen respeto universal. Esta no asigna responsabilidades específicas a los diferentes Estados parte, que son quienes la cumplen en particular, sino que apunta a la responsabilidad del sistema entero de proteger los Derechos Humanos.

Los Estados se asignan esta responsabilidad compartida y asumen primordialmente la responsabilidad por el área bajo su jurisdicción. Esto puede ser interpretado como una asignación colectiva de autoridad a los soberanos en nombre de todos los seres humanos.

Para recordar la idea de Madison, los gobiernos estatales son en definitiva fideicomisarios de todos los seres humanos porque la última y residual autoridad reside en la humanidad.¹²

II.D. ¿Cómo se justifica la intervención en el contexto de la soberanía?

Está surgiendo un principio rector que favorece la intervención con fines de protección humana que encuentra respaldo en fuentes jurídicas muy diversas, incluidas las que no guardan relación con de los deberes, las responsabilidades y la autoridad que dimanan del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas. Entre ellas encontramos a los principios básicos del derecho natural, la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención contra el Genocidio, los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales sobre derecho internacional humanitario, el estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y otros muchos pactos internacionales de derechos humanos.

Se parte desde una idea básica: cuando el Gobierno no cumple con su principal rol, que es proveer protección a sus ciudadanos, la comunidad internacional debe asumir esta responsabilidad. La soberanía y el derecho de no injerencia que históricamente han servido como *carte blanche*

12. BENVENISTI, E., "Sovereigns as Trustees of Humanity: On the Accountability of States to Foreign Stakeholders", en *The American Journal of International Law*, vol. 107, n° 2, 2013, p. 307.

sobre el comportamiento interno sin consecuencias para los Gobiernos del mundo, ya no son sagrados.¹³

Este es el nuevo paradigma, la soberanía como "derecho condicional". La soberanía absoluta ha sido "destronada" por el pueblo cuya voluntad es ahora la base de la autoridad del gobierno.¹⁴ El derecho de gobernar de un soberano es condicionado al respeto por su propio pueblo, aquellos encomendados a su cuidado.¹⁵

Esto implica la responsabilidad primordial del Estado de proteger la vida y los Derechos Humanos de sus habitantes y solo es posible un ejercicio legítimo de la soberanía en tanto el Estado esté en condiciones de cumplir con esta responsabilidad.

En el contexto de la sociedad contemporánea internacional, el hecho de "apelación al cielo" podría justificar la intervención humanitaria para proteger a las personas en caso de negligencia o grave abuso del poder gubernamental. Esta es la teoría de soberanía de la escuela de la Responsabilidad de Proteger.

II.E. ¿Una nueva idea del Derecho Internacional?

En lugar del tradicional foco en la soberanía estatal como absoluta, el Derecho Internacional está experimentando un proceso de "Humanización" que prioriza derechos, intereses y la dignidad de los seres humanos, es una revolución silenciosa que ataca la visión Estado-céntrica.¹⁶ Como resultado, el contenido normativo está reflejando un énfasis en las personas y más profundamente, se está re imaginando al Derecho Internacional para transformarlo desde una sociedad anárquica de Estados hacia una comunidad global de la humanidad sin distinción, regida por el imperio del derecho.¹⁷

13. GARRIGUES, J., "La Responsabilidad de Proteger: De un principio ético a una política eficaz", en *Fundación para las Relaciones Internacionales y el Diálogo Exterior (FRIDE)*, 2007, pp. 155-170.

14. Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 21 inc. 3, GA Res. 217^a.

15. WALDRON, J., "Are sovereigns Entitled to the Benefit of the International Rule of Law?", en *European Journal International Law*, n° 22, 2011, p. 315.

16. TEITEL, R., "Humanity's Law: Rule of Law for the New Global Politics", en *Cornell International Law Journal-Cornell Law School*, 2002, pp. 355-357.

17. KOSKENNIEMI, M., "Law, Teleology, and International Relations: An Essay in Counter disciplinaryity", en *Sage Journals*, 26 International relations, 2012, pp. 3-14.

Dos notables implicancias surgen de la "humanización" del Derecho Internacional. En primer lugar, el fracaso en la protección de los Derechos Humanos fundamentales neutraliza el principio de no intervención en los asuntos internos de otro Estado y potencialmente autoriza la intervención para prevenir abusos contra las personas.¹⁸

En segundo lugar, como miembros de la comunidad global, los gobiernos gradualmente redefinirán sus intereses nacionales, y quizás hasta su identidad, para reflejar su membresía a esta amplia comunidad de la humanidad. En vez de la mentalidad *raison d'état* que prioriza el bienestar de los Estados, en un orden global humanizado, el interés propio se expande para incluir un compromiso hacia los intereses y necesidades de la comunidad humana transnacional.¹⁹ Para algunos académicos, el espíritu de la Carta de Naciones Unidas invita a los Estados a expandir sus intereses individuales para promover y alcanzar metas globales. Ya ningún país es una isla en sí mismo, sino que existe una interdependencia global.²⁰ Debido a que el orden legal global tiene su fundación en los Derechos Humanos, los soberanos pueden y deben ser vistos como órganos de un sistema global que distribuye responsabilidades a cada Estado, siendo subsidiariamente responsable la comunidad internacional y el pueblo como último y definitivo soberano.²¹

III. RESPONSABILIDAD DE PROTEGER

III.A. Estado de situación RE-R2P

El fracaso del mundo de prevenir o al menos detener el genocidio en Ruanda fue descrito como un "*pecado de omisión*" por el Secretario

18. ELDEN, S., "Contingent Sovereignty, Territorial Integrity and the Sanctity of Borders", en *SALS Review of International Affairs*, vol. XXVI, n° 1, 2006, pp. 11-17.

19. SIMMA, B. y HAGUE ACADEMY OF INTERNATIONAL LAW, *From Bilateralism to Community Interest in International Law*, Leiden, Recueil des Cours, 1994, p. 221.

20. THAKUR, R., *The United Nations, Peace and Security*, Cambridge University Press, 2006, p. 255.

21. BENVENISTI, E., "Sovereigns as Trustees of Humanity: On the Accountability of States to Foreign Stakeholders", en *The American Journal of International Law*, vol. 107, n° 2, 2013, p. 308.

General de Naciones Unidas, en aquella época Kofi Annan.²² También el Primer Ministro británico Tony Blair prometió: "*Si Ruanda sucede de nuevo no miraremos para otro lado como se ha hecho tantas veces*" e insistió que la sociedad internacional tiene un "*deber moral*" de proveer asistencia militar y humanitaria a África cuando sea que lo necesite.²³

El idealismo es inherente a las premisas de la intervención humanitaria. Mucho se ha hablado del "efecto CNN"²⁴ que se cree que ha dirigido la agenda política de Europa y Norte América hacia las operaciones de pacificación en Irak, Bosnia, Haití, Ruanda y Somalia. Es una forma de explicar un proceso que, desde una respuesta ética en un primer lugar a una tragedia de gran escala luego es transformado en acción política. Más allá de esa motivación, las intervenciones humanitarias son multilaterales y basadas en la cooperación, pero nunca son puramente humanitarias,²⁵ y existe el peligro de que los Estados poderosos se conviertan en la "Policía del Mundo" usando discrecional y arbitrariamente su poder de intervención militar para lograr otros fines ya sean económicos o políticos.

Por un lado, es ampliamente aceptado que el Consejo de Seguridad tiene el derecho de autorizar la intervención en el Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas. También hay consenso parcial entre algunos Estados que existe un deber moral de intervenir sin autorización del Consejo de Seguridad en casos extremos. Por ejemplo, la OTAN no trató de justificar los ataques aéreos en ninguna norma de Derecho Internacional y se apoyó exclusivamente en consideraciones de orden moral.²⁶ Y además, tomando el caso de Ruanda, ningún Estado durante las deliberaciones del Consejo expresó que según la prohibición al uso de la fuerza y la regla de no intervención no debería tomarse acción armada para parar el

22. "U.N. Chief's Rwanda Genocide Regret", en *BBC News World Edition*, 26 de marzo de 2004.

23. BLAIR, T., *Speech given to the Labour Party Conference*, Brighton, U.K., 2 de octubre de 2001.

24. "El efecto CNN: Un instrumento de ilusión destinado a la opinión pública", Red Voltaire, 2005.

25. FIXDAL M. y SMITH, D., "Humanitarian Intervention and Just War", en *The International Studies Association*, vol. 42, n° 2, 1998, p. 284.

26. CONSIGLI, A., *La intervención humanitaria a la luz del Derecho Internacional actual*, 2004, consultado en [<http://www.corteidh.or.cr/tablas/R21642.pdf>], p. 179.

derramamiento de sangre.²⁷ El problema es cuando esta responsabilidad se hace efectiva y de qué forma.

III.B. Un concepto revolucionario

El concepto de Responsabilidad de Proteger, como se vio anteriormente, surge a partir de un indispensable mea culpa que tuvo entre otros protagonistas al Secretario General Kofi Annan, ante el fracaso de Naciones Unidas frente a las grandes tragedias Posguerra fría, en particular el genocidio en Ruanda de 1994 y la masacre en la "zona segura" de Srebrenica en 1995, a partir de cuándo comenzó el debate sobre la temática, que aún no está ni cerca de saldarse.

El Secretario General de Naciones Unidas y algunos miembros permanentes del Consejo de Seguridad sabían que oficiales conectados al gobierno africano estaban planeando un genocidio; las fuerzas de Naciones Unidas estaban presentes, aunque no en número suficiente y eran posibles estrategias para prevenir o al menos mitigar en gran medida la matanza que le siguió. Pero el Consejo de Seguridad se negó a tomar la acción necesaria, esa fue una falta de coraje de la comunidad internacional al más alto nivel que años después hizo un mea culpa y aceptó su responsabilidad.²⁸ Su consecuencia no fue únicamente la catástrofe humanitaria de Ruanda, sino que el genocidio desestabilizó toda la región de los Grandes Lagos y lo continúa haciendo. Entonces, parece que en definitiva en la retórica sobre la universalidad de los derechos humanos, algunas vidas terminan importando mucho menos para la comunidad internacional que otras.²⁹ En sus palabras frente a otro grave desastre humanitario, "Tanto la Organización como sus Estados miembros tienen mucho que aprender de la caída de Srebrenica. Si aspiramos a que los pueblos del mundo tengan fe en las Naciones Unidas, aprender esta lec-

27. WALZER, M., "The Politics of Rescue", en *Arguing about War*, Nueva Haven, Yale University Press, 2004, pp. 67-81.

28. "Report of the Independent Inquiry into the actions of the United Nations during the 1994 genocide in Rwanda", p. 54.

29. NAUMANN, K, *The Responsibility to Protect – Humanitarian Intervention and the Use of Military Force*, Keynote Address at the 20th Annual Seminar of the Conference of Defense Associations Institute, consultado en [<http://www.journal.forces.gc.ca/vo5/no4/humanitarian-eng.asp>] el 26/02/2004, párr. 3.

ción es un deber ineludible".³⁰ Pero no fue solo el fracaso de la Secretaría como órgano administrativo y ejecutor de Naciones Unidas sino también de los demás órganos de Naciones Unidas, especialmente del Consejo de Seguridad que deberían haber realmente controlado y asegurado que la zona protegida supuestamente por los 400 cascos azules holandeses era "segura" y entonces esa catástrofe donde murieron más de 8.000 mil personas nunca debería haber ocurrido. Su tibia e ineficaz actuación puso bajo la lupa su rol y la capacidad de respuesta del sistema internacional frente a conflictos urgentes.

El problema es que hay dos aristas principales que entorpecen el debate con el respectivo grupo de países que las apoyan. Por un lado, países como Cuba o Sudán, conscientes de su debilidad frente a las grandes potencias, que defienden una visión absoluta de la soberanía que incluye el derecho de los órganos del Estado a cometer actos contrarios al Derecho Internacional mientras lo hagan dentro de su territorio. Y por el otro, los miembros permanentes del Consejo de Seguridad que se niegan a repensar la función del mismo y no están dispuestos a aceptar ninguna reglamentación que limite su poder.

III.C. Responsabilidad de Proteger, ¿qué significa?

El concepto fue acuñado por la Comisión Internacional sobre Intervención y Soberanía Estatal (ICISS por sus siglas en inglés) en 2001. Esta Comisión es un organismo independiente creado en la Cumbre del Milenio de las Naciones Unidas en 2000 que busca apoyar a esta organización promoviendo el debate sobre la relación entre intervención y soberanía de los Estados; compatibilizar la responsabilidad de la comunidad internacional para actuar ante violaciones masivas de normas humanitarias al mismo tiempo de respetar los derechos soberanos de los estados y fomentar el consenso político mundial sobre el curso de acción a tomar.

Para llegar al mismo se sintetizaron perspectivas diversas y no solo de países centrales o del pensamiento occidental, sino que la Comisión

30. "Informe del Secretario General de conformidad con la res. 53/35 de la Asamblea General. La caída de Srebrenica", Sección XI.G "Lecciones para el futuro", A/54/549, 1999, pp. 498-500.

estuvo copresidida por Australia y Argelia e integrada por Canadá, Estados Unidos, Rusia, Sudáfrica, Filipinas, India, Guatemala, entre otros. Sin embargo, expresamente el concepto surge 10 años después de "Srebrenica" cuando se aprobó el principio de Responsabilidad de Proteger como consecuencia de la Cumbre Mundial de la Organización de las Naciones Unidas de 2005.³¹

Era necesaria una fórmula que estableciera un mecanismo de respuesta para casos extremos que pueda ser aceptada, defendida y aplicada por la comunidad internacional de manera efectiva, para además actuar como elemento disuasivo creíble. Los actores nacionales no podrían entonces contar con la impunidad que les otorga la indiferencia o el aislamiento, sino que deberían razonablemente esperar una respuesta frente a su incumplimiento.

La Comisión, entendiendo la razonable desconfianza de los países débiles, uno de los problemas anteriormente mencionados, se propuso despegarse del concepto de "intervención Humanitaria" porque este fue usado históricamente para intentar justificar invasiones injustificables por parte de potencias coloniales y militares y por lo tanto desprestigiado y carente de toda legitimidad. Entonces la ICISS cambia el enfoque creando el concepto de "R2P" ubicando a la responsabilidad primordial en el Estado Nacional y establece la obligación de la comunidad internacional de cooperar con ese Estado para el mejor desempeño de esta responsabilidad y solo en el caso excepcional y extremo de un quiebre en la soberanía del Estado y el fracaso de ejercerla eficazmente, ya sea por una situación de desgobierno o por una política deliberada, se plantea la posibilidad subsidiaria de la comunidad internacional. Tras afirmar que la intervención militar es una medida excepcional y extraordinaria, de última ratio, exige para su legitimidad que emane de la autoridad correcta, afirmando que únicamente las Naciones Unidas pueden autorizar la acción militar en nombre de la totalidad de la comunidad internacional, en lugar de solo unos pocos.³²

La ICISS expresa: "los fundamentos de la responsabilidad de proteger, como un principio guía para la comunidad internacional de Estados,

31. "Documento Final de la Cumbre Mundial", Naciones Unidas, 14-16 de septiembre de 2005.

32. "The responsibility to Protect. Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty", Ottawa: International Development Research Centre, 2001, p. 52.

descansan en (1) las obligaciones inherentes al concepto de soberanía; (2) el art. 24 de la Carta de las Naciones Unidas que confiere al Consejo de Seguridad la responsabilidad de mantener la paz y la seguridad internacionales; (3) las obligaciones jurídicas específicas que surgen de las declaraciones, los pactos y los tratados relativos a los derechos humanos y la protección humana, así como del derecho internacional humanitario y el derecho interno; y (4) la práctica creciente de los Estados, las organizaciones regionales y el propio Consejo de Seguridad".³³ Posteriormente proclama: "la responsabilidad de proteger abarca, a saber, tres responsabilidades específicas".

A. La responsabilidad de prevenir: atender las causas de origen y las causas directas del conflicto interno y otras crisis creadas por el hombre que ponen a la población en peligro.

B. La responsabilidad de reaccionar: responder a situaciones de necesidad humana contundente con medidas apropiadas, que podrían incluir medidas coactivas como sanciones, juicios internacionales y, en casos extremos, intervención militar.

C. La responsabilidad de reconstruir: proporcionar, especialmente después de una intervención militar, asistencia total con recuperación, reconstrucción y reconciliación, identificando las causas de los peligros que la intervención ha intentado detener o evitar.³⁴

En resumen, la ICISS insiste que la prevención del conflicto, la intervención humanitaria y la consolidación de la paz son asuntos de responsabilidad de la comunidad internacional, mientras que la responsabilidad inicial primaria es inherente en el concepto de soberanía.

III.D. ¿Y Naciones Unidas?

Las Naciones Unidas surgieron tras las Segunda Guerra Mundial como un mecanismo fortalecido por la convicción de la comunidad internacional de que era indispensable poner un alto a los horrores de esa guerra. Más allá de su relativo éxito en evitar nuevas guerras, sin duda no puede dejar de funcionar como un cuestionamiento perturbador su incapacidad de una reacción eficaz ante la limpieza étnica y el genocidio,

33. *Ibid.*, sinopsis, (2).

34. *Ibid.*, (3).

justamente uno de los legados más infames del momento histórico que le dio vida.

En el análisis de Hurd, la gran fuente de legitimidad de la Organización y los arreglos institucionales plasmados en la Carta es la metodología relativamente democrática para su adopción.³⁵ Ha habido una preocupante evolución del Consejo de Seguridad tras la caída del muro de Berlín, crecientemente dominado por los Estados Unidos y su escasa preocupación por aumentar su transparencia, inclusión y legitimidad, incluso con los miembros no permanentes del Consejo.

En nuestra región latinoamericana existen grandes coincidencias en la preocupación sobre posibles abusos del concepto en las condiciones actuales para las tomas de decisiones dentro del Consejo de Seguridad, dada la falta de cualquier tipo de control efectivo sobre su legitimidad e incluso, legalidad. Uno de los principales obstáculos para una mayor aceptación de la responsabilidad de proteger en la región son "los interrogantes sobre la legitimidad del Consejo de Seguridad como el actor que toma decisiones para implementar la responsabilidad de proteger".³⁶

Por otra parte, el uso de la fuerza sobre un Estado soberano es una medida extrema que solo puede justificarse en circunstancias igualmente extremas y como lo expreso Thankur, célebre miembro de la ICISS, "incluso si estamos de acuerdo en que la intervención puede ser necesaria e inevitable algunas veces para proteger a personas inocentes de un peligro para sus vidas, interponiendo una fuerza externa entre las víctimas y los culpables, continúan planteándose cuestiones clave sobre agencia, legalidad y legitimidad" para afirmar luego: "la vara conceptual que conecta el poder con la autoridad es la legitimidad".³⁷

Weiss afirma que la Responsabilidad de Proteger es un importante paso adelante, pero todavía estamos lejos de encontrarnos en posición de asistir a las víctimas de la guerra en forma sistemática. Desde su perspectiva, advierte que, aunque los proponentes de la acción humanitaria del Consejo de Seguridad a menudo expresen que es mejor hacer algo que no

35. HURD, I., *After Anarchy: Legitimacy & Power in the United Nations Security Council*. New Jersey, Princeton University Press, 2007, p. 176.

36. "Informe de la Conferencia con la Sociedad Civil: Diálogo Sobre la Responsabilidad de Proteger: Perspectivas Latinoamericanas. Organizada por el Consejo Argentino de Relaciones Internacionales", Buenos Aires, 2007, p. 7.

37. THAKUR, R., *The United Nations, Peace and Security*, ob. cit., p. 259.

hacer nada, la credibilidad de las Naciones Unidas no puede resistir los nuevos e inevitables ataques que se le dirigirán en el caso de que acumule nuevos fracasos como el de Ruanda o Bosnia. Para el autor, "el verdadero problema radica en la renuncia de los países a movilizarse rápidamente y autorizar el despliegue de tropas en un número suficiente para ser efectivos cuando sus intereses nacionales parecen ser poco afectados o cuando los costos se perciben como desproporcionadamente altos".³⁸

IV. EL CONSEJO EN (IN) ACCIÓN

Hoy, probablemente en ningún otro lugar del mundo la protección es más necesaria que en Siria. Desde que el régimen de Bashar al-Assad entró en "guerra" con diversos grupos de rebeldes y paramilitares desde marzo de 2011 se han perdido más de 190 mil vidas, además de que se cometieron otras graves violaciones a los Derechos Humanos.³⁹

Sin embargo, frente a tremenda tragedia, el 22 de mayo de 2014 en la reunión N° 7180 del Consejo de Seguridad, un borrador de resolución refiriéndole la situación en Siria a la Corte Internacional de Justicia para que dé lugar a una investigación no pudo salir a la luz por el veto de Rusia y China.⁴⁰ El fracaso de esta resolución marcó la cuarta vez que Rusia y China han usado su poder de veto para bloquear al Consejo de Seguridad cuando quiso condenar la violencia en Siria y presionar al gobierno de Assad para la búsqueda de una terminación pacífica del conflicto.

Este patrón marca la tensión entre la finalidad de la Responsabilidad de Proteger y la estructura del Consejo de Seguridad, además de reforzar el argumento de que R2P no será posible sin cambiar el foco desde los intereses nacionales hacia los intereses generales de los habitantes de la Comunidad Internacional.

La vasta mayoría de los miembros del Consejo protestaron por el accionar de ambos países. El representante de los Estados Unidos expresó: "Los libros de historia bien podrán representar fotografías de cada-

38. WEISS, T.G., *Military-Civilian Interactions. Humanitarian crises and the responsibility to protect*, Rowman & Littlefield Pub. Inc., 2005, p. 206.

39. CASTIGATES, P., "Paralysis on Syria", U.N. High Commissioner for Human Rights, 2014.

40. U.N. SCOR, 69th Sess., 7180th mtg. at 4, U.N. Doc. S/PV.7180, 2014.

veres demacrados y consumidos por ácido yuxtapuestos con una foto de los dos Miembros del Consejo que evitaron justicia para las víctimas".⁴¹ Rusia argumentó que defiende su veto por considerar a la resolución del Consejo como un intento de inflar pasiones políticas y sentar las bases para una intervención militar extranjera.

En definitiva, debido a situaciones como estas es que el propósito central de la R2P se basa en solucionar la inconsistencia y falta de voluntad internacional al momento de actuar frente a crisis humanitarias. Se busca reducir la influencia de consideraciones nacionales y llevar la discusión a un plano de protección individual de los derechos humanos que se merecen todas las personas por el simple hecho de existir.

El problema es que el poder de veto muchas veces frustra este fin al magnificar el poder de unos pocos Estados, tornando el interés nacional de una pequeña minoría (P5) en una barrera insuperable que impide la respuesta de la Comunidad Internacional.

Claramente hay intereses nacionales en juego en la situación siria. Este país es donde se ubica la última base militar rusa fuera de la antigua Unión Soviética y es un socio clave en la compra de armas:⁴² solamente en 2011 envió casi mil millones de dólares en armamento a las tropas sirias.⁴³

Por el lado de China, la CNN reporta que este país fue el tercer mayor importador de Siria en el 2010 y considera que la posición china de enfatizar el principio de no intervención se debe a sus propias controversias en cuanto a sus políticas con el Tíbet y las acusaciones que pesan en su contra por violaciones a los Derechos Humanos.⁴⁴

41. "The Responsibility to Protect – Draft Security Council Resolution Referring Syrian Conflict to the International Criminal Court Vetoed by Russia and China", en *Harvard Law Review*, consultado en [<http://harvardlawreview.org/2015/01/u-n-scor-69th-sess-7180th-mtg-at-4-u-n-doc-spv-7180-may-22-2014/>] en enero de 2015.

42. BORSHCHEVSKAYA, A., "Russia's Many Interests in Syria", en *The Washington Institute. Improving the Quality of U.S. Middle East Policy*, consultado en [<http://www.washingtoninstitute.org/policy-analysis/view/russias-many-interests-in-syria>], 2013, párr. 4.

43. GROVE, T., *Insight: Syria Pays for Russian Weapons to Boost Ties with Moscow*, REUTERS, consultado en [<http://www.reuters.com/article/us-syria-crisis-russia-arms-insight-idUSBRE97S0WW20130829>] el 29/08/2013, párr. 5.

44. *Syria Allies: Why Russia, Iran and China are standing by the Regime*, CNN WORLD, consultado en [<http://edition.cnn.com/2013/08/29/world/meast/syria-iran-china-russia-supporters/>] 2013, párr. 5: China Why it cares.

En el peor de los casos, el interés nacional de un solo país puede arruinar la intención de actuar de toda la comunidad internacional.

IV.A. ¿Hay solución?

Existen dos posibles tácticas que podrían mejorar el panorama.

IV.A.1. *Expansión de R2P*

Por un lado, una idea podría expandir la R2P para permitirle el uso de fuerza limitado a un Estado o a una Alianza Regional para proteger civiles en una situación extrema.

Si bien sería para casos de extrema excepcionalidad y podría ayudar a evitar que sigan prolongándose exterminios masivos, conlleva un gran problema: otorga demasiado poder discrecional sin un examen previo por parte de los mecanismos del sistema internacional.

Sería preocupante que un solo Estado o alianzas regionales tengan tanto poder sin el consentimiento del Consejo de Seguridad y podría deslegitimarse aún más los mecanismos legales actualmente vigentes en el sistema. Esta alternativa es fervientemente rechazada por la UNASUR, que condena las intervenciones externas que sean incompatibles con la Carta de las Naciones Unidas, como sería esta alternativa y rechaza el desarrollo de estrategias intervencionistas de todo tipo.⁴⁵

IV.A.2. *Restricción al poder de veto*

Otra posible táctica, más moderada pero posiblemente más efectiva, sería restringir el poder de veto.⁴⁶

Francia ofreció una idea que podría ser útil: un acuerdo de los denominados P5, los 5 miembros permanentes del Consejo de Seguridad con poder de veto, para voluntariamente abstenerse de vetar resoluciones en lo relativo a atrocidades masivas. Con esta propuesta, si el Secretario

45. "Declaración del Consejo de Jefas y Jefes de Estado y de Gobierno sobre la situación en la República Árabe de Siria, VII Cumbre Ordinaria en la ciudad de Paramaribo", Surinam, el 30 de agosto 2013.

46. BLÄTTER, A. y WILLIAMS, P., "The Responsibility Not to Veto", en *Global Responsibility to Protect*, Vol. 3, Issue 3, 201, pp. 301, 306-09.

General decide que una situación es calificada con el concepto de Atroci-
dad Masiva, el acuerdo suspenderá el derecho a veto para cualquier
resolución que se refiera a esta.⁴⁷

En las palabras del Ministro de Relaciones Exteriores de Francia,
que de acuerdo con la Convención de Viena sobre Derecho de los Trata-
dos tiene plenos poderes para obligar a su Estado, "Francia ya se ha com-
prometido a no utilizar su poder de veto en casos de atrocidades masivas
y potenciales genocidios, y espera que otros sigan su ejemplo. El poder
de veto no es un privilegio, sino una responsabilidad internacional".⁴⁸

Esto es un avance, Francia ya no puede utilizar su privilegio, estas
declaraciones, como actos unilaterales, son obligatorias para el Estado
que las realiza como lo confirmó la Corte Internacional de Justicia en
casos análogos.⁴⁹

Otra iniciativa en pos de esta solución al problema es el Código de
Conducta para la respuesta del Consejo de Seguridad en casos de geno-
cidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra elaborado por el
Grupo ACT,⁵⁰ en el cual conscientes de la gravedad de tales violaciones a
los derechos humanos, se comprometen a "no votar en contra de un pro-
yecto de resolución creíble que se presente en el Consejo de Seguridad
sobre cualquier medida oportuna y decisiva para poner fin a la comisión
de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, o preve-
nir este tipo de crímenes".⁵¹

Si bien más de 92 países apoyan esta propuesta al día 23 de octubre

47. "The French Veto Restraint Proposal: Making it Work Panel Presentation by Profes-
sor the Hon Gareth Evans to International Conference on Limiting the Use of Veto at the
U.N. Security Council in the Case of Mass Atrocities", Sciences Po, Paris, January 2015,
p.1.

48. Discurso del Ministro de Relaciones Exteriores francés, Laurent Fabius, Consejo de
Seguridad, 30 de septiembre 2015.

49. CIJ (1974), "Caso de los Ensayos Nucleares (Francia contra Nueva Zelanda)", senten-
cia del 20 de diciembre de 1974.

50. Accountability, Coherence and Transparency Group, integrado por 25 Estados
(Austria, Chile, Costa Rica, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Gabón, Ghana, Hungría,
Irlanda, Jordania, Liechtenstein, Luxemburgo, Maldivas, Nueva Zelanda, Noruega, Pa-
púa Nueva Guinea, Perú, Portugal, Ruanda, Arabia Saudita, Eslovenia, Suecia, Suiza
y Uruguay).

51. Nota Explicativa sobre el Código de Conducta para la respuesta del Consejo de Se-
guridad en casos de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, 01 de
septiembre, 2015.

de este año,⁵² no se ha logrado que quienes primordialmente deben hacerlo lo acepten, es decir, los cuatro restantes miembros permanentes del Consejo de Seguridad con derecho a veto. Si estos cambiaran su postura y la propuesta se hiciera realidad, se estaría más cerca de lograr una consistencia en la respuesta internacional a las crisis humanitarias.

El veto, como se ha visto, sugiere que esta propuesta tiene pocas chances de concretarse si la sinergia entre el mismo y los intereses nacionales sirven para magnificar estos últimos por sobre los de los individuos.⁵³ Esto deja a R2P en una situación precaria, sin un camino cierto por delante.

V. CONCLUSIÓN

En términos generales, todo actor internacional aspira a ser percibido como legítimo. Incluso los países que violan sistemáticamente los derechos humanos tratan de cuestionar o desprestigiar a los órganos internacionales que los condenan, en lugar de ignorarlos. La Responsabilidad de Proteger hoy es un hecho y su consagración como norma del derecho internacional, sumada a una constante acción de los Estados que defienden los Derechos Humanos en el plano internacional, puede crear un elemento de presión y monitoreo multilateral legítimo que obligue a un Estado poderoso a actuar allí donde sus intereses no se encuentren comprometidos o, incluso, a cuestionar su complicidad o encubrimiento a situaciones extremas allí en donde tiene intereses económicos o políticos.

La responsabilidad de proteger no puede ser solo un debate sobre intereses nacionales. Debe ser un debate sobre nuestra comunidad internacional, sobre nuestra obligación como seres humanos de no permitirnos la indiferencia frente a otros seres humanos que sufren intolerables y aberrantes violaciones a sus derechos más básicos, como genocidios y limpiezas étnicas. Cada uno de los líderes nacionales e internacionales tiene una clara responsabilidad que deberían hacer efectiva y hacer todo lo necesario para

52. Address by Mr Mogens Lykketoft, President of the 70th session of the General Assembly, at Launch of Code of Conduct regarding Security Council action against genocide, crimes against humanity or war crimes.

53. Draft Security Council Resolution Referring Syrian Conflict to the International Criminal Court Vetoed by Russia and China.

que esta responsabilidad no sea una mera aspiración ni una simple expresión de deseos, que, aunque valorable, es claramente insuficiente.

Efectivamente existe la Responsabilidad de Proteger en manos de la Comunidad Internacional que es superior a la idea de soberanía absoluta.

Esta idea tiene un potencial transformador para recuperar uno de los roles centrales de las Naciones Unidas y fortalecer su percepción de legitimidad por parte de la sociedad. La historia nos demuestra que la acción multilateral puede ser y ha sido, buena voluntad mediante, efectiva para prevenir atrocidades y salvar vidas incluso en las circunstancias más extremas, fortalecer esta acción multilateral es entonces uno de los más altos objetivos de las relaciones multilaterales como medida urgente para que la paz en el mundo no siga siendo una utopía.

Ahora el mundo debe decidir su próximo paso con mucho cuidado, en Siria y, en general, porque esta decisión puede cambiar el destino de millones de personas y son necesarias medidas urgentes para que la paz en el mundo no siga siendo una utopía.

BIBLIOGRAFÍA

- BENVENISTI, Eyal, "Sovereigns as Trustees of Humanity: On the Accountability of States to Foreign Stakeholders", en *The American Journal of International Law*, vol. 107, No. 2, 2013.
- BIEDMA, José, "El Contractualismo de Locke", en *Filosofía y Ciudadanía. Lecciones de Introducción de Filosofía. Instituto Francisco de los Cobos*, consultado en [<http://filosofayciudadana.blogspot.com.ar/2012/04/el-contractualismo-de-locke.html>], 2012.
- BLÄTTER, Ariela y WILLIAMS, Paul, "The Responsibility Not to Veto", en *Global Responsibility to Protect*, Vol. 3, Issue 3, 2011, pp. 301-322.
- BORSHCHEVSKAYA, Anna, "Russia's Many Interests in Syria", en *The Washington Institute. Improving the Quality of U.S. Middle East Policy*, consultado en [<http://www.washingtoninstitute.org/policy-analysis/view/russias-many-interests-in-syria>], 2013.
- CASTIGATES, Pillay, "Paralysis" on Syria, UN High Commissioner for Human Rights, 2014.
- CONSIGLI, Alejandro, *La Intervención Humanitaria a la Luz del Derecho Internacional Actual*, consultado en [<http://www.corteidh.or.cr/tablas/R21642.pdf>], 2004.

- ELDEN, Stuart, "Contingent Sovereignty, Territorial Integrity and the Sanctity of Borders", en *SAIS Review of International Affairs*, vol. XXVI, n°1, 2006.
- FERNÁNDEZ SANTILLÁN, José, *El Despertar de la sociedad civil*, México, Océano Express, 2012.
- FIXDAL, Mona y SMITH, Dan, "Humanitarian Intervention and Just War", en *The International Studies Association*, Vol.42, n°2, 1998, pp. 283-312.
- GARRIGUES, Juan, "La Responsabilidad de Proteger: De un principio ético a una política eficaz", en *Fundación para las Relaciones Internacionales y el Diálogo Exterior (FRIDE)*, consultado en [<http://fride.org/publicacion/298/la-responsabilidad-de-proteger:-de-un-principio-etico-a-una-politica-eficaz>] el 23/11/2007.
- GROVE, Thomas, *Insight: Syria Pays for Russian Weapons to Boost Ties with Moscow*, REUTERS, consultado en [<http://www.reuters.com/article/us-syria-crisis-russia-arms-insight-idUSBRE97S0WW20130829>] el 29/08/2013.
- HOMERO, *La Odisea*, Madrid, Cátedra, 2006.
- HURD, Ian, *After Anarchy: Legitimacy & Power in the United Nations Security Council*, New Jersey, Princeton University Press, 2007.
- KOSKENNIEMI, Martti, "Law, Teleology, and International Relations: An Essay in Counter disciplinarity", en *Sage Journals*, consultado en [<http://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/0047117811433080>] el 19/03/2012.
- LOCKE, John, *Dos ensayos sobre el gobierno civil*, Madrid, Espasa-Calpe, 1991.
- LOCKE, John, *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, Madrid, Alianza, 1994.
- NAUMANN, Klaus, *The Responsibility to Protect – Humanitarian Intervention and the Use of Military Force*, Keynote Address at the 20th Annual Seminar of the Conference of Defense Associations Institute, consultado en [<http://www.journal.forces.gc.ca/vo5/no4/humanitarian-eng.asp>] el 26/02/2004.
- PARIS, Roland, *At war's end: building peace after civil conflict*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004.
- SHINODA, Hideaki, "Relaciones entre la teoría contemporánea del Estado soberano y la consolidación de la paz", en *Revista CS*, n°3 enero-junio: Paz y seguridad humana, Universidad ICESI, 2009.

- SIMMA, Bruno y HAGUE ACADEMY OF INTERNACIONAL LAW, *From Bilateralism to Community Interest in International Law*, Leiden, Recueil des Cours, 1994.
- TEITEL, Ruti, "Humanity's Law: Rule of Law for the New Global Politics", en *Cornell International Law Journal-Cornell Law School*, 2002.
- THAKUR, Ramesh, *The United Nations, Peace and Security*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.
- WALDRON, Jeremy, "Are sovereigns Entitled to the Benefit of the International Rule of Law?", en *European Journal of International Law*, consultado en [<https://academic.oup.com/ejil/article-lookup/doi/10.1093/ejil/chr031>] el 01/05/2011.
- WALZER, Michael, "The Politics of Rescue," en *Arguing about War*. Nueva Haven: Yale University Press, 2004.
- WEISS, Thomas, *Military-Civilian Interactions. Humanitarian crises and the responsibility to protect*, USA, Rowman & Littlefield Pub Inc., 2005.



RETROSPECTIVA A "ENFOQUE": UNA RÉPLICA A RAÚL GUSTAVO FERREYRA *

JUAN CARLOS RUAS**

Resumen: Este trabajo tiene por finalidad desentramar y aclarar algunas cuestiones no dilucidadas en el trabajo original de Raúl Gustavo Ferreyra, mostrar otras visiones de lo que puede entenderse como "Derecho" en términos meramente axiológicos o como sistema jurídico, y –finalmente– esbozar una visión propia de lo que puede llegar a ser el "Derecho" en las experiencias latinoamericanas.

Palabras clave: derecho – ferreyra – ferrajoli – kelsen – zaffaroni – nino – gargarella – laclau – kant – žižek – chantal mouffe – latinoamérica – europa – liberalismo – populismo – democracia deliberativa – constructivismo ético – agonística – ideología – socialismo – derecho soviético – marxismo – julio mafud – peronismo

Abstract: This essay has the main purpose of clarifying some ideas not elucidated in Raúl Gustavo Ferreyra's original work, showing other visions of what can be understood as "law" in purely axiological terms or as a legal system, and –finally– outlining my own vision of what could be "law" in Latin American experiences.

Keywords: law – ferreyra – ferrajoli – kelsen – zaffaroni – nino – gargarella – laclau – kant – žižek – chantal mouffe – latinamerica – europe liberalism – populism – deliberative democracy – ethical constructivism – agonistic – ideology – socialism – soviet law – marxism – julio mafud – peronism

* Recepción del original: 20/10/2016. Aceptación: 18/12/2016.

** Estudiante de Abogacía (UBA). A mis padres y a mis abuelos, por creer en mí, siempre.

I. INTRODUCCIÓN

Lo que Ferreyra¹ hace en *Enfoque sobre el mundo del Derecho*² es algo que en la doctrina de hace algunas décadas estaba casi olvidado: reconocer que el Derecho es política. No fue hasta de la mano de Carlos Nino³ o de Raúl Zaffaroni⁴ que empezó a considerarse efectivamente que los jueces –y los abogados en general– no son seres amoraless carentes de posición subjetiva alguna, sino todo lo contrario. Su profesión está cargada de una fuerte relatividad a la hora de ver qué “enfoque” queremos darle al Derecho. Para esto mismo, Ferreyra comienza encarando el asunto dividiendo las diferentes nociones de lo que puede significar el “Derecho”, y –de la misma manera que lo hace Nino en *Introducción al análisis del derecho*–⁵ divide las diferentes acepciones del término en tres: Derecho objetivo, como el ordenamiento a secas, Derecho subjetivo, como la pretensión de alguien por un derecho, y Derecho como ciencia de estudio.

El autor aquí aludido toma la primer acepción del término y, a partir de esa premisa, desarrolla lo que puede suponer para algunos el Derecho desde la concepción meramente positivista de la teoría pura del Derecho de Kelsen,⁶ para luego contrastarla con su propia visión de lo que podría ser algo más armónico del Derecho, sin –por supuesto– dejar de estar influenciado fuertemente por Luigi Ferrajoli y Eugenio Zaffaroni.⁷

A lo largo de este ensayo, se expondrán ambos momentos del análisis que hace Ferreyra, explicando su correlación con lo que sería la ideología, para luego mostrar otras concepciones del término, y finalmente esbozar una idea propia de lo que podría ser el Derecho dentro de nuestras experiencias más cercanas y realistas en Latinoamérica.

1. Profesor Titular regular de Elementos del Derecho Constitucional (UBA), conjuez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, doctrinario.

2. FERREYRA, R. G., “Enfoque sobre el mundo del Derecho: Constitución y derechos fundamentales”, en *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*, n° 21, Buenos Aires, Eudeba, 2013, pp. 243-282.

3. NINO, C. S., *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del derecho*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2014.

4. ZAFFARONI, R. E., *El enemigo en el derecho penal*, Buenos Aires, Ediar, 2006.

5. NINO, C. S., *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1980.

6. KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 2015.

7. A lo largo del texto, Ferreyra cita reiteradamente a ambos autores y –por ende– luego se expondrán ambas posturas.

II. EL "DIAGNÓSTICO" DEL DERECHO QUE ENCUENTRA FERREYRA

Como se mencionó antes, el autor comienza esbozando lo que podría ser el "Derecho objetivo" bajo la postura extrema –y tristemente más realista– del positivismo jurídico de Hans Kelsen. Es así como Ferreyra encuentra que el Derecho, entendido en el sentido "débil" del término, puede llegar a ser visto como la "razón de la fuerza"; es decir, como la herramienta que legitima, organiza y persuade a los habitantes para su coacción por parte del Estado. No importa aquí si las acciones del ordenamiento son justas o injustas; solo su simple formalidad, cumplimiento por parte del Estado y acatamiento por parte de los ciudadanos. Es decir, los habitantes no son un fin en sí mismo, sino un medio para lograr el fin propuesto, que es –como se dijo líneas arriba– la coacción.

Hay, sin embargo, un par de cuestiones en este análisis que hace Ferreyra a la hora de definir al Derecho como "razón de la fuerza" que quedan un tanto inconclusas. Por ejemplo: ¿a qué se refiere el autor cuando dice que el Derecho no solo ordena sino que también argumenta en pos de la coacción? ¿De qué argumentación podría referirse si es que el ordenamiento jurídico a secas solo se encarga de facultar y prescribir, sin exponer motivos fundados de porqué la población debe acatarlo? Aquí es cuando la cosa se empieza a complicar, puesto que si bien el autor toma de manera textual las diversas definiciones de lo que puede llegar a entenderse como "razón" según el diccionario, jamás se encarga de desarrollar suficiente este punto.

Aquí es cuando intentaré introducir un concepto que rondará durante todo el ensayo, y que –precisamente– permitirá complementar lo que podría entenderse como argumentación a la hora de entender la cuestión de "razón de la fuerza". Este concepto es precisamente el de *ideología*. Lo curioso del trabajo de Ferreyra es que si bien cita casi todas las obras de Kelsen, se olvida de citar una crucial a la hora de entender la cuestión de la argumentación, y esta obra se llama *Teoría comunista del Derecho y el Estado*.⁸ En dicha obra, Kelsen expone la concepción marxista de lo que puede llegar a ser el Derecho, y es –precisamente– la ideología. Si bien Kelsen intenta desligarse de dicha concepción que él cree errónea, ya que intenta demostrar que su teoría pura del derecho es perfecta y está

8. KELSEN, H., *Teoría comunista del Derecho y el Estado*, Buenos Aires, Emecé, 1957.

desligada de todo contenido político, lo cierto es que dicha concepción marxista es la concepción perfecta para entender cómo funciona el Derecho en las sociedades capitalistas.

Ahora bien, ¿qué es la ideología? Sin extenderme demasiado en esta cuestión, —y por la diversidad de autores marxistas que intentan definirla— tomaré una de las nociones más aceptadas hoy día que es la de Louis Althusser.⁹ Althusser entiende: "la ideología es aquella herramienta del poder que interpela a los individuos aislados de cualquier conciencia de clase, y los convierte en sujetos activos de determinado grupo colectivo, con el fin de perpetuar así los modos de producción capitalista". Ideología sería, entonces, todo tipo de ilusión intencionada que permita mantenernos sumisos y perpetrar el *statu quo*.

Vemos ahora que la noción de "razón de la fuerza" en sentido "débil" —es decir, el diagnóstico que encuentra Ferreyra a cómo se encontraría el derecho tras seguir el camino kelseniano— se encontraría completo. Hay coacción porque el Derecho se encarga de reglamentarla legítimamente y así ordenar a la población; y hay argumentación porque, según la tesis marxista, el Derecho funciona en el mundo de las ideologías.

Sin embargo, nos seguiría quedando una cuestión pendiente. ¿Cómo es que el Derecho funciona como ideología si sus normas no apelan a la persuasión, sino a su simple acatamiento? Aquí es preciso marcar una distinción fundamental, que ya fue expuesta en un ensayo del Instituto de Investigaciones "Ambrosio L. Gioja",¹⁰ y es preciso mencionarla. Tal como dice Alf Ross: así como en la antigüedad las normas eran destinadas específicamente para su comprensión por los habitantes, en la actualidad los complejos sistemas jurídicos tienen como finalidad ser entendidos meramente por los juristas. De ahí que su capacidad de persuasión carezca de utilidad práctica. Por esto mismo, el Derecho tuvo que readaptarse y conseguir su argumentación e interpelación mediante otros mecanismos tales como los medios masivos de comunicación, la publicidad, la educación primaria, la iconografía, etc.

Este componente de la ideología estará presente de aquí al finalizar

9. ALTHUSSER, L., *Ideología y aparatos ideológicos del Estado. Freud y Lacan*, Buenos Aires, Nueva Visión, 1988.

10. OSORIO, M., "La fijación de la mentalidad jurídica", en *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones "Ambrosio L. Gioja"*, año V, número especial, Buenos Aires, 2011, pp. 596-608.

el ensayo y será lo que nos permitirá unir al Derecho capitalista bajo todas sus vertientes e interpretaciones. Salvo, por supuesto, en los casos excepcionales en que se mencionen enfoques marxistas del Derecho, donde si hubiera ideología, habría *status quo* burgués.

III. LA VISIÓN DEL DERECHO SEGÚN FERREYRA

Luego del paso cuasi lineal por el cual nos lleva el autor al definir el Derecho según la óptica tradicional, nos propone una concepción un tanto renovada y casi infranqueable de lo que podríamos definir como Derecho. Es esta idea de "razón de la fuerza", pero –como lo expone el autor– en sentido "fuerte". Aquí, Ferreyra nos expone una fórmula novedosa como –a su vez– un tanto conflictiva que consiste en combinar la mera coacción tradicional positivista y argumentativa marxista con lo que él llama "derechos fundamentales". Es decir, los derechos humanos que servirían como *líneas de acción* para ponerle límites al frenesí de la coacción estatal.

Acá es necesario hacer una aclaración, ya que la fórmula que presenta Ferreyra es una copia muy similar al modelo garantista propuesto por Luigi Ferrajoli, como así también al modelo que le sirve de base al profesor Zaffaroni,¹¹ que el autor no duda en reconocer y mencionar. Claramente, el modelo de Ferrajoli es realmente amplio y autosuficiente, lo que llevaría a hacer un análisis realmente extenso que –por supuesto– no es el motivo de este ensayo. Pero sí es necesario hacer una breve introducción de algunas cuestiones de la teoría de Ferrajoli para así intentar dilucidar qué tanta relación tiene con el texto de Ferreyra.

La propuesta garantista de Ferrajoli se da en un contexto de finales de guerra y posguerra fría, donde el autor es capaz de ver con sus propios ojos las atrocidades que se han cometido en Europa por parte del nazismo, el fascismo y –desde luego– el imperialismo globalizado que no duda en invadir países con la excusa de armas de destrucción masiva o realizar golpes de estado con la finalidad de marcar un rumbo económico determinado. Es decir, ha sido capaz de ver enormes atrocidades llevadas

11. ZAFFARONI, R., *El enemigo...*, ob. cit.

a cabo tanto por mayorías manipuladas¹² como por pequeñas elites que marcan el rumbo de la humanidad.¹³

Es por todo esto que el autor bajo todo punto de vista no duda en plantear una teoría del Derecho que pueda servir como línea de acción; es decir, de topes a esas violaciones masivas de derechos humanos. Resaltando claramente la función del jurista ante estos "poderes salvajes" –como le gusta tildarlos al autor– la cuestión en contextos como Europa parece clave para plantear estas luchas contra la violencia irracional y desmedida. Sin embargo, hay un par de cuestiones en la teoría de Ferrajoli que si tomáramos de manera textual e intentáramos trasladarlas al contexto latinoamericano, generarían una horda importante de conflictos sociales.

Para empezar, es preciso señalar –tal como marca Chantal Mouffe–¹⁴ que la concepción de derechos humanos expuesta por Ferrajoli es una concepción meramente europea liberal que no necesariamente se condice con el resto de las culturas del mundo, ya que –a pesar de que muchos no se han dado cuenta– la derrota de la Unión Soviética no marcó la victoria de un mundo unipolar, sino la aparición de un *mundo multipolar* donde los antagonismos inherentes al capitalismo se expresan a través de diversas culturas, movimientos sociales y religiones. Por esto mismo, la idea de Ferrajoli de una organización internacional que garantice los "derechos humanos" con un peso mayor que la ONU y con una competencia obligatoria para todos los países (incluido Estados Unidos) de la Corte Penal Internacional, conllevaría a la discriminación sistemática de diversos pueblos desperdigados por medio oriente que –para la cultura liberal clásica– se encuentran en un mero estado de "salvajismo".

Aquí encontramos el problema a nivel *supraestatal* de la teoría de Ferrajoli, al que por supuesto en ningún momento Ferreyra hace mención. Pero como reconoce la fuerte influencia de Ferrajoli en su propuesta, es preciso marcarla.

Ahora, faltaría ver qué ocurre con la propuesta *intraestatal* de Ferrajoli, donde nuevamente encontraríamos algunos problemas si intentáramos adaptarla de manera literal a la realidad latinoamericana.

12. FERRAJOLI, L., *Democracia y garantismo*, Madrid, Trotta, 2010.

13. FERRAJOLI, L., *Razones jurídicas del pacifismo*, Madrid, Trotta, 2004, p. 72.

14. MOUFFE, C., *Agonística. Pensar el mundo políticamente*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2014, pp. 37-56.

La cuestión aquí no deja de ser realmente previsible, ya que así como Ferrajoli expone una visión meramente liberal e influenciada principalmente por pensadores como John Locke de lo que él entiende como derechos humanos, así lo hace con la relación entre el estado, la democracia y las mayorías. Viendo las aberraciones cometidas por estas últimas, claramente plantea la función del derecho y así también la función del poder judicial y su labor de derecho penal "mínimo" como un poder o líneas de acción limitantes hacia las decisiones de las mayorías sobre el destino de las minorías.

Ferrajoli redefine el concepto de democracia a través de un republicanismo a la fuerza donde las mayorías no solo no deben participar en la toma de decisiones sobre las minorías, sino mucho menos intentar definir el rumbo de estas; donde el jurista será el encargado –bajo algunas cualidades morales e intelectuales que Ferrajoli le asigna– de marcar y redefinir el destino de la democracia a través de la lucha por los derechos fundamentales, el respeto de los "otros" y la legalidad impoluta.

Sin intentar todavía trasladar esta teoría y someterla a prueba a la realidad latinoamericana, es necesario remarcar la crítica que hace Roberto Gargarella¹⁵ a esta visión del Derecho que –según el autor– carece no solo de fundamento empírico universal (ya que, como se dijo, no todas las culturas y poblaciones actúan de la misma manera), sino que también es prejuiciosa y peca de "elitista" a la hora de organizar un estado, quitándole todo republicanismo participativo y deliberativo a la sociedad en su conjunto.

Ahora sí, expuestas todas estas cuestiones, se intentará mirar brevemente su propuesta desde América Latina, ya que dicho punto será tratado posteriormente en este análisis.

Tratemos de pensar las ideas de democracia, mayorías y minorías desde nuestras experiencias más cercanas.

Creo que acá es claro que, a diferencia de Europa, nuestra región ha tenido una relación inversamente proporcional en torno a los daños producidos entre el binomio mayorías–minorías. Nuestra historia, y en particular la de Argentina, se ha visto profundamente dañada por las decisiones de minorías muy poderosas. Las masas no han sido dirigidas con

15. GARGARELLA, R., *Castigar al prójimo. Por una refundación democrática del derecho penal*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2016, pp. 59-79.

un fin destructivo hacia la vulneración de derechos de otros grupos, sino en todo caso han sido utilizadas políticamente a través de discursos que evocaron intereses populares, pero jamás "el pueblo" alcanzó el extremo de la muerte.

Las pequeñas minorías o elites que dirigieron de manera pública o privada nuestra región han sido nuestros verdaderos "poderes salvajes" que evoca Ferrajoli fervientemente. Desde nuestra primera constitución hasta las últimas elecciones democráticas, nos hemos visto imbuidos por decisiones tanto económicas, como políticas o militares que han tenido el mero fin de desarticular las voluntades y tomas de decisiones de las mayorías. Y dichas medidas, justamente, han sido las que aniquilaron a gran parte de nuestra población. Hambre, bicicletas financieras, planes de exterminio masivos y propuestas neoliberales fueron los cónclaves que marcaron el destino del pueblo argentino durante décadas. Y todo esto, nuevamente, evocado desde un pequeño grupo que hasta el día de hoy goza de absoluta impunidad.

Por todo esto, claramente la relación entre las mayorías y la democracia liberal se da de una manera mucho más antagónica y conflictiva, donde lo que en Europa es visto como símbolo del progresismo más puro y respeto mutuo, aquí es sinónimo del conservadurismo más recalcitrante del cual el *establishment* local se ha escudado para mantenerse libre de toda culpa y cargo.¹⁶ Seguir de manera literal el enfoque de Ferrajoli supondría perpetrar la impunidad de dichas minorías y despreciar aún más la desdicha del pueblo.

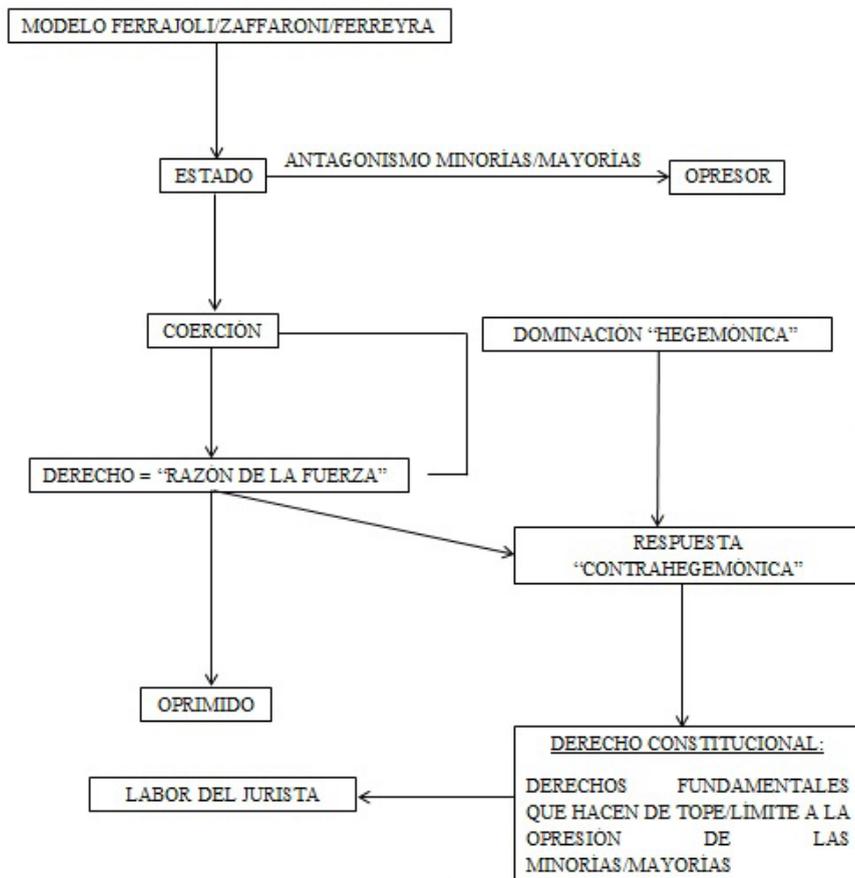
Es tal la noción de derechos sociales "imposibles"¹⁷ contrapuesta a la de derechos políticos y liberales clásicos característicos de las minorías privilegiadas criollas, que según Daniel James en una serie de preguntas que le hacía la prensa a los trabajadores sobre si veían amenazada la libertad de expresión en caso de que Perón ganase las elecciones del 46, estos le contestaron: "La libertad de expresión es cosa de ustedes. Nosotros nunca la hemos tenido".¹⁸

16. LACLAU, E., *Política e ideología en la teoría marxista. Capitalismo, fascismo, populismo*, Madrid, Siglo Veintiuno Editores, 1978.

17. BIDART CAMPOS, G. J., *Manual de la constitución reformada*, Buenos Aires, Ediar, 2006, t. 1.

18. MAFUD, J., *Sociología del peronismo*, Buenos Aires, 1972, p. 107, citado en JAMES, D., *Resistencia e integración*, Buenos Aires, Sudamericana, 1990, p. 31.

Por lo que supongo, aunque Ferreyra jamás lo aclara, que su idea de lucha por los derechos fundamentales será de manera inversa en pos de los derechos de estas mayorías, sino, como se fundamentó recién, significaría perpetrar la impunidad. En síntesis, podríamos ilustrar este modelo de la siguiente manera:



IV. OTRAS VISIONES DEL "DERECHO"

Así como en las primeras páginas se mostró cómo el Derecho funciona bajo el mundo de las ideologías, ya se ha expuesto la postura de Ferreyra según la cual el Derecho debe plantear luchas dentro del sistema; es decir, dentro de estas propias ideologías, donde nos encontraríamos con una tensa relación de intereses contrapuestos luchando entre sí por mantener el privilegio del respeto imperante ante el *status quo*.

A continuación, se expondrán otras concepciones de lo que puede llegar a ser el Derecho desde posturas que mantendrán la unión en vez del conflicto de intereses, hasta posturas que intentarán mantenerse afuera del sistema –afuera de la ideología– propias del derecho marxista, centrado meramente en los modos de producción económicos y en el retribucionismo clásico.

Finalmente, expondré mi visión del Derecho, que creo que será la que más se adecua a nuestra región.

IV.A. El Derecho republicano: el "constructivismo ético" de Carlos Nino

Carlos Nino poseía una fuerte influencia del liberalismo clásico que –a diferencia del liberalismo de Ferrajoli– busca la idea kantiana de "consenso" o "pacto social", en el cual los valores morales que buscamos como sociedad pueden ser adquiridos mediante un acuerdo deliberativo entre todos los miembros de dicha sociedad. Esta idea "republicana" – en palabras de Gargarella¹⁹ de la deliberación en la cual todos podemos participar del diálogo viene además influida por autores como John Rawls²⁰ y Jürgen Habermas.²¹

Nino combinará la Teoría de la Justicia de Rawls y su noción de velo de la ignorancia con la democrática deliberativa de Habermas para dar lugar a lo que él llamará el *constructivismo ético*.²² Este constructivismo verá en la Constitución así como en los poderes de gobierno las herramientas fundamentales para concretar dichos valores dialógicos de una

19. GARGARELLA, R., *Castigar al prójimo...*, ob. cit.

20. RAWLS, J., *Teoría de la justicia*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1995.

21. HABERMAS, J., *Conciencia moral y acción comunicativa*, Barcelona, Península, 1991.

22. NINO, C. S., *El constructivismo ético*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

comunidad que coopera por sí y para sí misma sin pensar en intereses egoístas, aunque –según Nino– deba resignarse a resolverlo de manera democrática representativa y no de manera directa por las imposibilidades que conllevaría a toda una comunidad como los estados modernos adquirir dichos valores.

A su vez, hay un artículo muy interesante que escribe Nino titulado *El derecho constitucional frente a la llamada "crisis de la democracia"*,²³ el cual creo que servirá para mostrar esta diferencia radical entre la respuesta consensual republicana y la respuesta antagónica de lucha por derechos de Ferrajoli ante los problemas de la democracia liberal para contener los derechos de determinados grupos afectados.

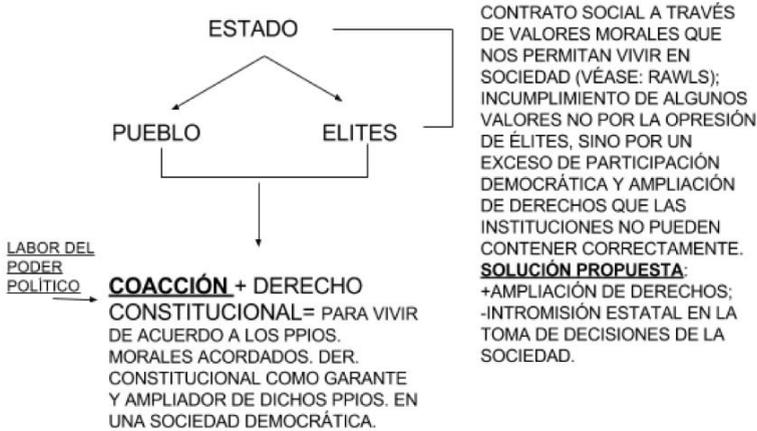
En dicho artículo, el autor aquí aludido entiende que los problemas que se dan durante la década del 80 en especial en América Latina sobre las demandas tanto políticas como sociales de las masas insatisfechas no son necesariamente el producto de una embestida de elites, sino que ocurren por un déficit estructural de las instituciones que no dan abasto para contener dichas demandas ante las aperturas democráticas. Por eso, durante el desarrollo de la publicación hace especial énfasis en el caso de Argentina tras su reapertura democrática.

La propuesta de Nino aquí es un tanto curiosa, al menos para la visión hegemónica que vemos a diario en los claustros académicos, ya que a diferencia de lo que podría proponer Ferrajoli en este caso hipotético, Nino no cree que las demandas desbordadas de la población se deban controlar con el derecho como tope o limitante, sino todo lo contrario. Cree que el derecho, y en especial el derecho constitucional, debe ser el encargado de ampliar de manera desmedida esos derechos para así evitar dichas restricciones y suplir de una vez por todas ese *animus* cuasi insaciable que dejó la última dictadura cívico-militar en nuestro país.

Por último, podríamos resumir este modelo "pactista" y unificado de Nino del siguiente modo:

23. NINO, C. S., "El derecho constitucional frente a la llamada 'crisis de la democracia'", en *Memoria del III Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, n° 103, México, UNAM, 1987, t. 1, pp. 305-319.

MODELO DE SANTIAGO NINO



IV.B. El Derecho en el socialismo científico: el caso de la Unión Soviética

Finalmente, llegamos a una visión del Derecho completamente distinta de las otras. Y digo completamente porque esta a diferencia de las otras dos expuestas páginas atrás (la de Ferreyra/Ferrajoli y la de Nino) carece del elemento esencial de la sociedad capitalista: la *ideología*. Una vez llevada a cabo la Revolución de Octubre, instalado el régimen socialista en la ex Rusia zarista, era necesario proveerla de un esquema normativo que le permitiera al estado mantener el orden y el control sobre los modos de producción, así como de determinadas acciones de los ciudadanos que vivían bajo aquel régimen.

Aquí tendrán una participación destacada tres juristas soviéticos, que permitirán delinear este "Derecho Marxista" desprovisto de ideología: estos juristas eran Pēteris Stučka,²⁴ Evgeny Pasukanis²⁵ y Andrey

24. STUČKA, P. I., *La función revolucionaria del Derecho y el Estado*, Barcelona, Península, 1974.

25. PASUKANIS, E., *Teoría general del derecho y marxismo*, Madrid, Labor Universitaria, 1976.

Vyshinsky.²⁶ Los primeros dos vendrán a proponer un derecho destinado pura y exclusivamente a los modos de producción; es decir, su única función sería socializar los modos de producción capitalista y garantizar la emancipación del proletariado, con el único fin de que –al estar desprovisto este derecho de ideología– una vez culminado el socialismo, se desintegraría solo junto con el estado para dar lugar al comunismo.

Con el tercer jurista ocurre algo distinto y chocante en relación al derecho autodestructivo y aniquilador del estado, ya que, siendo este Procurador General de Stalin y posteriormente Ministro de Relaciones Exteriores de la Unión Soviética, empezó a concebir un derecho centrado más al orden y a la coacción, pensado específicamente para el largo trayecto socialista que se tenía proyectado en aquella época. En cuanto a esta "coacción", claramente consistía en decisiones meramente arbitrarias y desprovistas de todo tipo de juicio justo y garantías de un debido proceso.

La concepción marxista de la justicia se inclina por un retribucionismo puro debido a que –tal como señala Jeffrie Murphy²⁷ mientras los habitantes se encuentren en una condición de igualdad material, las penas deben aplicarse por el mero hecho de corresponder en relación con su acción y así mantener el control social. No así se daría el caso en las sociedades capitalistas, donde la coacción solo tiene el fin de mantener el *status quo* burgués y no corresponde a una relación igualitaria entre caballeros.

El caso de la Unión Soviética sigue siendo hasta el día de hoy uno de los más paradigmáticos e interesantes como objeto de estudio. Así como Kelsen se ha encargado de enfrentarse a la postura del materialismo histórico marxista del derecho, hay otros doctrinarios y aficionados que siguen viéndolo con buenos ojos.²⁸

26. VYSHINSKY, A., *The Law of the Soviet State*, Londres, Greenwood Press, 1979.

27. MURPHY, J. G., "Marxismo y retribución", en *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, Vol. 17, Buenos Aires, Universidad Torcuato Di Tella, 2016.

28. MARTINI, M., *Derecho y marxismo: una semblanza de E. B. Pashukanis*, consultado en [http://www.laizquierdadiario.com/Derecho-y-marxismo-una-semblanza-de-E-B-Pashukanis?id_rubrique=1714] el 18/10/2016.

V. PENSAR DESDE AMÉRICA LATINA

Tras haber expuesto todas las visiones de derecho pertinentes, ahora ensayaré la cual creo que será la más acorde a nuestra región, y para eso mismo, tomaré un fenómeno social o político bastante recurrente que –nuevamente– creo yo es el que puede definirnos como latinoamericanos. Y es ni más ni menos el caso del *populismo*. Nunca hubo una palabra que generase tanto estupor, ya sea para bien o para mal, como ese término.

Ahora bien, ¿qué es realmente el "populismo"? Aquí nuevamente la cosa se nos complica, ya que habiendo una abundante cantidad de autores que intentan definir su alcance, las posturas en general tienden a ser realmente disímiles entre sí. Por todo esto, y habiendo autores como Gino Germani, Torcuato Di Tella o Ernesto Laclau que realizaron trabajos pertinentes a la materia, tomaré a este último como punto de partida para alcanzar una precisión de la noción de populismo, siendo uno de sus trabajos más extensos.

Dentro de todas sus obras, la definición más precisa que dará Laclau del populismo la encontramos en *Política e ideología en la teoría Marxista. Capitalismo, fascismo, populismo*.²⁹ Allí el autor entiende –a diferencia de Germani y Di Tella– que el populismo no es necesariamente una respuesta no institucional a las demandas de las masas, sino que es una herramienta del discurso político, ya sea de izquierda o de derecha, que se nutre o utiliza a la *ideología* para lograr sus fines.

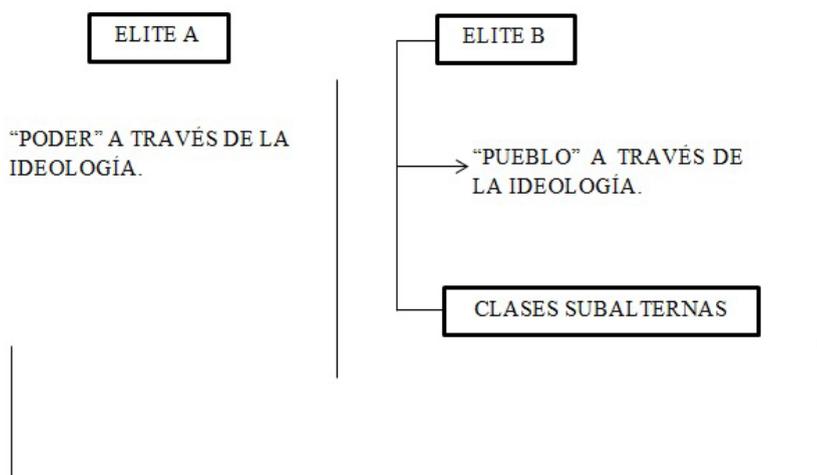
Para él, "el populismo será aquel discurso político que, utilizando la ideología, transformará los antagonismos de clase inherentes al sistema capitalista sobredeterminados en otras luchas (tanto de género, raciales, étnicas, culturales, etc.), y los agrupará en una lucha dicotómica poder/pueblo, donde la noción de "pueblo", vendrá compuesta por una elite fragmentada que será la encargada de utilizar la ideología y las clases subalternas que serán las receptoras de ese mensaje ideológico". En otras palabras, según Laclau son necesarios dos requisitos para que un discurso político pueda ser catalogado como "populista":

- Un antagonismo de clase transformado en un antagonismo poder/pueblo a través de la ideología.

29. LACLAU, E., *Política e ideología...*, ob. cit.

- Una fragmentación de la elite gobernante en una elite A y una elite B, donde la elite B será la encargada de crear la noción de "pueblo" en las masas a través de la ideología para atacar a la elite A.

O también, se podría ilustrar a través del siguiente cuadro:



ANTAGONISMO DE CLASE SE CONVIERTE EN ANTAGONISMO PODER/PUEBLO

Como ejemplos de populismos de derecha toma al régimen nazi y al fascista; de izquierda, al mandato de Mao; y como "bonapartismo" típico del caso latinoamericano, al gobierno de Perón. Aquí nos muestra que fue producto de una elite fragmentada compuesta por la Iglesia y las Fuerzas Armadas, que utilizaron la ideología para movilizar a las masas.

Sacando de lado la teoría política, me gustaría retomar mi propuesta de una teoría del Derecho que sea lo más similar posible al pacto populista. Y creo que para la sorpresa de muchos, esa teoría del Derecho, corresponde con el pacto kantiano de Carlos Nino.

¿Cómo es esto posible? Creo que para entenderlo hay que intentar analizar cuál es la relación entre la democracia liberal republicana de Nino y el populismo latinoamericano. Sobre ello hay un artículo muy

interesante de la revista *Identidades*,³⁰ donde se explica que –en realidad– la democracia liberal sería el espectro más amplio y perfecto que tendríamos de democracia, mientras que el populismo sería una versión un tanto *restringida* de la misma, puesto que nos encontramos ante un grupo minoritario que no formaría parte de aquel pacto social kantiano y que tampoco parecería tener derecho a participar en la toma de decisiones de manera legítima –ya que es visto como el enemigo, o el adversario, en términos de Chantal Mouffe–.³¹ La relación y la distancia entre ambos modelos estará marcada proporcionalmente en qué tan grande sea la noción de “pueblo” que tengamos y qué tan chica sea la noción de “poder” a combatir.

Por supuesto que aquí surgirán aún más interrogantes, ya que la teoría de Laclau al igual que la de su esposa se ha enfocado siempre en buscar antagonismos inherentes a las sociedades capitalistas para explotarlos de formas distintas a la lucha de clases, lo cual nos llevaría a pensar que estamos incurriendo en un error al postular semejante cosa, y más bien pareciéndose dicha fórmula de democracia a una muy similar a la propuesta por Ferrajoli o por Ferreyra. O también, podría decirse que se está incurriendo en un error cuando en reiteradas oportunidades Chantal Mouffe se ha encargado de criticar a teorías como las de John Rawls por considerarlas “apolíticas” y propias de una utopía de la derecha liberal.³²

Para responder a todos estos interrogantes, comenzaré a la inversa. Sobre la crítica que le hace Chantal Mouffe a teorías como las de John Rawls –y en las que por ende caería la teoría de Nino–, debo reconocer muy a pesar (por el agrado que tengo a las obras de Mouffe y de su ya fallecido esposo) que ya como expuso Gargarella³³ tiempo atrás, Mouffe está incurriendo en un error. La teoría de Rawls no cree en una falsa

30. CARLÉS, G. A., “Populismo y democracia liberal. Una tensa relación”, en *Identidades*, Dossier N° 2, Comodoro Rivadavia, Instituto de Estudios Sociales y Políticos de la Patagonia, 2016, pp. 5-26.

31. MOUFFE, C., *Agonística. Pensar el mundo políticamente*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2014.

32. MOUFFE, C., *El retorno de lo político. Comunidad, ciudadanía, pluralismo, democracia radical*, Barcelona, Paidós Ibérica, 1999, pp. 65-83.

33. GARGARELLA, R., *Consenso/Conflicto: Chantal, Chantal*, consultado en [<http://seminariogargarella.blogspot.com.ar/2010/09/consensoconflicto.html>] el 19/10/2016.

utopía en la cual haya un pacifismo puro, sino que cree en la igualdad de diálogo; es decir, que a pesar de los antagonismos irreconciliables, todos tengan el mismo espacio para construir la democracia. Nuevamente, estaríamos ante una democracia restringida, pero con la misma raíz democrática liberal de la democracia deliberativa de Nino.³⁴

Sobre la cuestión de fondo en relación a qué "enfoque" del mundo del Derecho la propuesta de Laclau se asimila más, responderé diciendo que el modelo de Ferreyra no posee la idea "pactista" en su esquema, sino que –con una mirada ya preestablecida de una democracia liberal europea– plantea una tensa relación donde la democracia no necesariamente está adentro de ese pacto, ya que es el jurista quien de manera unipersonal (o al menos así lo expresa Ferrajoli) decide oponerse a la idea de democracia, ya sea de unos muchos o de unos pocos, en la medida en que esta inflija un daño hacia el sector perjudicado. Es decir, el jurista –en la visión de Ferreyra, teniendo de base a la de Ferrajoli– es el encargado de romper aquel pacto agonista o deliberativo, al no tolerar la desigualdad. Por último, me gustaría remarcar que esta idea kantiana que gira en torno al populismo propuesto por Laclau ya fue esbozada por Slavoj Žižek³⁵ tiempo atrás, a lo cual tras cierto trastabillar de parte de Laclau, este contra argumenta alegando que su teoría no posee una base kantiana al tener una ideal regulador completamente variable en la medida que lo requiera la noción de "pueblo"; y, como ya se expuso, la teoría e idea de justicia de Nino también lo posee.

VI. CONCLUSIONES

A lo largo de esta exposición se mostraron distintos enfoques y contraenfoques de lo que puede significar el mundo del Derecho, algunos más europeos que otros –a lo cual dejo a criterio del lector a pesar de haber expuesto una idea propia– pero con un mismo fin: hacer justicia. La mirada populista siempre debe estar presente en los análisis que in-

34. GARGARELLA, R., *Democracia agonística/democracia deliberativa*, consultado en [<http://seminariogargarella.blogspot.com.ar/2014/02/democracia-agonistademocracia.html>] el 19/10/2016.

35. BUTLER, J., LACLAU, E. y ŽIŽEK, S., *Contingencia, Hegemonía y Universalidad. Diálogos contemporáneos en la izquierda*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2000.

tenemos darle al mundo del Derecho si queremos presentarlo desde una perspectiva latinoamericana.

El populismo puede gustarnos o no: está en la libre subjetividad del lector aceptar o rechazar el juego de la inclusión–exclusión en sus perspectivas o deseos para nuestra realidad más viva, pero jamás ocultarlo. Ya que, como señala Francisco Panizza,³⁶ el populismo no es la forma más perfecta de democracia que hayamos tenido como latinoamericanos, pero sí la forma más realista, como un espejo en el cual la democracia se puede contemplar a sí misma, mostrando todas sus imperfecciones en un descubrimiento de sí misma y de lo que falta.

La democracia deliberativa puede ser nuestra utopía, nuestra meta máxima a alcanzar en una sociedad de iguales, pero en la medida en que las tensiones inherentes a la desigualdad del capitalismo y la globalización se encuentren latentes, debemos pensar primero qué ocurre en nuestro presente inmediato: la democracia agonística. Mientras no encontremos soluciones concretas –y no placebos– a conflictos y modelos extremos que plantean la exclusión de algunos, no podemos pensar hacia el futuro.

BIBLIOGRAFÍA

- ALTHUSSER, Louis, *Ideología y aparatos ideológicos del Estado. Freud y Lacan*, Buenos Aires, Nueva Visión, 1988.
- , *La revolución teórica de Marx*, México, Siglo Veintiuno Editores, 2004.
- BIDART CAMPOS, German J., *Manual de la constitución reformada*, Buenos Aires, Ediar, 2006, t. 1.
- BOURDIEU, Pierre, “Los usos del pueblo”, en *Cosas dichas*, Barcelona, Gedisa, 1988, pp. 152–157.
- BUTLER, Judith; LACLAU, Ernesto y ŽIŽEK, Slavoj, *Contingencia, Hegemonía y Universalidad. Diálogos contemporáneos en la izquierda*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2000.
- CARLÉS, Gerardo A., “Populismo y democracia liberal. Una tensa rela-

36. PANIZZA, F. (comp.), *El populismo como espejo de la democracia*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2009.

- ción", en *Identidades*, Dossier N° 2, Comodoro Rivadavia, Instituto de Estudios Sociales y Políticos de la Patagonia, 2016, pp. 5-26.
- CATTARUZZA, Alejandro, *Historia de la Argentina: 1916-1955*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2009.
- FERRAJOLI, Luigi, *Razones jurídicas del pacifismo*, Madrid, Trotta, 2004.
- , *Democracia y garantismo*, Madrid, Trotta, 2010.
- , *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, Madrid, Trotta, 2011.
- FERREYRA, Raúl G., "Enfoque sobre el mundo del Derecho: Constitución y derechos fundamentales", en *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*, n° 21, Buenos Aires, Eudeba, 2013, pp. 243-282.
- FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 1990.
- GARGARELLA, Roberto, *Las teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política*, Barcelona, Paidós, 1999.
- , *Consenso/Conflicto: Chantal, Chantal*, consultado en [<http://seminariogargarella.blogspot.com.ar/2010/09/consensoconflicto.html>] el 19/10/2016.
- , *Democracia agonística/democracia deliberativa*, consultado en [<http://seminariogargarella.blogspot.com.ar/2014/02/democraciagonistademocracia.html>] el 19/10/2016.
- , *Castigar al prójimo. Por una refundación democrática del derecho penal*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2016.
- GRAMSCI, Antonio, *Notas sobre Maquiavelo, sobre política y sobre el Estado moderno*, Buenos Aires, Nueva Visión, 2003.
- HABERMAS, Jürgen, *Conciencia moral y acción comunicativa*, Barcelona, Península, 1991.
- JAMES, Daniel, *Resistencia e integración*, Buenos Aires, Sudamericana, 1990.
- JAURETCHE, Arturo, *Política nacional y revisionismo histórico*, Buenos Aires, Ediciones Corregidor, 2006.
- KELSEN, Hans, *Teoría comunista del Derecho y el Estado*, Buenos Aires, Emecé, 1957.
- , *Teoría pura del Derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 2015.
- LACLAU, Ernesto, *Política e ideología en la teoría marxista. Capitalismo, fascismo, populismo*, Madrid, Siglo Veintiuno Editores, 1978.
- , *La razón populista*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2005.
- , *Debates y combates. Por un nuevo horizonte de la política*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2008.

- , y MOUFFE, Chantal, *Hegemonía y estrategia socialista. Hacia una radicalización de la democracia*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2004.
- MARTINI, Mara, *Derecho y marxismo: una semblanza de E. B. Pashukanis*, consultado en [http://www.laizquierdadiario.com/Derecho-y-marxismo-una-semblanza-de-E-B-Pashukanis?id_rubrique=1714] el 18/10/2016.
- MARX, Karl, *Contribución a la crítica de la economía política*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 1980.
- MOUFFE, Chantal, "Hegemonía e ideología en Gramsci", en SUÁREZ, Hernán, *Antonio Gramsci y la realidad colombiana*, Bogotá, Ediciones Foro Nacional por Colombia, 1991, pp. 167-227.
- , *El retorno de lo político. Comunidad, ciudadanía, pluralismo, democracia radical*, Barcelona, Paidós Ibérica, 1999.
- , *Agonística. Pensar el mundo políticamente*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2014.
- MORENO CRUZ, Rodolfo, "El modelo garantista de Luigi Ferrajoli. Lineamientos generales", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n° 120, México, UNAM, 2007, pp. 825-852.
- MURPHY, Jeffrie G., "Marxismo y retribución", en *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, Volumen n° 17, Buenos Aires, Universidad Torcuato Di Tella, 2016.
- NINO, Carlos S., *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1980.
- , *Los límites de la responsabilidad penal: una teoría liberal del delito*, Buenos Aires, Astrea, 1980.
- , "El derecho constitucional frente a la llamada 'crisis de la democracia'", en *Memoria del III Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, n° 103, México, UNAM, 1987, t. 1, pp. 305-319.
- , *El constructivismo ético*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
- , "Constructivismo epistemológico: entre Rawls y Habermas", en *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, Volumen n° 5, Alicante, Universidad de Alicante, 1989, pp. 93-110.
- , y ZAFFARONI, Raúl E., "El debate Nino-Zaffaroni y las teorías de la pena", en *Revista Programma*, Volumen 1, Buenos Aires, Universidad Nacional del Sur, 2006.
- , *Una teoría de la justicia para la democracia: hacer justicia, pensar*

- la igualdad y defender libertades*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2013.
- , *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del derecho*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2014.
- O'DONNELL, Guillermo, "Democracia delegativa", en *Journal of Democracy*, Vol. 5, Baltimore, National Endowment for Democracy and The Johns Hopkins University Press, 1994, pp. 55–69.
- OSORIO, Miguel, "La fijación de la mentalidad jurídica", en *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones "Ambrosio L. Gioja"*, Año V, n° especial, Buenos Aires, 2011.
- PANIZZA, Francisco (comp.), *El populismo como espejo de la democracia*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2009.
- PASUKANIS, Evgeny, *Teoría general del derecho y marxismo*, Madrid, Labor Universitaria, 1976.
- PERÓN, Eva, *La razón de mi vida*, Buenos Aires, Peuser, 1951.
- PERÓN, Juan D., *Doctrina Peronista*, Buenos Aires, Ediciones "Mundo Peronista", 1947.
- , *Conducción política*, Buenos Aires, Ediciones "Mundo Peronista", 1952.
- , *La hora de los pueblos*, Madrid, Editorial Norte, 1968.
- RAWLS, John, *Teoría de la justicia*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1995.
- SCHMITT, Carl, *El concepto de lo político*, Madrid, Alianza Editorial, 2009.
- SIDICARO, Ricardo, *Los tres peronismos. Estado y poder económico. 1946–55/1973–76/1989–99*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2002.
- STUČKA, Pēteris I., *La función revolucionaria del Derecho y el Estado*, Barcelona, Península, 1974.
- TORRE, Juan C., *Los años peronistas (1943–1955)*, Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 2000.
- VYSHINSKY, Andrey, *The Law of the Soviet State*, Londres, Greenwood Press, 1979.
- ZAFFARONI, Raúl E., *En busca de las penas perdidas*, Buenos Aires, Ediar, 1998.
- , *El enemigo en el derecho penal*, Buenos Aires, Ediar, 2006.
- ŽIŽEK, Slavoj, *Ideología: un mapa de la cuestión*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2003.



**I CONCURSO INTERDISCIPLINARIO DE ENSAYOS
SOBRE FILOSOFÍA DEL DERECHO**



DERECHOS Y DEMOCRACIA: ¿EXISTE UNA JUSTIFICACIÓN DEMOCRÁTICA DE LOS DERECHOS HUMANOS?*

PATRICIO DANIEL MÉNDEZ MONTENEGRO**

*"Si va a morir gente,
votemos quienes".*

VICENTE LUY

Resumen: A lo largo de este ensayo se intentará complejizar los fundamentos sobre los que se asientan los derechos humanos en las sociedades modernas. Para esto, se contrastarán las visiones de diversos juristas y filósofos del derecho sobre la cuestión. La intención del ensayo es escapar a justificaciones lineales de los derechos humanos y adentrarse en las tensiones existentes entre las pretensiones de aquellos que sostienen una democracia robusta en una comunidad de personas libres e iguales. Para saldar esta aparente contradicción, se buscará encontrar una justificación democrática de los derechos humanos, una que no niegue o limite la participación social en la toma de decisiones sino que la potencie y empodere a la ciudadanía.

Palabras clave: derechos – constitución – democracia – instituciones

Abstract: This essay attempts to show the complexity of the fundaments on which human rights are based in modern societies. In order to do so, the views of different jurists and legal philosophers on the matter will be contrasted. The essay's purpose is to avoid straightforward justifications for human rights and to explore the existing tensions between the claims of the supporters of a strong democracy in a community of free and equal people. To solve this deceptive

* Este trabajo ha obtenido el Primer Puesto en el I Concurso Interdisciplinario de Ensayos sobre Filosofía del Derecho.

** Abogado (UBA).

contradiction, I will attempt to find a democratic justification for human rights that neither denies nor limits social participation in decision making procedures, but empowers and boosts citizenry instead.

Keywords: rights – constitution – democracy – institutions

I. INTRODUCCIÓN

La academia jurídica argentina en general y la constitucional en particular se han acercado con poco detenimiento a conceptos que caracterizan nuestro sistema constitucional de Estado Democrático de Derecho. Los juristas locales le han destinado poco espacio al estudio de esta temática. Asimismo, los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación poco han reflexionado sobre esta cuestión.

Sin más, han entendido a estos conceptos como armoniosos, amigables y faltos de conflictos. Hoy por hoy, en las aulas de la Facultad de Derecho se repiten dogmáticamente los conceptos de Democracia, Constitución y Derechos humanos.

Sin embargo, desde la teoría jurídica europea y norteamericana se vienen discutiendo los conflictos inherentes entre la pretensión del autogobierno colectivo democrático, la protección de los derechos fundamentales y la creación de sistemas institucionales funcionales a la protección de esos derechos.

Algunos entienden que el constitucionalismo, es decir, el conjunto de reglas que definen el modo en que tomamos las decisiones institucionales en una sociedad y el conjunto de conceptos jurídicos que decidimos proteger en un territorio determinado, debe primar en algunos casos sobre la democracia, es decir, la voluntad de la mayoría del pueblo. Otros entienden que si pretendemos vivir en una sociedad de iguales, la democracia debería poder avanzar sobre los derechos y el constitucionalismo.

Por lo tanto, ¿son los derechos humanos y la democracia compatibles? Si es así, ¿en qué grado? ¿Cuál debe primar? ¿Existe una forma de conciliar sus fundamentos?

II. CONSTITUCIONALISMO

En los debates de las primeras Constituciones escritas que se dieron a partir de los movimientos revolucionarios tanto en Estados Unidos como en Francia aparecieron discusiones en torno a cuál debe ser el rol que juegan las cartas magnas en la forma en que tomamos nuestras decisiones institucionales más relevantes.¹

En este momento, según el estudio pormenorizado que realizó Roberto Gargarella, aparecieron tres grupos políticos que intervinieron con fuerza y expresaron sus ideas sobre cómo debía organizarse cada país. Estos grupos fueron los Conservadores, los Liberales y los Radicales.

Sin entrar en el denso bagaje ideológico y los fines que cada grupo perseguía, podemos afirmar que el grupo de mayor relevancia de esta época fue el liberalismo, cuyos máximos exponentes constitucionales fueron James Madison y Alexander Hamilton.

Estos dieron a conocer sus principales ideas políticas e institucionales en los conocidos Papeles del Federalista. Allí se manifiestan una serie de principios que, en parte, rigen nuestros sistemas institucionales hasta hoy. Más precisamente, aparece la vinculación entre los derechos que los liberales pretendían proteger y el sistema institucional necesario a tal efecto.

En el Federalista N°10 aparece palmariamente la idea que debía cumplir una Constitución "pasar por el tamiz de un grupo escogido de ciudadanos, cuya prudencia puede discernir mejor el verdadero interés de su país".² Las mayorías eran asimiladas a las pasiones, a las emociones y al capricho. Por lo tanto, los Federalistas creían que debía gobernar los destinos de su país era la razón. Sin embargo, había solo un sector minoritario de la población que tenía los atributos necesarios para llegar a decisiones racionales. Es por eso que el sistema político debía instituir a un grupo selecto de hombres para llevar adelante el Gobierno Federal totalmente separado de las presiones de sus electores. Por lo tanto, continuaba Madison, se debía implementar "la absoluta exclusión del pueblo en su calidad de colectivo de cualquier participación en el gobierno de las repúblicas".³

De ese modo, los liberales tenían miedo a lo que las mayorías, ex-

1. GARGARELLA, R., *Los fundamentos legales de la desigualdad*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2005.

2. MADISON, J., HAMILTON, A. y JAY, J., *Papeles del Federalista*, N°10, Nueva York, 1787.

3. *Ibid.*, N° 63.

presadas en el sistema democrático, pudieran hacer con los derechos de las minorías. De ahí que surge una teoría de la democracia que podríamos denominar "elitista". Esta, partiendo de una visión pesimista de la naturaleza humana, entendía que el autointerés de las mayorías violaría los derechos del resto. Por lo tanto, el sistema institucional debería propender a neutralizar a las mayorías a través de un sistema contramayoritario, es decir, crear instituciones que obstaculicen y filtren las preferencias democráticas.⁴ Entre ellas podemos mencionar a la representación, al Senado, al veto presidencial, al control judicial de Constitucionalidad y las cartas de derechos, entre otras.⁵

Como indica Morton White "los padres fundadores suscribían una postura epistemológicamente elitista en lo que hace al descubrimiento del interés público ya que solo aquellos que se elevasen por encima de la ambición, los sesgos, los prejuicios, los intereses parciales e inmediatos del hombre común".⁶ Por lo tanto, se debía crear un sistema en el cual las pasiones mayoritarias y pasajeras no desviasen el camino y no comprometiesen estos valores.

Podemos ver que el Constitucionalismo original nace como idea de límite, límite a la capacidad del soberano de decidir algunos aspectos centrales de su vida, dado que esto ya ha sido decidido por otros y se encuentra plasmado en la Constitución escrita.

III. FUNDAMENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS

La noción de Derechos está atada al devenir del constitucionalismo liberal clásico. Fue en el siglo XVIII que algunos Estados empezaron a reconocer los derechos reivindicados por la burguesía, los derechos que hoy conocemos como de primera generación. La raíz filosófica de estos era que estos eran gozados por los individuos de modo anterior a la constitución del Estado, creado libremente por ellos mismos. Como lo indica Fernando Atria "los derechos invocados por los revolucionarios

4. MANIN, B., *Democracia directa y representativa. Los principios del gobierno representativo*, Buenos Aires, Alianza, 1998.

5. GARGARELLA, R., *Nos los representantes del pueblo*, Buenos Aires, Hyspamerica, 2003.

6. WHITE, M., *Philosophy, the federalist and the constitution*, Oxford, Oxford University Press, 1987, p. 216.

eran naturales en el sentido de que ellos eran normativamente previos a la existencia de la comunidad política. El respeto a esos derechos se convirtió en el fundamento de la autoridad de los nuevos sistemas políticos modernos".⁷

Sin embargo, como ya vimos en los apartados superiores, esos derechos no fueron consagrados con la participación de toda la sociedad, sino que fueron delineados por las elites intelectuales y políticas. En estos casos existió un enfoque abiertamente excluyente de la democracia. Los derechos en su versión original nacieron para limitar la democracia, para frenar las ambiciones de las mayorías, para proteger la propiedad de los terratenientes.

Los derechos civiles en los siglos XIX y XX fueron recorriendo el camino a la universalización en el mundo occidental. Ya adentrados en el siglo XX también aparecieron los reclamos de proteger otro tipo de derechos, ligados a los sectores excluidos y marginados como los trabajadores, las mujeres y los desposeídos. Así surgieron los derechos políticos universales y los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

A la vez que este camino era recorrido por los diferentes países del mundo occidental, en el ámbito internacional se empezó a intentar proteger los derechos humanos a través de pactos o tratados internacionales. De ese modo surgieron diferentes tratados que fueron negociados en el marco de la Organización de Naciones Unidas. Algo similar sucedió a nivel regional. Como lo indica la Dra. Pinto, los derechos humanos nacen como la conjunción de las ideas del iusnaturalismo y los esfuerzos de la comunidad internacional y regional para proteger a los ciudadanos después de los horrores causados por los genocidios a nivel global.⁸

IV. DEMOCRACIA

Caracterizar y fijar ciertos criterios sobre qué decimos cuando hablamos de democracia va a ser clave para poder continuar con el presente ensayo. Que es la democracia ha sido un tema relevante para diversos autores

7. ATRIA, F., "¿Existen Derechos Sociales?", en *Discusiones: Derechos Sociales*, 2004, pp. 15-59.

8. PINTO, M., *Temas de Derechos Humanos*, Cap. I, Buenos Aires, Ed. Del Puerto, 1997.

nacionales y extranjeros. La teorización sobre este concepto ha dado lugar a diversos puntos de vista y formación de diferentes escuelas.

Carlos Nino ha clasificado y explicado diez teorías de la democracia.⁹ Estas tienen en común un solo factor: entienden que la voz de la ciudadanía debe ser la que fundamente el sistema político. Una vez alcanzado este mínimo denominador, las diferentes teorías van a diferir en aspectos sumamente relevantes como el alcance de esa intervención, el rol que juegan los grupos de interés, la función del debate público, la posibilidad de cambiar o no de posiciones, los temas sobre los cuales la ciudadanía puede o no decidir, etc.

A lo largo de este ensayo defendemos una teoría particular de la democracia, aquella que pondera la deliberación abierta, robusta y desinhibida y la participación de todos los afectados por esas decisiones, esto es, la teoría de la democracia deliberativa. Entre aquellos que se han dedicado a estudiarla y defenderla se encuentran Habermas, el propio Nino, Roberto Gargarella, David Estlund, etc.

Las principales características de este ideal regulativo son que parte de una concepción antielitista, no toma las preferencias como dadas, parte de una posición individualista y considera que el proceso de toma de decisiones debe basarse en la discusión colectiva.

Profundizando esto, la democracia deliberativa rechaza la idea de que exista un grupo de personas con capacidad para decidir imparcialmente en nombre de los demás. Esto quiere decir que es deseable que la ciudadanía delibere y participe para definir el rumbo de la política. La intervención de la ciudadanía es una condición necesaria del sistema democrático.

Otra de las principales ideas en que se basa esta teoría es que, fruto de un debate robusto, amplio y desinhibido entre la ciudadanía, los individuos pueden cambiar sus preferencias. Esto quiere decir que se entiende que existe la posibilidad de persuadir a través de argumentos, razones y ejemplos.

Por otro lado, cuando decimos que la democracia deliberativa tiene una raíz individualista, decimos que el individuo y las personas son las unidades fundamentales del proceso democrático. No son los grupos, las facciones o las corporaciones las que intervienen en el debate político sino los mismos individuos.

9. NINO, C., *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992.

Por último, estas mayorías populares no son meros elementos de movilización y aprobación de medidas y decisiones ya tomadas por partidos políticos o caudillos, sino que la participación ciudadana debe canalizarse a través de la deliberación pública. Esta deliberación es la que permite llegar a decisiones menos perfectibles, ya que permite descubrir errores lógicos y argumentales. Asimismo, también permite una mayor provisión de información, una mayor cantidad de alternativas y también impedir decisiones sesgadas.

Como vemos, en el ensayo se parte de una visión particularmente exigente de la democracia, en la que no toda decisión política va a ser considerada democrática. Bajo esta visión radical, la participación política va a ser profundamente defendida y es por eso que es particularmente conflictiva con los derechos en sí. Los defensores de la democracia deliberativa no piensan que mediante la deliberación se pueda llegar a decisiones perfectas o correctas. Esto quiere decir que las mayorías son falibles, pero sí entienden que un diálogo inclusivo es el mejor método para arribar a decisiones más imparciales y que tengan mayor validez para obligar a toda la ciudadanía.

Si partiésemos de una posición que valorase en un grado menor a la participación y la deliberación política, la tensión entre democracia y derechos sería de fácil resolución: las decisiones que puedan afectar los compromisos constitucionales que asumió un Estado en un momento determinado deberían ser invalidadas y marginadas del marco normativo.

V. TENSIÓN DEMOCRACIA CONSTITUCIONALISMO

La tensión entre democracia y constitucionalismo es un tema prácticamente ignorado por la mayoría de las cátedras de Derecho Constitucional y de Derechos Humanos. Se suele entender que el paradigma vigente de Democracia Constitucional amalgama dos conceptos armoniosos.

Sin embargo, en un texto clásico, Stephen Holmes analiza con profundidad estos dos conceptos desde su genealogía y demuestra que la concepción actual sobre nuestro Estado y nuestro sistema político mezcla conceptos aparentemente contradictorios. Como vimos en los apartados anteriores la democracia, los derechos y las constituciones nacen de principios filosóficos contrarios. Mientas uno nos habla del poder ilimitado del soberano de autogobernarse de acuerdo con sus pre-

ferencias y su voluntad, la Constitución nace para limitar, para atar a ese soberano.¹⁰

De ese modo Holmes adapta los argumentos de autores como Bodin, Burke o Madison y los reconfigura de un modo en que estos puedan servir para potenciar la democracia. En este sentido, el Profesor de NYU entiende que ciertos precompromisos pueden ayudarnos para sentar las reglas de juego del debate democrático, que ciertos acuerdos previos, ciertas ataduras del pasado pueden liberar a las mayorías democráticas del presente. Holmes argumenta "una vez reconocido que se puede aumentar la capacidad de aprender mediante una autoatadura estratégica, entonces la autoatadura se vuelve no solo permisible, sino obligatoria". Los legisladores elegidos no deben hacer leyes que interfieran con los derechos de voto, el libre flujo de información, la libertad de reunión y acceso político de las minorías; es decir, aquellas actividades "que ordinariamente podría esperarse que produzcan un rechazo de una legislación indeseable. La mayoría debe limitar sus propios poderes para garantizar que seguirá siendo una mayoría capaz de aprender [...]. Los muertos no deben gobernar a los vivos, pero sí pueden facilitar el que los vivos se gobiernen a sí mismos".¹¹

Desde otro sistema jurídico, aparecen juristas europeos que resuelven esta tensión de modo similar. Luigi Ferrajoli, Garzón Valdez o el propio Norberto Bobbio proponen la idea de "esfera de lo indecible".¹² Como lo dice el propio autor "en general, la expresión se refiere a la idea de los límites a los poderes públicos, incluidos los de la mayoría, elaborados por toda la teoría liberal: desde Von Humboldt hasta Constant y Tocqueville".¹³

Ferrajoli entiende que la democracia tiene dos columnas vertebrales: por un lado está la dimensión formal, es decir, las reglas por las cuales las mayorías van a poder tomar decisiones políticas y por el otro lado, la dimensión sustancial. Esta última categoría establece que no puede ser decidido por las mayorías y que no puede dejar de ser decidido por estas.

Esta teoría establece que dentro de las constituciones rígidas existen límites marcados a la participación política de las mayorías. De este modo,

10. HOLMES, S., "El precompromiso y la paradoja de la democracia", en ELSTER, J. y SLAGSTAD, R., *Constitución y democracia*, México, FCE, 1999.

11. *Ibid.*, p. 26.

12. FERRAJOLI, L., *La esfera de lo indecible y la división de poderes*, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Año 6, N° 1, 2008, pp. 337-343.

13. *Ibid.*, p. 337.

existen zonas prohibidas y otras obligadas. Esto quiere decir que hay cuestiones en las cuales las mayorías no pueden decidir al mismo tiempo que se crean zonas o cuestiones donde las mayorías deben decidir y definir el derecho.

Sobre la base de esta conceptualización de la democracia, es que el autor italiano redefine la separación de poderes y los ámbitos en los que cada uno puede actuar. De este modo, en el ámbito de la esfera de lo decidible los poderes que pueden actuar son los que están legitimados popularmente para hacerlo, los poderes legislativos y ejecutivos.

En la esfera de lo indecible, se encuentra, claro está, el Poder Judicial. Este poder tendrá a su cargo proteger a las minorías, garantizar que las mayorías no puedan avanzar sobre los derechos fundamentales del resto.

Lo que tienen en común las propuestas de Holmes y de Ferrajoli es que ambos intentan salvar los argumentos de los antiguos juristas liberales o conservadores con el objetivo de hacer un uso progresista de ellos. Está claro que los autores mencionados no tienen el objetivo de resguardar los derechos de propiedad de la clase terrateniente que sí tenían Madison, Hamilton o Burke sino que buscan proteger a las minorías políticas, a los indefensos, a los sectores marginados de la sociedad.

Sin embargo, a pesar de modernizar las ideas de los padres fundadores, los argumentos no terminan de ser persuasivos ¿son válidas las ataduras, los derechos y las instituciones que heredamos de generaciones anteriores? ¿No deberíamos dar lugar a que las nuevas generaciones decidan libremente como organizar las instituciones estatales y que derechos proteger? ¿Existen razones para que el derecho siga siendo un espacio exclusivo de los especialistas?

Los demócratas deliberativos partimos, como ya dijimos, de otros presupuestos teóricos y por lo tanto entendemos que la tensión democracia, constitución y derechos puede resolverse de otro modo, bajo una mirada distinta.

VI. CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO

Sabemos que el fundamento actual de los derechos que tenemos en nuestras constituciones difícilmente pueda ser considerado democrático. La Constitución de 1853-60 nació de una convención realizada por las elites intelectuales de las ciudades y los representantes de las oligarquías

provinciales.¹⁴ La convención reformadora de 1994 no contó con espacios de participación ciudadana y gran parte de los elementos incorporados fue fruto de un pacto secreto celebrado entre los dos dirigentes de los partidos políticos mayoritarios sin consulta alguna a sus bases. Por último, los Tratados de Derechos Humanos incorporados en dicha reforma fueron celebrados por diplomáticos no electos y refrendados por gobiernos con dudosas credenciales democráticas. Es claro que los valores que protegemos en nuestras constituciones no fueron decididos por "el pueblo". Según el Dr. Arrimada "en este punto, es imposible encontrar en los procesos constituyentes argentinos una legitimidad que no sea una ficción inaceptable. Los procesos constituyentes han sido a espaldas de la sociedad, producto de reformas populistas o de pactos de elite, no a través de una instancia participativa y horizontal".¹⁵

Por lo visto, los demócratas radicales que pretenden vivir en una sociedad que respete los derechos humanos de toda la población se encuentran en un dilema filosófico. ¿Cómo conciliar estas dos ambiciones?

El Dr. Arrimada aborda dicha pregunta y entiende que puede haber opciones al viejo constitucionalismo clásico (y moderno) que pretendió imponer ciertas reglas antidemocráticas dentro de la Constitución. De ese modo, el entiende que la única forma de tener una Constitución que fije ciertas reglas y ciertos derechos que aten de manos a una sociedad es a través de un proceso participativo donde la sociedad realmente pueda ser parte de la discusión y sanción de una Constitución escrita.

Sin embargo, uno podría afirmar que tal afirmación peca de ingenua o poco factible. ¿Cómo podría ser posible que una sociedad de millones de personas discuta temas tan sensibles, tan controversiales y tan técnicos en un tiempo prudencial? Si es posible eso, ¿cómo hacer que esa constitución sea efectiva y pueda materializarse? A pesar de estas dudas sensatas existen algunos novedosos ejemplos sobre cómo puede sancionarse una Constitución que consagre derechos de un modo democrático y participativo. Las convenciones Constitucionales de Islandia e Irlanda muestran algunos promisorios y potentes caminos a explorar. Sebastián Linares presenta un trabajo en el cual describe el derrotero de estas dos experiencias y propone

14. ROSA, J., *Historia argentina*, Tomo VI, Buenos Aires, Oriente, 1965.

15. ARRIMADA, L., "La democracia como precondition del constitucionalismo: prácticas democráticas y reforma constitucional", en GARGARELLA, R. (dir.), *La Constitución en 2020*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2011, p. 237.

alternativas para una futura convención constituyente en nuestro país.¹⁶ En el caso de Islandia sorprende un proceso heterodoxo el cual incluyó la designación de una comisión de expertos reclutados de distintas disciplinas que organizó una asamblea de 950 ciudadanos escogidos aleatoriamente del padrón electoral. Deliberó durante un día sobre las cláusulas que debería tener la constitución, las prioridades que la sociedad manifestaba tener. El mencionado comité de expertos resumió las conclusiones de la asamblea e incorporó otras formando un borrador que luego fue utilizado por una convención constituyente de 25 miembros electos en elecciones. Se estableció un piso mínimo de 40% de mujeres.

Este consejo trabajó codo a codo con el comité de expertos a lo largo de 4 meses en sesiones públicas y dio origen a un proyecto de Constitución que luego debía ser votada en doble lectura por el parlamento. También se aceptaron propuestas y comentarios online a través de las redes sociales. Se llamó a un referéndum consultivo donde consiguió una aprobación del 73%.

El caso irlandés mantiene algunas semejanzas con el proceso islandés aunque tiene algunas diferencias. Nació con una asamblea de ciudadanos sorteados que juntó a 100 personas a deliberar sobre políticas públicas específicas que se juntaron en un informe que sirvió de base para una convención constituyente formada por políticos y miembros de la sociedad civil. Tuvo 66 miembros elegidos al azar y 33 representantes de partidos políticos designados por estos siguiendo la proporción de la representación en el parlamento irlandés. Las sesiones iniciaron en el año 2013 y dieron luz a enmiendas constitucionales específicas. También contaron con una experiencia similar a la islandesa de crowdsourcing y sus sesiones fueron transmitidas *on-line*. Este órgano deliberó a lo largo de 10 semanas y produjeron 38 recomendaciones de reforma de las cuales 18 exigían enmiendas constitucionales y referéndums.

Más allá de los aciertos y errores, victorias y fracasos de cada uno de los procesos de reforma o enmienda constitucional dan la pauta de cómo podría funcionar una convención que pueda aliviar las tensiones entre democracia y derechos humanos o, dicho de otro modo, le otorgue un fundamento verdaderamente democrático a los derechos humanos. Demuestran

16. LINARES, S., *Un nuevo proceso de reforma constitucional para Argentina*, (inédito), 2015.

que el miedo a la participación y deliberación de las mayorías, lejos de violar los derechos de las minorías pueden potenciarlos.¹⁷

Al mismo tiempo, aparecen otros experimentos institucionales que dan lugar a imaginar otra forma de pensar la tensión entre democracia y derechos y la forma en que las instituciones los protegen. En países como Canadá han aparecido formas "dialógicas" de relación entre los diferentes poderes del Estado.¹⁸ Como sabemos, hasta entrados los años 80 Canadá no tenía una carta de derechos ni, por lo tanto, un órgano encargado de declarar la inconstitucionalidad de leyes. Existía una supremacía total del legislativo y el Poder Judicial se encargaba de aplicar las leyes dictadas. Ese estado de cosas fue turbado por la Carta de Derechos sancionada en 1980 que introdujo una serie de cláusulas que las mayorías no pueden modificar.

Sin embargo, Canadá no paso de una supremacía del Legislativo a una supremacía de la Carta de Derechos y de la Corte Suprema, sino que introdujo algunas modalidades interesantes de dialogo institucional. Entre ellas se incluyó la "*Not with standing Clause*" presente en las secciones 1 y 33 de esta. Allí se establece el rol fundamental que juegan las mayorías en un sistema democrático y establece mecanismos para que los órganos legislativos y judiciales establezcan un dialogo cuando existen tensiones entre sus decisiones. De ese modo, ante la advertencia de la Corte Suprema sobre la posible colisión de una norma con la Carta de Derechos el Parlamento puede tomar los argumentos de la Corte y reformar la ley en cuestión o puede, no obstante los argumentos de la Corte, insistir con la validez de la norma por el plazo de 5 años prorrogable.

Otro ejemplo sobre cómo la Corte Suprema puede participar del dialogo institucional y promover la democracia proviene de la doctrina del *Meaningful Engagement* de la Corte Sudafricana. Allí la Corte no tomó una decisión unilateral sobre cómo debía solucionarse el problema de acceso a la vivienda de modo unilateral sino que sentó las bases sobre cómo las partes debían trabajar en conjunto para lograr una solución estructural a un problema estructural.

17. De hecho, en un país profundamente católico como Irlanda una de las propuestas de enmienda fue la del matrimonio igualitario que logró su aprobación en Referéndum del día.

18. HOGG, P., BUSHELL, A., "El diálogo de la Carta entre los tribunales y las Legislaturas (o quizás la Carta de Derechos no sea tan malo después de todo)", en GARGARELLA, R. (dir.), *Por una justicia dialógica*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2015, pp. 17-49.

Algo más limitado ha aparecido en las prácticas de las Cortes Supremas de Brasil y la Argentina, donde se han celebrado audiencias públicas con las partes implicadas y *Amicus Curiae* sobre temas de gran trascendencia pública.¹⁹ Así dispuesto, existen propuestas originales de cómo el Poder Judicial puede servir a potenciar la democracia y no a ser un obstáculo para ella. Difícilmente se pueda cambiar radicalmente el lugar que ocupa el poder Judicial en nuestro sistema jurídico, pero sí podemos realizar reformas que lo hagan más permeable a la participación social.

VII. CONCLUSIÓN

Por lo visto estamos ante un dilema sin solución. O estamos del lado del Constitucionalismo, con sus reglas, instituciones contramayoritarias y sus esferas de lo indecible o estamos del lado de la democracia, con la fe ciega a los deseos de las mayorías.

Sin embargo, aparecen formas de conjugar valores necesarios de ambos polos. Es evidente que el marco constitucional heredado tiene aspectos injustificables y no pueden aceptarse en el siglo XXI. Es necesario replantearnos el modo en que pensamos el constitucionalismo, el modo en que interactúan sus instituciones, los derechos y la forma en que participa la ciudadanía.

Las únicas ataduras y paternalismos justificables son aquellas que son decididos en forma participativa y plural y no aquellos impuestos desde arriba, por elites del siglo XIX y XX, de espaldas al pueblo.

Es por eso que para que sean justificables los derechos humanos y las instituciones creadas para protegerlos es necesario que la constitución sea un pacto entre iguales, con igual posibilidad de participación en la toma de decisiones. Los casos de Irlanda, Islandia y el camino que está recorriendo Chile parecen formas de tener una constitución democrática.

Esa Constitución con fundamentos democráticos debería establecer cuáles son derechos fundamentales que debemos proteger, aun contra la voluntad coyuntural de las mayorías. Además, debería establecer mecanismos dialógicos en todos los poderes. El actual sistema contramayoritario,

19. LORENZETTI, R., "Las audiencias públicas y la Corte Suprema", en GARGARELLA, R (dir.), ob. cit., pp. 345-354.

miedoso de la participación popular debe ser modificado. Deben abrirse canales genuinos de participación social en la toma de decisiones.

Esto es particularmente necesario en el Poder Judicial. La verdadera democratización de la justicia debe abrir los canales judiciales a la sociedad. Esto significa que debe profundizarse los problemas de legitimación o standing para que mayores porciones de la población puedan acceder a esta. También deben institucionalizarse y mejorarse las herramientas como las audiencias públicas y los *Amicus Curiae*. Asimismo, deben replantearse los modos en que las cortes actúan ante litigios colectivos que involucran Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Además debe repensarse el modo en que las instituciones se vinculan. El camino tomado por Canadá y Sud África nos da la pauta de cómo el Poder Judicial puede ayudarnos en el dialogo institucional.

Vemos que no hay razones para temer que las mayorías puedan vulnerar los derechos de las minorías, que mediante el dialogo transversal entre individuos comunes puede arribarse a normas protectoras de los intereses fundamentales de la ciudadanía. Es necesario abandonar los corsets ideológicos de aquellos que crearon sistemas institucionales que excluyeron a la ciudadanía de la toma de decisiones fundamentales a nuestra vida en comunidad y repensar la idea de Constitución y de Derechos para poder hacerlas compatibles con la democracia y la soberanía del pueblo. Solo los límites y ataduras impuestas de forma dialógica son aceptables si pretendemos vivir en una democracia igualitaria.

Al mismo tiempo, tampoco es concebible una dialogo ciudadano sin derechos sociales básicos. La democracia deliberativa solo es posible en una sociedad donde todos los habitantes tienen asegurados sus derechos sociales y económicos de forma básica. Los derechos que una sociedad decide proteger no deben ser vistos ya como limitaciones sino como una forma de empoderar a los excluidos, de levantarlos del yugo de la pobreza y la marginalidad y ponerlos en pie de igualdad con el resto de la sociedad. Así como los derechos humanos son inaceptables sin una democracia robusta, la democracia es inaceptable sin igualdad de condiciones para participar de la esfera pública.

BIBLIOGRAFÍA

ARRIMADA, Lucas, "La democracia como precondition del constitucionalismo: prácticas democráticas y reforma constitucional", en GARGARE-

- LLA, Roberto (dir.), *La Constitución en 2020*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2014.
- ATRIA, Fernando, "¿Existen Derechos Sociales?", en *Discusiones: Derechos Sociales*, 2004, pp. 15-59.
- FERRAJOLI, Luigi, *La esfera de lo indecible y la división de poderes*, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Año 6, N° 1, 2008, pp. 337-343.
- GARGARELLA, Roberto, *Nos los representantes del pueblo*, Buenos Aires, Hyspamerica, 2003.
- , *Los fundamentos Legales de la desigualdad*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2005.
- HOGG, Peter W., y BUSHHELL, Allison A., "El dialogo de la Carta entre los tribunales y las Legislaturas (o quizás la Carta de Derechos no sea tan malo después de todo)", en GARGARELLA, Roberto (dir.), *Por un ajusticia dialógica*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2004, pp. 17-49.
- HOLMES, Stephen, "El precompromiso y la paradoja de la democracia", en ELSTER, Jon y SLAGSTAD, Rune, *Constitución y democracia*, México, FCE, 1999.
- LINARES, Sebastián, *Un nuevo proceso de reforma constitucional para Argentina*, (artículo inédito), 2004.
- LORENZETTI, Ricardo, "Las audiencias públicas y la Corte Suprema", en GARGARELLA, Roberto (dir.), *Por una justicia dialógica*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2014, pp. 345-354.
- MADISON, James, HAMILTON, Alexander y JAY, John, *Papeles del Federalista*, N° 10, Nueva York, 1787.
- MANIN, Bernard, *Democracia Directa y Representativa, Los principios del gobierno representativo*, Buenos Aires, Alianza, 1998.
- NINO, Carlos S., *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992.
- PINTO, Mónica, *Temas de Derechos Humanos*, Cap. I, Buenos Aires, Ed. Del Puerto, 1997.
- ROSA, José M., *Historia argentina*, Tomo VI, Buenos Aires, Oriente, 1965.
- WHITE, Morton, *Philosophy, the federalist and the constitution*, Oxford UP, 1987.



ESTADO CONSTITUCIONAL, CONVENCIONAL, DEMOCRÁTICO Y SOCIAL DE DERECHO: ALGUNOS ASPECTOS SOBRE SU FORMACIÓN Y SITUACIÓN ACTUAL. CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD Y DEMOCRACIA, ¿IRRECONCILIABLES?*

CATALINA M. DE LA TORRE**

Resumen: El presente trabajo busca responder algunas preguntas: ¿Cómo construimos históricamente el Estado Constitucional, Convencional, Democrático y Social de derecho? ¿Tiene el poder judicial la única palabra frente al control de constitucionalidad? ¿Acaso tiene la última? ¿Qué rol le cabe asumir a la ciudadanía?

El trabajo se estructura primeramente en un trazo histórico, tanto del contexto previo al surgimiento de los estados modernos, como su desarrollo y consolidación, repasando cada una de las categorías que se le asignan y deteniéndome en el caso argentino.

Por último se plantea el problema de la interpretación judicial, la tensión entre constitucionalismo y democracia, con una mirada propia a la hora de valorarla.

Palabras clave: estado – constitucionalidad – convencionalidad – democracia – social – derecho – control constitucional – ciudadanía

Abstract: The present paper tries to answer at least basically, some questions: How do we have built historically the Constitutional, Conventional, Democratic and Social right State? Do the courts have the only word in order to make a constitutional control? Do they have at least the last word? Which is the role of the citizenship?

* Este trabajo ha obtenido el Segundo Puesto en el I Concurso Interdisciplinario de Ensayos sobre Filosofía del Derecho.

** Abogada y Lic. en Sociología (UBA).

The paper is structured first in a historic outline, within the social context before modern states emerged, its developments and consolidation, going through each of the categories the actual State has and analyzing the Argentinean case.

For the last, it is raised the problem of judicial interpretation, the tension between constitutionalism and democracy, with an own look in order to value it.

Keywords: state – constitutionality – conventionality – democracy – social – law – judicial control – citizenship

I. INTRODUCCIÓN

Actualmente vivimos en un Estado Constitucional, Convencional, Democrático y Social de derecho y hablar de este tipo de Estado, es hablar de historia, tanto de la filosofía política como de aquellos sucesos históricos que por su trascendencia marcaron el destino de nuestro presente. Es una historia determinada, pues a la hora de analizarla se procede a recortarla, arbitrariamente, con el fin de identificar aquellos episodios, rupturas, continuidades que llevaron a nuestra historia actual y determinante respecto de las categorías estatales que hoy se invocan.

Es una historia en sus comienzos propia de un espacio, el europeo occidental, y de un tiempo que comenzó a gestarse por lo menos a partir del siglo XI.

En este contexto, el siguiente trabajo tiene como meta recorrer brevemente esta historia, mencionando algunos sucesos históricos significativos como así también algunos conceptos teóricos que contribuyeron a la formación de nuestro Estado.

Por último, se intenta reflexionar y poner hincapié acerca de uno de los tantos aspectos que surgen de la tensión propia entre el constitucionalismo y la democracia intentando, asimismo, contribuir en una superación beneficiosa de esta.

II. DESARROLLO

II.A. Sobre la Edad Media

Este siglo XI, propio de un mundo feudal, compuesto de señoríos, unidades económicas, sociales y políticas comenzó a experimentar transformaciones positivas a nivel producción y de aumento poblacional, que muy probablemente se debieron a un período de relativa paz en Europa, a mejoras técnicas en la producción y mejoras en la calidad de vida que favorecieron el excedente de producción y una mano de obra que, motivadas por el espíritu de aventura y la posibilidad de escapar a la servidumbre de la que estaban sometidos en tierras del Sr. feudal, se lanzó hacia lo que más adelante serían las ciudades. Comenzaron a repoblar viejas ciudades romanas semiabandonadas, a ubicarse en las proximidades de los monasterios, en el cruce de las rutas comerciales o a la vera de los caminos de peregrinación, generando nuevos asentamientos y constituyendo lo que posteriormente sería el núcleo de las futuras ciudades.¹

Estos nuevos personajes históricos comenzaron a llamarse burgueses, dedicados a la producción artesanal y al comercio. Favorecieron su crecimiento el tráfico marítimo, que generaba intensos intercambios comerciales. Con ellos surgió el intercambio de moneda y nuevas formas de pago, el pagaré y letras de cambio, inaugurando con ello una economía mercantil.²

Estas ciudades, pertenecientes al ámbito territorial de los Sres. feudales, contaban con su protección, pero luego, a medida que estos pequeños comerciantes, burgueses, obtenían mayor poder económico, comenzaron a enfrentarse a aquellos reclamando mayores libertades económicas como también políticas.

Esta situación fue advertida por la monarquía quien, ni lerdia ni perezosa, encontró una forma de retrotraer el poder de la nobleza, y apoyó los reclamos de esta burguesía que comenzaba a consolidarse. De este modo, muchas ciudades consiguieron ser comunas autónomas.³

El mundo feudal se caracterizaba por un alto nivel de cohesión social entre el vasallo y la unidad a la que pertenecía. Cuando comienzan a aban-

1. PIPKIN, D., "Claves históricas para leer a Maquiavelo", en VÁRNAGY, T. (comp.), *Fortuna y Virtud en la República Democrática*, Buenos Aires, CLACSO, 2000, pp. 53-67.

2. *Idem.*

3. *Idem.*

donar los feudos y a establecerse en estos pequeños asentamientos que más tarde adquirirían autonomía, los ahora burgueses no llegaban a conscientizarse de los profundos cambios de los que eran protagonistas. Como sostiene Pipkin, se limitaban a operar espontáneamente en esa realidad.

Fue la propia vida urbana, el mercado, la taberna, las conversaciones cotidianas, la que comenzó a gestar en estos individuos una conciencia de clase, una mentalidad común. Ya no eran parte de un feudo, ni se debían a él. Comenzaron a darse cuenta de la existencia de otros, con ideas, sentimientos e intereses afines y sobre todo, de que tenían poder, de que eran los verdaderos protagonistas de esta etapa. Poseían un poder económico, por lo menos, suficiente para agrietar el mundo feudal y no estaban dispuestos a perder esta oportunidad.

Este crecimiento económico ubicó a los burgueses luego de la nobleza y el clero (primer y segundo estado), en un tercer estado,⁴ que simultáneamente comenzó a diferenciarse por sus pequeñas fortunas de lo que el autor denomina cuarto estado, compuesto por artesanos, campesinos, sirvientes, que se ubicaban en los estrados más bajos del diseño social. Las diferencias entre uno y otro estado se convertirán con el tiempo en enfrentamientos y condicionarán, asimismo, la conceptualización del Estado.

II.B. Sobre la Edad Moderna

Para el siglo XV, la colaboración que obtuvo la burguesía, por parte de los monarcas, en su lucha contra los Sres. feudales no fue gratuita. Para este siglo, las monarquías, aprovechando que aquellos, en su lucha contra la burguesía incipiente, cedían poder, ya se habían centralizado y comenzaban a surgir los primeros Estados Nacionales, con territorios unificados (España, Portugal, Francia, Inglaterra), y se conducían a constituirse en verdaderos Estados absolutos.

La delimitación de ámbitos de dominación territorial, los tratados y acuerdos entre reyes, facilitaron y ampliaron las actividades económicas de la burguesía a nivel regional, nacional e internacional.⁵ Asimismo, las bancas propiedad de los burgueses constituyeron espacios de financiamien-

4. SAGÜÉS, N., "El constitucionalismo" en *Teoría de la Constitución*, Buenos Aires, Astrea, 2001.

5. PIPKIN, D., ob. cit., pp. 53-67.

to para las campañas llevadas adelante por los monarcas. La asociación entre monarquía y burguesía era exitosa al punto que muchos burgueses se incorporaron como funcionarios de los reinos. Y el esplendor de muchas ciudades de entre la segunda mitad del siglo XV y primeras décadas del siglo XVI, contenidas en el renacimiento da cuenta de ello.⁶

Pero no todos los territorios lograron unificarse. Italia continuaba dividida y enfrentada en numerosos principados feudales, ciudades libres, reinos, repúblicas, ducados y otras unidades políticas que no lograron la unificación sino hasta la segunda mitad del siglo XIX,⁷ en cuyo seno, además, albergaba el poderío papal.

Este contexto moderno, marcado por la violencia, injusticias, desigualdades, amenazas, inseguridad, suntuosidad, placeres, avaricia y corrupción envuelve a una Europa prerevolucionaria que comienza a adoptar una actitud crítica respecto de la autoridad, por parte de una clase consciente de que, obtenido el poder económico, solo restaba justificar ideológicamente su consolidación política en el poder, pues las teorías no nacen en el vacío, surgen para dar respuesta a determinados interrogantes. Es el curso de los acontecimientos histórico-políticos lo que en definitiva funda el saber en uno u otro sentido.⁸

Y es justamente en este contexto que comienza a hablarse de Estado.

II.C. Sobre el Estado en sus comienzos

En la Edad Media no existía el concepto de Estado como hoy lo conocemos. Recién a finales del siglo XV y principios del XVI se introduce su concepto para identificar a un cuerpo político sometido a un gobierno y determinadas leyes.

Fue Maquiavelo, hombre del renacimiento italiano, de fines del siglo XV y primeras décadas del XVI, quien le dio a dicho vocablo el sentido

6. *Ibid.*

7. VÁRNAGY, T. (comp.), “Introducción”, en *Fortuna y Virtud...*, ob. cit., pp. 9-52.

8. GARCÍA JARAMILLO, L., “¿Cómo pensar hoy la tensión entre constitucionalismo y democracia? Una perspectiva desde el constitucionalismo democrático”, en *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, vol. 60. Nro. 2, Curitiba, Universidade Federal do Paraná – Faculdade de Direito, mayo/agosto 2015, consultado en [<http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/41005>].

moderno que hoy conocemos,⁹ asumiendo una postura de realismo político que se aleja de la política como *deber ser* (tal como venía desarrollándose en los dos mil años anteriores), para describir su cómo *es*, siendo esta postura y su modo de explicar la política uno de sus mayores aportes. Político innato y amante de su tierra, deseaba fervientemente verla unificada. Entendía que el fin del Estado es superior al fin del individuo y que su Italia debía unificarse bajo un mismo mando, bajo un poder central soberano e independiente al cual se subordinen todos los demás poderes, incluido el religioso, fundado no solo en la fuerza física que tiene como facultad el príncipe sino también y fundamentalmente en el consenso, aspirando al bienestar de su pueblo. Los conceptos de centralidad y absolutismo recorren todo el pensamiento maquiavélico.

Frente a la problemática de esta Italia dividida, azotada por los saqueos y las conveniencias de las grandes familias, papado y milicias, aparecen las propias de territorios unificados bajo absolutismos monárquicos donde los intereses de los monarcas colisionaban con los de un tercer estado, pujante y ansioso de modificar las bases en la construcción de poder y de su legitimación.

Ya en el siglo XVII comienzan a surgir cuestionamientos a la absolutización del poder en manos del monarca y empiezan a elaborar teorías sobre la soberanía. Esta, ya no proviene de Dios, desencajando con ello el histórico discurso legitimante del poder real. El poder es del pueblo; el pueblo es soberano, comenzando a pensarse en la idea de democracia y desarrollando teorías acerca del Estado.

En esta línea de pensamiento, el iusnaturalismo realiza un giro teórico de tal trascendencia que operará como un aporte fundamental, desarrollando y difundiendo la idea del derecho natural, entre comienzos del siglo XVII y finales del siglo XVIII.

Ahora bien, este derecho natural no debe comprenderse en el sentido aristotélico de ley natural. Para Aristóteles, las leyes naturales eran las leyes comunes a todos los pueblos civilizados, obtenidas a través de un método inductivo, a partir de un estudio comparado entre las diversas leyes. En estos términos, será ley natural la que surja del consenso de todas estas legislaciones.¹⁰

9. VÁRNAGY, T. (comp.), ob. cit., pp. 9-52.

10. BOBBIO, N., MATTEUCCI, N. y PASQUINO, G., *Diccionario de Política (Soberanía)*, México, Siglo XXI Editores, 1991, pp. 1483-1492.

II.D. Sobre el Iusnaturalismo

Entre los expositores más destacados de esta corriente de pensamiento moderno se encuentran Hobbes, Locke y Rousseau. Plantean y reflexionan sobre el fundamento y la naturaleza del Estado.

Si bien son autores que parten y finalizan en ideas distintas acerca de la concepción del Estado, todos ellos comparten un mismo esquema metodológico. A través de un razonamiento deductivo y racional entienden que es posible permitir la reducción del derecho y la moral (así como de la política), a ciencia demostrativa,¹¹ muy propio de su tiempo por cierto, donde sus protagonistas se encontraban seducidos por el éxito que tenían las ciencias naturales en la producción de conocimiento y predicción de sucesos.

Estos autores parten de pensar al individuo en un estado de naturaleza, sede de las relaciones más elementales entre los sujetos,¹² donde todos comparten una situación de igualdad, libertad y posesión de los derechos naturales. Que luego, por diversos motivos (sea por la violencia, la miseria, el caos en el caso de Hobbes, por la ausencia de un tercero que dirima los conflictos en el caso de Locke, o por el devenir corrupto de la sociedad, producto de la propiedad privada en el caso de Rousseau), se encontraran en la necesidad de suscribir un pacto, dando origen a la sociedad civil, o, en el caso de Rousseau a la República, donde los individuos cedan más o menos derechos a un tercero (sea en el monarca absoluto, en el parlamento, o en la voluntad general), con el fin de lograr paz y seguridad, justicia, o de transformar al individuo en un hombre nuevo, libre, en un ciudadano.

Lo fundamental de esta corriente es que viene a imponer límites al poder del soberano, delimitará un campo de acción donde no solo los súbditos se someten a la norma sino también la autoridad.

Este pensamiento iusnaturalista es tan importante para la Europa (y América, sometida al poder europeo) ya revolucionaria que sienta las bases del constitucionalismo. Pues ya no basta con acuerdos. Ahora será necesario escribir en textos legales la preeminencia de los derechos naturales, devenidos en positivos y que nadie puede avasallarlos, dando origen a los Estados de Derecho.

11. *Idem.*

12. *Idem.*

II.E. Sobre las constituciones

El pensamiento iusnaturalista moderno tendrá una influencia directa en las tres grandes revoluciones burguesas, la inglesa de 1688, la estadounidense de 1776 y la francesa de 1789, por las cuales se tendió a legitimar y sostener ideológicamente su dominio, que sin embargo, fundaron la primera de las categorías que se invocan en la caracterización de Estado; es decir, la de un Estado de Derecho.

En una primera manifestación, el constitucionalismo –como aquel proceso político-jurídico que tiene como meta establecer un documento, la constitución, con características formales y de contenido–,¹³ formula simplemente la doctrina de que el poder político del rey está limitado por los derechos de sus súbditos y por las competencias que el parlamento libremente elegido y reunido tiene para la aprobación de las leyes, los impuestos y las obligaciones militares. Con esta doctrina se altera la idea de soberanía, que pasa a ser popular y se asume la tarea de autolegislar, fundando el orden normativo que regirá la sociedad, que será la Constitución.¹⁴ Se derrumbaron las prerrogativas del primer y segundo estado (nobleza y clero), arrinconando las pretensiones del cuarto estado, en lo que Sagüés llama una hábil maniobra ideológica por parte de la burguesía.¹⁵

Aunque esta doctrina se plasmó en algunos documentos legales importantes como el "*Bill of Rights*" de 1689, los británicos nunca aprobaron un texto constitucional que solemnizara la organización de la nación.¹⁶ Sin embargo, fue este diseño inicial británico fundado en el marco teórico del iusnaturalismo el que influyó profundamente en el desarrollo del constitucionalismo francés y estadounidense, donde se procedió a aprobar un texto que solemnizara por lo menos dos principios básicos, garantía de derechos y división de poderes.

La diferencia esencial entre el constitucionalismo francés y estadounidense de aquella época es que si bien en ambos casos fue de un corte meta-

13. SAGÜÉS, N., ob. cit.

14. GARGARELLA, R., *La justicia frente al gobierno*, Ecuador, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC), 2012, Caps. I–V, IX y Conclusión, consultado en [https://www.corteconstitucional.gob.ec/images/stories/corte/pdfs/la_justicia_frente_al_gobierno.pdf].

15. SAGÜÉS, N., ob. cit.

16. RUIZ MIGUEL, A., *Constitucionalismo y Democracia*, consultado en [<http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/13504408112572162922202/015125.pdf?incr=1>].

mente individualista y liberal, en el caso de Francia, el texto constitucional revestía de una superioridad más bien política que jurídica, como norma programática y no inmediatamente efectiva. La fuente jurídica superior seguía siendo la ley ordinaria. No se preveían controles constitucionales ni siquiera una dificultad o rigidez para modificar la constitución.¹⁷

El caso de Estados Unidos de América (EE. UU.), versó sobre una interpretación muy diferente. La constitución de EE. UU., aprobada en 1787 (y en 1789 se incluyen al texto original las 10 enmiendas relativas a una declaración de derechos), se proclamó e interpretó como una norma superior a cualquier ley ordinaria, tanto federal como de los distintos estados de la unión, dando lugar a la segunda categoría en la caracterización estadual; es decir, la de un Estado Constitucional de Derecho. Aunque no se hubiera previsto expresamente ninguna forma de control constitucional de las normas ordinarias.¹⁸

Este mecanismo de control constitucional se incorporó al sistema jurídico casuísticamente a través de la sentencia "Marbury v. Madison" (1803), donde en su célebre voto, el juez Marshall consagró el criterio de que si la constitución era la norma jurídica superior, cualquier tribunal tenía la competencia para dejar de lado la ley ordinaria que en un proceso se demostrara contraria a ella.¹⁹

Esta forma de función judicial propia del sistema jurídico de EE. UU. fue siempre desconocida en Europa, donde solo avanzado el siglo XX se comenzaría a generalizar, además de la rigidez constitucional, un procedimiento de control de constitucionalidad concentrado en un tribunal específico, mediante un análisis expreso y abstracto a diferencia del estadounidense como parte de un proceso individual y concreto.²⁰

Es también en el mismo seno estadounidense donde han comenzado a surgir cuestionamientos, por parte del constitucionalismo democrático, a este tipo de control judicial constitucional, fundados básicamente, en la crítica que le merece al poder judicial haberse atribuido ciertas facultades que originalmente no les fueron conferidas, aun cuando este tipo de rol judicial haya estado orientado por el progresismo.²¹

17. *Idem.*

18. *Idem.*

19. *Idem.*

20. *Idem.*

21. GARCÍA JARAMILLO, L., ob. cit.

II.F. Sobre el caso argentino en sus orígenes constitucionales y en el siglo XX

La Argentina no fue ajena a las tendencias iluministas de Europa y EE. UU. Tampoco fue ajena a los conflictos. En un territorio convulsionado por las divisiones y las discusiones acerca de qué tipo de país se quería organizar, se aprobaron varios documentos con textos propios de constituciones pero que no prosperaron. Es el caso del Estatuto Provisional en 1815, que contenía reconocimiento de derechos y fijación de los poderes estatales, propio de las constituciones, pero no tuvo la aceptación de las provincias, por emanar de un Gobierno provisional, el de Ignacio Álvarez Thomas. Lo mismo sucedió cuando el Congreso de Tucumán, que había declarado la independencia el 9 de julio de 1816, ya trasladado a Buenos Aires, dictó la Constitución de 1819 de carácter unitario, en la medida que el poder ejecutivo lo ocupaba un Director (CN 1819, art. LVI), elegido por las cámaras de representantes y senadores (CN 1819 art. LXII), con la atribución de Jefe Supremo (CN 1819, art. LXXIV), circunstancia que motivó el fracaso del texto por el rechazo de las provincias, aun cuando fue jurada por la mayor parte de las provincias (salvo las del litoral) y rigiera durante ocho meses, cuando se extinguió junto al Directorio y al Congreso.

En 1826, durante la presidencia de Rivadavia (cargo cuestionado en virtud de que fue creado mediante ley de presidencia y respondía a una gestión centralizada), se dictó una nueva constitución, que tampoco prosperó, con caracteres unitarios, donde el presidente elegía a los gobernadores de las provincias y donde estos dependían del presidente (CN 1826, art. 130-132).

Con la llegada de Rosas a la gobernación de Buenos Aires en 1829, el debate constitucional se suspende, hasta 1852, cuando Urquiza vence a Rosas en la famosa batalla de Caseros, y se dan las condiciones propicias para un congreso constituyente, a través del acuerdo de San Nicolás, de 1852, por el cual se ratifica el Pacto Federal de 1831 (alianza original entre Buenos Aires, Santa Fe y Entre Ríos, al que luego se fueron adhiriendo más provincias) y se conviene, finalmente, en celebrar el mencionado congreso constituyente. El Congreso General Constituyente se celebra sin representación porteña y deliberó en la ciudad de Santa Fe desde el 20 de noviembre de 1852 hasta el 7 de marzo de 1854. No solo se encargó de dictar la C.N. sino también de legislar, hasta tanto se estableciera el Congreso

de la Nación que la misma constitución creaba como cuerpo legislativo nacional.

La C.N. de 1853 tiene como fuentes a los pactos preexistentes que fueron sucediéndose a lo largo de la formación nacional (donde el Pacto Federal de 1831 fue fundamental), la Constitución de los Estados Unidos de América (EE. UU., 1789) y el proyecto de Alberdi, "*Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*" (1852).

Esta constitución de 1853 implicó la adopción definitiva del pensamiento liberal y republicano preponderante de la época. Ejemplos de ello son la división de poderes, la temporalidad del ejercicio de los gobernantes, el derecho de usar y disponer de la propiedad, el derecho de los extranjeros que pueden poseer bienes raíces, comprarlos y enajenarlos y el principio establecido en el artículo 17 que dispone la inviolabilidad de la propiedad.

Con la anexión de Buenos Aires a la Nación en 1860 queda, por fin, comprendido en su totalidad el primer momento constituyente de la República, culminando con éxito la instauración del estado nacional.

Al igual que en EE. UU., nuestra Constitución sí es declarada Ley Suprema de la Nación (art. 31), superior a cualquier ley ordinaria, y aun las constituciones provinciales.

A través de los fallos "Sojo" (1887) y "Municipalidad de la Capital c/ Elortondo" (1888), dictados por el Tribunal Supremo Argentino, se adopta también, pretorianamente, el criterio de control constitucional judicial adoptado por la justicia de EE. UU. en "Marbury v. Madison".

En "Sojo", la Corte sostuvo "no es posible reconocer en la honorable Cámara de diputados de la nación, de cuyo mandamiento de prisión procede el recurso entablado de 'habeas corpus', el carácter de tribunal en el caso, sujeto al recurso de apelación para ante esta Corte. Ello es repugnante a la independencia de los poderes legislativo y judicial y a otros principios fundamentales del orden constitucional que nos rige. Para tal consideración sería necesario que esta Corte hubiese sido investida de la facultad de revisar los actos de las Cámaras legislativas en los casos en que ellas tienen peculiar y exclusiva jurisdicción, lo que no se puede sostener sin evidente error".

En "Municipalidad..." más claramente se sostuvo "*es elemental en nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los Tribunales de Justicia, de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de*

la Constitución para averiguar si guardan o no conformidad con esta, y abstenerse de aplicarlas, si las encuentran en oposición con ella, constituyendo esta atribución moderadora, uno de los fines supremos y fundamentales del poder judicial nacional y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consignados en la Constitución, contra los abusos posibles e involuntarios de los poderes públicos" (las itálicas son propias).

Este criterio sostenido sobre la base del artículo 97 de la Constitución original de 1853, que con las sucesivas modificaciones pasó al artículo 95 (1949), luego al 100 (1957), y finalmente al 116 (1994), y que dispone "Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución", se ha sostenido hasta la actualidad, independientemente de las distintas integraciones de nuestro máximo tribunal (más recientemente el fallo "Rizzo"²² y "Uriarte").²³

Estos fallos han sido paradigmáticos, en la medida que la C.S.J.N., en el fallo "Rizzo", trunció, en mi opinión, de modo impecable, el intento de modificar cuestiones relativas a la selección de consejeros del Consejo de la Magistratura y designación y destitución de jueces, con un claro mensaje político tanto al Poder Ejecutivo como al Legislativo. Es importante, además, destacar, el contexto político social en que la Corte se expidió, pues estaba enmarcado en una profunda discusión institucional y política, con amplia repercusión mediática.

Lo mismo ocurrió con el fallo "Uriarte", sumamente actual (noviembre 2015), donde la Corte resolvió declarar la inconstitucionalidad del régimen de subrogaciones establecido en la ley 27.145, y declarar la invalidez de las listas de conjuces que habían sido nombrados por mayoría simple, por los mismos fundamentos con los que trabajó en "Rizzo", es decir, la necesidad de hacer cumplir la Constitución Nacional (y cuando hablo de C.N. también hablo de los Tratados Internacionales). En "Uriarte" se hace mención a la CIDH²⁴ que destaca la importancia de las mayorías califica-

22. "Rizzo, Jorge Gabriel s/ acción de amparo - Poder Ejecutivo Nacional, ley 26.855 (Consejo de la Magistratura)", 2013, CSJN.

23. "Uriarte, Rodolfo Marcelo y otro c/ Consejo de la Magistratura de la Nación s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad", 2015, CSJN.

24. Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 44, del 5 de diciembre de 2013, punto 93, "Garantías para la independencia de las y los ope-

das pues “constituyen una salvaguarda para reforzar los procedimientos de selección de magistrados pues evitan las mayorías partidarias e incrementan la transparencia, resultando más evidente para el público que elige a los candidatos con base al mérito y las capacidades personales”. Se procura la supremacía del bloque constitucional federal y no la del Poder Judicial, o la de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En este fallo también se dejó en claro que (votos Petracchi y Argibay) “la incorporación del artículo 114²⁵ a la Constitución Nacional (1994), fue reformular la relación de los poderes Ejecutivo y Legislativo –que responden básicamente a la dinámica del proceso político– con el Poder Judicial, en el sentido de fortalecer su independencia, al reducir, en cierta medida, la influencia de los actores políticos [...] para evitar la fractura del balance que la Convención de 1994 juzgó apropiado para mantener el Poder Judicial la distancia justa de los otros dos poderes que expresan más directamente la representación democrática”.

El siglo XX, dio paso a un Estado garante de derechos sociales, promocionando una estructura social más uniforme, abandonando la concepción de Estado protector de derechos individuales²⁶ propia del primer momento constitucional, el individualista y liberal.

Nuestra Constitución Nacional absorberá los componentes ideológicos del constitucionalismo social. Aquel que motivará su desarrollo producto también de las pujas y conquistas históricas, esta vez del cuarto estado, grupo que comenzó a diferenciarse del tercer estado o burguesía a partir del siglo XIV, cuando esta comenzó a amasar pequeñas fortunas y cuyos oficios se traducían en banqueros, profesionales, incipientes empresarios. Con el paso del tiempo (y las conquistas propias de la burguesía que luego se plasmarían en las constituciones escritas relegando del poder a la nobleza y al clero), la diferencia y los enfrentamientos con los pequeños aprendices, artesanos, campesinos es ya insalvable, relegando a este cuarto estado a los márgenes de una sociedad que no pretendía hacer lugar para ellos.

radores de justicia. Hacia el fortalecimiento del acceso a la justicia y el estado de derecho en las Américas”.

25. Que trata expresamente sobre el Consejo de la Magistratura.

26. GARCÍA DELGADO, D. R., “Del Estado de Bienestar al Estado Postsocial”, en *Estado y Sociedad. La nueva relación a partir del cambio estructural*, Buenos Aires, Tesis Grupo Editorial NORMA, 1996, pp. 27-54. Consultado en [<http://www.flacoandes.edu.ec/libros/digital/43136.pdf>].

Con las revoluciones europeas de 1848, aparece junto con la burguesía, este grupo, el (ahora) asalariado, que demanda su coparticipación en el ejercicio del poder político. Un nuevo constitucionalismo, inspirado en este grupo social y reflejado por la constitución francesa de la Segunda República, de 1848, va a cambiar parte del neto corte individualista preponderante hasta esa época.²⁷

Con la "comuna de París" se proclama la "emancipación de los trabajadores"²⁸ inaugurando el período del constitucionalismo social (empoderado por la acción de los sindicatos), que en nuestro país lo receipta recién la constitución de 1949 (2° momento constituyente junto con 1957). Las principales reformas incorporadas en el segundo momento constituyente argentino incluían los derechos del trabajador, la familia y la ancianidad, el derecho a la propiedad privada con una función social y el capital al servicio de la economía nacional (artículo 37). Se nacionalizaban los minerales, las caídas de agua, los yacimientos de petróleo, de carbón y de gas y las demás fuentes de energía exceptuando los vegetales. Nacionalizaba también los servicios públicos y prohibía su enajenación o concesión a particulares (artículo 40). Con la revolución libertadora de 1955, el gobierno militar de facto deja sin efecto la constitución de 1949, y en 1957 se sanciona la constitución nacional que mantenía la intangibilidad de la de 1853 en su redacción pero incorporaba la protección de los derechos del trabajador en su artículo 14 bis (estructurado en tres párrafos: derecho individual del trabajo, derecho colectivo del trabajo, y derecho de la seguridad social).

Nuestro Estado pasa a caracterizarse como un Estado constitucional, social de derecho.

Con la reforma de 1994, queda por fin configurado el tercer momento constituyente argentino, donde se cristaliza la facultad de control judicial constitucional (artículo 43 "[...] el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma [...]"). Y donde se incorporan los tratados internacionales al texto de la Carta Magna, otorgando a determinados tratados de derechos humanos, jerarquía constitucional.

El artículo 75 inc. 22, enumera los diez tratados con jerarquía constitucional: La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre;

27. SAGÜÉS, N., ob. cit.

28. *Idem.*

la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño.

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, con el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara gozarán de jerarquía constitucional.

También se establece que los tratados internacionales y los concordatos con la Santa Sede tienen jerarquía superior a las leyes.

La modificación de la Constitución Nacional que incorpora a ella el reconocimiento de derechos de tercera y cuarta generación (C.N. 41 y 42, en relación con la protección del medio ambiente, consumo e información), las convenciones y tratados dándoles jerarquía constitucional abre la última etapa del diseño constitucional; la convencional y democrática. El Estado Constitucional, Convencional, Democrático y Social de derecho.

El elemento democrático (ahora como un elemento normativo), es, por primera vez, explicitado en el texto constitucional a través de cláusulas que promueven su protección. Así, algunos de los nuevos artículos se vinculan con el funcionamiento de la democracia representativa, desde las sanciones a quienes se alcen contra el orden institucional y el sistema democrático, interrumpiendo la observancia de la Constitución (artículo 36) asimismo establece que atentará "contra el sistema democrático quien incurra en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento", inhabilitando al responsable para ocupar cargos o empleos públicos. También se consagran los derechos políticos, especialmente a través del sufragio universal igual, secreto y obligatorio (artículo 37) y la igualdad de sexos para acceder a cargos electivos y partidarios, lo que queda resguardado a través de acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y en el régimen electoral (artículo 37). Se constitucionalizan los partidos políticos como instituciones fundamentales del sistema democrático (artículo 38) como también se introducen la iniciativa y la consulta popular (artículos 39 y 40) tanto para la presentación de

proyectos de ley como para someter a consulta vinculante o no vinculante otros proyectos.

II.G. Sobre la democracia

Bobbio, en su diccionario de política enseña que en la teoría contemporánea de la democracia confluyen tres grandes tradiciones de pensamiento político. Por un lado, la clásica, transmitida como teoría aristotélica; de gobierno de todos aquellos que gozan los derechos de ciudadanos que se distingue de la monarquía, como gobierno de uno solo y de la aristocracia, como gobierno de pocos. La democracia directa ateniense (que en realidad se trataba de una isonomía, gobierno de los semejantes pero que la llevaron adelante a través de la participación ciudadana), aquella del siglo V a.C. se caracterizaba por la existencia de asambleas que juzgaban, administraban, imponían impuestos, que intervenían en todos los ámbitos de las *demos* (tribus), con una gran invención legislativa, la creación de una ley que prohibía la neutralidad a los ciudadanos. Se los obligaba, de este modo, a la participación ciudadana, que a su vez daba sustento a este tipo de gobierno con amplia participación ciudadana.

Lo novedoso de esta democracia participativa ateniense fue el modo de cohesión de esta pequeña sociedad, y que radicaba en la amistad, un vínculo de proximidad entre los semejantes favoreciendo la gobernabilidad.

Por otro lado, la teoría medieval de la soberanía popular, con base en la cual se contraponen una concepción ascendente a una descendente de la soberanía según que el poder derive del pueblo y sea representativo o derive del príncipe y sea transmitido por delegación del superior al inferior.

En la teoría de la soberanía popular la concepción ascendente de poder inauguraba la distinción entre titularidad (pueblo) y ejercicio (gobernante) del poder, reservándose el pueblo el derecho de hacer las leyes. Esta concepción operará como punto de referencia para los pensadores modernos considerados padres de la democracia, Locke y Rousseau.

Y, por último, la teoría moderna, conocida como maquiavélica, nacida con el surgimiento del Estado moderno donde las formas históricas de gobierno son esencialmente dos, la monarquía y la república (entendida esta como "aquella forma de gobierno en la que el poder no está concentrado en las manos de unos solo sino que está distribuido diversamente en dife-

rentes cuerpos colegiados").²⁹ Esta república "encierra un elemento fundamental de la democracia moderna en la medida en que por democracia se entiende toda forma de gobierno opuesta a toda forma de despotismo".³⁰

Asimismo, la democracia puede ser formal caracterizada por determinados procesos universales para la constitución del gobierno y para la toma de decisiones políticas (es una democracia en sentido mínimo, pues reduce su significado a un conjunto de reglas), como sustancial, inspirada en el concepto de democracia que refiere a democracia como gobierno del pueblo para el pueblo y que refiere a contenidos cuyos fines no solo se basan en principios igualitarios sino también sociales, bogando por una igualdad material en las condiciones de vida y oportunidades de los diversos sectores en que se ve diferenciada la población.³¹

La democracia formal al reducir su concepto a determinadas reglas de procedimiento (derecho al voto, regla de la mayoría o libertades públicas reconocidas), no hace más que devaluarla, sobre todo si se tiene en cuenta el concepto ateniense o rousseauiano de democracia, entendido como participación ciudadana, como voluntad general que funda el concepto de soberanía popular, que en los sistemas actuales de gobierno democráticos se apoyan en la representatividad de la soberanía popular.

Este principio de soberanía popular está en la base de nuestro diseño constitucional original, pues se apoya en la participación política, en una igualdad formal. La soberanía popular es un principio metafundante y descriptivo, que legitima el Estado de Derecho y que recién, en la Argentina del siglo XX, la igualdad formal cede a la igualdad material, a un componente profundamente social que busca promover la igualdad de oportunidades y de participación donde la democracia y lo social se relacionan íntimamente, pasando a ser componentes, más bien ideológicos y normativos de la constitución.

Así también lo ha entendido nuestra C.S.J.N., quien en el fallo "Rizzo" sostuvo "La soberanía popular es un principio de raigambre constitucional que en el sistema democrático se integra con el reconocimiento del pueblo como último titular del poder político pero, al mismo tiempo, para cumplir

29. BOBBIO, N., MATTEUCCI, N. y PASQUINO, G., *Diccionario de Política (Soberanía)*, México, Siglo XXI Editores, 1991, p. 1483-1492.

30. *Idem.*

31. STRASSER, C., *Filosofía de la Ciencia Política Social*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1986.

con tal objetivo, pone su acento en los procedimientos habilitados para hacer explícita aquella voluntad, origen del principio de representación".

Estos elementos, democrático y social, se incorporan y adquieren un sentido normativo en nuestro país a través de las modificaciones a nuestra constitución nacional de 1949/57 (social) y 1994 (democrático), donde "la democracia no es ya entonces la mera representación de los intereses del mayor número de personas [...], significa actualmente también, y sobre todo, respeto a los derechos y principios constitucionales, así como a las reglas del juego democrático".

En la actualidad las teorías normativas de la democracia han contribuido a transformar la idea de constitución, como expresa Ferrajoli: "Una constitución no sirve para representar la voluntad común de un pueblo, sino para garantizar los derechos de todos, incluso frente a la voluntad popular".³²

II.H. Sobre la convencionalidad

Con el fin de la segunda guerra mundial, con la liberación del fascismo y del nazismo hacia 1947, con la finalización de las dictaduras fascistas residuales de los años 70 (Grecia, Portugal, España) y la caída del totalitarismo comunista de 1989 se dio paso a una nueva etapa que consistía en la necesidad, por parte de los Estados, de proteger determinados derechos formando un "vallado infranqueable para las potestades del Estado que no podrá avanzar sobre los principios así descriptos"³³ (por lo menos teóricamente), generando, asimismo, una expansión en el proceso de control judicial constitucional con base a una regla general fijada en un principio de interpretación de los derechos consagrados en los tratados de carácter extensivo, amplio³⁴ y la creación de tribunales ajenos al Estado, reduciendo la manipulación que eventualmente pudieran ejercer sobre ellos (por ej. la Corte Interamericana de DD.HH. con referencia a la Convención Americana de DD.HH.).

Esta necesidad de protección y de generar mecanismos de supervisión de cumplimiento constitucional se puso de manifiesto en Europa con el Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Públicas de 1959

32. GARCÍA JARAMILLO, L., ob. cit.

33. GORDILLO, A., y otros, *Derechos Humanos*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 1999.

34. *Idem*.

y en nuestro ámbito con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, adoptada en San José de Costa Rica en 1969.

La mayoría de los países europeos adoptaron además tribunales constitucionales, a excepción de Francia, donde el control de constitucionalidad lo ejerce un *conseil Constitutionnel*, formado por políticos y es previo a la aprobación de las leyes, y el Reino Unido, que sigue sin contar con una constitución escrita que incorpore declaraciones de derechos por encima de las leyes ordinarias, pero que desde el año 2000 está en vigor el *Human Rights Act* de 1998, por el que ciertos tribunales superiores pueden declarar la incompatibilidad de una ley con los derechos del Convenio Europeo de DD.HH. y Libertades Públicas de 1959.³⁵

En el caso Argentino, hasta 1994 se discutía la jerarquía constitucional de los tratados y dicha discusión se ponía de manifiesto en las diversas sentencias de nuestra C.S.J.N. La cuestión queda felizmente zanjada en 1994, cuando, a través de la voluntad del constituyente, se modifica la Constitución Nacional (3er momento), dándole jerarquía constitucional, como se dijera precedentemente, a 10 documentos relativos a la protección y defensa de DD.HH. (ver acápite II.F).

De este modo, los tribunales no solo deben controlar la adecuación de las normas ordinarias a la constitución sino también deben controlar su adecuación a los tratados y convenios suscriptos por el Estado. De hecho, podríamos hablar de solo un control constitucional pues, en virtud de que el artículo 75 inc. 22 de la C.N. otorga jerarquía constitucional a los tratados de DD.HH. antes descritos, los incorpora al texto magno, puede resultar redundante hablar además de un control de convencionalidad.

Esta última modificación constitucional significó una revitalización, ratificación y actualización del compromiso asumido por estas generaciones actuales respecto de los valores, derechos y principios arraigados en la Constitución Nacional original y posteriores modificaciones por parte de la mayoría de aquellos pertenecientes a determinados momentos históricos. Vaya aquí mi humilde crítica hacia quienes sostienen el reproche del resguardo constitucional mediante el control judicial basado en la tesis de que congela los criterios éticos y políticos de la mayoría de un momento histórico pasado a expensas de las generaciones sucesivas.

Con la reforma del 94 no solo se reivindica la consagración del texto

35. RUIZ MIGUEL, A., ob. cit.

constitucional como norma suprema y efectiva para todos los individuos por igual sino que además se perfecciona con la incorporación a ella de determinados catálogos de derechos suscriptos a niveles regionales e internacionales y la expansión de mecanismos para su protección toda vez que dichos instrumentos internacionales contemplan el control de convencionalidad por parte de tribunales internacionales, superiores a los tribunales jurisdiccionales internos, capaces de determinar la responsabilidad del Estado Argentino en caso de incumplimiento de las normas contenidas en dichas convenciones y tratados. Asimismo, se legitima, ratifica y explicita el consentimiento por parte de la sociedad a, por un lado, la rigidez constitucional (artículo 30 C.N.), y por otro, al control judicial de constitucionalidad (artículo 43 C.N.), que había sido adoptado de modo jurisprudencial, resguardando, además, a las minorías de la acción de una mayoría encapsulada en un triunfo electoral.

Nuevamente la C.S.J.N. destacó (fallo "Rizzo"): "no es posible que bajo la invocación de la defensa de la voluntad popular, pueda propugnarse el desconocimiento del orden jurídico, puesto que nada contraría más los intereses del pueblo que la propia transgresión constitucional". Agregando: "*La doctrina de la omnipotencia legislativa que se pretende fundar en una presunta voluntad de la mayoría del pueblo es insostenible dentro de un sistema de gobierno cuya esencia es la limitación de los poderes de los distintos órganos a la supremacía de la Constitución. Si el pueblo de la Nación quisiera dar al Congreso atribuciones más extensas de las que le ha otorgado o suprimir algunas de las limitaciones que le ha impuesto, lo haría en la única forma que él mismo ha establecido al sancionar el artículo 30 de la Constitución*" (las itálicas son propias).

Con este tercer momento constitucional concluido podemos, por fin, hablar de un Estado Constitucional, Convencional, Democrático, Social de Derecho.

II.I. Sobre el problema de la interpretación constitucional

Ahora bien, legitimado que sea el control judicial de constitucionalidad no puede tampoco desconocerse una cuestión que es relevante y que refiere a la vaguedad semántica de ciertas formulaciones constitucionales.³⁶

36. *Idem.*

Pues una cuestión es que los tribunales deban analizar la compatibilidad de una norma con otra del texto constitucional y otra muy distinta es dotar de contenido a los significantes presentes en la C.N.

Esta compleja cuestión ha sido puesta en evidencia por el constitucionalismo democrático, un "movimiento de origen estadounidense que, además de teórico, procura contribuir a que el progresismo y el activismo constitucional tengan incidencia efectiva en la práctica política".³⁷

Qué debe entenderse por función social de la propiedad privada, por dignidad humana, por vida, por los límites de la libertad de expresión, por honor, por intimidad, por tratos discriminatorios y por muchos de los derechos o declaraciones presentes en el bloque constitucional federal es una cuestión fundamental pues, actualmente, está librado a la discreción de la judicatura, obligando a los magistrados a adoptar opciones y criterios morales e ideológicos que no siempre están claramente establecidos en las constituciones.³⁸

En este orden de ideas, sí podemos hablar de una tensión entre el control judicial de constitucionalidad (en la medida que son los tribunales los que disponen discrecionalmente el contenido de las formulaciones constitucionales) y democracia (es decir, el derecho de la voluntad popular a otorgar sentido a los conceptos constitucionales, de tener participación en la toma de decisiones públicas).

¿Cómo se salva esta tensión? Un primer paso consistiría en que el Tribunal que conoce un asunto constitucional debe ser consciente de esta situación,³⁹ del mismo modo que también la ciudadanía no debe quedarse en la comodidad de delegar en otros su propia responsabilidad advirtiendo el valor deliberativo y participativo de la democracia.⁴⁰

Advertida esta situación tanto por los jueces (que en el fallo "Rizzo" sí se la reconoce cuando la C.S.J.N. manifiesta "Las decisiones de los poderes públicos, incluidas las del Poder Judicial, se encuentran sometidas y abiertas al debate público y democrático. Es necesario y saludable que exista ese debate"), como por los ciudadanos, un segundo paso radicaría en encontrar formas de considerar, a la hora del control judicial, las

37. GARCÍA JARAMILLO, L., ob. cit.

38. RUIZ MIGUEL, A., ob. cit.

39. *Idem.*

40. *Idem.*

perspectivas de la sociedad civil organizada,⁴¹ pues "la toma de decisiones imparciales se favorece tomando en cuenta, efectivamente, la opinión de todos los individuos potencialmente afectados por la decisión en juego".⁴² Para esto es sumamente necesario generar un intercambio fluido entre las ramas del poder público, las organizaciones (sean partidos políticos, sindicatos, colegios de profesionales, grupos minoritarios, sea por su escaso poder efectivo de presión o porque son numéricamente minoritarios) y los individuos de la sociedad civil, a la hora de definir los contenidos previstos en el bloque constitucional federal, pues "cada persona debe tener la oportunidad de incidir en el contenido de las decisiones colectivas, sus intereses deben ser tenidos en cuenta con igual consideración y se le debe dejar en libertad para elegir el tipo de vida que le resulte más valiosa".⁴³ Pues los valores y demandas de los distintos grupos que integran la sociedad civil no siempre están representados en el poder legislativo y es parte de lo que hoy llamamos "crisis de representación".

Estos espacios de intercambio entre los distintos poderes públicos y a su vez con la sociedad es sumamente beneficioso, pues, empodera la dimensión democrática del Estado en la medida que amplía y valoriza cualitativamente el ámbito de participación ciudadana, generando de ese modo un vínculo de proximidad entre los individuos, al estilo, si se quiere, ateniense propio del siglo V a.C. y empodera el control judicial de constitucionalidad, descontracturando una actividad que es tildada, muchas veces, de elitista y monopolizadora de la interpretación judicial, abonando con estos intercambios los cimientos de toda democracia constitucional.

También es cierto, más allá de los espacios de intercambio público entre todos los actores sociales, que es necesario un cambio de mentalidad en los magistrados, que empieza, como se dijo, advirtiendo la circunstancia de que son ellos los que, hoy por hoy, dan sentido a las vaguedades semánticas presentes en el bloque federal constitucional, son ellos y no los políticos, académicos o intelectuales, mal que les pese, los que, en la mayoría de los casos, y fruto de la práctica jurídica, descubren las inconsistencias en el derecho y que es necesario, antes de resolver una cuestión federal, recibir y escuchar, no solamente oír, a todos los involucrados en el conflicto, a fin

41. *Idem.*

42. GARGARELLA, R., ob. cit.

43. GARCÍA JARAMILLO, L., ob. cit.

de abrir sus mentes hacia concepciones diversas sobre lo que puede ser o no constitucional.

En este sentido, aunque no sea suficiente, el Poder Judicial ha avanzado positivamente con la apertura a audiencias públicas (a través de la acordada 30/2007 la C.S.J.N. dispuso convocar a audiencias públicas, donde, en mi opinión, con un saludable criterio, entendió que "la participación ciudadana en actos de esa naturaleza y la difusión pública del modo en que esta Corte conoce de los asuntos en que, con carácter primordial, ha de ejercer la jurisdicción más eminente que le confiere la Constitución Nacional, permitirá poner a prueba directamente ante los ojos del país, la eficacia y objetividad de la administración de justicia que realiza este Tribunal (dictamen del Procurador General de la Nación en la causa 'Penjerek', al que remite la sentencia de esta Corte del 14 de noviembre de 1963, Fallos 257:134)", los *amicus curiae* (a través de la acordada 28/2004 la C.S.J.N. autorizó la intervención de Amigos del Tribunal en todos los procesos judiciales correspondientes a la competencia originaria o apelada en los que se debatan cuestiones de trascendencia colectiva o interés general), publicación de fallos, y con ello acceso a la información (como el portal web cij.gov.ar), indicando un camino de modernización y de compromiso con la ciudadanía.

Ahora bien, sentado el criterio de la C.S.J.N. y en aras de prosperar hacia un trabajo beneficioso respecto de la tensión entre constitucionalismo y democracia, es necesario que el magistrado se comprometa verdaderamente con un ejercicio responsable de su profesión. Y en función de esto, es necesario diferenciar al profesional que sucumbe ante los intereses del gobierno de turno (y que sobran ejemplos en nuestra historia argentina), el que "se limita a hacer su trabajo", circunstancia compatible con la mediocridad y el que tiene un compromiso con la excelencia en la profesión, donde sesea consciente del rol protagónico que asume la judicatura en la actualidad y la necesidad que existe de generar confianza y respeto en la ciudadanía. Para esto es necesario que los jueces trabajen su capacidad de liderazgo, de comunicación, de argumentación, de disuasión, de racionalidad práctica, capaz de armonizar el análisis del derecho desligándose de aquella mirada insular de este. Es, en definitiva, un cambio de mentalidad, de cómo se concibe la actuación judicial.

En sociedades tan frágiles institucionalmente como la nuestra, muchas veces algunos magistrados resultan fuertemente dependientes del Poder Ejecutivo. Y no me atrevo a decir que el Poder Judicial es el que es depen-

diente pues dicha afirmación se traduciría en una injusticia para aquellos jueces que ejercen su jurisdicción con un alto compromiso con la ética (que va más allá de los códigos de ética) o en un desconocimiento de lo que sucede en muchos tribunales, aun cuando es corriente escuchar tal afirmación tanto de parte de la opinión pública, como de los medios o los ámbitos eruditos. Lo que sucede es que la tarea de estos jueces, que trasciende los gobiernos de turno, no se conoce con la misma intensidad que aquellos cuyas resoluciones son altamente cuestionadas o por el papel político que cumple una Corte Suprema en tal o cual gobierno de turno.

Por eso también creo en la capacidad comunicativa de los jueces, aquellos comprometidos con la realidad, pues en el camino de mantener viva la legitimidad de la magistratura es sumamente necesario que acerquen su labor a la comunidad.

III. CONCLUSIÓN

Lo que se intentó con este trabajo fue poner en evidencia el largo recorrido que la mayoría de las sociedades occidentales han transitado para llegar, en nuestro caso particular, a un Estado Constitucional, Convencional, Democrático y Social de Derecho, donde estas categorías son el fruto de luchas, enfrentamientos, exclusiones, alianzas y divisiones.

Sin duda, en mi opinión, lo que se rescata de todos los conflictos a lo largo de la historia es que se ha sabido superarlos en lo que considero, un paulatino desarrollo hacia el reconocimiento de la necesidad de una pacífica convivencia, donde todos podamos realizarnos como sujetos, eligiendo el mejor modo para ello, a través de una necesaria organización.

Con ese fin se reconocieron los derechos de todos y cada uno, junto con mecanismos para su goce, promoción y protección.

Algunas sociedades, como la nuestra, entendieron que ese modo de organizarse, de reconocer derechos, obligaciones y garantías debía estar por escrito, y entiendo que la Constitución Nacional, como instrumento que contiene, en definitiva, nuestro pacto social de convivencia, fue el mejor modo de lograrlo. Habrá surgido como necesidad de una clase dominante para cristalizar su poder, es cierto, pero tal circunstancia no obsta el mérito de haber sabido incluir, con el tiempo y también producto de luchas de poder, el reconocimiento de quienes no ocupaban ni ocupan dicha clase dominante; esta posición refuta el argumento de quienes se oponen al con-

trol judicial de constitucionalidad sosteniendo que "cuando se redactó la Constitución, buena parte del 'pueblo' [...], resultó directamente ignorado o excluido, puesto que no se los consideraba 'ciudadanos': los esclavos, las personas de color, las mujeres y los que no tenían una posición económica decente no participaron ni directa, ni indirectamente, en el proceso constitucional"⁴⁴.

En la Argentina esta defensa de la supremacía constitucional y de su control judicial, como se dijo antes, fue consensuada, ratificada, revitalizada y legitimada explícitamente con la modificación de la Constitución Nacional de 1994. El artículo 43 de ella no deja lugar a dudas, "el juez puede decretar la inconstitucionalidad de la norma" despejando, nuevamente, la intención de otro de los argumentos de aquellos en disidencia con el control judicial de constitucionalidad y que sostienen que "si se valora especialmente ese 'primer' momento constitucional, ello se debe a que se valora el consenso popular, profundo y meditado, que distinguió a este. Ahora bien, ¿por qué no puede pensarse que, con el paso del tiempo, volvamos a encontrarnos con un consenso popular profundo y meditado? ¿Qué razón vamos a tener, si es que se presenta un caso semejante, para hacer prevalecer la voluntad de unos sujetos tal vez ya muertos hace mucho tiempo, sobre la voluntad actual de la ciudadanía?"⁴⁵, a la vez que comparte el criterio de que, con el paso del tiempo, nos hemos vuelto a encontrar con un consenso popular profundo y meditado, que compartió los de antaño. No debemos subestimar, entonces, a la voluntad actual de la ciudadanía.

La tensión entre constitucionalismo y democracia existe, prueba de ello es la cuestión problemática que suscita la interpretación del texto constitucional, pero entiendo que es una sana tensión. Ella permite el delicado equilibrio necesario que debe existir en toda república, obligando a perfeccionarnos como sociedad, en la medida que la tensión permite reflexionar, cuestionar, pensar y repensar cada uno de los poderes y el rol de la ciudadanía, a la vez que se descubren nuevos ejes de discusión. Esto favorece la búsqueda de una mejor calidad de vida.

Para los que hacen hincapié en la dimensión democrática del Estado, el Poder Judicial no debe tener la última palabra, ni mucho menos la única palabra en materia de constitucionalidad. Para otros, entre los que me

44. GARGARELLA, R., ob. cit.

45. *Idem.*

incluyo, el Poder Judicial no debe tener la única palabra pero sí la última, contemplando el intercambio público porque en definitiva, es la misma ciudadanía la que acude al Poder Judicial para que dirima una cuestión. Los jueces no deciden la inconstitucionalidad o no de una norma por fuera de un procedimiento concreto. En cada presentación judicial que se hace los ciudadanos ponen en manos de la judicatura la resolución de un conflicto, sobre la base de las defensas que hacen las partes de cada una de sus posiciones. Y este principio se vislumbra con mayor claridad en el sistema adversarial propio del derecho procesal penal, aun con todas sus falencias.

Esta afirmación, de que el Poder Judicial sí tiene la última palabra, no es caprichosa, pues obedece a lo normado en la Constitución Nacional, fruto de siglos de intensas luchas intentando proteger y hacer efectivos los derechos y garantías, haciendo valer la soberanía popular, en la medida también que son los ciudadanos los que así lo requieren cada vez que acuden a la justicia, exaltando una democracia lo más real y abarcativa posible.

Esta postura no es en detrimento de la dimensión democrática del Estado, por el contrario, busca proteger la voz de todos los que integramos la nación, aún de las que son minoría, a través del sabio actuar de una generación fundacional que supo ser continuada y reivindicada por las generaciones posteriores.

En palabras del juez Marshall "hay solo dos alternativas –demasiado claras para ser discutidas–: o la Constitución, controla cualquier ley contraria a aquella, o la legislatura puede alterar la Constitución mediante una ley ordinaria. Entre tales alternativas no hay términos medios: o la Constitución es la ley suprema, inalterable por medios ordinarios, o se encuentra al mismo nivel que las leyes, y, por lo pronto, como cualquiera de ellas puede reformarse o dejarse sin efecto siempre que al Congreso le plazca. Si es cierta la primera alternativa, entonces una ley contraria a la Constitución no es ley; pero si en cambio es verdadera la segunda, entonces las constituciones escritas son absurdos intentos del pueblo para limitar un poder ilimitable por naturaleza".

Esta postura tampoco significa que no deban mejorarse muchos de los aspectos constitucionales y democráticos. Así lo ha demostrado la historia a través de los muchos debates que llevaron a modificaciones constitucionales y que hoy, dichos debates obligan a repensar por lo menos, la cuestión aquí planteada, es decir, la de la interpretación constitucional.

El Poder Judicial no es ajeno a este debate, y por ello asumió la difícil tarea de reconocer la necesidad de una mayor participación ciudadana en la toma de decisiones, y procurando que así sea pero sabiendo que tiene la última palabra a la hora de declarar inconstitucional una norma y siempre como una medida excepcional, de última *ratio*, pues la “declaración de inconstitucionalidad configura un acto de suma gravedad que debe ser considerado como última *ratio* del orden jurídico; solo cabe acudir ella cuando no existe otro modo de salvaguardar algún derecho garantía amparado por la Constitución Nacional” (Fallo “Rizzo”).

Esta facultad no lo pone en superioridad de otros poderes, pues, tal como lo afirma la C.S.J.N. en “Rizzo”, “solo un punto de vista estrecho podría pasar por alto que el control de constitucionalidad procura la supremacía de la Constitución, no la del Poder Judicial o de la Corte Suprema”. “En este sentido *el ejercicio del control de constitucionalidad por parte de los jueces que han recibido del pueblo argentino* –a través de los constituyentes– *el legítimo mandato democrático de defender la supremacía de la Constitución Federal* (artículos 31, 116 y 117), no los coloca por sobre los restantes poderes del Estado” (las itálicas son propias). Y la voluntad de los constituyentes no sacrifica la voluntad de las generaciones futuras. Muy por el contrario, actuó pensando en el futuro, en las generaciones que vienen, aspirando a la madurez de nuestras instituciones.

No se trata de qué dimensión tiene más fuerza, sino de equilibrarlas en una sana tensión, donde las próximas generaciones puedan vivir mejor. Y hoy como actores de nuestra sociedad tenemos la obligación moral de trabajar para ello, mejorando, y no destruyendo lo que tenemos a mano, que por ser viejo, para algunos, hay que desecharlo.

En este contexto, y como se sostuvo a lo largo de este trabajo, esta tarea no será posible si el Poder Judicial no adopta una posición acorde a la necesidad de capitalizar la intervención ciudadana, pero tampoco será posible si esta ciudadanía, por fuera de la representación parlamentaria, no asume un rol activo en las discusiones de las cuestiones públicas.

Es de esperar que quienes disienten con la postura aquí defendida continúen en el intento de convencernos de que por qué el Poder Judicial no debe tener la última palabra en materia de control constitucional, subestimando con ello a la Constitución Nacional (en la medida que así lo ordena), la soberanía popular y debilitando la República.

Nunca más oportuno, para finalizar este trabajo, las palabras del Dr. Favaloro: “Solo lo lograremos si entendemos que estamos convocados por

un compromiso ineludible: debemos luchar por una sociedad más justa y equitativa, sin prejuicios de ninguna índole. Solo lo lograremos si no nos apartamos nunca de los lineamientos éticos basados en el respeto a la dignidad del hombre.

Debemos trabajar, trabajar y trabajar con pasión. [...] Hemos de esforzarnos para mejorarnos individualmente pero entendiendo que formamos parte de una sociedad que demanda nuestra participación. Cuanto más destacada sea nuestra posición individual más grande será nuestro compromiso social. Ha llegado la hora de trabajar con humildad y modestia verdaderas" (Mensaje de René Favalaro a los estudiantes reunidos en Glacier Park Lodge, Montana, Estados Unidos, 1993).

BIBLIOGRAFÍA

Acordada 28/2004 - Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Acordada 30/2007 - Corte Suprema de Justicia de la Nación.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola y PASQUINO, Gianfranco, *Diccionario de Política (Soberanía)*, México, Siglo XXI Editores, 1991, p. 1483-1492.

Constitución de la Confederación Argentina, 1853.

Constitución de la Nación Argentina, 1949.

Constitución de la Nación Argentina, 1957.

Constitución de la Nación Argentina, 1994.

CSJN, "Rizzo, Jorge Gabriel s/ acción de amparo el Poder Ejecutivo Nacional, ley 26.855, medida cautelar", 2013.

—, "Uriarte, Rodolfo Marcelo y otro c/ Consejo de la Magistratura de la Nación s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad", del año 2015.

GARCÍA JARAMILLO, Leonardo, "¿Cómo pensar hoy la tensión entre constitucionalismo y democracia? Una perspectiva desde el constitucionalismo democrático", en *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, vol. 60. Nro. 2, *Curitiba*, Universidade Federal do Paraná – Faculdade de Direito, mayo/agosto 2015, consultado en [<http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/41005>].

GARCÍA DELGADO, Daniel R., "Del Estado de Bienestar al Estado Postsozial", en *Estado y Sociedad. La nueva relación a partir del cambio estructural*, Buenos Aires, Tesis Grupo Editorial Norma, 1996, pp. 27-

54. Consultado en [<http://www.flacsoandes.edu.ec/libros/digital/43136.pdf>].
- GARGARELLA, Roberto, *La justicia frente al gobierno*, Ecuador, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC), 2012, Caps. I–V, IX y Conclusión, consultado en [https://www.corteconstitucional.gob.ec/images/stories/corte/pdfs/la_justicia_frente_al_gobierno.pdf].
- GODOY, Miguel, “Constitucionalismo y Democracia” en *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja*, Año V, Número Especial, Buenos Aires, 2011, consultado en [http://www.derecho.uba.ar/revistagioja/articulos/R000E01A005_0005_p -d -constitucional1.pdf].
- GORDILLO, Agustín, y otros, *Derechos Humanos*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 1999.
- PIPKIN, Diana, “Claves históricas para leer a Maquiavelo”, en VÁRNAGY, Tomás (comp.), *Fortuna y Virtud en la República Democrática*, Buenos Aires, CLACSO, 2000, pp. 53-67.
- RUIZ MIGUEL, Alfonso, *Constitucionalismo y Democracia*, consultado en [<http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/13504408112572162922202/015125.pdf?incr=1>].
- SAGÜÉS, Néstor, “El constitucionalismo” en *Teoría de la Constitución*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2001.
- STRASSER, Carlos, *Filosofía de la Ciencia Política Social*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1986.
- VÁRNAGY, Tomás (comp.), “Introducción”, en *Fortuna y Virtud en la República Democrática*, Buenos Aires, CLACSO, 2000, pp. 9-52.
- VITA, Leticia., “El concepto ‘Estado’ en la ciencia política moderna”, en *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones “Ambrosio L. Gioja”*, Año II, Nro. 3, Buenos Aires, 2008, consultado en [http://www.derecho.uba.ar/revistagioja/articulos/R0003A002_0004_investigacion.pdf].



**XIII CONCURSO DE ENSAYOS “DR. IGNACIO WINIZKY”
SOBRE DERECHO PENAL INTERNACIONAL Y DERECHO
INTERNACIONAL HUMANITARIO**



CIBERPARTICIPANTES: PARTICIPACIÓN DIRECTA EN LAS HOSTILIDADES A TRAVÉS DE MEDIOS Y MÉTODOS CIBERNÉTICOS*

JUAN FRANCISCO PADIN**

Resumen: Este ensayo analiza el desarrollo de los medios y métodos de combate cibernéticos. El estudio se enfoca en cómo estos han cambiado la forma en que se entiende la participación directa en las hostilidades y cómo estas herramientas interactúan con sus elementos constitutivos. El propósito es deconstruir estos requisitos, tal como son presentados en la guía interpretativa elaborada por el Comité Internacional de la Cruz Roja, y confrontarlos con diferentes supuestos en que herramientas cibernéticas pueden ser utilizadas.

Palabras clave: participación directa en las hostilidades – ciber guerra – ciberataques

Abstract: This essay refers to the development of the cyber means and methods of warfare. The analysis focuses on the way that these means had change Direct Participation in Hostilities and how these tools interact with the constitutive elements of DPH. The purpose is to deconstruct the requirements, as they are mentioned in the interpretative guidance made the International Committee of the Red Cross, and to confront them with different situations where cybernetic tools could be used.

Keywords: direct participation in hostilities – cyberwarfare – cyberattacks

* Este trabajo ha obtenido el Primer Puesto en el XIII Concurso de Ensayos "Ignacio Winizky" sobre Derecho Penal Internacional y Derecho Internacional Humanitario.

** Estudiante de Derecho con orientación de Derecho Internacional Público. Investigador-estudiante en el Proyecto DeCyT 2014-2016: "Las pasiones del derecho internacional: Improntas afectivas, emociones estatales y sentimientos políticos en la historia del *Ius Gentium*", DCT1407. *Agradezco particularmente la colaboración e incentivo de la profesora Romina E. Pezzot en la elaboración de este trabajo.*

I. INTRODUCCIÓN

El siglo XXI cambió el paradigma bajo el cual observamos los conflictos armados. El desarrollo de nuevas tecnologías, particularmente aplicadas al campo de batalla, obliga a repensar la aplicación de las normas, tanto convencionales como consuetudinarias, del Derecho Internacional Humanitario (DIH). En la medida en que las herramientas cibernéticas han sido implementadas en nuevos medios y métodos de combate, o en la modernización de armas anticuadas, se vuelve necesario discutir de qué forma las normas creadas con anterioridad a su desarrollo interactúan con estas tecnologías.¹

La evolución de estas herramientas aplicadas a las hostilidades ha derivado en la aparición de categorías específicas para definir su utilización.² Sin embargo, la invención de nuevas definiciones no excluye el necesario análisis jurídico respecto a la legitimidad en el uso de la fuerza armada, que deviene de la existencia de un conflicto armado. Aunque la definición respecto a que actos implican el uso de la fuerza corresponde al ámbito del *ius ad bellum*, también es necesaria su utilización en el *ius in bello* y, más precisamente, en la Participación Directa en las Hostilidades (PDH) aplicada al ciber-espacio.³ Sin definir qué actos cibernéticos implican un

1. Ver al respecto SCHMITT, M., "Wired Warfare: Computer Network Attack and Ius in Bello" en *International Review of the Red Cross*, Vol. 84, N° 846, 2002, pp. 365-399. Ver también VIGEVANO, M. y BUIS, E., "Medios de combate, uso de fuerza armada y las nuevas guerras cibernéticas: la regulación de los ataques por sistemas informáticos en el marco del Derecho de La Haya" en *Conducción de Hostilidades y Derecho Internacional. A propósito del centenario de las Convenciones de La Haya de 1907*, Medellín, Biblioteca Jurídica Diké, 2007, pp. 10-26. Existen restricciones en el desarrollo de nuevos medios y métodos de combate. Ver al respecto Art. 36, *Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales*, 08/06/1977. Ver también *Guía para el examen jurídico de las armas, los medios y los métodos de guerra nuevos*, Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), consultado en [https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/icrc_003_0902.pdf] el 05/03/2016

2. Muchos analistas prefieren utilizar el término ciber-guerra (*cyber-warfare*). Ver al respecto WAXMAN, M., "Cyber-Attacks and the Use of Force: Back to the Future of Article 2.4" en *The Yale Journal of International Law*, Vol. 36, 2011, pp. 431-437. Ver también HUNTLEY, T., "Controlling the Use of Force in Cyber Space: The Application of the Law of Armed Conflict during a Time of Fundamental Change in the Nature of Warfare" en *Naval Law Review*, Vol. 60, 2010, pp. 3-4.

3. Entiéndase por ciber-espacio "una red global dentro del ámbito de la información con-

ataque, no puede determinarse en qué casos un civil estaría participando en el conflicto.

Existen diversos motivos por los cuales un análisis comprensivo de la PDH debe incluir a los medios cibernéticos. Por un lado, la rápida proliferación de estas herramientas implicó un acceso prácticamente irrestricto por parte de la comunidad civil.⁴ Por otra parte, las herramientas cibernéticas han surgido como una opción viable con la cual contrarrestar el avance tecnológico de ciertos Estados desarrollados. Una sencilla computadora de escritorio, con el *software* indicado, acceso a la red objetivo y un técnico especializado, puede realizar ataques aun sobre las redes más seguras.⁵

La naturaleza de estos medios ha modificado la estructura de las fuerzas armadas regulares incrementando la participación del personal civil en los conflictos actuales. Una mayor dependencia en los avances tecnológicos ha conllevado un traslado de tareas tradicionalmente realizadas por militares hacia personal civil especializado.⁶ Esta progresiva

sistente de infraestructuras de redes interdependientes de tecnología informática y datos residentes, incluyendo a la internet, redes de telecomunicación, sistemas de computación y procesadores y controladores relacionados." ROBERTS, S., "Cyber Wars: Applying Conventional Laws of War to Cyber Warfare and Non-State Actors" en *Northern Kentucky Law Review*, Vol. 41, 2014, p. 538 (traducción propia).

4. "La mayoría de las computadoras están conectadas entre sí de alguna manera. Usualmente comparten el sistema operativo y se comunican con otras computadoras usando el mismo protocolo estándar TCP/IP. La facilidad y la velocidad de dispersión de virus y gusanos como Ninda y Sasser demuestran el vínculo entre las computadoras en línea." *Ibid.*, p. 7 (traducción propia).

5. SCHMITT, M., "War, Technology, and International Humanitarian Law" en *Program on Humanitarian Policy and Conflict Research (Occasional Paper Series)*, Universidad de Harvard, 2005 (Nº 4), p. 43.

6. SCHMITT, M., "Direct Participation in Hostilities and 21st Century Armed Conflict" en FISCHER, H. *et al* (eds.), *Crisis Management and Humanitarian Protection: Festschrift für Dieter Fleck*, 2004a, p. 514. Ver el ejemplo de los Estados Unidos: "Miembros de la fuerza de trabajo expedicionaria civil del Departamento de Defensa serán organizados, entrenados, equipados y preparados para ser desplegados en soporte de las operaciones de combate del personal militar, contingencias, operaciones de emergencia, misiones humanitarias, desastres naturales, restauración del orden, operaciones de drogas y operaciones de estabilidad". Directiva 1401.10, *Fuerza de Trabajo Expedicionaria Civil*, Departamento de Defensa, 23/01/2009 (traducción propia). Ver también SCHMITT, M., "Humanitarian Law and Direct Participation in Hostilities by Private Contractors or Civilian Employees" en *Chicago Journal of International Law*, Vol. 5, Nº 2, 2005b, pp. 512-518.

civilización⁷ de los conflictos armados dificulta el análisis práctico del principio de distinción. En la medida en que la línea que divide a los combatientes de la población civil se torna difusa, y debido a la incommensurable cantidad de opciones que presentan los medios cibernéticos, deben definirse los actos que superan el umbral de requisitos de la PDH (o establecer los parámetros necesarios para su definición).

II. MEDIOS Y MÉTODOS CIBERNÉTICOS

El desarrollo de herramientas cibernéticas no ha encontrado una réplica en las normas o en la jurisprudencia internacional.⁸ No existe una definición unánime o vinculante respecto a la categoría de ciberataques. Asimismo, la particular naturaleza del ciberespacio permite que este sea utilizado tanto como un medio (un arma en sí) o como un método (a través del cual canalizar otros medios)⁹ de combate. Cualquier enunciación posible depende, eventualmente, de las referencias de la doctrina o del desarrollo realizado por los manuales militares. Delimitar una categoría para los medios y métodos cibernéticos estriba en las aproximaciones que han sido utilizadas para definir que es un ciber-ataque. Por ejemplo, el *Manual Tallin sobre Derecho Internacional aplicable a las guerras cibernéticas*, elaborado por un grupo de expertos de la OTAN, establece una definición sobre medios y métodos intrínsecamente relacionada con el uso de la fuerza armada.¹⁰

7. Este concepto, acuñado por Michael Schmitt, se utiliza para graficar la progresiva inclusión de civiles en las fuerzas armadas de varios Estados. SCHMITT, M., ob. cit., p. 512. Otros autores prefieren hablar de la "desmilitarización" de los conflictos armados considerando la progresiva disminución de las fuerzas profesionales y la menor importancia estratégica de los objetivos militares. Ver MUNKLER, H., "The Wars of the 21st Century" en *International Review of the Red Cross*, Vol. 85, N° 849, marzo 2003, pp. 18-19.

8. TURNS, D., "Cyber Warfare and the Notion of Direct Participation in Hostilities" en *Journal of Conflict & Security Law*, Oxford, Oxford University Press, Vol. 17, N° 2, 2012, pp. 282-283.

9. En particular, las armas de control remoto. Ver *Cyber Warfare and Cyber Weapons, a Real and Growing Threat*, INFOSEC Institute, consultado en [<http://resources.infosecinstitute.com/cyber-warfare-cyber-weapons-real-growing-threat/>] el 05/03/2016.

10. "Los medios cibernéticos de guerra incluyen cualquier tipo de dispositivo electrónico, material, instrumento, mecanismo, equipamiento o software, usado, diseñado o preparado

El Estado Conjunto de las Fuerzas Armadas de los Estados Unidos (*Joint Chiefs of Staff*) ha establecido una definición que entiende los ciberrataques como: "acto hostil usando una computadora o redes o sistemas relacionados, con intención de interrumpir y/o destruir sistemas, bienes o funciones críticas del adversario. Los efectos pretendidos por un ciberrataque no están necesariamente limitados a los sistemas de redes o a la información".¹¹ Este enunciado es lo suficientemente amplio para incluir no solo aquellas armas que generen efectos en la red (no cinéticos), sino también aquellas que puedan tener efectos cinéticos.¹² De esta manera se amplía la perspectiva respecto a las aproximaciones que discriminan los ataques cibernéticos de aquellos que provoquen efectos físicos.¹³

Desde este concepto las armas cibernéticas pueden ser tanto un medio como un método de combate. Mediante medios cibernéticos puede destruirse una red de computadoras y volverlas inoperables o alterar sus servicios (como sucedió en Estonia).¹⁴ Pero también puede accederse mediante un virus a la administración de una central nuclear para destruirla

para la conducción de un ciberrataque". SCHMITT, M. (ed.), *Tallin Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, p. 142 (traducción propia). Para una categorización técnica de armas cibernéticas ver DE LUCA, C., "The Need for International Laws of War to Include Cyber Attacks Involving State and Non-State Actors" en *Pace International Law Review Online Companion*, Vol. 3, N° 9, 2013 pp. 282-285. Ver también KELSEY, J., "Hacking into International Humanitarian Law: The Principles of Distinction and Neutrality in the Age of Cyber Warfare" en *Michigan Law Review*, Vol. 106, 2008, pp. 1434-1437.

11. *Memorandum for Chiefs of the military services commanders of the combatant commands directors of the joint staff directorates*, Department of Defense, p. 5 (traducción propia). Disponible en [<http://www.nsci-va.org/CyberReferenceLib/2010-11/joint%20Terminology%20for%20Cyberspace%20Operations.pdf>].

12. TURNS, D., ob. cit. p. 284.

13. Ver Computer Network Attack (CNA), *Dictionary of Military and Associated Terms*, Department of Defense (JP 1-02), 31/01/2011, p. 79. Estas críticas fueron respaldadas por la doctrina. Ver DINSTEN, Y., "Computer Network Attacks and Self Defense" en SCHMITT, M. y O'DONNELL, B. (eds.), *International Law Studies*, Vol. 76, 2002, pp. 102-105. Hay autores que sostienen que los ciberrataques únicamente comprenden la destrucción o alteración de información o redes de información. SCHMITT, M., ob. cit., p. 526.

14. Estonia es uno de los países con mayor desarrollo cibernético en el mundo. En mayo de 2007, sufrió un ciberrataque masivo que paralizó los sistemas informáticos del gobierno y de diversas empresas. Ver *Hackers Take Down the Most Wired Country in Europe*, 21/08/07, *Wired*, consultado en [<http://www.wired.com/2007/08/ff-estonia/>] el 20/02/2016.

(como sucedió en Irán).¹⁵ En este último caso la destrucción de un sistema informático podría haber derivado directamente en la liberación de fuerzas peligrosas.¹⁶

En la medida que esta definición incluya actos cinéticos y no cinéticos, es lo suficientemente amplia para referir a la PDH de manera comprensiva.¹⁷ Descartar los actos cibernéticos aislados que produzcan efectos cinéticos significaría ignorar una infinidad de posibles casos. Una perspectiva que solo incluya a los actos no cinéticos contendría únicamente a aquellos individuos que participen en una operación militar compleja.

Sin embargo, no cualquier tipo de acto llevado a cabo en relación o a través de medios o métodos cibernéticos alcanza los requisitos de la PDH, incluso en el contexto de un conflicto armado.¹⁸

III. FUENTES NORMATIVAS DE LA PDH

El sustrato primigenio de la PDH surge del principio de distinción, reconocido como un principio cardinal del Derecho Internacional Humanitario y que engendra la protección de la cual gozan las personas civiles.¹⁹ El

15. En 2010, el virus Stuxnet, que ingreso mediante un dispositivo USB infectado, ordenó detenerse a las maquinas centrifugadoras de una central nuclear en Natanz, Irán. El incidente casi genera una falla crítica masiva. Ver *El virus que tomó control de mil máquinas y les ordenó autodestruirse*, 11/09/2015, BBC, consultado en [http://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/10/151007_iwonder_finde_tecnologia_virus_stuxnet] el 20/02/2016.

16. DORMANN, K., *Applicability of the Additional Protocols to Computer Network Attacks*, ICRC Resource Centre. Consultado en [<https://www.icrc.org/eng/resources/documents/misc/68lg92.htm>] el 15/02/2016.

17. MELZER, N., *Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el Derecho Internacional Humanitario*, CICR, 2010, pp. 47-48.

18. *Ibid.*, p. 41.

19. "Los Estados nunca deben hacer a los civiles el objeto de sus ataques y, consecuentemente, no deben usar armas que son incapaces de distinguir entre civiles y objetivos militares". *Opinión Consultiva sobre la legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, Corte Internacional de Justicia (CIJ), 08/07/1996, párr. 78 (traducción propia). Ver DINSTEN, Y., *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, p. 113. SCHMITT, M.; GARRAWAY, C. y DINSTEN, Y., *The Manual on the Law of Non-International Armed Conflict With Commentary*, San Remo, International Institute of Humanitarian Law, 2006, pp. 10-11. "El principio de distinción [...] tiene como objetivo fundamental cumplir con uno de los propósitos del derecho interna-

Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949 (PAI) establece: "las Partes en conflicto harán distinción en todo momento entre población civil y combatientes, y entre bienes de carácter civil y objetivos militares y, en consecuencia, dirigirán sus operaciones únicamente contra objetivos militares".²⁰ De esta protección se distinguen los objetivos permitidos de aquellos que no lo son.²¹ Esta norma también cuenta con carácter consuetudinario.²²

Los civiles no son combatientes y gozan con una presunción a favor en caso de duda,²³ protección que es extensible a los conflictos armados no internacionales.²⁴ Sin embargo, pueden perder este privilegio en la

cional humanitario que es el de proteger a las personas que no toman parte directamente en las hostilidades." GUTIERREZ POSSE, H., *Elementos de Derecho Internacional Humanitario*, Buenos Aires, Eudeba, 2014, p. 71.

20. Protocolo Adicional I, art. 48.

21. "Los ataques se limitaran estrictamente a los objetivos militares. En lo que respecta a los bienes, los objetivos militares se limitaran a aquellos objetos que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyan eficazmente a la acción militar o cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezca en las circunstancias del caso una ventaja militar definida." *Ibid.*, art. 52.2.

22. "Norma 1. Las partes en conflicto deberán distinguir en todo momento entre personas civiles y combatientes. Los ataques sólo podrán dirigirse contra los combatientes. Los civiles no deben ser atacados. (CAI/CANI)". HENCKAERTS, J. M., "Estudio sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario: contribución a la comprensión y al respeto del derecho de los conflictos armados" en *International Review of the Red Cross*, Vol. 87, N° 857, marzo 2005, p. 30. Ver *Prosecutor v. Blaskic*, Caso N° IT-95-14-A, Tribunal Penal Internacional para la Ex-Yugoslavia, fallo (29/07/2004), Cámara de Apelaciones, párr. 110. Ver también SANDOZ, Y., SWINARSKY, C. y ZIMMERMAN, B. (eds.), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, Ginebra, Comité Internacional de la Cruz Roja – Martinus Nijhoff Publishers, 1987, p. 585.

23. "Es persona civil cualquiera que no pertenezca a una de las categorías de personas a que se refieren el artículo 4, A, 1), 2), 3), y 6), del III Convenio, y el artículo 43 del presente Protocolo. En caso de duda acerca de la condición de una persona, se la considerará como civil". PAI, art. 50.1.

24. Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, 08/06/1977, art. 13. "Personas no tomando parte activa en las hostilidades", art. 3 común a los 4 Convenios de Ginebra de 1949. "Todas las personas que no son miembros de las fuerzas armadas estatales o de los grupos armados organizados de una parte en conflicto son personas civiles". MELZER, N., ob. cit., p. 27.

medida en que participen activa o directamente²⁵ en las hostilidades.²⁶ Según la guía interpretativa presentada por el Comité Internacional de la Cruz Roja (en adelante guía interpretativa), participar implica realizar "actos específicos ejecutados por personas como parte de la conducción de hostilidades entre partes en un conflicto armado".²⁷ Esto significa que, a pesar de la protección general de la cual gozan, aquellos civiles que participen en las hostilidades pueden ser el objeto de ataques.²⁸ Mientras dure dicha participación no forman parte del cálculo de proporcionalidad²⁹ y pueden ser un blanco de ataque legítimo.³⁰ Además, en tanto 'combatientes ilegítimos', pueden ser juzgados por tribunales internos por la mera participación o por la comisión de crímenes de guerra en caso de serias violaciones al DIH.³¹

Sin embargo, no cualquier tipo de participación alcanza, es necesario que se cumpla con los tres requisitos que la constituyen. Estos tres elementos plantean nuevas cuestiones en cuanto se los analiza en consideración de los medios cibernéticos.

IV. LOS ELEMENTOS DE LA PDH

Según la guía elaborada por el CICR, debe cumplirse con tres requi-

25. Los términos "activo" y "directo" se reconocen como sinónimos. Ver *The Prosecutor v. Jean Paul Akayesu*, ICTR-96-4-T, Tribunal Penal Internacional para Ruanda, Cámara de Apelaciones, Fallo, (02/08/1998), párr. 629.

26. Art. 51, PAI, art.13, PAII.

27. MELZER, N., ob. cit., p. 43.

28. SCHMITT, M., "The Interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities: A Critical Analysis" en *Harvard National Security Journal*, Vol. 1, 2010(a), p. 13.

29. No confundir entre el cálculo de proporcionalidad respecto a las bajas civiles que comprende cualquier ataque y la respuesta al ataque de un participante. La respuesta debe ser proporcional al ataque recibido. Ver las conclusiones de este trabajo.

30. "Concretamente, cuando civiles como los que atacaron el cuartel de La Tablada, asumen el papel de combatientes al participar directamente en el combate, sea en forma individual o como integrantes de un grupo, se convierten en objetivos militares legítimos. En tal condición, están sujetos al ataque directo individualizado en la misma medida que los combatientes". Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Abella v. Argentina*, Caso N° 11.137, Informe N° 55/97, 18/11/1997, párr. 178 (traducción propia).

31. DORMANN, K., "The legal situation of unlawful/unprivileged combatants" en *International Review of the Red Cross*, Vol. 85, N° 849, 2003, pp. 70-71.

sitos acumulativos:³² umbral de daño, causalidad directa y nexo beligerante.

IV.A. Umbral de daño

No cualquier tipo de daño alcanza para cumplir con este requisito. Es necesaria la causación, materializada o probable, de "un daño de índole específicamente militar o causando la muerte, heridas o destrucción a las personas o bienes protegidos contra los ataques directos".³³ Es indistinto que este daño genere (o pueda objetivamente generar) efectos sobre operaciones o la capacidad militar de una de las partes en conflicto y/o sobre personas o bienes protegidos, siendo esta última limitada a las tres posibilidades propuestas.³⁴ La dificultad de este punto se encuentra en determinar la naturaleza o el grado del daño, en tanto el concepto de actos dañosos abarca mucho más que entrar en combate con el enemigo.³⁵ La PDH no requiere la ejecución de actos de violencia por parte del individuo, ni siquiera es necesario que dicho acto se produzca en el contexto de una operación militar.³⁶

Teniendo en cuenta únicamente este elemento (sin tomar en cuenta la causalidad directa o el nexo beligerante), parecería claro que se incluirían dentro de esta categoría todo tipo de utilización cibernética, sobre la base de las definiciones provistas anteriormente, que produzca un daño militar o genere un efecto determinado (muerte, heridas o destrucción) sobre personas o bienes protegidos. En este último supuesto, analizado a partir de la guía interpretativa,³⁷ solo podrían incluirse las armas que produzcan efectos cinéticos o la utilización de otro tipo de instrumentos que, articulados a través de métodos cibernéticos, puedan producir dichos efectos.³⁸ Como podría suceder, por ejemplo, si se utilizan herramientas informáticas para

32. MELZER, N., ob. cit., p. 46.

33. *Ibid.*, p. 47.

34. DELERUE, F., "Civilian Direct Participation in Cyber Hostilities" en *Revista de Internet, Derecho y Política*, Universidad Abierta de Cataluña, Vol. 19, octubre 2014, p. 8.

35. SCHMITT, M., "Deconstructing Direct Participation in Hostilities: The Constitutive Elements" en *International Law and Politics*, Vol. 42, 2010(b), pp. 713-714.

36. *Ibid.*, p. 716.

37. MELZER, N., ob. cit. pp. 47-51.

38. Hay autores que prefieren descartar este supuesto debido a las dificultades que se presentan cuando se trata la cuestión de la causalidad directa. Ver DELERUE, F., ob. cit., p. 8.

manipular una red que controla el tráfico ferroviario. Si dicha operación produce un accidente que tuviera como resultado, entre otros posibles efectos, muertos o heridos civiles (sujetos protegidos por el DIH), el umbral de daño sería alcanzado.

El otro supuesto (daño militar) comprende un sinnúmero de actividades que abarcan un amplio prospecto de armas cibernéticas que pueda causar daños de naturaleza militar,³⁹ implicando cualquier tipo de consecuencia adversa en las operaciones militares o la capacidad militar de la otra parte.⁴⁰ La guía interpretativa incluye, entre otros ejemplos, la limpieza de minas, la intercepción de las líneas telefónicas de los altos mandos de la parte adversaria, la transmisión de información o inteligencia táctica en relación con los objetivos de un ataque o, incluso, la interferencia electrónica en las redes informáticas militares.⁴¹

La cuestión radica en aquellos actos cibernéticos en los que el cumplimiento de este umbral de daño es discutible, aquellos casos en que no se genera un daño militar ostensible aun cuando pueda contribuir con el esfuerzo militar general.⁴² No resulta difícil discernir respecto a este umbral en los casos en que los actos son realizados de forma aislada o por un solo sujeto participante, como en el ejemplo del tren. Distinto es el caso en que se consideran operaciones realizadas por varios intermediarios o en el contexto de una operación militar.⁴³

En aquellos casos en los que varios sujetos participan de una operación militar compleja, debe analizarse la actuación de cada individuo para

39. "Cuando razonablemente quepa esperar que un acto causara daños de naturaleza claramente militar, el requisito en relación con el umbral se cumplirá independientemente de la gravedad de los daños en términos cuantitativos". MELZER, N., ob. cit., p. 47.

40. *Ibid.*

41. *Ibid.*, p. 48.

42. *Ibid.*, p. 50. Según la Guía Interpretativa para superar el umbral de daño "podría bastar una interferencia electrónica en las redes informáticas militares, sea mediante ataques contra la red informática o la explotación de la red informática" pero también se utiliza como ejemplo la "manipulación de redes informáticas" como un acto en el que no se generan daños de índole militar de forma directa. Ver el cuadro sinóptico en TURNS, D., ob. cit., p. 295. SANDOZ, Y., SWINARSKY, C. y ZIMMERMAN, B., ob. cit., p. 619.

43. Como ejemplo de la participación de civiles en operaciones militares, ver TURNER, L., *Civilians at the Tip of the Spear: Civilian Issues Commanders Encounter during Deployments*, Air Command and Staff College Air University Maxwell, 2001. Consultado en [<http://www.dtic.mil/dtic/tr/fulltext/u2/a407127.pdf>] el 27/02/2016.

determinar en cada situación particular si se supera el umbral. Dicho acto formara parte necesaria del daño militar en la medida en que contribuya de forma objetiva y cierta a dicho daño (*harmful acts*).⁴⁴ Eso significa que actos como, por ejemplo, tareas de planificación, inteligencia, diseño de herramientas cibernéticas específicas, introducción de agentes hostiles en las redes del adversario (DoS/DDoS, troyanos, virus) o ejecución de redes de control de armas convencionales o de destrucción masiva, cumplen con este requisito.⁴⁵

IV.B. Causalidad Directa

La exigencia de que la participación sea directa implica distinguir entre aquellos actos que forman parte de la conducción de las hostilidades y los que se relacionan con el esfuerzo general de guerra (participación indirecta).⁴⁶ En la PDH se incluye todas las actividades "que objetivamente contribuyan a la derrota del adversario",⁴⁷ en la medida en que están destinadas a causar el daño pretendido.⁴⁸ Dicho daño debe ser el proceso de una sola secuencia causal, sin importar la cantidad de

44. "Actos con el propósito o el efecto que es dañar a la parte adversa, facilitando o impidiendo operaciones militares". PICTET, J. (ed.), *Commentary to the I Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field*, Ginebra, ICRC, 1952, p. 200 (traducción propia). "Los actos hostiles deberían ser interpretados como actos que por su naturaleza o propósito buscan causar daño real al personal o equipamiento de las fuerzas armadas". SANDOZ Y.; SWINARSKY, C. y ZIMMERMAN, B., ob.cit., p. 618 (traducción propia).

45. TURNS, D., ob. cit., p. 295. MELZER, N., ob. cit., p. 48. SCHMITT, M., *Humanitarian Law and Direct Participation in Hostilities by Private Contractors or Civilian Employees*, La Haya, Second Expert Meeting on the Notion of Direct Participation in Hostilities - CICR, 2004, p. 23.

46. MELZER, N., ob. cit., p. 51. "La noción de participación directa en las hostilidades debe referirse a algo más que a actos violentos o dañosos en contra de la parte contraria. Al mismo tiempo, la participación directa en las hostilidades no pueden contener todas las actividades en apoyo de las operaciones militares de una parte o del esfuerzo general de guerra". *Prosecutor v. Pavle Strugar*, Caso N° IT-01-42-A, Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia, fallo (17/07/2008), Cámara de Apelaciones, párr. 176 (traducción propia).

47. *Ibid.*, p. 51.

48. *Ibid.*, p. 52.

actividades o participantes incluidos,⁴⁹ pero distinguiéndolo del esfuerzo general de guerra.⁵⁰

Este elemento requiere un análisis profundo en la medida en que se analizan instrumentos cibernéticos. La "virtualidad" del ciberespacio envuelve barreras e implica distancias que no se encuentran en otros medios o métodos de combate. Ya que estos casos pueden involucrar desde computadoras de escritorio hasta complejos sistemas de seguridad, existe al menos un intermediario (sea un *software*, un dispositivo electrónico, etc.) entre el sujeto que participa y el objetivo del ataque. Lo que agrega nuevas variables en cualquier secuencia causal que contenga medios o métodos cibernéticos.

Sin embargo, este elemento no requiere que exista una cadena ininterrumpida de eventos, ni siquiera que exista proximidad temporal o geográfica entre la causa y su consecuencia.⁵¹ El componente esencial para determinar el papel del acto en cuestión se encuentra en su obligatoriedad en la secuencia para producir el efecto deseado en un objetivo específico.⁵² Este concepto excluye la conducta individual que contribuye a mantener o mejorar la capacidad de una parte para dañar al enemigo de forma genérica.⁵³ Un individuo que desarrolla un programa informático sin tener en miras provocar un daño en particular no cumpliría con este requisito,⁵⁴ mientras que si lo haría quien diseña un programa para una operación específica.⁵⁵

49. *Ibid.*, p. 53. "Los expertos recordaron que el adjetivo 'integral' usado en la guía interpretativa deliberadamente no excluye actos que representen partes menores en una operación militar [...] Consecuentemente, el uso de adjetivos como 'clave' o 'necesario' requiere que los actos en cuestión tengan una parte decisiva o indispensable en la cadena causal en una operación". *Fourth Expert Meeting on the Notion of Direct Participation in Hostilities*, Ginebra, Summary Report - CICR, 2006, p. 47 (traducción propia).

50. "En contraste, los civiles cuyas actividades simplemente apoyen a la parte adversa o a su fuerza militar o que de otra manera participen indirectamente en las hostilidades no pueden, exclusivamente bajo estas actividades, ser considerados combatientes". *Third Report on the Human Rights Situation in Colombia*, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA/Ser. L/V/II.102, 26/02/1999, Cáp. 4, párr. 56 (traducción propia). Ver también SANDOZ, Y.; SWINARSKY, C. y ZIMMERMAN, B., ob. cit., p. 619.

51. *Ibid.*, pp. 54-55.

52. SCHMITT, M., ob. cit., p. 726.

53. *Ibid.*, p. 727.

54. TURNS, D., ob. cit., p. 295.

55. CRAWFORD, E., "Virtual Battlegrounds: Direct Participation in Cyber Warfare", en *I/S: A Journal of Law and Policy for the Information Society*, Vol. 9, 2013, p. 16. Entre el grupo

IV.C. Nexo Beligerante

No cualquier acto realizado en el contexto de un conflicto armado puede ser considerado PDH, es necesario que dicho acto sea realizado en favor de una de las partes y en detrimento de la otra.⁵⁶ De esta forma se excluyen aquellos actos que no tienen relación o aprovechan la situación de inestabilidad derivada del conflicto, incluso si generan un perjuicio para una de las partes.⁵⁷

Según la guía interpretativa este requisito depende del propósito objetivo del acto sin que el ánimo del sujeto afecte la calificación.⁵⁸ En la medida en que se exige que el comportamiento esté "destinado específicamente a prestar apoyo a una parte en conflicto causando daño a otra parte"⁵⁹ dicha observación resulta exigua en el caso de los ciberataques ya que exigen cierta experticia (y por ende el conocimiento del sujeto). No se cumple con este punto solo por causar un daño a una de las partes, es necesario también prestar apoyo a la otra.⁶⁰ La guía interpretativa considera la voluntad del sujeto en algunos casos excepcionales, si ignoran la función que están desempeñando, como sucede con los escudos humanos involuntarios.⁶¹

Es importante determinar el cumplimiento de ambas condiciones en el caso de ciberataques, en tanto la línea que separa el uso de la fuerza armada del cibercrimen puede depender del contexto en el cual suceden.⁶² Es

de expertos que elaboraron la guía interpretativa existieron posturas encontradas en este punto utilizándose como referencia la preparación de artefactos explosivos improvisados. Ver *Fourth Expert Meeting on the Notion of Direct Participation in Hostilities*, Ginebra, Summary Report - CICR, 2006, p. 58.

56. MELZER, N., ob. cit., p. 58.

57. SCHMITT, M., ob. cit., p. 735. Este criterio es más estricto que el utilizado para determinar la existencia de un crimen de guerra, ver *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac & Zoran Vukovic*, Caso IT-96-23 y IT-96-23/1-A, Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia, fallo (12/06/2002), Cámara de Apelaciones, párr. 55-65. *Prosecutor v. Georges Rutaganda*, Caso ICTR-96-3-A, Tribunal Penal Internacional para Ruanda, fallo (26/05/2003), Cámara de Apelaciones, párr. 570.

58. MELZER, N., ob. cit., pp. 60-61.

59. *Ibid.*, p. 61.

60. SCHMITT, M., ob. cit., p. 736.

61. MELZER, N., ob. cit., p. 60.

62. Muchas de las herramientas utilizadas en los ciber-crímenes (troyanos, virus, bots, spyware, gusanos, etc.) son similares o idénticas a las utilizadas en ciber-ataques. Por ejem-

posible que un cibercrimen cumpla con una o ambas condiciones. Otra vez puede utilizarse el ejemplo del tren, imaginemos que como consecuencia de un ciberataque es destruido. Dicho ataque podría producirse tanto en tiempos de paz como en tiempos de conflicto. En el primer caso se trataría de un cibercrimen (ya sea homicidio, daños, etc.) mientras que en el segundo podría ser un ciberataque (además de un crimen de guerra).

V. PROBLEMAS EN LA DETERMINACIÓN DE LA PDH. ¿PARTICIPANTES O COMBATIENTES?

La participación comienza con los eventos preparatorios de la operación y termina con el regreso del acto hostil específico.⁶³ En el caso que el acto individual no implique el traslado o el despliegue de la persona en cuestión, como puede suceder con los actos cibernéticos, la duración de la PDH se limita a "la ejecución inmediata del acto y a las medidas preparatorias que forman parte integrante de ese acto".⁶⁴ Durante ese lapso de tiempo el sujeto pierde la protección que le otorga su status de civil y puede ser objeto de ataques armados.⁶⁵ Sin embargo, un problema que puede presentarse en la práctica es determinar si dicho individuo es un civil o un combatiente en un momento específico. Cuestión determinante para definir si el ataque contra dicha persona es legítima o extemporánea. Si el individuo es un participante solo puede ser atacado en la franja temporal determinada por el acto y su preparación. Sin embargo los combatientes o participantes en función continua de combate pueden ser atacados sin dicha delimitación temporal.⁶⁶

La aplicación del principio de distinción es relativamente sencilla en el caso de conflictos armados internacionales, en tanto los combatientes se

plo la relación entre los crímenes por robo de información y las tareas de inteligencia. Ver GORDON, S. y FORD, R., "On the Definition and Classification of Cybercrime" en *Journal on Computer Virology*, Vol. 2, N° 1, 2006, p. 14.

63. MELZER, N., ob. cit., p. 68.

64. *Idem*. La guía interpretativa incluye específicamente en este supuesto a los ataques cibernéticos.

65. Esta protección se conoce como inmunidad del no-combatiente. Ver GARDAM, J., *Non-Combatant Immunity as a Norm of International Humanitarian Law*, Dordrecht, Martinus-Nijhoff Publishers, 1993, pp. 2-4.

66. TURNS, D., ob. cit., p. 664.

dividen en dos categorías: los miembros de las fuerzas armadas (en sentido amplio)⁶⁷ de una parte en conflicto y cualquier otra persona que tome parte activa en las hostilidades.⁶⁸ Parecería que toda persona que combate en nombre de una de las partes en conflicto es un combatiente.⁶⁹ Esta categorización podría plantear dificultades frente a los "hacktivistas" o hackers-patrióticos, aquellos que no pertenecen a las fuerzas de un Estado, pero que por iniciativa propia llevan a cabo ataques contra los sistemas informatizados de un Estado enemigo.⁷⁰ En la medida en que su participación no sea esporádica o no se encuentre delimitada en un conjunto de operaciones determinadas, dichas personas podrían/deberían ser consideradas participantes en las hostilidades por función continua de combate.

David Turns ha sugerido la posibilidad de asimilar ciertas actividades como la realización de ciertos ciber-ataques o el espionaje cibernético dentro de la categoría de *levée en masse* o los movimientos de resistencia organizados respectivamente. Esto le otorgaría al individuo, en caso de ser capturado, el status de prisionero de guerra.⁷¹ Los principales cuestionamientos a estas clasificaciones están en la redacción de las normas que regulan estas figuras. En el caso del *levée en masse* se exige que la población "tome espontáneamente las armas" y "las lleve a la vista".⁷² Por su parte a los miembros de milicias, cuerpos voluntarios y movimientos de resistencia organizados, se les requiere llevar un "distintivo fijo" y "llevar

67. "Todas las fuerzas armadas que tengan un grado suficiente de organización militar y que pertenezcan a una parte en conflicto deben ser consideradas como pertenecientes a las fuerzas armadas de esa parte". MELZER, N., ob. cit., p. 22.

68. DINSTEIN, Y., ob. cit., p. 27. Ver también GARRAWAY, C., "Combatants-Substance or Semantics?" en SCHMITT, M. y PEJIC, J. (eds.), *International Law and Armed Conflict: Exploring the Faultline, Essays in Honour of Yoram Dinstein*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, p. 320.

69. WATKIN, K., "Opportunity Lost: Organized Armed Groups and the ICRC 'Direct Participation in Hostilities' Interpretative Guidance" en *International Law and Politics*, Vol. 42, 2010, p. 652. "En esencia, esta definición de las fuerzas armadas cubre a todas las personas que luchan en apoyo de una de las partes en conflicto y que se subordinan a su comando". HENCKAERTS, J. M. y DOSWALD-BECK, L., *Customary International Humanitarian Law*, Vol. 1, Cambridge University Press, 2005, p. 15 (traducción propia).

70. TURNS, D., ob. cit., p. 293.

71. *Idem*.

72. III Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, 12/08/1949, art. 4.A.6.

las armas a la vista".⁷³ A pesar de que muchos de estos requerimientos fueron ideados para evitar la perfidia,⁷⁴ es difícil imaginar cómo podrían ser fehacientemente aplicables a las actividades cibernéticas.

En aquellos casos en que la participación es continua y no es posible discriminar cuando el sujeto participa o deja de participar en las hostilidades, podría ser considerado como miembro de un grupo armado organizado.⁷⁵ En cambio, en el caso de las fuerzas armadas regulares, sea tanto en conflictos armados internacionales como no internacionales, la calidad de combatiente está unida a la membresía en las fuerzas.⁷⁶

Algo similar sucede con las unidades clandestinas o el personal civil contratado por las fuerzas armadas de un Estado que realizan operaciones militares o cumplen funciones esenciales en el desarrollo de estos procedimientos,⁷⁷ aunque en estos casos serían considerados combatientes.⁷⁸

73. *Ibid.*, art. 4.A.2.

74. PICTET, J. (ed.), *Commentary III Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War*, Ginebra, ICRC, 1960, p. 61.

75. Esto se conoce como la teoría de la 'puerta giratoria' o 'vaivén' (*revolvingdoor*). MELZER, N., p. 76. "Lo que sería particularmente controversial es la falta de una guía clara que determine el número de veces que un civil puede pasar a través de la 'puerta giratoria', aunque está indicado que en cierto punto, cuando los individuos van más allá de lo espontáneo, esporádico, o participación directa desorganizada, estos se convierten en miembros de un grupo armado organizado [...] Clasificar a todos los participantes como civiles porque no califican como combatientes legítimos bajo el protocolo adicional I, significaría colocar individuos que participan en el conflicto, e incluso grupos armados organizados, bajo el status de protección civil". WATKIN, K., ob. cit., pp. 661-666 (traducción propia). En estos casos, en el contexto de un conflicto armado internacional, debería discutirse la existencia de un conflicto armado no internacional paralelo.

76. Indistintamente de las actividades llevadas a cabo. WATKIN, N., ob. cit., p. 661.

77. SCHMITT, M., ob. cit., p. 515. "Por lo que respecta a los contratistas y a los empleados civiles que, para todos los fines y objetos, son incorporados en las fuerzas armadas de una parte en conflicto, sea mediante un procedimiento oficial de conformidad con el derecho interno, sea de facto porque se les ha asignado una función continua de combate. De conformidad con el DIH, esos se convierten en miembros de una fuerza, una unidad o un grupo armado organizado, bajo un mando responsable ante una parte en conflicto y, a los fines del principio de distinción, dejan de ser considerados personas civiles". MELZER, N., ob. cit., p. 39.

78. En caso de duda sobre el estatus de la persona que ha cometido un acto beligerante dicha persona debe tratarse como prisionero de guerra hasta que su estatus sea resuelto por un tribunal competente. Conf. III Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, 12/08/1949, art. 5.

La clasificación de miembros de grupos armados organizados en conflictos armados no internacionales puede plantear distintas dificultades a las recién expuestas. En primer lugar el estatus de combatiente, o el de prisionero de guerra, no existe en estos conflictos, aunque sea utilizado de forma coloquial. Las personas que no participan en las hostilidades se encuentran cubiertos por el Art. 3 común a los cuatro convenios de Ginebra.⁷⁹ Los miembros de grupos armados organizados mantienen dicha calidad en virtud de su función continua de combate. Esto implica que dejan de beneficiarse de los límites temporales estrictos que establece la PDH.⁸⁰

VI. EL PROBLEMA DE LA TEMPORALIDAD EN EL CIBER-ESPACIO

La guía interpretativa, sobre la base de la fuente normativa,⁸¹ establece una temporalidad precisa que marca la pérdida de protección que otorga el status de civil y que permite que dicho individuo sea blanco de ataques. Sin embargo, los criterios utilizados son casi exclusivamente territoriales, en tanto conllevan un despliegue físico y comprenden cierto lapso de temporalidad.⁸² Si bien muchas actividades cibernéticas conllevan un plazo, como las labores de inteligencia, otras tantas implican un efecto inmediato.

La posición restrictiva de la guía interpretativa anula la capacidad de respuesta de la otra parte ante a un ataque informático de ejecución, que no implique una brecha temporal entre la causa y el efecto. Una vez realizado el acto el participante recuperaría el status de civil. La visión de la guía está fundamentada en el Art. 51.3 del Protocolo Adicional I y no necesariamente la limitación temporal de base consuetudinaria es tan restringida.⁸³ Sería inconsistente con el normal desarrollo de las hostilidades, limitar tan severamente al combatiente e impedirle que responda

79. PEJIC, J., "Unlawful/Enemy Combatants: Interpretation and Consequences" en SCHMITT, M. y PEJIC, J. (eds.), *International Law and Armed Conflict: Exploring the Faultline, Essays in Honour of Yoram Dinstein*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, pp. 335-336.

80. MELZER, N., ob. cit., p. 71.

81. "Mientras dure tal participación". Art. 51.3, PAI.

82. MELZER, N., ob. cit., pp. 65-68.

83. *Targeted Killings Case*, Suprema Corte de Justicia de Israel, HCJ 769/02, Fallo, 11/12/2005, párr. 38.

a un ataque de esta especie. Siempre teniendo en cuenta la proporcionalidad de la respuesta,⁸⁴ la participación cibernética obliga a optar por la perspectiva amplia.

VII. CONCLUSIONES

El rápido desarrollo de los medios y métodos cibernéticos ha superado cualquier aproximación que pudiera realizarse desde el derecho positivo. Si bien muchas de las normas aplicables a estas cuestiones son anteriores a la aparición del ciberespacio, esto no excluye que deba adecuarse a este ordenamiento. Una interpretación contemporánea del DIH obliga a considerar una aplicación dinámica y comprensiva de los principios.⁸⁵ Debido a la infinidad de situaciones y actividades que alcanzan los medios cibernéticos no es posible vislumbrar un umbral claro entre la ciberparticipación directa e indirecta. Lo que sí es factible, es esclarecer los elementos constitutivos de la PDH para realizar una determinación en cada caso particular.⁸⁶ En la medida en que los combatientes tienen la obligación de realizar todos los pasos necesarios para determinar la legitimidad del ataque a un objetivo,⁸⁷ las reglas claras son fundamentales en la praxis del DIH.

BIBLIOGRAFÍA

BILLIO, Charles y CHING, Welton, *Cyber Warfare: an analysis of the means and motivations of selected nation states*, Institute for Security Technology Studies at Dartmouth College, 2004.

CRAWFORD, Emily, "Virtual Battlegrounds: Direct Participation in Cyber

84. GUTIÉRREZ POSSE, H., ob. cit., p. 74.

85. "El concepto de PDH tiene un peso determinante en los conflictos armados contemporáneos. El desarrollo tecnológico ha expandido la capacidad de los individuos para aplicar fuerza letal mientras se encuentran localizados a miles de millas de sus objetivos". GOODMAN, R. y JINKS, D., "The ICRC Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law: An Introduction to the Forum" en *International Law and Politics*, Vol. 42, 2010, p. 637 (traducción propia).

86. "Como es evidente la determinación de la PDH es contextual, uno típicamente requerirá un análisis caso por caso". SCHMITT, M., ob. cit., p. 508 (traducción propia).

87. SANDOZ, Y.; SWINARSKY, C. y ZIMMERMAN, B., ob. cit., pp. 680-682.

Warfare" en *I/S: A Journal of Law and Policy for the Information Society*, Vol. 9, 2013, pp. 1-19.

DELERUE, Francois, "Civilian Direct Participation in Cyber Hostilities" en *Revista de Internet, Derecho y Política*, Universidad Abierta de Cataluña, Vol. 19, octubre, 2014, pp. 3-17.

DELUCA, Christopher, "The Need for International Laws of War to Include Cyber Attacks Involving State and Non-State Actors", en *Pace International Law Review Online Companion*, Vol. 3, N° 9, pp. 278-315.

DINSTEIN, Yoram, "Computer Network Attacks and Self Defense" en SCHMITT, Michael y O'DONNELL, Brian (Eds.), *International Law Studies*, Vol. 76, 2002, pp. 99-119.

—, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, Cambridge University Press, 2004.

DORMANN, Knut, "The legal situation of 'unlawful/unprivileged combatants'" en *International Review of the Red Cross*, Vol. 85, N° 849, 2003, pp. 45-74.

—, *Applicability of the Additional Protocols to Computer Network Attacks*, ICRC Resource Centre, 19/11/2004, p. 7. Consultado en [<https://www.icrc.org/eng/resources/documents/misc/68lg92.htm>]

GARRAWAY, Charles, "Combatants-Substance or Semantics?" en SCHMITT, Michael y PEJIC, Jelena (eds.), *International Law and Armed Conflict: Exploring the Faultline, Essays in Honour of Yoram Dinstein*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, pp. 317-334.

GARDAM, Judith, *Non-Combatant Immunity as a Norm of International Humanitarian Law*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1993.

GOOMAN, Ryan y JINKS, Derek, "The ICRC Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law: An Introduction to the Forum" en *International Law and Politics*, Vol. 42, 2010, pp. 637-640.

GORDON, Sarah y FORD, Richard, "On the Definition and Classification of Cybercrime" en *Journal on Computer Virology*, Vol. 2, N° 1, 2006, pp. 13-20.

GUTIERREZ POSSE, Hortensia, *Elementos de Derecho Internacional Humanitario*, Buenos Aires, Eudeba, 2014.

HENCKAERTS, Jean-Marie, "Estudio sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario: contribución a la comprensión y al respeto del derecho de los conflictos armados" en *International Review of the Red Cross*, Vol. 87, N° 857, marzo de 2005, pp. 3-46.

- y DOSWALD-BECK, Louise, *Customary International Humanitarian Law*, Vol. 1, Cambridge University Press, 2005.
- HUNTLEY, Todd, "Controlling the Use of Force in Cyber Space: The Application of the Law of Armed Conflict during a Time of Fundamental Change in the Nature of Warfare" en *Naval Law Review*, Vol. 60, 2010, pp. 1-40.
- KELSEY, Jeffrey "Hacking into International Humanitarian Law: The Principles of Distinction and Neutrality in the Age of Cyber Warfare" en *Michigan Law Review*, Vol. 106, 2008, pp. 1427-1452.
- MELZER, Nils, *Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el Derecho Internacional Humanitario*, Ginebra, Comité Internacional de la Cruz Roja, 2010.
- MUNKLER, Herfried, "The Wars of the 21st Century", en *International Review of the Red Cross*, Vol. 85, N^o 849, marzo 2003, pp. 7-22.
- PEJIC, Jelena, "Unlawful/Enemy Combatants: Interpretation and Consequences", en SCHMITT, Michael y PEJIC, Jelena (eds.), *International Law and Armed Conflict: Exploring the Faultline, Essays in Honour of Yoram Dinstein*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, pp. 335-355.
- PICTET, Jean (ed.), *Commentary to the I Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field*, Ginebra, ICRC, 1952.
- , *Commentary III Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War*, Ginebra, ICRC, 1960.
- ROBERTS, Shaun, "Cyber Wars: Applying Conventional Laws of War to Cyber Warfare and Non-State Actors" en *Northern Kentucky Law Review*, Vol. 41, 2014, pp. 535-572.
- SANDOZ, Yves, SWINARSKY, Christophe y ZIMMERMAN, Bruno (eds.), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, Ginebra, Comité Internacional de la Cruz Roja –Martinus Nijhoff Publishers, 1987.
- SCHMITT, Michael, "Wired Warfare: Computer Network Attack and Ius in Bello" en *International Review of the Red Cross*, Vol. 84, N^o 846, 2002, pp. 365-399.
- , "Direct Participation in Hostilities and 21st Century Armed Conflict" en FISCHER, H. U. *et al* (eds.), *Crisis Management and Humanitarian Protection: Festschrift für Dieter Fleck*, 2004(a), pp. 505-529.
- , *Humanitarian Law and Direct Participation in Hostilities by Private*

- Contractors or Civilian Employees*, La Haya, Second Expert Meeting on the Notion of Direct Participation in Hostilities - CICR, 2004(b).
- , "War, Technology, and International Humanitarian Law" en *Program on Humanitarian Policy and Conflict Research (Occasional Paper Series)*, Universidad de Harvard, N° 4, 2005(a).
- , "Humanitarian Law and Direct Participation in Hostilities by Private Contractors or Civilian Employees" en *Chicago Journal of International Law*, Vol. 5, N° 2, 2005(b), pp. 511-546.
- , "The Interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities: A Critical Analysis" en *Harvard National Security Journal*, Vol. 1, 2010(a), pp. 6-44.
- , "Deconstructing Direct Participation in Hostilities: The Constitutive Elements" en *International Law and Politics*, Vol. 42, 2010(b), pp. 697-739.
- , *Tallin Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare*, Cambridge University Press, 2013.
- , GARRAWAY, Charles y DINSTEIN, Yoram, *The Manual on the Law of Non-International Armed Conflict With Commentary*, International Institute of Humanitarian Law, San Remo, 2006.
- TURNER, Lisa, *Civilians at the Tip of the Spear: Civilian Issues Commanders Encounter during Deployments*, Air Command and Staff College Air University Maxwell, 2001. Consultado en [<http://www.dtic.mil/dtic/tr/fulltext/u2/a407127.pdf>].
- URNS, David, "Cyber Warfare and the Notion of Direct Participation in Hostilities" en *Journal of Conflict & Security Law*, Oxford University Press, Vol. 17, N° 2, 2012, pp. 279-297.
- VIGEVANO, Marta y BUIS, Emiliano, "Medios de combate, uso de fuerza armada y las nuevas guerras cibernéticas: la regulación de los ataques por sistemas informáticos en el marco del Derecho de La Haya" en *Conducción de Hostilidades y Derecho Internacional. A propósito del centenario de las Convenciones de La Haya de 1907*, Medellín, Biblioteca Jurídica Diké, 2007, pp. 10-26.
- WATKIN, Kenneth, "Opportunity Lost: Organized Armed Groups and the ICRC 'Direct Participation in Hostilities' Interpretative Guidance" en *International Law and Politics*, Vol. 42, 2010, pp. 641-695.
- WAXMAN, Matthew, "Cyber-Attacks and the Use of Force: Back to the Future of Article 2.4" en *The Yale Journal of International Law*, Vol. 36, 2011, pp. 421-459.



DERECHO APLICABLE POR LA CPI: ¿CUÁNDO SE PROCEDE A LA APLICACIÓN DE LAS "FUENTES EXTERNAS" ENUNCIADAS EN EL ARTÍCULO 21.1.B) DEL ESTATUTO DE ROMA?*

PABLO ALEJANDRO GONZÁLEZ**

Resumen: En el presente ensayo se analiza el art. 21.1.b del Estatuto de Roma. Puntualmente, se intenta dilucidar si la aplicación de los "tratados aplicables, los principios y normas del derecho internacional, incluidos los principios establecidos del derecho internacional de los conflictos armados" procede únicamente cuando una cuestión no es regulada o prevista por el Estatuto de Roma, los Elementos de los Crímenes o las Reglas de Procedimiento y Prueba, o si por el contrario, existe otra u otras interpretaciones posibles, y de existir, cuáles serían sus consecuencias. Se concluirá que la aplicación de las "fuentes externas" –como son los tratados y la costumbre internacional– será siempre excepcional y subsidiaria, gozando los magistrados de la Corte Penal Internacional de un margen de discrecionalidad acotado.

Palabras clave: corte penal internacional – derecho aplicable – fuentes del derecho internacional penal – tratados internacionales – costumbre internacional – jerarquía entre las fuentes

Abstract: The following essay analyzes art. 21.1.b of the Rome Statute. Particularly, it attempts to clarify if the implementation of "applicable treaties and the principles and rules of international law, including the established principles of

* Este trabajo ha obtenido el Segundo Puesto en el XIII Concurso de Ensayos "Ignacio Winizky" sobre Derecho Penal Internacional y Derecho Internacional Humanitario.

** Estudiante de Derecho (UBA). El autor desea expresar su profundo agradecimiento a la Profesora Natalia Luterstein y al Profesor Nahuel Maisley quienes impulsaron, a través del curso "Las Fuentes del Derecho Internacional Público", el primer borrador del presente trabajo. Asimismo, desea agradecer especialmente a su familia y a María Pilar Bosch por su apoyo incondicional.

the international law of armed conflict" only proceeds when a situation is not regulated or foreseen under the Rome Statute, the Elements of Crimes or the Rules of Procedure and Evidence, or if on the contrary there are other possible interpretations, and if so, which would be their consequences. It will be concluded that the application of "external sources" –such as treaties and international customary law– will always be exceptional and subsidiary, having the judges of the International Criminal Court a limited margin of discretion.

Keywords: international criminal court – applicable law – sources of criminal international law – international treaties – international customary law – hierarchy among sources

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 21 de Estatuto de Roma establece el derecho que aplicará la Corte Penal Internacional (en adelante "la CPI" o "la Corte".) Claramente constituye una disposición esencial en el régimen jurídico creado por la Conferencia de Roma. La referida disposición presenta ciertas particularidades. En primer lugar, su mera existencia resulta relevante, toda vez que no se encuentra una disposición análoga en ninguno de los instrumentos de los tribunales penales internacionales que precedieron a la CPI. En segundo lugar, otra de sus notas distintivas es que establece una jerarquía entre las fuentes de derecho que el referido tribunal puede aplicar. Así, el artículo 21 en su primer párrafo establece que la Corte aplicará:

"...a) En primer lugar, el presente Estatuto, los Elementos de los crímenes y sus Reglas de Procedimiento y Prueba; b) En segundo lugar, cuando proceda, los tratados aplicables, los principios y normas del derecho internacional, incluidos los principios establecidos del derecho internacional de los conflictos armados; c) En su defecto, los principios generales del derecho que derive la Corte del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo, incluido, cuando proceda, el derecho interno de los Estados que normalmente ejercerían jurisdicción sobre el crimen, siempre que esos principios no sean incompatibles con el presente Estatuto ni con el derecho internacional ni las normas y estándares internacionalmente reconocidos..."

El presente ensayo se circunscribirá a analizar el art. 21.1.b. Puntual-

mente se intentará dilucidar si la aplicación de los tratados aplicables, los principios y normas del derecho internacional, incluidos los principios establecidos del derecho internacional de los conflictos armados, procede únicamente cuando una cuestión no es regulada o prevista por el Estatuto, los Elementos del Crímenes (en adelante "EC") o las Reglas de Procedimiento y Prueba (en adelante "RPP"), o si por el contrario, existe otra u otras interpretaciones posibles, y de existir, cuáles serían sus consecuencias.

Con ese objetivo en miras, se dividirá el análisis en tres secciones. En primer lugar, precisaremos el contenido del el art. 21.1.b) a fin de establecer a qué fuentes de derecho hace referencia. Seguidamente, se analizarán las interpretaciones de dicha disposición elaboradas por la doctrina. Por último, se reproducirá y analizará cuál fue la interpretación que le dio la CPI en su jurisprudencia.

Tras completar dicha tarea, se concluirá que el "cuando proceda" del art. 21.1.b) del Estatuto de Roma, otorga a los jueces un margen de discrecionalidad acotado. En primer lugar, porque se erigirá como regla general que las normas convencionales y consuetudinarias procederán únicamente cuando exista una laguna en el *proper law* de la CPI. En segundo lugar, porque frente a la doble regulación de una cuestión por el Estatuto y por el derecho internacional consuetudinario, inexorablemente los jueces de la CPI deberán aplicar el primero. Por último, se advertirá que la única situación en donde los jueces podrán apartarse de la referida regla general y acudir a las fuentes externas a pesar de que no exista una laguna, será cuando entiendan que, de conformidad con el art. 21.3, las provisiones del estatuto, las RPP y los EC son contrarias a los derechos humanos internacionalmente reconocidos.

II. ¿A QUÉ SE REFIERE EXACTAMENTE EL ART. 21.1.B)?

Lo primero que debemos realizar es precisar a qué se refiere el art. 21.1.b) cuando expresa "tratados aplicables" y "principios y normas del derecho internacional, incluidos los principios establecidos del derecho internacional de los conflictos armados". Es decir, qué fuentes de derecho debe aplicar la Corte Penal Internacional "en segundo lugar" y "cuando proceda".

Para comenzar a responder este interrogante, Schabas señala que la

referida norma contiene dos fuentes de derecho distintas, entre las cuales no existe jerarquía alguna.¹

II.A. Tratados aplicables

En lo que respecta a este término resulta obvio que se está refiriendo a otros tratados distintos al Estatuto de Roma. Al respecto, Per Saland, quien presidió el grupo de trabajo sobre derecho aplicable en la Conferencia Roma, señaló que el debate giraba en torno a si emplear la fórmula "tratados aplicables" o "tratados relevantes". Puntualmente los delegados discutían si la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 y la Convención contra la tortura eran tratados aplicables o meramente relevantes.² Finalmente, se escogió la primera fórmula ("aplicables") lo que mereció la crítica de varios autores. Así, Sadat expresó que una lectura restrictiva del término puede impedir a la CPI de referirse al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante "PID-CyP") o al Convenio Europeo de Derechos Humanos sobre la base de que tales tratados no son "aplicables", sino que solamente "relevantes".³ Por su parte, Pellet criticó también la presente fórmula. En primer lugar, señaló que la referencia estaba justificada en el Proyecto de Estatuto elaborado por la Comisión de Derecho Internacional, el cual confería jurisdicción a la futura Corte Penal Internacional no solo para juzgar personas sobre los 4 crímenes principales (*core crimes*) establecidos en el art. 5 del Estatuto, sino que también por ciertos crímenes establecidos de conformidad con las provisiones del tratado establecidas en el anexo, sujetos a la aceptación de los Estados Parte (los denominados "*treaty-crimes*"). Por tanto, el Estatuto de Roma, al limitar la jurisdicción de la CPI a los crímenes definidos en él la referencia a "tratados aplicables" se torna mucho menos apropiada.⁴ Asimismo, destaca que es difícil imaginar una

1. SCHABAS, W. A., *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 390.

2. SALAND, P., "International Criminal Law Principles", en LEE, R. S., *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute, Issues, Negotiations, Results*, La Haya, Kluwer Law International, 1999, p. 215.

3. SADAT, L. N., *The International Criminal Court and The Transformation of International Law: Justice for the New Millennium*, Transnational Publishers, 2002, p. 177.

4. PELLET, A., "Applicable Law" en CASSESE, A., GAETA, P. y JONES, J.R.W.D., *The Rome*

situación en la que la CPI puede aplicar un tratado distinto a su Estatuto, salvo que dos o más Estados acuerden acordarle cierta jurisdicción específica o requieran la aplicación de principios particulares. De todos modos, atento a la limitada competencia material que le fue concedida a la Corte (art. 5 del Estatuto), es bastante improbable que esté obligada, o incluso habilitada, a aplicar tales tratados.⁵ En similar sentido, otros autores advierten que es cuestionable bajo qué condiciones un tratado distinto al Estatuto podrá ser aplicado en los procedimientos ante la CPI atento a que los tratados generalmente solo obligan a las partes.⁶

Sin embargo, la doctrina es pacífica en señalar que las Convenciones de Ginebra del 12 de agosto de 1949 califican como tratados aplicables atento que estas fueron incorporadas en la definición de crímenes de guerra establecida en el art. 8.2.a) del Estatuto.⁷ Igualmente, Pellet aclara el caso de las referidas Convenciones, en tanto tratados directamente aplicables por la CPI, son la excepción a la regla general. Por su parte, otros autores incluyen dentro de la categoría analizada a los tratados en los cuales la CPI es parte, como el Acuerdo de Relación entre la Corte Penal Internacional y las Naciones Unidas y el "Acuerdo relativo a la Sede concertado entre la Corte Penal Internacional y el Estado Anfitrión",⁸ aunque no se observan demasiadas consecuencias prácticas.

Por último, también se ha señalado que los tratados pueden ser relevantes por dos motivos. Primero, un tratado particular puede tener especial pertinencia en un caso ante la CPI, como por ejemplo el PIDCyP el cual

Statute of the International Criminal Court: A commentary, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 1068.

5. *Ibid.*, p. 1069.

6. NERLICH, V., "The Status of ICTY and ICTR precedent in proceedings before the ICC" en STAHN, C. y SLUITER, G., *The Emerging Practice of the International Criminal Court*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, p. 313.

7. Estatuto de Roma Art. 8.2.a) "2. A los efectos del presente Estatuto, se entiende por "crímenes de guerra: ... a) *Infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, ...*" McAULIFFE DE GUZMAN, M., "Article 21", en TRIFFTERER, O., *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court- Observers Notes, Article by Article*, Munich, C.H Beck-Hart-Nomos, 2008, p. 705 y PELLETT, A., *ob. cit.*, p. 1069.

8. HEIKKILÄ, M., *Commentary on the Rome Statute*, consultado en [<http://www.casematrixnetwork.org/cmnn-knowledge-hub/icc-commentary-clicc/commentary-rome-statute/commentary-rome-statute-part-2-articles-11-21/>] el 09/03/16.

será relevante para determinar los derechos humanos del acusado. En segundo lugar, los tratados ampliamente ratificados pueden servir de evidencia de las normas y principios de derecho internacional.⁹ Empero, como bien señala Pellet en ninguno de los dos casos los tratados en cuestión son aplicados en cuanto tales, es decir, como normas convencionales sino que más bien como evidencia de la existencia de una costumbre internacional; tal como la ha hecho en numerosas ocasiones el Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia, por ejemplo, al considerar que la definición de la Convención de 1984 refleja el concepto consuetudinario de tortura.¹⁰ Es decir, estaría recurriendo a los tratados como evidencia de la otra fuente de derecho a la que hace alusión el art. 21.1.b., a la que a continuación nos referimos.

II.B. Principios y Normas del Derecho Internacional

Pese a esta extraña formulación incluida en el Estatuto de Roma, generalmente se reconoce que la frase "principios y normas del derecho internacional", se refiere o es comprensiva de las normas del derecho internacional consuetudinario.¹¹ Según Pellet, la doble referencia (principios y normas) no es más que "tic verbal" o una frase hecha para referirse a la costumbre internacional.¹² Cabe preguntarse entonces porqué quienes proyectaron el Estatuto no incluyeron expresamente la palabra costumbre al identificar el derecho aplicable por la CPI. Al respecto, McAuliffe de Guzman explica que puede haber sido atento a que el término "costumbre" era demasiado impreciso para los propósitos del derecho internacional penal. Por su parte Pellet, de forma más enfática, atribuye directamente la exclusión a los abogados penalistas, cuya influencia fue ascendente durante la proyección del Estatuto de Roma, los cuales se

9. MCAULIFFE DE GUZMAN, M., ob. cit., p. 1068.

10. PELLET, A., ob. cit., p. 1068. Con referencia a Trial Chamber, 16 de noviembre de 1998, Čelebići (Delalic and others), IT-96-21-t, para. 459; and 10 December 1998, Furundžija, IT-95-17/1-T, paras. 160-16-conclusion approved by the Appeals Chamber in the same case (21 de julio de 2000 IT-95-17/1-A, para. 11).

11. SCHABAS, W. A., ob. cit., p. 708., aunque esta autora divide el análisis entre "normas del derecho internacional" (comprensivas de las normas consuetudinarias) y los "principios del derecho internacional".

12. PELLET, A., ob. cit., p.1072.

opusieron en el nombre de una errónea concepción del principio de legalidad de los delitos y las penas.¹³

Sin embargo, cierta doctrina, minoritaria por cierto, ha elaborado otras interpretaciones de la frase en cuestión. Así se ha establecido que algunos "principios del derecho internacional penal" pueden ser subsumidos dentro de la frase analizada.¹⁴ Al respecto, Cassese señaló que tales principios incluyen principios específicos del derecho penal como son: el principio de legalidad, de especificidad, la presunción de inocencia, el de igualdad de armas, ente otros.¹⁵

A su turno, McAuliffe de Guzman plantea otra posible interpretación. Así, establece una distinción entre "principios... del derecho internacional" y las "normas del derecho internacional". Respecto de estas últimas, entiende que comprenden a las normas del derecho internacional consuetudinario, por lo que coincide con la mayoría de los autores. Sin embargo, pese a que reconoce como posibilidad la hipótesis de Pellet de la "frase hecha",¹⁶ estipula que puede que los autores del Estatuto al incluir la frase "principios... del derecho internacional" hayan tenido la intención de que la CPI pueda aplicar principios que no se derivan del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo (*cfr.* art. 21.1.c del Estatuto) ni que forman parte del derecho internacional consuetudinario. Así, tales principios podrían ser derivados de la conciencia legal internacional, de la naturaleza de la comunidad internacional y del derecho natural. Estos pueden incluir principios de cooperación entre organizaciones internacionales o principios de razonamiento judicial e interpretación.¹⁷

Por último, corresponde analizar la última frase que se incluye en el art. 21.1.b): "...incluidos los principios establecidos del derecho internacional de los conflictos armados". Schabas señala que dicha referencia proporciona una apertura a un detallado y sofisticado régimen jurídico, cuyo núcleo está constituido por las Convenciones de la Haya de 1899 y 1907, las Convenciones de Ginebra de 1949 y sus Protocolos de 1977. Sin embargo, critica la utilización de la fórmula "derecho internacional de

13. *Ibid.*, p. 1071.

14. NERLICH, V., *ob. cit.*, p. 313.

15. CASSESE, A., *International Criminal Law*, Nueva York, Oxford University Press, 2003, p. 31.

16. MCAULIFFE DE GUZMAN, M., *ob. cit.*, p. 706.

17. *Ibid.*, p. 707.

los conflictos armados" en lugar de "Derecho Internacional Humanitario", expresión que, conforme a la jurisprudencia de la Sala de Apelaciones del TPIY, constituye una terminología más moderna resultante de la influencia de la doctrina de los derechos humanos.¹⁸

Sobre este punto, Pellet advierte que la referencia parecería irrelevante ya que no restringe ni amplía el derecho aplicable por la CPI. Ello así toda vez que esos "principios establecidos" forman sin lugar a dudas parte del derecho internacional consuetudinario, el cual como fuera referido es aplicable por la CPI. En similar sentido, Caracciolo expresa que la frase en cuestión parece excesiva atento a que en todo caso se trata de una rama del derecho internacional.¹⁹ Empero, el primero de los autores hace la salvedad de que solo podrán ser aplicados estos principios en tanto sean lo suficientemente ciertos y determinados para respetar las exigencias del principio de legalidad.²⁰

III. ANÁLISIS

Habiendo precisado las fuentes a las que hace referencia el art. 21.1.b), en la presente sección del ensayo nos adentraremos en la hipótesis señalada, esto es, dilucidar si la aplicación de las fuentes de la nombrada norma "proceden" únicamente ante la falta de regulación o "silencio" del Estatuto, las RPP y los EC o si caben otras interpretaciones posibles. En otras palabras, cuándo los magistrados de la CPI pueden recurrir a las normas convencionales (con las dificultades señaladas) y a las consuetudinarias. Para ello, dividiremos el análisis ocupándonos en primer lugar en la opinión de diversos autores sobre el punto, y en segundo lugar no avocaremos a analizar qué es lo que dijo al respecto la CPI a través de sus resoluciones.

18. SCHABAS, W. A., ob. cit., p. 92.

19. CAROCCIOLLO, I., "Applicable Law" en LATTANZI, F. y SCHABAS, W. A., *Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Ripa Fagnano Alto, Editrice Il Sirente, 1999, Vol. 1, p. 227.

20. PELLET, A., ob. cit., p.1072.

III.A. Doctrina

Se ha señalado que en tanto régimen jurídico que carece de los beneficios de una guía legislativa, el derecho internacional penal requiere una cierta discreción judicial.²¹ En este sentido y respecto del tema que nos convoca, se expresó que la inclusión de la frase "cuando proceda" evidencia que los jueces de la CPI gozan de cierta discreción al determinar cuando los tratados y los principios y reglas del derecho internacional son aplicables.²² Sin embargo, cabe preguntarse hasta dónde se extiende esa discreción. Veamos cómo responden este interrogante distintos autores.

Como fuera aclarado en la sección previa las normas consuetudinarias son una de las fuentes de derecho que la Corte, de acuerdo al art. 21.1.b), puede aplicar a los casos que son traídos a su conocimiento. Según McAuliffe de Guzmán estas normas consuetudinarias serán una importante fuente de derecho a la que la CPI recurrirá para llenar las lagunas en el Estatuto así como también para interpretar sus disposiciones, junto con las de los EC y las RPP.²³ De ello se desprende que la CPI podrá solo acudir a una de las fuentes mencionadas del art. 21.1.b), en el caso la costumbre internacional, únicamente para llenar las lagunas que existan en el Estatuto, es decir, solo para cuestiones no reguladas o previstas en dicho instrumento constitutivo. Por tanto, se aplicarán las fuentes analizadas de forma subsidiaria.

Por su parte, Caracciollo estipula que tanto el Estatuto como la RPP y EC no pueden proveer un *corpus* de normas y regulaciones que sea suficiente para resolver cualquier cuestión en que la Corte sea llamada a decidir. Atento a ello es preciso establecer a qué normas la CPI puede acudir a fin de llenar las lagunas (*lacunae*) del Estatuto y sus instrumentos complementarios. Concluye que, de acuerdo al art. 21.1.b), tal esencial función es llevada a cabo, en primer lugar, por las fuentes allí mencionadas, esto es, los tratados aplicables y el derecho consuetudinario internacional.²⁴

Siguiendo esta misma línea de pensamiento, Schabas advierte que el

21. McAULIFFE DE GUZMAN, M., ob. cit., p. 711.

22. *Ibid.*, p. 705.

23. *Ibid.*, p. 708.

24. CARACCIOLLO, I., ob. cit., p. 227. En igual sentido que Pellet, aclara que la exclusión de la jurisdicción de la Corte de los llamados "*treaty-crimes*" redujo significativamente la importancia de la referencia a los tratados internacionales.

Estatuto de Roma no puede proveer respuestas a todas las cuestiones que puedan surgir en los procedimientos ante la CPI, es por ello que deben buscar una guía en otro lado, tal como lo hacen en el derecho interno cuando los códigos penales dejan cuestiones ambiguas o simplemente sin contestar.²⁵ Si bien no se refiere expresamente a los tratados internacionales ni a la costumbre internacional, podemos inferir claramente que la Corte podrá acudir a las demás fuentes del art. 21 (distintas a las del 21.1.a) solo cuando el Estatuto regule de forma ambigua una cuestión o simplemente no la regule. Abonando esta posición, Pellet enfatiza que pese a su cuidadosa redacción, el Estatuto y sus textos complementarios (RPP y EC), los cuales constituyen instrumentos equivalentes a verdaderos códigos de fondo y de forma, no podrán nunca resolver todos los problemas que puedan suscitarse. Es por ello que el Estatuto de Roma en su art. 21 prevé una serie de normas suplementarias para evitar una situación de "*non liquet*", especialmente inapropiada en materia penal; aclarando que tales normas de complemento son las mencionadas en el art. 21.1.b) y c).²⁶ Nuevamente observamos que solo se acudirá a las fuentes complementarias cuando una cuestión no encuentre respuesta o regulación en lo que denomina *proper law* de la CPI, es decir, en el Estatuto, las RPP y los EC. En lo que al presente ensayo interesa, también refiere que es claramente indispensable que los jueces de la Corte pueden recurrir a la costumbre internacional, como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho, en las cuestiones en que el Estatuto haga silencio.²⁷ Fundamenta esta tesis apelando a la práctica y la jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc* de Yugoslavia y Ruanda. Así, recuerda que el TPIY expresó que "toda vez que el Estatuto no regule una materia o cuestión específica [...], el Tribunal Internacional deberá fallar sobre la base de: (i) normas del derecho consuetudinario internacional...".²⁸ De este modo, el referido tribunal en el caso Tadić estableció las principales normas consuetudinarias aplicables a los conflictos armados internos²⁹ y en Kupreškić se basó en una norma consuetudinaria que prohibía las represalias contra las civiles.³⁰ Si bien solo trata una de las fuentes enumeradas en el art.

25. SCHABAS, W. A., ob. cit., p. 91.

26. PELLET, A., ob. cit., p. 1067.

27. *Ibid.*, p. 1072.

28. ICTY, Trial Chamber, 14 de enero de 2000, Kupreškić, IT 95-16-T, p. 591.

29. ICTY, Appeals Chamber, 2 de octubre de 1995, Tadić, IT-94-1-AR72, p. 591.

30. ICTY, Trial Chamber, 14 de enero de 2000, Kupreškić, IT 95-16-T, pp. 96-127.

21.1.b), no debemos soslayar que según el autor es poco probable que la CPI pueda aplicar otros tratados.

A su turno, Bitti al analizar el tema en primer lugar establece una clasificación entre las fuentes de derecho enunciadas en el art. 21 del ER. Por un lado ubica a las fuentes internas conformadas por el Estatuto, las RPP, los EC (el *proper law* en palabras de Pellet) y por la jurisprudencia del tribunal (art. 21.2 ER), aunque aclara que esta última no es obligatoria para la Corte.³¹ En el otro extremo, se encuentran las "fuentes externas" de la CPI conformadas por las fuentes formales enumeradas en los incisos b) y c) del primer párrafo del art. 21 y por una fuente material consagrada en el tercer párrafo de la norma en cuestión.³² Sentado ello, el autor establece que tanto los "tratados aplicables y los principios y normas del derecho internacional" como los principios generales del derecho a los que se refiere el art. 21.1.c)³³ son fuentes subsidiarias de derecho, es decir, subsidiarias respecto de las fuentes formales enumeradas en el párrafo 1 (a). Ello, a su juicio, implica no solo reafirmar la supremacía de estas últimas, sino también que la aplicación de estas fuentes subsidiarias estará siempre sujeta a la misma condición: la existencia de una laguna en el Estatuto, en las RPP y en los EC.³⁴ Siguiendo este estándar, podemos concluir que la aplicación de este tipo de fuentes por la CPI será bastante restrictiva. Al respecto, el autor hace un paralelismo con los tribunales penales internacional *ad hoc* y señala que la aplicación de otras fuentes de derecho ante la CPI (distintos al *proper law*) será mucho menos flexible que en los primeros. Pero advierte que esto es el resultado de la intención de los Estados quienes elaboraron un Estatuto muy sofisticado de 128 artículos, unas RPP también muy precisas de 225 artículos y unos puntillosos EC.

31. Art. 21.2: "La Corte podrá aplicar principios y normas de derecho respecto de los cuales hubiere hecho una interpretación en decisiones anteriores".

32. BITTI, G., "Article 21 of the Statute of the International Criminal Court and the treatment of the sources of law in the jurisprudence of the ICC" en STAHN, C. y SLUITER, G., *The Emerging Practice of the International Criminal Court*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, pp. 288 y 293.

33. Art. 21.1.c): "...los principios generales del derecho que derive la Corte del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo, incluido, cuando proceda, el derecho interno de los Estados que normalmente ejercerían jurisdicción sobre el crimen, siempre que esos principios no sean incompatibles con el presente Estatuto ni con el derecho internacional ni las normas y estándares internacionalmente reconocidos".

34. BITTI, G., ob. cit., p. 294.

Por último, en consonancia con los demás autores, Heikkila retoma la clasificación de Bitti y destaca que aun cuando el objetivo las fuentes legales internas de la CPI es establecer un marco legal respecto del cual esta debe funcionar, es plausible que se presenten situaciones en donde una cuestión legal no pueda ser abordada o respondida por medio de tales fuentes. Atento a ello, las fuentes externas cobran especial relevancia toda vez que la CPI podrá acudir y apoyarse en ellas cuando las fuentes internas sean poco claras o "hagan silencio" respecto de la cuestión. Sobre esa base, la autora concluye que, atento a su redacción, las fuentes externas de derecho serán aplicadas excepcionalmente en los procesos ante la CPI.³⁵

III.B. La jurisprudencia de la CPI

Naturalmente, la aplicación e interpretación que haya realizado la CPI respecto del art. 21 de su Estatuto aportará valiosa información para el interrogante que se intenta responder.

La Sala de Apelaciones en su primera decisión tuvo que interpretar el art. 21 del Estatuto lo cual evidencia que la cuestión del derecho aplicable ha sido crucial en la jurisprudencia de la CPI desde sus inicios.³⁶

En dicho caso, la Sala debió analizar el recurso extraordinario de revisión interpuesto por el Fiscal Moreno Ocampo contra la decisión del Sala de Cuestiones Preliminares que había denegado su recurso de apelación. El carácter extraordinario obedecía a que el Estatuto, puntualmente su Parte 8, no preveía una impugnación contra la decisión de las salas de primera instancia que habían rechazado un recurso de apelación. El fiscal alegaba que se trataba de una laguna en el Estatuto y en las RPP que podía remediada acudiendo a las denominadas "fuentes externas" (art.21.1.b y c.) Al resolver el recurso, el *ad quem* expresó que para que la Corte pueda recurrir a las fuentes enumeradas en los incisos b) y c) del art. 21.1 es necesario que exista una laguna en el Estatuto y en las RPP.³⁷ Sin embargo, al analizar el caso en cuestión concluyó que no existía tal laguna atento a que el Estatuto en su Parte 8 regulaba taxativamente el derecho a apelar y establecía cuales eran las decisiones de las Salas de cuestiones preliminares

35. HEIKKILA, M., ob. cit., p. 251.

36. BITTI, G., ob. cit., p. 294.

37. No se incluyen a los Elementos de los Crímenes ya que se estaba resolviendo sobre una cuestión procesal.

y de Juicio susceptibles de impugnación, y observó que el recurso alegado por el Fiscal no estaba consagrado allí. Aclaró también que el hecho de que una cuestión no sea regulada por las fuentes del art. 21.1.a) o, como en el caso, que no se prevea un recurso específico no implica necesariamente la existencia de una laguna. Así, debe analizarse si el silencio del *proper law* de la CPI es una decisión en contra de esa cuestión o simplemente su falta de tratamiento se debe a que esta no había sido prevista. Solo en este último caso la CPI podrá aplicar las fuentes externas.³⁸ Sobre esa base, establece que fue intención de las partes en el Estatuto de Roma que no se incluya el recurso alegado por Moreno Ocampo, extremo que fundamenta al analizar los trabajos preparatorios (*cf.* Art. 32 CVDT) y en que la delegación del Estado de Kenia había propuesto incluir un recurso contra el rechazo de una apelación, pero que tal propuesta fue rechazada de pleno en la Conferencia de Roma.³⁹ Por tanto, la identificación de las lagunas será eventualmente una cuestión de interpretación del Estatuto y sus instrumentos complementarios.⁴⁰ Se observa entonces que la CPI, en consonancia con la doctrina, otorga a las fuentes externas un carácter subsidiario.

Meses más tarde, la Sala de Apelaciones volvió a reiterar en similares términos este estándar. Puntualmente, expresó que si una cuestión es regulada exhaustivamente por el Estatuto o por las RPP,⁴¹ no habrá lugar para recurrir a la segunda (art. 21.1.b) o tercera (21.1.c) fuente de derecho a fin de determinar la presencia o ausencia de una norma que regule dicha cuestión.⁴² En el caso el imputado, Thomas Lubanga Dyilo, había cuestionado la jurisdicción de la CPI sobre la base de la "doctrina del abuso del proceso". La CPI reconoció que esta no estaba prevista como causal para renunciar al ejercicio de la jurisdicción sobre un caso de conformidad con el art. 17 del Estatuto. Por ello, analizó si podría aplicarla sobre la base de

38. NERLICH, V., *ob. cit.*, p. 312.

39. ICC, Appeals Chamber, Judgment on the Prosecutor's Application for Extraordinary Review of Pre-Trial Chamber I's 31 March 2006 Decision Denying Leave to Appeal, AC, 13 July 2006, pp. 33-39.

40. NERLICH, V., *ob. cit.*, p. 312.

41. Nuevamente no se refirió a los Elementos de los Crímenes atento a que estaba tratando una cuestión de índole procesal.

42. ICC, Appeals Chamber, Situation in the Democratic Republic of the Congo in the Case of the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment on the Appeal of Mr. Thomas Lubanga Dyilo against the Decision on the Defence Challenge to the Jurisdiction of the Court pursuant to article 19 (2) (a) of the Statute, 3 October 2006, párr. 34.

los incisos a) y b) del art. 21.1. Finalmente concluyó que no podrá aplicar la doctrina del "abuso del proceso" toda vez que el poder de suspender los procedimientos en razón de dicha doctrina no es reconocido de forma generalizada como una prerrogativa indispensable de un tribunal de justicia, como un atributo imprescindible del poder judicial.⁴³

Por otro lado, la CPI volvió a expedirse sobre la cuestión en el marco del caso "Fiscal c. Omar Al Bashir", aunque en esta oportunidad de forma más sistemática. Al momento de analizar su competencia para analizar el caso, la CPI expresó que "de conformidad con el artículo 21 del Estatuto, solo podrá recurrirse a las otras fuentes de derecho previstas en los párrafos (1) (b) y (1) (c) del artículo 21, cuando se cumplan las siguientes dos condiciones: (i) que exista una laguna en el derecho escrito contenido en el Estatuto, los Elementos de los Crímenes y las Reglas (de Procedimiento y Prueba) y (ii) dicha laguna no puede ser llenada mediante la aplicación de los criterios de interpretación establecidos en el art. 31 y 32 de la Convención de Viena sobre derecho de los Tratados y en el art. 21 (3) del Estatuto".⁴⁴ Se consolida pues la jurisprudencia de la Corte, exigiendo la existencia de una laguna en las fuentes internas para que proceda la aplicación de las externas, y además se reitera que la mera falta de regulación de una cuestión no conduce inexorablemente a una laguna, sino que la determinación de la existencia de estas es una labor hermenéutica para la cual debe acudir, como en todo tratado, a las reglas consuetudinarias sentadas en la CVDT. Asimismo, deberá valerse del art. 21.3 del Estatuto el cual exige que la interpretación que se realice deba ser compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos.

Continuando con el análisis, en el marco del caso "Fiscal c. Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui" se discutieron ante la CPI distintos modos de responsabilidad reconocidos tanto en el Estatuto como en el derecho consuetudinario internacional (a través de la práctica de los tribunales penales *ad hoc*). La CPI reafirmó que de acuerdo al art. 21.1.a) la primer fuente de derecho aplicable es el Estatuto, y que los "principios y normas del derecho internacional" constituyen una fuente secundaria de derecho que es aplicable únicamente cuando el "material estatutario" falla en proveer

43. *Ibid.*, p. 35.

44. ICC, Pre-Trial Chamber, *Prosecutor v. Al Bashir*, Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, 4 March 2009, para. 44.

una solución legal. Sobre la base de ello, la CPI dejó bien en claro que el Estatuto regulaba detalladamente los diversos modos de responsabilidad aplicables, por lo que no era necesario considerar si el derecho consuetudinario internacional (art. 21.1.b) admitía o rechazaba alguno de ellos (puntualmente se estaba refiriendo a la "coautoría mediata"). Nuevamente observamos la jurisprudencia constante de la CPI en la materia, reafirmando la jerarquía suprema del Estatuto y la imposibilidad de acudir y aplicar las fuentes externas si las cuestiones bajo análisis se encuentran reguladas el Estatuto.⁴⁵

En otro orden de ideas, es interesante observar cómo se ha empleado el art. 21.1.b) a fin de hacer valer en los procesos ante la CPI la jurisprudencia de los Tribunales Penales *ad hoc*. Cabe aclarar que no existe en el marco normativo de la CPI una disposición análoga al art. 20.3 del Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona el cual prescribe que su Sala de Apelaciones debe guiarse por las decisiones de las Salas de Apelaciones del TPIY y del TPIR.⁴⁶ A su vez, tal jurisprudencia tampoco forma parte del derecho aplicable por la CPI conforme el art. 21 del Estatuto. Sin embargo, el art. 38.1.d del Estatuto de la CIJ establece que la jurisprudencia es un medio auxiliar para determinar la existencia de normas de derecho. Por tanto puede decirse que la referida norma refleja una metodología general para la verificación de la existencia de normas de derecho internacional.⁴⁷ De este modo, la CPI podría emplear la jurisprudencia de los tribunales penales *ad hoc* así como la de otros tribunales internacionales para verificar la existencia de "principios y normas del derecho internacional". Sin apartarnos del objetivo del presente ensayo veamos brevemente qué nos dice la jurisprudencia de la CPI al respecto.

En el marco del caso "Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo" el fiscal, con el fin de emplearla, alegó que la práctica del *witness proofing*, estos es, la de preparar y familiarizar a los testigos previo a que presten su declaración

45. ICC, Pre-Trial Chamber I, Situation in the Democratic Republic of the Congo in the Case of The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngujolo Chui, Decision on the confirmation of charges, párr. 508.

46. Art. 20.3: "3. The judges of the Appeals Chamber of the Special Court shall be guided by the decisions of the Appeals Chamber of the International Tribunals for the former Yugoslavia and for Rwanda. In the interpretation and application of the laws of Sierra Leone, they shall be guided by the decisions of the Supreme Court of Sierra Leone".

47. NERLICH, V., ob. cit., p. 313.

ante un tribunal era una práctica bien establecida y comúnmente utilizada en los tribunales *ad hoc*, extremo que fundamentó con la jurisprudencia del TPIY y del TPIR.⁴⁸ La Sala de Juicio I explicó que no se encontraba obligada a seguir tales precedentes, y que conforme al art. 21 del Estatuto debía aplicar primero este, las RPP y los EC. Luego, si la "legislación de la CPI" no definía la cuestión, debía aplicar, cuando proceda, principios y normas del derecho internacional. Al respecto la corte advierte que el tema que se analiza es de natural procesal, y expresa que si bien ello no impedirá que toda cuestión procesal sortee el escrutinio conforme el art.21.1.b), la Sala consideró que las normas procesales y la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* no son aplicables automáticamente a los procesos ante ella, sino que debe realizarse un análisis. Sobre esa base, analizó que los sistemas procesales de la CPI y de los tribunales *ad hoc* eran marcadamente diferentes, por lo que consideró inapropiado trasladar la práctica de la preparación de los testigos tal como se desarrollaba en los procesos ante los últimos al proceso ante la primera.⁴⁹

En otra oportunidad, la CPI también analizó la denominada *witness proofing*. El Fiscal alegó que esta era una "práctica ampliamente aceptada en el derecho internacional penal", refiriéndose así implícitamente al art. 21.1.b).⁵⁰ Fundamentó su alegación en pronunciamientos del TPIY y del Tribuna Especial para Sierra Leona. Sin perjuicio de ello, la Sala de Cuestiones Preliminares rechazó su pretensión por infundada ya que solo uno de los precedentes reconocía el carácter invocado por el fiscal respecto de la práctica.⁵¹

En otro caso, la CPI también analizó la jurisprudencia de los tribunales penales *ad hoc* sobre la base del art. 21.1.b). La Sala de Cuestiones Preliminares I concluyó que ni el Estatuto ni los EC estipulaban una definición de "conflictos armados internacionales", frase incluida en el art. 8.2.b) (relativo a los crímenes de guerra).⁵² Reiteró que ante tal ausencia

48. ICC, Trial Chamber, Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision Regarding the practices Used to Prepare and Familiarise Witnesses for Giving Testimony at Trial, 01/04-01/06-1049, 30 de noviembre de 2007, para. 43.

49. *Ibid.*, pp. 44 y 45.

50. BITTI, G., ob. cit., p. 297.

51. ICC, Pre-Trial Chamber, Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision on the Practice of Witness Familiarization and Witness Proofing, 8 de noviembre de 2006, II-01/04-01/06-679, pp. 28-34.

52. "2. A los efectos del presente Estatuto, se entiende por "crímenes de guerra": [...] b) Otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados interna-

debía acudir a las fuentes externas enumeradas en el art. 21.1.b), y así extrajo la definición buscada de los comentarios a las Convenciones de Ginebra y de la jurisprudencia de la Sala de Apelaciones del TPIY.⁵³ También se valió de esta última para definir los conflictos armados internos o no internacionales.⁵⁴

Como podemos observar la CPI volvió a aseverar que únicamente podrá aplicar las fuentes externas cuando una cuestión (como la definición de un concepto o una práctica procesal) no sea tratada por las fuentes internas, reafirmando así el carácter subsidiario de las primeras. Por su parte, como claramente no se encuentra obligada a seguirla,⁵⁵ recurrirá solamente a la jurisprudencia de los tribunales penales *ad hoc* para verificar la existencia de un "principio o norma del derecho internacional" o para interpretar su *proper law*.

IV. LA POSTURA DE FAUSTO POCAR

Si bien se podría haber incluido la presente sección en aquella donde se analizó la postura de los diferentes autores sobre la procedencia de la aplicación de las fuentes formales externas enunciadas en el art. 21.1.b), se decidió hacerlo de forma separada. En resumidas cuentas porque las opiniones del nombrado varían considerablemente de lo establecido tanto doctrinaria como jurisprudencialmente. A continuación se expondrán sus ideas principales, para luego realizar algunos comentarios.

Utilizando como disparador la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares sobre la confirmación de los cargos en el caso Lubanga,⁵⁶ Pocar se pregunta cuándo los magistrados de la CPI pueden mirar a otras fuentes

cionales dentro del marco establecido de derecho internacional, a saber, cualquiera de los actos siguientes:..."

53. ICC, Pre-Trial Chamber, Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision on the Practice of Witness Familiarization and Witness Proofing, 8 de noviembre de 2006, II-01/04-01/06-679, p.205-211.

54. *Ibid.*, p. 233.

55. Nótese que, conforme el art. 21.2, ni siquiera se encuentra obligada por su propia jurisprudencia.

56. ICC, The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Case No. ICC-01/04-01/06, Decision on the Confirmation of Charges, 29 January 2007.

de derecho, especialmente, cuándo pueden mirar hacia el derecho internacional consuetudinario.

En consonancia con los autores que fueron analizados, Pocar reconoce que la inclusión de la frase "cuando proceda" en el art. 21.1.b) indica que los jueces gozan de cierta discrecionalidad. Al respecto plantea dos interpretaciones posibles. La primera, más restrictiva, es interpretar la frase como una limitación de la discreción que los jueces tienen cuando se dirigen a otras fuentes de derecho, tal vez, más vagas. En contraposición plantea una interpretación amplia según la cual la CPI podrá encontrar que "está obligado por los acontecimientos corrientes en el derecho internacional consuetudinario". Así, la Corte podrá decir que es más "adecuado" para aplicar el derecho consuetudinario junto con el Estatuto.⁵⁷

Asimismo, sindicó como un "interesante problema" cuando el Estatuto de la CPI no codifica derecho internacional consuetudinario sino que define un delito en términos más estrechos o más amplios que el referido ordenamiento. Entiende que este se produce en el art. 7 del Estatuto de Roma que enumera los crímenes de lesa humanidad. Así, entre otros ejemplos, menciona que la persecución conforme el Estatuto debe ser cometido en relación con otros actos o crímenes de la competencia de la CPI, elemento que no es exigido por el derecho consuetudinario. En contraposición, señala como ejemplo donde el Estatuto "ensancha" respecto de la norma consuetudinaria, los motivos discriminatorios mencionados en este (respecto de la persecución) los cuales no se limitan a políticos, raciales o religiosos, sino que se abracan también las minorías étnicas, culturales, de género, y "otros motivos otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional" (art. 7.1.h).⁵⁸

Frente a estas discrepancias, se pregunta si el art. 21 permite cierta flexibilidad en la interpretación del Estatuto en consonancia con el derecho internacional consuetudinario. De este modo, plantea adoptar una interpretación amplia del "cuando proceda" y que la CPI emplee, por ejemplo, la definición de persecución que se encuentra en el derecho internacional consuetudinario. Argumenta que esta es la posición más lógica, ya que "es lógico elegir la aplicación del derecho consuetudinario cuando tiene

57. POCAR, F., *Interacción de las fuentes del derecho penal internacional: de la teoría a la práctica*, consultado en [http://www.ehu.es/cursosderechointernacionalvitoria/ponencias/pdf/2009/2009_4.pdf] el 09/03/2016.

58. *Ibid.*, p. 198.

un alcance más amplio, salvo en los casos en que los redactores del Estatuto han dejado claro que la definición más restringida del Estatuto debe aplicarse".⁵⁹

Entiendo que el razonamiento de Pocar es equivocado. Los redactores del Estatuto advirtieron que podían existir divergencias entre el Estatuto y las demás normas del ordenamiento jurídico internacional, dentro de las cuales se encuentran, por supuesto, las consuetudinarias. Por ello, se incluyó el artículo 10 del Estatuto que versa "Nada de lo dispuesto en la presente parte se interpretará en el sentido de que limite o menoscabe de alguna manera las normas existentes o en desarrollo del derecho internacional para fines distintos del presente Estatuto". De ello se desprende que fue intención de los redactores no afectar las normas existentes del derecho internacional.

Al respecto cabe hacer una breve digresión relativa al fenómeno de la fragmentación del orden jurídico internacional. Se ha señalado que el artículo 10 del Estatuto de Roma evidencia y postula un derecho internacional penal fragmentado.⁶⁰ Koskenniemi explicó en su informe sobre "Fragmentación del Derecho Internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional", que la justificación de que la Comisión de Derecho Internacional trate la fragmentación radica en que la aparición de "regímenes autónomos" (*self-contained regimes*)⁶¹ crea problemas de coherencia.⁶² Respecto de la rama del derecho internacional que nos convoca, debemos tener presente que los tribunales penales internacionales crean distintos "espacios legales", ello así toda vez que tienen su propio estatuto, reglas de procedimiento y prueba, y un contexto específico dentro del cual operan.⁶³ De este modo, se concluye que estos diversos sistemas de justicia penal internacional "compartimentalizan" el derecho internacional penal al crear sistemas o regímenes legales separados. Sobre

59. *Ibid.*, p. 199.

60. HEIKKILA, M., ob. cit.

61. Además de la de tipos nuevos y especiales de derecho y de sistemas de tratados limitados geográfica y funcionalmente.

62. CDI, Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional, *Fragmentación del Derecho Internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional*, elaborado por Martti Koskenniemi, adoptado en el 58º período de sesiones, Ginebra, 1º de mayo a 9 de junio y 3 de julio a 11 de agosto de 2006, párr. 15.

63. VAN SLIEDREGT, E., "Pluralism in international criminal law", en *Leiden Journal of International Law*, N° 25, Leiden, 2012, p. 848.

este punto se ha referido que la CPI se caracteriza principalmente por establecer un régimen legal separado, en razón de su diseño institucional pero también por su cultura legal.⁶⁴ En cuanto al diseño institucional, se afirma que favorece el establecimiento de un régimen legal autónomo atento a su tratamiento del derecho aplicable por la CPI toda vez que establece una jerarquía entre las fuentes formales de derecho, siendo el Estatuto, las RPP y los EC las fuentes primarias que la Corte debe aplicar. Relegando, así, a las normas convencionales y consuetudinarias y a los principios generales que derive del derecho interno a un segundo y tercer lugar respectivamente. Respecto de su cultura legal, Simma expresó que la CPI es una comunidad epistémica separada de abogados altamente especializados que, como en un laboratorio, buscan mejorar y desarrollar el derecho internacional penal.⁶⁵ Según Van Sliedregt, esto puede ser considerado como un proceso de emancipación que resulta en la creación de algo muy parecido a un régimen autocontenido.⁶⁶

En suma, podemos decir que tanto por su diseño institucional como por su cultura jurídica la CPI, sobre la base de su Estatuto, ha favorecido a la creación de un régimen autónomo o autocontenido –cuanto menos algo muy similar– que compartimentaliza el derecho internacional penal. Por tanto, ante un eventual conflicto, entendido de forma amplia como una situación en la que dos normas o principios indican maneras diferentes de tratar un problema,⁶⁷ entre el derecho internacional general y el Estatuto de Roma, este último opera como *lex specialis*⁶⁸ debiendo dejarse de lado la aplicación del primero.

En similar sentido, Cassese, al reparar en los artículos 10 y 22.3, advierte que pareciera que el Estatuto de Roma postula la existencia de dos regímenes de derecho internacional penal, uno establecido por este y otro el del derecho internacional penal general. Respecto de la eventual divergencia entre ambos regímenes, afirma sin hesitar que la Corte está obligada a darle prioridad a las normas de derecho internacional penal establecidas en su instrumento constitutivo. Ello así, toda vez que el conforme el art.

64. *Ibid.*, p. 848.

65. SIMMA, B., ob. cit. p. 849.

66. VAN SLIEDREGT, E., ob. cit., p. 848.

67. CDI, ob. cit., párr. 25.

68. Koskeniemi señala que los regímenes autónomos son un caso de *lex specialis*. CDI, Informe del Grupo de Estudio, ob. cit., párr. 124.

21, únicamente en "segundo lugar" y "cuando proceda" la CPI podrá aplicar los tratados aplicables y los principios y normas del derecho internacional.⁶⁹ Podrá criticarse válidamente la circunstancia de que el régimen jurídico establecido por Estatuto, en ciertos temas específicos, constituye una clara regresión respecto del desarrollo del derecho internacional penal existente.⁷⁰ Empero, aun cuando ello fuera cierto, lo que no podrá objetarse es que el sistema jurídico construido por el Estatuto obliga a la CPI a aplicar en primer lugar su denominado *proper law* y solo en subsidio a acudir a las fuentes externas de derecho como son las normas consuetudinarias. Por tanto, el planteo de Pocar de aplicar el derecho consuetudinario aun cuando una cuestión (siguiendo su ejemplo, la persecución) es regulada claramente por el Estatuto, trastoca todo el sistema creado en la Conferencia de Roma soslayando el rol meramente subsidiario que se le otorgó a las fuentes externas de derecho. No resulta extraño, pues, que su postura sea marginal en relación con la hermenéutica pacífica realizada tanto por la doctrina como por la jurisprudencia.

Por último, no debemos olvidar que el art. 21.3 exige que toda interpretación y aplicación de las fuentes enunciadas en dicha normas, debe ser compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, y en particular los derechos de los acusados deben ser estrictamente respetados.⁷¹ Sobre esa base, la interpretación de Pocar no solo es equivocada en razón de la primacía del Estatuto por sobre el Derecho consuetudinario, sino que también en tanto que no respeta los derechos del eventual imputado. Si, como plantea el nombrado, la CPI aplica la tipificación de la persecución que provee derecho consuetudinario –distinta a la estatutaria– claramente estaría violentando los derechos humanos del eventual acusado toda vez que se le estaría aplicando una tipo penal distinto al previsto por el Estatuto, y de este modo estaría siendo sometido a un proceso ante la CPI cuando, en rigor, conforme este último su conducta era atípica.

69. CASSESE, A., *The Statute of the International Criminal Court: Some Preliminary Reflections*, consultado en [<http://www.ejil.org/pdfs/10/1/570.pdf>] el 09/03/2016, pp. 157-158.

70. Cuestión que excede los objetivos del presente ensayo.

71. MCAULIFFE DE GUZMAN, M., ob. cit., p. 711.

V. UNA LECTURA CONJUNTA DE LOS PÁRRAFOS 1 Y 3 DEL ART. 21

Se ha señalado que en el art. 21.3 el Estatuto, a diferencia de los demás párrafos de esta norma, consagró una fuente material de derecho.⁷² Así, la interpretación y aplicación de todas las fuentes internas y las externas de derecho debe ser compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Es decir, prevé un *standard* contra el cual todo el derecho aplicable por la CPI debe ser contrastado.⁷³ Es por esto que se concluyó que este particular párrafo es una de las normas más importantes del Estatuto de Roma.⁷⁴ Tal es así que pareciera que se ha introducido una superioridad intrínseca en razón de su sustancia y por ello Pellet se pregunta si se está ante una "super-legalidad" internacional.⁷⁵ En esta inteligencia, podemos afirmar que, exista o no una laguna, en el Estatuto, las RPP o los EC, la Corte podrá rechazar la aplicación de alguno (o todos) de estos instrumentos si los considera incompatible con los Derechos Humanos internacionalmente reconocidos. Consecuentemente, entiendo que es la única situación posible por medio de la cual aun cuando no exista una laguna en el *proper law* de la CPI, "procederá" la aplicación de alguna de las fuentes externas enumeradas en el art. 21.1.b).

VI. CONCLUSIÓN

Sobre la base de todo lo expuesto en las secciones precedentes podemos arribar a una serie de conclusiones. En primer lugar, que el Estatuto de Roma y sus instrumentos complementarios (RPP y EC), al igual que cualquier compendio de normativo, no puede abarcar con sus regulaciones todas las cuestiones que puedan eventualmente surgir. Si bien muchas veces los regímenes jurídicos, como el establecido en el Estatuto, persiguen abarcar íntegramente el aspecto de realidad del hombre que pretenden regular, difícilmente puedan lograrlo. La práctica judicial o incluso la imaginación y suspicacia de los litigantes pondrán en evidencia esta falencia. Es por ello que debe habilitarse a los magistrados, a fin

72. PELLET, A., ob. cit., p. 1051; BITTI, G. ob. cit., p.288.

73. PELLET, A., ob. cit., p. 1080.

74. MCAULIFFE DE GUZMAN, M., ob. cit., p. 712.

75. PELLET, A., ob. cit., p.1079.

de evitar la indeseable situación de *non liquet*, a acudir a otras fuentes de derecho a fin de poder zanjar la cuestión no tratada. Así, ha quedado claro que los jueces de la CPI solo podrán recurrir a otras normas convencionales y a las normas consuetudinarias cuando exista en el *proper law* de la CPI una laguna. Tal interpretación es coincidente con la novedosa jerarquía de fuentes formales establecida por el artículo 21, que compele a los jueces a aplicar "en primer lugar" el Estatuto, las RPP y los EC. Sin embargo, no todo silencio de estos instrumentos debe ser entendido como una laguna. Su determinación exige una labor hermenéutica, es decir, interpretar si tal silencio ha sido una falla en la previsión de una cuestión determinada o simplemente una decisión en contrario. Solo la primera respuesta habilita la aplicación de las fuentes externas. De ello se desprende, en el marco del sistema de fuentes establecido por el Estatuto de Roma, que la aplicación de otros tratados y del derecho internacional consuetudinario será siempre subsidiaria y excepcional.

Por ello, el planteo de Pocar es errado. Si un asunto es tratado simultáneamente por el Estatuto y por el derecho consuetudinario, inexorablemente los jueces de la CPI deberán aplicar el primero. De lo contrario se trastoca el régimen instaurado por el Estatuto de Roma. Sus redactores han advertido esta doble regulación y han decidido otorgarle primacía al Estatuto por sobre cualquier otra norma de derecho internacional en caso de divergencia. Si bien puede criticarse que el Estatuto es regresivo en muchos aspectos respecto del desarrollo del derecho internacional penal existente, no creo que sea legal ni legítimo que los jueces pretendan subsanarlo modificando pretorianamente el régimen de derecho aplicable establecido. Sin soslayar que uno de los propósitos del Estatuto es que los "crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo", entiendo tal loable objetivo no justifica que se actué en contra de sus propias regulaciones.

Por último, concluyo que una interpretación conjunta y armónica de los párrafos 1 y 3 del art. 21, nos conducen a que la única situación en donde procederá la aplicación de las fuentes externas aun cuando un asunto sea regulado por el estatuto, las RPP y los EC, se dará cuando la CPI entienda que, de conformidad con el art. 21.3, las provisiones de estos instrumentos son contrarias a los derechos humanos internacionalmente reconocidos.

Por todo lo expuesto, podemos concluir que el "cuando proceda" del art. 21.1.b), otorga los jueces un margen de discrecionalidad bastante acotado.

BIBLIOGRAFÍA

A. Doctrina

- BITTI, Gilbert., "Article 21 of the Statute of the International Criminal Court and the treatment of the sources of law in the jurisprudence of the ICC" en STAHN, C. y SLUITER G., *The Emerging Practice of the International Criminal Court*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, pp. 285-304.
- CAROCCIOLLO, Ida, "Applicable Law" en LATTANZI, Flavia y SCHABAS, William A., *Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Ripa Fagnano Alto, Editrice Il Sirente, 1999, Volumen 1, pp. 211-232.
- CASSESE, Antonio, *International Criminal Law*, Nueva York, Oxford University Press, 2003.
- , *The Statute of the International Criminal Court: Some Preliminary Reflections*, consultado en [<http://www.ejil.org/pdfs/10/1/570.pdf>] el 09/03/2016.
- CDI, Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional, *Fragmentación del Derecho Internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional*", elaborado por Martti Koskeniemi, adoptado en el 58º período de sesiones, Ginebra, 1º de mayo a 9 de junio y 3 de julio a 11 de agosto de 2006.
- HEIKKILA, Mikaela, *Commentary on the Rome Statute*, consultado en [<http://www.casematrixnetwork.org/cmnn-knowledge-hub/icc-commentary-clicc/commentary-rome-statute/commentary-rome-statute-part-2-articles-11-21/>] el 09/03/16.
- MCAULIFFE DE GUZMAN, Margaret, "Article 21", en TRIFFTERER, Otto, *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court-Observers Notes, Article by Article*, Munich, C.H Beck-Hart-Nomos, 2008, pp. 701-712.
- NERLICH, Volker, "The Status of ICTY and ICTR precedent in proceedings before the ICC" en STAHN, C. y SLUITER, G., *The Emerging Practice of the International Criminal Court*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, pp. 305- 326.
- PELLET, Alain, "Applicable Law" en CASSESE, A., GAETA, P. y JONES, J.R.W.D., *The Rome Statute of the International Criminal Court: A commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 1050-1084.

- POCAR, Fausto, *Interacción de las fuentes del derecho penal internacional: de la teoría a la práctica*, consultado en [http://www.ehu.es/cursosderechointernacionalvitoria/ponencias/pdf/2009/2009_4.pdf] el 09/03/2016.
- SADAT, Leila N., *The International Criminal Court and The Transformation of International Law: Justice for the New Millennium*, Transnational Publishers, 2002.
- SALAND, Per, "International Criminal Law Principles" en LEE, Roy S., *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute, Issues, Negotiations, Results.*, The Hague, Kluwer Law International, 1999, pp. 189-216.
- SCHABAS, William A., *An Introduction to the International Criminal Court*, Second Edition, Cambridge, Cambridge University Press, 2004.
- , *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, Oxford, Oxford University Press, 2010.
- VAN SLIEDREGT, Elies, "Pluralism in international criminal law", en *Leiden Journal of International Law*, n° 25, Leiden, 2012, pp. 847-855.

B. Jurisprudencia

Corte Penal Internacional:

- ICC, Appeals Chamber, Judgment on the Prosecutor's Application for Extraordinary Review of Pre-Trial Chamber I's 31 March 2006 Decision Denying Leave to Appeal, AC, 13 July 2006.
- , Situation in the Democratic Republic of the Congo in the Case of The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment on the Appeal of Mr. Thomas Lubanga Dyilo against the Decision on the Defence Challenge to the Jurisdiction of the Court pursuant to article 19 (2) (a) of the Statute, 3 October 2006.
- , Pre-Trial Chamber, *Prosecutor v. Al Bashir*, Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, 4 March 2009.
- , Pre-Trial Chamber I, Situation in the Democratic Republic of the Congo in the Case of The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngujolo Chui, Decision on the confirmation of charges.
- , Trial Chamber, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Decision Regarding the practices Used to Prepare and Familiarise Witnesses for Giving Testimony at Trial, 01/04-01/06-1049, 30 November 2007.

- , Pre-Trial Chamber, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the Practice of Witness Familiarization and Witness Proofing, 8 November 2006, II-01/04-01/06-679.
 - , *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Case No. ICC-01/04-01/06, Decision on the Confirmation of Charges, 29 January 2007.
- Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia:
- , Trial Chamber, 14 de enero de 2000, Kupreškić, IT 95-16-T.
 - , Appeals Chamber, 2 de octubre de 1995, Tadić, IT 94-1-AR72.

SISTEMAS DE ARMAS LETALES AUTÓNOMAS: ¿UN RIESGO QUE VALE LA PENA TOMAR?*

MARÍA JULIETA DEL VALLE**

Resumen: Uno de los debates más acalorados que se han dado en los últimos años en el seno de la Comunidad Internacional, tiene que ver con el futuro de los sistemas de armas letales autónomas. La principal preocupación que generan estas armas está dada por la incertidumbre respecto a su capacidad para cumplir de un modo acabado no solo con las normas de Derecho Internacional Humanitario, sino también con principios fundamentales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. A través de los argumentos esgrimidos tanto por los defensores como por los opositores del desarrollo y/o uso de estas armas, me propongo analizar los beneficios y los riesgos que estas conllevan y, en último término, hacer un balance de ellos.

Palabras clave: sistemas de armas letales autónomas – robots asesinos – legalidad – convención sobre ciertas armas convencionales – derecho internacional humanitario – derecho internacional de los derechos humanos – riesgos – ventajas

Abstract: One of the most heated debates that have taken place the last years in the bosom of the International Community is related to the future of lethal autonomous weapon systems. The main concern that these weapons raise is given by the uncertainty regarding its ability to completely observe not only International Humanitarian Law but also basic principles of International Human Rights Law. Through the arguments put forward by the proponents as well as the opponents of the development and/or employment of these weapons, my aim in this paper is to analyze the advantages and the risks that they entail and, finally, to make an assessment of them.

* Este trabajo ha obtenido el Tercer Puesto en el XIII Concurso de Ensayos "Ignacio Winizky" sobre Derecho Penal Internacional y Derecho Internacional Humanitario.

** Estudiante de Abogacía (UBA).

Keywords: lethal autonomous weapon systems – killer robots – legality – convention on certain conventional weapons – international humanitarian law – international human rights law – risks – advantages

I. INTRODUCCIÓN

El rol de los sistemas de armas letales autónomas (*Lethal Autonomous Weapons Systems* o LAWS, por sus siglas en inglés) y la preocupación respecto a su capacidad para respetar tanto las normas de Derecho Internacional Humanitario (DIH) como aquellas relativas al Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), han provocado en los últimos años un acalorado debate en el seno de la comunidad internacional.

Los encuentros informales de expertos sobre LAWS –que tuvieron lugar en Ginebra, en el marco de la Convención de Naciones Unidas de Ciertas Armas Convencionales (CCAC),¹ en mayo de 2014 y abril de 2015– y la reciente decisión de los Estados Parte de la CCAC² de organizar un tercer encuentro en abril de 2016, constituye una prueba no solo de la preocupación que tiene la Comunidad Internacional con respecto a los LAWS, sino que también denota la dificultad que esta tiene para responder a las preguntas que surgen del posible empleo de tales sistemas de armas. Es más, los LAWS están sujetos a tal controversia, que hasta el día de hoy los Estados no han sido capaces de llegar a un acuerdo sobre la necesidad, o no, de introducir una prohibición preventiva de dichas armas. La toma de esa decisión parece ser uno de los problemas más difíciles y urgentes que tiene que enfrentar la Comunidad Internacional. De hecho, a lo largo de los encuentros antes mencionados, diversos Estados sostuvieron que en ese estadio de la discusión era prioritario concentrarse en adquirir una mayor comprensión de los LAWS antes que intentar buscar posibles soluciones.

Es menester destacar que la posición adoptada respecto a la legalidad o ilegalidad del uso de los LAWS depende de la respuesta a dos cuestio-

1. Convención sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Ciertas Armas Convencionales que Puedan Considerarse Excesivamente Nocivas o de Efectos Indiscriminados, 10 de abril de 1981.

2. Durante la Reunión de las Altas Partes Contratantes de la CCAC, que tuvo lugar en noviembre de 2015, en Ginebra, Suiza.

nes: la primera, está dada por la necesidad, o no, de considerar el grado de intervención humana en el proceso de selección y ataque de objetivos. La segunda cuestión tiene que ver con el enfoque dado a este problema, el cual depende en gran medida de la perspectiva elegida para abordarlo, pudiendo ser esta una perspectiva de DIH o, si son incluidos en el análisis de la problemática aspectos filosóficos, éticos o morales, el enfoque probablemente sea desde una perspectiva de DIDH. Como Marco Sassòli acertadamente indica: “Muchas objeciones contra las armas letales se sitúan por fuera del DIH. Algunas son morales”.³

Aunque los LAWS puedan implicar diversos riesgos –relativos a la dificultad de cumplir de manera acabada con algunas normas de DIH y de DIDH– la Organización de Naciones Unidas (ONU) no debería prohibirlos preventivamente. Si eso sucediera, se estaría deteniendo no solo la investigación en robótica –la cual podría responder a las siempre cambiantes necesidades de defensa que desafían el derecho de la guerra– sino también, se estarían impidiendo las ventajas que estas armas podrían ofrecer para la observancia del DIH. No obstante, considerando las dificultades que el uso de los LAWS podría implicar y el hecho de que estamos hablando de “tecnologías emergentes” –armas que aún no existen o que están en proceso de desarrollo y de las cuales, por lo tanto, no se tiene un conocimiento acabado–, deberían introducirse importantes restricciones sobre el uso de estos sistemas.

A lo largo de este ensayo se desarrollarán las dos cuestiones antes mencionadas, teniendo en cuenta los riesgos y ventajas que los LAWS entrañan. Además, se hará referencia a la posición adoptada en torno a dichas cuestiones por distintos Estados y Organizaciones No Gubernamentales (ONG).

II. LA PRIMERA CUESTIÓN: DEFINIR LOS LAWS

Antes de adentrarnos en los riesgos y las ventajas que los LAWS implican, y el tema de la legalidad de su uso, resulta esencial establecer un

3. SASSÒLI, M., “Autonomous Weapons and International Humanitarian Law: Advantages, Open Technical Questions and Legal Issues to be Clarified”, en *International Law Studies*, n° 90, Newport (Rhode Island), Naval War College, 2014, p. 313. (La traducción es propia).

marco conceptual –al menos intentar hacerlo, considerando que el significado de los LAWS es una de las cuestiones debatidas– del cual partir.

¿Qué son los LAWS? Debe resaltarse que aún no existe un consenso entre los Estados que permita convenir una definición internacional de los LAWS, los cuales, como se dijo, constituyen “tecnologías emergentes”. Sin embargo, “[i]dealmente, las armas autónomas seleccionarían y atacarían objetivos sin una intervención humana en curso, en un ambiente abierto, bajo circunstancias desestructuradas y dinámicas”.⁴

Tal como lo han sostenido varios expertos en la materia, no todas las armas autónomas son iguales. En consecuencia, existen diversas clasificaciones de armas autónomas en función de su nivel de autonomía.

II.A. El problema de definir “autónoma”

Las armas autónomas usualmente se clasifican, aunque con diferentes nombres, en tres categorías, dependiendo el grado de intervención humana que haya en sus acciones. Human Rights Watch (HRW) distingue las *Human-in-the-Loop Weapons*, se trata de armas cuyos sistemas requieren un comando humano para seleccionar y atacar objetivos. El Departamento de Defensa de los Estados Unidos de América llama a estas armas “sistemas semiautónomos”. Ahora bien, si es el sistema mismo el que selecciona y ataca a los objetivos, pero lo hace bajo la supervisión de un operador humano, estamos frente a una *Human-on-the-Loop Weapon*. Por su parte, el Departamento de Defensa las llama “sistemas de armas autónomas supervisados por humanos”. Finalmente, si el sistema es capaz de seleccionar y atacar objetivos sin ningún tipo de intervención humana, HRW lo llama *Human-out-of-the-Loop Weapon*” así como “sistemas de armas completamente autónomas”, “armas letales autónomas” o “robots asesinos”. El nombre dado a estos sistemas por el Departamento de Defensa es “sistemas de armas autónomas”.⁵

4. *Ibid.*, p. 309.

5. Human Rights Watch (HRW) y Harvard Law School’s International Human Rights Clinic (IHRC), *Losing Humanity: The Case against Killer Robots*, consultado en [<https://www.hrw.org/report/2012/11/19/losing-humanity/case-against-killer-robots>] el 5/11/2015; Departamento de Defensa de los Estados Unidos de América, Directiva n° 3000.09, *Autonomy in Weapon Systems*, consultado en [<http://www.dtic.mil/whs/directives/correspdf/300009p.pdf>] el 5/11/2015.

Tal como sostiene Michael Schmitt: "Deben distinguirse las armas completamente autónomas de aquellas que son semi autónomas, las cuales son frecuentes en las guerras contemporáneas".⁶ Siguiendo esta línea de pensamiento, en el último encuentro de expertos sobre LAWS, la delegación estadounidense aseveró en su discurso de apertura: "Queremos aclarar que estamos aquí para hablar sobre armas futuras [...] Por ende, no nos estamos refiriendo a aeronaves remotamente piloteadas – las cuales, como su nombre lo da a entender, no son armas autónomas – ni a otro tipo de sistemas de armas existentes".⁷

Por su parte, Marco Sassòli considera que esa clasificación es relativa y no demasiado útil, ya que hoy en día ningún sistema de armas tiene las características de un arma completamente autónoma; por lo tanto, inevitablemente, los seres humanos siempre estarán involucrados en su funcionamiento.⁸ Partiendo de dicha premisa, dicho autor deja de lado la principal preocupación de quienes abogan por una prohibición preventiva de los LAWS. Esa preocupación está dada por el hecho que, debido al rápido progreso en materia de tecnología de armas, las armas autónomas podrían alcanzar una mayor autonomía y, en algunos años, podrían aparecer "armas completamente autónomas".⁹

No obstante, debe señalarse que un sistema completamente autónomo nunca está enteramente "libre" de algún tipo de participación humana,¹⁰ dado que estos necesitan ser programados para respetar parámetros específicos y, para hacerlo, se requiere la intervención de, al menos, un operador o un diseñador de sistemas. Además, si consideramos la posición adoptada por algunos Estados durante los encuentros de expertos, parece haber un amplio consenso respecto al hecho de que la aceptabilidad legal y ética

6. SCHMITT, M. N., *Autonomous Weapon Systems and International Humanitarian Law: A Reply to the Critics*, consultado en [<http://harvardnsj.org/wp-content/uploads/2013/02/Schmitt-Autonomous-Weapon-Systems-and-IHL-Final.pdf>] el 7/11/2015. (la traducción es propia).

7. Misión de los Estados Unidos de América en Ginebra, *U.S. Opening Statement at the CCW Informal Meeting of Experts on Lethal Autonomous Weapons Systems*, consultado en [<https://geneva.usmission.gov/2015/04/15/u-s-opening-statement-at-the-ccw-informal-meeting-of-experts-on-lethal-autonomous-weapons-systems/>] el 15/11/2015. (la traducción es propia).

8. SASSÒLI, M., ob. cit., p. 309.

9. HRW y IHRC, ob. cit.

10. SCHMITT, M. N., ob. cit.

de un sistema de armas demandaría cierto grado de control humano sobre este, aunque la naturaleza exacta de ese control no está clara todavía.¹¹

II.B. ¿Es el término “control humano significativo” (CHS) útil al momento de analizar la naturaleza de los LAWS?

Durante las dos rondas de encuentros informales, mientras se discutía qué eran los LAWS, varios Estados apoyaron la noción CHS, sosteniendo que se trataba de un concepto que podría ayudar a avanzar en la comprensión de la naturaleza de los LAWS.

Sin embargo, nuevamente nos encontramos con el problema que no hay una única definición de CHS. De hecho, en el segundo de encuentro sobre LAWS, Maya Brehm, experta convocada precisamente para referirse al tema del CHS, solamente explicó que el CHS "...describe una interacción entre un ser humano y aquellas tecnologías en armas que tienen la capacidad de funcionar de manera independiente",¹² sin referirse a la cantidad de control humano que la palabra "significativo" denota. Es más, la experta sugirió que primero las discusiones debían enfocarse en determinar qué tipo de control no se considera significativo.

Justamente por ese motivo y otros, varios Estados criticaron el uso de la noción CHS. Incluso, algunos Estados, como Estados Unidos y Francia, propusieron el uso de términos alternativos para analizar la naturaleza de los LAWS.

Estados Unidos objetó que la noción CHS era demasiado estrecha, a tal punto que implicaba una prohibición de los LAWS. En cambio, sostuvo que prefería referirse a la necesidad de un "criterio humano".¹³ Durante el segundo encuentro informal de expertos, Francia precisó que un sistema autónomo es "[u]n sistema que funciona, una vez activado, sin ningún tipo

11. Advanced Copy of The Report of The 2015 Informal Meeting of Experts on Lethal Autonomous Weapons Systems (LAWS), submitted by the Chairperson of the Informal Meeting of Experts, consultado en [<http://www.genf.diplo.de/contentblob/4567632/Daten/5648986/201504berichtexpertentreffenlaws.pdf>] el 1/12/2015.

12. *Idem*.

13. ACHESON, R., *Bombing, burning, and killer robots: report from the 2015 CCW meeting of high contracting parties*, consultado en [<http://www.reachingcriticalwill.org/news/latest-news/10627-bombing-burning-and-killer-robots-report-from-the-2015-ccw-meeting-of-high-contracting-parties>] el 4/12/2015.

de supervisión humana. Por definición, "autonomía" presenta una naturaleza entera ("completamente autónomos"), sin la cual no sería más un sistema "autónomo" sino un sistema provisto de automatismos...".¹⁴ Por esa razón, Francia expresó que la noción CHS no permitía caracterizar adecuadamente a los LAWS, toda vez que dicho concepto era demasiado vago y, consecuentemente, se podía acabar incluyendo en la discusión sistemas que no cumplen con el concepto de autonomía brindado por el país.

Acertadamente, Brehm aclaró que entiende el concepto CHS como un medio para organizar el debate, "...antes que como un medio para definir autonomía".¹⁵ En otros términos, aun si la noción CHS no tuviera éxito en definir "autonomía", al discutir sobre dicha noción u otros términos alternativos, el debate sobre la legalidad de los LAWS se dirige hacia la "autonomía", un concepto que es en sí mismo la fuente de la controversia. Parece lógico entonces que, si los Estados no comparten opiniones sobre la definición de los LAWS, sea casi imposible lograr una regulación internacional de dichos sistemas de armas.

III. SEGUNDA CUESTIÓN: ENFOCAR EL PROBLEMA DESDE UNA PERSPECTIVA DE DIH O DE DIDH

El DIH y el DIDH son complementarios dado que ambos tienen por finalidad proteger la vida, la salud y la dignidad de los seres humanos, aunque de distintas maneras. Comparado con el DIH, que únicamente aplica en situaciones de conflicto armado, el DIDH es aplicable en todo momento, tanto en épocas de paz como de guerra, y regula el uso de la fuerza en situaciones distintas a operaciones militares o combates. En consecuencia, el DIDH es propenso a tener estándares más severos al regular el uso de la fuerza letal, generalmente limitando su uso a casos en los que es neces-

14. Misión Permanente de Francia en la Conferencia de Desarme en Ginebra, Intervention générale de la République Française, Convention sur Certaines Armes Classiques (CCAC). Réunion informelle d'experts sur les systèmes d'armes létaux autonomes (LAWS), consultado en [http://www.delegfrance-cd-geneve.org/IMG/pdf/intervention_generale.pdf?885/c5f1dc5328b3075f18eda96aa0ee5356e7737501] el 4/12/2015. (La traducción es propia)

15. Advanced Copy of The Report of The 2015 Informal Meeting of Experts on Lethal Autonomous Weapons Systems (LAWS), ob. cit. (La traducción es propia).

rio defender la vida y la seguridad humanas.¹⁶ Es más, “[l]os desafíos de desarrollar armas completamente autónomas que cumplan con el derecho internacional y aun así sean útiles, son todavía mayores cuando se los observa a través de las lentes de los derechos humanos”.¹⁷

III.A. Las implicancias de los LAWS para el DIDH

En el año 2010, el entonces Relator Especial de Naciones Unidas sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, Philip Alston, llamó la atención sobre la urgencia de considerar las implicancias legales, éticas y morales del desarrollo y del uso de las tecnologías robóticas, especialmente –aunque no limitado a ello– su utilización para la guerra.¹⁸ Años después, su sucesor reforzó tal advertencia y subrayó el hecho que “...dichas tecnologías se están proliferando rápidamente, con muy poco análisis desde una perspectiva de derechos humanos”.¹⁹ Dado que el DIDH protege al individuo en todo momento, resulta esencial examinar el posible impacto de los LAWS en dicho cuerpo de normas, a fin de asegurar una evaluación exhaustiva de las ventajas y los riesgos que los LAWS puedan acarrear.

En su reporte de 2014 sobre los LAWS, HRW indica que el posible uso de armas más allá del campo de batalla ha sido en gran parte ignorado²⁰ y señala como una de sus principales preocupaciones el potencial uso de los LAWS durante las operaciones de mantenimiento del orden, tales como lucha contra el crimen, el control de las manifestaciones públicas y de los disturbios y otras situaciones en las que sea necesario mantener el *status quo*. Además, argumenta que los LAWS podrían ser desplegados sin con-

16. Human Rights Watch (HRW) y Harvard Law School’s International Human Rights Clinic (IHRC), *Shaking the Foundations: The Human Rights Implications of Killer Robots*, consultado en [https://www.hrw.org/sites/default/files/reports/arms0514_ForUpload_0.pdf] el 20/11/2015.

17. *Idem*.

18. Naciones Unidas, Asamblea General “Interim Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions”, A/65/321 (23 de agosto de 2010), disponible en: undocs.org/A/65/321.

19. Naciones Unidas, Asamblea General, “Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions, Christof Heyns”, A/HRC/20/22 (10 de abril de 2012), disponible en: undocs.org/A/HRC/20/22. (La traducción es propia)

20. HRW y IHRC, *ob. cit.*

siderar si la operación de mantenimiento del orden tiene un fin legítimo o ilegítimo. Asimismo, HRW advierte que los LAWS amenazan con infringir los derechos a la vida y a una reparación para las víctimas, y con socavar el principio de dignidad humana.

En primer lugar, considerando la amenaza que estas armas importan al derecho a la vida, el reporte de HRW *Shaking the Foundations* enfatiza que matar solo es legal si se cumplen tres condiciones acumulativas: debe ser esencial para proteger la vida de individuos, debe ser considerado el último recurso y la fuerza usada debe ser proporcional a la amenaza. El análisis sobre el cumplimiento de estos requisitos implica evaluaciones cualitativas de situaciones particulares. Por lo tanto, teniendo en cuenta la cantidad infinita de posibles situaciones, los LAWS podrían no estar programados para lidiar con cada circunstancia que se presente y, como resultado, podrían llevar a cabo asesinatos arbitrarios si se encontraran con escenarios imprevistos.²¹ No obstante, solo a los fines de ilustrar cuán intenso es el debate, desde una perspectiva de DIH, Marco Sassòli arguye que durante la guerra "...matar en ausencia de una amenaza es legal".²²

En segundo lugar, la potencial contravención de los LAWS al derecho a interponer recursos y a obtener reparaciones, y su íntima conexión con el régimen de responsabilidad, son examinadas en profundidad por HRW a lo largo de su último reporte sobre tales sistemas de armas.²³ Allí se sostiene que "[e]n cuanto a las obligaciones, el derecho internacional humanitario exige una responsabilidad personal para las violaciones graves, también conocidas como crímenes de guerra. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos, además, establece el derecho a interponer recursos...".²⁴ De este modo, las preguntas que surgen del potencial uso de los LAWS, son básicamente: ¿Quién sería criminalmente responsable si alguna de estas armas ocasionara un daño colateral o, aún peor, si matara civiles? Y, ¿A quién demandarían las víctimas y sus familias? Según HRW, estas nuevas armas se encuentran inmersas en un vacío legal. En ese sentido,

21. *Idem*.

22. SASSÒLI, M., ob. cit., p. 314.

23. Human Rights Watch (HRW) y Harvard Law School's International Human Rights Clinic (IHRC), *Mind the Gap. The Lack of Accountability for Killer Robots*, consultado en [<https://www.hrw.org/report/2015/04/09/mind-gap/lack-accountability-killer-robots>] el 18/11/2015.

24. *Idem*.

dicha ONG pone de manifiesto que no sería posible atribuir responsabilidad directa a los comandantes u operadores por las acciones ilegales de los LAWS, excepto en el inusual supuesto en que pudiera ser probado que ellos hayan tenido la intención y la capacidad de cometer actos criminales mediante el mal uso o abuso de estos sistemas de armas.²⁵

Por su parte, Sassòli argumenta que la tecnología poseída por las armas autónomas podría permitir reconstruir con mayor precisión los eventos en vistas a las investigaciones penales.²⁶ Incluso, Sassòli sostiene que si una investigación fuera necesaria para buscar a aquellos sospechados de haber cometido crímenes de guerra, la existencia de un registro electrónico haría que la imputación de dichos crímenes fuera más sencilla. Por supuesto, esto supone que los LAWS puedan ser programados para registrar tal información.²⁷

Sin embargo, HRW considera que aun si en un caso se tuviera éxito en la atribución de responsabilidad, la naturaleza de esa responsabilidad no permitiría impedir daños futuros ni daría a las víctimas acceso a la justicia restaurativa.²⁸

En tercer lugar, desde una perspectiva de DIDH, otra de las principales preocupaciones en torno al uso de LAWS está relacionada con el principio de dignidad humana, el cual ocupa un lugar central en el DIDH e implica que todos los hombres deben ser respetados y valorados sin condición alguna.²⁹ Asimismo, para HRW, los LAWS podrían no comprender la importancia de la vida humana o el significado de su pérdida³⁰ y por consiguiente, "...debe ser un humano, en alguna parte, quien tome la decisión de iniciar el uso de la fuerza letal y, como resultado, internalice (o asuma la responsabilidad por) el costo de cada vida perdida durante las hostilidades..."³¹ Sostener lo contrario implicaría que los conflictos armados fueran deshumanizados, y precisamente para evitar esa situación, las

25. *Idem.*

26. SASSÒLI, M., ob. cit., p. 326.

27. *Idem.*

28. HRW y IHRC, *Mind The Gap...*, ob. cit.

29. HRW y IHRC, *Shaking the Foundations...*, ob. cit.

30. *Idem.*

31. Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, *A call for a moratorium on the development and use of lethal autonomous robots*, consultado en [<http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/ACallforamoratoriumonthedevelopmentrobots.aspx#sthash.rXxys3V.dpuf>] el 20/11/2015.

máquinas (que carecen de moralidad) no deberían poder decidir respecto a la vida o muerte de los humanos.³²

Esta última observación, nos conduce a otra de las principales críticas resaltadas por los oponentes de los LAWS, la cual consiste en que es moralmente incorrecto permitir que máquinas tomen decisiones sobre la vida y la muerte de las personas. En una entrevista reciente con *The Guardian*, Noel Sharkey afirmó: "No deberíamos delegar la decisión de matar a una máquina".³³

Finalmente, otras inquietudes que han sido manifestadas varias veces por los oponentes de los LAWS y que están relacionadas de algún modo con preocupaciones relativas a la observancia del DIDH son: la carencia de emociones de estas máquinas (tales como compasión o empatía) – las cuales, según los oponentes, podrían evitar que se matara gente innecesariamente; el hecho de que los LAWS hagan que sea más fácil entrar en guerra –debido a que los países que posean estas armas no pondrían en riesgo la vida de sus soldados, sino solamente la de los civiles del país al que atacaran—³⁴ y así, provocar una guerra asimétrica.³⁵ Además, subrayan el riesgo de proliferación de estas armas.

Frente a la primera de estas preocupaciones, los partidarios de los LAWS han sostenido que la carencia de emociones es una de las ventajas principales que estas armas ofrecen, tal como será explicado con posterioridad. En lo que atañe a la segunda inquietud, ellos creen que ese riesgo está en parte atenuado por el hecho de que es realmente improbable que uno de los bandos pelee una guerra únicamente con LAWS; también argumentan que ese riesgo debe ser contrarrestado por el *ius ad bellum* y el desarme³⁶ y, respecto a la injusticia que podría significar el uso de estas armas durante la guerra, cabe decir que "[p]or un largo tiempo la guerra no

32. *Idem*.

33. GRANT, H., *UN delay could open door to robot wars, say experts*, consultado en [<https://www.theguardian.com/science/2015/oct/06/autonomous-weapons-un-delay-robot-wars>] el 20/11/2015. (la traducción es propia)

34. ASARO, P., "On banning autonomous weapons systems: human rights, automation, and the dehumanization of lethal decision-making", en *International Review of the Red Cross*, vol. 94 n° 886, Ginebra, Comité Internacional de la Cruz Roja y Cambridge University Press, 2012, p. 692.

35. *Idem*.

36. SASSÓLI, M, ob. cit., p.315.

ha sido justa en este sentido".³⁷ Finalmente, tomando en cuenta el riesgo de proliferación, este representa un desafío tal, que es incluso admitido por los partidarios de los LAWS, ya que dicho riesgo constituye "...la contracara de una de sus principales ventajas",³⁸ la cual consiste en que estas armas podrían ser programadas para asegurar un mayor respeto del DIH. Como lo señala HRW, si los LAWS cayeran en las manos de un líder impiadoso (por ejemplo un autócrata) capaz de programarlos, estas armas podrían ser usadas para, por ejemplo, aumentar o mantener su poder y, contrariamente con lo que podría suceder con lossoldados, los LAWS no serían capaces de llegar a la conclusión de que sus acciones son ilegítimas.³⁹

Asimismo, debe mencionarse que algunos de estos potenciales riesgos –como la carencia de los robots de cualidades humanas o la idea de que solo el ser humano tiene derecho a decidir matar a otro individuo– han sido calificados por Marco Sassòli como "objeciones" o "razones" de principio⁴⁰ contra los sistemas de armas autónomas. Es más, Sassòli ha sostenido que dichas críticas a los LAWS son "...cuestionables desde el punto de vista del DIH, o bien malinterpretan el DIH y la guerra".⁴¹

III.B. Importantes retos para la observancia del DIH

Los desafíos que enfrentan los LAWS para asegurar un total respeto del DIH, son señalados tanto por los oponentes como por los partidarios de estas armas.

Tal como se explicó anteriormente, los LAWS plantean problemas de atribución y de responsabilidad en tanto no están regulados por el DIH. Otra observación en relación con esta cuestión es el riesgo de que los robots se corrompan. Para Robert Sparrow, "[l]a posibilidad de que un sistema autónomo pueda elegir opciones distintas a aquellas previstas y estimuladas por sus programadores, es inherente a su calidad de autónomo".⁴² No obstante, aun cuando los LAWS sean vulnerables a defectos en su fun-

37. SASSÒLI, M., ob. cit., p.316.

38. *Ibid.*

39. HRW y IHRC, *supra* nota 5.

40. SASSÒLI, M., *supra* nota 3, p.313 y 328.

41. *Ibid.*, p. 313. (la traducción es propia).

42. SPARROW, R., "Killer Robots", en *Journal of Applied Philosophy*, vol. 24, no. 1, Oxford, Blackwell Publishing, 2007, p. 70.

cionamiento, eso podría también suceder con otras armas, tal como con un misil que pierde la dirección. El único riesgo auténtico que presentan es la posibilidad de que se proliferen o que sean corrompidos por el bando contrario o por actores no estatales como los *hackers*, tal como se ha mencionado anteriormente.⁴³

Sin embargo, las principales inquietudes en torno a los LAWS se relacionan con las dificultades que estos tendrían para cumplir de modo acabado con ciertos principios del DIH, a saber: el principio de distinción, el principio de necesidad militar y el principio de proporcionalidad.

Para empezar, los LAWS enfrentan dificultades para cumplir con el principio de distinción. Según Noel Sharkey, "[e]xiste un problema relacionado con su capacidad para discriminar entre objetivos civiles y militares, no hay *software* que pueda hacerlo".⁴⁴ Por consiguiente, algunos partidarios de los LAWS sugieren que aquellas armas autónomas letales que no sean capaces de diferenciar significativamente dichos objetivos, deberían ser usadas en ambientes en que no se pusieran en riesgo la vida o la integridad física de civiles.⁴⁵ Además, considerando que la definición de objetivo militar depende de ciertos requisitos que implican el conocimiento del desarrollo de la operación militar en su conjunto, otros partidarios creen que los LAWS necesitarían ser actualizados regularmente y, en tanto la tecnología necesaria no exista, "...los seres humanos deben estar involucrados en el proceso".⁴⁶ Ante dicha postura, podría argumentarse que esa solución no hace frente al problema de un modo apropiado, porque si un individuo estuviera involucrado, aquello ya no sería un arma autónoma –tomando en consideración la definición de *human-out-of-the-loop*. Incluso, este problema es aún mayor cuando se analiza la posibilidad de que los LAWS puedan determinar quién participa directamente en las hostilidades, toda vez que aún es objeto de controversia qué constituye exactamente una participación directa en las hostilidades.⁴⁷ En consecuencia, sería realmente difícil programar las máquinas de modo tal que pudieran hacer esa distinción.

43. SCHMITT, M. N. y THURNHER, J. S., "*Out of the Loop*": *Autonomous Weapon Systems and the Law of Armed Conflict*, consultado en [<http://harvardnsj.org/wp-content/uploads/2013/01/Vol-4-Schmitt-Thurnher.pdf>] el 21/11/2015.

44. GRANT, H., ob. cit.

45. SCHMITT, M. N. & THURNHER, J. S., ob. cit.

46. SASSÖLI, M., ob. cit., p.328.

47. *Idem*.

Luego, cabe mencionar que los LAWS también presentan dificultades al momento de aplicar el principio de necesidad militar. Quienes se oponen a estas armas, arguyen que la necesidad militar requiere de un sujeto que analice la situación dada, ya que al planear las acciones militares, las fuerzas militares están autorizadas a sopesar en cualquier momento las exigencias prácticas de la situación militar con los imperativos de ganar.⁴⁸ No obstante, dichos factores están restringidos por el requisito de "humanidad".⁴⁹ Contrariamente, Michael Schmitt cree que los LAWS "...no serían ilegales *per se* porque está claro que tales sistemas de armas autónomas deberían ser usados en situaciones en las que sean valiosos desde el punto de vista militar –esto es, cuando sean militarmente necesarios".⁵⁰

Por otra parte, los LAWS enfrentan dificultades para traducir el principio de proporcionalidad en un programa de computadora. Conforme al artículo 51(5) (b) del Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949,⁵¹ el examen de proporcionalidad prohíbe los ataques, cuando sea previsible que estos causarán daños a la población civil y/o a los bienes de carácter civil, que excedan la ventaja militar prevista. Una vez más, los oponentes afirman que este principio "...requiere de un criterio humano que un arma completamente autónoma no tendría".⁵² Frente a este inconveniente, Marco Sassòli es consciente de la dificultad que significa programar una máquina que pueda evaluar de manera anticipada la ventaja militar, básicamente porque esta cambia constantemente. Más aún, Sassòli considera que este es "...el argumento de DIH más serio contra la posibilidad aun teórica de desplegar armas que permanezcan totalmente autónomas durante períodos considerables de tiempo".⁵³

Finalmente, al analizar los problemas relacionados con la observancia del DIH por parte de los LAWS, muchas veces aparece como una preocupación la falta de juicio, de criterio, de estas máquinas y, conse-

48. HAMPSON, F., *Military Necessity*, consultado en [<http://www.crimesofwar.org/a-z-guide/military-necessity/>] el 25/11/2015.

49. HRW y IHRC, *Loosing Humanity...*, ob. cit.

50. SCHMITT, M. N., ob. cit.

51. Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I) del 8 de junio de 1977.

52. HRW y IHRC, *supra* nota 16. (la traducción es propia).

53. SASSÒLI, M., *supra* nota 3, p.332. (la traducción es propia).

cuentemente, surge la pregunta si las decisiones relativas a la selección de objetivos militares deben ser subjetivas. En este sentido, quienes se oponen a los LAWS argumentan que estas armas “...no poseerían cualidades humanas, tales como juicio, que son necesarias para conducir las evaluaciones subjetivas que subyacen a muchas de las protecciones del derecho internacional”.⁵⁴ Por el contrario, Marco Sassòli no considera que las decisiones en el campo de batalla –que deben ser tomadas según cada caso particular a fin de respetar los principios antes mencionados– deban ser “subjetivas”, por lo tanto no descartaría la posibilidad de usar LAWS por la única razón de que estos evaluaran las circunstancias de cada caso de un modo objetivo.⁵⁵

III.C. ¿Las ventajas ofrecidas por los LAWS sopesan los riesgos que estas armas entrañan?

Hasta este momento, solo se han considerado los riesgos que los LAWS podrían implicar. Sin embargo, los partidarios de estas armas apoyan su desarrollo y posterior uso precisamente porque entienden que “... un ataque ejecutado por armas autónomas podría representar muchas ventajas [...] en comparación a un ataque directamente ejecutado por seres humanos”.⁵⁶ Durante uno de los encuentros de expertos en Ginebra, el profesor Cummings señaló tres razones fundamentales de interés militar para aumentar la autonomía de las plataformas de armas. Dichas razones están relacionadas con las ventajas que proveen en general los sistemas de armas sin tripulación, siendo la primera, la posibilidad de reducir los costos de funcionamiento y las necesidades de personal. El segundo beneficio, está dado por la posibilidad de aumentar la seguridad al momento de operar estas plataformas (en comparación con los sistemas tripulados). Finalmente, la tercera ventaja expuesta por Cummings consiste en el potencial de las armas autónomas para aumentar la capacidad militar utilizando una única plataforma de armas para llevar a cabo todas las funciones, desde identificar hasta atacar un objetivo.⁵⁷

54. HRW y IHRC, *supra* nota 16. (la traducción es propia).

55. SASSÒLI, M., *supra* nota 3, pp.334 y 335.

56. SASSÒLI, M., *supra* nota 3, p.339. (la traducción es propia).

57. Comité Internacional de la Cruz Roja, *Report of the Expert Meeting: Autonomous Weapon Systems: Technical, Military, Legal and Humanitarian Aspects*, consultado en

La segunda de las ventajas señaladas está vinculada al hecho que los LAWS permiten tomar precauciones adicionales, las cuales no serían viables para un soldado, simplemente porque al usar armas autónomas no se pone en peligro la vida del operador del arma o del piloto. Por ende, el uso de los LAWS permitiría mantener a los soldados alejados de la zona de combate, lo cual resultaría en una menor cantidad de bajas o soldados heridos. En otras palabras, un robot no puede ser asesinado, lastimado ni ser tomado como rehén.

En lo que concierne a su potencial para aumentar la capacidad militar, es importante mencionar que estas máquinas podrían ser enviadas a zonas contaminadas o con minas terrestres, o a territorios ocupados por terroristas o que estén repletos de enemigos. Si soldados fueran enviados a lugares como esos, ello equivaldría a sentenciarlos a muerte.

En este punto, es necesario retomar el tema de la carencia de emociones de los LAWS y el problema de la responsabilidad. Mientras que los oponentes de los LAWS entienden que ambas cuestiones constituyen un riesgo, algunos defensores de estos sistemas de armas las consideran un beneficio. Ellos argumentan que "[u]n robot no puede odiar, no puede temer" y, por lo tanto, no puede ser "inhumano".⁵⁸ Más aún, dado que los LAWS carecen de instinto de supervivencia, pueden retrasar el uso de la fuerza hasta el último momento.⁵⁹ En lo que atañe al problema de la responsabilidad, tal como se mencionó antes, algunos defensores creen que la tecnología de estas armas podría ayudar a esclarecer casos relativos a, por ejemplo, crímenes graves si los LAWS fueran programados para registrar la información necesaria que permita reconstruir los sucesos para las investigaciones penales.⁶⁰

Finalmente, Marco Sassòli sostiene que los LAWS podrían ser programados de tal modo que permitirían asegurar un mayor respeto del DIH que las decisiones de los humanos tomadas sobre la marcha, aunque "...esto presupone que es técnicamente posible crearlas tan precisas como un soldado promedio en términos de distinción, proporcionalidad y precaucio-

[<https://www.icrc.org/en/document/report-icrc-meeting-autonomous-weapon-systems-26-28-march-2014>] el 25/11/2015.

58. SASSÒLI, M., ob. cit., p.310.

59. *Idem.*

60. *Ibid.*, p. 326.

nes. La principal pregunta continúa siendo entonces de orden técnico".⁶¹ Justamente, ese es el motivo por el cual los "[o]ponentes creen que las preocupaciones legales, éticas y científicas que existen en torno a las armas completamente autónomas, pesan más que la especulación acerca de los potenciales beneficios que ofrecen estas tecnologías".⁶²

Puede considerarse que la creencia de los oponentes es parcialmente correcta. De hecho, Marco Sassòli admite que muchos de sus argumentos a favor de la legalidad del uso de los LAWS se apoyan sobre la base de conjeturas técnicas. No obstante, consciente de esa falta, con tino el autor afirma que "[s]i al utilizar armas autónomas no es técnicamente posible respetar ciertas exigencias del DIH [...] El uso de un arma autónoma en esos casos es simplemente ilegal [...] Por el contrario, si los sistemas autónomos son mejores que los seres humanos, [...] [los Estados] deben usarlos".⁶³

IV. POSIBLES SOLUCIONES AL PROBLEMA

IV.A. Prohibición preventiva de los LAWS

Tomando en consideración la posición adoptada por HRW en relación con la primera y segunda cuestión, dicha ONG, así como expertos en la materia tales como Peter Asaro, están a favor de una prohibición internacional de los LAWS, basada no solo en principios humanitarios sino también de derechos humanos, los cuales son morales a la vez que legales.⁶⁴ Es más, ambos oponentes—junto con otros expertos y ONG como Amnistía Internacional o el Comité Internacional para el Control de Armas Robóticas— forman parte de la "Campaña para parar a los Robots Asesinos".⁶⁵

En lo que concierne a la posición tomada por los Estados, solo cinco de ellos han apoyado esta prohibición preventiva: Cuba, Ecuador, Egipto, Pakistán y la Ciudad del Vaticano.⁶⁶ Básicamente, las razones dadas por es-

61. *Ibid.*, p. 311.

62. HRW y IHRC, *Shaking the Foundations...*, ob. cit.

63. SASSÒLI, M., ob. cit., p.320.

64. ASARO, P., ob. cit., p. 687.

65. Ver [<http://www.stopkillerrobots.org/>].

66. MORLEY, J., *CCW: Debate on Autonomous Weapons Resumes*, Arms Control Association, consultado en [<https://www.armscontrol.org/taxonomy/term/40>] el 4/12/2015.

tos Estados fueron que los LAWS están en esencia en conflicto con principios fundamentales del DIH –tales como el principio de proporcionalidad o de distinción– debido a la complejidad de las consideraciones que entraña la selección de objetivos. Para ellos, la prohibición debería ser respecto al desarrollo, la adquisición, el comercio y el despliegue de los LAWS.⁶⁷

Quienes apoyan una prohibición preventiva de estas armas están preocupados porque las prolongadas negociaciones sobre el futuro de los “robots asesinos”, en el marco de la ONU, avanzan demasiado lento como para evitar que las guerras en las que se utilicen estos robots se conviertan en un hecho. Por lo tanto, una alternativa propuesta por algunos Estados consiste en que si en el marco de la CCAC no se alcanzara un acuerdo respecto a la prohibición preventiva de los LAWS, el próximo paso sería que aquellos Estados que deseen prohibirlas, negocien una convención por fuera de la ONU, tal como sucedió con las municiones de racimo. Sin embargo, no debe perderse de vista que esto significaría avanzar sin el acuerdo de algunos de los mayores productores de estas armas.⁶⁸

IV.B. La posición adoptada por otros Estados

Durante la última reunión de expertos, Estados Unidos subrayó la importancia de focalizarse en aumentar la comprensión de los LAWS, antes que tratar de llegar a una decisión. Los representantes de dicho país consideran que es prematuro tomar una decisión en esta instancia. Además, afirmaron que su actual posición no alienta ni prohíbe el desarrollo de los LAWS. Sin embargo, señalaron que creen que un proceso y una metodología sólidos de elaboración de políticas pueden ayudar a mitigar los riesgos al momento de desarrollar nuevos sistemas de armas.⁶⁹

En la misma reunión, el Reino Unido señaló: “Desde nuestra perspectiva, discutir sobre los LAWS equivale a discutir sobre medios y métodos de guerra. Por definición, el derecho internacional humanitario provee el paradigma apropiado para la discusión”.⁷⁰ A partir de esta declaración, po-

67. Advanced Copy of The Report of The 2015 Informal Meeting of Experts on LAWS, ob. cit.

68. GRANT, H., ob. cit.

69. Misión de los Estados Unidos de América en Ginebra, ob. cit.

70. Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, *Statement to the Informal Meeting of Experts on LAWS*, consultado en [[http://www.unog.ch/80256EDD006B8954/\(httpAssets](http://www.unog.ch/80256EDD006B8954/(httpAssets)

dría entenderse que el Reino Unido deja a un lado consideraciones éticas y morales. De hecho, representantes del Ministerio de Relaciones Exteriores de ese Estado, en una entrevista para el diario *The Guardian*, explicaron que en ese momento no consideraban que fuera necesario prohibir el uso de los LAWS, dado que el DIH ya provee una regulación suficiente para esta área.⁷¹

Por otra parte, teniendo en cuenta cuestiones relacionadas con la observancia del DIDH, Irlanda expresó su preocupación respecto al uso potencial de armas autónomas fuera de conflictos armados, por ejemplo durante operaciones de mantenimiento del orden, y sugirió que este tema fuera debatido en el Consejo de Derechos Humanos de la ONU. Siguiendo esta línea de pensamiento, Brasil y México, junto con miembros de la campaña para detener a los robots asesinos, coincidieron en que la discusión sobre los LAWS no debería simplemente restringirse a la CCAC, sino que también tendrían que considerarse las implicancias para el DIDH y la paz y la estabilidad internacionales.⁷²

V. CONCLUSIÓN

Parece claro que los LAWS podrían cambiar el modo en que los humanos hacen la guerra. Sin embargo, estos sistemas de armas están envueltos en incertidumbres, suposiciones técnicas y falta de consenso incluso sobre su naturaleza. Ni los oponentes ni los defensores han logrado revelar la verdad respecto a los LAWS. De hecho, ambas partes en esta disputa brindan justificaciones interesantes así como argumentos débiles fácilmente rebatibles.

Ahora bien, teniendo en cuenta lo sostenido por los expertos y los representantes de Estado antes mencionados, al tomar una posición con respecto al futuro de los LAWS debería considerarse: en primer lugar, que estamos hablando de "tecnologías emergentes", que no han sido empleadas

)/1CBF996AF7AD10E2C1257E260060318A/\$file/2015_LAWS_MX_United+Kingdom.pdf] el 28/11/2015.

71. BOWCOTT, O., *UK opposes international ban on developing 'killer robots'*, consultado en [http://www.theguardian.com/politics/2015/apr/13/uk-opposes-international-ban-on-developing-killer-robots] el 28/11/2015.

72. ACHESON, R., ob. cit.

aún y que, en consecuencia, no existe una comprensión perfecta sobre la manera en que estas actúan ni cómo podrían sortear las dificultades que implican. En efecto, muchas soluciones a estos desafíos están dadas por "suposiciones técnicas". En segundo lugar, la participación de seres humanos en el proceso de seleccionar objetivos y matar no constituye una solución, porque justamente lo que se está debatiendo es el futuro de "armas completamente autónomas". En tercer lugar, dado que los individuos deben ser protegidos en todo momento, y el DIH y el DIDH se complementan para lograr ese objetivo, una comprensión cabal de los LAWS implicaría no solo considerar la conformidad de estas armas con las normas de DIH, sino también la observancia de los principios de DIDH. Finalmente, más allá de los riesgos que los LAWS puedan representar, su desarrollo resulta atractivo para muchos Estados debido a los numerosos beneficios que estas armas podrían ofrecer en términos de estrategia militar y disminución de bajas.

En consecuencia, por un lado, considerando las ventajas antes mencionadas, no tendría sentido privar al mundo de la posibilidad de lograr un mayor respeto del DIH, tal como lo enfatizan los defensores de los LAWS. Por otra parte, conscientes de los graves riesgos que estas armas podrían implicar, se deberían introducir restricciones importantes tanto respecto al desarrollo como al futuro uso de estas armas, al menos hasta que las "suposiciones técnicas" se vuelvan realidad. A modo de ejemplo, en un primer momento, los LAWS podrían ser utilizados en territorios que estén lejos de áreas pobladas, que sean impenetrables para los soldados. Más aún, este tipo de armas debería usarse únicamente en los campos de batalla, y bajo ninguna circunstancia en operaciones de mantenimiento del orden.

BIBLIOGRAFÍA

ACHESON, Ray, *Bombing, burning, and killer robots: report from the 2015 CCW meeting of high contracting parties*, consultado en [<http://www.reachingcriticalwill.org/news/latest-news/10627-bombing-burning-and-killer-robots-report-from-the-2015-ccw-meeting-of-high-contracting-parties>] el 4/12/2015.

Advanced Copy of The Report of The 2015 Informal Meeting of Experts on Lethal Autonomous Weapons Systems (LAWS), submitted by the Chairperson of the Informal Meeting of Experts, consultado en [<http://>

www.genf.diplo.de/contentblob/4567632/Daten/5648986/201504beric.htexpertentreffenlaws.pdf] el 1/12/2015.

ASARO, Peter, "On banning autonomous weapons systems: human rights, automation, and the dehumanization of lethal decision-making", en *International Review of the Red Cross*, vol. 94 n° 886, Ginebra, Comité Internacional de la Cruz Roja y Cambridge University Press, 2012, pp.687-709.

BOWCOTT, Owen, *UK opposes international ban on developing 'killer robots'*, consultado en [<http://www.theguardian.com/politics/2015/apr/13/uk-opposes-international-ban-on-developing-killer-robots>] el 28/11/2015.

Comité Internacional de la Cruz Roja, *Report of the Expert Meeting: Autonomous Weapon Systems: Technical, Military, Legal and Humanitarian Aspects*, consultado en [<https://www.icrc.org/en/document/report-icrc-meeting-autonomous-weapon-systems-26-28-march-2014>] el 25/11/2015.

Convención sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Ciertas Armas Convencionales que Puedan Considerarse Excesivamente Nocivas o de Efectos Indiscriminados, 10 de abril de 1981.

Departamento de Defensa de los Estados Unidos de América, Directiva n° 3000.09, *Autonomy in Weapon Systems*, consultado en [<http://www.dtic.mil/whs/directives/corres/pdf/300009p.pdf>] el 5/11/2015.

GRANT, Harriet, *UN delay could open door to robot wars, say experts*, consultado en [<https://www.theguardian.com/science/2015/oct/06/autonomous-weapons-un-delay-robot-wars>] el 20/11/2015.

HAMPSON, Françoise, *Military Necessity*, consultado en [<http://www.crimmesofwar.org/a-z-guide/military-necessity/>] el 25/11/2015.

Human Rights Watch (HRW) y Harvard Law School's International Human Rights Clinic (IHRC), *Losing Humanity: The Case against Killer Robots*, consultado en [<https://www.hrw.org/report/2012/11/19/losing-humanity/case-against-killer-robots>] el 5/11/2015.

Human Rights Watch (HRW) y Harvard Law School's International Human Rights Clinic (IHRC), *Shaking the Foundations: The Human Rights Implications of Killer Robots*, consultado en [https://www.hrw.org/sites/default/files/reports/arms0514_ForUpload_0.pdf] el 20/11/2015.

Human Rights Watch (HRW) y Harvard Law School's International Human Rights Clinic (IHRC), *Mind the Gap. The Lack of Accountability for*

- Killer Robots*, consultado en [<https://www.hrw.org/report/2015/04/09/mind-gap/lack-accountability-killer-robots>] el 18/11/2015.
- Misión de los Estados Unidos de América en Ginebra, *U.S. Opening Statement at the CCW Informal Meeting of Experts on Lethal Autonomous Weapons Systems*, consultado en [<https://geneva.usmission.gov/2015/04/15/u-s-opening-statement-at-the-ccw-informal-meeting-of-experts-on-lethal-autonomous-weapons-systems/>] el 15/11/2015.
- Misión Permanente de Francia en la Conferencia de Desarme en Ginebra, *Intervention générale de la République Française, Convention sur Certaines Armes Classiques (CCAC). Réunion informelle d'experts sur les systèmes d'armes létaux autonomes (LAWS)*, consultado en [http://www.delegfrance-cd-geneve.org/IMG/pdf/intervention_generale.pdf?885/c5f1dc5328b3075f18eda96aa0ee5356e7737501] el 4/12/2015.
- MORLEY, Jefferson, *CCW: Debate on Autonomous Weapons Resumes*, Arms Control Association, consultado en [<https://www.armscontrol.org/taxonomy/term/40>] el 4/12/2015.
- Naciones Unidas, Asamblea General "Interim Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions", A/65/321 (23 de agosto de 2010), disponible en: undocs.org/A/65/321.
- Naciones Unidas, Asamblea General, "Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions, ChristoffHeyns", A/HRC/20/22 (10 de abril de 2012), disponible en: undocs.org/A/HRC/20/22.
- Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, *A call for a moratorium on the development and use of lethal autonomous robots*, consultado en [<http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/ACallforamoratoriumonthedevelopmentrobots.aspx#sthash.rXxys3V.dpuf>] el 20/11/2015.
- Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I) del 8 de junio de 1977.
- Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, *Statement to the Informal Meeting of Experts on LAWS*, consultado en [[http://www.unog.ch/80256EDD006B8954/\(httpAssets\)/1CBF996AF7AD10E2C1257E260060318A/\\$file/2015_LAWS_MX_United+Kingdom.pdf](http://www.unog.ch/80256EDD006B8954/(httpAssets)/1CBF996AF7AD10E2C1257E260060318A/$file/2015_LAWS_MX_United+Kingdom.pdf)] el 28/11/2015.
- SASSÒLI, Marco, "Autonomous Weapons and International Humanitarian Law: Advantages, Open Technical Questions and Legal Issues to be

Clarified", en *International Law Studies*, n° 90, Newport (Rhode Island), Naval War College, 2014, pp.308-340.

SCHMITT, Michael N. y THURNHER, Jeffrey S., "*Out of the Loop*": *Autonomous Weapon Systems and the Law of Armed Conflict*, consultado en [<http://harvardnsj.org/wp-content/uploads/2013/01/Vol-4-Schmitt-Thurnher.pdf>] el 21/11/2015.

SCHMITT, Michael N., *Autonomous Weapon Systems and International Humanitarian Law: A Reply to the Critics*, consultado en [<http://harvardnsj.org/wp-content/uploads/2013/02/Schmitt-Autonomous-Weapon-Systems-and-IHL-Final.pdf>] el 7/11/2015.

SPARROW, Robert, "Killer Robots", en *Journal of Applied Philosophy*, vol. 24, no. 1, Oxford, Blackwell Publishing, 2007, pp.62-77.



**PONENCIAS DEL VI CONGRESO DE DERECHO PENAL
PARA ESTUDIANTES Y JÓVENES GRADUADOS**



EL DELITO DE CORRUPCIÓN Y SU PRUEBA EN EL PROCESO PENAL*

MARÍA EVA JUÁREZ MARTÍNEZ**

Resumen: La cuestión a plantear: Resulta innegable que como nación nos encontramos atravesando uno de los tantos procesos políticos complejos de nuestra historia, pero este (a diferencia de los anteriores) no solo tiene como protagonistas a los mismos políticos, sino también a los jueces, abogados y periodistas. En un contexto en el cual todos tenemos la posibilidad fáctica de preconstituir prueba de carácter documental, cuya aptitud para probar el hecho de corrupción puede ser determinante, la pregunta que debemos hacernos como abogados es: ¿hay algún vicio en la obtención de esa prueba? ¿Es admisible que se pondere la averiguación de la verdad por sobre el derecho a la intimidad? El presente trabajo es una introducción que invita a reflexionar acerca de la ponderación de intereses que realiza el Estado en cada decisión jurisdiccional y los problemas –graves– que conlleva la falta de legislación en materia probatoria.

Palabras clave: intimidad – privacidad – legislación – intromisión estatal – corrupción – deberes del estado – libertad de expresión – principio de reserva – libertad probatoria – regla de exclusión – igualdad ante la ley

Abstract: The question to be asked: It is undeniable that as a nation we are experiencing one of the many complex political processes in our history, but this one (unlike the previous ones) has not only the politicians but also the judges, lawyers and journalists as protagonist.

* Este trabajo ha sido seleccionado como una de las mejores tres ponencias del VI Congreso de Derecho Penal para estudiantes y jóvenes graduados.

** Abogada (UBA). Escribiente en Defensoría Pública Oficial n° 2 ante TOC. *Agradecimiento especial a la Dra. M. L. Piqué., de quien nunca voy a dejar de aprender y admirar.*

In a context in which we all have the factual possibility of building preliminary documentary evidence, whose ability to prove the fact of corruption can be decisive, the question we must ask ourselves as lawyers is: is there a vice to obtain this proof? Is it permissible to consider the investigation of the truth over the right to privacy? The present work is an introduction that invites to reflect on the prioritization of interests that the State performs in each jurisdictional decision and the –serious– problems that entails the lack of legislation on evidentiary matters.

Keywords: intimacy – privacy – legislation – state interference – corruption – duty of the state – freedom of speech – reserve principle – probationary freedom – exclusion rule – equality before the law

I. INTRODUCCIÓN

La corrupción¹ que, lamentablemente, nos atraviesa en casi todos los ámbitos en el cual se desarrolla la gestión pública, es el delito que, en palabras de la Convención Americana contra la Corrupción, “socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así como contra el desarrollo integral de los pueblos”.² La sociedad en su conjunto, posiblemente gracias a la labor de los medios de comunicación, tiene conciencia del flagelo de este particular delito, de ahí su interés y su reclamo constante ante la postura aparentemente pasiva de quienes operan el derecho. Es así que, ante la respuesta –en muchos casos tardía– del sistema de administración de justicia, son los propios ciudadanos quienes actúan por cuenta propia y se proponen comenzar a dar luz a este conflicto. Parece de más señalar que en los momentos en los que vivimos, y dado el avance tecnológico y el proceso de masificación de medios electrónicos, como los teléfonos celulares inteligentes, cualquiera de nosotros tiene la capacidad de registrar situaciones que pueden configurar delito de corrupción –como cualquier otro delito–, aunque más sea filmar una situación, fotografiar un momento o grabar

1. Se tomará como actos de Corrupción los mencionados en el Art. VI, Convención Interamericana contra la Corrupción.

2. Convención Interamericana contra la Corrupción, Preámbulo.

una conversación entre dos personas en la cual se está llevando a delante este delito que nos ocupa.

El punto que quiero desarrollar está relacionado con lo que sucede —o debería suceder— cuando esos registros realizados por ciudadanos/as particulares ingresan al proceso penal y se pretende que luego sean valorados y tomados como prueba. Por cuestiones de espacio no me adentraré en la discusión sobre la legitimidad del Estado para producir pruebas de soporte audiovisual, sino en su legitimidad para valorar aquellas que fueron producidas por los particulares previamente a que se dé por iniciada la etapa instructora. En otras palabras, la pregunta respecto a la cual quisiera intentar arribar a alguna respuesta es la siguiente: En los casos de delitos de acción pública, ¿puede el Estado valerse de una prueba obtenida por un particular, cuya producción hubiese requerido bajo pena de nulidad —si la producía el propio Estado— orden judicial?

Ahora bien, es cierto que uno se inclinaría a sostener que si esta obtención de prueba se produce en la vía pública, la respuesta no debiera significarnos mayores inconvenientes ya que en esa situación, la expectativa de privacidad es —o debiera ser— mínima. En tal sentido es dable mencionar al respecto la resolución de la Cámara Federal de Casación Penal en el fallo "Heer Luque, J. A. y otros s/ recurso de casación,"³ más allá que el recurso fue rechazado y confirmada la sentencia, ya que la discusión en torno a la validez de los medios de obtención de prueba no deja de ser rica en argumentos. Puntualmente, entre todos los planteos efectuados por la defensa, me detengo en el que pretende que se declare la invalidez de la prueba que aporta el número de teléfono sobre el cual luego se realizan las investigaciones.

En circunstancias en que el Sr. Heer Luque se encontraba sentado en un bar en la terminal de ómnibus de Puerto Madryn, la policía local, con amplias facultades delegadas por el juez de la causa, mediante proveído en el cual se dejan en blanco las circunstancias del hecho que se pretende investigar, las personas sobre las cuales recae esa investigación e inclusive la calificación del delito; logra, mediante el uso del *zoom* la cámara de seguridad del bar, observar un número de teléfono que Heer Luque tenía bajo su dominio.

La defensa argumentó que esa obtención debe ser tachada por inválida en cuanto afecta la protección que tienen los papeles privados, afectando

3. CFCP, Sala II, Causa Nro. 13193, "Heer Luque, J. A. y otros s/ recurso de casación", Reg. 20.195, 5/07/2012.

también el derecho a la intimidad y vulnerando la expectativa de privacidad del imputado. Sostiene además que hubo un abuso en el uso de las cámaras de seguridad del bar, ya que si bien Heer Luque contaba con el riesgo de que sus movimientos puedan ser registrados, no era un riesgo asumido por él que mediante la utilización del *zoom* se pueda obtener información de los papeles que él poseía. Sin embargo, salvo por la disidencia del Dr. Slokar, la Sala II no ve el agravio manifestado por la defensa.

No obstante, es indiscutible que la cuestión se complejiza cuando la grabación, fotografía o filmación se produce en el interior del hogar, oficina, u auto, en fin, en cualquiera de esos lugares en los que la persona filmada, fotografiada o grabada pretende tener una expectativa total de intimidad.

La falta de regulación en materia probatoria, genera soluciones dispares en los distintos tribunales. En regla general, los distintos criterios jurisprudenciales varían según el peso que ellos le asignen a los derechos en juego. En tal sentido, Muñoz Conde⁴ explicó que quienes siguen a Roxin entienden que la admisión de este tipo de prueba dependerá de la gravedad del delito que se esté investigando, equiparando así la situación a un estado de necesidad en el cual se ponderan los intereses, averiguación de la verdad por un lado y derecho a la privacidad por el otro. Sin embargo, esta postura resultaría injusta con todos aquellos delitos que no lleguen a revestir esa "gravedad" a criterio de los jueces dejando fuera de investigación todo un universo de delitos; claro está que para quien se encuentra sufriendo las consecuencias del ilícito sí reviste la gravedad requerida.

Sin embargo, el Dr. Muñoz Conde hace referencia a aquellas situaciones en las cuales quien registra el delito es la propia víctima. Esta situación no se suele dar en los delitos vinculados con la administración pública, ya que en estos delitos la víctima no es una persona en particular sino que afectan a toda la sociedad. Además, y recordando el preámbulo de la ya citada Convención, podemos asegurar que cuando nos referimos al delito de corrupción, todos los hechos revisten la mentada gravedad, desde el cohecho por una suma escasa hasta la estafa millonaria, ya que cada uno de esos actos afecta el funcionamiento del Estado, el desempeño de sus funcionarios y el estado de derecho.

4. MUÑOZ CONDE, F., *Valoración de las grabaciones audiovisuales en el proceso penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, p. 55.

II. DERECHOS Y PRINCIPIOS EN JUEGO

Así, parece existir una tensión entre derechos y principios aparentemente de igual jerarquía. Respecto de la persona que filma, graba o registra por cualquier medio un hecho de corrupción para luego sacarlo a la luz, tenemos por un lado aquellos derechos amparados por nuestra Constitución Nacional, tales como el de hacer todo aquello que no se encuentre expresamente prohibido (art. 19. CN), libertad de expresión y derecho a la información pública. Estos derechos entran en tensión con otros derechos de la persona grabada, filmada, registrada, de la misma jerarquía legal: derecho a la intimidad (art. 18. CN) y la garantía contra la autoincriminación. A su vez, también entra en juego el deber asumido por parte del Estado de perseguir, investigar y sancionar los delitos de corrupción en la anterior Convención mencionada. Y finalmente, es relevante, el principio de legalidad procesal vinculado con el llamado "libertad probatoria" ya que como se mencionó, nada con respecto a la prueba preconstituida por particulares se legisló en los correspondientes códigos. Tenemos únicamente el principio genérico de libertad probatoria que, desde ya, rige únicamente para los particulares ya que ellos están amparados por el principio de reserva del artículo 19 CN según el cual los ciudadanos pueden hacer todo aquello que no les este expresamente prohibido, caso contrario se le aplica al Estado quien solo puede realizar lo que se le encuentre permitido.

En tal sentido se expidió la Corte al señalar: "... es un principio arquitectónico de nuestro ordenamiento constitucional que ningún ente o autoridad públicos puedan arrogarse mayores facultades que las que les hayan sido conferidas expresamente, pues la regla según la cual es inválido privar a alguien de lo que la ley no prohíbe, ha sido consagrada en beneficio de los particulares (art. 19 CN), no de los poderes públicos. Estos, para actuar legítimamente requieren de una norma de habilitación, en tanto que para los primeros basta la inexistencia de una prohibición...".⁵ A su vez, también es relevante el principio de igualdad ante la ley, toda vez que parece ser que la admisión o no de la prueba dependerá del juez que sea sorteado.

5. Fallos: 318:1967, "Peláez".

III. DELIMITANDO LOS DERECHOS

En relación con lo anteriormente desarrollado, debemos decir que hay ciertos derechos y garantías que no resultan relevantes a la hora de preguntarse acerca de la validez de este tipo de pruebas en los delitos de corrupción. Por ejemplo, la llamada libertad probatoria que, en palabras de Roxin: “El esclarecimiento de los hechos punibles no sujeto a límite alguno entrañaría el peligro de destruir muchos valores colectivos e individuales, por ello, la averiguación de la verdad no es un valor absoluto en el derecho penal, antes bien, el propio proceso penal está impregnado por las jerarquías éticas y jurídicas de nuestro Estado...”.⁶ Es por ello, que autores como Bertoni entienden que el llamado principio de libertad probatoria se encuentra vacío de significado, ya que hay libertad probatoria siempre y cuando no se afecten otros valores jurídicamente reconocidos. Este tipo de prueba son documentos por medios no regulados, y quizás sea esta la cuestión que genera la controversia, porque en materia procesal, el Estado solo puede hacer aquello que le está expresamente permitido mientras que el ciudadano cuenta con una mayor libertad de acción para producir prueba siempre y cuando, como ya se dijo, no se afecten otros derechos reconocidos. El punto no es la prueba en sí, lo que importa es la forma de obtención de esa prueba. Ello será lo que torne jurídicamente aceptable o no su posterior valoración. Continuando con aquellos derechos y garantías que no significan inconveniente alguno, podemos mencionar el derecho a la privacidad, puntualmente la inquietud se presenta con la expectativa de privacidad que tenemos las personas.

En tal sentido, cabe recordar al Dr. Nino cuando definió la privacidad y la diferenció de la intimidad.⁷ En aquella oportunidad, explicó que la privacidad es el derecho a no ser molestado cuando se realizan actos voluntarios que de ninguna manera afectan a terceros, mientras que la intimidad es el derecho a que determinadas acciones queden exentas del conocimiento general. Sin embargo, y frente a esto resulta interesante lo señalado por el Dr. Donna en su voto en el fallo “Vázquez” en el cual introduce un argumento a favor de la validez de una grabación telefónica; dice el Juez: “...

6. BERTONI, E., “Cámaras ocultas y grabaciones subrepticias: su validez como prueba en el proceso penal”, en *La Ley*. Cita online: AR/DOC/11937/2001.

7. NINO, C.S., *Fundamentos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992, p. 304.

lo que protege el art. 19 CN, son aquellos actos que, privados por una parte o semipúblicos, de ninguna manera afecten a terceros. La llamada deja de ser algo privado cuando es a los efectos de cometer un hecho típico, esto es amenazar para conseguir dinero".⁸

Siguiendo esta línea, se puede concluir que una vez que el hecho es típico, no hay expectativa de privacidad. Por otro lado, ¿por qué sostenemos como regla la confidencialidad de mi interlocutor cuando confieso un delito? ¿Acaso no sería lógico, en una sociedad de parámetros sanos, sostener exactamente lo contrario? ¿Acaso no hay una expectativa de la sociedad en su conjunto de que cuando un ciudadano toma conocimiento de una actividad delictiva que se está llevando a cabo, que este ciudadano lo informe a la justicia?

Finalmente, cabe mencionar que cuando una persona aporta información acerca de un delito en el cual ella es parte, y esta información se proporciona en una conversación mantenida con otro particular y este otro lo graba, no es correcto sostener que se vulnera la garantía contra la auto-incriminación, toda vez que dicha garantía es oponible contra a los funcionarios públicos. Es decir, una persona únicamente podría auto incriminarse si confiesa su participación en un hecho ilícito frente a autoridad estatal; de otra manera, solo da a conocer a otra persona una actividad realizada; y este acto, esta conversación se da en un marco de libertad y voluntad por quien relata el hecho.

Considero obvio que una de las características de las conversaciones es que en ellas se transmite información; que en la medida de nuestra facilidad para comunicarnos, damos y recibimos información cada vez que entablamos una conversación con alguien. Una vez brindada la información, quien eventualmente resulte imputado en causa penal, asume el posible riesgo de que su interlocutor al menos revele su participación criminal.

Habría que preguntarse entonces si modifica en algo el hecho de que ese interlocutor, en lugar de quebrantar el secreto llevándolo ante las autoridades en forma verbal lo aporte en un soporte en el cual quien relata el hecho delictivo es la misma persona a la que se le atribuye. En otras palabras, ¿la considerable disminución en la expectativa de privacidad que uno asume cuando cuenta un secreto a otro, a sabiendas de que ese otro pueda transmitirlo, abarca la posibilidad de que mi interlocutor me grabe? ¿Qué

8. CNCC, Sala I, Causa n° 42.902, rta. 23/11/93

es aquello que genera controversias jurisprudenciales entre una y otra situación? En definitiva, ¿qué es de más la grabación en comparación a los textuales dichos del interlocutor?

En tal sentido, Bovino explica que “según nuestro derecho, las grabaciones de imágenes y sonidos de las manifestaciones del imputado obtenidas por particulares constituyen prueba de carácter documental”.⁹ Este tipo de prueba, de ser admitida dentro del proceso, será valorada como cualquier otra.

Bovino, en el texto previamente citado, luego de un análisis jurisprudencial en el cual deja en evidencia los diferentes arribos a los cuales se ha llegado en esta materia, realiza una suerte de “máximas” acerca de cuándo no se vulnera la razonable expectativa de privacidad. Parecen lógicas cada una de ellas, sin embargo me detengo en la última que indica que no se vulnera la expectativa de la privacidad cuando quien ingresa al domicilio del imputado dice ser una persona distinta a la que realmente es y bajo esa identidad logra que el dueño de casa dé detalles del delito cometido o a cometerse.

Me pregunto si no habrá un vicio en el consentimiento de quien relata el hecho delictivo, porque de ser así, no parece errada la conclusión a la cual llegó el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados de la Nación en la causa seguida contra el Juez Herrera. En esa oportunidad, se dijo, al valorar la admisión o no de la prueba producida por “Telenoche investiga” en la cual una persona mintió en su identidad y grabó los dichos incriminatorios del Juez, que: “... aunque estos dichos grabados no provengan de un interrogatorio de autoridad estatal, sino de un particular, en razón del modo y la forma en que se llevó a cabo su filmación no pueden ser traídos ante un tribunal para formar parte del plexo probatorio, dado que fueron vertidos en un contexto lesivo a la garantía constitucional que prohíbe declarar contra sí mismo. Es con esta amplitud que debe interpretarse la garantía referida, dado que lo exigido por la Ley Fundamental es la exclusión de cualquier modo de compulsión física, psíquica o moral a una persona con el fin de obtener comunicaciones, expresiones o confesiones que debieran provenir de su libre voluntad. En el caso, no puede sostenerse que el doctor

9. BOVINO, A. y PINTO, F., “La prueba preconstituida por particulares. Su incorporación y valoración en el procedimiento penal”, en PLAZAS, F. y HAZAN, L. (comps.), *Garantías constitucionales en la investigación penal. Un estudio crítico de la jurisprudencia*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006, p. 286.

Herrera vertiera aquellos conceptos con soberana libertad cuando mediaron los engaños y ocultamientos señalados [...]". Cabe remarcar que no se discute en el caso la validez de la filmación por el hecho de ser oculta, sino el ardid en el cambio de la identidad del interlocutor.

IV. CONCLUSIÓN

Para finalizar, es pertinente destacar que esta discusión no quedará definida hasta tanto no se encuentre legislada en nuestro derecho positivo la validez o no que tiene un particular para inmiscuirse en la intimidad de una persona con el fin de preconstituir prueba en materia penal.

Claro que, como es sabido, la tecnología avanza a pasos más veloces que el derecho procesal penal. Sin embargo, es evidente la necesidad de que se regule dentro del Código de rito estas situaciones. La falta de regulación genera doctrinas y jurisprudencia dispares. No resulta llamativo que en el Código Procesal Nacional sancionado en 1991 no se haya contemplado la cuestión, lo que realmente resulta sorprendente es que en el Nuevo Código Procesal Penal Federal se haya omitido regular esta cuestión. Igual falta contienen los Códigos provinciales. Este vacío legal produce inseguridad jurídica y afecta el principio de igualdad, no solo en quienes podrían resultar imputados en causas penales sino también en quienes intentan aportar pruebas y es así como, nuevamente, depende su admisión por el Tribunal en el cual en suerte sea sorteada la causa, cada uno de ellos con las distintas interpretaciones en la materia.

Es de esta manera que no resta más que hacer un forzado análisis del delito que se pretende juzgar. De tratarse de cualquier otro delito me inclinaría sin dudar por la negativa a la incorporación de estos medios de prueba por la falta antes mencionada lo que torna inconstitucional tanto a la prueba como, por consiguiente, su posterior valoración. Sin embargo, por las particularidades del delito de corrupción, en donde nos encontramos con una víctima difusa, una alta complejidad en cuanto a la organización delictiva, y –por sobretodo– recordando los flagelos que este delito provoca, es que se podría llegar a admitir aquella prueba. Esta equivaldría a los dichos del interlocutor, solamente que con un mayor grado de convicción al encontrarse en un soporte que permita escuchar los detalles del delito del propio relato del imputado.



LA VIOLENCIA SEXUAL EN LOS PROCESOS JUDICIALES EN LOS QUE SE INVESTIGAN CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD, GENOCIDIO O CRÍMENES DE GUERRA*

MARIANA KOHAN**

Resumen: En el trabajo se observa el rol que cumple la violencia sexual en los procesos de dominación social (genocidios, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra), para así poder analizar cómo abordar jurídicamente los crímenes sexuales que se cometen en esos contextos. Para ello, se realiza un breve desarrollo de cómo se ha tratado esta temática en el derecho penal internacional y finalmente se analiza el caso de la Argentina.

Palabras clave: lesa humanidad – genocidio – guerra – violencia sexual – derecho internacional – argentina

Abstract: The aim of this work is to observe the role that sexual violence plays in processes of social domination (such as genocide, crimes against humanity and war crimes), in order to analyze how to legally address the sexual crimes that are committed in those contexts. In this interest, first a brief development of how this subject has been dealt with in international criminal law is carried out and finally the case of Argentina is analyzed.

Keywords: crimes against humanity – genocide – war – sexual violence – international law – argentina

* Este trabajo ha sido seleccionado como una de las mejores tres ponencias del VI Congreso de Derecho Penal para estudiantes y jóvenes graduados.

** Abogada recibida en la Universidad de Buenos Aires. Investigadora del Proyecto DeCyT 1404, UBA. Docente de Derechos Humanos y Garantías en la Universidad Nacional de José C. Paz.

I. INTRODUCCIÓN

A lo largo de la historia, la violencia sexual ha jugado un rol característico en los procesos de dominación social de un grupo sobre otro. Sin embargo, no existe actualmente una respuesta homogénea de los operadores de justicia que investigan crímenes de guerra, lesa humanidad o genocidio a cómo debe ser abordada la violencia sexual cometida en esos contextos. Aquí analizaré dos criterios:

- a) Los delitos sexuales cometidos en contextos de guerra, genocidio o crímenes contra la humanidad son considerados torturas, se encuentran incluidos en ese tipo penal y por lo tanto deben ser calificados y juzgados como tales.
- b) Los delitos sexuales cometidos en contextos de guerra, genocidio o crímenes contra la humanidad son respectivamente crímenes de guerra, crímenes de genocidio o crímenes de lesa humanidad en sí mismos, por formar parte del plan ilícito que supone cada uno de esos tipos penales.

Para ello, haré un breve desarrollo de cómo se ha abordado el caso en el Derecho Penal Internacional y en la Argentina y expresaré luego algunas conclusiones.

II. LA VIOLENCIA SEXUAL EN EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

Existen diversos instrumentos jurídicos internacionales de derechos humanos referentes a crímenes de guerra, genocidio y/o lesa humanidad en los que se hace referencia a la violencia sexual, ya sea específicamente o a través de expresiones más genéricas donde la violencia sexual queda también comprendida.

En este sentido, pueden mencionarse, por ejemplo, los artículos 6, 7 inc. g, y xx inc. b-XXI del Estatuto de la Corte Penal Internacional; los artículos 4 y 5 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia; y los artículos 2, 3 y 5 del Estatuto del Tribunal Internacional para Rwanda. A su vez, hay varias sentencias de Tribunales Internacionales referentes a los tipos penales mencionados, en las que se ha dado especial tratamiento a los actos de violencia sexual. El Tribunal Penal Internacional

para Ruanda distinguió cuatro elementos esenciales que hacen a los actos inhumanos constituirse como crímenes de lesa humanidad:

- I- el acto debe ser inhumano en naturaleza y carácter, causar sufrimiento grave o daños graves a la salud física o mental;
- II- el acto debe cometerse como parte de un ataque generalizado o sistemático;
- III- el acto debe cometerse contra miembros de una población civil;
- IV- el acto debe cometerse sobre una o más bases discriminatorias, a saber, bases nacionales, políticas, étnicas, raciales o religiosas.¹

Por otra parte, el Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia ha calificado la violencia sexual como comparable a la tortura y otros tratos crueles inhumanos y degradantes,² cuando ésta ha sido cometida dentro de una práctica sistemática contra la población civil y con una intención de obtener información, castigar, intimidar, humillar o discriminar a la víctima o una tercera persona.³

Cabe mencionar también que el Tribunal Especial para Sierra Leona, además de entender los actos de violencia sexual –particularmente la violación y la esclavitud sexual– como crímenes contra la humanidad,⁴ realizó algunas consideraciones interesantes acerca de las particularidades de estos crímenes. Así, respecto del delito de violación, manifestó que el consentimiento de la víctima debe ser dado como resultado de su libre voluntad, valorada en el contexto de las circunstancias que la rodean, y que, en situa-

1. Tribunal Penal Internacional para Ruanda. Causa *Fiscal Vs. Jean Paul Akayesu*; Sentencia del 2 de septiembre de 1998, párr. 578.

2. Considero de importancia destacar, a los fines de este trabajo, que el mencionado Tribunal no definió a la violencia sexual como tortura, sino como un acto comparable a la tortura, lo que claramente supone una diferenciación entre una y otra, no una subsunción.

3. *Cfr.* ICTY, Sala de Primera Instancia II. *Prosecutor v. Anto Furundžija*. Sentencia del 10 de diciembre de 1998. párrs. 267.i, 295; ICTY, Sala de Primera Instancia II. *Prosecutor v. Delalić et al. (Čelebići)*. Sentencia del 16 de noviembre de 1998. párrs. 941; ICTY, Sala de Apelaciones. *Prosecutor v. Delalić et al. (Čelebići)*. Sentencia del 20 de febrero de 2001. párrs. 488, 501; y ICTY, Sala de Primera Instancia II. *Prosecutor v. Kunarac et al.* Sentencia del 22 de febrero de 2001. párrs. 656, 670 y 816.

4. Tribunal Especial para Sierra Leona. Cámara de Primera Instancia Sala II. *Prosecutor vs. Taylor Charles Gahnkay*. Sentencia del 18 de mayo de 2012. pp. 2475, 2476 y 2477.

ciones de conflicto armado o detención, la coerción es casi universal.⁵ Finalmente, expresó que "Lo que le sucedió a las niñas y mujeres raptadas en Sierra Leona y forzadas a esa asociación conyugal no fue matrimonio en el sentido universalmente entendido de una unión consensuada y sacrosanta, y debe más bien ser, según la visión de la Cámara, considerada una forma conyugal de esclavitud. Observando que todas las formas de matrimonio forzado son violatorias de derechos humanos conforme el derecho internacional, los abusos perpetrados contra mujeres y niñas en ese contexto son claramente criminales por naturaleza y de la gravedad suficiente como para constituir crímenes contra la humanidad".⁶

Resulta claro entonces, que en el derecho penal internacional la violencia sexual puede constituir crímenes de guerra, lesa humanidad o genocidio en sí misma, cuando se dan los elementos necesarios del tipo en su comisión.

III. EL CASO DE LA ARGENTINA

La subsunción de los crímenes sexuales al delito de tormentos ha sido de las más comunes en los juicios por crímenes de lesa humanidad contra los perpetradores de la última dictadura militar de la Argentina que tuvo lugar entre 1976 y 1984. Entre ellos, podemos mencionar por ejemplo el caso

5. Tribunal Especial para Sierra Leona. Cámara de Primera Instancia Sala II. *Prosecutor vs. Taylor Charles Gahnkay*. Sentencia del 18 de Mayo de 2012. Párrafo 416. Texto original: "416. The consent of the victim must be given voluntarily, as a result of the victim's free will, assessed in the context of the surrounding circumstances. This is necessarily a contextual assessment. However, in situations of armed conflict or detention, coercion is almost universal".

6. Tribunal Especial para Sierra Leona. Cámara de Primera Instancia Sala II. *Prosecutor vs. Taylor Charles Gahnkay*. Sentencia del 18 de Mayo de 2012. Párrafo 427. Texto original: "427. What happened to the girls and women abducted in Sierra Leone and forced into this conjugal association was not marriage in the universally understood sense of a consensual and sacrosanct union, and should rather, in the Trial Chamber's view, be considered a conjugal form of enslavement. While noting that all forms of forced marriage violate human rights under international law, the abuses perpetrated on women and girls in this context is clearly criminal in nature, and of sufficient gravity as to constitute a crime against humanity".

Miara,⁷ el caso Barcos⁸ y la sentencia que condenó a Jorge Rafael Videla a cadena perpetua por los crímenes cometidos en el "Pozo de Banfield".⁹

Si bien este criterio se ha aplicado en varios casos en la Argentina, cabe destacar que la Unidad Fiscal de Coordinación y Seguimiento de las Causas por Violaciones a los Derechos Humanos cometidas durante el terrorismo de Estado de la Procuración General de la Nación, en su informe "Consideraciones sobre el juzgamiento de los abusos sexuales cometidos en el marco del terrorismo de Estado"¹⁰ expresó que "El delito de tormentos no expresa de ninguna manera la esencia particular que tiene una agresión de índole sexual y, por ende, nada autoriza a dejar de aplicar las figuras penales que sí lo hacen. Precisamente, el modo de expresar la especificidad de la afectación a la libertad sexual sufrida por la víctima es aplicar efectivamente los tipos penales previstos con ese fin".¹¹ Sin embargo, en los últimos años comenzó a aparecer en algunos tribunales argentinos el criterio sostenido por los tribunales penales internacionales. El 17 de febrero de 2012, la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal dictó sentencia en la causa seguida contra Gregorio Molina,¹² suboficial de la Fuerza Aérea durante la última dictadura militar, por violaciones a los de-

7. Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 2 de la Capital Federal, causas Nos. 1668 "Miara, Samuel y otros s/ inf. arts. 144 bis inc. 1° 6 y último párrafo -ley 14.616-, en función del 142 inc. 1° -ley 20.642- del C.P.; 144 bis, último párrafo en función del art. 142 inc. 5° del C.P., en concurso real con inf. arts. 144 ter, primer párrafo -ley 14.616- del C.P." y 1673 "Tepedino, Carlos Alberto Roque y otros s/inf. arts. 80 inc. 2°, 144 bis inc. 1° y 142 inc. 5° del C.P." Registro de Sentencias N°158

8. "Barcos, Horacio Américo S/ Inf. art.144 bis inc. 1°, 142 inc. 1°, 144 ter. 2do. Párrafo y 55 del C.P.". Expte. n°43/08 de la Secretaría de Cámara del Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Santa Fe. Sentencia n° 08/10 de fecha 19 de abril de 2010, p. 99.

9. Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 6 de la Capital Federal. Sentencia del 17 de septiembre de 2012 sobre las causas n° 1351, 1499, 1584, 1604, 1730 y 177, p. 506.

10. UNIDAD FISCAL DE COORDINACIÓN Y SEGUIMIENTO DE LAS CAUSAS POR VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS COMETIDAS DURANTE EL TERRORISMO DE ESTADO DE LA PROCURACIÓN GENERAL DE LA NACIÓN, *Consideraciones sobre el juzgamiento de los abusos sexuales cometidos en el marco del terrorismo de Estado*, pp. 10-12, consultado en [https://www.mpf.gob.ar/docs/RepositorioW/DocumentosWeb/LinksNoticias/Delitos_sexuales_terrorismo_de_Estado.pdf] el 11/12/2016

11. *Ibid.*, p. 12.

12. Causa N° 12821 del Registro de la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal caratulada "Molina, Gregorio Rafael s/ Recurso de Casación". Sentencia del 17 de febrero de 2012.

rechos humanos en el Centro de Detención Clandestino "La Cueva" de la ciudad de Mar del Plata. Allí, el tribunal consideró que los delitos sexuales perpetrados por Molina hacia las víctimas formaban parte de un contexto represivo dentro del cual estas conductas constituían otra de las formas que adquiriría el ataque generalizado de represión ilegal orquestado por la última dictadura militar. El precedente que ha sentado la Cámara Federal de Casación Penal en el caso "Molina" es de gran importancia, ya que se aparta –por primera vez en la Argentina– de los criterios jurisprudenciales anteriores en los que los tribunales intervinientes en los procesos relacionados con las violaciones de derechos humanos durante la última dictadura militar, consideraban los hechos de violencia sexual como parte de las torturas, y no como crímenes de lesa humanidad en sí mismos.¹³

Luego del caso "Molina", la interpretación de los delitos sexuales cometidos en los centros clandestinos de detención como crímenes de lesa humanidad en sí mismos se replicó en otros dos casos, con algunas diferencias en su alcance: primero en la sentencia condenatoria por los crímenes perpetrados en el CCD "El Vesubio",¹⁴ y luego en la sentencia de la causa N° 2829 seguida contra integrantes de las fuerzas armadas por los delitos de lesa humanidad cometidos en el marco del llamado circuito "Mansión Seré".¹⁵

En los fundamentos de la sentencia de "El Vesubio", los jueces del Tribunal Oral Federal N° 4 consideraron a las violaciones sexuales cometidas en ese Centro Clandestino de Detención como crímenes de lesa hu-

13. En nuevo criterio que ha establecido la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal ya había sido aplicado en diferentes casos en el ámbito jurídico internacional, pero en ninguno en el ámbito nacional de la Argentina, y lamentablemente tampoco fue replicado en otros fallos posteriores, hasta el 18 de septiembre de 2015 en la causa N° 2829 seguida contra integrantes de las fuerzas armadas por los delitos de lesa humanidad cometidos en el marco del llamado circuito Mansión Seré.

14. Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 4. Causa N° 1838, caratulada "Cacivio, Gustavo Adolfo y otros s/inf. art. 144 bis inciso 1° y último párrafo de la ley 14.616 en función del art.142 inc.1° ley 20.642, art. 144 bis último párrafo en función del art.142 inc.5° y art.144 ter, párrafo 1°de la ley 14.616". Sentencia del 18 de diciembre de 2014.

15. Tribunal Oral Federal N° 5 de San Martín, provincia de Buenos Aires. Causa FSM 1861/2011/ TO1 (RI N° 2829) caratulada "Barberis, Marcelo Eduardo y otros s/inf. art. 79, 144 bis inc. 1° y último párrafo (Ley 14.616) en función del 142 inc. 1° y 5° (Ley 20.642) y 144 ter primer párrafo (Ley 14.616) del Código Penal"; Sentencia del 18 de septiembre de 2015.

manidad, esgrimiendo fundamentos similares a los del fallo que condenó a Gregorio Rafael Molina. Pero los magistrados realizaron una distinción entre las violaciones y otras agresiones de índole sexual, subsumiendo estas últimas a la figura de tormentos.¹⁶

En el caso de Mansión Seré, la sentencia fue un poco más allá que el fallo Molina, (allí Gregorio Rafael Molina había sido él mismo el perpetrador de la violencia sexual). En este caso, no solo se consideró a los delitos sexuales como crímenes de lesa humanidad en sí mismos, sino que además se responsabilizó penalmente como coautores a tres de los imputados por de los crímenes sexuales cometidos por sus subalternos en Mansión Seré, sorteando así el obstáculo que podía suponer el concepto de "delito de mano propia".

IV. CONSIDERACIONES FINALES

Un gran dilema de la justicia en los períodos transicionales es que el derecho se ve atrapado entre el pasado y el futuro, entre la retrospectiva y la perspectiva, y que en la transición las instituciones y normas jurídicas ordinarias simplemente no aplican.¹⁷ Incluso se puede pensar que para el sistema jurídico internacional, el hecho de tomar conciencia sobre la magnitud y consecuencias de estos crímenes, y de su repetición a través de la

16. "En cuanto a los sucesos de agresión sexual padecidos por la víctima del presente caso, caracterizados por el Ministerio Público Fiscal y las querellas como constitutivos del delito de abuso deshonesto y por el cual formularon imputación con relación a ciertos procesados, se debe destacar que a criterio de los suscriptos dichos acontecimientos, contrariamente a lo que sucede con las violaciones—extremo que será analizado en la parte pertinente de la presente, no han tenido como finalidad afectar la integridad sexual sino que revisten suficiente contenido de ilicitud como para integrar aquellas vejaciones que habrán de ser considerados como una especie de tormento, al igual que la exposición a la desnudez y restantes padecimientos de tal índole, que caracterizaron la permanencia de los cautivos dentro del CCD objeto de autos". Fundamentos de la sentencia condenatoria del 18 de diciembre de 2014 del Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 4 en la causa N° 1838 de su registro, caratulada "CACIVIO, Gustavo Adolfo y otros s/inf. art. 144 bis inciso 1° y último párrafo de la ley 14.616 en función del art.142 inc.1° ley 20.642, art. 144 bis último párrafo en función del art.142 inc.5° y art.144 ter, párr. 1° de la ley 14.616". Fundamentos publicados por el Tribunal el 26 de marzo de 2015, p. 416.

17. RUTI, T., "Transitional Rule of Law", en *Rethinking the Rule of Law after Communism*, Central European University Press, Budapest, 2005, p. 279.

historia, supuso la necesidad de un cambio de paradigma,¹⁸ de un contexto dentro del derecho internacional público donde exista la posibilidad de juzgar –además de a los Estados– a las personas físicas responsables de dichos crímenes.

En relación con la violencia sexual cometida como parte de un contexto de genocidio, crímenes contra la humanidad o crímenes de guerra, a las dificultades mencionadas se le suman otros impedimentos relacionados con la discriminación de género. La conciencia sobre el derecho de género es también algo relativamente nuevo en términos históricos y su implementación continúa siendo hoy en día problemática, a pesar de todos los estándares reconocidos en los sistemas nacionales e internacionales.

En distintas normas internacionales vigentes relativas a los crímenes de Genocidio, Lesa Humanidad y Crímenes de Guerra, los delitos de índole sexual se encuentran contemplados de forma autónoma dentro del tipo penal correspondiente. Podemos entonces entender que en la tipificación de esos crímenes internacionales, ya se han tenido en cuenta las razones que podrían ser ponderadas para excluir los delitos sexuales de esos tipos penales o de subsumirlos en la figura de torturas, y que esas razones han sido excluidas de forma definitiva, quedando constituidos los delitos sexuales cometidos en esos contextos como crímenes de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra en sí mismos.

Incluso apartándonos de lo que son los crímenes de guerra, genocidio o contra la humanidad, en los supuestos "comunes" se reconoce jurídicamente la diferencia entre los delitos sexuales y otros delitos violentos. Me refiero a que los delitos sexuales tienen autonomía en cuanto a su tipificación en el Código Penal Argentino, son distintos a otros delitos que implican violencia (como por ejemplo las lesiones). La violencia sexual tiene una naturaleza distinta a otras violencias.¹⁹ Subsumirla en la figura

18. El Estatuto de la Corte Penal Internacional, en su preámbulo expresa: "Afirmando que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia".

19. MEINJES, S. y GOLDBLATT, B., en su presentación ante la Comisión de la Verdad y la Reconciliación de Sudáfrica respecto de la problemática de género durante los crímenes del Apartheid explicaron que "[s]i bien mujeres y hombres son torturados por igual, es claro desde los registros de Sudáfrica y las experiencias internacionales paralelas que las diferentes construcciones de género dan forma a su experiencia y tratamiento. Aunque lo estudios

de torturas o tormentos desconoce sus particularidades y opaca sus significancias.

Entre los años 1976 y 1984 la violencia sexual fue utilizada en la Argentina como práctica de creación de terror, como método de violencia sistemática y de quebrantamiento de la voluntad de las víctimas en pos de una dominación estructural por parte de un grupo político (que detentaba la fuerza pública) sobre otros. Fue, al igual que las desapariciones forzadas, torturas, homicidios y apropiaciones de niños, parte del ataque generalizado y sistemático llevado adelante por la dictadura, un ataque donde presumiblemente las "herramientas" de sometimiento fueron elegidas por sus –macabras– probabilidades de eficacia.

sobre violencia política no resaltan la vivencia de género de los hombres en su tortura, estudios sobre prisioneros ordinarios revelan ataques sistemáticos a su masculinidad. Una hipótesis interesante introducida por Inger Agger sugiere que la tortura sexual de los hombres intenta inducir pasividad sexual y abolir el poder político y la potencia, mientras que detrás de la tortura de las mujeres se encuentra la activación de la sexualidad para inducir vergüenza y culpa" (GOLDBLATT, B. y MEINTJES, S., *Gender and the Truth and Reconciliation Commission. A submission to the Truth and Reconciliation Commission*, consultado en [<http://www.justice.gov.za/trc/hrvtrans/submit/gender.htm>] el 11/12/2016).



ESTADO DE NECESIDAD Y DAÑO: SOBRE LA DISTINCIÓN ENTRE JUSTIFICACIÓN Y EXCUSA*

SANTIAGO TRUCCONE BORGOGNO**

Resumen: El estado de necesidad justificante tiene lugar cuando el mal evitado es mayor al producido, en tanto que el estado de necesidad exculpante, cuando esto no ocurre. En este trabajo argumentaré que: (a) aún si el bien jurídico lesionado es de igual jerarquía que el bien jurídico defendido; y (b) aunque el grado de lesión sea, en un sentido, equivalente, es posible que el estado de necesidad que deba aplicarse sea el justificante y no el exculpante. Sostendré que cuando los bienes y los grados de lesión a ellos son equivalentes, la gravedad del mal debe graduarse en función de cuán fuertes sean las razones en contra de provocar tales lesiones a los bienes jurídicos.

Palabras clave: estado de necesidad justificante – estado de necesidad exculpante – daño – bien jurídico – razones

Abstract: Necessity as justification takes place when the evil that has been avoided is greater than the evil that has been caused. Necessity as excuse takes place when this fact does not occur. In this paper, I will argue that: (a) even if the legal good that has been harmed has an equal rank to the legal good that has been defended, and (b) even if the degree of harm would be –in a sense– equal; it is possible that necessity as a justification should be applied rather than as an excuse. I will contend that when the goods and the degree of harm are identical, the seriousness of harm should be measured considering how strong the reasons against causing such harms to the legal good are.

* Este trabajo ha sido seleccionado como una de las mejores tres ponencias del VI Congreso de Derecho Penal para estudiantes y jóvenes graduados.

** Becario Doctoral CONICET; Mg. Derecho Penal (U. Salamanca); Abogado (UNC); Prof. Ayudante de Ética y Prof. Adscripto D. Penal (UNC); Profesor D. Penal I y III (UES21); Investigador Visitante en Universidad de Graz (2015 y 2016); Universidad de Sevilla (2015); Universidad de Salamanca (2013 y 2014). santiagotruccone@gmail.com

Keywords: necessity as justification – necessity as excuse – harm – legal good – reasons

I. INTRODUCCIÓN

El estado de necesidad justificante tiene lugar cuando el mal evitado es mayor al producido, en tanto que el estado de necesidad exculpante cuando esto no ocurre.¹ La gravedad de los males en conflicto es aquello que distingue cuando se esté en presencia de uno u otro supuesto. Para graduar la gravedad de los males se apela a dos criterios: en primer lugar, a la jerarquía de los diferentes bienes jurídicos en juego; y, en segundo lugar, al grado de lesión. Así, es ampliamente sostenido que, como regla general, si el bien jurídico lesionado es de menor jerarquía que el defendido se estará en presencia de un estado de necesidad justificante, mientras que, si son de igual jerarquía, entonces el estado de necesidad será exculpante. Obviamente, esto no es así en todos los casos, ya que, para la distinción entre estado de necesidad justificante y exculpante, entra en juego también el grado de lesión al bien jurídico. Así, si el grado de lesión provocado es menor al grado de lesión evitado, si es de aplicación el estado de necesidad debe serlo a título de justificación. Por tanto, pareciera que, si el bien ofendido es de la misma jerarquía que el defendido, y la cantidad de unidades de daño producidas y evitadas (grado de lesión al bien jurídico) son equivalentes, entonces se sigue que si algún estado de necesidad es aplicable será el exculpante y no el justificante.

En este trabajo argumentaré que esto es falso. Sostendré que aún si el bien jurídico lesionado es de igual jerarquía que el bien jurídico defendido, y aunque el grado de lesión sea equivalente, es posible que el estado de necesidad que deba aplicarse sea el justificante y no el exculpante. Afirmaré esto dado que lo que distingue a un estado de necesidad del otro es la diferente gravedad entre los males en juego y no meramente cuáles son los

1. La regulación legal argentina es la siguiente. En relación con el estado de necesidad justificante prescribe art. 34 inc. 3 (C.P): "No son punibles: el que causare un mal por evitar otro mayor inminente del que ha sido extraño". En tanto que el inc. 2. refiere al exculpante: "No son punibles: el que obrare violentado por (...) amenazas de sufrir un mal grave e inminente".

bienes o grados de lesión producidos. Sostendré que cuando los bienes y los grados de lesión a ellos son equivalentes, la gravedad del mal debe guardarse en función de cuán fuertes sean las razones en contra de provocar tales lesiones a los bienes jurídicos.

Para hacer esto tomaré como punto de partida dos asunciones. De acuerdo con la primera, mientras peor sea el mal en juego, las razones en contra de causarlo son más fuertes. Esta asunción parece plausible dado que, si hay razones en contra de causar una consecuencia mala, estas razones son más fuertes cuanto peor sea esta. De acuerdo con la segunda asunción, afirmar que un bien jurídico ha sido lesionado es aproximadamente equivalente a afirmar que alguien está sufriendo un daño.²

Sobre la base de estas asunciones, en primer lugar, distinguiré a los daños en: absolutos y relativos. Argumentaré, en segundo lugar, que sufrir un daño absoluto es peor que sufrir un daño relativo. Tercero, sostendré que, si alguien sufre un daño que sea a su vez absoluto y relativo y otro sufre solamente un daño absoluto, el daño sufrido por el primero solo es más grave si la línea de base del daño relativo está por arriba de la línea de base del daño absoluto. Finalmente, si mi argumento resulta plausible, podré mostrar por qué aún si los bienes defendidos y lesionados son de igual jerarquía y la cantidad de unidades de daño producidas son iguales, de allí no se sigue que, si el estado de necesidad es aplicable, deba serlo a modo de excusa. Sera justificante si las razones en contra de producir el mal que se evita son más fuertes que las razones en contra de provocar el mal que se produce.

II. ESTADOS DE DAÑO

¿Qué significa exactamente sufrir un daño? Existen varias respuestas a esta pregunta, sin embargo, podemos comenzar afirmando que sufrir un daño significa estar en un estado que se encuentra por debajo

2. Para argumentos en favor de esta asunción véase VON HIRSCH, A., "El concepto de Bien Jurídico y el Principio del Daño", en HEFENDEHEL, R. (ed.), *La Teoría del Bien Jurídico*, Madrid, Marcial Pons, 2007, pp. 37-52; también véase HASSEMER, W., "The Harm Principle and the Protection of "Legal Goods" (*Rechtsgüterschutz*): a German Perspective", en SIMESTER, A., BOIS-PEDAIN, A. y NEUMANN, U. (ed.), *Liberal Criminal Theory: Essays for Andreas von Hirsch*, Hart Publishing, Oxford, 2014, pp. 187-204.

de alguna línea de base.³ Ahora bien ¿cuál es la línea de base relevante para afirmar que se está sufriendo un daño? Veamos el siguiente ejemplo:

II.A. Caso 1: Juan

Juana está embarazada y tiene planeado realizar un viaje de placer a Centroamérica. Debido a la posibilidad de que se contagie con el virus Zika, el médico le ha aconsejado que no realice el viaje. El problema es que, de contagiarse, se producirá que el hijo que porta en su seno –Juan– nazca con microcefalia. Esta condición impide un desarrollo cerebral completo ocasionando cierto retraso en las capacidades intelectuales. Juana hace caso omiso al consejo del médico y viaja a Centroamérica. Efectivamente se contagia con el virus Zika. Como resultado nace Juan con microcefalia y cierto retraso en sus capacidades intelectuales.⁴

¿Está Juan sufriendo un daño? La respuesta parece obviamente afirmativa. El modo mayormente aceptado de explicar por qué Juan está sufriendo un daño o una lesión a un bien jurídico es apelar a la condición contra-fáctica de daño. De acuerdo con tal condición, un sujeto está sufriendo un daño cuando se encuentra en un estado que es peor que otro en el que podría haber estado.⁵ Aquí, si Juana no hubiese viajado a Centroamérica y no se hubiese contagiado de Zika, Juan no hubiese nacido con microcefalia y cierto retraso en sus capacidades intelectuales. Por tanto, dado que Juan se encuentra en un estado en el cual tiene cierto retraso intelectual cuando podría haberse encontrado en un estado en el cual no padecería tal condición, la condición contra-fáctica se satisface y es posible afirmar que está sufriendo un daño. El bien jurídico integridad intelectual ha sido lesionado. De acuerdo con esta posición, la línea de base relevante para afirmar que

3. No interesan aquí consideraciones sobre el dolor, la angustia o experiencias conscientes.

4. El pasado año ha habido varios casos donde se relaciona la microcefalia con el hecho de que la madre haya contraído Zika durante el embarazo, consultado en: [http://www.bbc.com/mundo/noticias/2016/04/160414_zika_microcefalia_confirmacion_cdc_aw].

5. Véase FEINBERG, J., *Harm to Others: The Moral Limits of Criminal Law*, Vol. I, Nueva York, Oxford University press, 1984, p. 31; HANSER, M., "The Metaphysics of Harm", en *Philosophy and Phenomenological Research*, Vo. LXXVII No. 2, 2008, pp. 421-450, en particular p. 422; THOMSON, J., "More on the Metaphysics of Harm" en *Philosophy and Phenomenical Research*, Vol. LXXXII, N°. 2, 2011, p. 446.

se está sufriendo un daño está dada por el estado en el que el sujeto podría haber estado. Veamos el siguiente ejemplo:

II.B. Caso 2: María

Marta acaba de regresar de Centroamérica. Ella acude al médico para comentarle que pretende concebir un niño. El médico le informa que se ha contagiado del virus Zika y que si concibe ahora su hijo nacerá con microcefalia. El médico le aconseja que espere un mes antes de concebir. De ese modo se asegurará que el virus haya desaparecido y su hijo no nazca con esa condición. Marta hace caso omiso al consejo del médico y concibe su hijo antes de esperar que transcurra un mes. Como resultado, nace María con microcefalia y cierto retraso en sus capacidades intelectuales.

¿Está María sufriendo un daño? Dado que María, al nacer con cierto retraso en sus capacidades intelectuales está en el mismo estado que Juan, parece que está sufriendo el mismo daño que él. Parece que, en este caso, al igual que en el anterior, el bien jurídico integridad intelectual ha sido lesionado. Sin embargo, no podemos sostener esto si apelamos a la condición contra-fáctica de daño. De acuerdo con esta, una persona sufre un daño cuando está en un estado que es peor que otro en el que podría haber estado. María no está en ningún estado o condición que sea peor que otro en el que podría haber estado. Si Marta hubiese esperado un mes para concebir, María no estaría en un mejor estado; en ese caso, nunca hubiese existido. Esto es así porque independientemente de cuál sea la teoría de la identidad personal que se apoye, es verdadero que cada persona surge de un espermatozoide y de un óvulo particular. Si una persona no hubiese sido concebida en el espacio de un mes alrededor del momento en que fue concebida, *de hecho*, nunca hubiese existido.⁶ Por tanto, si María no hubiese sido concebida en el espacio de un mes en relación con el momento en que de hecho fue concebida, de hecho, nunca hubiese existido. Como esto es así, entonces, es falso que María –al nacer con cierto retraso en sus capacidades intelectuales– esté en un estado que es peor que otro en el que podría haber estado. Si su madre hubiese esperado, el resultado no hubiese

6. Para una discusión más extensa sobre las teorías sobre el origen de la identidad personal véase PARFIT, D., *Reason and Persons*, Oxford, Clarendon Press, 1987, pp. 351-355 y BOONIN, D., *The Non-Identity Problem and the Ethic of Future People*, Oxford, Oxford University Press, 2014, pp. 29-51.

sido que María esté en un mejor estado, sino solo que no exista. Podría haber existido en su lugar otra persona que hubiese sido el hijo de Marta, pero este niño no hubiese sido María. Si la línea de base relevante para afirmar que alguien está sufriendo un daño está dada por el estado en que se podría haber estado, tenemos que afirmar que María no está sufriendo ninguna clase de daño.

El inconveniente al que nos enfrentamos se encuentra atravesado por lo que se conoce en la literatura como *problema de la no-identidad*. Este problema surge porque en determinados casos parece que la identidad de los afectados por ciertas acciones es irrelevante a la hora de calificar moralmente nuestras acciones como correctas o incorrectas.⁷⁻⁸ El asunto radica en el hecho de que de acuerdo con cuál sea la acción que se realice, la identidad de la persona resultante será diferente. Como esto es así, entonces, dichas acciones no pueden empeorar el estado en el que estarán los sujetos que existirán como consecuencia de ellas. El problema atraviesa nuestro ejemplo ya que creemos que la acción de Marta es incorrecta porque ha ocasionado que María sufra un daño. Sin embargo, como es verdadero que María no podría haber estado en un estado mejor que aquel en el que está al nacer, parece que no podemos afirmar que ella esté sufriendo un daño y, por tanto, que la acción de Marta sea incorrecta.

¿Significa esto que María no está sufriendo un daño? Luego de analizar nuevamente el caso, y por más que María no esté en un estado que sea peor que otro en el que podría haber estado, parece que ella está sufriendo un daño. Parece que el bien jurídico integridad intelectual ha sido dañado. ¿Cómo explicar esto? Un modo de hacerlo es apelar a la noción de *umbral* de daño. De acuerdo con esta, una persona está sufriendo un daño si se encuentra en un estado que está por debajo de un umbral de bienestar normativamente definido.⁹ Al aplicar esta noción de daño, "*comparamos*

7. Véase PARFIT, D., *Reason and Persons*, Oxford, Clarendon Press, 1987, Cap. 16.

8. El problema fue descubierto casi simultáneamente por PARFIT, D., "On Doing the Best for Our Children", en BAYLES, M. (ed.), *Ethics and population*, Cambridge: Shenkman, 1976, pp. 100-115; ADAMS, R., "Existence, Self Interest, and the problem of evil", *Noûs*, Vol. 3 N° 1, 1979, pp 53-65 y SCHWARTZ, T., "Obligations to posterity" en SIKORA, R. y BARRY, B., *Obligations to future generations*, Filadelfia: Temple University Press, 1978, pp. 3-13.

9. MEYER, L., "Past and Future: The Case for a Threshold Notion of Harm", en MEYER, L., PAULSON, S y POGGE, T., *Rights, Culture, and the Law: Themes from the Legal and Political Philosophy of Joseph Raz*, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 147 y MEYER, L., "Intergenerational Justice", en *The Stanford Encyclopaedia of Philosophy* (Fall 2015 Edi-

los valores de 'tener una vida lo suficientemente buena' y 'tener una vida que cae debajo del umbral'.¹⁰ Como María, al nacer con cierto retraso en sus capacidades intelectuales se encuentra en un estado por debajo del umbral relevante de bienestar, ella está sufriendo un daño. De acuerdo con esta posición, la línea de base en relación con la cual debemos comparar el estado en el que está una persona para afirmar que está sufriendo un daño está dada por un umbral normativamente definido.

La tesis del *umbral* de daño permite explicar tanto por qué Juan está sufriendo un daño en el primer caso, como por qué María lo sufre en el segundo. Ambos sujetos al nacer con microcefalia y retraso intelectual están en el mismo estado por debajo del umbral relevante de daño. Sin embargo, esta tesis no se encuentra exenta de problemas. Analicemos el siguiente caso:

II.C. Caso 3: Pedro

Petra se somete a un proceso de diagnóstico prenatal mediante el cual trata de controlar el estado de salud de la criatura que porta en su seno. El médico le informa que los estudios han mostrado que su hijo es genéticamente perfecto y, por tanto, si el embarazo continúa en sus carriles normales, tendrá no solo casi ningún riesgo de padecer cáncer, problemas cardíacos, o Alzheimer, sino también una inteligencia superior.

Petra tiene planeado realizar un viaje de placer al sur de la Argentina. El médico le aconseja que no realice tal viaje dado que el feto se encuentra en una etapa importante de su desarrollo. Si ella no realiza reposo por unas semanas, la consecuencia sería que el hijo que porta en su seno, Pedro, pierda cierto grado de inteligencia superior.

Petra hace caso omiso al consejo del médico y viaja al sur de la Argentina. Efectivamente el estrés del vuelo ocasiona que Pedro nazca con una inteligencia mayor al promedio, pero menor a la inteligencia superior que podría haber tenido.¹¹

tion), Edward N. Zalta (ed.), [<http://plato.stanford.edu/archives/win2014/entries/justice-intergenerational/>], pp.1-101 en particular, p. 21.

10. MEYER, L., *Intergenerational Justice*, consultado en [<http://plato.stanford.edu/archives/win2014/entries/justice-intergenerational/>] el 11/12/2016, p. 25.

11. Aunque este no es más que un ejemplo hipotético, no está muy alejado de la realidad. El 18 de mayo de 2013 nació el primer bebe genéticamente perfecto. Después de un tratamien-

¿Está Pedro sufriendo un daño? No podemos afirmar que Pedro está sufriendo un daño si apelamos a la noción de umbral de daño. Nacer con inteligencia mayor al promedio no puede estar debajo de ningún umbral de daño definido de modo plausible. Sin embargo, parece que él está sufriendo un daño. Si no fuera por lo que ha hecho su madre, él habría nacido en una mejor condición. Para explicar por qué Pedro está sufriendo un daño, parece que debe ser abandonada la noción de umbral de daño y, en su lugar, debe apelarse –nuevamente– a la noción contra-fáctica de daño. Después de todo, Pedro está en un estado que es peor que otro en el que podría haber estado. Pero si esto es así, aunque podamos explicar en este caso por qué Pedro está sufriendo un daño y por qué lo está Juan en el Caso I, no podremos explicar por qué María sufre un daño en el Caso II. Como hemos visto, ella no está en ningún estado que sea peor que otro en el que podría haber estado.

Parece que ninguna de las dos posiciones puede explicar por qué en los tres casos la persona afectada está sufriendo un daño. ¿Hay alguna salida? Creo que sí. Lukas Meyer ha propuesto interpretar como condición necesaria de dañar a la disyunción entre las acciones que causan que alguien esté por debajo del umbral y a las acciones que causan que alguien se encuentre en un estado peor que otro en el que podría haber estado. De acuerdo con su tesis disyuntiva: "(disyuntiva): una acción (o inacción) en el momento t_1 daña a alguien solo si o [a] el agente causa (permite) de ese modo que esta persona esté en un estado por debajo del umbral y, si el agente no puede evitar causar daño en este sentido, no minimiza el daño; o [b] el agente causa que esta persona esté en una peor condición en algún momento posterior t_2 de aquella en la que esa persona habría estado en t_2 si el agente no hubiese interactuado con esta persona en absoluto".¹²

to común en la clínica Main Line Fertility de Pennsylvania de Estados Unidos, una pareja obtuvo 13 embriones. Los doctores los cultivaron durante 5 días, tomaron células de cada uno y las enviaron a Oxford para que leyeran la información genética. Se realizaron pruebas de secuenciación completa de los genes de todos los embriones y eligieron al de cromosomas correctos. Los médicos implantaron uno de los embriones saludables en Marybeth y congelaron el resto. Nueve meses después nació Connor, el primer bebé genéticamente perfecto, consultado en: [<http://www.bbc.com/news/health-23205638>]; [http://www.clarin.com/ciencia/Nacio-primer-genes-perfectos-polemica_0_962303767.html].

12. MEYER, L., "Intergenerational Justice", *The Stanford Encyclopaedia of Philosophy* (Fall 2015 Edition), Edward N. Zalta (ed.), [<http://plato.stanford.edu/archives/win2014/entries/justice-intergenerational/>], pp.1-101, p. 31. La traducción es propia.

Como se observa, esta tesis se refiere más a las acciones dañosas que a los estados de daño o de lesión a bienes jurídicos. Una lectura plausible de los estados de daño compatible con esta tesis disyuntiva de sobre las acciones dañosas podría ser la siguiente:

Tesis combinada: una persona sufre un daño a un bien jurídico solo si: (a) esta persona está en un estado por debajo de un umbral normativamente definido; o (b) esta persona está en un estado que es peor que otro en el que esa persona podría haber estado.

Esta posición permite explicar por qué Juan, María y Pedro están sufriendo un daño. En cada uno de los casos, el estado en el que está cada afectado satisface al menos una condición de la tesis combinada. Pedro, en el Caso III, está en un estado que satisface la condición (b). Al nacer con inteligencia mayor al promedio cuando podría haber nacido con inteligencia superior, se encuentra en un estado que es peor que otro en el que podría haber estado. Se llamará *relativo* a esta clase de daño dado que descansa en una confrontación entre dos estados posibles: el estado actual con el estado en el que el sujeto podría haber estado. María, en el Caso II, aunque nace con cierto retraso en sus capacidades intelectuales, está en un estado que no satisface la condición (b); si su madre hubiese esperado para concebir, ella no podría encontrarse en ningún estado mejor, sino sencillamente no existiría. Sin embargo, el estado en el que se encuentra satisface la condición (a) de daño. Ella se encuentra en un estado que se ubica por debajo del *umbral* de daño normativamente definido. Podemos llamar a esta clase de daños *absolutos* dado que el estatus de daño no se vincula con la relación entre ese estado y otro posible, sino con uno en que el sujeto debería haber estado. Juan, en el Caso I, al nacer con cierto retraso en sus capacidades intelectuales satisface la condición (a) de daño. Él se encuentra debajo de cualquier umbral de daño normativamente definido de modo plausible. Sin embargo, dado que de no ser por la enfermedad que le contagió su madre, estaría en una mejor condición, el estado en el que se encuentra también satisface la condición (b) de daño: él se encuentra en un estado que es peor que otro en el que podría haber estado.

Ahora bien, que la tesis combinada sea capaz de explicar por qué Juan, María y Pedro están sufriendo un daño, ¿significa que los daños por ellos sufridos son de igual gravedad? O, ¿sufrir un daño por estar en un estado que satisface una de las condiciones es peor que sufrir uno por estar en otro que satisface la otra? O, si un estado de daño satisface las dos condiciones, ¿significa eso que el daño sufrido es peor que si el estado de daño

solo satisface una condición? Asumiendo que el hecho de que, que alguien sufra un daño es una razón para evitar causarlo; y el hecho de que cuanto más grave sea el daño, más fuertes son las razones en contra de provocarlo, en lo que sigue, se intentará responder a aquellas preguntas de manera tal que sea posible obtener una guía clara en relación con la fuerza razones en contra de dañar. Esto es importante para poder distinguir cuándo debe aplicarse el estado de necesidad a modo de justificación y cuándo a modo de excusa.

III. DAÑOS ABSOLUTOS O DAÑOS RELATIVOS

¿Qué tipo de daño es más grave? Para responder a esta pregunta, primero, debe realizarse una distinción. Un daño o una lesión al bien jurídico puede ser o cuantitativamente o cualitativamente más grave que otra. Imaginemos que dos hermanos, X e Y, salieron a correr por el parque. De repente cae una columna de iluminación sobre ellos. Como consecuencia X pierde la movilidad de una de sus piernas e Y pierde la movilidad de las dos. Dado que ambos están en un estado que es peor que otro en el que podrían haber estado, el daño o lesión al bien jurídico sufrido por ellos es cualitativamente idéntica: ambos están sufriendo un daño relativo. Sin embargo, dado Y pierde la movilidad de ambas piernas cuando X solo de una, el daño que sufre Y es cuantitativamente peor.

En este apartado me interesa discutir la diferente gravedad *cualitativa* de los estados de daño. Para ello intentaré discutir casos donde los daños sean cuantitativamente idénticos. Así, llamaré unidades de daño a cada uno de los efectos adversos que las acciones tengan sobre el estado en el que pueda encontrarse una persona. La idea es que, donde las unidades de daño sean idénticas, la gravedad cuantitativa del daño también lo será. La noción unidad de daño es aplicable tanto a los estados de daño absolutos como a los estados de daño relativos. Cada unidad de daño debe ser medida en relación con una línea de base definida. En el caso de los estados de daño absolutos, esa línea de base estará dada por el umbral de daño; en tanto que, para los estados de daño relativos, la línea de base estará fijada por el estado en que la persona podría haber estado. Por ejemplo, en relación con los estados de daño absolutos, si el umbral de daño aceptable está en –digamos– 10 puntos, si una persona está en un estado con 9 unidades, estará sufriendo 1 unidad de daño absoluto. Si esta persona está en un estado con

2 unidades, estará sufriendo 8 unidades de daño absoluto. En relación con los estados de daño relativos, si una persona, podría haber estado en un estado de –digamos– 20 unidades y está en uno de 15 unidades, esa persona estará sufriendo 5 unidades de daño relativo.

En lo que sigue argumentaré que, a igual cantidad de unidades de daño, sufrir un daño absoluto es peor que sufrir un daño relativo. Un modo de pensar al asunto podría comenzar del siguiente modo: si podemos evitar el daño sufrido por solo una de las personas es razonable pensar que evitaríamos el más grave. Sin embargo, imaginemos que ya han pasado un par de años desde el nacimiento de Juan (Caso I), María (Caso II), y Pedro (Caso III). Como hemos visto, los tres están sufriendo distintas clases de daño. Dado que ya han nacido no hemos podido evitar ninguno. Lo más que podemos hacer es tomar medidas para mitigar o compensar el daño sufrido. De nuevo, parece que, si solo podemos tomar medidas en favor de uno, deberíamos hacerlo en favor de la persona que sufre el daño de mayor gravedad. ¿Qué daño es peor? ¿Qué daño debe ser mitigado o compensado?

Dejemos, por ahora, fuera del análisis al Caso I donde Juan está en un estado que satisface tanto la condición (a) de daño –i.e. sufre un daño absoluto– como la condición (b) de daño –i.e. sufre un daño relativo. Volvamos, en cambio, a los Casos II y III, donde cada uno de los afectados está en un estado que solo satisface una condición de daño. María, en el Caso II, al nacer con cierto retraso en sus capacidades intelectuales, sufre un daño absoluto. Ella se encuentra en un estado que satisface la condición (a) de daño, dado que el estado en el que se encuentra esta debajo de cualquier umbral de daño normativamente definido de modo plausible. Sin embargo, dado que no podría encontrarse en una mejor condición, el estado en el que está no satisface la condición (b) de daño. En cambio, Pedro se encuentra en un estado que satisface la condición (b) de daño, pero no la (a). Satisface la condición (b) de daño porque al nacer con inteligencia mayor al promedio cuando podría haber tenido una inteligencia superior, se encuentra en un estado que es peor que otro en el que podría haber estado. Sin embargo, dado que no puede considerarse que tener inteligencia mayor al promedio se encuentra por debajo de ninguna clase de umbral de daño, Pedro no se encuentra en un estado que satisfaga la condición (a) de daño, i.e. él no está sufriendo un daño absoluto. Entre los daños sufridos por ambos, por tanto, hay una diferencia *cualitativa*: mientras María sufre un daño absoluto, Pedro uno relativo. ¿Qué clase de daño es más grave? Y, por tanto, ¿qué daño deberíamos mitigar o compensar?

Para responder estas preguntas deben añadirse algunos detalles:

- Primero, se considera tener una inteligencia *promedio* o *normal* a la posesión de entre 90 y 109 puntos de cociente intelectual (CI).¹³ Por lo tanto, es razonable fijar en 90 puntos de C.I. el umbral de daño referido a las capacidades intelectuales. Así, cualquiera que esté en un estado por debajo de esa marca estará sufriendo un daño absoluto.
- Segundo, imaginemos que el médico que trata a la madre de María (Caso II) le informa que, si no espera a que hayan desaparecido los síntomas de Zika antes de concebir, su hijo no podrá tener un CI superior a 50 puntos. Efectivamente, nace María quien tendrá un CI de 50.
- Tercero, el médico que trata a la madre de Pedro (Caso III) le informa que Pedro podrá tener un CI de 170 puntos, lo que implica tener capacidades intelectuales mayores a las de un "genio".¹⁴ Sin embargo, dado que Petra ha viajado, Pedro tendrá un CI de 130 puntos, capacidad intelectual que corresponde a una "superdotación intelectual".

Como estos tres hechos son verdaderos, tanto Pedro como María sufren un daño de 40 unidades. Ambos están a esa distancia de la línea de base en relación con la cual cada unidad de daño debe ser comparada. Por lo tanto, los daños sufridos por ambos son cuantitativamente idénticos. Sin embargo, son cualitativamente diferentes: María sufre un daño absoluto por estar debajo del estado en el que debería haber estado, mientras Pedro sufre un daño relativo por estar en un estado que se encuentra por debajo de otro en el que podría haber estado.

Ahora que conocemos estos hechos es más fácil decidir que daño decidiríamos mitigar o compensar. Imaginemos que la medida para mitigar o compensar los daños consiste en otorgarle ciertos recursos económicos a uno de ellos. Podemos otorgarle los recursos a María, quien está en un estado 40 puntos por debajo del estado en el que *debería* haber estado; o pode-

13. WEISS, L., *WISC-IV Advanced Clinical Interpretation*, 1st Edition, Academic Press, 2006, p. 75.

14. El término técnico para las personas con tal CI es "altas capacidades intelectuales".

mos otorgárselos a Pedro, quien está 40 puntos por debajo del estado en el que *podría* haber estado. ¿Cómo decidir a quién deben serle otorgados los recursos? Un modo de responder a esta pregunta es apelar a una posición como la del suficientarismo fuerte que afirma que la preocupación por las personas que están debajo del umbral tiene prioridad absoluta por sobre la preocupación por cualquier persona que esté por sobre el umbral.¹⁵ Roger Crisp apela a la virtud de la *compasión* para explicar tal posición. Su idea es que "el espectador se pone a sí mismo en los zapatos de los afectados y se preocupa más en la medida en que los individuos estén en una peor condición (badly off)".¹⁶ Así, la cuestión se convierte en la siguiente: si nos pusiésemos en los zapatos de María y de Pedro, ¿ante quién deberíamos mostrar una preocupación mayor? Creo que no hay problemas en afirmar que ante María en lugar de ante Pedro. Si esto es así, entonces estar en un estado de daño absoluto es peor que estar en un estado de daño relativo. Los daños meramente absolutos son cualitativamente más graves que los meramente relativos.¹⁷

Por lo tanto, si los daños absolutos son más graves que los daños relativos, y, como hemos afirmado, a medida que los daños sean más graves las razones en contra de realizar acciones que los produzcan tienen más fuerza, ya estamos en condiciones de poder definir el primer principio sobre la fuerza de las razones en contra de dañar:

Principio I: a igual cantidad de unidades de daño, las razones en contra de realizar acciones que generen solo daños absolutos son más fuertes que las razones en contra de realizar acciones que generen solo daños relativos.

15. MEYER, L., "Intergenerational Justice", *The Stanford Encyclopaedia of Philosophy* (Fall 2015 Edition), Edward N. Zalta (ed.), [<http://plato.stanford.edu/archives/win2014/entries/justice-intergenerational/>], pp.1-101, p. 40.

16. CRISP, R., "Equality, Priority and Compassion", en *Ethics* 113 (julio 2013), p. 757. La traducción es propia.

17. Reconozco que se necesita un argumento adicional para que la fuerza intuitiva de este ejemplo sea más atractiva. En el apartado siguiente expondré un argumento que pretende apoyar la conclusión intuitiva aquí alcanzada.

IV. DAÑOS ABSOLUTOS Y DAÑOS RELATIVOS

¿Qué sucede cuando, en el mismo caso, se satisfacen las dos condiciones? El daño al bien jurídico, ¿es por este hecho más grave? En el apartado anterior hemos dejado fuera del análisis la situación de Juan (Caso I). Ahora es la oportunidad de analizar si él, quien está en un estado que satisface tanto la condición (a) como la (b) de la tesis *combinada* de daño, sufre (o no) un daño peor que el que sufre María (Caso II), quien por estar en un estado que solo satisface la condición (a) de daño, sufre un daño más grave que Pedro (Caso III) quien está en un estado que solo satisface la condición (b) de daño. Tanto Juan como María tienen un retraso intelectual que los coloca 40 unidades por debajo del umbral de daño. Sin embargo, Juan (pero no María) está en un estado que es peor que otro en el que podría haber estado. Él (pero no María) podría haber tenido capacidades intelectuales normales. Siendo esto así, ¿quién de los dos padece un daño que sea peor? Como antes, dado que Juan y María ya han nacido, no hemos podido evitar ningún daño. Lo más que podemos hacer es tomar medidas para mitigar o compensar el daño sufrido por uno de ellos. Así, si solo podemos tomar medidas en favor de uno de ellos, parece que deberíamos hacerlo en favor de la persona que sufre el daño de mayor gravedad. ¿Quién debería ser compensado?

Es razonable pensar que si una persona se encuentra en un estado que satisface las dos condiciones (a y b) de la tesis combinada de daño, sufre un daño mayor que otra que se encuentra en el mismo estado, pero donde solo se satisface una. No estoy seguro que esto sea así en todos los casos. Creo que cuando una persona está debajo del umbral de daño, el hecho de que pueda haber estado *en* el umbral no agrava el daño sufrido. La idea es que, en ciertas circunstancias, nociones de daño tales como la contra-fáctica no son adecuadas, de manera tal que no deben ser consideradas. Para explicar esto puede servir el razonamiento de Thomas Pogge al explicar por qué puede considerarse que el orden global daña a los pobres globales. El autor propone que consideremos la razón por la cual afirmamos que el orden institucional de Estados Unidos en sus comienzos dañaba a las mujeres al ser desventajoso para ellas en relación con los hombres. Pogge sugiere que no consideramos que ellas sufrían un daño porque podrían haber estado en una mejor condición si el derecho británico hubiese continuado, sino porque el orden institucional asignaba un estatus inferior a las mujeres que a

los hombres.¹⁸ Bajo estas circunstancias, es decir, cuando lo que causa daño es la injusticia de determinada situación el hecho de que las mujeres hubiesen podido –a su vez– estar mejor, no entra en consideración.

Creo que podemos apelar a una idea similar en nuestro contexto. La idea sería que cuando las personas no tienen lo suficiente y, por tanto, se encuentren debajo del umbral, es irrelevante el hecho de que tales personas hayan podido estar –a su vez– en un mejor estado. Esta es una consideración que no entra, al menos en principio, en juego. No pretendo que la analogía entre la situación en este contexto y el anterior sea perfecta. Solo pretendo llamar la atención sobre el hecho de que en algunas circunstancias es posible que determinada consideración excluya tener en cuenta otras. Así, del mismo modo que la noción contra-fáctica no entra en consideración en la situación propuesta por Pogge dado que lo que importa es la injusticia de aquel régimen institucional, dicha noción de daño tampoco entra en consideración aquí donde lo que importa es el hecho de que las personas no tienen lo suficiente.

Esta tesis, en nuestro contexto, puede ser testada del siguiente modo: si otorgamos la misma cantidad de recursos a dos personas que estén en el mismo estado debajo del umbral y pensamos que ninguna ha sido compensada en menor medida que la otra, ni que ninguna se ha beneficiado injustamente de tal compensación, entonces es irrelevante el hecho de que una podría haber estado en una mejor condición. Hemos afirmado que tanto Juan como María tienen un cociente intelectual que se encuentra 40 puntos por debajo de lo que se considera normal. Imaginemos que es posible, mediante un procedimiento X, estimular el cerebro de ambos de manera tal que tanto Juan como María lleguen a tener capacidades intelectuales que están en el umbral de normalidad: ambos llegan a tener 90 puntos de CI. ¿Podemos sostener que el daño sufrido por uno de ellos, pero no por el otro, ha sido completamente compensado? O, de modo similar, ¿podemos sostener uno de ellos se ha beneficiado injustamente de tal compensación? Creo que la respuesta a esta pregunta es negativa. Aunque Juan sufre un daño que satisface tanto las condiciones (a) como (b) de la tesis combinada de daño, mientras María sufre un daño que solo satisface la condición (a), ambos han sido completamente compensados, y ninguno se ha beneficiado

18. POGGE, T., "Assisting the Global Poor" en CHATTERJEE, D.(ed.) *The Ethics of Assistance: Morality and Distant Needy*, Cambridge University Press, 2004, p. 274.

injustamente de ello. Si esto es así, entonces, debajo del umbral de daño es irrelevante que quien sufre un daño esté en un estado que satisface las dos condiciones (a) y (b) o solo la condición (a). Para graduar la gravedad del daño solo es relevante la distancia entre el estado en el que se está y el estado en el que el umbral ha sido fijado. Que el sujeto que está en tal estado haya podido estar en una mejor condición, en principio, no aporta ninguna razón para considerar al daño como de mayor gravedad. Podríamos afirmar que en la medida en que el daño sufrido por una persona pueda ser explicado enteramente en términos de daños absolutos, las consideraciones referidas a los daños relativos quedan excluidas.

Ahora bien, ¿qué sucede si el sujeto que sufre un daño por estar en un estado que se encuentra debajo del umbral podría haberse encontrado en otro estado que se ubica no *en*, sino *sobre* el umbral? ¿Es este daño peor? Analicemos el siguiente caso:

IV.A. Caso 4: Juana - Pedro

Juana se somete a un proceso de diagnóstico pre-natal mediante el cual trata de controlar el estado de salud de la criatura que porta en su seno. El médico le informa que los estudios han mostrado que su hijo es genéticamente perfecto y, por tanto, si el embarazo continúa en sus carriles normales, tendrá no solo casi ningún riesgo de padecer cáncer, problemas cardíacos, o alzhéimer, sino también una inteligencia superior.

Juana tiene planeado realizar un viaje de placer a Centroamérica. Debido a la probabilidad de que se contagie con el virus Zika, el médico le ha aconsejado que no realice el viaje. El problema es que, de contagiarse, se producirá que el hijo que porta en su seno nazca con microcefalia. Esta enfermedad, aún para el caso de Juan Pedro, impide un desarrollo cerebral completo pudiendo ocasionar cierto retraso en sus capacidades intelectuales.

Juana hace caso omiso al consejo del médico y viaja a Centroamérica. Efectivamente se contagia con el virus Zika. Como resultado nace Juan-Pedro con microcefalia y cierto retraso en sus capacidades intelectuales

Juan-Pedro nace en las mismas condiciones que Juan y María. Todos están en un estado que se encuentra 40 puntos por debajo del umbral de daño. No obstante, a diferencia de ellos, él podría haberse encontrado en un estado 30 puntos por arriba del umbral de daño. Mediante el procedimiento X, con el cual hemos estimulado el cerebro de Juan y María, también po-

demos hacer que Juan-Pedro llegue a tener capacidades intelectuales que estén *en* el umbral de normalidad, esto es, tener 90 puntos de CI. ¿Creemos en este caso que el daño sufrido por Juan-Pedro ha sido completamente compensado? ¿Creemos que la compensación es igualmente satisfactoria que la que han recibido Juan y María? Si respondemos que creemos que el daño sufrido no ha sido completamente compensado o la compensación recibida no es tan satisfactoria como la recibida por Juan y María, entonces solo puede ser porque el daño sufrido por Juan-Pedro es peor al sufrido por Juan y por María. Parece que la compensación recibida por Juan-Pedro no es tan satisfactoria como la recibida por Juan y por María.

¿Cómo explicar esta respuesta cuando hemos afirmado que, si dos personas se encuentran en un estado por debajo del umbral, el hecho de que una podría haber estado *en* el umbral no agrava el daño sufrido? Podemos explicarlo del siguiente modo. Hemos afirmando que existe una prioridad estricta referida a los daños absolutos. Es decir, en la medida en que el daño sufrido por una persona pueda ser explicado enteramente en términos de daños absolutos, las consideraciones referidas a los daños relativos no deben entrar en juego. Este hecho es el que mostraba que Juan y María estén sufriendo un daño de igual gravedad. Podría pensarse, para hacer una analogía, en la discusión sobre el concurso impropio o aparente de leyes. Según los teóricos penales, esta situación ocurre cuando "el contenido delictivo del hecho ya queda abarcado y sancionado de modo tan completo mediante la aplicación [de un tipo penal] que la aplicación de los demás queda desplazada".¹⁹ Así, por ejemplo, si se está en presencia de un robo de automotor en la vía pública (art. 167 inc. 4 Código Penal Argentino [CPA]), el hecho de que en la situación también haya estado presente un daño (art. 183 CPA) en algún elemento del automotor, no debe ser considerado. La posibilidad de existencia de dicha circunstancia ya ha sido explicada por el tipo penal de robo. De manera similar, podemos afirmar que cuando un determinado daño ha sido completamente abarcado mediante la consideración de tal daño como absoluto, la consideración de tal daño como, a su vez, relativo queda desplazada. Así, si la línea de base del daño absoluto es más alta o igual a la del daño relativo, el hecho de que haya existido también un daño relativo no debe ser

19. STRATENWERTH, G., *Derecho Penal. Parte General: el hecho punible*, Aranzadi, 2004, p. 453.

considerado. Esa circunstancia ya queda abarcada por la consideración de tal estado como de daño absoluto.

Sin embargo, este no es el caso aquí presente. En relación con Juan-Pedro, la línea de base del daño relativo está por sobre la línea de base del daño absoluto, y por tanto existe una "porción" del daño que no ha sido cubierta. Continuando con la analogía con la discusión penal, si quien comete el robo de automotor también se lleva ciertos objetos que se encuentran dentro del automóvil, parece que esta última circunstancia –el hurto de los objetos que están dentro del automóvil– no pueden ser explicada o estar abarcada por el tipo penal de robo automotor. En este caso se requiere una explicación adicional. Aquí, se requiere también la aplicación del tipo penal correspondiente al hurto (art. 162 CPA). En esta clase de casos, se está en presencia de lo que los penalistas llaman concurso ideal de leyes. Aquí, a diferencia del caso del concurso impropio o aparente de leyes, cada aspecto parcial del hecho se encuentra abarcado por un tipo penal sin que la aplicación de uno excluya a la de otro.²⁰

De manera similar, el daño sufrido en este caso por Juan-Pedro no puede ser cubierto enteramente por los daños absolutos. A diferencia de lo que ocurre con Juan, donde todas las unidades de daño relativo que él sufre pueden ser cubiertas por los daños absolutos, Juan-Pedro sufre 30 unidades extra de daño relativo que no pueden quedar abarcadas por explicaciones concernientes a daños absolutos. En este caso, la línea de base de los daños relativos es más alta que la línea de base de los daños absolutos. Por lo tanto, existe una "porción" de daño relativo que no puede ser explicada por consideraciones referidas a los daños absolutos. En este caso, entonces, parece que el daño sufrido es más grave. Así y si, tal y como hemos supuesto, a medida que los daños son más graves las razones en contra de producirlos son mayores, entonces es posible formular el siguiente principio:

Principio II: cuando una persona sufre un daño por estar en un estado debajo del umbral (daño absoluto), el hecho de que también hubiese podido estar en un mejor estado (daño relativo):

- no aporta ninguna razón adicional en contra de producir tal daño, si la línea de base de daño absoluto está definida en el mismo estado o sobre la línea de base del daño relativo; y

20. STRATENWERTH, G., ob. cit., p. 460.

- aporta una razón adicional en contra de producir tal daño solo en la medida en que la línea de base del daño relativo esté sobre la línea de base del daño absoluto.

V. ESTADOS DE DAÑO Y ESTADO DE NECESIDAD

¿Cómo se aplica el razonamiento anterior a los casos de estado de necesidad? Veamos un ejemplo:

V.A. Caso 5: Matías

Matilda está embarazada. El médico le ha informado que, si el embarazo continúa en sus carriles normales, su hijo –Matías– tendrá no solo casi ningún riesgo de padecer cáncer, problemas cardíacos, o alzhéimer, sino también una inteligencia superior de 170 puntos de I.Q. Matilda ha viajado a Centroamérica y se ha contagiado una rara enfermedad que le afectará sus capacidades intelectuales. Sus capacidades intelectuales actuales están dentro del promedio: 90 puntos de I.Q. Pero si no hace nada en contra de la enfermedad de manera urgente, ella pasará a tener cierto retraso intelectual: 65 puntos de I.Q. Afortunadamente, existe un tratamiento que puede seguir para no caer por debajo del umbral de normalidad. Sin embargo, ella sabe que este tratamiento hará que el hijo que porta en su seno, en lugar de nacer con 170 puntos de I.Q., lo haga con 145. Matilda se somete al tratamiento, evita caer por debajo del umbral y causa que su hijo pierda 25 puntos de I.Q.²¹

Veamos el caso en detalle. Matilda se encuentra amenazada por un mal grave e inminente. Si ella no obra de manera urgente, dado que tendrá 65 puntos de I.Q. cuando el umbral de daño ha sido fiado en 90, padecerá 25 unidades de daño absoluto en su integridad intelectual. Sin embargo, para evitar esto, puede realizarse un tratamiento. En este caso dado que no habrá perdido 25 puntos de I.Q., habrá evitado el mal que la amenaza. No obstante, su acción provocará un mal en Matías: dado que pasará de tener

21. Podría pensarse que la madre contrajo un absceso cerebral. Asimismo, que el tratamiento seguido consiste en tomar un antibiótico como el cloranfenicol, el que, aunque cura a la madre puede producir graves consecuencias para el desarrollo del feto.

170 puntos de I.Q. a 145, también sufrirá un daño en la integridad intelectual de 25 unidades. Estos dos daños, el evitado y el provocado versan sobre el mismo bien jurídico: integridad intelectual; asimismo, dado que las unidades de daño producidas y evitadas son equivalentes, el grado de lesión al bien jurídico es equivalente. Sin embargo, si mi argumento anterior es correcto, la acción de Matilda debe estar justificada y no meramente exculpada. Esto, porque el daño evitado es de los que hemos denominado absolutos en tanto que el daño producido es de los que hemos denominado relativos. De modo que el mal que ha evitado Matilda es más grave que el que ha causado. Así, dado que mientras peor sea el mal más fuertes son las razones en contra de causarlo, si es de aplicación el estado de necesidad, debe ser justificante.

Aunque este ejemplo pueda parecer irreal, es útil para observar cómo opera la tesis propuesta. La distinción entre daños absolutos y relativos ayuda a explicar de mejor modo y de manera más simple casos problemáticos que han requerido criterios adicionales para obtener una resolución justa. Se ha hablado de ponderación de intereses en lugar de ponderación de bienes, para mostrar que, por ejemplo, los asuntos comerciales de un implicado en un accidente automotor no son suficientes para justificar que se marche del lugar en comparación con los intereses del otro sujeto implicado en que se comprueben los datos para obtener una indemnización por daños y perjuicios.²² Si se aplicara la tesis aquí propuesta, todo lo que sería necesario para llegar a la misma solución sería comprobar que el daño sufrido por una de las partes, aunque en el mismo bien jurídico y en el mismo grado de lesión, es absoluto, en tanto que el sufrido por el otro, relativo. También se ha hablado de importancia esencial de los intereses protegidos para sostener, por ejemplo, que está justificado poner en libertad a algún condenado por terrorismo para rescatar a algún rehén.²³ Si se aplicara la tesis aquí propuesta no sería necesario apelar a tal criterio. Parece obvio que, aunque los dos sujetos estén privados de la libertad, el daño que sufre el rehén puede caracterizarse como absoluto, mientras no es obvio que el condenado a prisión esté sufriendo un daño absoluto. También se ha propuesto considerar las circunstancias personales de los respectivos titulares. A través de este criterio se pretende defender que en algunos casos en los

22. ROXIN, C., *Derecho Penal: Parte General*, T.I. Madrid, Civitas, 1997, p. 686.

23. JESCHECK, H., *Tratado de Derecho Penal: Parte General*, Granada, Comares, 2002, p. 389.

que, en relación con el mismo bien jurídico, el daño evitado es mayor al causado, debe aplicarse estado de necesidad exculpante y no justificante. Por ejemplo, cuando un ganadero para salvar a 10 de sus animales mata a la única vaca de su vecino.²⁴ Si se aplicara la tesis aquí propuesta podría llegarse a la misma conclusión sin necesidad de apelar a ningún criterio adicional. El daño ocasionado por el ganadero, dado que deja a su vecino sin lo suficiente es de los que hemos denominado absolutos, mientras que el que él padece es de los que hemos denominado relativos. Así, dado los daños absolutos son más graves que los relativos, no es posible afirmar que la acción del ganadero ha estado justificada.

VI. CONCLUSIÓN

Hasta aquí, he argumentado que del principio que afirma que el estado de necesidad justificante tiene lugar cuando el mal evitado es mayor al producido, en tanto que el estado de necesidad exculpante cuando esto no ocurre, no se sigue que cuando los bienes jurídicos y el grado de lesión a ellos sea equivalente, deba aplicarse el estado de necesidad exculpante. Esto, porque aún en tal caso es posible evitar un mal mayor que el que se produce. Esto sucederá cuando las razones para evitar un tipo de mal son más fuertes que las razones para evitar el otro. Sostuve que las razones para evitar daños absolutos a bienes jurídicos son más fuertes que las razones para evitar daños relativos a bienes jurídicos. Por lo tanto, si en un caso donde el bien ofendido y el protegido son equivalentes y el grado de lesión evitado y producido también es equivalente, la acción realizada podrá estar justificada si el daño que se evita es de los que hemos denominado absolutos y el que se produce de los que hemos denominado relativos.

Creo que puede haber otros principios para graduar los males en los casos de estado de necesidad. Por ejemplo, aquellos derivados no de los estados de daño sufridos sino de las acciones dañosas realizadas. Así, podría sostenerse que, si la acción dañosa coloca a algún bien de la víctima en un estado en el que estaría de todos modos, las razones en contra de realizarlas son menores que las razones en contra de realizar acciones dañosas que no provoquen tal resultado. Además, por ejemplo, que la fuerza de las razones

24. ZAFFARONI, R., *Derecho Penal: Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2002, p. 639.

en contra de producir determinados estados de daño tiene prioridad sobre la fuerza de las razones en contra de realizar determinadas acciones dañosas. Sin embargo, no tengo tiempo ni espacio para desarrollar en detalle estos puntos.

BIBLIOGRAFÍA

- ADAMS, Robert, "Existence, Self Interest, and the problem of evil", *Noûs*, Vol. 3, N° 1, 1979.
- BOONIN, David, *The Non-Identity Problem and the Ethic of Future People*, Oxford University Press, 2014.
- CRISP, Roger, "Equality, Priority and Compassion", en *Ethics* 113, (July 2013): 745-763
- FEINBERG, Joel, *Harm to Others: The Moral Limits of Criminal Law*, Vol. I, Nueva York, Oxford University press, 1984.
- HANSER, Matthew, "The Metaphysics of Harm", en *Philosophy and Phenomenological Research*, Vol. LXXVII No. 2, 2008 pp. 421-450.
- HASSEMER, Winfried, "The Harm Principle and the Protection of "Legal Goods" (*Rechtsgüterschutz*): a German Perspective", en SIMESTER, A., BOIS-PEDAIN, A. y NEUMANN, U. (ed), *Liberal Criminal Theory: Essays for Andreas von Hirsch*, Oxford, Hart Publishing, 2014, pp. 187-204.
- JESCHECK, Hans, *Tratado de Derecho Penal: Parte General*, Granada, Comares, 2002.
- MEYER, Lukas, "Past and Future: The Case for a Threshold Notion of Harm", en MEYER, L.; PAULSON, S y POGGE, T., *Rights, Culture, and the Law: Themes from the Legal and Political Philosophy of Joseph Raz*, Oxford University Press, 2003, pp.143-159.
- , "Intergenerational Justice", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2015 Edition), Edward N. Zalta (ed.), consultado en [<http://plato.stanford.edu/archives/win2014/entries/justice-intergenerational/>], pp.1-101.
- PARFIT, Derek "On Doing the Best for Our Children", en BAYLES, M. (ed.) *Ethics and population*, Cambridge: Shenkman, 1976, pp. 100-115.
- , *Reason and Persons*, Oxford Clarendon Press, 1987.
- POGGE, Thomas, "'Assisting' the Global Poor" en CHATTERJEE, Deen (ed.) *The Ethics of Assistance: Morality and Distant Needy*, Cambridge University Press, 2004, pp. 260-288.

- ROXIN, Claus, *Derecho Penal: Parte General*, Madrid, Civitas, 1997.
- SCHWARTZ, Thomas, "Obligations to Posterity" en SIKORA, R I. and BARRY, Brian, *Obligations to Future Generations*, Filadelfia, Temple University Press, 1978, pp. 3-13.
- STRATENWERTH, Günter, *Derecho Penal. Parte General: El hecho punible*, Aranzadi, 2004.
- THOMSON, Judith J., "More on the Metaphysics of Harm", en *Philosophy and Phenomenical Research*, Vol. LXXXII, N°. 2, 2011, pp. 436-458.
- VON HIRSCH, Andrew, "El concepto de Bien Jurídico y el Principio del Daño" en HEFENDEHEL, Roland (ed.) *La Teoría del Bien Jurídico*, Madrid, Marcial Pons, 2007, pp. 37-52.
- WEISS, Lawrence, *WISC-IV Advanced Clinical Interpretation*, Academic Press, 2006.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Derecho Penal: Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2002.



**TRABAJOS DE CURSOS DEL CPO ORIENTADOS
A LA INVESTIGACIÓN**



EL QUERELLANTE AUTÓNOMO EN EL INSTITUTO DE CONVERSIÓN DE LA ACCIÓN*

MICAELA R. REDONDO**

Resumen: Sobre la base del derecho internacional, la opinión de la jurisprudencia y los debates doctrinarios, el nuevo Código Procesal Penal de la Nación recepta un cambio de paradigma. Como consecuencia del reconocimiento de amplios derechos y facultades a la víctima, incorpora la noción de querellante autónomo y el instituto de conversión de la acción. El presente ensayo estudiará el camino que lleva a la anexión de dichas innovaciones legislativas, partiendo de la devolución del conflicto que le fue expropiado a la víctima, su autonomía, y el ingreso de un principio de oportunidad reglado. A su vez, se analizarán dos inconvenientes que trae aparejado convertir la acción: la tensión entre los intereses de la víctima y los derechos del imputado, y la doble acusación que surge cuando participa un querellante estatal.

Palabras clave: víctima – bien jurídico objetivado – expropiación del conflicto – tutela judicial efectiva – persecución penal estatal – querellante autónomo – conversión de la acción – principio de oportunidad – control de legalidad – *ne bis in idem* – querellante estatal

Abstract: Based on international law, legal opinions and doctrinal debates, the new National Criminal Procedure Code reflects a paradigm shift. As a consequence of the acknowledgement of the victim's broad rights and faculties, it incorporates the notion of autonomous complainant and the institution of action transformation. This essay analyses the path that leads to the annexation of those

* Recepción del original: 23/11/2016. Aceptación: 27/11/2016.

Este trabajo fue realizado en el marco del curso del CPO orientado a la investigación “Régimen del Proceso Penal” a cargo del Prof. Ignacio Tedesco.

** Estudiante de Abogacía (UBA). *Agradezco afectuosamente a mi profesor, Nacho Tedesco, por su generosidad e impulso constante; Y a mi familia, por su apoyo incondicional. Especialmente a Mario, quien me introdujo en el apasionante mundo del derecho.*

legislative innovations, departing from the devolution of the conflict which had been expropriated from the victims, their autonomy and the introduction of a ruled prosecutorial discretion principle. In addition, two inconveniences which are entailed to the procedure of action transformation will be analyzed: the tension existing between the victims' interests and the accused's rights and the double accusation that arises when a state prosecutor conducts the process.

Keywords: victim – protected legal right – conflict expropriation – effective legal protection – state criminal prosecution – autonomous complainant – criminal action transformation – opportunity principle – legality control – *ne bis in idem*– state complainant

I. LA VÍCTIMA

Cuando intentamos definir la palabra víctima, solemos acudir a ejemplos: uno puede imaginarse que ante un homicidio doloso necesariamente nace una víctima, pero no parece sencillo delimitar el sentido de dicho término. Al respecto, Bovino sostiene que resulta inevitable recurrir a criterios normativos para precisar quién es víctima.¹ Siguiendo esta corriente, sostenemos que es víctima únicamente a quien la ley penal define como tal. Ello es una consecuencia lógica de un sistema penal que actúa mediante un mecanismo de inclusión-exclusión: primero constituye al individuo como víctima, y luego el Estado excluye al ofendido, pasando a ocupar su lugar y actuar en su nombre.

Siendo esto así, acudimos al nuevo Código Procesal Penal de la Nación (en adelante CPPN) para ver qué se entiende por víctima. El artículo 78 del citado cuerpo legal establece:

Artículo 78.- Calidad de víctima. Este Código considera víctima:

A la persona ofendida directamente por el delito;

b. Al cónyuge, conviviente, herederos, tutores o guardadores en los delitos cuyo resultado sea la muerte de la persona con la que tuvieren tal vínculo, o si el ofendido hubiere sufrido una afectación psíquica o física que le impida ejercer sus derechos;

1. BOVINO, A., *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1998, p.81.

c. A los socios, respecto de los delitos que afecten a una sociedad, cometidos por quienes la dirigen, administren, organicen o controlen;

d. A las asociaciones o fundaciones, en casos de crímenes de lesa humanidad o de graves violaciones a los derechos humanos siempre que su objeto estatutario se vincule directamente con la defensa de los derechos que se consideren lesionados y se encuentren registradas conforme a la ley;

e. A los pueblos originarios en los delitos que impliquen discriminación de alguno de sus miembros, genocidio, o afecten de modo directo sus derechos colectivos reconocidos constitucionalmente.

I.A. La víctima objetivada en un tipo penal

Definir a la víctima a través de un tipo penal trae como consecuencia que ella quede atrapada en el mismo tipo que la constituye como tal, lo que en el discurso jurídico se traduce al concepto de bien jurídico.

Un bien jurídico objetivado implica necesariamente su despersonalización: si bien existe una víctima, el Estado no necesita remitir a la persona de carne y hueso. Es por esto que la desobediencia a la norma alcanza para habilitar el poder punitivo estatal, sin interesar la existencia de un daño concreto. Sobre la base de ello, cuando un individuo sufre una lesión, por existir la indisponibilidad de ciertos bienes (que también determina el Estado), media un juicio objetivo y externo a la víctima que se formula sin tener en cuenta su opinión.²

El problema resulta claro al confrontar el bien jurídico objetivado con el art. 19 de la Constitución Nacional (en adelante CN) a partir del cual se puede afirmar que todo bien jurídico requiere de un titular; hay que subjetivarlo. Siendo que las víctimas son las originales y verdaderas titulares de ellos, y una parte indiscutida del conflicto, deberían estar facultadas para pretender que se tutelen sus bienes jurídicos y, consecuentemente, accionar. Pues tal como veremos, quien puede pretender, puede accionar.

I.B. La expropiación del conflicto

En la Europa continental, el derecho germánico organizó un derecho penal fundado en un sistema de acción privada, donde reinaba la compo-

2. *Ibid.*, pp.91-92.

sición como forma de solución de los conflictos sociales. Aquí la víctima era protagonista.

Sin embargo, desde el siglo XIII hasta el siglo XVIII, ante la necesidad de las monarquías absolutas de centralizar el poder político, se impuso el sistema de enjuiciamiento penal inquisitivo. El mismo se caracterizó por la persecución penal de oficio y la averiguación de la verdad como meta del proceso. El sistema penal se transformó en un instrumento de control estatal sobre los súbditos, desplazando por completo la voluntad de la víctima. En otras palabras, el Estado se expropió de todas las facultades que poseía el ofendido, quien figura únicamente como testigo, legitimando con su presencia el castigo estatal. Como correlato, desaparece la noción de daño, y con ella la de ofendido, surgiendo en su lugar la idea de infracción como lesión frente a Dios o el rey. En tal sentido, Castex afirma que "al confundir delito con pecado la Inquisición generó el concepto de infracción que desplazó como fundamento la reacción penal -y por tanto, de la justificación de la pena- (...)"³ Por esto es que "la víctima es una especie de perdedora por partida doble, primero frente al delincuente, y segundo – a menudo de una manera más brutal- al serle denegado el derecho a la plena participación (...)"⁴

Con el Estado liberal, se consolida un nuevo procedimiento al que algunos denominan mixto. Personalmente, encuentro más conveniente llamarlo sistema inquisitivo reformado, ya que se mantiene la base del poder estatal: la persecución penal sigue en manos del Estado. En este contexto es donde aparece el principio de legalidad al que nos referiremos un poco más adelante.

En el derecho moderno, la corriente abolicionista propone devolverle a las víctimas implicadas el manejo de sus propios conflictos: "la víctima debe re apoderarse del conflicto que le había sido expropiado por el estado"⁵, por lo que resulta importante no basar el sistema en un deber, sino en un daño. Es decir, que el foco de atención no sea el autor del delito, sino

3. CASTEX, F., *Sistema acusatorio material: una investigación sobre los fundamentos del querellante autónomo*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1ª edición, 2013, p.92.

4. CHRISTIE, N., "Los conflictos como pertenencia", en, MAIER, J. B. J. (comp.), *De los delitos y de las víctimas*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2008, p.162.

5. BOVINO, A., "La víctima como preocupación del abolicionismo penal", en, MAIER, J. B. J., ob.cit., p. 275.

la víctima.⁶ Esto a su vez parece ser lo que recepta el derecho internacional, encaminado a un sistema acusatorio material.

I.C. El reingreso de la víctima en el escenario de la justicia penal. Su derecho a la tutela judicial efectiva

Parece ser que el actor civil y el querellante en los delitos de acción pública y privada no alcanzan hoy para satisfacer los intereses de la víctima. Esto, sumado a la crisis de legitimación que padecen la justicia penal y la pena estatal, llevaron a la necesidad de crear transformaciones que implican el reingreso de la víctima en el escenario de la justicia penal. Entre ellas, la reparación del daño y mayores derechos de participación formal para la víctima en el procedimiento penal.

En el ámbito supranacional se expresó que la razón principal por la que el Estado debe perseguir el delito, es la necesidad de cumplir con su obligación de garantizar el acceso a la justicia de las víctimas, lo que se traduce en el derecho a una tutela judicial efectiva.⁷ Es precisamente por esto que el derecho internacional le concede a la víctima la facultad de perseguir la imposición de un castigo. Es decir, la pena del culpable es un derecho de la víctima. El primer antecedente se encuentra en la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre (DADyDH), cuya cláusula fue el pie para la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), y posteriormente la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP).

Con la jerarquización de los tratados de derechos humanos previstos en el inciso 22 del artículo 75 de la Carta Magna, la víctima amplió de manera expresa la nómina de derechos. Los arts. 8.1 y 25 de la CADH, y el 14.1 del PIDCP reconocen el acceso a la justicia para ejercer la acción penal en procura de una tutela judicial efectiva. A su vez, la CN la resguarda en su art.18, lo que conlleva a entenderlo como una garantía constitucional. En suma, deslegitimar al particular en su rol de eventual

6. CASTEX, F., ob. cit., p. 93.

7. CIDH, Informe N° 34/96. Casos 11.228 y otros. Consultado en: [<http://www.cidh.oas.org/annualrep/96span/Chile11228.htm>], el 11/12/2016.

querellante, implica vulnerar tanto la Constitución Nacional como a los tratados internacionales.

Ahora bien, ¿cómo debemos entender esa participación? La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en el fallo "Zambrano Vélez c/ Ecuador", enfatizó el derecho de las víctimas y sus familiares a ser oídos y participar ampliamente en el proceso: "La Corte ha establecido que el deber de investigar no debe ser asumido por el Estado como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa, o como una mera gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciática procesal de las víctimas o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios. Esto último no se contrapone con el derecho que tienen las víctimas de violaciones de derechos humanos o sus familiares, a ser escuchados durante el proceso de investigación y el trámite judicial, así como a participar ampliamente de los mismos".⁸

Si bien esto es un correlato de la víctima como sujeto titular del bien jurídico, también es cierto que únicamente el querellante autónomo posee la facultad real de acudir al órgano jurisdiccional para ser oído sin límite alguno, porque el resto de las modalidades dependen del actuar del Fiscal. Pastor toma una postura crítica al respecto, y enuncia que el reconocimiento de un querellante con dichas características implicaría crear una Carta Magna de la víctima. Castex responde que únicamente reconociendo un querellante autónomo se logra satisfacer el derecho a una tutela judicial realmente efectiva.⁹

Siguiendo la postura a favor de la intervención de la víctima, la CIDH enunció en el caso "Bulacio" las consecuencias positivas de la intervención del ofendido en el proceso. Afirmó que "la investigación de los hechos satisface el derecho a la verdad que tiene toda víctima. La imposición de una pena al culpable de lo sucedido no solo afirma y comunica a la sociedad la vigencia de la norma transgredida, según las ideas más corrientes de la prevención general positiva, sino que también posee un inequívoco sentido reparador para la víctima y/o sus familiares (...) la aplicación de una pena a quien cometió el hecho, restablece la dignidad y la estima de la víctima frente a sí misma y a la comunidad. Repara en alguna medida el mal sufrido. La impunidad no solo alienta la repetición futura de los mis-

8. CIDH, "Zambrano Vélez c/Ecuador", 4/7/2007.

9. CASTEX, F., ob. cit., pp. 80-82.

mos hechos, sino que impide el efecto reparador que tiene para la víctima la sanción penal".¹⁰

En el derecho interno, la CSJN sostuvo por mucho tiempo, tal como describió en "Quiroga", que el ofendido por el delito de acción pública no tenía derecho a procurar la investigación y castigo del autor del delito, puesto que consideraba que esa intención no era un derecho de propiedad sino una mera concesión legal susceptible de suprimirse en todo tiempo. Consecuentemente dispuso que "lo atinente a la obtención de una condena criminal no es susceptible de amparo en beneficio de los particulares y con fundamento en los arts. 14, 17, y 18 de la CN (fallos: 253:193)".¹¹ Sin embargo, al tomar los principios sentados por "Bulacio", el Tribunal Supremo de nuestro país pasó a sostener que "el derecho a la tutela judicial efectiva implica la razón principal por la que el Estado debe perseguir el delito es la necesidad de dar cumplimiento a su obligación de garantizar el derecho a la justicia de las víctimas".¹²

En "Santillán",¹³ la Corte parece inmiscuirse en la corriente de pensamiento que postula que el derecho penal tiene la finalidad de tutelar los intereses concretos de las víctimas y, subsidiariamente, proteger los intereses generales de la sociedad, simbolizados penalmente en bienes jurídicos. En este sentido, Cafferata Nores señala que "el delito no es solo una lesión a un bien jurídico abstracto protegido como tal por la ley penal, (v.gr., 'la' propiedad), sino que es también una lesión al derecho concreto del ofendido (v.gr., 'su' propiedad)".¹⁴

Como no podía ser de otra manera, el nuevo CPPN adecúa el derecho interno a las mandas que el sistema interamericano ha impuesto. A través de su art. 12, asegura el derecho de la víctima a una tutela judicial efectiva:

Artículo 12.- Derechos de la víctima

La víctima tiene derecho a la tutela judicial efectiva, a la protección integral de su persona, su familia, sus bienes frente a las consecuencias del delito, a participar del proceso penal en forma autónoma y a solicitar del Estado la ayuda necesaria para que sea resuelto su conflicto (...)

10. CIDH, "Bulacio c/Argentina", caso 11.228, 18/09/2003.

11. CSJN, "Quiroga, Edgardo Osar s/ causa N°4302", 23/12/2004.

12. [s]i.

13. CSJN, "Santillán, Francisco Agustín s/recurso de casación", 321:2021, 13/08/1998

14. CAFFERATA NORES, J. I., "¿La pena del culpable es un derecho de la víctima por ser parte de su reparación?" en *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 3ª edición, 2005, p.67.

II. LA PERSECUCIÓN PENAL ESTATAL Y LA INTERVENCIÓN DE LA VÍCTIMA EN LOS DELITOS DE ACCIÓN PÚBLICA

La cuestión relativa a la participación de la víctima en los delitos de acción pública como actor penal es, desde siempre, ampliamente debatida en nuestro país. No es casual entonces que nuestro ordenamiento se adhiera al sistema de la persecución penal pública, mediante la oficialidad de la acción penal y la oficiosidad de su ejercicio. El Código Penal de la Nación (en adelante CP) establece:

Artículo 71.- Deberán iniciarse de oficio todas las acciones penales, con excepción de las siguientes:

Las que dependieren de instancia privada

Las acciones privadas

De lo anterior se acostumbra a interpretar que el Estado tiene el monopolio de la acción penal pública. Esto significa que en su inicio, desarrollo y culminación se encuentran en manos del MPF. Hay quienes consideran que la intervención de la víctima como actor penal en estos delitos será adherente a la del Estado, porque de permitir a la víctima actuar en soledad (querrela autónoma) se vería afectado el carácter público de la pena.¹⁵ Por otro lado, hay quienes creen que por ser un monopolio directamente se excluye a la víctima en dichas acciones. Es aquí donde entra en pugna el monopolio estatal de la acción pública y la intervención de la víctima.

Sostener que el mencionado art. 71 CP ha querido suprimir el ejercicio simultáneo por parte de la querrela, es excesivo. Si el legislador hubiese querido eliminar ese derecho, estaría explícito o suficientemente motivado, por lo menos, en la exposición de motivos del proyecto.¹⁶ El conflicto no es propiedad exclusiva del Ministerio porque precisamente por su carácter público la pena recae en manos del órgano jurisdiccional, y no del MPF.¹⁷ Además, hemos visto que la víctima es el sujeto titular del bien jurídico afectado. Por eso, ante la violación de un derecho subjetivo material puede

15. NANZER, A., "La satisfacción de la víctima y el derecho al castigo", en PASTOR, D. (dir.), *El sistema penal en las sentencias recientes de los órganos interamericanos de protección de los derechos humanos*, Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc, 2009, p.353.

16. CAFFERATA NORES, J. I., "El querellante en los delitos de acción pública y la Constitución Nacional", en *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, La Plata, Gráfica Pafermor, 1983, año XXV-44, p.188.

17. CASTEX, F., ob. cit., p.81.

pretender y consecuentemente accionar, es decir, ocurrir ante la autoridad para que tutele el derecho subjetivo violado. Porque quien puede pretender, puede accionar.¹⁸

Es que la publicidad de la acción penal no lleva necesariamente a la exclusión de la víctima:¹⁹ bien puede compartirse, por ejemplo, ante la comisión de un delito que provoque un daño real a la víctima de carne y hueso, y una lesión al interés público. Es decir, la pretensión no tiene que ser necesariamente exclusiva del ofendido o del Estado. Este puede acusar a través del MPF, y a su vez la víctima puede accionar constituyéndose en querellante.

Lo trascendente en un proceso acusatorio y contradictorio entonces es que haya alguien que acuse, resultando indiferente si se trata de un acusador público o uno privado. ¿Por qué es importante que exista una acusación? Porque la CN le acuerda implícitamente categoría constitucional a través de su artículo 18: "Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo (...)", y entiendo que un juicio necesariamente requiere de una acusación anterior. En el mismo sentido opinaron el Procurador Fiscal en el caso "Sabio"²⁰ y la CSJN en "Otto Wald".²¹

Tampoco la participación del ofendido desnaturaliza el carácter público de la pena, puesto que ella es consecuencia de un derecho penal revestido de dicha característica. Partimos de la base de que el derecho público regula la relación entre el Estado y el particular, cuando el primero ejerce su poder de *imperium* y el segundo se subordina a él. La existencia de un delito, la determinación de la responsabilidad penal, y el cumplimiento de la pena implican un Estado coercitivo, por lo que seguiríamos estando frente a un derecho público y, por consiguiente, una pena pública.

Quienes propagan la idea del monopolio estatal, fundamentan la persecución penal de oficio en el temor a la venganza privada. En este sentido, Ferrajoli ha descrito que el derecho penal nació para impedir la venganza privada de los particulares, para evitar la justicia por mano propia. Aclara además que el hecho punible lesiona más allá del daño concreto que percibe la víctima. Al verse comprometido el interés público, se sustituye al

18. FANCESCHETTI, G. D. y GAMBA, S. B., *El querellante. La reivindicación de la víctima en el proceso penal*, Rosario, Nova Tesis Editorial Jurídica, 2da edición, 2010, p.92.

19. CAFFERATA NORES, J. I., "El querellante en...", ob.cit., p.174.

20. CSJN, "Sabio, Edgardo Alberto", S.58.XLI, 11/07/2007.

21. CSJN, "Wald, Otto s/art.302 del C.P.", 268:266, 21/07/1967.

ofendido por un tercero imparcial.²² Esto justifica que el castigo sea llevado adelante por un órgano estatal a través de la persecución penal.

Sin embargo, como ya vimos, el Estado está perdiendo la confianza de la comunidad en que la justicia y la pena sirven para evitar la venganza de la víctima, con lo que la función que propone Ferrajoli está en crisis. No se pretende que el ofendido vuelva a tener la espada en mano para ejercer el poder punitivo, sino darle la posibilidad de que se apliquen en el caso concreto normas de derecho público, que pretenda su venganza a través del sistema de enjuiciamiento, y que sea el Tribunal quien decida.²³ Cafferata Nores recepta esta idea diciendo que "la intervención de este (el ofendido) solo tendería a facilitar la punición (no a condicionarla) determinando la intervención del órgano jurisdiccional, que será el encargado de esclarecer si hay fundamento o no para iniciar o perseguir el proceso".²⁴

Adheridos a esta posición se sugieren que el Estado debe necesariamente redefinir su rol dentro del proceso de criminalización y avanzar hacia un lugar donde la persecución privada, la discrecionalidad en el ejercicio de la acción y la solución del conflicto sean la regla (pues solo así la reparación tendrá un valor positivo), y la persecución penal pública, y la indisponibilidad de la acción la excepción. De esta forma, la víctima manejaría una mayor gama de posibilidades para resolver el conflicto que le es propio.²⁵

III. EL QUERELLANTE AUTÓNOMO

Cafferata Nores explica la modalidad de querrela autónoma a través de una metáfora. Un caballo, llamado Persecución Penal, tiene un jinete y una "china": el Fiscal y la víctima respectivamente. El Fiscal es quien dirige las riendas del animal en los delitos de acción pública. Empero, algunos permiten que ello lo haga acompañado por la china, quien conjuntamente con el primero llevaría las riendas.²⁶ El problema se suscita cuando el Fis-

22. FANCESCHETTI, G. D., ob. cit., p.79.

23. *Ibid.*, p.80.

24. CAFFERATA NORES, J. I., "El querellante en...", ob. cit., p. 186.

25. FANCESCHETTI, G. D., ob. cit., p. 73.

26. MAIER, J. B. J., "Una tarde con la víctima", en, NAMER, S. (comp.), en *Las facultades*

cal decide bajarse del caballo, y la china no. ¿Le ofrece las riendas a quien lo acompaña? ¿Puede montarlo y proseguir la marcha en busca de una decisión judicial que satisfaga su decisión, o debe descender?

Para el citado autor, la víctima podría seguir cabalgando en forma autónoma, en virtud del derecho al acceso a la justicia contenido en el art. 8.1 de la CADH, y el 14.1 del PIDCP. Así es como la autonomía del ofendido constituye un nuevo principio político que informa el derecho procesal latinoamericano²⁷ y que, dada la adhesión a ciertos tratados de derecho internacional, debemos receptor. Uno de los fundamentos que sustentan esta idea es que se lograría desperezar a la burocrática fiscalía. Tal como dice Castex, "la tutela judicial efectiva de los derechos humanos, según exige la normativa internacional, no se garantiza con un fiscal que, por abarcar mucho, termina por representar a nadie. Tal resguardo solo lo asegura una víctima autónoma con facultades dispositivas".²⁸

A *contrario sensu*, Maier considera más justo que el ofendido no pueda continuar con la persecución penal una vez que el MPF desiste. Sostiene que ello no implica negarle el derecho de acudir ante un oficio judicial para que su pretensión sea tratada, pero que sería erróneo involucrar un derecho más amplio al que posee durante el desarrollo de todo el proceso. Es decir, los jueces pueden responder a su petición en forma negativa, vedándole la persecución penal hasta la sentencia.²⁹ Para el jurista, si bien en su momento consideró que reconocer una querrela autónoma sería un mecanismo viable para desperezar a la fiscalía³⁰ (aun entendiendo al ofendido como accesorio a la pretensión estatal), hoy considera que ello lleva necesariamente una tendencia político-criminal con fines neopunitivistas. La víctima adquiere autonomía y suple al Estado en la búsqueda del castigo, por lo que "el autor debe sufrir el sistema penal y su consecuencia".³¹ Así se llega a una paradoja: el sistema penal que se originó en una expropiación del

del querellante en el proceso penal: desde "Santillán" a "Storchi", Buenos Aires, Ad-Hoc, 2008, p. 112.

27. BOVINO, A., *Principios políticos del procedimiento penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005, p.103.

28. CASTEX, F., *ob. cit.*, p.131.

29. MAIER, J. B. J., "Julio Maier: víctima y sistema penal", en *Pensar JusBaires*, Año I. N° 1, Buenos Aires, Editorial JusBaires, agosto 2014, p.18.

30. MAIER, J. B. J., "Una tarde con...", *ob. cit.*, p.116.

31. MAIER, J. B. J., "Julio Maier: víctima...", *ob. cit.*, p.20.

conflicto, hoy, por la doctrina y la jurisprudencia, le devuelve la autonomía persecutoria al ofendido.

El nuevo CPPN viene a ponerle punto final a la discusión. Basándose en la corriente de Cafferata Nores y lo resuelto por la jurisprudencia (recomiendo leer el trabajo de Javier A. De Luca),³² el código de rito empodera significativamente a la víctima permitiéndole, entre otras cosas, constituirse en querellante autónomo. Su art. 85 establece lo siguiente:

Artículo 85.- Querellante autónomo

En los delitos de acción pública, la víctima o su representante legal, podrán provocar la persecución penal o intervenir en la ya iniciada por el representante del Ministerio Público Fiscal.

La participación de la víctima como querellante no alterará las facultades concedidas por la ley al representante del Ministerio Público Fiscal, ni lo eximirá de sus responsabilidades.

Las entidades del sector público podrán ser querellantes conforme las leyes y reglamentos que así lo habiliten.

De la norma decanta que sus derechos y facultades se ven ampliados (ver art. 79 CPPN), incluso cuando no asume el rol de querellante. Al seguir con esta línea es que también se le permite convertir la acción.

IV. CONVERSIÓN DE LA ACCIÓN

Si bien, a primera vista, la forma más directa para reconocer mayores derechos sustantivos de participación a la víctima sería ampliar significativamente el catálogo de los delitos de acción privada, ello no se estableció en el nuevo CPPN. En cambio, siendo una de las innovaciones legislativas más trascendentes, se reguló el instituto de conversión de la acción.

Como bien dije, a primera vista. Pues analizándolo con más precaución podemos afirmar que lo primero implica fijar de un modo rígido los casos en que exclusivamente la persecución penal debe caer en manos de la víctima. Habría aún muchos casos que seguirían siendo delegados a un poder estatal con actores que seguirían llevando adelante abusos sobre los derechos de las víctimas.

32. DE LUCA, J. A., "La víctima en el proceso penal, modelo 2007", en Namer, S. (comp.), ob. cit., pp.27-52.

Por esto, tal como afirma Binder, "no parece que la fijación de criterios rígidos y absolutos sean un adecuado mecanismo de eficacia de la política criminal moderna".³³ Deberían utilizarse instrumentos dinámicos y flexibles, como lo es la conversión de la acción. Ella permite que según cada caso particular se pueda orientar la persecución penal con el fin de obtener una mayor eficacia del sistema.

Sin embargo, el instituto de conversión de la acción ha sido por muchos criticado. La primera observación es que resulta incorrecto que esté regulado en el CPPN. Por ser un instituto que tiene repercusión directa sobre el ejercicio de la acción penal, debería ser tratado por el CP.³⁴

De cualquier manera, el CPPN establece en su art. 33:

Artículo 33.- Conversión de la acción.

A pedido de la víctima la acción penal pública podrá ser convertida en acción privada en los siguientes supuestos:

a. Si se aplicara un criterio de oportunidad.

b. Si el Ministerio Público Fiscal solicitara el sobreseimiento al momento de la conclusión de la investigación preparatoria.

c. Si se tratara de un delito que requiera instancia de parte, o de lesiones culposas, siempre que el representante del Ministerio Público Fiscal lo autorice y no exista un interés público gravemente comprometido.

En todos los casos, si existe pluralidad de víctimas, será necesario el consentimiento de todas, aunque solo una haya ejercido la querrela.

Simplificadamente, decimos que se trata de un mecanismo que permite que en determinados supuestos establecidos por ley (como excepción a la persecución estatal), un delito de acción pública se convierta en delito de acción privada. Esto implica que el MPF no interviene, y la querrela continúa con la persecución en solitario. Analicemos brevemente dichos supuestos.

El inciso "a" establece que habrá conversión de la acción cuando el Ministerio Público aplique el principio de oportunidad. Si bien trataremos dicho punto en el apartado siguiente, podemos adelantar que este primer caso significa que en determinados supuestos el MPF puede desistir el ejer-

33. BINDER, A. M., *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2014, Tomo II, p.440.

34. MAIER, J. B.J., *Derecho Procesal Penal, Parte General, Sujetos procesales*, Tomo II, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2003, p.306. En el mismo sentido, PASTOR, D. R., *Lineamientos del nuevo Código Procesal Penal de la Nación*, Buenos Aires, Hammurabi, 2ª edición, 2015, p.45.

cicio de la acción por tener un desinterés en la persecución. Sin embargo, no impide que la víctima pueda hacerlo. Es que "este principio no debe significar desprotección de la víctima, pues la inactividad del fiscal no puede impedirle a la víctima llevar su caso a tribunales, como manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva".³⁵

En el segundo inciso nos encontramos con un Fiscal que se pronuncia en sentido desincriminatorio, y una víctima que decide seguir adelante por su cuenta. No encontramos mayores problemas aquí dada la autonomía que el nuevo CPPN le otorga a la querrela, como lo hemos trabajado. Es decir, se trata de un supuesto donde el Fiscal ya no dispone de la acción y la víctima la ejerce por sí misma, por lo que no veo inconveniente en que se aplique el instituto de la conversión.

Por último, el inciso "c" requiere del pedido de la víctima y de la autorización del MPF (algo así como un acuerdo entre acusadores). Al haber consentimiento del propio Fiscal, quien dispone de la acción, entiendo que no habría inconveniente con que la víctima pase a disponer de ella. Sin embargo, resulta un tanto abstracto el concepto de "interés público gravemente comprometido". Tal vaguedad deja abiertas las puertas a la discrecionalidad estatal para admitir o denegar la aplicación del instituto según sus propios intereses. Creo que es un tema que indefectiblemente deberá estar presente en los próximos meses de la agenda judicial.

Sea como fuere para la justicia, la doctrina no ha callado. Edwards considera que regular la conversión significa contrarrestar el efecto que busca la aplicación del principio de oportunidad. Es decir, se busca descomprimir el sistema pero al mismo tiempo se le otorga a la víctima la facultad de seguir adelante y congestionarlo.³⁶ Se entraría en algo así como una bipolaridad legislativa.

Ahora bien, ¿es una obligación del MPF desistir de la acción en, por ejemplo, los casos de insignificancia? El inciso "a" del artículo 33 CPPN parece dar la respuesta al enunciar que el MPF puede disponer de la acción al aplicar el principio de oportunidad. De esto se deduce que también puede no hacerlo. Entonces, en la medida en que el acusador estatal no

35. SOLIMINE, M. A., *Bases del nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Ley 27.063*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2015, p.130.

36. EDWARDS, C. E., "La disponibilidad de la acción penal en el Código Procesal Penal de la Nación", en *La Ley*, AR/DOC/3707/2015, 19/11/2015.

prescinda de la persecución penal, es consecuencia lógica de ello que no proceda el supuesto de conversión de la acción.

En la misma postura que Edwards se encuentran Bovino y Hurtado, quienes consideran que “si no asumimos que el principio de oportunidad debe ser -especialmente- una herramienta de política pública al servicio del ministerio público, (...) su aplicación puede no producir resultados positivos y, en todo caso, incrementará (...) la irracionalidad del sistema”.³⁷

Asimismo, Pastor dice que aceptar el instituto contradice las disposiciones de un derecho penal mínimo, moderado, humanista y de *última ratio*,³⁸ entendiendo que solo en última instancia el Estado debe utilizar instrumentos violentos. Claro está que a través de la CN se recepta la idea de que la persecución penal debe reducirse tanto como sea posible.

Lógicamente, dado que está en contra de la autonomía de la víctima, también sigue esta corriente de pensamiento Maier. Si bien reconoce que los derechos de la víctima merecen un resguardo ante la posible arbitrariedad del Fiscal, propone que cuando la víctima esté disconforme con la actuación del Fiscal que primero intervino el caso, pueda recurrir ante los Fiscales superiores a través de una especie de impugnación administrativa.³⁹

De cualquier forma, creo que debatir sobre la aceptación o el rechazo de la conversión no es más que volver a retomar la discusión sobre si el querellante debe ser autónomo o adhesivo, cuestión que parece ya haber suplido la jurisprudencia y el nuevo CPPN.

Sobre la base de esto, optamos por postularnos a favor del instituto. En primer lugar, porque en definitiva la víctima solo tiene un rol de garante de la acción por *default* del impulso del Fiscal.⁴⁰ En segundo lugar, permite liberar al MPF de recursos que bien pueden ser reorientados hacia delitos más graves y de mayor daño social. En palabras de Binder, “se ha gene-

37. BOVINO, A. y HURTADO, C., “Principio de oportunidad y proceso de reforma de América Latina. Algunos problemas de política criminal”, en *Justicia penal y derechos humanos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005, p.235.

38. PASTOR, D. R., *Lineamientos del nuevo Código Procesal Penal de la Nación*, Buenos Aires, Hammurabi, 2ª edición, 2015, p.45.

39. Versión taquigráfica de la sesión de Senadores del 04/11/2014, pp.11/12. Consultado en [<http://www.mpf.gob.ar/cppn/files/2015/05/Senado-Reforma-Codigo-reunion-plenario-4-de-noviembre.pdf>] el 05/07/2016.

40. *Ibid.*, p. 61.

rado un mecanismo que permite tomar decisiones político-criminales más concretas, buscando una mayor eficacia en un caso o grupo de casos".⁴¹ Además, se simplifica el proceso por resultar aplicables las reglas del proceso de acción privada, y no se genera una negación de justicia, cosa que sí sucedería al no aplicar el instituto (como sería en un caso).⁴² Y por último, desde el punto de vista del imputado, aumenta las posibilidades de llegar a una conciliación que ponga fin al caso.⁴³

V. EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

Conforme con lo observado en el punto 3, nuestro sistema recepta la persecución penal de oficio. En consecuencia, el MPF debe ejercer la acción obligatoriamente en todos los casos en que exista la hipótesis de comisión de un delito de acción pública, sin que sea posible suspender su actividad. Esto es conocido como el principio de legalidad.

La realidad indica que no existe sistema judicial que pueda perseguir todos los delitos que se cometen, y sobre la base de ello parecería ser inevitable que opere a través de un mecanismo de selección. Esta selección se da en dos dimensiones: una vinculada con la política criminal (el principio de *última ratio*), y otra relacionada con la concepción de la justicia penal como una organización de recursos limitados.⁴⁴ A ambas en conjunto las conocemos como el principio de oportunidad, y a groso modo decimos que mediante su aplicación se pretende racionalizar la selección que necesariamente tendrá lugar en el sistema.

Pensar que nuestro sistema judicial no receptaba el principio de oportunidad antes del nuevo CPPN resulta erróneo. Por ejemplo, cuando los sumarios con autores no individualizados son archivados, o cuando se realiza el pedido de suspensión del juicio a prueba.⁴⁵ El problema entonces es pen-

41. BINDER, A. M., ob. cit., p. 441.

42. SOLIMINE, M. A., ob. cit., p. 131.

43. BOVINO, A., *Problemas del derecho...*, ob.cit., p.107.

44. BINDER, A. M., "Legalidad y oportunidad", en AA.VV., *Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005, p.213.

45. BARREIRO, G. E., "¿Fiscal privado y querrela pública? Criterios de oportunidad y conversión de la acción pública en privada", en *Revista de Derecho Procesal Penal*, 2008-1, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, p.158.

sar si una regulación explícita de principios de oportunidad, como ocurre en el nuevo CPPN, implica anular el principio de legalidad. Binder parece darnos la solución. Es necesario dejar de entenderlos como un binomio de principios opuestos, pues cada uno tiene un fundamento autónomo, general y distinto al otro:⁴⁶ el fundamento del principio de legalidad es la justicia, y el del de oportunidad la finalidad (entendida como que la inteligencia de la selección lleva a una efectividad en la aplicación del derecho).⁴⁷ Entonces podemos resumir que, paradójicamente, la justicia debe ser la meta y su condición restrictiva para alcanzarla debe ser la finalidad. En palabras de Hassemer, el sistema debe contar con "tanta legalidad como sea posible; tanta oportunidad como (política y económica de la actualidad) sea necesario".⁴⁸

V.A. El principio de oportunidad en el nuevo CPPN

Tomando como parámetro el derecho continental europeo, y la forma que predomina en la doctrina y las legislaciones provinciales, nuestro nuevo CPPN rezepto el principio de oportunidad reglada. Por la misma se entiende que partiendo de la vigencia del principio de legalidad, se admiten excepciones de oportunidad previstas explícitamente en la norma penal. Su aplicación a los casos concretos requiere un control del órgano jurisdiccional, el cual debe analizar si se enmarca dentro de los supuestos autorizados por ley en forma abstracta, y si concretamente amerita dicho tratamiento.⁴⁹

El artículo 31 regula el principio de oportunidad:

Artículo 31.- Criterios de oportunidad.

Los representantes del Ministerio Público Fiscal podrán prescindir total o parcialmente del ejercicio de la acción penal pública o limitarla a alguna de las personas que intervinieron en el hecho en los siguientes casos:

46. BINDER, A. M., "Legalidad y oportunidad", ob. cit., p.213.

47. ANITUA, G. I., y BORINSKY, M., "Principios de legalidad y oportunidad en los sistemas procesales penales europeos", en HENDLER, E. S. (dir.), *Sistemas procesales penales comparados*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999, p.452.

48. HASSEMER, W., "La persecución penal: legalidad y oportunidad", en *Revista de Derecho Penal*, 2001-2, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, p.71.

49. CAFFERATA NORES, J. I., "El principio de oportunidad en el derecho argentino. Teoría, realidad y perspectivas", en *Nueva Doctrina Penal*, 1996-A, Buenos Aires, Editores del Puerto, p.14.

- a) Si se tratara de un hecho que por su insignificancia no afectara gravemente el interés público;
- b) Si la intervención del imputado se estimara de menor relevancia, y pudiera corresponder pena de multa, inhabilitación o condena condicional;
- c) Si el imputado hubiera sufrido a consecuencia del hecho un daño físico o moral grave que tornara innecesaria y desproporcionada la aplicación de una pena;
- d) Si la pena que pudiera imponerse por el hecho careciera de importancia en consideración a la sanción ya impuesta, o a la que deba esperarse por los restantes hechos investigados en el mismo u otro proceso, o a la que se impuso o se le impondría en un procedimiento tramitado en el extranjero.

Pasaremos a analizar cada uno de los cuatro incisos:

El primero autoriza la aplicación del principio de oportunidad en casos de insignificancia o bagatela. Esto implica que pese a existir una conducta concordante con la descrita legalmente, el hecho afecta un bien jurídico en tan escasa magnitud, que por razones de política criminal no se justifica su ingreso al tipo penal.⁵⁰ Ahora bien, determinar si un hecho es o no insignificante requiere de un análisis concreto de las circunstancias de modo, tiempo y espacio. Es decir, depende de cada caso particular.

Parte de la doctrina niega el principio de insignificancia sosteniendo: que implica atribuirle al Poder Judicial facultades legislativas, que la escasa afectación del bien jurídico debe analizarse al momento de graduar la pena (no de imponerla), y que es un principio no previsto en el sistema, con lo que de aplicarlo se vulneraría el principio constitucional de legalidad. Santoianni anula todas esas críticas al decir que el principio de insignificancia se sustenta en el principio constitucional de *última ratio*, y consiguientemente su fundamento no sería legal, sino supralegal. Con ello, el primer y tercer argumento dejan de ser válidos. Respecto del segundo, al considerar que está en juego un principio que se encuentra por encima de la CN, debería absolverse al imputado sin que exista escala penal aplicable.⁵¹

Claro que dentro de quienes apoyan la aplicación de la insignificancia también se encuentra Zaffaroni, quien fundamenta su postura en los princi-

50. BINDER, A. M., "Legalidad y oportunidad", ob.cit., p.216.

51. SANTOIANNI, J. P., "El principio de insignificancia y la desestimación de la denuncia por inexistencia de delito", en *La Ley*, 2009-B, 871, AR/DOC/4117/2008, 04/03/2009.

pios de lesividad y proporcionalidad⁵² (pues sería irracional imponerle una pena a quien arranca un pelo).

Por todo esto, se considera que la incorporación del inciso "a" es un avance legislativo importante, no solo para dar una respuesta normativa al debate doctrinario, sino también para traducir las discusiones que se daban en el ámbito de la teoría de la pena, al ámbito procesal.

El inciso "b" alude a la insignificancia, no del hecho, sino de la participación y/o culpabilidad,⁵³ es decir, a la mínima responsabilidad. El problema de este supuesto es que "cuando hay otros partícipes respecto de quienes se continúa el proceso, la aplicación del instituto (...) 'abre la puerta de la figura del delator', pues permitiría después presentarlo como un testigo de cargo de los demás imputados".⁵⁴ Por ende, creo que una nueva reforma debería tratar aquella situación, juntamente con la llamada ley del arrepentido.

El tercer inciso refiere a la pena natural. Siendo que el autor del injusto ya ha sufrido un mal grave, imponerle una pena estatal sin tener como referencia la primera llevaría a que la pena alcanzara un quantum violatorio de la proporcionalidad que debería existir entre delito y pena, lesionaría el principio de humanidad, y extremaría la irracionalidad del poder punitivo dejando en evidencia su inutilidad.⁵⁵

Por último, el inciso "d" confiere al MPF la facultad de aplicar el principio de oportunidad en aquellos casos en que se considere que dejarlo de lado permitiría perseguir con mayor eficacia un hecho punible más grave o mejor probado. Es decir, "a efectos de optimizar los recursos judiciales, se prioriza la persecución del más grave 'en perjuicio' del menos trascendente".⁵⁶

VI. INTERESES DE LA VÍCTIMA VS. GARANTÍAS DEL IMPUTADO

Permitirle a la víctima continuar por sí sola con el ejercicio de la acción cuando el MPF desiste de hacerlo, inclina la balanza del proceso nota-

52. ZAFFARONI, E. R.; ALAGIA, A. y SLOKAR, A., *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, EDIAR, 2ª edición, 7ª reimpresión, 2012, p.376.

53. SOLIMINE, M. A., ob. cit., p.128.

54. *Idem*.

55. ZAFFARONI, E. R., ob.cit., p.113.

56. SOLIMINE, M. A., ob.cit., p.131.

blemente en contra del imputado, pues "cada derecho otorgado a la víctima implica necesariamente suprimir un derecho del acusado".⁵⁷

En este sentido, Pastor reconoce que no se puede servir a los dos polos a la vez, cosa que puede ilustrarse a través del principio *in dubio*. Siendo que se configuraba una relación entre el Estado y el ofendido, a este se le reconocían derechos frente al poder punitivo del primero. Ahora bien, cuando la relación vuelve a ser entre víctima-imputado, desaparecen las razones para dar privilegio al acusado, lo que implicaría una necesaria transición del *in dubio pro reo*, al *in dubio pro víctima*.⁵⁸ Traducido a la práctica, la aplicación del instituto de conversión de la acción puede violar el derecho del imputado a la duración razonable del proceso penal,⁵⁹ garantía de defensa en juicio.

Difiere Castex, quien considera que el hecho de que la víctima pase a un primer plano, si bien comporta dificultades de adaptación (en especial en materia de garantías), no ha de suponer la disminución de los derechos del imputado, ni que sus derechos pasen a un plano secundario. "No podemos interpretar la reafirmación del papel de la víctima en el proceso penal como una nueva concepción tendiente a sustituir el *in dubio pro reo* en *in dubio pro víctima*".⁶⁰

VII. UN CONTROL DE LEGALIDAD POR EL MPF

Cuando el Fiscal aplica el principio de oportunidad y desestima la denuncia, será el Juez quien controle dicha decisión, porque "resulta razonable que, si rige el principio de legalidad en la persecución penal oficial, el ofendido posea mecanismos para provocar su control judicial cuando la fiscalía, según su opinión, se aparte de ese deber ser".⁶¹ Luego, como vimos, el Fiscal sale del proceso y la víctima puede continuar con el ejercicio de la acción por sí sola.

57. PASTOR, D. R., "La ideología penal de ciertos pronunciamientos de los órganos del sistema interamericano de derechos humanos: ¿garantías para el imputado, para la víctima o para el aparato represivo del estado?", en BRUZZONE, G. A. (coord.), *Cuestiones Penales. Homenaje al profesor doctor Esteban J. A. Righi*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2012, p.590.

58. *Ibid.*, pp. 591-592.

59. MAIER, J. B. J., "Julio Maier: víctima...", ob.cit., pp.21-22.

60. CASTEX, F., ob.cit., p.121.

61. MAIER, J. B. J., "Julio Maier: víctima...", ob.cit., p.28.

Pero no por permitir la conversión de la acción se puede pretender que la víctima se torne en un acusador descontrolado, o la pena en una respuesta irracional. "La intervención debería ceñirse de limitaciones necesarias para evitar que el proceso se convierta en una cacería judicial o en la teatralización de una anunciada venganza no legal".⁶²

Entonces, ¿quién controla a partir de la aplicación del instituto de conversión de la acción que las decisiones del Juez no violen las garantías de las partes? Bien podrían hacerlo ellas mismas, pero me inclino por considerar que debe ser el MPF, ya que es quien desde sus inicios tiene la función de ejercer el control de legalidad en el proceso. En idéntico sentido se expide Barreiro quien sostiene que "a pesar de no seguir adelante con la pesquisa, debería estar presente cumpliendo la función del control de legalidad como guardián de los intereses de la sociedad".⁶³

El problema ahora sería que en este caso particular se consideró que no había un interés público comprometido, y que por ello el Ministerio Público desistió de la acción. Entonces creemos que el control de legalidad por parte del Ministerio Público debe existir, pero únicamente en aquellos casos en que fuese estrictamente necesario para salvaguardar los derechos de alguna de las partes.

Pensamos por ejemplo en los delitos de violencia de género. Aquí, al decidir seguir adelante con la persecución por sí solo, el ofendido se encuentra necesariamente en una posición más vulnerable de la que ya se encontraba. Esta solución seguiría con la línea que propone el art.30 CPPN (para algunos contraria a las reglas de Tokio), al establecer que en casos de violencia doméstica no procede el instituto de conversión de la acción, puesto que el MPF no puede prescindir ni total ni parcialmente del ejercicio de la acción penal. Pensamos que otros delitos donde cabría esta facultad del Ministerio Público serían los de trata de personas, o narcotráfico por ejemplo.

Pero esto trae aparejada una nueva dificultad: el representante del MPF ya se expidió sobre el asunto de fondo al desistir de la acción, por lo que su control de legalidad podría no ser del todo objetivo. Esto no sucede por ejemplo, en el caso de Costa Rica, que en su art. 26 CPP, dos de los tres supuestos en los cuales se aplica el instituto de conversión de la acción

62. CASTEX, F., ob. cit., pp.131-132.

63. BARREIRO, G. E., "¿Fiscal privado y...?", ob.cit., p.177.

están regulados como un derecho de la víctima, sin requerir la autorización del MPF.

Consideramos que el Ministerio Público debería ejercer un control de legalidad ante los delitos de violencia de género, trata de personas, y narcotráfico, pero mediante un Fiscal distinto al que ya participó del proceso. Entonces por ejemplo, se podría sortear un nuevo representante del Ministerio Público para que acompañe, vedando por las garantías procesales de aquí en adelante.

VIII. EL QUERELLANTE ESTATAL

Siguiendo con la idea del apartado anterior, donde la aplicación del instituto de la conversión pone, en determinados supuestos, a la víctima en una posición vulnerable, consideramos que en el caso en que la víctima sea una persona jurídica estatal, es el imputado quien correría un riesgo.

Pensemos por ejemplo que la AFIP se constituye en querellante, o el BCRA, la Aduana, la UIF, o la Oficina de Anticorrupción. Son todos organismos estatales que deciden ejercer la acción penal con sustento en el interés público, tal como lo hace el MPF. Entonces hay en definitiva dos acusadores estatales, lo que sin lugar a dudas violaría el principio *ne bis in idem*, puesto que se le estaría concediendo al acusador más de una oportunidad para perseguir penalmente y lograr una condena.⁶⁴ O lo que sería lo mismo desde la otra cara de la moneda, decir que una misma persona está siendo acusada varias veces por un mismo hecho, mediante una identidad objetiva. Tal como expresó Tedesco en su exposición frente a la Cámara de Senadores, no solamente se genera una desigualdad de armas en contra del acusado, sino que también, como cada uno de ellos es independiente, el defensor se ve en la problemática de tener que responder ante cada una de ellas, porque no se trata de imputaciones alternativas, sino que se suman.⁶⁵

64. D'ALBORA, N. F., "Límites recursivos de la parte acusadora en el proceso penal", en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, 2000-6 (10 A), Buenos Aires, Ad-Hoc, p.93.

65. Versión taquigráfica de la sesión de Senadores del 05/11/2014, pp.11-12. Consultado en: [<http://www.mpf.gob.ar/cppn/files/2015/05/Senado-Reforma-Codigo-reunion-plenario-5-de-noviembre.pdf>] el 10/07/2016.

Hay un Fiscal que pide la absolución, y un organismo estatal quiere seguir ejerciendo la acción. ¿Qué sucede en estos casos donde, como ya vimos, hay una múltiple persecución penal? Ello no se encuentra contemplado en el nuevo CPPN. De hecho, siquiera se habla sobre la posibilidad de que el Estado se constituya en querellante. Dada esta situación, acudimos a la jurisprudencia para ver si logramos resolver la cuestión.

Por un lado, la CCF sostiene que la AFIP (por nombrar un ejemplo), debería depender de la voluntad del MPF,⁶⁶ es decir, ser adhesivo a él. En igual sentido, Franceschetti y Gamba sostienen que "la multiplicidad de acusadores no implica un gravamen para el derecho de defensa, en tanto los jueces apliquen estrictamente las reglas procesales de unificación de pretensiones y personería o litisconsorcio necesario".⁶⁷ Por el otro, la CNCP considera que el sujeto especializado (querellante), debería desplazar al agente del MPF.⁶⁸ En definitiva, los tribunales tampoco resuelven el asunto.

De cualquier forma, creemos que la solución más adecuada fue a la cual arribó Casación, pues se evitaría un conflicto de intereses de la misma parte. Además, se llevaría una investigación más eficaz puesto que el organismo especializado seguramente sea más eficiente en la persecución de delitos complejos o no convencionales que afectan al Estado.⁶⁹

Lo mismo sucedería si acusase un organismo estatal, una persona física o jurídica distinta del Estado, y el Estado a través de MPF. Esto es, cuando mediasen bienes jurídicos individuales y colectivos. En estos supuestos, Castex previó como solución que, además de la delegación del ejercicio de la acción penal en la víctima no estatal, esta debe actuar bajo el control o la supervisión de un órgano determinado del MPF.⁷⁰ Entonces se le confiere a la querrela el ejercicio autónomo de la acción, pero con ciertas limitaciones. Su solución parece ir de la mano con la idea del control de legalidad que expusimos en el punto 8.

66. CCF, "Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas", LL 1976-A-12, 29/08/1975.

67. FANCESCHETTI, G. D. y GAMBA, S. B., ob.cit., p.95.

68. CNCP, Sala III, "Ciccone", registro 1680, 29/11/2007, voto de la Dra. Ángela Ledesma. Misma Sala, "Ferenese", registro 1220/10, 23/08/2010. También CNCP, Sala IV, "Álvarez", Registro 14.213.4, 02/12/2010.

69. CASTEX, F., ob. cit., p.123.

70. *Ibid.*, p. 129.

IX. CONSIDERACIONES FINALES

Durante la inquisición, el conflicto entre víctima e imputado se recategorizó como un asunto entre Estado e imputado. Va de ello que la noción de bien jurídico sea una creación estatal, cuyo fin es despersonalizar el conflicto para que no exista necesidad alguna de remitir a la víctima de carne y hueso. Por esto es que se objetiva a la víctima en un tipo penal, mediante el cual se la incluye y excluye.

Sobre la base del art.19 CN podemos afirmar que el bien jurídico requiere necesariamente de un titular, que no puede ser otro que la víctima siendo que es la verdadera y original titular del conflicto. Por eso, hoy resulta necesario volver a asentar el sistema penal en la noción de daño, otorgándole al ofendido el protagonismo que indefectiblemente le pertenece.

Siguiendo esta línea, nuestro ordenamiento jurídico receptó del derecho internacional la idea de que la razón principal de perseguir el delito es garantizar el acceso de las víctimas a la justicia. Esto es, el derecho a la tutela judicial efectiva. Por esto, si bien el art.71 CP establece como principio la persecución penal de oficio, ello no implica un monopolio, pues no impone que la víctima deba ser excluida del ejercicio de la acción. Más aún, el nuevo CPPN empodera significativamente al ofendido y le permite, por ejemplo, constituirse como querellante autónomo, lo que implica, entre otras cosas, que cuando el MPF desiste de la acción, la víctima puede seguir adelante ejerciéndola por sí sola.

En consecuencia, se incorporan acertadamente al nuevo CPPN el instituto de conversión de la acción y el principio de oportunidad reglada, cuestión que como vimos, no debe entenderse como contradictoria. Sin embargo, no podemos evitar pensar que la aplicación de la conversión pone en jaque las garantías del proceso, siendo este el mayor problema que encontramos al aplicar dicho mecanismo.

En razón de ello creo que en determinados casos resulta menester que el MPF, a través de un representante distinto al que ya se expidió sobre el fondo de la cuestión, siga adelante en el proceso ejerciendo un control de legalidad.

A su vez, habría una crisis garantista cuando el querellante sea un organismo estatal. Aquí cabrían dos posibilidades: que el MPF deba desistir de la acción, dejando que el querellante estatal persiga en forma autónoma, y/o que el MPF continúe, pero únicamente ejerciendo un control de legalidad.

En definitiva, del análisis se sustrae que todo se remonta al debate sobre el querellante autónomo.

BIBLIOGRAFIA

- ANITUA, Gabriel, y BORINSKY, Mariano, "Principios de legalidad y oportunidad en los sistemas procesales penales europeos", en HENDLER, Edmundo S. (dir.), *Sistemas procesales penales comparados*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999, pp.447-484.
- BARREIRO, Gastón E., "¿Fiscal privado y querrela pública? Criterios de oportunidad y conversión de la acción pública en privada", en DONNA, Edgardo A. (dir.), *Revista de Derecho Procesal Penal*, 2008-1, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, pp.149-178.
- BINDER, Alberto M., *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2014, Tomo II.
- , *Introducción al Derecho Procesal Penal*, 2da edición, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2013.
- , "Legalidad y oportunidad", en AA.VV., *Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005, pp.205-217.
- BOVINO, Alberto, "La víctima como preocupación del abolicionismo penal", en MAIER, Julio B. J. (comp.), *De los delitos y de las víctimas*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2008, pp.261-279.
- , "La víctima como sujeto público y el estado como sujeto sin derechos", en *Lecciones y Ensayos*, 1994, nro. 59, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994, pp.19-32.
- , *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1998.
- y HURTADO, Christian, "Principio de oportunidad y proceso de reforma de América Latina. Algunos problemas de política criminal", en *Justicia penal y derechos humanos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005, pp.221-236.
- , *Principios políticos del procedimiento penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005.
- CAFFERATA NORES, José I., *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 3ª edición, 2005.
- , "El principio de oportunidad en el derecho argentino. Teoría, realidad y

- perspectivas", en MAIER, Julio B. J. (dir.), *Nueva Doctrina Penal*, 1996-A, Buenos Aires, Editores del Puerto, pp.3-23.
- , "El querellante en los delitos de acción pública y la Constitución Nacional", en BERIZONCE, Roberto O. (dir.), *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, La Plata, Gráfica Pafernor, 1983, año XXV-44, pp.165-192.
- CASTEX, Francisco, *Sistema acusatorio material: una investigación sobre los fundamentos del querellante autónomo*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1ª edición, 2013.
- CHRISTIE, Nils, "Los conflictos como pertenencia", en MAIER, Julio B. J. (comp.), *De los delitos y de las víctimas*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2008, pp.157-182.
- D'ALBORA, Nicolás F., "Límites recursivos de la parte acusadora en el proceso penal", en RIGHI, Esteban (dir.), *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, 2000-6 (10 A), Buenos Aires, Ad-Hoc, pp.79-115.
- DE LUCA, Javier A., "La víctima en el proceso penal, modelo 2007", en NAMER, Sabrina (comp.), *Las facultades del querellante en el proceso penal: desde "Santillán" a "Storchi"*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2008, pp.27-52.
- EDWARDS, Carlos E., "La disponibilidad de la acción penal en el Código Procesal Penal de la Nación", *La Ley*, AR/DOC/3707/2015, 19/11/2015.
- FANCESCHETTI, Gustavo D. y GAMBA, Silvia B., *El querellante. La reivindicación de la víctima en el proceso penal*, Rosario, Nova Tesis Editorial Jurídica, 2da edición, 2010.
- FIGARI, Rubén E., *El principio de oportunidad o disponibilidad de la acción penal en el Código Penal y en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación*, consultado en [<http://www.rubenfigari.com.ar/el-principio-de-oportunidad-o-disponibilidad-de-la-accion-penal-en-el-codigo-penal-ley-27-147-y-en-el-nuevo-codigo-procesal-penal-de-la-nacion-ley-27-063/>] el 12/06/2016.
- HASSEMER, Winfried, "La persecución penal: legalidad y oportunidad", en DONNA, Edgardo A. (dir.), *Revista de Derecho Penal*, 2001-2, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, pp.65-73.
- MAIER, Julio B. J. (comp.), *De los delitos y de las víctimas*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2008, pp.183-247.
- , *Derecho Procesal Penal*, Tomo I, *Fundamentos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2003.
- , *Derecho Procesal Penal*, Tomo II, *Parte General, Sujetos procesales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2003.

- , "Julio Maier: víctima y sistema penal", en *Pensar JusBaires*, Año I. N° 1, Buenos Aires, Editorial JusBaires, agosto 2014, pp.14-31.
- , "Una tarde con la víctima", en NAMER, Sabrina (comp.), *Las facultades del querellante en el proceso penal: desde "Santillán" a "Storchi"*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2008, pp. 111-142.
- PASTOR, Daniel (dir.), *El sistema penal en las sentencias recientes de los órganos interamericanos de protección de los derechos humanos*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2009.
- , "La ideología penal de ciertos pronunciamientos de los órganos del sistema interamericano de derechos humanos: ¿garantías para el imputado, para la víctima o para el aparato represivo del estado?", en BRUZZONE, Gustavo A. (coord.), *Cuestiones Penales. Homenaje al profesor doctor Esteban J. A. Righi*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2012, pp.565-595.
- , *Lineamientos del nuevo Código Procesal Penal de la Nación*, 2ª edición, Buenos Aires, Hammurabi, 2015.
- SALVATORI, Carla, *La conversión de la acción*, consultado en [<http://oaji.net/articles/2015/1341-1425255020.pdf>] el 10/06/2016.
- SANTOIANNI, Juan Pablo, "El principio de insignificancia y la desestimación de la denuncia por inexistencia de delito", *La Ley*, 2009-B, 871, AR/DOC/4117/2008, 04/03/2009.
- SOLIMINE, Marcelo A., *Bases del nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Ley 27.063*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2015.
- ZAFFARONI, Eugenio R.; ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 2ª edición, Buenos Aires, EDIAR, 2012.
- Versión taquigráfica de la sesión de Senadores del 04/11/2014, pp.11/12. Consultado en [<http://www.mpf.gob.ar/cppn/files/2015/05/Senado-Reforma-Codigo-reunion-plenario-4-de-noviembre.pdf>] el 02/06/2016.
- Versión taquigráfica de la sesión de Senadores del 05/11/2014, pp.11-12. Consultado en: [<http://www.mpf.gob.ar/cppn/files/2015/05/Senado-Reforma-Codigo-reunion-plenario-5-de-noviembre.pdf>] el 02/06/2016.
- CCF, "Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas", LL 1976-A-12, 29/08/1975.
- CIDH, Informe N° 34/96. Casos 11.228 y otros. Consultado en: [<http://www.cidh.oas.org/annualrep/96span/Chile11228.htm>], el 11/12/2016.
- CIDH, "Zambrano Vélez c/Ecuador", 4/7/2007.
- CIDH, "Bulacio c/Argentina", caso 11.228, 18/09/2003.
- CNCP, Sala III, "Ciccone", registro 1680, 29/11/2007.

CNCP, Sala III, “Ferenese”, registro 1220/10, 23/08/2010.

CNCP, Sala IV, “Álvarez”, Registro 14.213.4, 02/12/2010.

CSJN, “Quiroga, Edgardo Osar s/ causa N°4302”, 23/12/2004.

CSJN, “Santillán, Francisco Agustín s/recurso de casación”, 321:2021,
13/08/1998.

CSJN, “Sabio, Edgardo Alberto”, S.58.XLI, 11/07/2007.

CSJN, “Wald, Otto s/art.302 del C.P.”, 268:266, 21/07/1967.

LITERATURA Y DERECHO



“DIMENSIONES”: UNA LECTURA DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO*

MARÍA LUISA PIQUÉ** Y ROSA VILA***

Resumen: El presente trabajo se inscribe dentro de lo que se conoce como derecho en la literatura, en tanto analiza la experiencia jurídica contenida en una obra literaria a partir de la idea de que los acontecimientos representados en ella pueden contribuir a una mejor comprensión del Derecho y ayudar así a la formación de la cultura y la comunidad jurídica. La obra es “Dimensiones” de la autora y premio Nobel canadiense Alice Munro, que aborda la violencia contra las mujeres basada en el género en el ámbito doméstico.

Palabras clave: derecho en la literatura – violencia de género – derechos humanos – derecho penal – femicidio

Abstract: This work belongs to what it is known as Law and Literature, as it examines the legal experience included in the literary work whereby events therein represented may contribute to a better understanding of Law hence helping create legal culture and community. It focuses on the literary story “Dimensions”, by Canadian writer and Nobel Prize Alice Munro, which involves the issue of gender-based domestic violence against women.

Keywords: law in literature – gender violence – human rights – criminal law – femicide

* Recepción del original: 22/09/2016. Aceptación: 14/10/2016.

** Abogada (UBA), Master en Derecho (Universidad de Georgetown), Fiscal de la Procuración General de la Nación y profesora adjunta (Int.) de Garantías Constitucionales del Derecho Penal y Procesal Penal (UBA).

*** Abogada (UBA), Jueza Nacional en lo Civil (r), Diploma Superior en Lectura, Escritura y Educación (FLACSO) e integrante de Lectores para la justicia (lectoresparalajusticia.org).

I. INTRODUCCIÓN

Desde “Lectores para la Justicia” hemos promovido la idea de que la lectura de textos literarios puede operar como un disparador para acercarse a valores y derechos esenciales –normas de convivencia, derechos humanos, situaciones de discriminación– en tanto la obra literaria daría la oportunidad de adentrarse en las acciones y pasiones humanas con mayor comprensión y autoridad de la que ofrece el simple relato de los hechos reales.¹

Muchas veces hemos sentido que un libro no es solo un objeto que compramos o que alguien nos trajo a las manos. Es todo lo que se despliega en nosotros cuando ingresamos de lleno en su lectura. Constituye una posibilidad para pensar, inquietarse, volver la mirada hacia nuestra propia interioridad, desarrollar nuestra imaginación y espíritu crítico, permitiéndonos un acercamiento profundo a la condición humana y sus peculiaridades. La cualidad del texto literario es su potencia para interpelarnos. Si la ficción trata del sufrimiento de otros seres que pudieran tener otras realidades, en el encuentro que la obra nos habilita con los personajes y su entorno, nos volvemos más conscientes, más empáticos, más reflexivos.

Desde la mirada del entrecruzamiento del Derecho y la Literatura se ha defendido la imaginación literaria como componente esencial de una actitud ética que permite que nos ocupemos de otras personas que pueden tener vidas muy distantes a las nuestras, al punto que en relación con quienes están encargados de tomar decisiones judiciales la propuesta es que “para ser plenamente racionales los jueces también deben ser capaces de “fantasear” y comprender. No solo deben afinar sus aptitudes técnicas, sino su capacidad humana.”²

En la intersección de la lectura literaria y la perspectiva jurídica, queremos compartir un cuento de Alice Munro por los múltiples abordajes que ofrece a la temática de la violencia de género. Se trata de “Dimensiones”, texto que en un principio apareciera en la prestigiosa revista *The New Yorker* y luego se integrara al volumen de cuentos *Demasiada Felicidad*, publicado en 2009. Esta obra de ficción posee, además de la bondad de su escritura, la eficacia de traernos a la dura realidad y hacernos pensar sobre

1. [<https://www.lectoresparalajusticia.org>].

2. NUSSBAUM, M., *Justicia Poética*, Santiago de Chile, Andrés Bello, 1997, pp. 18 y 163.

el fenómeno de la violencia contra las mujeres en el ámbito doméstico, desgraciadamente extendido por muchas latitudes.

En tanto para los hechos narrados hay un abordaje legal, el relato se inscribe en lo que se ha dado en llamar Derecho en la Literatura, corriente que analiza la experiencia jurídica contenida en la obra literaria a partir de la idea de que los acontecimientos representados en ella pueden contribuir a una mejor comprensión del Derecho y ayudar así a la formación de la cultura y la comunidad jurídica.³ De ahí que sería deseable que el cuento integrara el material de lecturas literarias que pudieran ponerse a disposición de los estudiantes de Derecho en las cátedras de Derechos Humanos, Derecho Civil, Derecho Penal o cualquier otra materia que dé cuenta de la situación de las mujeres en la sociedad.

II. LA AUTORA

En la obra de Alice Munro, escritora canadiense de menuda talla física pero de grandeza literaria incomparable, hay mucho de indagación en las complejidades del alma humana. Nació en 1931 en Wingham, un pueblo rural de Ontario, Canadá, en un hogar de gente de trabajo. Su padre laboraba en una granja de zorros y su madre había sido maestra hasta que se lo fue impidiendo el Parkinson que padeció siendo Alice muy jovencita. Después de asistir a la escuela primaria y secundaria en su ciudad natal, obtuvo una beca en periodismo en la Universidad de Western Ontario y trabajó en una biblioteca pública. A los 20 años se casó con un librero y se mudó a Vancouver. Nacieron tres hijas y Munro contó más de una vez que se las ingeniaba para escribir durante el tiempo de descanso de las niñas, lo que hace pensar en las dificultades sobre las que advertía Virginia Woolf para –en la condición de mujer– ser escritora.⁴

Divorciada después de 21 años, se casó una segunda vez con quien vivió largamente hasta la muerte de este. Con una novela y trece colecciones de relatos, es reconocida como la más grande cuentista de nuestro tiempo, lo que la llevó a ganar el premio Nobel de Literatura en 2013.

3. TRINIDADE, A. K. y GUBERT, R. M., “Derecho y Literatura. Acercamientos y perspectivas para repensar el Derecho”, en *Revista Electrónica Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales A. L. Gioja*, n° 4, Buenos Aires, 2009, Año III, pp. 176 y ss.

4. WOOLF, V., *Un cuarto propio y otros ensayos*, Buenos Aires, A-Z Editora, 1993.

En la lectura de su obra se hace evidente la disposición de Munro a detenerse en la circunstancia de las mujeres. En diversos cuentos magistralmente narrados –esos que parecen historias pequeñas de todos los días pero abren caminos hacia ámbitos desconocidos de nosotros mismos– las protagonistas femeninas son mostradas en todos sus aspectos. Las hay decididas a incursionar en campos profesionales inusitados para su época, valientes y con capacidad de tomar decisiones ante situaciones riesgosas, como también atadas a contextos pueblerinos, precariedades económicas y mandatos familiares.

Aunque a Alice Munro no se le conoce militancia específica en cuestiones de género, ante la pregunta de si soñaba recibir el Nobel contestó, con la sencillez, pero a la vez con la profundidad de su obra escrita: “Oh, no, claro que no. ¡Era una mujer! Sé que algunas lo han ganado, pero nunca lo pensé, porque la mayoría de los escritores subestimamos nuestra obra”. Y agregó: “Nunca conocí la palabra feminista, pero por supuesto que lo fui”.⁵ Y “Dimensiones” le da la razón.

III. LA HISTORIA FICCIONAL Y SUS DIVERSAS CLAVES DE LECTURA

El caso que nos presenta la autora, aunque contrario a toda idea de humanidad, forma parte de nuestra realidad cotidiana. Se trata del devenir de Doree y Lloyd, un matrimonio compuesto por una joven y un hombre bastante mayor que ella, con tres hijos en común. El escenario es una zona rural cercana a Mildmay, pequeño pueblo de la provincia de Ontario, Canadá y aunque no hay una referencia temporal determinada, es una historia de nuestros tiempos.

La pareja se va aislando progresivamente del mundo exterior al compás del diario sometimiento de la esposa a los designios de su compañero hasta que ocurre el trágico final que pone en evidencia no solo cuánta maldad puede encarnar un ser humano, sino también la variedad de formas que puede asumir el maltrato hacia las mujeres. Muestra asimismo, las condiciones psicosociales y estructurales que son tierra

5. Entrevista a Alice Munro en su casa de Canadá que fue emitido por la Academia Sueca en reemplazo del tradicional discurso que ella, por su estado de salud, no pudo brindar en Estocolmo, consultado en [<https://www.theguardian.com/books/2013/dec/10/alice-munro-nobel-prize-video-interview>] el 09/2016.

fértil para que el ultraje se despliegue y lleva a reflexionar sobre los límites para abordar la prevención y erradicación del flagelo de la violencia de género.

De manera sutil y precisa, la narradora recorre en progresión los diversos estadios de una relación de pareja que evoluciona desde la asimetría del vínculo hacia niveles más altos de desconsideración y consecuente pérdida de la autoestima de la mujer. Y describe lúcidamente los distintos tipos y modalidades en que se presenta la violencia contra las mujeres en el ámbito intrafamiliar, para desembocar en el asesinato, por parte del marido, de los tres niños.

La historia que nos acerca Alice Munro puede ser leída desde muchas perspectivas. Nosotras vamos a hacer foco en primer lugar, en su retrato de situaciones de violencia habitual contra las mujeres en el marco de un matrimonio. Y en segundo lugar, en la conceptualización jurídica de la derivación fatal y la lectura que de ese desenlace tienden a hacer los sistemas de administración de justicia a través de los procesos penales. Finalmente, también analizaremos los distintos personajes femeninos que aparecen en el texto, los cuales representan distintos tipos de posicionamientos de las mujeres.

IV. EL RETRATO DE LA VIOLENCIA BASADA EN EL GÉNERO EN EL ÁMBITO DOMÉSTICO

Uno de los grandes logros del cuento es mostrar las dinámicas que caracterizan a la violencia de género contra las mujeres en el ámbito doméstico.

Si bien las mujeres no son el único grupo que sufre violencia doméstica, lo cierto es que la padecen de forma desproporcionada y con características distintivas. Y esto se debe a que esta modalidad de violencia, cuando está dirigida contra las mujeres, es una expresión de la violencia basada en el género, que a su vez es aquella que se explica “en el reparto inequitativo de roles sociales, en pautas culturales muy asentadas que favorecen las relaciones de posesión y dominio del varón hacia la mujer”.⁶

6. LAURENZO COPELLO, P., “La violencia de género en la ley integral. Valoración político-criminal”, publicado en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 7, 2005, p. 5.

La posición subordinada de las mujeres respecto de los varones proviene de la propia estructura social basada en el dominio patriarcal. Por lo tanto, la violencia que se funda en esta estructura aflora en distintos ámbitos sociales, como el laboral y el institucional. Sin embargo, en la práctica, es en el contexto doméstico donde aparece con mayor frecuencia, ya que allí estas relaciones entre mujeres y varones atravesadas por el género adquieren más intensidad.⁷

Las mediciones actuales del fenómeno reflejan esta realidad. De acuerdo con el informe sobre femicidios realizado por la Oficina de la Mujer de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de las 225 víctimas de hechos ocurridos en el 2014 en nuestro país, el 57% lo fue por la persona con quien estas mantenían una relación sentimental (parejas, ex parejas, cónyuges, convivientes, novios). El 7% fue asesinada por extraños. Y del 36% restante, la mitad de los crímenes fue cometida por otros familiares y del resto no se tiene información sobre el vínculo entre víctima y victimario.⁸

En el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, de acuerdo con las estadísticas de la Oficina de Violencia Doméstica de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el período 2010/2015 un muy alto porcentaje de las personas atendidas han sido mujeres (entre el 62% y 66%, según el año), seguidas por niñas (entre el 13% y el 16%), niños (entre el 12% y el 16%) y varones (entre el 7% y el 9%).

La contundencia de las estadísticas, y los avances legislativos recientes –tanto a nivel nacional, como regional y universal–⁹ obligan a abandonar una idea que caracterizó buena parte del abordaje que se le daba al fenómeno hasta hace unas pocas décadas, en el sentido de que la violencia de género en el ámbito intrafamiliar se trata de una patología psiquiátrica, o se explica por la disfunción de ciertos vínculos o por un pobre manejo emocional de una o de las dos partes involucradas. Por el contrario, la violencia doméstica contra las mujeres es hoy concebida como algo “sistémico y estructural, un mecanismo de control patriarcal sobre las mujeres que se construye sobre la superioridad masculina y la inferioridad femenina,

7. *Idem.*

8. S/F, consultado en [http://www.csjn.gov.ar/om/docs/femicidios_2014.pdf].

9. A modo de ejemplo, puede mencionarse a nivel universal, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, a nivel regional la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), y a nivel nacional, la Ley 26.485.

sobre papeles y expectativas estereotipados según el sexo, y la predominancia económica, social y política del hombre y la dependencia de la mujer [...] A través de la violencia el hombre busca tanto negar como destruir el poder de la mujer. A través de la violencia el hombre busca y confirma la devaluación y deshumanización de la mujer”.¹⁰

Las distintas escenas que construye Munro son una ajustada descripción de estas dinámicas y mecanismos.

Doree, quien solo tenía 16 años cuando conoció a Lloyd, se queda embarazada y al poco tiempo se casa dejando, a su vez, la escuela. Así, pasa en forma abrupta de la liviandad de la adolescencia a ejercer las tareas de atención de la casa y cuidado de los niños bajo la firme vigilancia de su marido. Sin advertirlo, se va acomodando a todos sus pareceres y pierde progresivamente su autonomía y poder de decisión.

Lloyd, además de más grande, es un hombre con más experiencia de vida. Había sido el amigo hippie de la madre, de lo que se deduce la diferencia de edad con la joven. Tuvo anteriormente dos hijos, de cuyo paradero no sabe demasiado. Igualmente considera superada la época de su juventud y en la etapa en que se encuentra con su esposa, reniega de aquella vida relajada y se muestra como un hombre conservador y represor. Denosta las indicaciones de gran parte de los médicos, rechaza la escuela como ámbito de educación e insiste en que él y su mujer deben ser los educadores de los niños en su casa.

El cuento presenta muchos ejemplos del persistente control del varón sobre la mujer desde un lugar de superioridad y en espejo, de la sumisión de la esposa compenetrada en su papel de inferioridad:

“—Entonces tenía el pelo largo, castaño y ondulado, con rizo y color naturales, como le gustaba a él, y la cara con expresión dulce y tímida, que reflejaba menos cómo era ella que como quería verla él.

—Había dejado de maquillarse porque él no lo consentía.

—Él le dijo que era una puta como su madre. Dijo que las hippies eran todas unas putas.

—¿Quieres hablar con mi señora? Sí. Aquí la tengo, dándole a la tabla de lavar. Sí, soy un auténtico negrero. ¿No te lo ha contado?

10. COPELON, R., “Terror íntimo: la violencia doméstica entendida como tortura”, en COOK, R., *Derechos humanos de la mujer. Perspectivas nacionales e internacionales*, Bogotá, Profamilia, 1997, p. 114.

–Doree estaba segura de que esa gente no era tan mala como creía Lloyd, pero de nada valía contradecirlo.

–Fue Lloyd quien lo dijo, y tenía razón. La verdad de las cosas entre ellos, su vínculo, no era algo que pudiera entender nadie y no era asunto de nadie.

Y a veces Lloyd hacía bromas de sus enemigos, como si se riera de sí mismo. Incluso le permitía a Doree reírse también, siempre y cuando no fuera ella quien empezara”.

Como se ve, el papel de la esposa queda vinculado a la pasividad y a la debilidad, mientras que el del varón asume la cara de la razón y la fortaleza. Este es sujeto, aquélla objeto.

Hay una escena en particular que condensa la omnipresencia de los estereotipos sexistas y mandatos patriarcales en las relaciones desiguales y que demuestra cómo pasan a ser un caldo de cultivo de la violencia. Y tiene que ver precisamente con algo tan vinculado con los roles de género como lo es la lactancia. La leche de Doree parece no ser suficiente para satisfacer a Dimitri, el hijo menor de la pareja y entonces ella en forma oculta, comienza a complementarla con mamadera. Lloyd no aprueba que no sea la madre quien alimente al niño y llega a estrujarle el pecho con el objetivo de que la leche fluya. Doree tiene tan naturalizado este tipo de violencia, que no repara en la entidad de la agresión, ni en su remisión a las imposiciones que conciben al cuerpo de la mujer como un instrumento reproductivo a disposición de los hijos y del marido, y como una máquina de proveer cuidado a través de la lactancia.

Pasaje tras pasaje, el cuento va mostrando que la violencia en el ámbito doméstico no se reduce a la violencia física o sexual, ni se trata de una sucesión de actos puntuales, sino que forma parte de un contexto, un *continuum* de violencia, que va adquiriendo distintas intensidades y formas a lo largo del tiempo y que engloba variados tipos de violencias.

En este sentido, las legislaciones reconocen, además de la física y sexual, la violencia psicológica, la obstétrica, la económica y patrimonial y la simbólica.¹¹ Más allá de que tal vez no todas esas conductas configuren un delito penal, lo cierto es que sí son manifestaciones de la violencia contra las mujeres basadas en el género.

11. Véase, a modo de ejemplo, los tipos de violencia que contempla el artículo 5 de la Ley 26.485.

El control, la humillación, el insulto, la indiferencia, son a veces suficientes para destruir la personalidad de la mujer y dominarla, sin que sea necesario acudir a la violencia física. Lloyd fue destruyendo a Doree, pero sin ponerle una mano encima.

V. EL DESENLAZAMIENTO DEL FEMICIDIO EN EL CUENTO Y LA INSTALACIÓN DEL FEMICIDIO EN LA LEY

En ese cuadro de críticas, prohibiciones indirectas, reproches y amenazas que se hacen rutina, una noche el marido le imputa a la mujer haber comprado una lata que tenía una ligera abolladura con la intención de intoxicar a la familia. Ella, que lo había hecho para ahorrar, no se decide a decirlo cuando este empieza a interrogarla. No era la primera vez que ocurría una escena de este tipo. En general, Doree terminaba llorando y rogándole a Lloyd que le creyera. Pero esta vez, no estuvo dispuesta a soportar esta situación y decidió irse. Cuando se marchaba, Lloyd le advirtió que no lo hiciera. Luego de refugiarse esa noche en lo de su amiga Maggie, cuando esta la devuelve a la mañana siguiente a su casa, ya ha sobrevenido el asesinato a manos de Lloyd, de los tres hijos de la pareja:

“Dimitri todavía en la cuna, tumbado de costado. Barbara Ann en el suelo, al lado de su cama, como si hubiera caído o la hubieran sacado a empujones. Sasha junto a la puerta de la cocina; había intentado escapar. Era el único con moretones en el cuello. La almohada se había encargado de los otros dos.

Sentado en las escaleras del frente de la casa, Lloyd transfirió una vez más la culpa a su esposa. Y cuando llegó la policía, al tiempo de reconocer la brutalidad realizada, dijo que lo había hecho para evitarles a los niños “el sufrimiento de saber que su madre los había abandonado”.

Jurídicamente, podemos mirar este acto brutal desde distintos puntos de vista. Tradicionalmente –y en nuestro país, hasta el año 2012–, esta conducta hubiera sido concebida como un filicidio sin más, en tanto Lloyd dio muerte a sus tres hijos. Es decir, el cruel asesinato se vería agravado por la especial protección que nuestro sistema jurídico provee al vínculo filial.

Sin embargo, esta mirada no logra capturar otra faceta del hecho, el verdadero móvil de Lloyd: castigar a Doree por haber desafiado su auto-

ridad y, con ese castigo, destruirla, aunque en lugar de quitándole la vida, arrebatándole lo más preciado: sus hijos.

Esta particular forma de sometimiento, lamentablemente, no es una creación literaria. Se trata de un fenómeno que se vislumbra con una alarmante frecuencia, a punto tal que ha merecido una denominación específica: “femicidio vinculado” en nuestro país¹² y “castigo femicida” en Chile.¹³

La utilización del término “femicidio” persigue precisamente el objetivo de contextualizar ese aspecto de la conducta y visibilizar el disvalor adicional que en ella subyace. El vocablo “femicidio”¹⁴ es una derivación de la palabra inglesa *femicide*, desarrollada principalmente por las sociólogas Diane Russell y Jane Caputi a fines de los años ochenta,¹⁵ que pretende darle un nombre a la expresión más extrema de la violencia contra las mujeres basada en el género, que es la muerte. Por “femicidio” se entiende aquella muerte violenta de una mujer a manos de un varón, motivada por “odio, desprecio, placer o sentimientos de propiedad sobre las mujeres”.¹⁶ En estos casos, la muerte representa

12. El concepto “femicidio vinculado” fue acuñado por la ONG “La Casa del Encuentro”, donde se partió del análisis “de las acciones del femicida, para consumir su fin: matar, castigar o destruir psíquicamente a la mujer sobre la cual ejerce la dominación. En esta definición se registran dos categorías: Personas que fueron asesinadas por el femicida, al intentar impedir el femicidio o que quedaron atrapadas ‘en la línea de fuego’. Personas con vínculo familiar o afectivo con la mujer, que fueron asesinadas por el femicida con el objeto de castigar y destruir psíquicamente a la mujer a quien consideran de su propiedad”. S/F, consultado en [<http://www.lacasadelencuentro.org/femicidios.html>] el 08/2016. A partir del trabajo de la “Casa del Encuentro”, en el año 2012 el Congreso Nacional introdujo ciertas reformas al Código Penal, entre las cuales se incorporó el inc. 12 del artículo 80 (ley 26.791, BO 14/12/2012), que agrava el homicidio cuando fuera cometido “Con el propósito de causar sufrimiento a una persona con la que se mantiene o ha mantenido una relación en los términos del inciso 1”.

13. S/F, Red Chilena contra la Violencia hacia las Mujeres, Violencia extrema hacia las Mujeres en Chile (2010-2012), consultado en [<https://cl.boell.org/sites/default/files/violenciaextremacontralasmujeresred.compressed.pdf>].

14. En Latinoamérica también se lo llama “feminicidio” a raíz de los trabajos de Marcela Legarde, quien con esta ligera modificación del concepto destacó particularmente dos elementos: la misoginia y la responsabilidad estatal en tanto favorece la impunidad. Para simplificar el lenguaje, utilizaremos el término “femicidio”.

15. Aunque ya había sido utilizado con anterioridad. Véase, ej., TOLEDO, P., *Femicidio/Feminicidio*, Buenos Aires, Ediciones Didot, 2014, pp. 83 y ss.

16. CAPUTI, J. y RUSSELL, D., “Femicide: Speaking the Unspeakeable”, en *Women’s Health and Development*, septiembre/octubre 1990, p. 34 (la traducción nos pertenece).

la forma más extrema de terrorismo sexista –la culminación de este *continuum* de violencia.¹⁷

Pese a que no involucran la muerte biológica de la mujer, los hechos como el que nos acerca Munro son considerados un tipo de femicidio porque el objetivo que persigue el autor es el de castigar y destruir psíquicamente a la mujer a la que considera su propiedad.¹⁸

A su vez, una lectura de estos hechos sin perspectiva de género, puede conducir a su descontextualización. Si bien el cuento no ahonda demasiado en el proceso judicial, aporta la información necesaria para ilustrar las dificultades de la justicia para entender estos hechos en su verdadera dimensión. En el proceso penal, se llegó a la conclusión de que Lloyd era un demente y que por lo tanto no podía ser juzgado. A esta conclusión, solo puede llegarse si se recorta la violencia en un episodio puntual: el cruel homicidio de los niños. Sin embargo, una lectura de toda la situación, permite ver que este episodio no fue un arrebato emocional, y que Lloyd no era una persona incapaz de comprender la criminalidad de sus actos o de ajustar su conducta a esa comprensión. El homicidio de los niños no fue un episodio aislado, ni un hecho inesperado, sino la culminación de una sucesión de actos de violencia contra Doree que Lloyd fue desplegando durante años de forma estratégica y calibrada.

VI. LAS MUJERES Y LOS CAMINOS PARA EVITAR EL LUGAR DE VULNERABILIDAD

A través del cuento la autora no solo nos muestra a la mujer en el lugar de víctima. Nos presenta también otras mujeres que ocupan otros roles y tienen recursos internos para evitar que el maltrato caiga sobre ellas.

Maggie, la amiga de Doree, representa la libertad de pensar y es la mujer ideal del feminismo liberal. Tiene ideas firmes. Se ha capacitado, viajado y casado más grande, cuando ya era optometrista. Demoró la maternidad para poder dedicarse a su carrera y tuvo dos hijos.

17. *Ibid.*, pp. 34 y 35 (la traducción nos pertenece).

18. En Argentina, de acuerdo con la Asociación Civil La Casa del Encuentro, de un conteo a partir de las noticias publicadas en 120 diarios de distribución nacional y provincial y las agencias de noticias DYN y Telam, entre 2008 y 2015 se registraron 2094 femicidios, de los cuales 205 fueron “vinculados”.

En los encuentros de ambas hay un registro mutuo de las diferencias del posicionamiento en la pareja: una autónoma, otra dependiente. La figura de Maggie no solo contrasta con la de Doree sino que también pone de resalto la concepción de Lloyd sobre las mujeres. Él la llama “Lesbi” y constantemente quiere saber de qué hablan cuando se juntan.

Otro de los personajes femeninos, la señora Sands, es la trabajadora social que representa el lugar institucional de cuidado en el sistema de salud. Aunque sus intervenciones profesionales dan cuenta de su conocimiento sobre el tiempo que puede llevar reparar las consecuencias de tal nivel de agresión contra la mujer, su personaje también demuestra las limitaciones de las redes asistenciales que el Estado pone a disposición de las mujeres cuando intentan reconstruir una vida luego de un vínculo violento. Es ilustrativo en este punto el hecho de que el trabajo que se le ofrece a Doree desde el ámbito estatal es el de ocuparse de la limpieza en un hotel, lo que viene a reproducir los roles estereotipados en los que históricamente se relegó a las mujeres cuando decidieron salir al mercado de trabajo.

VII. UNAS ÚLTIMAS REFLEXIONES SOBRE EL CUENTO

Es de tal complejidad el hecho de las relaciones marcadas por la violencia que resulta impactante hasta qué extremos puede hundir sus raíces el sometimiento. Pese a haber el esposo matado a los chicos, la autora intelectual de esas muertes sería Doree, según imputación de su marido. Conforme su perversa observación, él debió quitarles la vida para evitarles el sufrimiento que el abandono de su madre podría haberles causado.

El cuento muestra además que el lazo de la esposa frente a quien la ha violentado durante años persiste, incluso, frente al hecho inusitado del triple homicidio. La esposa visita a su marido durante su encierro, sin permitirse un juicio condenatorio hacia la acción de aquél. A partir de esas visitas, él le envía una carta en la que le cuenta que ha visto a los tres pequeños en otra dimensión y la incita a que reconecte con sus hijos de la forma en la que él lo ha podidohacer. Esta es una nueva manera de ejercer control sobre la mujer, quien vuelve a sentirse atraída por ese juego maldito. Según señala Segato, “Sin duda, la raíz de todas las expresiones de violencia presentes en las relaciones entre los géneros es la violencia moral que opera sin que sea consciente ni deliberada por las partes que intervienen. Es un

mecanismo sutil de control social y de reproducción de las desigualdades. Es una cotidiana normalidad violenta que desmoraliza y daña la autoestima de las personas subalternizadas, a partir de fundamentos patriarcales, como un conjunto de mecanismos legitimados por la costumbre para garantizar el mantenimiento de los estatus relativos a los términos de género”.¹⁹

Sin embargo y como en muchos otros relatos de Alice Munro, hay sobre el final del texto un episodio que puede cambiar el rumbo de la historia. Doree, con los conocimientos de primeros auxilios que paradójicamente había aprendido de su esposo, es capaz de devolverle la vida a un muchacho que es embestido por el ómnibus en el que ella viajaba. Una luz al final del túnel se abre sobre la posibilidad de una vía de salida para Doree.

Al trasladar la historia de ficción a la realidad femenina en situación de vulnerabilidad, surge claro que el camino a seguir es el de las políticas públicas dirigidas a romper con los estereotipos patriarcales y brindar efectiva asistencia, contención y empoderamiento a las mujeres.

Y si quien se entrega a esta historia, antes solo miraba los titulares de las noticias sobre violencia contra las mujeres con la comodidad de quien no quiere saber, es probable que a partir de la conmoción que la lectura del cuento produce, pueda resignificar situaciones como estas y aprehenderlas en sus verdaderas dimensiones.

BIBLIOGRAFÍA

CANEVARI, Cecilia e ISAC, Rosa, “Territorios de violencia patriarcal: doce años de femicidios en Santiago del Estero (2002-2014)”, en *Trabajo y Sociedad. Sociología del trabajo- Estudios culturales- Narrativas sociológicas y literarias NB - Núcleo Básico de Revistas Científicas Argentinas (Caicyt-Conicet)*, N° 26, Santiago del Estero, ISSN 1514-6871, 2016, consultado en [<http://www.unse.edu.ar/trabajosociedad/26%20CANEVARI%20%20e%20Isac%20Femicidios.pdf>] el 08/2016.

19. CANEVARI, C. e ISAC, R., “Territorios de violencia patriarcal: doce años de femicidios en Santiago del Estero (2002-2014)”, en *Trabajo y Sociedad. Sociología del trabajo- Estudios culturales- Narrativas sociológicas y literarias NB - Núcleo Básico de Revistas Científicas Argentinas (Caicyt-Conicet)*, N° 26, Santiago del Estero, 2016, consultado en [<http://www.unse.edu.ar/trabajosociedad/26%20CANEVARI%20%20e%20Isac%20Femicidios.pdf>] el 08/2016.

CAPUTI, Jane y RUSSELL, Diana, “Femicide: Speaking the Unspeakable”, en *Women's Health and Development*, septiembre/octubre 1990.

COPELON, Rhonda, “Terror íntimo: la violencia doméstica entendida como tortura”, en COOK, R., *Derechos humanos de la mujer. Perspectivas nacionales e internacionales*, Bogotá, Profamilia, 1997.

LAURENZO COPELLO, Patricia, “La violencia de género en la ley integral. Valoración político-criminal”, publicado en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n° 7, 2005.

NUSSBAUM, Martha, *Justicia Poética*, Santiago de Chile, Andrés Bello, 1997.

TOLEDO, Patsilí, *Femicidio/Feminicidio*, Buenos Aires, Ediciones Didot, 2014.

TRINIDADE, André K. y GUBERT, Roberta M., “Derecho y Literatura. Acercamientos y perspectivas para repensar el Derecho”, en *Revista Electrónica Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales A. L. Gioja*, n° 4, Buenos Aires, 2009, Año III.

WOOLF, Virginia, *Un cuarto propio y otros ensayos*, Buenos Aires, A-Z Editora, 1993.

ENTREVISTAS



ENTREVISTA A MAXIMILIANO POSTAY*

Lecciones y Ensayos: *Leímos el primero y el último libro que publicaste. El primero sostiene una tendencia abolicionista en el sentido del sistema penal; el otro habla de algo que denominás “cultura represiva”. ¿Qué significa este cambio y cuál fue su causa?*

Maximiliano Postay: Es parte de un proceso vivido que se traduce en lo que uno quiere transmitir. Toda obra representa a la persona que la realiza, no es una cosa separada de ella. Todas las obras son autobiográficas, encarnan el momento en el que está su autor. Mi recorrido empezó con el derecho... en realidad empezó antes, pero para simplificarlo arranquemos desde ahí... cuando estudié derecho lo único que más o menos me interesó, sobre el final de la carrera, fueron los discursos de la criminología crítica. Ya desde esa época no me cerraba mucho esto de la justificación del castigo y las teorías de la pena me parecían -y me parecen- ridículas.

Apenas me recibí decidí viajar a Barcelona a estudiar con profesores como Iñaki Rivera Beiras, Roberto Bergalli o Massimo Pavarini en busca de cierta profundización orientada a algo que por entonces me había seducido bastante: el abolicionismo penal nórdico europeo. Lamentablemente, una vez allí, me di cuenta de que eso tampoco completaba mis expectativas; primero, porque era extremadamente académico... y los académicos funcionan como un grupo cerrado, de elite... cosa que nunca me gustó, y además porque sentía que el abolicionismo era interesante pero que necesitaba matices vinculados a nuestra realidad latinoamericana. Después de obtener la Maestría allí, volví a Buenos Aires algo decepcionado pero con una motivación importante para construir otra forma de entender el abolicionismo prescindiendo, por un lado, de la perspectiva eurocéntrica e incorporando tintes locales y tratando, por el otro, de hacer algo no tan académico, acartonado, estructurado... A partir de esa decepción/motivación

* Profesor del Departamento de Ciencias Sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Poeta abolicionista de la cultura represiva. Integrante del Espacio LTF.

comencé diferentes proyectos. Uno de ellos fue el libro *El abolicionismo penal en América Latina, imaginación no punitiva y militancia*, que lo que hace es juntar a un montón de personas de la región para hablar sobre un tema que generalmente es abordado solo por los suecos, los noruegos, los holandeses o los alemanes... y al que personajes reconocidos le escapan. Que Zaffaroni haya prologado el libro fue una decisión táctica. Existe el mito de que Zaffaroni es abolicionista, que no lo es, entonces pensé que estaría bueno que lo explicase, que dejase por escrito algunas cuestiones. Además de que era simbólicamente importante que el criminólogo más relevante de la Argentina se metiera en el proyecto. Convoqué a personas de Brasil, Colombia, Venezuela, Argentina para que abordasen el abolicionismo desde esta idea de una perspectiva latinoamericana... a personajes reconocidos (jueces con todos los honores) y a chicos como yo, para transmitir precisamente diversidad y cierta horizontalidad... es decir, para que los “muy capos” (enfático las comillas –*risas*–) participasen en pie de igualdad con el resto... para que no hubiera jerarquías. Paralelamente, con toda esa gente intentamos generar espacios de militancia para apuntalar esas ideas. Llevamos adelante dos que fracasaron. Uno se llamó “Nuevo abolicionismo penal”, que duró un par de meses... por diversas razones, principalmente porque es difícil generar ideas comunes entre personas, armar grupos, mantenerlos... más aun cuando se trata de inventar algo. Estamos preparados para reproducir o para sumarnos a cosas ya inventadas. ¿Pero juntarnos a inventar?... eso nos resulta ya mucho más complicado. Esto fue algo que aprendí de esas experiencias. A los pocos meses formamos el otro grupo, que tampoco duró poco, al que llamamos “*Antutaña*”, que en aymara significa “soltar algo que está preso en forma deliberada”, un nombre que le daba al movimiento una impronta más vinculada a la perspectiva regional que pretendíamos desarrollar.

Hasta que en 2012 empezamos “Locos, tumberos y faloperos”, que ahora solo se llama “LTF”, no porque no nos guste su nombre original sino porque la sigla es maleable, podés poner lo que quieras, buscás una palabra con “l”, otra con “t” y otra con “f”, las combinás creando distintos nombres, y todos quedan bien. Ese cambio fue una especie de reconocimiento de que teníamos que empezar a abrir el juego... “Locos, tumberos y faloperos” surgió espontáneamente a partir de un encuentro como este con un tipo que trabajaba la problemática de drogas y con otro que trabajaba en el área de la salud mental. El primero quería que las drogas no estuvieran prohibidas y, el otro, que desaparecieran los manicomios. Y yo quería abo-

lir el sistema penal. Hablando nos dimos cuenta que los tres decíamos lo mismo, aunque desde diferentes puntos de vista y con un objeto distinto... y dijimos “vamos a hacer algo”. La idea fue primero una ONG, porque estábamos “chipeados” de esa manera... una asociación civil, lo que la gente piensa que tiene que hacer cuando se junta, un partido político, un grupo de investigación... el microclima que lleva a que todos hagamos lo mismo pensando que no hay otras opciones. Dijimos “hagamos algo así”, pero a mí, por todo lo que traía de mis decepciones, se me ocurrió plantearles hacer una especie de grupo de choque, más violento discursivamente, más frontal, que representara esa tridimensionalidad. Ese grupo de choque se transformó en un blog y la ONG nunca se materializó, porque para eso hay que tener predisposición y si una de las partes -que vendría a ser yo- no la tenía, de concretarse iba a terminar cayéndose. No obstante ello, “Locos, tumberos y faloperos”, “LTF”, comenzó a tener una dimensión que hasta ese entonces era desconocida para nosotros. Nunca fue masivo -ni lo será- pero tenía cierta recepción, es decir, escribíamos una cosa y de golpe lo veían cien personas y después dos mil... había un cierto ida y vuelta, y en ese ida y vuelta nos fuimos redescubriendo. Al principio seguíamos aferrados a las temáticas carcelarias, de drogas o de salud mental (luego nos daríamos cuenta de que también esa tridimensionalidad era un límite). Hicimos proyectos de ley, trabajamos con algunas organizaciones y nos movimos con algunos sectores (con los que hoy no lo haríamos) y filmamos una película, *Rejas, suspiros y llaves*, documental que está en *YouTube*, que fue asimismo un descubrir de la potencialidad. Se vio en veinticinco países (¡y eso es un montón!), lo que nos permitió interactuar con otras personas, salir del microclima jurídico-criminal, de las instituciones totales, del fetiche del control social y empezar a caminar la calle, a visitar una iglesia, una mezquita, a mirar a los académicos como monstruos, como *zombies* que se arrastran por los pasillos de la facultad como si fueran personajes de *The Walking Dead*, a mirar a nuestras familias de una forma particular, a mirar el sexo de una forma particular, y a darnos cuenta que los denominadores comunes que encontramos en el manicomio, en la cárcel y en la problemática de las drogas exceden largamente estas tres dimensiones y se encuentran en un montón de comportamientos que repetimos como loros todos los días. A partir de ello comenzamos a investigar ciertas causas, ciertas razones... ¿por qué llegamos a naturalizar algunos comportamientos?, ¿por qué terminamos siendo personajes bastante parecidos entre sí cuando somos en realidad radicalmente distintos

en lo material, en la profundidad de nuestro devenir?, ¿por qué asumir que si hacemos algo fuera del molde nos tenemos que bancar el estigma de los demás? Cuando empezás a pensar este tipo de cosas te das cuenta que el manual de criminología te queda chico, que la ley de salud mental es una isla... hay una especie de cultura represiva subyacente, condicionante, sobre la cual se apoya Occidente y que tiene que ver mucho con dos tradiciones muy específicas: por un lado, el monoteísmo, esta idea de que hay un único Dios, que ese Dios es verdadero y que no se equivoca, y que nosotros nos tenemos que someter a su autoridad, sacrificarnos por él, reverenciarlo... por el otro, la lógica, la dinámica que responde a la filosofía helénica occidental, que busca la verdad como una especie de objetivo en las experiencias ligadas al conocimiento. Observamos que estas dos ideas están íntimamente relacionadas y que se potencian entre sí... y que hay un montón de matices que nos exceden, que por más que lo intentemos nunca vamos a poder abarcarlos en su totalidad, justamente porque la totalidad es una ilusión óptica o una arbitrariedad del positivismo epistemológico, tratar de llegar al conocimiento, querer abarcarlo... ¡como si fuera posible! Entonces, con todas estas ideas nos cuestionamos varias cosas. Primero, el objeto de estudio (para decirlo en un lenguaje “académico”)... ¡estudiá lo que quieras!, experimentá... la cultura represiva está en todos lados. Segundo, la forma de comunicarlo... el formato mayormente utilizado por los sectores que cuestionamos es el monográfico... por eso nos dedicamos a pensar en alternativas y la que mejor se adecúa a nuestro planteo de fondo es la poesía... sin dudas... no cualquier poesía sino la poesía subversiva: el resto de la poesía es decoración y la repudiamos. Ahora nos dedicamos a explorar algo que denominamos militancia poética abolicionista de la cultura represiva. Justamente para librarnos de estas cárceles del conocimiento en las que estamos metidos. También asumimos la dinámica del ensayo, la experimentación artística, actuar, pararse sobre un escenario e improvisar, tratar de interpretar de alguna manera experiencias que tengan que ver con nuestra sensibilidad. Nos alejamos de las monografías porque, como decimos en el Manifiesto LTF, son escritas por monos. A los ensayos los escriben los actores, artistas que nada tienen que ver con monos repetidores de gracias para contentar a las personas que van al zoológico.

Todo este proceso explica por qué en tres años nos alejamos de ese libro bastante “normal” de 2012 para abrazar esta nueva experiencia, para vibrar con la poesía de Antonin Artaud... y por qué a partir de ello empezamos a ver con otros ojos a la madre que le dice a su bebé “ajó, ajó” como si

fuera tonto, al alumno que el primer día de clases pregunta por la bibliografía o por el método de evaluación, a los bancos de misa de la Facultad de Derecho que impiden vernos las caras (hay que mover mazacotes bíblicos para generar algo tan elemental como un círculo de bancos).

Si bien nosotros hacíamos hincapié en el hecho de que “penal” para nosotros significaba castigo... era -y aun es- desesperante ir a un lugar y que te pregunten solo por la cárcel, es desesperante realmente... la cárcel es una obviedad y es un aspecto. Una jaulita para humanos. Si vos creés que no tiene que desaparecer... problema tuyo. Es mucho más complejo. Un camino inacabado. Y al caminar nos encontramos con la poesía subversiva... la poesía escrita y los actos poéticos. Hay que tratar de empezar a vivir poéticamente. Nuestras clases en la facultad son poéticas, son poesía improvisada durante -en principio- hora y media. El primer libro es la búsqueda de conocimiento en el microclima de la academia. Pero la academia no da, quita. Te deja afuera de cosas. La búsqueda del último libro es más humana, diría sensual, erótica, epidérmica... lleva necesariamente a ampliar el espectro. La cultura represiva nos alcanza a todos en todo. ¿Cómo hacemos para generar una militancia, atravesados por el objeto que pretendemos cuestionar? Ese es el desafío...

Lecciones y Ensayos: *¿Creés que es concebible la idea de Estado sin cultura represiva?*

Maximiliano Postay: El Estado es una consecuencia más de la cultura represiva, es parte de la misma dinámica. Dios, el Estado, la ciencia, la academia... todos los “padres nuestros” que están en el cielo y en la tierra son mecanismos condicionantes. No sé si puede existir una cultura no represiva y ahora viene la pregunta “ustedes critican todo y quieren abolir todo pero... ¿qué proponen?” El modelo sustituto también responde a esa lógica aristotélica de la pregunta y la respuesta, del silogismo, de si pasa tal cosa la consecuencia es tal otra. La pregunta es muy interesante pero mi respuesta es “no lo sé”. No sé qué puede pasar, ni tengo necesidad de saberlo. A ver, la cultura represiva es un entramado que se va construyendo cada vez con más nivel de sofisticación, y es autopoietico, es decir, que ante el mínimo síntoma de vulnerabilidad sus células se van regenerando para que pueda seguir adelante. El espacio más crítico de la Argentina sigue teniendo en la cabeza la idea de Dios, quizás Dios es Marx, pero no deja de ser un Dios. Es lo mismo. A ese nivel llegó la cultura represiva a condicionarnos. Imaginense, es tan patético esto que viene alguien al grupo, un abolicionista de la cultura represiva, y está esperando que yo

le dé órdenes. ¿Se entiende a lo que voy? De nuevo, Dios, el Estado, la democracia, mamá, no hay que tener sexo en la primera cita, la escuela... son el “enemigo” por así decirlo. Está legitimada la idea de que hay que “moldear”. Y ni hablemos de la imposición de rituales...

Nuestro grupo se dedica a combatir todo esto. Así, hablamos de lo rizomático, de la representación biológica del crecimiento de las plantas no desde la lógica del árbol que crece de raíz a copa, perpetua y verticalmente, sino desde la de la imprevisibilidad de la papa o el jengibre... y también hablamos de la metáfora de la licuadora, nuestra cabeza es una licuadora, no podemos fragmentar el saber. Eso de decir “yo soy abogado” o “yo miro el mundo desde mi postura de antropólogo” es una estupidez. No debemos definirnos partiendo de experiencias externas a nosotros mismos. A mí, por ejemplo, me gusta decir que soy poeta porque vivo poéticamente. El problema es cuando esas etiquetas que circulan a tu alrededor te condicionan a partir de decisiones que ni siquiera te pertenecen o que si te pertenecen son parte de una mentira muy profunda... creer que de verdad podés pensar desde un lugar determinado, una disciplina, cuando lo cierto es que en tu cabeza, cuando elaborás un pensamiento, hay mil cosas. Hay que tratar de salir de esas ejercitaciones inerciales que hacemos desde que nacemos sabiendo que muy probablemente nunca salgamos realmente de ellas. Y hacerlo sin frustrarnos.

Lecciones y Ensayos: *¿Qué significó para vos tu paso por la Facultad de Derecho? ¿Te aportó algo, te quitó...?*

Maximiliano Postay: No quiero responder todo con “no sé” pero no lo sé, de verdad. Sí te puedo decir qué me parece la facultad: es una cárcel. La academia es una cárcel. Pero como todas las cárceles, tienen sus fisuras. Hay que ir buscándolas. Nosotros encontramos una. Estamos ahí tratando de hacer algo distinto. Y vamos a estar ahí hasta que nos echen. Mientras hagamos lo que nos gusta vamos a estar bien. Pero sinceramente miro con mucha preocupación y tristeza el modelo universitario... las currículas, las bibliografías, los promedios, la Maestría, el Doctorado, la cuantificación de la experiencia del conocimiento. El conocimiento es una experiencia de placer... ¿qué tendrá que ver con acumular notas, con sacrificio...? La aritmetización de la vida cotidiana se visualiza en pocos lugares como en la academia. “¿Usted toma lista?”, es tan patético preguntar eso como hacerlo. Creer que puede existir un parcial es creer que el conocimiento es una entidad material a la que podés fragmentar. Son todas perversiones en el sentido peyorativo de la palabra. Porque en realidad lo perverso es

algo maravilloso, es el contra-verso, la otra versión de las cosas. Entonces, ¿qué pienso de la academia?... que es un lugar del que podemos prescindir tranquilamente; reivindico a los autodidactas, reivindico la búsqueda del hipervínculo, reivindico el desvarío del orador que se dice delirante porque es el fiel reflejo de la licuadora que todos tenemos por cabeza y que la mayoría desenchufa.

Lecciones y Ensayos: *Entonces... ¿cómo te sentís dando un curso de CPO ahí, inmerso en ese sistema?*

Maximiliano Postay: Me siento muy bien. Al igual que me siento al estar hablando con ustedes. Siento que estamos haciendo algo distinto y que sus consecuencias son maravillosas. Hemos deformado a mucha gente. (risas)

Lecciones y Ensayos: *¿Cómo reaccionan los/as alumnos/as ante tus clases?*

Maximiliano Postay: Al principio son burócratas sentados esperando la respuesta oficial de la autoridad, del padre-profesor, del ser iluminado... al segundo y tercer día se enojan, al cuarto aflojan y el último mes se quedan dos horas más. Y no es un chiste. Buscamos otra aula y nos quedamos dos horas más. La poesía tiene algo hipnótico. Uno queda en estado de trance. Hay una pulsión poética en cada uno de nosotros que, si la desarrollamos, en algún momento se va a visualizar, y si desarrollamos también cierto odio por la cultura represiva y cierto irrespeto por la autoridad en todas sus formas, de seguro nos hará sentir mejor.

Lecciones y Ensayos: *¿Definirías a esto último como los objetivos de la cursada?*

Maximiliano Postay: Nunca lo diría así. Es hermoso que los chicos se sientan capaces de crear (y no repetir), y de bajar a las momias de sus altares. Es fascinante como experiencia grupal. Y por suerte se anotan muchos alumnos. Debemos ser la cátedra más popular del Departamento de Ciencias Sociales; el curso se llena siempre.

Lecciones y Ensayos: *¿Qué le dirías al Maxi Postay del pasado, a aquel que está a punto de iniciar su carrera en este edificio monumentalmente intimidante?*

Maximiliano Postay: ¿Estoy obligado a vivir esa situación? Si no pudiera evitar el encuentro le diría que lea ya *Los cantos de Maldoror* del Conde de Lautréamont. Lo leí demasiado tarde... Y con respecto a la idea monumental de la facultad, bueno, eso también es parte de la cultura represiva. La arquitectura que quiere intimidar al caminante (o al ingresante

en este caso)... Pero por suerte el Maxi de aquellos tiempos no respetó demasiado al monstruoso edificio (el de ahora tampoco lo hace). (*risas*)

Lecciones y Ensayos: *¿Qué se hace con aquellos actores que promueven un poder punitivo desbocado?*

Maximiliano Postay: Les digo lo que hago yo, ignorarlos, ridiculizarlos... desprecio profundamente a los que sobrerrepresentan el aparato punitivo, a los que lo utilizan como herramienta, a los que se jactan de él, a los que lo legitiman abiertamente y a los que creen que lo cuestionan pero en realidad lo potencian desde otro lugar.

Lecciones y Ensayos: *¿Creés que la represión es una construcción cultural o algo natural?*

Maximiliano Postay: Me inclino a pensar que es algo socio-construido y potenciado por las dos hegemónicas tradiciones occidentales a las que he hecho referencia. Analizando culturas primitivas nos damos cuenta de que hay algunos elementos a favor de esta teoría pero también otros a favor de la contraria. ¿Qué quiero decir con esto? Hubo culturas muy represivas y culturas menos -o nada- represivas. Más allá de esto, lo interesante es ver que a partir de la instalación de estas dos tradiciones los matices se fueron anulando. Y hacemos hincapié en ellas no porque fueran las únicas ni las primeras sino porque fueron las más importantes, las que más condicionaron nuestra realidad.

Lecciones y Ensayos: *¿Y qué pasa en Oriente? Porque parecería que allí también subyace una cultura represiva...*

Maximiliano Postay: Hay diferentes representaciones. El Oriente próximo islámico es una continuación del judeo-cristianismo. Las dimensiones vinculadas con el budismo, el hinduismo, tienen sus particularidades y la lógica represiva viene por otro lado. Pero es cierto lo que dicen, generalmente las tradiciones que terminan imponiéndose a gran escala tienen ese matiz represivo. Hay que explorar, seguir investigando la razón, si existe una razón, es decir, el subsuelo, lo que sucede detrás de escena... Pero por eso les aclaro que ese recorte, es un recorte que hacemos desde nuestra mirada del mundo, que está condicionada por nuestro espacio y "acreditada" por la idea de que estas tradiciones fueron las que terminaron instalándose. En este lado del planeta, vos caminás por la calle y ves un Platón, un Aristóteles, un Jesucristo, un Moisés, un Abraham comprando un diario.

Lecciones y Ensayos: *¿Por qué creés que fueron esas dos tradiciones y no otras? ¿Es que fueron funcionales al interés en cuestión?*

Maximiliano Postay: Eso es una historia muy larga. Si la queremos acortar, hay un fuerte grado de funcionalidad en el desarrollo sobre todo del cristianismo en relación con el Imperio Romano, precisamente subyaciendo dispuestas de poder y generando una especie de línea hacia la centralización del poder. La idea del Dios único es funcional al poderoso único o al terrenal todopoderoso. Es complejo... pero lo voy a explicar igual. El monoteísmo surge como tradición religiosa hacia el siglo XIII, XIV a.C. La primera experiencia monoteísta no es el judaísmo como todos creen sino la de un faraón egipcio llamado Akenatón. Akenatón prohibió por primera vez en la historia de la humanidad que se adoraran a otros dioses y exigió que su pueblo solo adorara a uno: Atón. ¿Por qué hizo esto? Precisamente por esta funcionalidad de la que hablamos. Había una disputa interna de poder. Los que querían controvertir su liderazgo eran los partidarios (en realidad, los sacerdotes del clero) de Amón. Amón Ra era el Dios del Sol, el más relevante en el Egipto de aquellos tiempos. Para tratar de silenciarlos, de evitar que obstaculizaran su pretensión hegemónica, por decreto y de un día para el otro, es decir, sin negociarlo, sin ningún tipo de consenso, dijo “de ahora en más van a reverenciar a Atón, que también es el Dios del Sol, y no solo eso, sino que es el único. Todos los demás rituales serán prohibidos”. La civilización egipcia influyó en el nacimiento del judaísmo primitivo, minoritario en Israel hasta buena parte de los siglos precedentes a lo que es la nueva era que impone el cristianismo. La expansión del judaísmo como religión monoteísta en Israel viene recién con la reforma del Rey Josías en el año 622 a.C., también por una disputa de poder... entre Israel y Judá. Tenía la vocación de unificar los Reinos y entendía que el politeísmo generaba muchas filtraciones... no permitía controlar de forma uniforme a la sociedad. Cada vez que vemos la idea del monoteísmo dando vueltas lo que está detrás de ella es justamente la de centralizar el poder. Si analizamos los textos sagrados monoteístas nos vamos a dar cuenta de que está la cuestión religiosa, que tiene que ver mucho con la fe, pero en todo momento aparece también la cuestión de la alineación de esa creencia con la autoridad central. En las cartas paulinas, en el Nuevo Testamento, Paulo de Tarso mientras habla del aspecto espiritual también baja línea: “a la autoridad terrenal la tenés que respetar como a la autoridad divina”. Lo dice expresamente: “acordate que al tipo que te dirige lo tenés que respetar tanto como a Dios”. Claramente acá se observa la mano del que dirige escribiendo el texto porque díganme qué tiene que ver la cosa espiritual con esto... La Biblia también dice: “acuérdense de pagar los impuestos” o “al patrón hay que obedecerlo, incluso si es malo”. Y en el curso de CPO

un poco lo que tratamos de hacer es ir buscando herramientas para comprender estas discusiones, las del origen del monoteísmo, las previas a él, las del politeísmo, las de las culturas matriarcales, el mito de la gran Diosa... cosas que no están en el manual de criminología y que tienen mucho que ver con la existencia de cárceles. Tratamos de investigar estas cosas poéticamente.

Lecciones y Ensayos: *Ahora que retomaste el tema del curso de CPO, ¿qué pensás, como crítico y abolicionista de la cultura represiva, sobre realizar esa búsqueda en el marco de una materia en la Facultad de Derecho, que tiene un programa, que aparece en la oferta de cursos? Y... ¿qué te pasa cuando tenés que poner una nota al final de la cursada?*

Maximiliano Postay: Lo de la nota final es traumático. Y cada cuatrimestre lo resolvemos distinto. Pero es el peor momento del cuatrimestre para mí. Más allá de eso, cuando estoy en la Facultad de Derecho me pasa lo que me pasa ahora. Este lugar¹ es sumamente represivo (y mañana voy a comer con mi familia por Navidad, sumamente represivo) y yo... trato de sobrevivir. Ustedes me están dejando expresar (en la mesa familiar de Navidad, no tanto *-risas-*)... ¿qué quiero decir con esto? La cultura represiva, como dije antes, *-y esto es central-* está en todos lados. En consecuencia, si se nos da la posibilidad *-bueno, en realidad se nos da, la conquistamos políticamente o de alguna otra forma, de expresar nuestras ideas durante cuatro meses (y justamente por las dinámicas socio-culturales no vamos a encontrar muchos espacios como este, porque es más fácil escuchar a Zaffaroni, con todo el respeto o no que uno le pueda tener a Zaffaroni, o ir a un curso que nos da un diploma y nos suma puntos para no sé qué cosa)... ¿por qué le vamos a decir que no? Como muy probablemente tampoco le digamos que no a una nota en Clarín de triple página. Para nosotros es un juego. Es estar en un lugar viviendo un mundo paralelo y a sabiendas de que es paralelo, de que es otra cosa. La experiencia sensorial es otra. Durante las cinco ediciones que tuvo el espacio pasaron cosas muy fuertes, muy intensas. Algo anda dando vueltas en el ambiente. Y eso nos da mucho placer. Nos olvidamos de que estamos dentro de la facultad. Generamos lo que nosotros llamamos algo así como encuentros místicos o de experimentación sensorial, donde nos dedicamos a conocer a las personas... nos quedamos horas conociéndolas, tratando de darle al conocimiento una sustancia. Eso es algo que hacia afuera es muy cansador (porque terminás a*

1. *Nota del Editor:* la entrevista fue realizada en un café en el barrio de Villa Urquiza.

las cinco de la mañana) pero hacia adentro es una experiencia maravillosa, porque todos queremos ser escuchados, queremos ser tenidos en cuenta desde nuestra humanidad. Y es muy interesante cuando de golpe te das cuenta de que podés generar emociones y dejarte emocionar también.

Lecciones y Ensayos: *Es interesante que exista un espacio así en una facultad tan masiva. Es decir, a la facultad uno/a concurre sabiendo que es un número más, y de repente se encuentra en un curso que se centra en la experiencia de conocerse entre sí...*

Maximiliano Postay: Sí, lo más interesante es ver el proceso que atraviesan los alumnos, desde la reacción inmediata hasta el último día de clases. Y la consecuencia de la mirada poética que tenemos, de esto de ver las clases como obras de arte -aunque suene un poco soberbio decirlo en estos términos yo lo pienso así, por lo que genera, por lo que generamos en conjunto- es que cada una sea distinta a la otra. Ya cuando se transforman en algo a gran escala y repetido es como entrar en una dinámica de cadena de montaje.... olvidar el elemento artístico, la maravillosa individualidad de los instantes, hace que no se despierte la improvisación y, consecuentemente, tampoco la creatividad, elementos que llevan a querer seguir conociendo.

Lecciones y Ensayos: *¿Sabés si luego de haber cursado con vos tus alumnos/as siguen el camino de la militancia poética abolicionista de la cultura represiva?*

Maximiliano Postay: Se han acercado muchos ex alumnos. De hecho algunos siguen interactuando con nosotros, son parte de la militancia poética abolicionista de la cultura represiva. Otros han tomado ciertas decisiones (porque pensar el mundo te lleva a tomar decisiones)... renunciar a un trabajo, pelearse con un novio, y eso es un orgullo para nosotros. Que hayan dejado un trabajo o un novio por la cátedra es verdaderamente un orgullo (*risas*). Y también lo es cuando otros nos dicen “mirá, yo no puedo dejar mi trabajo pero desde este lugar hago lo que puedo”, porque aunque nosotros no creamos que desde adentro, por ejemplo, del Poder Judicial, se pueda cambiar algo es interesante que haya gente que sí lo crea y que luche por ello.

Lecciones y Ensayos: *Es que cada cual transita su propio camino; la experiencia es intransferible.*

Maximiliano Postay: Eso es así. Y paralelamente nos encontramos con el factor hipnosis. La poesía es hipnótica; hace entrar en un trance. Muchas veces ese trance se transforma en una manera de vivir y muchas

otras veces un par de chasquidos te despiertan. Entonces al cuatrimestre siguiente ves a algunos ex alumnos igual que antes de empezar a cursar. Y está bien; cada uno camina diferente. Es un poco frustrante, un poco triste, ver a un burócrata que pudo hacer poesía volviendo a ser burócrata. Pero es parte de la experiencia. Tampoco nuestra búsqueda gira en torno a cambiarle la vida a las personas. Nuestra búsqueda no es más que compartir algo que creemos interesante; no sé si a ustedes les pasa esto de que cuando comen algo rico quieren que aquellos que nunca lo probaron lo hagan. Nosotros hacemos que prueben lo que no conocen y creemos que está bueno; a ciertos alumnos les gusta, a otros no. Y a algunos les gusta pero luego vuelven a comer sus manuales.

Lecciones y Ensayos: *Por esto que estás haciendo, ¿te considerarás un revolucionario, un rebelde?*

Maximiliano Postay: No, no. Yo me considero un poeta. Un poeta de una extrema peligrosidad, porque vivo poéticamente. No hay un segundo de mi vida en que no haga poesía. Y eso es una herramienta muy peligrosa.

Lecciones y Ensayos: *¿Siempre fuiste un poeta? ¿O reconocés un momento a partir del cual te comenzaste a percibir como uno?*

Maximiliano Postay: A los ocho años. En segundo grado escribí un cuento cortito donde planteaba -casi instintivamente- asesinar al faraón, a Ramsés II, y me acuerdo que la maestra Marisa me dijo “cuando crezcas, quiero leer lo que escribas”. Lo que sí, hubo un momento en que me alejé un poco de la poesía, entré en un mundo más académico. Pero hace ya un par de años -y la cátedra tuvo mucho que ver en esto- me reencontré con ella. Estoy escribiendo como una máquina. Ahora sale un libro -librazo, tengo que decirlo así- y estoy preparando dos más. *La sábana desnuda* fue un libro experimental; *La humedad de los ombligos*, en cambio, es un libro que dice todo lo que yo tenía ganas de decir, es muy autobiográfico.

Lecciones y Ensayos: *¿Te resultó fácil escribir este último libro?*

Maximiliano Postay: Sí. Lo escribí en los meses de febrero y septiembre.

Lecciones y Ensayos: *¿Y en el ínterin?*

Maximiliano Postay: No, en el ínterin no se dio porque no lo sentí. Lo escribí en dos momentos muy intensos; viví cosas fuertes en esos dos meses que hicieron que me pusiera a escribir como loco. Yo cuando escribo estoy como extasiado, no cumplo un horario. Yo ya trabajé en el Poder Ejecutivo, el Judicial y el Legislativo... ahora doy clases y soy poeta. Odio el trabajo ordinario, esclavizante, de las ocho horas; me parece que está

mal. Está la idea dando vueltas de que el que no trabaja es un vago... eso es parte del discurso oficial. La vagancia estigmatizada. Acá tendríamos que hablar de nuevo de “los distintos” reservados a las instituciones totales: el vago, la prostituta, el leproso... El trabajo es una de las grandes herramientas de control social que existen. Te sacan la creatividad, te hacen repetir y creer que sos creativo al hacerlo, para anestesiarte. Y te sacan el tiempo. Porque no son ocho horas, son como doce como mínimo entre llamadas fuera de horario, viajes, etc. Yo tomé la decisión de ganar menos dinero, de saber que la creación no se compra. Sobre todo porque está siempre ahí presente un fantasma, el de la muerte. Por eso yo siempre recomiendo que renuncien a sus trabajos (*risas*). Igual aclaro que es una decisión que yo tomé habiendo trabajado, visto y vivido algunas cosas... y que ahora, en este mundo, sobrevivo.

Lecciones y Ensayos: *¿Es esto lo que querés hacer durante el resto de tu vida?*

Maximiliano Postay: Sí. Yo hice un pacto con la muerte. Nos sentamos, nos miramos, y le dije “tratemos de que esto sea largo, y yo a cambio te ofrezco seguir trabajando por la abolición de la cultura represiva hasta el último día”; me contestó “bueno, trato cerrado, y *pacta sunt servanda*” (*risas*). Creo que ella anduvo paseando por la facultad también. Mi último libro tiene mucho que ver con esta idea de la conciencia de la finitud. Se podría decir que es un homenaje a mi conciencia de muerte. La militancia poética abolicionista de la cultura represiva es una forma de vida. Tiene cosas extraordinarias y algunas pocas negativas. Es muy difícil militar por algo que en términos terrenales parece imposible. Aunque la idea de posibilidad/imposibilidad también me parece una farsa. En fin, para una cabeza aristotélica-cristiana puede llegar a ser muy frustrante, por eso la idea de una búsqueda a través del juego, del placer. Se trata de burlarse de las estructuras aunque pertenezcamos a ellas.

Lecciones y Ensayos: *Parecería que en este camino el aporte es mayor hacia adentro que hacia afuera...*

Maximiliano Postay: Es que cada vez que generás algo para el afuera, cada vez que compartís algo, que te prestás para una interacción... en esa interacción te vas deformando un poco más. La idea es deformarse lo más que se pueda; derribar el mito de la formación y de que a cierta edad ya no se puede seguir aprendiendo. La idea es imponernos la obligación de deformarnos hasta el final. Nosotros hablamos mucho de la obligación poética de hacer que las cosas sean distintas, porque la sentimos como una

obligación. Y cualquier ocasión es buena. Hasta una clase. Mientras nadie nos diga lo que tenemos que hacer está todo bien. Y eso tenemos que reconocerle a la facultad, nunca nadie -esto es algo muy bueno- nos dijo qué tenemos que decir. Eso es destacable.

Lecciones y Ensayos: *Maxi, para terminar esta entrevista... ¿una frase y un libro?*

Maximiliano Postay: “La poesía debe ser hecha por todos” (es la frase más maravillosa que se dijo en la historia de la humanidad), en el libro *Poesías* del Conde de Lautréamont (una obra impresionante). Esto representa varias cuestiones: la importancia de la poesía como construcción colectiva y la importancia de la poesía como una construcción más allá de la propia poesía. Escribir poesía no es poesía; la poesía es vivir poéticamente. Y lo importante radica en el carácter obligatorio de la frase; dice “debe” no “puede”. Esta es, entonces, una búsqueda autoritaria; queremos un mundo de poetas.

CÓMO PUBLICAR EN *LECCIONES Y ENSAYOS*

PAUTAS FORMALES PARA LA PRESENTACIÓN DE TRABAJOS

1. Deberán ser originales e inéditos, redactados en procesador de texto –preferentemente Microsoft Word 2003 o posterior– en fuente Times New Roman tamaño 12 pts., interlineado de 1,5 líneas, hoja tamaño A4 (21 x 29,7 cm) y márgenes por defecto (superior e inferior 2,5 cm.; izquierdo y derecho 3 cm). La extensión del trabajo, incluyendo las referencias bibliográficas, deberá ser de veinte (20) a treinta (30) páginas.

Por carácter inédito se entiende que el texto no debe estar publicado, total o parcialmente, en soporte papel ni digital alguno, lo que incluye aunque no se limita a: libros, capítulos de libros, artículos, compilaciones, revistas impresas o electrónicas, suplementos digitales, blogs y sitios de Internet en general.

2. Deberá seguirse el siguiente orden en la presentación:
 - a. Título del trabajo en español;
 - b. Pseudónimo escogido por el autor, que no deberá dar lugar a la inducción de su identidad;
 - c. Resumen del trabajo en español (5 a 15 líneas);
 - d. Palabras clave en español;
 - e. *Abstract* del trabajo en inglés (de ser posible);
 - f. *Key words* en inglés (de ser posible);
 - g. Cuerpo del trabajo;
 - h. Referencias bibliográficas.
3. Las notas a pie de página se consignarán sucesivamente en el cuerpo del trabajo y no al final del documento. Deberán utilizarse tanto para los comentarios que el autor considere ilustrativos o secundarios como para las citas bibliográficas (sin perjuicio de consignar las referencias bibliográficas al final del trabajo).

4. Se deberá seguir el siguiente sistema para citar:

- a. Libros.** Apellido (en versales), nombre y –en su caso– inicial del segundo nombre del autor, título del libro (en itálicas), ciudad de edición, editorial, año, tomo –de haberlo–, número/s de página.

De haber cuatro autores o más, deberá consignarse el que primero aparezca en la publicación seguido de la fórmula “*et al.*”.

De tratarse de una compilación, deberá indicarse el nombre del compilador, seguido de la fórmula “(comp.)”. Lo mismo en el caso del director y/o coordinador, con las fórmulas “(dir.)” y “(coord.)”.

Ejemplo: PIZARRO, Ramón D. y VALLESPINOS, Carlos G., *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones*, t. 1, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, pp. 49-50.

- b. Capítulos de libros.** Apellido (en versales), nombre y –en su caso– inicial del segundo nombre del autor del capítulo, título del capítulo (entre comillas), “en”, apellido (en versales), nombre y –en su caso– inicial del segundo nombre del autor del libro, título del libro (en itálicas), ciudad de edición, editorial, año, tomo –de haberlo–, número/s de página.

Se aplican las pautas del punto (a), segundo y tercer párrafo.

Ejemplo: JELONCHE, Edgar I., “Gobierno societario y mercado de capitales”, en ETCHEVERRY, Raúl A., CHOMER, Héctor O. y GENOVESI, Luis M., *Derecho Comercial y de los Negocios*, t. 1, Buenos Aires, Eudeba, 2007, p. 81.

- c. Artículos publicados en revistas.** Apellido (en versales), nombre y –en su caso– inicial del segundo nombre del autor del artículo, título del artículo (entre comillas), “en”, apellido (en versales), nombre y –en su caso– inicial del segundo nombre del/de los director/es de la revista –de corresponder–, nombre de la revista (en itálicas), número de la revista, ciudad de edición, editorial, año de publicación, número/s de página.

Ejemplo: IRIBARNE, Santiago P. y BRAVO D’ANDRÉ, Ignacio M., “De los problemas que presenta la incorporación del daño punitivo”, en ALTERINI, Atilio A. (dir.),

Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, n° 5, Buenos Aires, La Ley, mayo

de 2009, p. 32.

Ejemplo: BENENTE, Mauro, "'Fuera de la Corte Suprema'. Breves notas sobre las protestas frente al máximo tribunal", en *Lecciones y Ensayos*, n° 88, Buenos Aires, Eudeba, 2010, p. 235.

Para revistas ampliamente conocidas, podrá utilizarse el sistema simplificado tradicional (LL 1990-A-324, JA 1999-II-230, etcétera).

- d. Artículos publicados en Internet.** Apellido (en versales), nombre y –en su caso– inicial del segundo nombre del autor del artículo, título del artículo (en itálicas), "consultado en", dirección completa del vínculo entre corchetes, "en fecha", fecha de consulta.

Ejemplo: BEADE, Gustavo A., *El problema del antiperfeccionismo en el liberalismo de Carlos S. Nino*, consultado en [http://www.isonomia.itam.mx/docs/isonomia35/Isono_356.pdf] el 11/12/2012].

5. Para consignar las referencias bibliográficas al final del trabajo, deberán seguirse las pautas para citar, salvo los siguientes puntos:
- En el caso de libros, no deberá consignarse número de página alguno.
 - En el caso de capítulos de libros, deberá consignarse de qué página a qué página del libro abarca el capítulo (no la/s página/s citada/s).
 - En el caso de artículos publicados en revistas, deberá consignarse de qué página a qué página del libro abarca el artículo (no la/s página/s citada/s).
 - El listado de las referencias deberá hacerse en orden alfabético según apellido del autor.
6. Junto con el trabajo, deberá enviarse un documento por separado donde se asocie el pseudónimo escogido por el autor con su nombre y apellido, y en el cual se consignen además los siguientes datos: tipo y número de documento, domicilio, número de teléfono, dirección de

correo electrónico actual, condición de estudiante o graduado. También podrá incluirse cualquier breve reseña curricular, dedicatoria y/o agradecimientos que el autor deseara formular para el caso de que el trabajo sea publicado, con tal que no superen los 350 caracteres con espacios en total.

7. El trabajo deberá enviarse exclusivamente por correo electrónico, a la dirección lye@derecho.uba.ar. Dentro de las 24 horas se contestará con un acuse de recibo.
8. El envío de trabajos para su publicación en *Lecciones y Ensayos* implica la autorización para su publicación en la Revista y en cualquier soporte físico o digital que determine la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Los autores asumen exclusiva responsabilidad por los reclamos de cualquier naturaleza que pudieran efectuar terceros respecto de la originalidad del ensayo o por cualquier otra causa sobre el texto presentado.

PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN

Los trabajos están sujetos al sistema de referato. En consecuencia, los ensayos y las lecciones son asignadas por la Secretaría de Redacción a un número determinado de miembros del Consejo de Redacción –tres (3) en la presente edición– bajo seudónimo, para preservar el anonimato y evitar la distorsión de las condiciones de evaluación. Estos miembros se expiden a través un dictamen escrito que contiene sus consideraciones e indica el voto a favor o en contra de la publicación.

La Secretaría de Redacción podrá decidir que los trabajos sean evaluados a través de un procedimiento de evaluación externa. En ese caso, serán asignados a miembros del Consejo Asesor –dos (2) en la presente edición– bajo seudónimo. Estos miembros se expiden también a través de un dictamen escrito en el que se indica su voto a favor o en contra de la publicación y fundamentos.

En ambos casos, de formarse el voto unánime de los dictaminantes a favor de la publicación de la asignación, esta queda preseleccionada para el cierre editorial del número. Por el contrario, si todos los dictaminantes se expiden en contra, la obra es desestimada. Si hubiera disidencias en el sentido de sus votos, el escrito es elevado a la consideración del cuerpo editorial en pleno (plenario). En los tres supuestos, el autor recibe los votos fundamentados de los dictaminantes.

El plenario es la instancia donde la potencial publicación de los trabajos es debatida por la totalidad de los miembros del Consejo de Redacción y decidida a favor o en contra por mayoría simple, sin manifestación al autor de los fundamentos.

A diferencia de los ensayos y las lecciones, las obras presentadas para otras secciones de la Revista –reseñas bibliográficas, comentarios jurisprudenciales, etc.– son directamente sometidas a la evaluación del plenario, sin la instancia previa en la que se elaboran dictámenes individuales.

Todos los escritos que el Consejo de Redacción haya determinado como publicables quedan preseleccionados para su reconsideración al momento del cierre editorial. Así, en la etapa de conformación definitiva del número, los trabajos preseleccionados son nuevamente clasificados por el pleno para decidir cuáles son incluidos en la publicación física y digital.

Todo escrito restante –es decir, no incluidos– es tenido por preseleccionado para su eventual inclusión en un número ulterior, si su autor así lo desea.

La presentación de trabajos para la consideración del Consejo de Redacción implica la autorización para su publicación en la revista *Lecciones y Ensayos*, tanto en su versión en papel como en su versión digital, en el portal de la Facultad de Derecho de la UBA.

CÓMO PARTICIPAR

Lecciones y Ensayos es una revista jurídica semestral dirigida por estudiantes dependiente del Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Fue fundada en el año 1956 y desde entonces ha cumplido el papel de foro editorial de profesores y alumnos, sin más requisito que la excelencia académica.

La revista *Lecciones y Ensayos* se caracteriza por estar gestionada a partir de un diseño institucional basado en procedimientos democráticos de toma de decisiones que involucran a todos los miembros del Consejo de Redacción de la revista que una vez por semana se reúnen para deliberar en torno a las tareas editoriales. Si querés participar de la revista, podés acercarte a nuestras reuniones los días jueves a las 20.00.

Las reuniones tienen lugar en nuestra oficina ubicada en la Planta Principal, Pasillo Sumarios (al lado del Salón Verde) de la Facultad de Derecho.

También podés comunicarte con nosotros por teléfono (+54 11) 5237-6737 o enviándonos un e-mail a lye@derecho.uba.ar o direccionlye@derecho.uba.ar.

El único requisito para formar parte de *Lecciones y Ensayos* es ser alumno/a regular de alguna de las carreras de grado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

