



Lecciones y Ensayos

Departamento de Publicaciones - Facultad de Derecho
Universidad de Buenos Aires

LECCIONES Y ENSAYOS

FACULTAD DE DERECHO

Decano

Dr. Alberto J. Bueres

Vicedecano

Dr. Marcelo Gebhardt

DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES

Directora

Mary Beloff

Subdirector

Luis R. J. Sáenz

Secretario

Jonathan M. Brodsky

**CONSEJO DE REDACCIÓN
PRIMER SEMESTRE 2020**

Directora

Andrea Fernanda Schuster

Subdirectora

Agustina Emilia Churba

Secretaria de Redacción

Rocío Belén Guastavino

Tutora

Julieta Denise Haase

Colaboradores/as

Inti Raymi Azulay

Bautista Grandi

Lucía Martínez Larrea

Victoria Belén Mourenza

Julieta Nieva

Valentín Otiñano

Vanina Saucedo

Vilen Ter Gazarian

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

RÉPLICA

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

FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

LECCIONES Y ENSAYOS

CONSEJO ASESOR

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

Algunos derechos reservados

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

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

ISSN (en papel): 0024-0079.

ISSN (en línea): 2362-4620.

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

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

Impreso en la República Argentina

Correspondencia: Dirigirse a

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

ÍNDICE

Editorial	13
-----------------	----

LECCIONES

Gutiérrez Rodríguez, Carlos Arturo, <i>Jurisdicción especial para la paz. ¿Una verdad reparadora? Un análisis de la primera audiencia sobre “falsos positivos” desde la perspectiva de un grupo de víctimas</i>	17
Ovejero Silva, Bruno, <i>El sistema jurídico: del plano a la realidad</i>	45

ENSAYOS

Chiosso Rapinese, Sebastián, <i>Construyendo un puente: hacia una dialéctica integradora de la ciencia jurídica y el psicoanálisis. Breve análisis de la intersección de ambas disciplinas</i>	87
Giordani, Juan Francisco, <i>¿Puede incluirse a los perros dentro del concepto de arma impropia a los fines del agravante?</i>	107

TRABAJOS DE CURSOS DEL CPO ORIENTADOS A LA INVESTIGACIÓN

Pérez Aledda, Agustín, <i>Desapariciones de niños, niñas y adolescentes. Las obligaciones de investigar, identificar y restituir a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos</i>	141
---	-----

ENTREVISTAS

Dra. Nelly Minyersky	169
----------------------------	-----

PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN

¿Cómo publicar en <i>Lecciones y Ensayos</i> ?	185
¿Cómo participar en <i>Lecciones y Ensayos</i> ?	191

EDITORIAL

Lecciones y Ensayos no siempre tuvo un editorial. Esta práctica comienza en el año 1987, a partir del número 47 y surge frente a la necesidad del Consejo de tener un espacio propio de expresión. La lectura de los editoriales publicados desde entonces nos confirma que *Lecciones y Ensayos* no trata solo sobre temas del presente, sino que es una práctica cargada de historia y pensada para la posteridad.

Nuestra revista es un espacio que se caracteriza por la pluralidad, conformado en su totalidad por estudiantes de grado que trabajan con esfuerzo para que cada uno de los números sea una verdadera plataforma para la difusión de conocimientos y opiniones, así como también para que se constituya como un foro de debate entre diferentes integrantes de la academia. Dentro de la Facultad, es uno de los pocos lugares donde aprendemos haciendo, tomando responsabilidades, asumiendo compromisos y encarando desafíos en conjunto. El aprendizaje y el debate son aspectos centrales de *Lecciones y Ensayos*, con el claro fin de que nuestras ediciones sean lo mejor que puedan ser. Pero, además de las creaciones académicas, se dan transformaciones personales que repercuten fuera del ámbito de la Facultad.

Este número nos encuentra en una situación extraordinaria. Fue elaborado en tiempos de aislamiento social obligatorio —medida establecida con motivo de la pandemia por Covid-19— con mucho esfuerzo por parte del Consejo de Redacción y de las y los autores que enviaron sus contribuciones. Este contexto cambió nuestra dinámica de trabajo; de hecho, lo presencial se volvió virtual y no pudimos continuar con muchas de nuestras costumbres, como el encuentro en la oficina de la revista y el tiempo compartido luego de las reuniones.

En la búsqueda de cómo continuar con nuestras tareas, probamos distintas plataformas para ver cuál se adecuaba mejor a nuestras necesidades y pudiéramos seguir reuniéndonos virtualmente todos los jueves a las ocho de la noche para debatir trabajos, presentar proyectos y exponer ideas.

Así, *Lecciones y Ensayos* ingresó a nuestras casas. Las personas con

las que convivimos pudieron apreciar por primera vez nuestro rol en este espacio y la postura que tomamos. Nos vieron —y nos ven— interactuar, argumentar y votar, a veces hasta la madrugada. La actividad que se desarrolla para la edición de *Lecciones y Ensayos* es, en su mayor parte, invisible para el afuera, pero esto ha ido cambiando en este último tiempo a partir de la pandemia.

Hemos recibido, también, nuevas y nuevos integrantes, compartimos risas y fuertes debates; celebramos a la distancia elecciones de cargos internos y despedimos a *leccioneros y leccioneras* que integraron por años la revista y cuya última reunión fue, también, virtual. Muchas personas fueron un día a la oficina sin saber que iba a ser la última vez que estarían en ella.

En este sentido, la virtualidad repercute con fuerza porque *Lecciones y Ensayos* es estar cerca, es un espacio en el que se generan fuertes relaciones de amistad y compañerismo, con la certeza de que en un futuro no tan lejano compartiremos también ámbitos profesionales. Bajo este contexto excepcional, tuvimos muchas vivencias, como revista y a nivel personal. El desafío fue encontrar cercanía a pesar de la distancia y lo logramos. Esto es *Lecciones y Ensayos*.

Esperamos que disfruten de este nuevo número.

CONSEJO DE REDACCIÓN

LECCIONES

JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ. ¿UNA VERDAD REPARADORA? ANÁLISIS DE LA PRIMERA AUDIENCIA SOBRE “FALSOS POSITIVOS” DESDE LA PERSPECTIVA DE UN GRUPO DE VÍCTIMAS*

CARLOS ARTURO GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ**

Resumen: En septiembre de 2016 se celebró la firma de un Acuerdo de Paz que quiso poner fin a más de cincuenta años de guerra entre el Estado colombiano y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia Ejército del Pueblo (FARC-EP). La dejación de armas de la guerrilla activa más antigua del mundo necesitó la creación de una Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), diseñada para juzgar los delitos cometidos con ocasión y en desarrollo del conflicto armado. Se acordó que a la JEP también podían acceder representantes de las fuerzas armadas, bajo el entendido de que el Estado fue un actor relevante en el conflicto y que la verdad contada por militares, que incluso cometieron crímenes de lesa humanidad, podía servir para esclarecer décadas de guerra y aportar a la reparación de las víctimas, bajo un paradigma de justicia restaurativa. Este artículo hace un análisis de la primera audiencia realizada por el tribunal en el marco del Caso 003, sobre muertes ilegítimamente presentadas como bajas en combate por parte de representantes del Estado, desde la perspectiva de un grupo de víctimas cuyos hijos fueron asesinados por el Ejército en el contexto de una política conocida con el nombre de falsos positivos. El objetivo del texto es analizar, a través de sus testimonios, si la audiencia cumplió las expectativas del grupo en términos de verdad, justicia y reparación.

* Recepción del original: 09/03/2020. Aceptación: 17/04/2020.

** Politólogo y especialista en derechos humanos y derecho internacional humanitario de la Universidad Nacional de Colombia. Estudiante de la maestría en Historia y Memoria de la Universidad Nacional de La Plata, becario del Programa “becas de integración regional” del Ministerio de Educación argentino, antiguas becas “Roberto Carri”. durante la elaboración del presente estudio.

Palabras clave: falsos positivos — jurisdicción especial para la paz — justicia transicional — justicia restaurativa — verdad, justicia y reparación

Abstract: In September 2016, a Peace Agreement was signed to end more than fifty years of war between the Colombian State and the Revolutionary Armed Forces of Colombia - People's Army (FARC-EP). The laying down of arms by the oldest active guerrilla in the world demanded the creation of a Special Jurisdiction for Peace (JEP), designed to judge the crimes committed as a result of and in the course of the armed conflict. It was agreed that representatives of the armed forces could also attend the JEP, on the understanding that the State was a relevant actor in the conflict and that the truth told by military personnel, who even committed crimes against humanity, could help to clarify decades of war and contribute to the reparation of victims, under a paradigm of restorative justice. This article analysis of the first hearing held by the court within the framework of Case 003, on deaths unlawfully presented as casualties in combat by representatives of the State, from the perspective of a group of victims whose sons were killed by the Army within the framework of a policy known as *false positives*. The purpose of the text is to analyze, through their testimonies, whether the audience met the group's expectations in terms of truth, justice and reparation.

Keywords: false positives — special jurisdiction for peace — transitional justice — restorative justice — truth, justice and reparation

I. INTRODUCCIÓN

El 10 de agosto de 2018, en medio de controversias, se llevó a cabo la primera audiencia sobre “falsos positivos” en la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), en el marco del Caso 003, llamado “Muertes ilegítimamente presentadas como bajas en combate por agentes del Estado”. El objetivo de la audiencia era constatar que catorce militares se iban a acoger al tribunal especial y a las condiciones que este establece para que se hagan a los beneficios de la justicia restaurativa, a cambio de comprometerse con la verdad, la no repetición y la reparación de las víctimas. Los militares son investigados por el asesinato de cinco jóvenes de Soacha (un municipio aledaño a Bogotá) que fueron llevados a Ocaña, en Norte de Santander, para ser presentados como miembros de un grupo armado que fueron dados de baja en combate en el marco de lo que se conoció como el escándalo de los “falsos positivos”.

La sesión fue transmitida en vivo por internet y está disponible completa en YouTube. Se trató, sin duda, de un acontecimiento relevante sobre el cual se construyeron varios sentidos que defendían o criticaban al tribunal especial. Las posturas, tanto a favor como en contra, construyeron sus argumentos en nombre de las víctimas, de la necesidad de una reconciliación nacional, de la verdad y la reparación, en un contexto de transición a la paz.

En la audiencia estuvieron presentes las mujeres familiares de los jóvenes asesinados, conocidas como las Madres de Soacha, quienes hasta ese entonces habían manifestado en varias ocasiones su inconformidad frente a que su caso sea tramitado en este tribunal, pues consideran que ellas no fueron víctimas de crímenes ocurridos en relación y con ocasión del conflicto armado, sino que son víctimas del Estado.¹ Adicionalmente, según su versión, la reapertura del caso se siente como una estrategia para que los condenados puedan verse favorecidos por los beneficios del tribunal, pues la justicia ordinaria ya había juzgado a varios militares, algunos de los cuales fueron condenados a penas de más de cuarenta años de prisión tras un proceso lleno de dilaciones y obstáculos.

Este texto quiere contrastar algunos sentidos que esta primera audiencia quiso construir, con el significado que efectivamente tuvo para las mujeres que participaron de ella. Para ello se vale de testimonios de enero de 2019, antes de que la JEP desarrollara nuevas audiencias sobre el caso, y hace un somero análisis de la puesta en escena que tuvo la audiencia.

Con esto en mente, el texto se divide en cuatro partes. En la primera, se hace una contextualización que responde las siguientes preguntas: ¿qué son los “falsos positivos”?, ¿quiénes son las Madres de Soacha? y ¿qué es la JEP? En la segunda, se hace un análisis sucinto sobre la importancia que tienen los tribunales en términos de los sentidos sociales que se construyen desde allí, particularmente en escenarios de transición. En tercer lugar, se presentan y analizan los testimonios de siete madres de “falsos positivos”. Finalmente, se da lugar a algunas conclusiones, que más que cerrar la discusión, pretenden dar cuenta de los profundos desafíos de la JEP en el marco del contexto político en el que se desarrolla.

1. *El Universal*, “No somos víctimas del conflicto, somos víctimas del Estado”, 10/08/2018.

II. "FALSOS POSITIVOS", MADRES DE SOACHA Y JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ

En el año 2008, unos jóvenes desaparecieron de Soacha, un municipio aledaño a Bogotá. Meses después, sus cuerpos fueron encontrados en Ocaña, Norte de Santander, a más de seiscientos kilómetros de sus hogares, presentados por el Ejército Nacional de Colombia como miembros de grupos armados asesinados en combate. La noticia sorprendió profundamente a sus familiares, pues ninguno de los muchachos tenía vínculos con grupos armados. No se explicaban cómo pudieron terminar allí.

Aunque sus cuerpos fueron encontrados meses más tarde, su asesinato fue apenas un par de días después de su desaparición, tiempo insuficiente para que efectivamente pudiesen vincularse a un grupo armado y participar de un combate. Al respecto, las palabras de Carmenza Gómez, madre de Víctor Gómez, uno de los jóvenes asesinados por el ejército, y John Nilson Gómez, hermano de Víctor y asesinado en la búsqueda de la verdad sobre lo que ocurrió con su hermano, son reveladoras: "Mi hijo guerrillero, ¿a qué momento? [...] ¿A qué momento mi hijo se iba a meter si desapareció el 23 (de agosto de 2008) y ya el domingo lo matan?"²

La situación presentaba más inconsistencias. Por ejemplo, Fair Leonardo Porras Bernal, uno de los jóvenes asesinados, era un muchacho con una discapacidad mental que le impedía el manejo de armas, además era zurdo y es encontrado portando un fusil en la mano derecha.³ Varios de los cuerpos fueron presentados con botas nuevas, o con las botas puestas en el pie incorrecto. El peso de la evidencia demostraba que no habían sido asesinados en combate.

Antes de las desapariciones de Soacha, organismos de derechos humanos, organizaciones de víctimas e incluso algunos militares, ya reportaban que el Ejército, en aras de presentar resultados, los estaba falsificando. En el desarrollo del conflicto armado, el Estado colombiano medía los avances del choque de fuerzas de acuerdo con el número de guerrilleros asesinados, dando incentivos económicos, ascensos y permisos a los militares con ocasión del número de bajas presentadas.⁴ En la jerga militar, a estos

2. GÓMEZ, entrevista de GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, 01/02/2019, minuto 4:00.

3. CABANA CUEVAS & GÓMEZ LORA, *¿A dónde van? La desaparición forzada...*

4. Ministerio de Defensa Nacional, Directiva Ministerial Permanente N° 29.

asesinados se los conoce como *positivos*. Como estas personas no eran *positivos* auténticos, a estos asesinatos irregulares se los empezó a llamar eufemísticamente *falsos positivos*.

Ante la gravedad de los hechos y de la evidencia que encuentran, las madres, hermanas y sobrinas⁵ de los jóvenes desaparecidos deciden emprender una búsqueda por saber realmente qué ocurrió con sus familiares. Los medios de comunicación bautizaron a este grupo de mujeres como las Madres de Soacha. Diez años después de las desapariciones de Soacha, varias de ellas se organizaron en un colectivo llamado MAFAPO, que significa Madres de Falsos Positivos de Suacha⁶ y Bogotá.

Con el tiempo se demostró que las desapariciones no habían ocurrido solamente en Soacha, los casos se cuentan por miles, en veintinueve de los treinta y dos departamentos del país.⁷ A pesar de que no hay consenso en las cifras, MAFAPO habla en sus reclamos de 10.000 casos de “falsos positivos”. Esta cifra es resultado de una investigación realizada por los excoroneles de la policía Eduardo Rojas y Fabián Benavides, quienes sostienen que:

“A mediados del 2013 la Fiscalía General de la Nación reportó [...] 3.925 denuncias sobre ejecuciones extrajudiciales entre el 2002 y el 2010, la Coordinación Colombia-Europa-Estados Unidos reportó 5.763 [...], victimarios confirman que cerca del 20% de las muertes presentadas en combate correspondían a ejecuciones extrajudiciales; la Organización de Naciones Unidas proyecta que durante el periodo de la Seguridad Democrática (nombre de la política gubernamental de Uribe, quien fue presidente entre el 2002 y el 2010), una de cada tres bajas reportadas por el ejército correspondía a falsos positivos”.⁸

5. En su momento también los hombres de las familias se articularon en la lucha, pero actualmente la organización está integrada fundamentalmente por mujeres. Llama la atención el caso de John Nilson Gómez, hermano de Víctor Gómez, quien fue asesinado por intentar esclarecer lo que sucedió con su hermano.

6. Escribir la palabra “Suacha”, en vez de “Soacha”, es una apuesta política por recuperar una pronunciación de los indígenas muisca (antiguos habitantes de la zona), escondida por años. “Sua”, significa “sol” y da un significado distinto al nombre de la población, este pequeño detalle es en sí mismo una práctica de memoria.

7. JEP, “Muertes ilegítimamente presentadas como bajas en...”, p. 4.

8. ROJAS BOLAÑOS & BENAVIDES SILVIA, *Ejecuciones extrajudiciales en Colombia 2002-*

En las investigaciones judiciales, las dilaciones han sido protagonistas. Que se dieran sentencias en la justicia ordinaria tardó más de nueve años y muchos de esos casos ni siquiera empezaron. En un escenario generalizado de insatisfacción, Beatriz Méndez, madre de Weimar Armando Castro Méndez y tía de Edward Benjamín Rincón Méndez, jóvenes desaparecidos en 2004 por el ejército, sostiene que Medicinal Legal, la Fiscalía General de la Nación y “todos los entes que supuestamente hay para hacer justicia son cómplices”.⁹ Esa posición no es exclusiva de Beatriz, sino una sensación generalizada dentro de las mujeres que integran MAFAPO, quienes se sienten abandonadas por el Estado.

Esta desesperanza generalizada sobre el Estado y la desazón frente al funcionamiento de la justicia se traslada también a la JEP, un tribunal especial diseñado por el Acuerdo para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, celebrado entre el Estado y las FARC-EP a finales de 2016, resultado de más de cuatro años de negociaciones y cuya creación se hace con el objetivo de servir como un mecanismo de justicia transicional para juzgar los delitos cometidos con ocasión y en desarrollo del conflicto armado. Su existencia es necesaria, pues como con cualquier transición, “alguna forma de justicia retroactiva por violaciones masivas de derechos humanos brinda un sustento más sólido a los valores democráticos”.¹⁰

Su diseño se montó sobre la base de un sistema de justicia restaurativa y no retributiva. La JEP hace parte del Sistema de Verdad, Justicia, Reparación y Garantías de No Repetición, que está integrado además por una Comisión de Esclarecimiento de la Verdad y una Unidad de Búsqueda de Desaparecidos.

Su creación estuvo atravesada por debates jurídicos y mediada por intereses políticos. El sentido de la pena y el mismo sentido de la justicia estuvieron en la médula de las discusiones. Su diseño actual no responde necesariamente a un deber ser en términos jurídicos, filosóficos o democráticos: es a lo que se pudo llegar entre lo deseable y lo posible. Entre otras razones, su diseño responde a que las negociaciones de La Habana se desarrollaron sin un cese de hostilidades, por lo que las

2010..., p. 30.

9. MÉNDEZ, entrevista de GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, 29/01/2019, minuto 29:05.

10. NINO, “Los problemas políticos de los juicios por violaciones a derechos humanos”, p. 7.

negociaciones en la mesa eran un reflejo del campo de batalla; que el Estado o las FARC-EP cedieran en algún punto dependía en buena medida de la correlación de fuerzas bélicas.

La JEP se diseñó en un contexto delicadísimo en el cual debía haber justicia. Pero estándares demasiado altos, en condiciones políticas de inestabilidad y donde los grupos armados aún tienen capacidad bélica y control territorial, podían devenir en nuevas violaciones a derechos humanos. Considerando que los militares también fueron un actor en el conflicto y que lo que tienen que decir es fundamental para construir una verdad plena, su presencia fue admitida,¹¹ con las mismas condiciones que se impusieron a la guerrilla: los crímenes de lesa humanidad, ni otros crímenes definidos en el Estatuto de Roma podrían indultarse o amnistiarse. Esto no quiere decir que delitos de ese calibre no puedan ser objeto de penas alternativas a la prisión. Se cumplió algo sentenciado por Nino: “para estabilizar la democracia, debe lograrse un balance entre los grupos que, aunque relevantes, no sean perdedores inevitables en el proceso democrático”.¹²

Al acuerdo en general y a la JEP en particular se les pedía un imposible: satisfacer a los militares, al Estado, a la guerrilla (tanto a las bases como a la dirección), a las víctimas, a la población colombiana y al derecho internacional. La situación era extremadamente compleja, pues ninguno de estos grupos es homogéneo. Adicionalmente, el acuerdo debía avanzar en que la paz alcanzada perdurara en el tiempo, para que las personas que dejaran las armas no incurrieran de nuevo en la violencia armada, bien fuera desde la delincuencia común o vinculándose a otro grupo armado.

Así las cosas, alcanzar un acuerdo entre los negociadores era solo el primer paso:

“Después de alcanzar un acuerdo de paz, los legados de la guerra tienden a permanecer. Inseguridad e injusticias irresueltas significan que las élites políticas, así como la sociedad civil, continúan polarizados y la base para ideologías inclusivas es débil”.¹³

11. La admisión de los militares en la JEP fue un motivo de críticas de parte de Álvaro Uribe, y por ende del Centro Democrático, pues consideraba injusto igualar a la Fuerza Pública con los guerrilleros. Insistentemente, intentó que los militares fuera juzgados fuera de la justicia especial, aun cuando las cúpulas militares manifestaran su voluntad de comparecer ante ella.

12. NINO, “Los problemas políticos de los juicios por violaciones a derechos humanos”, p. 186.

13. JARSTAD, “Dilemmas of war-to-democracy transitions: theories and concepts”, p. 19.

En este caso, la polarización se dio tanto antes como después de alcanzar el acuerdo. Sectores que no veían satisfechos sus intereses en el acuerdo o se veían amenazados ante la posibilidad de que se abrieran espacios para contar asuntos otrora enterrados, movilizaron sus fuerzas. Se hizo evidente lo que Jarstad denomina el *dilema horizontal*, en donde abrir el espacio político para la inclusión de partidos que estuvieron alzados en armas, como condición para la entrega de estas y fortalecer la democracia, es visto como un premio a la violencia, lo que entra en contradicción con el principio democrático de la no violencia.

El acuerdo estableció que se dieran automáticamente cinco curules a las FARC en el Senado y cinco curules en la Cámara de Representantes. Esta cuestión indignó profundamente a buena parte de la población colombiana que sentía que estaban premiando a los criminales. Asimismo, establecía la creación de diecisiete circunscripciones especiales en el Congreso de la República, para que fueran ocupadas por personas de las regiones más golpeadas por el conflicto armado y pudieran llevar sus demandas al escenario democrático.

Sobre la base de esta situación, desde una lectura absolutamente plana, se empoderó la idea de que la JEP abría la puerta a una *fiesta de impunidad*. Se construyó un discurso que la veía como la alcahueta de un sistema diseñado para consentir a los guerrilleros, que premiaba la violencia. Personas con procesos abiertos por extorsión, narcotráfico, secuestro, homicidio, reclutamiento forzado, etcétera, no solo no irían a la cárcel, sino que en vez de hacerlo entrarían al Congreso.

Como señaló Carlos Nino, "los sentimientos retributivistas también dependen del nivel en que la sociedad se identifica con los autores de las atrocidades".¹⁴ La afirmación es reveladora, pues una sociedad que no bajaba de terroristas a los excombatientes muy difícilmente aceptaría una transición en la cual no se dieran las más altas penas para ellos. Los sectores que no se identificaban con las FARC querían castigo.¹⁵

14. NINO, "Los problemas políticos de los juicios por violaciones a derechos humanos", p. 195.

15. En la casi nula identificación de la ciudadanía con el grupo armado, tiene que ver la memoria hegemónica que se construyó en torno a ellos, la negación del componente político de la lucha armada. Ahora bien, esta situación no se presentó en el proceso de paz que se dio a través de la Ley de Justicia y Paz, en 2005, cuya discusión no alcanzó niveles tan altos de controversia respecto del sistema de justicia transicional. Mientras el sistema restaurativo que se diseñó con la Ley de Justicia y Paz se movió sin mayor alboroto, el sistema de

La difícil aceptación de que la exguerrilla de las FARC tenía una lucha política fue clave en el rechazo a los acuerdos. Esta situación no carece por completo de fundamento, pues en los años noventa ellas mismas decidieron inclinarse por la formación militar en detrimento de la formación política al interior de sus filas, poniendo como un asunto primordial la victoria militar a toda costa.¹⁶

Dos de las mayores banderas en contra del proceso fueron *Paz sin impunidad* y *Paz sí, pero no así*. Los sectores políticos que se movilaron en contra del acuerdo y de la JEP calaron en el sentido común de personas que venían bombardeadas de información de todos los sectores, desde donde presentaban a la guerrilla como monstruos, asesinos, narcotraficantes: el origen de la tragedia nacional.

Un segundo dilema de cualquier proceso de paz es el *dilema vertical*. En este se manifiestan las tensiones entre las élites políticas y la población en general.¹⁷ Para resolverlo se decidió someter el acuerdo a las urnas. Con ese fin, se convocó el 2 de octubre de 2016 a un plebiscito en el que la ciudadanía debía decidir si avalaba o no el acuerdo. Si ganaba el sí, las decisiones tomadas estaban blindadas, de lo contrario se abría un escenario de incertidumbre.

Las votaciones llegaron; ante la pregunta “¿Está usted de acuerdo con el Acuerdo para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera?”, un 49,78% de quienes votaron respondió Sí, frente a un 50,21% que respondió No.¹⁸ Por un pequeñísimo margen, los acuerdos estaban en el limbo.

Perder el plebiscito llevó a nuevas modificaciones. Ahora, el acuerdo no se ratificaría en las urnas, sino a través del Congreso, bajo el entendido de que es un órgano representativo de la población colombiana. Los compromisos allí sentados entre la guerrilla y el Estado dependían de un nuevo filtro. En el Congreso, las diecisiete circunscripciones especiales

justicia transicional, diseñado para la entrega de armas de las FARC-EP, estuvo en el centro de la vorágine. Las personas que se indignaron por una transición que establecía penas alternativas para exguerrilleros, no se indignaron de esta manera cuando los beneficios eran para paramilitares. En Colombia, Cruz (2009) manifiesta la existencia de un proyecto ideológico entre sectores políticos y el paramilitarismo, que se hizo evidente en la *parapolítica* y que es hegemónico, particularmente dentro de las clases medias.

16. AGUILERA PEÑA, “Tercer Período: Consolidación militar, diálogos del...”.

17. JARSTAD, “Dilemmas of war-to-democracy transitions: theories and concepts”.

18. Registraduría Nacional del Estado Civil, “Preconteo Plebiscito”, 2/10/2016.

se hundieron. Allí, parlamentarios del Centro Democrático presentaron una propuesta para que los militares tuvieran salas especiales dentro de la JEP y, además, ni siquiera tuvieran que declarar. Literalmente, el proyecto decía:

"Se garantizará el derecho de defender la honra, y por lo tanto los beneficios del sistema incluyendo la libertad no estarán condicionados a la confesión o reconocimiento de la responsabilidad".¹⁹

Tal contrasentido no vio la luz.

En ese contexto se creó la JEP, a través de leyes presidenciales. Sus desafíos no son menores, pues nace y da sus primeros pasos entre quienes la piensan como la puerta a una feria de impunidad y quienes la consideran una piedra angular del proceso de paz, indispensable para alcanzar verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición.

III. SENTIDOS SOCIALES DE LOS JUICIOS

Los juicios y el derecho no deben pensarse como un ámbito aislado de las condiciones sociales que les dan forma. Sobre ellos recae la responsabilidad de hacer justicia, lo que va mucho más allá de sancionar delitos y emitir condenas: se espera de los tribunales que cristalicen algún sentido generalizado de justicia, aunque en ocasiones se olvide que responden a condiciones materiales. Los juicios son, sin lugar a dudas, uno de los pilares de los Estados democráticos. Los niveles de transparencia y eficiencia, pueden servir como indicadores del nivel democrático de una nación, particularmente si se trata de una nación que se identifica como un Estado de derecho:

"Vigente o letra muerta, nadie puede dudar que hace a la esencia del Estado democrático parlamentario, la limitación del poder. El imperio de las leyes, formal y material, con su correlato limitativo; la razonabilidad en la restricción de los derechos de los ciudadanos

19. Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo, "Un pacto de impunidad con la...", 30/10/2018.

y la vigencia de su justa aplicación constituyen los pilares de dicho modelo de Estado cuya base es ‘el principio de la seguridad jurídica’ —el *ius certum*— de sus componentes”.²⁰

De ahí que el asunto de la justicia y cómo se administra, a través de qué principios, con qué tribunales, mecanismos y fines, sea de vital importancia para los sistemas democráticos. Siguiendo a Duhalde, ese principio se expresa en el origen democrático del poder, que se funda en leyes constitucionales válidas, actos públicos, derechos restringidos bajo un principio de razonabilidad, responsabilidad del Estado y sus funcionarios y control judicial independiente. Sin duda, el Poder Judicial es uno de los soportes de la democracia y los debates que allí se tramitan tienen fuertes implicancias sociales, por ejemplo:

“El derecho constituye un ámbito privilegiado para la elaboración de las experiencias de violencia sistemática y masiva gracias a su capacidad performativa, como gestor de verdades sancionadas colectivamente y de narraciones que alcanzan una fuerza muy superior a la construida en cualquier otro ámbito disciplinario. A dicha capacidad simbólica de sancionar una verdad aceptada colectivamente, se suman las consecuencias concretas de su acción para los cuerpos y las subjetividades involucradas (su carácter performativo), pues cada sentencia tiene también entre sus características la capacidad de generar una pena, una acción que repercute de modo directo e inmediato sobre los cuerpos. El derecho es, por antonomasia, el ámbito de creación del juicio”.²¹

Sin embargo, no se debe olvidar que los conceptos jurídicos no son:

“Llaves mágicas para abrir ningún tesoro ni para producir ningún efecto *per se*, sino apenas como disparadores en la configuración de relatos específicos que abren posibilidades diferenciales en los modos de elaboración”.²²

20. DUHALDE, *El Estado terrorista argentino*, p. 242.

21. FEIERSTEIN, *Memorias y representaciones sobre la elaboración del genocidio*, p. 126.

22. FEIERSTEIN, *Memorias y representaciones sobre la elaboración del genocidio*, p. 127.

En ese orden de ideas, la producción que resulta de los juicios no es una cuestión baladí. Máxime cuando se trata de juicios que se desarrollan sobre violaciones masivas a derechos humanos.

En tales contextos, la apelación a reformas constitucionales, que ponen sobre la mesa la oportunidad de redefinir los valores morales que dan sustento a una sociedad y que de alguna manera hicieron posible la comisión de tales violaciones sistemáticas, es frecuente. En la negociación del acuerdo de La Habana se debatió la posibilidad de una reforma constitucional que materializara los compromisos adquiridos. No obstante:

“La sanción de una nueva constitución no siempre implica una ocasión semejante, especialmente en Latinoamérica, donde la reforma constitucional es considerada por mucha gente como una cuestión demasiado técnica o el resultado del corrupto autointerés de los políticos. En cambio, el drama de un juicio, con las víctimas y los victimarios bajo la luz pública, con acusaciones y defensas, con testigos de todos los sectores sociales y con la aterradora posibilidad del castigo, inevitablemente atrae la tensión del gran público y puede provocar también ‘juicios’ paralelos en la calle o en la mesa familiar”.²³

Esto no quiere decir que el acuerdo de paz haya tenido que decidir entre constituyente o juicios, pues la existencia del tribunal especial era necesaria con o sin constituyente. Las discusiones respecto de la modificación constitucional tenían que ver con la ratificación de los acuerdos mediante ese mecanismo o a través de otro. Traigo a colación el planteamiento de Nino, pues en efecto, los juicios atraen la atención del público, que discute la decisión en otros espacios. En las decisiones del tribunal descansa la demanda social de justicia y reconciliación; especialmente, cuando el proceso de paz se presentó como una oportunidad de refundar la nación, al abrir la puerta a una transición desde un estado de guerra y tragedia, a uno de paz, reconciliación y prosperidad.

Así las cosas, los juicios son también “acontecimientos culturales, más que situaciones jurídicas, donde, como dice Graciela Rosenblum, “se expresa y se manifiesta, o no, lo que nadie escribe”.²⁴ En efecto, los juicios masivos para condenar graves violaciones a los derechos humanos

23. NINO, “Los problemas políticos de los juicios por violaciones a derechos humanos”, p. 206.

24. LEAVI, *Los sentidos de la justicia: Juicio...*, p. 5.

son políticas de Estado, donde los procesos judiciales son “arenas de lucha respecto de la gobernabilidad, la autoridad y el poder; y donde las organizaciones populares atraviesan también este escenario de disputas múltiples”.²⁵ En suma, hay hacia dentro y hacia fuera de las escenas judiciales, un proceso cultural que manifiesta tensiones entre sentidos diversos.

En el desarrollo de las escenas judiciales es fundamental prestar atención al papel que se da al testimonio, y a los testigos, quienes “deben sentirse contenidos y acompañados, tanto en los momentos previos como durante y luego de la declaración”.²⁶ Allí es también relevante considerar la cabida que se da a los reclamos de organizaciones que luchan contra la impunidad y a los discursos políticos que se empoderan o debilitan con ocasión del proceso judicial.

Para el caso específico de los “falsos positivos” es muy importante el espacio judicial, pues fue el escenario a través del cual algunos familiares pudieron probar definitivamente que no estaban mintiendo, como lo dijo el Estado inicialmente. En esta dirección, son reveladoras las declaraciones de Carmenza Gómez en una entrevista radial que dio en 2017, después de darse una condena sobre el asesinato de su hijo en la justicia ordinaria:

“Hoy en día, con la condena del lunes, puedo gritarle al mundo ¡mi hijo no era guerrillero! [...] Hoy le hago un llamado al señor Álvaro Uribe, que él tiene hijos también, que se ponga la mano en el corazón y acepte la verdad: que él también es culpable de los ‘falsos positivos’ de Soacha y que públicamente pida perdón, no solamente a las madres de Soacha sino a muchas, muchas víctimas de los ‘falsos positivos’. Y al señor Santos y al Ejército Nacional, que hagan un monumento a nombre de los jóvenes de Soacha”.²⁷

La sentencia empoderó el reclamo de las Madres, se avanzó en su demanda de justicia, aunque muchos casos de “falsos positivos” ni siquiera hayan empezado y la mayoría aún no haya dejado condenados. En esto insistió Carmenza en una conversación personal:

“Yo decía ¡no! Mi hijo no es guerrillero, mi hijo no es delincuente. Para

25. LEAVI, *Los sentidos de la justicia: Juicio...*, p. 72.

26. VARSKY, “El testimonio como prueba en procesos...”, p. 60.

27. GÓMEZ, HERNÁNDEZ & PALACIO, “Madres de Soacha hablan con Vicky...”, 06/04/2017.

mi eso fue durísimo. Ya descansé, cuando ya hubo condena y pude, como he dicho siempre, gritarle al mundo y hacerle ver a Uribe que no era guerrillero mi hijo y que los muchachos, no solamente los de Soacha sino muchos que cayeron también en esos crímenes de lesa humanidad no eran guerrilleros, ni eran delincuentes como lo dijo Uribe que no se habían ido a coger café sino a delinquir alrededor de Ocaña. Entonces para mí eso es un orgullo: poder limpiar el nombre, no solamente de mi hijo sino de muchísimos jóvenes y mujeres, porque también hay mujeres, en estos casos".²⁸

Es entonces evidente que el escenario judicial, sea a nivel nacional o internacional, es un lugar clave en lo que se refiere a la construcción de verdad. Las verdades que desde allí se producen pueden empoderar los reclamos de las víctimas y se mueven en espacios sociales y culturales, y son fundamentales en la producción y reproducción de discursos.

La idea de que saber la verdad es uno de los elementos clave de la justicia es transversal a los procesos de justicia transicional, en mayor o menor proporción. De acuerdo con Andreotti, una innovadora manera de Justicia Transicional que se desarrolló sobre la base de esta premisa y que funcionó como un referente latinoamericano en la materia fueron los Juicios por la Verdad en la Argentina, en donde por primera vez se realizaron juicios penales con el único objetivo de saber la verdad, es decir, sin que hubiera consecuencias penales. Sin embargo, esta idea de que la verdad es en sí misma una reparación es problemática. En realidad, ante un Estado gobernado por Menem, que consagró la impunidad de los militares con el argumento de que era necesaria una pacificación nacional, los Juicios por la Verdad fueron un espacio estratégico en donde los movimientos de familiares querían generar un insumo que en coyunturas políticas distintas pudiera ser usado efectivamente para llegar a condenas.

Los Juicios que aparecen a finales de la década de 1990 fueron:

"Impulsados por organizaciones de derechos humanos, sobrevivientes y familiares de víctimas de terrorismo de Estado, su objetivo principal consistió en esclarecer en el ámbito de la justicia penal los crímenes y circunstancias de la desaparición forzada de miles de

28. GÓMEZ, entrevista de GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, 00:06:07.

ciudadanos argentinos durante la dictadura militar que gobernó el país entre 1976 y 1983”.²⁹

Sobre estos juicios es relevante la construcción de una verdad jurídica que es necesaria y que desplaza a la verdad social o cultural.

En el caso de la JEP, se considera que saber la verdad es en sí mismo un avance en la justicia y desde el Estado se considera un elemento reparador de las víctimas. Como se muestra a continuación, en el caso de la audiencia analizada, según entrevistas con integrantes de MAFAPO, esta idea de que la verdad en sí misma repara es problemática, particularmente cuando la verdad que se produce en estos escenarios no es *la* verdad, si no *una* verdad que responde a la estrategia judicial de los acusados.

IV. LA AUDIENCIA DE SOMETIMIENTO Y RÉGIMEN DE CONDICIONALIDAD

Haciendo eco del perdón y la verdad como elementos indispensables para la reconciliación y la justicia, con titulares del estilo “Coronel Rincón y 13 militares pidieron perdón a las Madres de Soacha”³⁰ y Coronel Rincón Amado pidió perdón ante la JEP por falsos positivos”,³¹ los principales medios de comunicación escrita daban cuenta de la primera audiencia celebrada por la JEP para abordar el tema de los “falsos positivos”.

Aunque únicamente tuviera por objeto que los militares acusados reiteraran su sometimiento a la JEP, la audiencia no pasó desapercibida, pues dadas las dimensiones del crimen, se trataba de un hecho emblemático que manchó indeleblemente la historia del país. Adicionalmente, era importante, pues “la mayoría (más del 90%) de los miembros de la Fuerza Pública que se han acogido voluntariamente a la JEP, presuntamente habrían participado de este tipo de hechos”.³²

La audiencia tenía por objeto específicamente dar inicio al juicio de

29. ANDREOTTI, “Decir la verdad, hacer justicia: Los Juicios por la Verdad en Argentina”, p. 6.

30. *El Tiempo*, “Coronel Rincón y 13 militares pidieron perdón a las madres de Soacha”, 10/08/2018.

31. *El Espectador*, “Coronel Rincón Amado pidió perdón ante la JEP por falsos positivos”, 10/08/2018.

32. JEP, “Muertes ilegítimamente presentadas como bajas en...”, 17/07/2018, p. 3.

catorce militares por la desaparición y el asesinato de Julio César Mesa Vargas, Jonathan Orlando Soto Bermúdez, Víctor Fernando Gómez, Diego Alberto Tamayo Garcerá y Jader Andrés Palacios Bustamante, cinco muchachos que desaparecieron de Soacha, quienes fueron reclutados por Alexander Carretero y Pedro Antonio Gámez con la promesa de trabajar en el campo, ellos recibían un millón de pesos colombianos por cada muchacho que llevaban. Al llegar a Ocaña, a través de un falso retén montado por el entonces coronel Gabriel de Jesús Rincón Amado, los muchachos de Soacha fueron entregados a la Brigada Móvil XV del Ejército Nacional de Colombia. Allí los asesinaron y los presentaron como guerrilleros dados de baja en combate.³³

En la audiencia, se explica la existencia de la JEP a los acusados y se inicia un ritual extremadamente formal en el cual se llama a los militares a sentarse frente al juez, identificar que la firma y la huella que se encuentran en el acta de sometimiento son auténticas. Después, el magistrado pregunta cuál es el compromiso de los acusados con las víctimas en el marco del proceso judicial que se inicia y la mayoría de los militares³⁴ lee un documento entregado por su abogado defensor, cuya estructura, palabras más, palabras menos, es la siguiente: "Me comprometo a aportar la verdad, ayudaré al esclarecimiento de los hechos, me comprometo a la no repetición y a la reparación inmaterial a las víctimas como consta en el acta de sometimiento. Asimismo, cumpliré con los requerimientos del sistema de verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición".

Se destacan las palabras *reparación inmaterial*, pues contrasta con la posición de Jacqueline Catillo, representante legal de MAFAPO y hermana de Jaime Castillo, desaparecido por el ejército en los "falsos positivos", quien en una entrevista personal sostuvo que reclamarían como una forma de reparación, que los militares devuelvan el dinero que recibieron por el asesinato de sus hijos. Que los militares hablen específicamente de *reparación inmaterial* y no de *reparación integral*, descarta de plano la posibilidad de que se repare a las víctimas devolviendo el dinero que recibieron por el asesinato de sus familiares.

En la audiencia, los militares pidieron perdón: también lo hicieron le-

33. YouTube, "En vivo: la primera audiencia de falsos positivos con las Madres de Soacha (III)".

34. De los catorce militares, únicamente dos no leyeron: Eider Andrés Guerrero Andrade y Pedro Johan Hernández Malagón. Ambos inician su declaración pidiendo perdón primero a Dios y llama la atención la expresión "si en algo me he equivocado".

yendo el papel entregado por su abogado defensor. Solo en escasas oportunidades ese perdón incluía a las víctimas, pues en general las disculpas eran pedidas al juez. Jamás, en toda la audiencia, los militares hicieron contacto visual con las víctimas que estaban en la sala en el momento de pedir perdón.

El acto a través del cual los militares pasaban al frente para confirmar su comparecencia ante la JEP, pedir perdón y comprometerse con la verdad, la reparación inmaterial y la no repetición fue el busilis de la audiencia. El espacio que tuvieron las víctimas para dar su palabra fue marginal. En su nombre hablaron dos abogados: Sandra Villegas y Reinaldo Villalba.

Para las víctimas, la columna vertebral para alcanzar la justicia que tanto han reclamado es la revelación de la verdad, pero una verdad completa que se aclama a gritos. Es una realidad jurídica que la justicia especial de paz o justicia transicional hace parte del ordenamiento jurídico colombiano, que fue creada con el objetivo de pasar la página del conflicto armado interno y abandonar esos tiempos de violencia que han generado dolor y sufrimiento para todos los colombianos y en especial para nuestras víctimas.³⁵

Por su parte, Villalba manifestó la preocupación frente a que otras organizaciones que también defienden a las víctimas no hayan sido invitadas. Reiteró la importancia de la verdad como un derecho tanto de las víctimas como de la sociedad y respecto de las amenazas que reciben las mujeres de MAFAPO señaló:

“Conforme a los compromisos de hoy, uno entendería que no tienen por qué sufrir más hostigamientos, ni más amenazas. [...] Se solicita que las víctimas participen activamente en decidir cuáles son esas medidas de reparación, por ejemplo, ya se sabe que se está construyendo un mausoleo en el cementerio para todas las víctimas. Ya se sabe que también hay solicitudes de hacer un monumento en la plaza de Soacha en memoria a las víctimas, ya se sabe que necesitamos un perdón público programado en la plaza de Soacha [...] y para la verdad, la posibilidad de que tengamos un libro que le diga a Colombia qué pasó y qué pasó concretamente en el caso de Soacha”.³⁶

La única víctima que habló con su viva voz fue Idalí Garcerá, madre

35. YouTube, “En vivo: la primera audiencia de...”, minuto 02:30:34.

36. YouTube, “En vivo: la primera audiencia de...”, minuto 02:48:32.

de Diego Alberto Tamayo Garcerá e integrante de MAFAPO, quien en una intervención sucinta dijo:

“Lo único que deseo es que se sepa la verdad, verdad plena, pero que ojalá fuera de que los señores van a decir la verdad, yo quisiera que estuvieran también los altos mandos, los que les ofrecieron, los que les mandaron hacer lo que ellos cometieron. Entonces, yo espero poder recibir toda esa verdad completa: que no sean solo ellos los señores que van a decir la verdad, sino también los altos mandos, los que le mandaron a cometer lo que hicieron. Aquí con mis compañeras siempre nos acompañamos. Todas nos mantenemos en la lucha. Ya hemos esperado mucho tiempo para saber toda esta problemática que nos atormenta y de verdad que no tendremos paz hasta que sepamos lo que es la verdad completa”.³⁷

Esta intervención fue mencionada por Jacqueline Castillo en su entrevista conmigo, al preguntarle sobre sus expectativas frente a la Comisión de la Verdad:

“Yo de verdad que expectativas no tengo. Yo lo sigo repitiendo: nosotros nunca vamos a escuchar la verdad. Como dijo Idalí ese día en la audiencia en la JEP: la verdad plena. Nunca la vamos a saber. Ellos no lo van a decir, ellos van a decir: sí, nosotros los reclutamos, los asesinamos y esa es su verdad, pero nunca vamos a escuchar la verdad que nosotros queremos saber, quién dio la orden de cometer estos crímenes, eso no lo vamos a saber nunca ni en la comisión (de la verdad), ni en la JEP. Yo realmente la esperanza que guardo es que la Corte Penal Internacional sí tome cartas en este asunto”.³⁸

La opinión de Jacqueline respecto de la audiencia es la siguiente:

“A mí me parece que esto ha sido una burla a las víctimas, realmente. Porque finalmente los que han sido beneficiados han sido

37. YouTube, “Espero recibir la verdad completa: madre...”, minuto 00:01:10.

38. CASTILLO PEÑA, entrevista de GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, minuto 00:24:50.

los victimarios, llámese guerrilla, ELN, ejército. Todos los que han venido a acogerse a la JEP están como recibiendo más bien como medallas. Yo no sé ni cómo llamarlos, pero para este tiempo que nosotros tenemos, ya diez años de todos estos crímenes, yo siento que estamos en ceros nuevamente. Hay casos, por ejemplo el caso de nosotras, que iniciaron algunas de las audiencias, siempre fueron aplazadas, no hay nadie detenido...diez años, hay casos que ni siquiera han empezado”.³⁹

Por su parte, Ana Páez manifestó la profunda indignación que tiene frente a que los “falsos positivos” sean tramitados allí, en consonancia con la postura que rechaza la inclusión de los militares en ese tribunal especial, que para ellas debía únicamente servir para el trámite de los delitos de la exguerrilla:

“Tiene que haber justicia en Colombia. Tienen que hacernos valer los derechos de nosotras. Tienen que saber que nosotras podemos seguir adelante. No voy a permitir que con trabajos sociales se pague a nuestros hijos, no lo voy a permitir”.⁴⁰

Además, el lugar que tuvo la verdad en el desarrollo de la audiencia fue bastante problemático, pues en ella a los militares:

“Les dicen qué tienen que decir, cómo tienen que hablar. Ahora, cómo, cómo pretenden decir que ‘yo voy a decir la verdad’, cuando yo voy a decir mi verdad a mí nadie tiene que escribirme lo que yo tengo que decir porque es que es *mi* verdad. A mí no me tienen que condicionar qué es lo que yo voy a decir, porque en el momento que a mí me dan algo para leer, eso está condicionado y me están condicionando a decir qué es lo que tengo que decir. Ahí eso ya deja de ser una verdad y eso fue lo que ellos hicieron. Todos tenían ahí su papelito y leían lo que tenían que decir. Entonces, ¿qué sentido

39. CASTILLO PEÑA, entrevista de GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, minuto 00:02:08.

40. El testimonio corresponde a una desgravación inédita del evento “Conversatorio y proyección del documental ‘Retratos de Familia’” llevado a cabo en la escuela de fotografía NOVA (La Plata), el día 14/10/2019, en el marco del Encuentro Plurinacional de Mujeres 2019.

tiene eso?”.⁴¹

Su testimonio, igual que las de otras madres entrevistadas, revela una profunda indignación respecto de lo que vivieron en la audiencia, dando lugar a una suerte de revictimización. Para Carmenza Gómez, el asunto es particularmente grave, pues su caso sí tenía condena de parte de la justicia ordinaria:

“Mientras (el caso) estuvo en la justicia ordinaria se demoró muchísimo, porque fueron nueve años de audiencia(s) donde dilataban los procesos los mismos militares o los abogados, como el abogado Pedro Condia que es una grosería, al juez lo miraba como una basura, era lo que ellos querían hacer, por eso estuvimos nueve años en audiencias, hasta que al fin se pudo condenar, pero ¿qué pasó? [...] Hubo condena y se fueron a apelación, qué sorpresa la mía el año pasado cuando me llaman, que una reunión en la JEP, yo no sabía qué era la JEP, que fue el día que me les reboté allá. Entonces les dije: no, pagan un año porque yo tengo entendido que para dar un beneficio a un preso es a los cinco años, yo les dije. Es a los cinco años que les dan un beneficio de la casa por cárcel o les dan permiso para ir 72 horas a la casa. Entonces, ¿por qué a ellos los soltaron después de un año y están en libertad? Y los beneficios para ellos fueron toditos, ¿cierto? y ¿para nosotras las víctimas cuáles fueron? Ninguno, mientras nosotras las víctimas estamos comiendo mierda, ellos están gozando de una libertad y de un beneficio y gozando con la familia mientras nosotros no volvimos a ver a nuestros hijos. Ese día, mejor dicho, yo me salí de los trapos”.⁴²

Carmenza no pudo asistir a la audiencia, pero afirma que “la JEP la hicieron para una alcahuetería”,⁴³ en representación suya asistió su hija quien según Carmenza dijo:

“No mami, menos mal que usted no fue, porque los militares era con un papelito diciendo qué era lo que ellos tenían que decir por escrito.

41. CASTILLO PEÑA, entrevista de GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, minuto 00:05:41.

42. GÓMEZ, entrevista de GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, minuto 00:47:30.

43. GÓMEZ, entrevista de GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, minuto 00:43:23.

No venía del corazón, el perdón no venía del corazón. Si yo voy a decir un perdón a medias, no diga nada mejor. Estese callado. Si yo voy a pedir un perdón que sea de corazón y yo sé qué es lo que voy a hablar”.⁴⁴

Para Carmenza, allí no se produce *la* verdad, sino “una verdad con trampas, una verdad a medias es lo que hay ahí y tratar de tapar todos estos crímenes de Estado con un dedo”.⁴⁵

Ahora bien, es muy importante señalar que en este caso ellas tienen un conocimiento que, aunque está incompleto, es significativo. La misma Carmenza Gómez reconoció en entrevista personal que se consideraba afortunada por tener el cuerpo entero de su hijo, pues en espacios en los que ha conversado con otras víctimas, una mujer le contó que tuvo que buscar y recopilar ella misma los pedazos de su hijo en el campo. Un porcentaje importante de víctimas no tiene la menor idea de qué pasó con sus familiares desaparecidos.

Sobre la idea de la audiencia como una revictimización, son reveladoras las palabras de Zoraida Muñoz, madre de Yonny Duvian Soto Muñoz, también un joven asesinado por el Ejército en el marco de los “falsos positivos”:

“Yo no fui, las compañeras se enfermaron, se enfermaron. Es que eso es duro, mirar los hijuemadres tipos ahí, los del ejército, donde ellos no decían, no pedían el perdón así porque les saliera de la boca, sino con un papel, leyendo y pidiendo el perdón ¿Qué es eso? Mira yo me levanté y le di gracias a Dios por todo lo que tenía, pero con una tristeza horrible, horrible. Dije: ‘yo tengo que ir a la JEP’ ¿Voy? Pero esa tristeza no me dejaba y mejor que no fui porque las compañeras allá...casi a una le da un infarto, a otras les tocó ponerle médico. No, eso fue terrible, ver a todos los desgraciados ahí riéndose, con vestido de paño. Andan como Juan por su casa ¿Y nosotras qué? Y ellos sí con escoltas. ¿Y nosotras qué? Nosotras como víctimas estamos a la deriva, como una pluma y ellos sí con tremendos carros, con escoltas, bien elegantes y las pobres lloronas *llevadas*”.⁴⁶

44. GÓMEZ, entrevista de GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, minuto 00:44:33.

45. GÓMEZ, entrevista de GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, minuto 00:45:08.

46. MUÑOZ, entrevista de GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, minuto 00:41:30. “Llevadas” es un colombianismo que indica una situación de abandono y de enormes dificultades.

El testimonio de Beatriz Méndez también corrobora esta indignación:

“Fuimos a hacer bulto, eso la JEP nos coge como los payasos. La JEP para mí es un circo. A nosotras las víctimas nos invitan allá para ayudar a hacer el circo, ser la comidilla. Todos esos medios allá pendientes: ‘Madres de Soacha cara a cara con militares’. No. ¿Pa’ qué nos invitaban? ¿Pa’ qué nos humillaban más de lo que ya hemos estado pisoteadas por el Estado? Los militares allá: sí, señora magistrada, yo me comprometo a decir la verdad, a esclarecer todos estos hechos y a reparar a las víctimas. Ya estoy dando cátedra en las universidades y me pregunto yo⁴⁷¿qué cátedra está dando? ¿Cómo mandar a sus subalternos a matar gente inocente? Cátedra nosotras que vamos a las universidades y advertimos a los muchachos, les explicamos lo que pasó con nuestros muchachos, les explicamos para que no se vuelva a repetir, haciendo esa pedagogía. Hacemos pedagogía de la memoria en colegios y universidades, hacemos, así como con usted, trabajos de memoria, para que se sepa”.⁴⁸

Cierro el apartado con el testimonio de Clara Inés Méndez, la hermana de Beatriz y madre de Edward Benjamín Rincón Méndez. Ella no hace parte de MAFAPO, más por falta de oportunidades que de voluntad, pues vive en el campo, en un pueblo boyacense; eso hace que sea difícil para ella participar plenamente de las actividades y reuniones del colectivo. Sin embargo, sobre la audiencia manifestó:

“No pude ir, porque mi hermana me avisó ya tarde, yo sí hubiese querido ir allá a la JEP, pero entonces como uno no puede hablar ni nada y uno se siente como tan impotente, como tan impotente para que le den a uno voz y voto, (para) desahogarse. [...] Ya que se inventaron esa oficina para que se haga justicia, a ver si hacen algo, si hacen algo por las víctimas, que haya justicia que cuenten ¿Pero si no cuentan? Vea mi caso: allá ellos están en Justicia y Paz, relajados y ¿qué han hecho?

47. Beatriz se refiere particularmente a las declaraciones del coronel Rincón Amado, quien manifestó en la audiencia su interés por vincularse a la Cátedra de la Paz como una forma de reparación.

48. MÉNDEZ, entrevista de GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, minuto 00:45:00.

Nada. Ojalá la JEP haga algo por nosotras las víctimas y se haga justicia y no repetición”.⁴⁹

“La única esperanza es la JEP, pero que ojalá la gente cuente la verdad. Pero yo tengo contacto con una señora que es hermanita de dos niños que violó el tal ese del ejército en Arauca y el tipo, imagínese, ese tipo es del ejército, ese tipo fue y los violó y los mató y va a ir a la JEP, imagínese. ¿Quién dijo que un tipo de esos tenía derecho de ir a la JEP?”.⁵⁰

A pesar de que tiene esperanza en la JEP, sus preocupaciones no son cuestión baladí. Aunque imprecisa, la mención del militar que recibe beneficios por violación responde al imaginario de que la JEP en realidad está funcionando como un mecanismo que hace lo contrario a la justicia. Hay una gran desconfianza. En esa misma entrevista, Clara Inés señala el ejemplo anónimo de Justicia y Paz en el que un testigo mencionó la participación de alias Martillo en el caso de ejecuciones extrajudiciales y el testigo fue asesinado. Independientemente de su veracidad, la afirmación da cuenta de una realidad: el riesgo al cual están sometidas las personas que tienen información relevante sobre situaciones de violaciones graves de derechos humanos.

En síntesis, los testimonios indican que la audiencia las revictimizó, despertó una profunda indignación que se trasladó al tribunal en su conjunto. Los medios de comunicación hicieron hincapié en la petición de perdón, pero ese perdón no fue ni bien recibido ni bien elaborado, pues todo el formalismo que lo atravesó lo hizo sentir como una petición falsa. Por otro lado, si estas mujeres se declaran tan abiertamente ofendidas, es porque el proceso de acompañamiento no fue idóneo. En esta oportunidad, la JEP, montada sobre un discurso de defensa de las víctimas, terminó yendo en contra de ellas.

V. CONCLUSIONES Y DESAFÍOS

Aunque discursivamente se haya enarbolado la bandera de la verdad como

49. MÉNDEZ, entrevista de GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, minuto 00:33:50.

50. MÉNDEZ, entrevista de GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, minuto 00:35:30.

indispensable para la construcción de paz, pues permite la reconciliación y la reparación de las víctimas, a cambio de penas más bajas para los perpetradores de graves violaciones de derechos humanos, la primera audiencia pública sobre "falsos positivos" generó el efecto contrario en las víctimas.

Hasta enero de 2019, las madres entrevistadas no veían allí la posibilidad de llegar a *la* verdad, sino a la construcción de *una* verdad mediada por procesos burocráticos y judiciales, que llevaron a unos compromisos juiciosamente diseñados por la defensa de los militares, pero que no expresan un compromiso sincero que las beneficie plenamente a ellas. El exceso de formalismo ahogó las posibilidades (si es que en algún momento existieron) de reconciliación. Las expresiones de perdón mediadas por la lectura de documentos y no por palabras genuinas de los militares impidieron a las madres percibir un auténtico arrepentimiento y eclipsó por completo las posibilidades de perdonar a través de esta audiencia.

La posición que las mujeres de MAFAPO sostuvieron conmigo en el momento de las entrevistas fue de indignación. La reconciliación es poco probable. Su palabra en la audiencia de sometimiento y régimen de condicionalidad tuvo poco espacio, de ninguna manera las víctimas fueron las protagonistas del espacio, que fue utilizado de forma ritual como un lugar desde el cual se justificó la existencia de la JEP como un espacio para que las víctimas perdonen y sean reparadas.

Esta audiencia fue apenas el primer experimento, se han desarrollado más sobre las cuales no tengo testimonios, así que es probable que las madres hayan cambiado de posición. Por esa razón el texto nunca quiso evaluar al tribunal en general, sino evaluar específicamente a la audiencia. En otros espacios su palabra ha tenido más lugar. En una conversación reciente con Beatriz Méndez, contó que las audiencias posteriores demostraban más respeto hacia ellas.

Este texto no pretendió juzgar a todo el tribunal, tampoco pretende ser usado para hablar en nombre de todas las víctimas del conflicto, pues tal cometido es imposible, máxime cuando el número de víctimas del conflicto armado en Colombia está por encima de los ocho millones. Las víctimas son un grupo plural, disforme.

Lo que dicen las madres tiene que ver con que ellas conocen el paradero de sus hijos. Mientras un porcentaje importante y desconocido aún, no tiene la menor idea de qué pasó con sus familiares. De ninguna manera, este texto pretende negar que la JEP sea imprescindible. Hay una deuda de verdad y de justicia que debe saldarse, aunque un análisis específico como

este muestre los enormes desafíos que enfrenta el tribunal.

Finalmente, aunque el caso sea tramitado por la justicia ordinaria, esto no implica que el trámite en esa instancia se traduzca necesariamente en más justicia. Como ellas mismas señalaron, muchos casos permanecen archivados allí sin que ellas perciban el más mínimo avance. Sus esperanzas de que se condene a los altos responsables, que no solo hacen parte de las cúpulas militares sino del poder político, están puestas en el derecho penal internacional, resultado de una sensación de abandono generalizado desde el Estado.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILERA PEÑA, Marcos, “Tercer Periodo: consolidación militar, diálogos del Caguán y declive político militar”, en Centro Nacional de Memoria Histórica, *Guerrilla y población civil. Trayectoria de las FARC 1949–2013*, 3ª ed., Imprenta Nacional de Colombia, 2014, Bogotá.
- ANDREOTTI ROMANIN, Enrique S., “Decir la verdad, hacer justicia. Los Juicios por la Verdad en Argentina”, en *Revista Europea de Estudios Latinoamericanos y del Caribe*, N° 94, 4/2013, Centro de Estudios y Documentación Latinoamericanos, pp. 5-22.
- CABANA CUEVAS, Kelly & GÓMEZ LORA, Juanita, *¿A dónde van? La desaparición forzada en Colombia: tres voces de una guerra*, Pontificia Universidad Javeriana, 2010, Bogotá, tesis de grado.
- CASTILLO PEÑA, Jacqueline, entrevista de GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, Carlos A., URL <https://drive.google.com/open?id=1oGFZwWqd7AOZ8IpZe v8X02R6BSxOkhbm>, consultado 01/02/2019.
- Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo, “Un pacto de impunidad con la fuerza pública que hace trizas la justicia transicional”, 30/10/2018, URL <https://www.colectivodeabogados.org/?Un-pacto-de-impunidad-con-la-fuerza-publica-que-hace-trizas-la-justicia>.
- CRUZ RODRÍGUEZ, Edwin, “Discurso y legitimación del paramilitarismo en Colombia: tras las huellas del proyecto hegemónico”, en *Ciencia Política*, Vol. 4, N° 8, 2009, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, pp. 82-114.
- DUHALDE, Luis E., *El Estado terrorista argentino*, Colihue, 2013, Buenos Aires.
- El Universal, “No somos víctimas del conflicto, somos víctimas del Estado”, 10/08/2018, URL <https://www.eluniversal.com.co/colombia/no->

somos-victimas-del-conflicto-somos-victimas-del-estado-madres-de-soacha-284837-AUEU401551.

FEIERENSTEIN, Daniel, *Memorias y representaciones sobre la elaboración del genocidio*, 1ª ed., Fondo de Cultura Económica, 2012, Buenos Aires. Gobierno Nacional de Colombia y FARC–EP, “Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera”, 12/11/2016.

GÓMEZ, Carmenza, entrevista de GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, Carlos A., 01/02/2019, URL <https://drive.google.com/open?id=1vSSLPV68KTTU5lyNaWorWmcFQJkHahBi>.

JARSTAD, Anna K., “Dilemmas of war-to-democracy transitions: theories and concepts”, en JARSTAD, Anna K. & Sisk, Timothy D., *From war to democracy, dilemmas of peacebuilding*, Cambridge University Press, 2008, New York, pp. 16-36.

Jurisdicción Especial para la Paz, Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas, “Muertes ilegítimamente presentadas como bajas en combate por agentes del Estado”, Auto 005/18, Caso 003, 17/07/2018, Bogotá.

LEAVI, Carlos, *Los sentidos de la justicia: Juicios, testimonios y declaraciones*, Universidad Nacional de La Plata, 2014, La Plata, tesis de doctorado.

MÉNDEZ, Beatriz, entrevista de GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, Carlos A., 29/01/2019, URL <https://drive.google.com/open?id=1ttCbSFsC0cnVSRWmne85D3BH4vnnlKc>.

Méndez, Clara Inés, entrevista de Gutiérrez Rodríguez, Carlos A., 29/01/2019 URL https://drive.google.com/open?id=1cbeZX0enRh5syp6nM_KVB8CkyhFkiZTu.

Ministerio de Defensa Nacional de Colombia, “Pago de Recompensas”, Directiva Ministerial Permanente N° 29/2005, 17/11/2005.

MORENO BARRETO, Juan David, “Coronel Rincón Amado pidió perdón ante la JEP por falsos positivos”, en diario *El Espectador*, 10/08/2018, URL <https://www.elespectador.com/colombia2020/justicia/jep/coronel-rincon-amado-pidio-perdon-ante-la-jep-por-falsos-positivos-articulo-857011>.

MORENO BARRETO, Juan David, “Coronel Rincón y 13 militares pidieron perdón a las madres de Soacha”, en diario *El Tiempo*, 10/08/2018, URL <https://www.eltiempo.com/politica/proceso-de-paz/coronel-rincon-y-13-militares-pidieron-perdon-a-madres-de-soacha-254386>.

MUÑOZ, Zoraida, entrevista de GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, Carlos A.,

EL SISTEMA JURÍDICO: DEL PLANO A LA REALIDAD*

BRUNO OVEJERO SILVA**

Resumen: El artículo es un estudio preliminar de una teoría general del derecho y tiene por objeto principal describir analíticamente las características fundamentales del sistema jurídico. Se pretende identificar los elementos que permitan diseñar una especie de “plano” a partir del cual el lector o lectora pueda comprender qué es un sistema jurídico, cuáles son sus componentes y cómo funciona frente a los conflictos jurídicos concretos. Así, se refinarán conceptos y terminologías que muchas veces son confusamente utilizados entre los mismos juristas (norma jurídica, regla, principio, validez, vigencia, aplicación, interpretación, subsunción, ponderación). El texto resalta la importancia de ciertas decisiones teóricas y metodológicas en el razonamiento jurídico práctico, la utilidad de terminologías claras, la identificación del lugar que ocupa la valoración moral en ese razonamiento, la importancia de la construcción de premisas sólidas, los problemas que generan las simplificaciones extremas (formalismo y el escepticismo) y la necesidad de reconocer un halo de incertidumbre en toda solución normativa que, no obstante, no significa prescindir de cualquier significado objetivo de la norma.

Palabras clave: derecho objetivo — sistema jurídico — razonamiento jurídico

Abstract: The paper is a preliminary study of a general theory of law and its main object is to describe the key characteristics of the legal system. The aim is to define the concepts that allow the design of a kind of “blueprint” from which the reader can understand what a legal system is, what its components are and how it works on specific legal conflicts. Thus, concepts and terminologies that are often confusingly used among lawyers and judges will be refined (norm, rule, standard, validity, efficiency, application, interpretation, subsumption, balan-

* * Recepción del original: 24/04/2020. Aceptación: 28/05/2020.

** Docente (auxiliar de primera categoría) de Teoría del Derecho y la Justicia, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Tucumán.

cing). The paper highlights the importance of certain theoretical and methodological decisions in practical legal reasoning, the usefulness of clear terminologies, the identification of the place that moral evaluation occupies in that reasoning, the importance of the construction of solid premises, the problems generated by extreme simplifications (formalism and skepticism) and the need to recognize a halo of uncertainty in any normative solution that, however, does not mean disregarding any objective meaning of the norm.

Keywords: law — legal system — legal reasoning

I. INTRODUCCIÓN

Una persona, a la que llamaremos A, construyó un departamento arriba de su casa y se lo alquiló por dos años a otra persona que llamaremos B. En el contrato que firmaron las partes, A incluyó una cláusula que decía: “la propiedad no podrá ser ocupada ni utilizada por ninguna persona que sea de la religión X” y B no se opuso. Unos meses después, el dueño del departamento se enteró que su inquilino efectivamente profesaba la religión X y, por lo tanto, ahora quiere dejar sin efecto el contrato. El inquilino, por el contrario, cree que de todos modos el alquiler debe seguir cumpliéndose. Tenemos entonces un conflicto entre A y B. Si discutiéramos libremente sobre este caso, seguramente surgirían afirmaciones como las siguientes: “B ocultó información que era importante para que A firme el contrato”; “la religión es algo que pertenece de la intimidad de las personas y no puede incluirse como elemento de un contrato”; “las personas deben ser honestas y si dejáramos que B se quede en el departamento se estaría viendo beneficiado por su propia deshonestidad”; “toda persona tiene derecho a no ser discriminada por motivos de religión”; “las partes son libres para celebrar contratos privados y determinar su contenido”; “aun si la ley permitiera este tipo de cláusulas sería claramente injusto que B no pueda acceder a una vivienda por motivos de su religión”; “no puede obligarse a que A conviva en su propiedad privada con una persona de la religión X”; “en una sociedad pluralista debemos buscar la convivencia entre personas de distintas religiones”. Podríamos seguir así sumando muchas afirmaciones más.

Ahora bien ¿todas estas afirmaciones son jurídicas? ¿Qué es lo que haría que algunos enunciados sean derecho y otros no? En otras palabras ¿cómo podríamos distinguir los enunciados que pertenecen al derecho y los que

correspondan a la moral, a la política o a otros ámbitos? Además, si tenemos enunciados a favor y en contra de A y de B ¿Cómo se debería resolver el caso? ¿Hay algunos enunciados que tengan más fuerza o peso que otros? ¿Existe una única solución jurídicamente correcta para este caso?

Como todo problema práctico medianamente complejo, para intentar resolverlo va a ser necesario tener una serie de herramientas teóricas y, en el derecho, la mejor forma de adquirir estas herramientas es a partir de la noción de sistema jurídico. Precisamente, este breve trabajo tiene por objeto principal describir cuáles son los elementos principales que forman parte de ese sistema jurídico y cómo se relacionan esos elementos entre sí. Buscaremos definir los conceptos que nos permitan “diseñar” una especie de plano a partir del cual el lector pueda comprender qué es un sistema jurídico, cuáles son sus componentes y cómo funciona. En última instancia, el trabajo será exitoso si quien lo lee adquirió algunos elementos conceptuales útiles para abordar el derecho desde una perspectiva práctica y así solucionar casos como el del ejemplo. Al fin y al cabo, no hay nada más práctico que una buena teoría.

El texto debe abordarse como un estudio preliminar de una teoría del derecho, cuyo objetivo principal es la divulgación y, por lo tanto, no busca hacer aportes originales a la teoría y filosofía jurídicas. Lo que sí se pretende es refinar conceptos y terminologías que muchas veces son confusamente utilizados entre los mismos juristas (norma jurídica, reglas, principios, validez, vigencia, aplicación, interpretación, subsunción, ponderación). En una primera parte (la más abstracta y compleja) se plantean cuáles son los problemas para definir el derecho y por lo tanto para poder distinguir las cuestiones que serían jurídicas de las que no. En la segunda parte buscaremos identificar los elementos principales de un sistema jurídico (la norma jurídica) esbozando una clasificación entre reglas y principios. La tercera parte tiene por objeto la norma jurídica, pero desde el punto de vista de sus relaciones en la estructura del sistema y desde la evaluación de los criterios de existencia. Por último, la cuarta parte (la menos abstracta y más práctica) tiene por objeto describir cómo operan los juristas (abogados, jueces, etcétera) con esos elementos para solucionar problemas concretos.

II. UN PUNTO DE PARTIDA

Habitualmente en las materias como Introducción al Derecho, Teoría General del Derecho o afines, el o la docente pasa una buena cantidad

de clases desarrollando decenas de distintas definiciones de derecho para culminar el tema —por supuesto— con su propia definición y así sumar una más al listado interminable. Esa cantidad inabarcable de conceptos de derecho muy diferentes entre sí se debe probablemente a dos tipos de problemas: en primer lugar, a las dificultades lingüísticas para definir la palabra *derecho*; y en segundo lugar a la influencia de múltiples concepciones filosóficas que compiten entre sí.

El primer tipo de problemas para responder qué es el derecho —el que gira alrededor de las **dificultades terminológicas**— es probablemente la cuestión que sea menos difícil de sortear. *Derecho* es una palabra ambigua, vaga y con una fuerte carga emotiva, por lo que nuestro abordaje debe partir de clarificar los límites del concepto. La *ambigüedad* de la palabra se evidencia en frases tales como 1) “el derecho argentino prevé la pena de muerte”, 2) “tengo derecho a vestirme como quiera” o 3) “el derecho es una disciplina teórica difícil”.¹ En la primera frase, “derecho” hace referencia a lo que se denomina *derecho objetivo* en tanto ordenamiento o sistema de normas, es decir que —siguiendo nuestro ejemplo— derecho argentino equivaldría al conjunto de reglas y principios que rigen en este país. En la segunda frase se usa la palabra como *derecho subjetivo*, es decir como facultad, atribución o permiso que posee la persona concreta. Por lo general cuando hablamos de “el derecho” nos referimos al primer significado, mientras que cuando decimos “los derechos” estamos refiriéndonos al segundo.² Por último, la tercera frase refiere a una *disciplina* que estudia los otros dos conceptos.

Pero además de ambigua, la palabra derecho es *vaga* y tiene una fuerte *carga emotiva*. La vaguedad se muestra cuando no es posible enunciar las propiedades que deben estar presentes en todos los casos que se usa la palabra. Así, algunos autores suelen incluir, como propiedades esenciales del derecho, el poder del estado, las normas generales, la coacción, un ideal de justicia, el cumplimiento de valores morales, la realidad social, etcétera. Por otro lado, la *carga emotiva* de la palabra provoca una gran imprecisión, pues es utilizada en los más variados ámbitos públicos y

1. Se siguen aquí los clásicos ejemplos de NINO, *Introducción al análisis del derecho*, p. 14.

2. En ocasiones, para diferenciar ambos sentidos de la palabra, se ha buscado identificar como *Derecho* (con mayúscula) al derecho objetivo, y como *derecho* (con minúscula) al derecho subjetivo (por ejemplo, González Posada en su traducción de IHERING. *La lucha por el derecho*). Sin embargo, en este artículo no vamos a seguir dicha identificación por no ser una práctica lingüística generalizada.

privados, exaltando ideas favorables o desfavorables asimiladas al término, lo que perjudica la construcción de un significado específico.

El segundo inconveniente en definir derecho tiene fundamentos más profundos y, por lo tanto, mucho más difíciles de eludir. Cada concepción teórica acerca del derecho aporta elementos filosóficos cuya complejidad provoca apasionados debates en la teoría jurídica desde hace siglos. Las discusiones se dan principalmente entre quienes se ubican en corrientes identificadas dentro del *positivismo jurídico* y quienes adoptan una idea de *derecho natural*. Este debate que tiene siglos de antigüedad divide muchas veces a la disciplina en campos hostiles y, a veces, irreconciliables.

En sentido amplio (y tal vez de una forma caricaturizada) podría entenderse al *positivismo jurídico* (o iuspositivismo) como un enfoque de la teoría jurídica basado en los principios de una filosofía empirista y anti metafísica. Esto quiere decir que, metodológicamente, es posible establecer la *existencia* y *describir* el contenido del derecho de un país en un momento determinado en términos de hechos sociales sin recurrir a principios morales o ideas de justicia.³ Así, el positivismo defiende la separación entre el derecho y la moral, y aspira a una teoría jurídica "científica" que no se comprometa con ideologías y actitudes políticas o religiosas de dudosa objetividad.⁴

Desde el punto de vista opuesto, la expresión *derecho natural* suele designar al enfoque que busca solucionar problemas jurídicos basado en la creencia de que el derecho no puede ser descripto o comprendido exhaustivamente en términos de principios empiristas, sino que requiere una interpretación metafísica. Es decir, que el derecho requiere ser interpretado a la luz de principios y de ideas inherentes a la naturaleza racional o divina del hombre que trascienden el mundo de los sentidos.⁵ Si bien hay una diversidad de escuelas del derecho natural, hay una idea en común en todas ellas: la creencia en que existen algunos principios universalmente válidos que gobiernan la vida del hombre en sociedad.

Hasta aquí parece todo muy abstracto y confuso (y lo es), pero veamos qué significa esto en términos prácticos. Cualquier operador de derecho (abogado, juez, etcétera) no podría resolver ningún problema práctico sin presuponer cierta concepción teórica. Por eso, la tensión entre los polos

3. Ross, "El concepto de validez y el...", p. 201.

4. NINO, *Derecho, moral y política*, p. 22.

5. Ross, "El concepto de validez y el...", pp. 200, 204 y 205.

positivismo/iusnaturalismo se evidencia no solo en la construcción de los conceptos que integran el sistema jurídico, sino en la forma en que los juristas trabajan con problemas concretos. Por ejemplo, una abogada podría considerar que el sistema está compuesto únicamente por normas generales creadas por la autoridad competente y consecuentemente los problemas de derecho se solucionan *aplicando* esas normas objetivas al caso concreto, evitando recurrir a criterios subjetivos como los de la moral. O bien, desde una concepción opuesta, la abogada puede entender que la solución de problemas jurídicos requiere algo más que esas normas generales creadas por la autoridad, pues el derecho buscaría en última instancia cumplir ciertas ideas de justicia. Sobre estas posiciones —aquí burdamente simplificadas— vamos a volver constantemente en el trabajo.

Ahora bien, lo desarrollado hasta aquí mostraría dos *trampas*⁶ para definir qué derecho: la trampa del lenguaje y la trampa de caer en el debate de acerca de si los valores morales (entre ellos la justicia) son realidades evidentes (¿los valores son objetivos?).

Una posibilidad de enfrentar la primera trampa (la del lenguaje) —por lo menos de manera provisoria y parcial— es tomando una noción de derecho que recepte en buena medida su uso lingüístico vigente a partir de algunas propiedades generalmente aceptadas por los juristas. Por ello, a los fines de nuestro trabajo, podría partirse de la noción de derecho como un *sistema normativo que está respaldado por una autoridad institucional*. Intencionalmente nada se dice acerca de las finalidades de ese sistema (la búsqueda de ciertos valores como el orden social, la justicia, el bien común, etcétera); tampoco se hace referencia a las razones acerca de por qué el derecho sería socialmente obligatorio, ni cuáles serían los elementos que componen ese sistema.

Obviamente un concepto así es demasiado impreciso e incompleto. Sin embargo tiene una serie de ventajas para estudiar el derecho desde la teoría general: a) limitamos el objeto de estudio al *derecho objetivo*, relegando a un segundo plano la cuestión del derecho subjetivo, pues un modelo completo de sistema podría incluir los *derechos* (subjetivos) dentro del sistema; b) se resalta la noción de sistema como un conjunto de elementos normativos en tanto refieren a las conductas de las personas y esos elementos pueden ser

6. Tomamos aquí el concepto de *trampa* utilizado por Guibourg (GUIBOURG, Conferencia “Instrucciones para el uso del derecho”) aunque con un sentido parcialmente distinto al utilizado por él.

de la más variada naturaleza (reglas, principios, definiciones, etcétera); c) la noción de sistema implica también que los elementos que lo componen estén vinculados entre sí a partir de ciertos tipos de relaciones; y d) que en el caso de los derechos modernos, el sistema remite a una autoridad institucional, generalmente (aunque no exclusivamente) de carácter estatal. En todo caso, este esbozo de definición es útil para nuestros fines, pues es un punto de partida para la discusión, reconociendo que puede existir una pluralidad de conceptos de acuerdo al contexto en que se utilice la palabra.⁷

La segunda trampa para definir derecho —la referida a los valores morales— es casi imposible de sortear. En buena medida, la razón de ser de la filosofía del derecho está en preguntarse *qué* es el derecho. Sin embargo, lo que se puede hacer es ubicar cada una de las cuestiones en su área específica dentro de la disciplina. En este punto, no conviene negar la existencia del derecho natural porque significaría negar la posibilidad de todo conocimiento ético y, por lo tanto, estaríamos entrando en una discusión del terreno de la *filosofía moral* y no exclusiva de la filosofía del derecho. Podemos ubicar así al derecho natural como parte de la ética general en tanto está constituido por principios que deben gobernar la vida de los hombres para alcanzar un destino moral.⁸ Como ahora nos proponemos identificar únicamente los elementos del derecho objetivo, probablemente lo mejor sea dejar de lado esas discusiones acerca de la objetividad de los valores y la verdad de los juicios morales. Conviene entonces entender que abordaremos el derecho en tanto este refiera a hechos sociales que puedan ser descriptos en términos empíricos.

Desde otro orden de ideas, debe considerarse también que es engañoso afirmar tajantemente la separación entre derecho y moral. Las ideas morales influyen en la evolución del derecho, pues pensemos que el contenido de muchas normas jurídicas recepta precisamente valores morales vigentes en la sociedad y, a la inversa, las normas jurídicas influyen en actitudes morales de la sociedad. Pero también —como veremos más adelante— las valoraciones morales son incorporadas al derecho a través de principios y estándares en la interpretación jurídica.⁹

7. El concepto de derecho es empleado en forma diversa en contextos del discurso diferentes por abogados y jueces, de teóricos, antropólogos, sociólogos, historiadores, economistas, filósofos, etc. NINO, *Derecho, moral y política*, pp. 36-37.

8. ROSS, “El concepto de validez y el...”, p. 206.

9. Por los distintos niveles de conexión entre derecho y moral véase NINO, *Derecho, moral y política*.

Pasando en limpio: definir *qué* es el derecho requiere que partamos de ciertas precisiones terminológicas y que optemos por algún modelo teórico. Aun cuando se pretenda definirlo en términos asépticos va a resultar imposible eliminar la vaguedad y carga emotiva de la palabra y tampoco se saldarían las profundas disputas teóricas acerca del concepto del derecho. Sin embargo, estas consideraciones permitirán presentar ordenadamente la exposición del tema. Tomar como punto de partida al derecho, en tanto sistema normativo que está respaldado por una autoridad institucional, implica reconocer que nos remite a un conjunto de hechos sociales que —en cuanto hechos— pueden ser analizados y descriptos. No negamos la posible existencia del derecho natural, pero no es objeto de este trabajo profundizar en su estudio. Reconocemos las múltiples relaciones del derecho con la moral y nos corresponde mostrar sus posibles puntos de contacto, pero sin olvidar que pueden existir soluciones jurídicamente correctas que no sean moralmente aceptables.

Habiendo llegado a este punto del texto ¿sigue pareciendo que definir derecho es una cuestión abstracta y compleja? Indudablemente sí. Por eso, propongo que avancemos hasta el final y luego repasemos estos conceptos que se irán afinando y haciéndose más amables. En los párrafos subsiguientes nos detendremos en identificar cuáles son o pueden ser los componentes de ése sistema, cómo son las relaciones entre dichos elementos y cómo funciona el sistema cuando nos encontramos frente a problemas de derecho.

III. LOS COMPONENTES DEL SISTEMA

Una primera y provisoria noción de derecho, entonces, es aquella que lo define como un sistema normativo que está respaldado por una autoridad institucional. Esto implica que el derecho está constituido por un conjunto de pautas de conducta, normas, reglas, principios, o elementos similares; que rigen en una determinada comunidad. Si tomamos este esbozo de definición, tan difundida tanto a nivel académico como popular,¹⁰ no es extraño que la cuestión de la *norma jurídica* sea precisamente el elemento

10. Casi invariablemente, cuando se pregunta a estudiantes universitarios de primer año qué es el derecho, en su abrumadora mayoría responden que es un conjunto de leyes, normas, reglas, etc.

fundamental de cualquier construcción teórica sistemática acerca del derecho. Así, de menor a mayor, el concepto de norma jurídica se muestra como la "célula" de nuestro organismo.

Como punto de partida deben identificarse las normas como *expresiones del lenguaje*. Las normas son enunciados lingüísticos. Por ello corresponde distinguir la expresión del lenguaje de su *significado*, pues la misma expresión puede tener una diversidad de significados. Por ejemplo, la palabra "autos" según el contexto en que se utilice, puede significar un conjunto de vehículos o un expediente judicial o un tipo de resolución judicial, etcétera. Así, vamos a partir de entender que el lenguaje no refleja la verdadera esencia de las cosas, sino que la relación entre lenguaje y realidad es convencional. Por esta razón, de ahora en más va a ser importante comprender el contexto en que son utilizadas cada una de las palabras relacionadas al derecho y que muchos de los problemas jurídicos remiten precisamente a un desacuerdo acerca de cuál es el "significado correcto" de las palabras de una determinada norma.

Si recordamos que existen diversos usos del lenguaje (informativo, expresivo, interrogativo, operativo),¹¹ encontramos dentro de esos usos el *lenguaje prescriptivo o directivo* que es el que busca influir en nuestro comportamiento. Este uso del lenguaje comprende las *normas* en general, pero bajo ese rótulo de prescripciones también se pueden incluir acciones tan variadas como las de suplicar, rogar, sugerir, recomendar, aconsejar, solicitar, pedir, reclamar, indicar, ordenar, mandar, imponer, etcétera.¹²

Hecha esa aclaración, una especie dentro de las normas son las *normas jurídicas*. Desde el punto de vista teórico se pueden identificar múltiples conceptos de norma jurídica y su definición es una cuestión que genera posiciones encontradas en términos similares a los del debate sobre *qué* es el derecho. Aun así, podemos tomar un par de esas definiciones y a partir de allí responder a grandes rasgos *qué* es una norma jurídica.

La *norma* en general se presenta como una prescripción formulada de tal forma que nos indica que determinado comportamiento no es optativo, sino que es obligatorio.¹³ En el caso específico de la *norma jurídica*, su particularidad estaría en que esa *obligatoriedad* es respaldada en alguna

11. CARRÍO, *Notas sobre derecho y lenguaje*, pp. 15-17; NINO, *Introducción al análisis del derecho*, pp. 63-64.

12. NINO, *Introducción al análisis del derecho*, p. 64.

13. HART, *El concepto de derecho*, pp. 7 y 8.

medida por un conjunto de instituciones con autoridad (por ejemplo, el Estado). Así, una forma muy difundida de entender esa obligatoriedad desde la óptica específica del derecho (para diferenciar a las normas jurídicas de otros tipos de normas como las morales o religiosas) es hacerlo de acuerdo con las consecuencias que acarrea el incumplimiento de la obligación. Desde este punto de vista, la norma jurídica propiamente dicha sería aquella que establece una consecuencia, una sanción, ante una transgresión (o acto antijurídico), es decir ante el incumplimiento de los deberes que nos impone la norma. Esa *sanción* es un acto coactivo que consiste en la privación de bienes tales como la vida, la libertad o cualquier otro valor.¹⁴ En otras palabras, según este enfoque, la nota distintiva de la norma jurídica (y del derecho en general), estaría en los efectos que se producen si alguien no cumple con lo que la norma dice y esos efectos están respaldados por el Estado mismo. Una consecuencia de ello es que aquellos enunciados que no prevén expresamente una sanción deberían ser considerados como partes o fragmentos de verdaderas normas jurídicas coactivas.¹⁵ Los ejemplos que desarrollamos más abajo permitirán comprender con mayor precisión los alcances y limitaciones de este enfoque.

Ahora bien, ese intento de reducir el concepto de norma jurídica a la sanción muchas veces no encaja en la multiplicidad de formas que suelen tomar los enunciados que componen un sistema jurídico. Si hacemos el ejercicio de buscar al azar un puñado de enunciados que pueden integrar cualquier sistema jurídico, nos encontraremos que la formulación de estos es muy distinta. Por ejemplo, en los sistemas jurídicos modernos encontramos normas como las siguientes: 1) “Se aplicará prisión de ocho a veinticinco años al que matare a otro”, 2) “Deben ser hechos por escrito los contratos que tienen por objeto la adquisición de inmuebles”; 3) “Corresponde a la Legislatura dictar leyes de organización de la educación”. En el primer enunciado la obligación impuesta a las personas surge de forma clara (es obligatorio no matar a otro) y la sanción está expresamente descripta (la prisión). El segundo enunciado también establece una obligación (que el contrato sea por escrito) pero esa obligación solo se da en el caso en que yo decida libremente vender o comprar un inmueble. Parecería que la palabra “obligación” en este segundo caso

14. Aquí se expone esquemáticamente la teoría de Kelsen que predominó durante gran parte del siglo XX y cuya popularidad todavía persiste. KELSEN, *Teoría pura del derecho*, pp. 58-60.

15. Kelsen denomina a estos fragmentos como *normas secundarias*. KELSEN, *Teoría pura del derecho*, p. 60.

tiene un significado algo distinto. Por último, el tercer ejemplo, más que obligación, otorga una facultad (o potestad) a un órgano para incorporar nuevas normas al ordenamiento o modificar las existentes.

Tal heterogeneidad de enunciados ocasionó que algunos autores entendieran que es insuficiente calificar como jurídicas únicamente a las normas que relacionen la obligación con una sanción. Una forma de plasmar esa diversidad de componentes estaría en reconocer que existen distintos tipos de normas. Es cierto que muchas veces sobresalen reglas que establecen una obligación, que prescriben que se hagan o se omitan determinadas acciones (*reglas primarias*) pero, además, se deberían incluir otros tipos de reglas (*secundarias*).¹⁶ Estas reglas secundarias, por ejemplo, pueden establecer *potestades* para crear o modificar reglas primarias, potestades que se confieren tanto a personas privadas (para crear reglas a través de contratos, testamentos, etcétera) o a autoridades públicas (para dictar otras reglas). Además, existen reglas secundarias que otorgan *competencias* para que determinados órganos puedan hacer cumplir las reglas primarias (por ejemplo, que los jueces puedan sancionar a quienes no las cumplan).

En este punto, es necesario detenernos brevemente y advertir algo que aparece como un elemento distintivo del derecho: la *autoridad*. Cualquiera sea el concepto de norma que adoptemos, se destaca la importancia que adquiere el carácter **institucionalizado** del derecho. Esto quiere decir que las sociedades modernas han sido capaces de crear normas que garanticen el cumplimiento de otras normas y la forma de hacerlo es a través de órganos institucionales (poderes ejecutivos, legislaturas, jueces, etcétera) con autoridad para modificar y aplicar normas. Así, la obligatoriedad se encuentra garantizada en última instancia por el uso de la fuerza.¹⁷ Estas características (la institucionalización y la coacción) son capaces de diferenciar el derecho de otros sistemas normativos como la moral, en donde solo existen reglas primarias de obligación.

16. Este es el clásico concepto de derecho como "unión de reglas primarias y secundarias" de Hart desarrollado en el Capítulo V de *El concepto de derecho*. HART, *El concepto de derecho*. En un sentido parcialmente similar, Ross describe que el orden jurídico está compuesto por normas de conducta y normas de competencia. Ross, *Sobre el derecho y la justicia*, p. 32.

17. Raz define precisamente el derecho como un sistema normativo, institucionalizado y coactivo. RAZ, *El concepto de sistema jurídico. Una...*, pp. 19 y 20. En forma similar Ross define el orden jurídico como un cuerpo integrado de reglas que determinan las condiciones bajo las cuales se ejerce la fuerza pública. Ross, *Sobre el derecho y la justicia*, p. 34.

Ahora bien, hasta aquí hemos tomado el derecho como un sistema de reglas y esto nos da un buen panorama para comprender —a grandes rasgos— nuestro objeto de estudio. Pero concebir el derecho únicamente como un conjunto de reglas está lejos de ser aceptado pacíficamente por todos los juristas.

Existe una idea muy difundida en las últimas décadas¹⁸ de que el derecho no se agota en reglas, sino que cobran relevancia los llamados **principios** como una especie distinta dentro del género norma jurídica. Así, se entiende que cuando los abogados razonan en términos de derechos y obligaciones utilizan unos *estándares* que funcionan de una manera diferente¹⁹ de las reglas. La diferencia entre reglas y principios no sería solo una cuestión terminológica, sino que tiene profundas consecuencias en el funcionamiento del derecho, aunque en la práctica no siempre sea sencillo distinguir claramente entre una y otro.

Si bien —como todo en esta materia— no existe una única definición de *principio jurídico*,²⁰ es probable que podamos enumerar algunas diferencias con las reglas según señalan los autores. En primer lugar, tanto las reglas como los principios se enuncian prescriptivamente (buscan influir o dirigir nuestro comportamiento), pero los principios serían más generales, flexibles e indeterminados.²¹ En segundo lugar, los principios no tendrían el mismo grado de obligatoriedad que las reglas, sino que son criterios valiosos porque remiten a contenidos morales (“nadie puede beneficiarse de su propia injusticia”) o políticos (“deben disminuirse los accidentes de tránsito”) compartidos por determinada sociedad²² y por ello dan razones para decidir en un sentido u otro en un caso concreto. En tercer lugar, las reglas

18. En especial en América Latina donde las obras de autores como Dworkin y Alexy tienen una enorme difusión.

19. Es paradigmática en este sentido la posición de Dworkin. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, p. 22.

20. Algunos autores han identificado hasta once acepciones diferentes de principio jurídico. ATIENZA & RUIZ MANERO, “Sobre principios y reglas”.

21. Alexy afirma que esta diferenciación basada en la *generalidad* no es decisiva. La diferencia de reglas y principios es solo una distinción de grado. ALEXY, “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón...”.

22. Dworkin distingue así entre los *estándares* que fijan un objetivo a donde llegar que involucra una mejora en una característica económica, política o social de una comunidad (directriz política o *policie*); y los *estándares* que implican requerimientos de justicia, equidad u otra dimensión de la moralidad (*principle*). DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, pp. 22 y 23.

se aplican disyuntivamente, todo o nada (*all or nothing*), se cumplen o se incumplen —son válidas o inválidas—; mientras que los principios son *mandatos de optimización*,²³ esto quiere decir que pueden ser cumplidos en diversos grados. En cuarto lugar, y muy relacionado con lo anterior, mientras que para aplicar las reglas hace falta un razonamiento *subsuntivo*, los principios requieren un razonamiento mediante *ponderación*. En la última parte del trabajo definiremos estas dos operaciones.

Otra vez ¿parece esto demasiado abstracto? Lo es y por ello conviene ver algunos ejemplos.

En términos prácticos, la distinción entre reglas y principios tiene importancia en casos de *conflicto* entre normas. Pensemos, por ejemplo, que existe una norma provincial que diga que está prohibido fumar en espacios públicos y al mismo tiempo existe una norma municipal que expresamente permite hacerlo. Ambas son *reglas* según nuestra clasificación (más específicamente reglas primarias) y es claro que se contradicen porque una prohíbe realizar cierta acción y la otra lo permite. Solo una se aplica y excluye a la otra.

Ahora veamos qué pasa con los *principios*. Si estos colisionan, uno predomina frente al otro por su mayor *peso* en el caso concreto.²⁴ Por ejemplo, un sistema jurídico puede enunciar principios tales como “todos tienen derecho a ejercer una industria lícita” y “el Estado garantizará el acceso a la salud”. Así presentados y por sí solos, es dificultoso identificar con precisión cuál sería la obligación específica que se exige. Tal indeterminación hace que no parezca que los principios se apliquen directamente para resolver casos, pero sí para declarar cuáles deberían ser las finalidades (políticas y morales) que busca un determinado sistema. Supongamos ahora que una ley obliga a los fabricantes de cigarrillos a advertir sobre el riesgo de fumar (diciendo en los envoltorios que “fumar es perjudicial para la salud”). En un eventual conflicto entre los fabricantes y el Estado que aprobó esa ley, colisionan los dos principios arriba mencionados. Podría resolverse que el *derecho a la salud* tiene un peso relativo mayor que la *libertad de ejercer una industria lícita*,²⁵ pero eso no quiere decir que este último principio sea

23. Esta es la popular definición de Alexy. ALEXY, “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón...”.

24. Se denomina a esta propiedad “dimensión de peso” (*dimention of weight*) de los principios que resalta Dworkin. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, p. 25.

25. Este es un recurrente ejemplo de Alexy para graficar su fórmula de ponderación. ALEXY,

inválido. Sobre esta cuestión de la contradicción entre reglas y principios profundizaremos en la última parte del trabajo.

Decir que los principios también integran un sistema jurídico es admitir que los problemas de derecho no se resuelven solamente con reglas, sino que a veces se acude a elementos morales y políticos que están “fuera” del sistema. Esto es importante de remarcar por dos motivos. En primer lugar, y en un plano más teórico, la relación entre principios y reglas vuelve a plantear el debate entre positivismo jurídico versus derecho natural en lo que respecta a la diferencia entre derecho y moral, tal como vimos antes. Pero también —desde un punto de vista práctico— las distintas combinaciones entre reglas y principios determinan la forma del razonamiento jurídico. Es decir que la posición teórica que nosotros adoptemos en este punto va a influir en cómo interpretamos, argumentamos y aplicamos el derecho (en cómo trabajan a diario abogados y jueces). Sobre esta última cuestión vamos a detenernos especialmente en la última parte de este trabajo.

Recapitulemos. Las normas en general son enunciados prescriptivos que buscan dirigir conductas, y para que algunas de esas normas puedan ser consideradas jurídicas debemos enfocarnos en las relaciones entre normas. En efecto, lo que caracteriza a un sistema jurídico es que existen normas que a su vez se refieren a otras normas. Una norma aisladamente considerada no puede ser jurídica (como veremos más adelante). No existe un único *modelo* de sistema jurídico en lo que respecta a los enunciados que lo componen. Se puede entender que el derecho está constituido por un conjunto de reglas de distinto tipo; o bien podría considerarse que es un conjunto de reglas y de principios. Pero en todo caso, un acercamiento ordenado y sistemático requiere claridad terminológica en cuanto a los elementos que lo componen, precisando a cada paso los alcances de esas definiciones. Por ello, optamos por incluir dentro del concepto genérico de *norma jurídica* dos especies principales: reglas y principios.²⁶ Las *reglas* pueden ser de distinto tipo según nos impongan obligaciones u otorguen

“Ponderación, control de constitucionalidad y representación”.

26. Optamos aquí por una clasificación más simple por ser la más clásica, aunque hay otras propuestas muy interesantes y completas. Una de ellas es la de Atienza y Ruiz Manero, reproducida parcialmente en ATIENZA, *Curso de argumentación jurídica*, pp. 301 y ss, en donde los autores, dentro de los enunciados normativos distinguen entre las normas constitutivas y regulativas, y dentro de estas últimas entre reglas y principios, pudiendo ser ambas de acción y de fin.

potestades para crear o modificar reglas y competencias para asegurar el cumplimiento. Además, podríamos reconocer la existencia de *principios* que suelen estar de manera expresa o tácita en los ordenamientos jurídicos modernos, y que son utilizados como vías para atenuar la rigidez de las reglas tal como veremos al final del trabajo.

En términos simples y volviendo nuestro conflicto entre *A* y *B*, en un sistema jurídico podemos encontrar enunciados tales como “todos los habitantes tienen el derecho a usar y disponer de su propiedad” o “el Estado se compromete a garantizar el ejercicio de los derechos sin discriminación de cualquier índole” (ambos son principios jurídicos). También probablemente identifiquemos reglas que prescriban que “el locatario debe pagar el precio convenido” (regla primaria de obligación) o que dispongan que “los contratantes son libres de determinar el contenido del contrato dentro de los límites de la ley” (regla secundaria que habilita a las personas a crear reglas primarias). Asimismo, podríamos identificar que existen reglas que otorgan autoridad a los jueces civiles para resolver conflictos entre contratantes (reglas secundarias de competencia).

De todos modos, el verdadero “campo de batalla” de las reglas y los principios estará, en definitiva, al analizar los casos que exigen una solución jurídica y ello será materia de la última parte del trabajo. De nuevo la recomendación será seguir la lectura hasta el final del texto y luego retomar estas definiciones.

IV. EN UNIÓN Y AUTORIDAD

Es significativo advertir que al sistema jurídico se lo denomine habitualmente *ordenamiento jurídico*, lo que nos da el indicio de que el conjunto de normas forma precisamente algún tipo de orden. De las partes vamos al todo. Las *partes* serían cada uno de los elementos que analizamos antes (reglas, principios). El *todo* estaría compuesto por la pluralidad de normas organizadas de una determinada forma: es el sistema jurídico considerado como una unidad. Al reconocer antes que las normas eran de distinto tipo y que, por ejemplo, había reglas que se referían a otras reglas (habilitando a crear nuevas reglas y a lograr su cumplimiento) ya se insinuó que existe una relación entre las normas. Sin embargo, vamos a ver a continuación que la noción de sistema jurídico no significa que exista un conjunto de normas que son esencialmente jurídicas reunidas de una determinada

forma, sino que —en sentido inverso— es el sistema jurídico lo que le otorga el “estatus” de derecho a cada norma. Si bien esto parece un juego de palabras oscuro, al final —esperemos— se esclarecerá.

En lo que sigue vamos a intentar describir el orden normativo y la primera cuestión consistirá, entonces, en responder cómo son las relaciones entre las normas de un sistema. Pero esto nos va a llevar a una segunda cuestión un poco más compleja ¿cuándo una norma *existe* como derecho? O, en términos prácticos, ¿cómo podríamos reconocer si una norma pertenece o no al sistema jurídico?²⁷ Ambas cuestiones están tan íntimamente relacionadas que incluso causan confusiones a muchos juristas. Desarrollemos brevemente esto.

IV.A. Orden, autoridad y validez

Veamos el primer problema. Una respuesta clásica a la cuestión de cómo están ordenadas las normas en el derecho requiere que se comprenda que el derecho es un sistema *dinámico*,²⁸ lo que básicamente quiere decir que el mismo sistema regula la creación de normas que lo integran (recordemos que existían reglas secundarias que permitían crear o modificar reglas primarias de obligación). Este rasgo dinámico del derecho se puede explicar a partir de una *estructura jerárquica*²⁹ en la cual las normas se ubican en diversos estratos que van de mayor a menor.

Las dos características del sistema (que sea dinámico y jerárquico) traerían como consecuencia que la creación de una norma está determinada por otra norma cuya creación, a su vez, ha sido determinada por una tercera norma. Esto no es tan difícil como parece. Utilizando una metáfora muy habitual, un sistema jurídico se asemejaría a una *pirámide* con tres niveles

27. Raz denomina a estos problemas como el *problema de la estructura* (¿existe una estructura común a todos sistemas jurídicos o a ciertos tipos de sistemas jurídicos?) y el *problema de la membresía* (¿cuáles son los criterios que determinan el sistema al cual pertenece una determinada disposición jurídica?). RAZ, *El concepto de sistema jurídico. Una...*, p. 18. Sin embargo, en este artículo no seguimos el abordaje del profesor Raz, cuya complejidad excede a las finalidades de nuestro trabajo.

28. Kelsen, *Teoría pura del derecho*, p. 112.

29. Kelsen, *Teoría pura del derecho*, p. 118.

principales.³⁰ En el nivel superior —en la cúspide de la pirámide—³¹ estaría la *Constitución* que tiene tres funciones esenciales: designar los órganos encargados de crear normas generales (por ejemplo, otorgando a la Legislatura la potestad de dictar leyes); establecer la forma o el procedimiento por el que se deben crear esas normas; y —a veces— la Constitución reconoce una serie de derechos individuales (subjetivos) que las normas deben respetar (por ejemplo prohibiendo que se dicten normas que habiliten la tortura). En el segundo nivel, inmediatamente debajo de la Constitución, encontramos las *normas generales* creadas según las pautas fijadas por la Constitución, lo que podría incluir leyes de una legislatura, decretos de un poder ejecutivo, resoluciones de un ministerio, etcétera. Por último, en el tercer nivel —en la base de la pirámide— estarían los actos que individualizan la norma general abstracta en los casos concretos creando *normas individuales*. Aquí las normas generales se aplican, por ejemplo, a partir de la actividad de los jueces (jurisdicción), la administración y los actos jurídicos de derecho privado (como los contratos).

Este modelo clásico de ordenamiento jurídico nos permitiría comprender sin demasiada dificultad cómo se vinculan las normas en una estructura a partir de ciertos hechos. Veamos un ejemplo de “abajo hacia arriba” en el esquema graficado. Una persona *A* le vende una casa a *B*. Ese contrato acaba de crear *normas individuales* que establecen obligaciones para cada uno de los contratantes (*A* debe entregar la cosa y *B* debe pagar un precio en dinero). Esas reglas, surgen de un acto privado que tiene como fundamento una *norma general* que otorga *potestades* a las personas para celebrar contratos. Supongamos que *B* no cumple con su obligación (no paga), entonces *A* puede lograr que un juez civil le ordene *B* que pague. Esa sentencia del juez es una *norma individual* —dirigida a una persona determinada— y la norma es válida (es derecho) porque existen *normas generales* de la Legislatura que prescriben que las partes que contrataron deben cumplir las obligaciones que asumieron. También aparecen aquí *normas generales* (reglas secundarias) que dicen que los

30. Kelsen, *Teoría pura del derecho*, pp. 118-126. Este es —esquemáticamente— el famoso modelo que originalmente propuso Kelsen en 1936 a partir del cual se difundió popularmente la expresión de pirámide kelseniana.

31. Esta forma de entender el derecho está tan arraigada en la práctica jurídica, que es habitual referirse a la Constitución como “fuente primaria y fundante del ordenamiento jurídico”, “vértice del orden jurídico” o expresiones similares.

jueces civiles resolverán los conflictos que surjan de los contratos. A su vez estas normas generales son válidas (son derecho) porque fueron aprobadas según las reglas fijadas en la *Constitución*, pues la Constitución dice que la Legislatura del Estado es el órgano encargado de dictar esas normas generales de derecho privado a través de determinado procedimiento.

En este caso ordinario se aprecia de una manera clara que el fundamento de cada norma remitiría a otra norma formándose una *cadena de validez*,³² y esa validez es *formal*, pues está dada por la *autoridad* y el procedimiento que creó la norma, no por el contenido de esta. Pero el final de esa cadena de validez debe estar en algún punto. La norma individual es válida porque se deriva de una norma general; esta a su vez es válida porque deriva de la Constitución; la Constitución es válida porque se funda probablemente en constituciones anteriores, pero en algún momento se nos acaban los elementos a los cuales recurrir. Esta situación es objeto de muchas especulaciones. Clásicamente, se entendió que todo el sistema deriva de una *norma fundamental* originaria no derivada de ninguna otra. Esta no es una norma positiva (no es "puesta" por un hecho social), sino que es una mera hipótesis que es aceptada por los juristas y que otorga sentido normativo a los actos del primer constituyente. Por lo tanto, esta norma fundamental sería la que otorga *unidad* a todo el sistema, pues todas las normas se derivan de ella.³³

Por supuesto que la cuestión de la norma fundamental está lejos de ser aceptada pacíficamente por los filósofos del derecho. Se trata, en definitiva, de determinar qué vino primero: las normas que crean la autoridad o la autoridad que crea las normas. En última instancia correspondería reflexionar si los hechos jurídicos solo remiten a hechos sociales o si descansan también sobre elementos normativos previos (morales, naturales, divinos). Para intentar siquiera plantearnos estos interrogantes deberíamos entrar de lleno en discusiones de filosofía moral que no son objeto de este trabajo, pues deberíamos penetrar de los fundamentos últimos de la obligatoriedad

32. RAZ, *El concepto de sistema jurídico. Una...*, p. 126. Este autor, antes que pirámide, prefiere hablar de "arborescencia" para graficar el sistema kelseniano. Esto es así porque en realidad el sistema estaría compuesto por distintas cadenas de validez que se unen en un tronco común: la norma fundamental. RAZ, *El concepto de sistema jurídico. Una...*, pp. 127 y 128. De todos modos, debido a la popularidad de la expresión preferimos seguir utilizando aquí la metáfora de la pirámide.

33. KELSEN, *Teoría pura del derecho*, p. 113.

del derecho y nos alejábamos del plano descriptivo del derecho objetivo. Nuevamente nos encontramos en el debate iusnaturalismo/positivismo.

Más allá del concepto oscuro de norma fundamental, las ventajas de analizar el derecho desde un esquema encadenado de validez son evidentes. Nos permite ubicar sencillamente el lugar que ocupa cada uno de los enunciados que forman parte de un ordenamiento jurídico y demostraría que una norma siempre *se funda* en otra norma. Así, tenemos criterios claros para saber si una norma es formalmente válida (cuando ha sido creada siguiendo las pautas fijadas por la norma superior), dando además cierta coherencia al sistema. Esto explica en gran parte por qué en países como el nuestro tiene tanta aceptación esta concepción del sistema jurídico. De hecho, todavía la enseñanza universitaria del derecho recurre predominantemente a este esquema.

IV.B. Existencia y vigencia

Hasta aquí el modelo es bastante convincente. No obstante, puede advertirse que es insuficiente para lo que buscamos. Desde un punto de vista descriptivo ¿una norma *existe* como derecho porque *deriva* formalmente de otra? Si no es así, entonces ¿cuándo una norma es derecho?

El ejemplo que vimos recién (del contrato de compraventa entre A y B) es un caso simple que no parecería que genere dificultades. Probemos con un segundo ejemplo entonces. Pensemos qué pasaría si la Legislatura de ese país aprueba una ley que prohíbe que las personas que profesen la religión X puedan comprar inmuebles en determinadas ciudades.³⁴ Paralelamente, la Constitución de ese Estado dice que todos los habitantes son iguales ante la ley, que todos tienen derecho a profesar libremente su culto, que toda persona puede ejercer sus derechos sin discriminación por motivos de religión, etcétera. Esa norma general (la ley de la Legislatura) ¿es válida? Según los parámetros que vimos antes parecería que no, pues la norma general fue creada contradiciendo la Constitución. La ley podría ser considerada formalmente inválida. Pero eso no responde del todo a nuestra pregunta: ¿la ley existe como derecho o es otra cosa?

34. La Corte Suprema de Estados Unidos, en "Buchanan v. Warley", decidió sobre la inconstitucionalidad de una ordenanza municipal que prohibía que personas de color ocupen casas en áreas donde la mayoría de las casas eran ocupadas por personas blancas.

Esto nos introduce de lleno a la cuestión de la **validez y vigencia** en el derecho. *Validez* es una palabra ambigua y bastante discutida en la teoría del derecho, y suele usarse en sentidos distintos cuando se refiere a las normas: 1) validez como cumplimiento de algunos requisitos formales tal como venimos viendo hasta ahora (por ejemplo, una norma es formalmente válida si ha cumplido las pautas fijadas por la norma superior); 2) validez puede asimilarse a la *vigencia* o eficacia social de la norma, es decir que sea efectivamente obedecida en una sociedad; o c) validez puede también remitir a la justificación de una norma según criterios de justicia o valoración moral lo que nos lleva de nuevo al debate positivismo/iusnaturalismo.

De todos modos, en este punto no entremos en discusiones terminológicas³⁵ y teóricas y directamente detengámonos en el segundo concepto que es el que más se adapta a nuestras finalidades descriptivas: una norma existe como derecho cuando es socialmente *vigente*. Recordemos que nos interesa describir el derecho sobre la base de los hechos sociales tal como se presentan, no como *deberían* presentarse. Queremos determinar si la norma *X es derecho* en el país *Z*. En consecuencia, vamos a decir que una norma *es* derecho (vigente, eficaz),³⁶ cuando sus destinatarios la observan generalmente (las cumplen) y cuando ciertos órganos institucionalizados las reconocen en sus decisiones³⁷ (por ejemplo, cuando son aplicadas por los tribunales).

En términos prácticos, volvamos al ejemplo de la ley que prohíbe que las personas que profesen la religión *X* puedan comprar inmuebles. Si nos centramos solo en su validez en tanto cumplimiento de requisitos formales, vimos que la norma no sería formalmente *válida* pues contradice expresamente a las normas superiores. Pero de todos modos veamos qué ocurre en la realidad de ese país. Observamos así que, efectivamente, la sociedad cumple la norma, pues —en general— las personas se niegan a venderles casas a personas de la religión *X*. También los jueces de ese país (que son los órganos institucionales) aplican habitualmente la ley de la Legislatura, es decir, declaran que los contratos que venden o alquilan inmuebles a

35. Sobre estas cuestiones terminológicas véase el análisis que hace Nino. NINO, *Introducción al análisis del derecho*, pp. 132-141.

36. Raz identifica esto como el *principio de eficacia*. RAZ, *El concepto de sistema jurídico*. Una..., p. 243.

37. Desde una posición más propia del realismo, lo único decisivo es que la norma sea aplicada por el juez y es indiferente que los súbditos la acaten o desoigan. ROSS, *Sobre el derecho y la justicia*, p. 35.

las personas de la religión *X* son inválidos por no cumplir con la ley. En este contexto, sería muy difícil negarle a esa ley el carácter de *derecho*. Es derecho que existe y seguirá existiendo como tal hasta que esa ley sea eliminada³⁸ (por ejemplo, cuando la Legislatura que la dictó la derogue, cuando un tribunal supremo la declare inconstitucional, o por otro medio reconocido por el sistema jurídico). En sentido contrario, piénsese qué pasaría si un Estado aprobara una ley que no fuese obedecida por nadie. Sería difícil decir que esa ley *es* derecho, solo sería una norma “de papel”, mas no derecho vigente.

Un enfoque basado en la *vigencia* de las normas, y no solo en su validez, nos permite comprender que el derecho puede ser entendido a partir de la relación entre normas (como enunciados lingüísticos) y los hechos sociales que generan esas normas.

Esos hechos sociales que le dan origen a las normas vigentes son las llamadas *fuentes del derecho*.³⁹ Por ejemplo, la *costumbre* de determinada sociedad es un conjunto de hechos que genera espontáneamente normas consuetudinarias que pueden convertirse en normas jurídicas si son reconocidas socialmente y receptadas por los órganos institucionalizados de la sociedad.⁴⁰ Además, los *actos privados* de las personas también pueden ser fuente de derecho al crear normas individuales reconocidas por el sistema, por ejemplo, mediante un contrato.⁴¹ Más allá de estos hechos —que probablemente podrían incluir otros más— en los sistemas jurídicos modernos se destacan dos fuentes: la *legislación* y la *jurisprudencia*.

La *legislación* debe entenderse como un procedimiento o un conjunto de actos llevados adelante por un órgano institucionalizado (por ejemplo, una legislatura), que crea normas generales y cuyo producto es un texto investido de cierta autoridad (ley, decreto, reglamento, orden ejecutiva, etcétera). La *jurisprudencia* —aunque es una palabra ambigua— refiere

38. Incluso Kelsen reconoce que una ley inconstitucional no es inválida, pues los tribunales deben tenerla por válida en tanto no haya sido derogada. Para él no son leyes inconstitucionales, sólo leyes defectuosas. No hay nulidad, sino anulabilidad. KELSEN, *Teoría pura del derecho*, pp. 123-126.

39. Optamos aquí por no ingresar en la clásica distinción entre fuentes formales y materiales que no consideramos útil a nuestros fines.

40. De todos modos, como advierte Hart, la costumbre no es una fuente importante en el mundo moderno, es subordinada en el sentido de que la legislatura puede privar a una norma consuetudinaria de su status jurídico. HART, *El concepto de derecho*, pp. 56 y 57.

41. KELSEN, *Teoría pura del derecho*, p. 122.

fundamentalmente a los pronunciamientos (resoluciones, sentencias, decisiones) de órganos jurisdiccionales (jueces) que solucionan casos individuales, pero que generan gradualmente normas generales para resolver casos similares. Esto no quiere decir que en estos casos dichos órganos dicten normas generales, sino que se obtienen determinadas normas a partir de un conjunto de normas individuales. Cabe remarcar que la jurisprudencia será fuente de derecho cuando el ordenamiento jurídico vigente le atribuya obligatoriedad⁴² y esto incluye por supuesto a los países que siguieron el sistema inglés del *common law*, pero también a otros sistemas jurídicos en donde se reconoce autoridad obligatoria a las decisiones de tribunales superiores⁴³ aunque no exista una sanción legislativa en este sentido.⁴⁴

En un sistema jurídico moderno donde —como vemos— hay una variedad de fuentes, desde un punto de vista metodológico deberíamos buscar criterios con autoridad para identificar cuándo una norma es parte del sistema más allá de su ubicación en una cadena de validez. Una propuesta muy difundida es la que postula que en los sistemas jurídicos corresponde identificar una regla que nos dé criterios para *reconocer* a las otras reglas que forman parte del sistema. Esa regla —llamada *regla de reconocimiento*— puede ser muy simple (“lo que diga el Rey es derecho”) o muy compleja (“la Constitución de los Estados Unidos”) dependiendo de cada sistema. Esta puede hacer referencia a un texto revestido de autoridad, a una sanción legislativa, a la costumbre del pueblo, a las decisiones de algunos tribunales, entre otras.⁴⁵ Desde el punto de vista que nos interesa (el de un observador externo que quiere describir un sistema), la regla enuncia el o los hechos que son aceptados como derecho en una determinada comunidad. En otras palabras, nos suministra los criterios que deben tener las normas para pertenecer al derecho. Por ejemplo, como observadores externos, podríamos reconocer el hecho de que en Inglaterra reconocen

42. Por ello es necesario distinguir cuando se recurre a la jurisprudencia como autoritativa (obligatoria, vinculante) de cuando se utiliza como un elemento persuasivo o interpretativo.

43. El caso de la jurisprudencia obligatoria de la Corte Suprema argentina fue tratado en detalle por Legarre. LEGARRE, *Obligatoriedad atenuada de la jurisprudencia de...* Otros casos de jurisprudencia obligatoria en los sistemas de derecho continental podrían encontrarse en la doctrina legal vinculante de algunos tribunales de casación (Cfr. OVEJERO, “La doctrina legal vinculante de la...”).

44. CUETO RUA, *Fuentes del derecho*, p. 30.

45. HART, *El concepto de derecho*, pp. 117 y 118, 125-137.

como derecho “cualquier cosa sancionada por la Reina en Parlamento”.⁴⁶ Al ser un hecho (o conjunto de hechos) no podríamos decir que la regla de reconocimiento es válida ni inválida, pues la validez refiere a las cuestiones que se dan “dentro” de un sistema de reglas.

Resumamos. Las normas aisladamente consideradas no pueden ser derecho. Si entendemos que el derecho está compuesto por una pluralidad de normas, esas normas son (existen como) derecho en tanto y en cuanto pertenezcan a un sistema jurídico. Es lo mismo que decir que el sistema permite *reconocer* si una norma pertenece o no al derecho. Podemos recurrir básicamente a dos criterios para determinar la existencia de una norma. Un criterio formal nos dice que una norma positiva existe cuando es *válida*, es decir cuando se deriva de otra norma que autorizó su creación. Pero un criterio más realista, afirma que una norma *es* derecho cuando tiene *vigencia o eficacia* (es socialmente obedecida por los ciudadanos y por los órganos institucionales) aun cuando esa norma sea “defectuosa”. Ambos criterios muchas veces son utilizados en conjunto, pero en términos prácticos trabajan en esferas distintas. Por ejemplo, si lo que queremos es averiguar si cierta norma es inconstitucional, por supuesto recurriremos a los conceptos de validez y —como operadores de derecho— probablemente procuraremos que esa norma sea eliminada del sistema. Sin embargo, si lo que tenemos que hacer es identificar cuando una norma es parte de un sistema jurídico (para describir el sistema o para aplicarla), nos corresponde en cada caso identificar que esa norma *exista*, es decir que sea vigente.

V. DEL PLANO A LA ACCIÓN

Hasta aquí tenemos algunas herramientas teóricas básicas para diseñar una especie de plano complejo del sistema jurídico con sus elementos principales (reglas y principios) y las “líneas” que los unen, es decir las relaciones dinámicas entre esos elementos (validez y vigencia). Pero nuestro objetivo —como el de todo teórico— no se puede limitar a armar un esquema formalmente atractivo, sino que necesitamos inmediatamente ponerlo en funcionamiento para resolver los conflictos sociales que buscan solución en el derecho. Una teoría útil en este sentido va a ser aquella que,

46. HART, *El concepto de derecho*, p. 128.

partiendo de los conceptos analizados, nos ayude a describir las actividades de los juristas (jueces, abogados, etcétera) cuando se enfrentan a problemas concretos. Esta parte de la teoría del derecho suele denominarse *interpretación jurídica*.⁴⁷

Obviamente —como todo en esta materia— la definición de lo que abarca la *interpretación* en el derecho no es algo en lo que todos estén de acuerdo. Tradicionalmente se define la interpretación como el descubrimiento del significado específico de una ley, un contrato u otro documento escrito;⁴⁸ o más concretamente, como la explicación o declaración del sentido de alguna cosa dudosa, en particular cuando esa cosa es el texto de una ley.⁴⁹ Muchas veces se incluye bajo el mismo rótulo a actividades íntimamente relacionadas pero distintas, tales como *aplicación* del derecho, *integración* de una norma con otras normas, *creación* de una norma inferior, entre otras. Como en nuestro caso no buscamos elaborar una metodología sino simplemente describir lo que los juristas hacen, vamos a enmarcar la cuestión dentro del *razonamiento jurídico*, entendiéndolo como un conjunto de métodos de pensamiento y de argumentación utilizados por los intérpretes para determinar la respuesta jurídica a los casos concretos. A continuación, vamos a distinguir entre casos claros y casos “de penumbra”⁵⁰ que tienen algún tipo de dificultad para ser resueltos.

V.A. Casos claros

Frente un conflicto concreto, la mayoría de las veces la solución jurídica suele ser simple. Son casos con soluciones relativamente claras.⁵¹ Aquí el intérprete se comporta como un mero observador externo y necesita fundamentalmente describir hechos y normas. Volvamos al caso

47. Por lo general, en las materias de Teoría General del Derecho o Introducción al derecho, esta parte, a veces denominada hermenéutica jurídica, es donde confluyen las restantes unidades de la sistemática jurídica (las teorías de la norma, del ordenamiento jurídico, de los conceptos jurídicos fundamentales, las fuentes del derecho y —a veces— una teoría de los valores jurídicos).

48. Black’s Law Dictionary.

49. ROMBOLÁ, *Diccionario Ruy Díaz de ciencias jurídicas y sociales*.

50. CARRIÓ, *Notas sobre derecho y lenguaje*, p. 44. Aunque el autor se refiere esencialmente a los problemas de lenguaje, utilizamos aquí penumbra para referirnos también a otros tipos de oscuridades.

51. Esta afirmación cobra mayor entidad en sociedades como la nuestra en donde la mayoría de los conflictos jurídicos llegan a instancias judiciales buscando una solución jurisdiccional.

de la compraventa inmobiliaria entre *A* y *B* que vimos antes (en donde hipotéticamente *B* no pagó el precio acordado) y advirtamos cómo empiezan a vincularse todos los conceptos que estudiamos hasta aquí. Para declarar que *B* es responsable por incumplimiento contractual (y así por ejemplo forzarlo a cumplir), la jueza debe examinar la *existencia de hechos* (que exista el contrato, que *B* no haya entregado el dinero, etcétera) y también debe identificar *cuáles son las normas* que controlan al caso. Y esas normas son de distinto tipo. Aparecen reglas individuales que prescriben cuáles son las obligaciones convenidas por *A* y *B* en el acto jurídico (el contrato). También se evidencian *normas generales*, entre ellas se reconocen *reglas primarias* de obligación (que digan por ejemplo que las personas deben cumplir lo que prometieron en los contratos) y *reglas secundarias* (como las que confieren a las personas potestades para contratar, que adjudican competencia a los jueces civiles para resolver estos conflictos, etcétera).

A partir de los datos que arroja el análisis del caso, una operación lógica permite construir una *premisa mayor* o normativa (“si alguien incumple un contrato, entonces la otra parte puede obtener el cumplimiento forzado por vía judicial”). También se puede construir una *premisa menor* o fáctica (“*A* cumplió su parte del contrato y *B* no cumplió”). Entonces la conclusión lógica es que *A* puede obligar judicialmente a que *B* cumpla, es decir que pague el dinero que debe. Como consecuencia de este razonamiento, el órgano institucional (la jueza) puede tomar todas las medidas para compeler a *B* a que pague su deuda, incluso a través de la fuerza pública (por ejemplo, privándolo de sus bienes para obtener el dinero necesario para saldar la deuda).

El anterior es un típico caso de *silogismo subsuntivo*, **subsunción** entendida simplemente como una operación lógica que consiste en encuadrar una acción en una norma. Es *calificar* jurídicamente un hecho. Con seguridad este es el razonamiento más habitual (aunque no el único) entre los operadores del derecho, aunque muchas veces no lo expliciten. Los problemas serios comienzan —como veremos— cuando tenemos dificultades para “construir” cada una de las *premisas* que son las afirmaciones que sirven de pasos de nuestros razonamientos. Para formular la premisa menor (la que se refiere a los hechos) se deben obtener una serie de datos de la realidad para probar que efectivamente esos hechos ocurrieron. Es una cuestión meramente *probatoria* (debemos demostrar que *B* no pagó su deuda, identificar quién mató a otro, determinar si un automovilista cruzó el semáforo en rojo,

etcétera).⁵² Por el contrario, la construcción de la premisa mayor o normativa (que refiere a las normas aplicables al caso) es esencialmente una actividad teórica. Sobre esta última cuestión nos centraremos de ahora en más.

La premisa normativa, en general, es una regla que tiene la siguiente forma: “si se dan las circunstancias o condiciones de aplicación X (un caso genérico), entonces alguien puede, debe o tiene prohibido realizar una determinada acción”.⁵³ En nuestro caso, recordemos, la premisa era “si alguien incumple un contrato, entonces la otra parte puede obtener el cumplimiento forzado por vía judicial”.

Desde un punto de vista metodológico va a ser necesario en cada caso encontrar el significado de la acción prohibida o permitida por la norma y esto va a depender de la fuente del derecho que nos provea de esa norma. Si esa regla surge de un *texto escrito* que tiene autoridad (una ley, un contrato), la pauta interpretativa dice por lo general que se deben respetar las palabras en el sentido que tienen en la vida diaria, utilizándolas con el alcance que le ha dado quien ha redactado el texto,⁵⁴ aunque —como veremos— esto a veces puede ocasionar discusiones. Distinto es el caso en que la norma aplicable es de *origen jurisprudencial* en donde es necesario hacer un esfuerzo más. La jurisprudencia —en los casos que el sistema jurídico le otorga el carácter de obligatoria— no está constituida por normas generales expresadas en palabras, sino que son un conjunto de normas individuales (precedentes judiciales) que solucionaron casos particulares. Aquí se utiliza un proceso que consiste en formular reglas a partir de la generalización de las soluciones de esos casos anteriores. Es un *razonamiento mediante ejemplos*. Esto se suele hacer en tres pasos: se descubren semejanzas entre los casos; se expresa la regla de derecho implícita; y por último se aplica esa regla al caso que tenemos que resolver.⁵⁵ Por supuesto que tal método no es mecánico, pero basta en este punto tener en cuenta

52. En realidad, los tribunales de primera instancia proporcionan un foro para discutir versiones de hechos, mientras que en los tribunales de apelaciones se centran en cuestiones de derecho. ATIENZA, *Las razones del derecho*, pp. 95 y 96.

53. ATIENZA, *Curso de argumentación jurídica*, p. 183.

54. La Corte Suprema de la Nación recurre a esta regla de interpretación de acudir a las palabras utilizadas por el legislador que no son superfluas sino empleadas con algún propósito (CSJN, “Frente para la Victoria”; “Bolaño”; “Arancibia Clavel”; “I.S.S.A.R.”; “Anzoátegui”; entre otros).

55. Este es esencialmente el método descripto por Levi. LEVI, “An Introduction to Legal Reasoning”.

que cuando se trabaja con derecho jurisprudencial, lo determinante para construir la regla son los hechos de los casos anteriores y no las palabras.

V.B. Casos de penumbra

Ahora bien, el caso que venimos utilizando como un ejemplo de razonamiento jurídico típico es simple y ojalá todos los problemas jurídicos fuesen tan fáciles de resolver. Pero no siempre es así, pues la determinación de la solución jurídica particular puede chocar con dificultades. En primer lugar, existen algunos *defectos de "diseño"* del sistema, por decirlo de alguna manera. Estos se dan por *problemas terminológicos*, cuando hay palabras utilizadas en los enunciados que no son muy claras. Pero también surgen *problemas lógicos*: ya sea porque existen normas en el sistema que se contradicen entre sí, o porque no hay una norma (o conjunto de normas) que se aplique específicamente al caso (las llamadas *lagunas normativas*). Por lo general, los propios sistemas jurídicos fijan algunas pautas (a través de reglas o principios) para subsanar estas fallas "de diseño" que podría tener un determinado ordenamiento. Desde otro punto de vista, podríamos toparnos con casos que son difíciles de resolver, no porque falte una norma aplicable o porque ella sea oscura, sino porque su aplicación produce resultados injustos (*lagunas axiológicas*).

Un punto de partida en la cuestión de cómo solucionar estos problemas, va a estar —nuevamente— en tomar una decisión teórica. Una posibilidad es reconocer que la norma debe verse como un marco abierto a varias posibilidades y el órgano autorizado a dictar una norma inferior *decide voluntariamente* dentro de ese margen. Así, la norma superior siempre deja un espacio para la de voluntad, a disposición del órgano que deba dictar la norma inferior. Por ejemplo, cuando el órgano *A* ordena al órgano *B* que proceda a la detención de un delincuente, el órgano *B* debe decidir cuándo y cómo ejecutará esta orden y sus decisiones dependerán de circunstancias que el órgano *A* no ha previsto y no puede prever la mayoría de las veces. Desde este punto de vista, la interpretación es un *acto de voluntad* de la autoridad en la medida que se trata de llenar el marco establecido por la norma general.⁵⁶ Cualquier indeterminación de la norma es solucionada entonces por la autoridad.

56. Este es un típico caso de concepción voluntarista o decisoria de la interpretación, representada paradigmáticamente por Kelsen. KELSEN, *Teoría pura del derecho*, pp. 129-134.

Distintas serán las respuestas si partimos de reconocer que el derecho no es solo la voluntad y discreción de la autoridad. Esto se da cuando nos referimos a *descubrir* o *hallar* el significado objetivo de la norma, sea este el que efectivamente quiso poner la autoridad que la creó, o el que se le acuerda al uso lingüístico en determinados contextos.⁵⁷ Avancemos entonces por este carril para entender que la *interpretación* es el descubrimiento del sentido de la norma (pues en realidad el otro carril que asimila la interpretación a la voluntad discrecional de los órganos no necesita más análisis al basarse en un mero hecho de autoridad).

V.B.1. Problemas del lenguaje

Recordemos que, por definición, las normas en tanto expresiones lingüísticas son comunicadas mediante palabras y su significado es convencional, es decir que depende del contexto en que se utilicen. Por ello vimos que las palabras tienen muchas veces problemas de ambigüedad, vaguedad y carga emotiva. Incluso en normas relativamente sencillas se puede encontrar esta penumbra del lenguaje (es la llamada "textura abierta" del derecho).⁵⁸ Pensemos en una regla que prohíba el uso de vehículos en un parque, y se evidenciará que la palabra *vehículo* puede parecer indeterminada para incluir o excluir dentro de su concepto a automóviles, motocicletas, coches de bebés, bicicletas, autos eléctricos de niños, sillas de ruedas a motor, etcétera. Ante esta indeterminación tenemos dos caminos: o entendemos que el intérprete decide discrecionalmente el alcance de la palabra, o bien se busca identificar el "propósito" de la norma para determinar el significado de la palabra (por ejemplo, el objetivo social de la regla puede haber sido preservar la tranquilidad, evitar la polución, proteger a los peatones, etcétera).

Existen distintos métodos interpretativos para averiguar el sentido de las palabras, entre los que podemos destacar dos: 1) el que dice que se debe tener en cuenta el significado que *originalmente* se le otorgó al texto normativo: lo que efectivamente quiso decir quien redactó la norma; o bien, 2) el criterio según el cual puede evaluarse la *finalidad* de la norma y así entender que el texto debe leerse de acuerdo con un determinado contexto,

57. CARRÍO, *Notas sobre derecho y lenguaje*, pp. 45 y 46.

58. HART, *El concepto de derecho*, pp. 155-161. El mismo autor es el que plantea el ejemplo de la norma que prohíbe vehículos en el parque.

no desde el sentido literal de las palabras, sino a partir del problema social que se propuso resolver la norma.⁵⁹ Por ejemplo, en un sistema podríamos tener una norma vigente desde hace más de dos siglos que prohíba los castigos *cruels*,⁶⁰ término que adolece de vaguedad. Para saber qué castigos pueden ser incluidos en ese concepto ¿debemos entender que solo se prohíben los castigos considerados crueles cuando se redactó la norma hace dos siglos (la tortura)? O bien ¿ese término vago puede ser comprendido de acuerdo con lo que contemporáneamente podemos entender como castigo cruel? El criterio por el que optemos va a llevar a distintas soluciones a problemas como la pena de muerte, el hacinamiento de presos, las condiciones de las cárceles, etcétera.

V.B.2. Defectos lógicos

Aparte de los problemas terminológicos, un sistema jurídico puede tener fallas de índole lógica, ya sea porque haya normas que se contradigan entre sí o porque directamente no exista una norma (o conjunto de normas) que puedan resolver el caso. Cuando existen dos o más *normas contradictorias* que se aplican al caso aparece una falla que atenta contra la pretensión de coherencia que buscan los ordenamientos jurídicos. Esta contradicción (o *antinomia*) se da principalmente entre reglas. Pensemos, por ejemplo, que un sistema jurídico tiene una regla que agrava la pena a quienes lesionen a un familiar directo y otra regla que disminuye la pena si la lesión fue causada en estado de emoción violenta ¿qué pasaría si *simultáneamente* concurren el agravante y el atenuante? ¿cómo se resolvería el caso de un hombre que lesione a su esposa en estado de emoción violenta?⁶¹ Por lo general, los sistemas establecen (explícita o implícitamente) una serie pautas para resolver estos conflictos entre normas. Así, la *ley superior* prevalece cuando las

59. Esta cuestión es especialmente debatida en países como Estados Unidos en lo que respecta a la interpretación constitucional, enfrentándose básicamente las posiciones del originalismo y las que de la “constitución viviente” (*living constitution*). En Argentina, el Código Civil y Comercial directamente optó por “la finalidad de las leyes” (artículo 2) como criterio de interpretación. Los redactores del código con esto expresamente quisieron excluir cualquier interpretación “originalista”. KEMELMAJER DE CARLUCCI, “La entrada en vigencia del nuevo...”, p. 11.

60. Por ejemplo en la Constitución de Estados Unidos, la enmienda VIII data del año 1787.

61. NINO, *Introducción al análisis del derecho*, pp. 276 y 277. El autor tomó el ejemplo del caso “Britos” un caso de la Cámara Criminal y Correccional de la Capital del 29/07/1944.

normas contradictorias son de distinta jerarquía (por ejemplo, una norma constitucional y una ley); la *ley posterior* predomina sobre la promulgada con anterioridad; y la *ley especial* prevalece cuando está en conflicto con una más general.⁶² Por supuesto que estas pautas son muy generales y no pueden aplicarse mecánicamente como si fueran leyes lógicas, sino que están sujetas muchas veces a evaluaciones pragmáticas de los jueces.⁶³ Estas cuestiones se ilustrarán mejor con algunos ejemplos más adelante.

El defecto lógico opuesto a la contradicción entre reglas se produce cuando existe un *vacío* de solución normativa ante un caso. Es una *laguna* en un sistema normativo que ocurre cuando ese sistema no correlaciona una clase de casos con alguna calificación normativa. Aquí la discusión teórica se suele dar entre los que consideran que no existen esas lagunas normativas y los que aceptan la existencia de esas fallas del sistema. El primer criterio entiende el derecho como un sistema cerrado a partir de un *principio de clausura* que suele enunciarse como "todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido" razón por la cual el derecho vigente siempre sería aplicable y permitiría resolver cualquier litigio.⁶⁴ El criterio contrario señala precisamente que esas fallas lógicas del sistema sí pueden ocurrir.⁶⁵ Lo cierto es que no es extraño que los sistemas reconozcan la posibilidad de que existan vacíos normativos, proveyendo incluso pautas para subsanarlos en los casos concretos. Por ejemplo, es tradicional la referencia a la *analogía* como método que consiste en asimilar el caso no calificado normativamente a otro que lo esté sobre la base de tomar como relevante alguna propiedad que posean en común ambos casos.⁶⁶ Además de la analogía, aquí los *principios* juegan un rol importante tal como veremos más adelante.⁶⁷

62. Este criterio fue utilizado por ejemplo por la Corte Suprema de la Nación para determinar la aplicación de la Ley de Seguros por sobre la Ley de Defensa del Consumidor. CSJN, "Flores Lorena Romina c/ Giménez Marcelino y otros s/ Daños y perjuicios", voto de Rosenkrantz.

63. NINO, *Introducción al análisis del derecho*, pp. 275 y 276.

64. Kelsen, *Teoría pura del derecho*, p. 135.

65. La crítica más clásica al principio de clausura es la de Alchourrón y Bulygin. ALCHOURRÓN & BULYGIN, *Sistemas normativos. Introducción a la metodología...*

66. NINO, *Introducción al análisis del derecho*, p. 285.

67. El Código Civil y Comercial expresamente prescribe que "La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento" (artículo 2).

V.B.3. Problemas de corrección de las normas

Tradicionalmente se suelen distinguir esas lagunas normativas (las que vimos recién) de las *lagunas axiológicas o valorativas*. En estas últimas el caso que hay que resolver sí está regulado por normas, pero de manera insatisfactoria. En otras palabras, existe un caso correlacionado por el sistema normativo con determinada solución, pero hay una propiedad que es irrelevante para el caso de acuerdo con el sistema, pero debería ser relevante en virtud de ciertas pautas valorativas o de justicia. Los juristas hablan así de lagunas cuando la solución es inadecuada porque quien creó la norma no tuvo en cuenta una distinción que debía haber tomado en cuenta.⁶⁸ Por ejemplo, si tenemos una regla que prohíbe dormir en la estación de trenes y se presenta el caso de una persona que, cansada después de trabajar, se durmió sentada un momento esperando el tren ¿corresponde aplicar la regla? Aquí la solución normativa es clara, pero parecería injusta, pues (podríamos valorar que) es una situación que debió haber sido prevista y quien creó la norma no lo hizo.

Reflexionemos un momento sobre cómo cambia el juego a partir del problema de las lagunas axiológicas. Ya no se trata de determinar los alcances de una regla o de buscar una solución normativa a partir de integrar reglas y principios. Aquí existe la posible consecuencia de que se dejen de aplicar normas vigentes. Entonces la pregunta a responder es ¿cuándo estaría justificado apartarse de la norma vigente de un sistema jurídico? Esta es una de las cuestiones más debatidas en la teoría jurídica moderna.

La respuesta por la que optemos para responder de esa pregunta nos va a obligar muchas veces a retomar el persistente debate entre iusnaturalismo y positivismo. Clásicamente, cuando la norma es rígida o "equivocada" ante circunstancias particulares de un caso, se recurre a la *equidad* como una directriz que acomoda la regla a la realidad. La equidad así entendida *corrige* la solución normativa, estableciendo un criterio de justicia para el caso concreto y así se evitaría un "excesivo apego a la letra de la ley". Otro concepto "no positivista" muy difundido es el que establece que el derecho *extremadamente injusto* no es derecho.⁶⁹ Esta fórmula surgió en

68. ALCHOURRÓN & BULYGIN, *Sistemas normativos. Introducción a la metodología...*, pp. 155 y 156.

69. Esta es conocida como "fórmula Radbruch".

situaciones donde había una contradicción insoportable entre la ley y la justicia. Tal criterio se aplicó, por ejemplo, en tribunales alemanes para determinar que correspondía condenar a dos guardias fronterizos de la República Democrática Alemana que dispararon a matar a un fugitivo que cruzaba hacia Alemania Occidental. Los soldados fueron condenados incluso cuando existía una norma expresa que los habilitaba a *abatir* a quienes traspasen ilegalmente la frontera.⁷⁰

Ahora bien, más allá de estos criterios, desde un punto de vista metodológico, en todos los casos que se identifiquen lagunas (sean normativas o axiológicas) los *principios jurídicos* adquieren protagonismo. Repasemos entonces.

Vimos en la primera parte del texto que existía la posibilidad teórica de reconocer que un sistema jurídico no solo esté compuesto por reglas sino también por principios. Asimismo, describimos que ambos conceptos operaban de distinta forma. Las reglas lo hacían de una manera disyuntiva (todo o nada) y por lo tanto la tarea del intérprete era fundamentalmente identificar la regla que controla el caso concreto y *aplicarla*. Si tenemos, por ejemplo, una regla municipal que prohíbe la colocación de antenas de telefonía y una regla nacional que permite la colocación de esas antenas, no pueden ser las dos válidas. Es un típico caso de contradicción normativa: una permite lo que la otra prohíbe. Corresponde entonces aplicar una (mediante la *subsunción*) y excluir la otra.⁷¹

Con los principios pasa algo distinto y el esquema argumentativo en estos casos se suele denominar **ponderación**. Como los principios no se excluyen entre sí, es necesario determinar cuál va a primar en el caso concreto y cuándo está justificado limitar la aplicación de otro principio que se le oponga. La versión más utilizada de este tipo de razonamientos es la que indica que para ponderar entre dos principios que colisionan hacen falta tres pasos: establecer los grados de insatisfacción de un principio; establecer la importancia de satisfacer el principio opuesto; y establecer si satisfacer el segundo principio justifica el detrimento o la insatisfacción del primero.⁷²

70. Los casos de los centinelas del muro son muy tratados por la teoría del derecho. ALEX, "Derecho injusto, retroactividad y principio de...", pp. 197-230.

71. Un caso similar fue tratado por la Corte Suprema de la Nación, donde en realidad se decidió que el municipio con esa ordenanza había entrometido en un aspecto regulatorio que era competencia exclusiva de las autoridades federales. CSJN, "Telefónica Móviles Argentina S.A. c/ Municipalidad de Gral. Güemes".

72. ALEX, "Derecho injusto, retroactividad y principio de...".

A partir de aquí se suele representar una “fórmula de peso” (en cuyos detalles no entraremos en este trabajo), según la cual podríamos identificar el nivel de interferencia de los principios (leve, moderado y grave).

Veamos un par de ejemplos. Antes, al tratar la diferencia entre reglas y principios, vimos la colisión entre dos principios: uno garantizaba la libertad de ejercer una industria lícita (comercialización de tabaco) y el otro garantiza el derecho a acceder a la salud (advertencias obligatorias en los paquetes de cigarrillos). Para resolverlo se utilizó precisamente un esquema de ponderación, considerándose que en el caso estaba justificada una interferencia leve del primero de los principios. En el mismo sentido, se puede acudir a ese razonamiento en un caso en que un tribunal tenga que decidir si lleva a cabo la celebración de un juicio oral contra un inculpado al que amenaza el peligro de un ataque de apoplejía y un infarto por el estrés del juicio. Aquí entran en tensión los principios según los cuales el Estado debe mantener el funcionamiento del sistema penal y el derecho fundamental del acusado a la vida y a la integridad física. La solución de nuevo consistirá en *balancear* intereses contrapuestos, de lo que se obtendrá que el derecho a la vida y la integridad física tiene un peso relativamente mayor que el principio opuesto.⁷³ El principio contrario cede, se limita, pero no se declara inválido. Son los hechos concretos del caso los que determinan entonces el nivel de afectación de un principio (leve, moderado o grave) para satisfacer el principio contrario.

Los casos que generan mayores desafíos son aquellos en los que un mecanismo de ponderación de principios puede llegar a declarar no aplicable una norma vigente. Pensemos un ejemplo extremo. Un oficial de policía ejerce coacción (principalmente tortura psicológica) a un secuestrador para obtener información de la ubicación de un niño secuestrado. El policía tenía elementos ciertos para considerar que la vida del niño corría serio peligro. ¿Ese policía debe ser condenado como responsable de violar una norma fundamental que prohíbe absolutamente cualquier tipo de tortura?⁷⁴ Para responder un interrogante tan difícil, evidentemente jugarán un rol determinante ciertos criterios morales y, nuevamente, la discusión saldrá del terreno del derecho objetivo y penetrará en la filosofía moral.

73. Este es el ejemplo con que Alexy ilustra la *colisión* entre principios. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights*, pp. 49-54.

74. Este es el conocido caso “Jakob von Metzler”, que llegó incluso al Tribunal Europeo de Derechos Humanos. TEDH, “Gäfgen v. Germany”.

La ponderación como método ha tenido mucha recepción en los tribunales de todo el mundo, principalmente en materia constitucional. Es natural entonces que sea uno de los temas más discutidos en la filosofía del derecho contemporánea y es blanco de muchas críticas. Por supuesto, excede a nuestros fines profundizar en estas discusiones. Sin embargo, necesitamos en este punto tener en claro que, aunque a veces se contraponga de manera radical la ponderación a la subsunción, eso puede resultar engañoso. La ponderación es en realidad un tipo de argumentación de dos pasos: el primero consiste en pasar de los principios a las reglas (construir nuestra premisa normativa) y el segundo es precisamente una subsunción.⁷⁵ Así la *racionalidad*, en el sentido de corrección lógica, cede un poco y se convierte en *razonabilidad* entendida como cierto equilibrio y justificación moral.

En todo caso, la importancia actual de los razonamientos fundados en principios es evidente. Por un lado, la incorporación de una gran cantidad de principios provenientes de tratados de derechos humanos empieza a matizar las diferencias entre el iusnaturalismo y el positivismo. Pero además, en términos prácticos, la relevancia de la cuestión se muestra en varios niveles de la argumentación jurídica: 1) los principios son utilizados naturalmente para llenar vacíos normativos,⁷⁶ es decir, para construir una regla cuando el sistema no la proporciona de manera clara; 2) son usados por algunos tribunales para llevar adelante el control de constitucionalidad de una norma y lograr que la norma inconstitucional sea eliminada del sistema jurídico; 3) en otras oportunidades, la ponderación sirve como un mero elemento retórico secundario que simplemente quiere persuadir que la solución arribada es la correcta;⁷⁷ y 4) existe también cierta tendencia de utilizar herramientas metodológicas basadas en principios jurídicos para *no aplicar* la regla que controla el caso por no coincidir esta con ciertas valoraciones morales o políticas.⁷⁸ En este último aspecto, se resuelve en

75. ATIENZA, *Curso de argumentación jurídica*, p. 184.

76. Aquí se entiende que los principios acotan discrecionalidad en los casos difíciles. LORENZETTI, *Código Civil y Comercial Comentado*, pp. 35-42.

77. En el fallo ya mencionado de la CSJN, "Telefónica Móviles Argentina S.A. c/ Municipalidad de Gral. Güemes", el Juez Lorenzetti parecería que hace esto.

78. Por ejemplo, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala F, fundándose en principios constitucionales generales, decidió no aplicar el plazo de prescripción previsto por la Ley de Seguros (1 año) —que era la ley específica— y optó por un plazo genérico

contra de lo que la norma vigente expresamente prescribe, no porque la regla se considere inválida o inconstitucional, sino porque sería “inadecuada” para la solución del caso. Por supuesto que ello implica admitir un margen de discrecionalidad bastante amplio para el juez o la jueza.

VI. ALGUNAS CONCLUSIONES

Terminemos donde comenzamos y retomemos, entonces, el caso del contrato de locación con la cláusula que prohibía que la propiedad fuera ocupada por personas de la religión *X*.⁷⁹ Según lo analizado a lo largo del trabajo, quizás no tengamos la respuesta a todos los interrogantes que allí surgían, pero sí tenemos ahora una “caja de herramientas” para buscar la solución del conflicto. Esa búsqueda debe partir del sistema jurídico en donde se enmarque la relación contractual. Probablemente este punto de partida parezca demasiado obvio y podría considerarse que se quiere equiparar el derecho con “lo que la ley dice”. No es tan así. El sistema jurídico nos proveerá criterios con autoridad para identificar las normas que resuelven el caso y así distinguir cuáles son los enunciados a los que podemos darles el carácter de derecho objetivo, y cuáles no. A partir del sistema podríamos identificar una norma (o conjunto de normas) y construir nuestra premisa normativa que prescriba por ejemplo que “las partes son libres para determinar el contenido del contrato, pero no pueden incluir cláusulas irrazonables; se consideran irrazonables las cláusulas que discriminen por motivos religiosos, y tales cláusulas deben tenerse por no convenidas”. Pero para construir esta premisa normativa seguramente hayamos tenido que determinar el sentido de ciertas expresiones terminológicas, sortear alguna contradicción entre normas vigentes e integrar disposiciones de

mayor (5 años), sin declarar la inconstitucionalidad de la primera norma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala F, “Sittner Nélida Élica c/ La Meridional Compañía Argentina de Seguros S.A”.

79. En algunos elementos esenciales este caso hipotético se basa en “*Shelley v. Kraemer*” de la Corte Suprema de Estados Unidos. En el caso se resolvió que los acuerdos en los que se prohibía que residencias sean ocupadas por personas “no blancas” no violaban por sí solos el principio de igualdad de la enmienda XIV de la Constitución, pues esta no tiene efecto contra conductas meramente privadas, por más discriminatorias o incorrectas que sean. Sin embargo, si el Estado garantizaba el cumplimiento de esas cláusulas a través del Poder Judicial sí existe violación a la XIV enmienda.

origen legislativo y otras de origen jurisprudencial. Incluso tal vez hayamos tenido que ponderar principios referidos a las libertades individuales, la propiedad privada, igualdad ante la ley, directrices de no discriminación, etcétera. Seguramente en cada uno de esos pasos hayamos tenido que recurrir a decisiones teórico-metodológicas y a estándares valorativos (morales y políticos), pero la solución se nutre predominantemente de materiales jurídicos (reglas, principios, pautas interpretativas), que son jurídicos precisamente porque el mismo sistema le otorga ese "*estatus*".

La forma de abordar el caso a partir de los materiales y pautas que nos proporciona el mismo sistema jurídico nos permite llegar a algunas conclusiones elementales. En primer lugar, debe entenderse que para resolver una cuestión de derecho no se acude únicamente al sentido común, a elementos retóricos o a intuiciones morales. Cada uno de ellos seguramente cumplen un rol en el debate jurídico, pero el derecho principalmente necesita conceptos claros y metodologías específicas para identificar la solución de cada caso. Vemos, por ejemplo, que una solución jurídica de un caso no tiene que coincidir necesariamente con la solución (que consideremos) moralmente correcta. Si en nuestro ejemplo el sistema hubiese dado preeminencia a la libertad de contratación y, por lo tanto, a la efectividad de estas cláusulas discriminatorias, la solución hubiera seguido siendo el derecho vigente, aunque podamos reprocharla por injusta.

En segundo lugar, es necesario evitar caer en simplificaciones extremas a la hora de describir la actividad de los juristas. Por un lado, se debe descartar que el razonamiento jurídico solo consista en una mera aplicación mecánica y lógica de normas generales y caer en el *formalismo*. Como vimos a lo largo del trabajo, muchas veces existe la necesidad de atribuirle significado a las normas, solucionando vaguedades terminológicas, conciliando normas contradictorias y llenando vacíos normativos, incluso en casos que a primera vista parecen simples. Pero, por otro lado, también es necesario evitar caer en el vicio opuesto, en un escepticismo extremo respecto a las normas, exageración que entiende que todos los casos jurídicos se resuelven discrecionalmente o acudiendo a criterios subjetivos de los jueces. Si bien toda norma deja un espacio para la discreción del intérprete para atribuir significado a la norma, es un hecho que ese margen solo existe entre los límites que fija el sistema.

En tercer y último lugar, a los fines prácticos es útil diferenciar entre los casos claros y los casos de una zona de penumbra y entender que esa diferencia no es tajante, sino que existen distintos grados de incertidumbre. Esta simple distinción permitirá comprender que la gran mayoría de

problemas sociales que buscan respuesta en el derecho tienen un grado de certeza bastante alto y la actividad del intérprete va a ser esencialmente correlacionar el caso con la solución normativa que puede ser comprendida utilizando algunas herramientas conceptuales. Una cosa es el halo de incertidumbre que rodea a toda norma y otra es entender que esa falta de certeza absoluta habilita a la autoridad a resolver acudiendo a pautas subjetivas y prescindiendo de cualquier significado objetivo de la norma. Un abuso de elementos interpretativos, argumentativos, valorativos, retóricos y políticos que lleven a solucionar casos apartándose de lo expresamente prescripto por las normas del propio sistema jurídico debe ser entendido como un comportamiento que cuestiona las bases mismas del *Estado de derecho*. Por definición, todos (ciudadanos y autoridades) están comprendidos por las obligaciones que surgen del sistema jurídico y, en especial, aquellos órganos con competencia para aplicar las normas.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ALCHOURRÓN, Carlos & BULYGIN, Eugenio, *Sistemas normativos. Introducción a la metodología de las ciencias sociales*, 2ª ed., Astrea, 2012, Buenos Aires.
- ALEXY, Robert, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford University Press, 2002, Oxford.
- , “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, en *Doxa*, N° 5, 1988, pp. 139-151.
- , “Ponderación, control de constitucionalidad y representación”, en *La Ley*, 10/2008, traducción de GONZÁLEZ DE LA VEGA, René.
- , “Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal”, en *Doxa*, N° 23, 2000, pp. 197-230, traducción de OLIVER LALANA, Ángel D.
- ATIENZA, Manuel & RUIZ MANERO, Juan, “Sobre principios y reglas”, en *Doxa*, N° 10, 1991, pp. 101-120.
- ATIENZA, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, Trotta, 2013, Madrid.
- , *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, 2ª ed., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2005, Buenos Aires.
- Black’s Law Dictionary, 5a ed., West Publishing Co, 1979, St. Paul.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala F, “Sittner Né-lida Elida c/ La Meridional Compañía Argentina de Seguros S.A”, 05/03/2020.

- CARRIÓ, Genaro R., *Notas sobre derecho y lenguaje*, Abeledo Perrot, 1976, Buenos Aires.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Anzoátegui, Martín", "Perón, Juan Domingo s/sucesión s/incidente de restitución de un bien al Estado", 26/04/1983, *Fallos* 305:538.
- , "Arancibia Clavel, Enrique L.", 09/09/1980, *Fallos* 302:973.
- , "Bolaño, Miguel Ángel c/ Benito Roggio e Hijos S.A. - Ormas S.A. Unión Transitoria de Empresas Proyecto Hidra.", 16/05/1995, *Fallos* 318:1012.
- , "Flores, Lorena Romina c/ Giménez, Marcelino y otros s/ Daños y perjuicios", 06/06/2017, *Fallos* 340:765.
- , "Frente para la Victoria - Distrito Río Negro y otros c/ Río Negro, Provincia de s/ amparo", 22/03/2019, *Fallos* 342:287.
- , "I.S.S.A.R.A. c/ Sebastián García Pérez y otro", 15/07/1982, *Fallos* 304:1007.
- , "Telefónica Móviles Argentina S.A. c/ Municipalidad de Gral. Güemes", 02/07/2019, *Fallos* 342:1061.
- CUETO RÚA, Julio C., *Fuentes del derecho*, Abeledo Perrot, 1994, Buenos Aires.
- DWORKIN, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1977, Cambridge.
- GUIBOURG, Ricardo A., "Conferencia: Instrucciones para el uso del derecho", dictada en Facultad de Derecho, UBA, 24/09/2013, disponible en URL <https://www.youtube.com/watch?v=oE6JOTO1frQ>, consultado el 11/08/2020.
- HART, Herbert, L.A., *El concepto de derecho*, 3ª ed., Abeledo Perrot, 2011, Buenos Aires, traducción de CARRIÓ, Genaro.
- Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, 3ª ed., Eudeba, 2015, Buenos Aires, traducción de NILVE, Moisés.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "La entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la República Argentina", en *La Ley, La Vigencia de un nuevo Código*, año LXXIX, N° 143, Tomo La Ley 2015-D, p. 11.
- LEGARRE, Santiago, *Obligatoriedad atenuada de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2016, Buenos Aires.
- LEVI, Edward, "An Introduction to Legal Reasoning" en *The University of Chicago Law Review*, Vol. 15, N° 3, 1948.

LORENZETTI, Ricardo L., *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Rubinzal Culzoni, 2014, Buenos Aires.

NINO, Carlos, *Derecho, moral y política*, Siglo Veintiuno, 2014, Buenos Aires.

———, *Introducción al análisis del derecho*, 2ª ed., Astrea, 2003, Buenos Aires.

OVEJERO, Bruno, “La doctrina legal vinculante de la Corte Suprema de Justicia de Tucumán” en *La Ley Noroeste*, Año 22, N° 6, 10/2018.

RAZ, Joseph, *El concepto de sistema jurídico. Una introducción a la teoría del sistema jurídico*, UNAM, 1986, México, traducción de TAMAYO SALMORAN, Rolando.

ROMBOLÁ, Néstor D., *Diccionario Ruy Díaz de ciencias jurídicas y sociales*, Ruy Díaz, 2007, Buenos Aires.

ROSS, Alf, “El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural” en *Academia: Revista sobre enseñanza del derecho*, Año 6, N° 12, 2008, traducción de CARRIÓ, Genaro R., & PASCHERO, Osvaldo.

———, *Sobre el derecho y la justicia*, Eudeba, 1994, Buenos Aires, traducción de CARRIÓ, Genaro R.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, “Gäfgen v. Germany”, 1/06/2010.

United States Supreme Court, “Shelley v. Kraemer”, 03/05/1948, 334 *U.S. 1* (1948).

United States Supreme Court, “Buchanan v. Warley”, 05/11/1917, 245, *U.S. 60* (1917).

ENSAYOS

CONSTRUYENDO UN PUENTE: HACIA UNA DIALÉCTICA INTEGRADORA DE LA CIENCIA JURÍDICA Y EL PSICOANÁLISIS. BREVE ANÁLISIS DE LA INTERSECCIÓN DE AMBAS DISCIPLINAS*

SEBASTIÁN CHIOSSO RAPINESE**

“Si uno está interesado en las relaciones entre campos que, a tenor de las divisiones académicas al uso, pertenecen a departamentos diferentes, no se le acogerá como constructor de puentes como podría esperar sino que ambas partes tenderán a considerarlo un extraño y un intruso intelectual”.¹

Resumen: El punto de partida es la afirmación axiomática que establece que el derecho es una técnica eficaz para la organización de la sociedad. El Estado surge por acuerdo entre las personas para cesar un primer estado primitivo de guerra de todos contra todos. Sin embargo, nada quita que puedan surgir cuestionamientos sobre la gestión del poder por parte un sector social contra la organización social establecida. Este es uno de los puntos que me dispongo a abordar en este trabajo para buscar una respuesta integradora entre el derecho (haciendo hincapié en el derecho penal) y el psicoanálisis (analizando las instancias del funcionamiento psíquico humano y considerando tanto la perspectiva individual como el comportamiento en grupo) frente al ejercicio del poder punitivo. Asimismo, se abordará la culpabilidad desde el derecho y el psicoanálisis. Una dialéctica integradora de la ciencia jurídica y el psicoanálisis se vuelve necesaria

* Recepción del original: 03/02/2020. Aceptación: 16/03/2020.

** Estudiante de Derecho, UBA. Agradecimiento especial a mis padres, Patricia Rapinese y Jorge Chiosso, quienes me transmitieron los valores de la perseverancia y la formación académica. También en el ámbito académico de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires quiero agradecer al Doctor y licenciado Pablo Lione, quien me introdujo en el estudio del derecho penal y el psicoanálisis y me impulsó a presentar este trabajo final de curso desarrollado en el marco de su materia del Ciclo Profesional Orientado (Derecho Penal y Psicoanálisis: intersecciones y tensiones) perteneciente al Departamento de Derecho Penal.

1. CARNAP, *Autobiografía Intelectual*, p. 42.

en el sistema de justicia para subsanar el problema de los operadores del derecho que no consiguen apartar la observancia exclusiva del propio ordenamiento jurídico, como si el problema y la solución estuvieran solamente allí.

Palabras clave: contrato social — defensa de las instituciones y el orden público — ley penal — discurso jurídico — funcionamiento psíquico humano — individuos oprimidos — iter criminis — transgresión del ordenamiento jurídico — culpabilidad

Abstract: The starting point is the axiomatic statement that law is an effective technique for the organization of society. The State arises by agreement between people to cease a first primitive state of war between all human beings. Disputes may arise from the management of power of a social sector against the established social organization. That is one of the key points I address in this paper, which aims to give an integrative response of Law (emphasizing Criminal Law) and Psychoanalysis analyzing the instances of human psychic functioning (considering both individual point of view and group behavior) in contrast to the exercise of punitive power. In addition, guilt will be addressed from the Law and Psychoanalysis. An integrative dialectic of Law and Psychoanalysis becomes necessary in the justice system to remedy the problem of the law operators who fail to remove the exclusive observance of the legal system itself, as if the problem and the solution were only there.

Keywords: social contract — defense of institutions and public order — criminal law — legal discourse — human psychic functioning — oppressed individuals — iter criminis — transgression of the legal system — guilt

I. PREFACIO

Le propongo al lector partir de una afirmación axiomática que establece que el derecho es una técnica eficaz para la organización de la sociedad. Para explicar su génesis, Sigmund Freud toma la vertiente del mito adhiriendo al modelo iusnaturalista de Hobbes, quien plantea un estado de naturaleza donde las personas son libres e iguales, pero viven en un estado de guerra constante. Allí es necesario un acuerdo para salir de ese estado mediante un pacto social. De modo que el Estado surge por acuerdo entre las personas para cesar aquel estado primitivo de guerra de todos contra todos.²

2. CAMARGO, *Encrucijadas del campo psi-jurídico: Diálogos entre...*, pp. 49-50.

No obstante, el contrato social sin la espada que imponga que se respete su contenido no resulta óbice para el cuestionamiento de sus términos. Por eso, este contrato no lo establecen los súbditos con su soberano, sino los súbditos entre sí. El soberano permanece fuera del pacto siendo el único depositario de las renunciaciones a los derechos que poseían antes los súbditos y, por lo tanto, el único que conserva todos los derechos originarios. Si el soberano entrase en el pacto, no podrían eliminarse las guerras civiles, ya que muy pronto aparecerían diferentes enfrentamientos en la gestión del poder.³ Sin embargo, nada quita que puedan surgir disputas y controversias sobre tal gestión del poder, cuyos orígenes pueden obedecer a otras cuestiones que abordaré en este artículo.

En este orden de ideas, el tópico del contrato social y su ulterior cuestionamiento, si lo hubiere, importa tanto al derecho (al derecho penal precisamente) —para regular el orden de una sociedad establecida— como al psicoanálisis —para analizar a los individuos que integran tales sociedades—.

Las películas y libros citados en esta monografía sirven de analogía para demostrar la intersección entre el derecho y el psicoanálisis. Notará mi lector que en las obras de ficción que se citan no se abordan explícitamente conceptos técnicos del derecho ni del psicoanálisis, pero sí cuestiones relativas al orden público y al alzamiento contra el *establishment* de las que tomo como *quid* de la cuestión para hacer un análisis comprensivo de ambas disciplinas que nos lleve a una dialéctica integradora de estas. Este artículo forma parte de un trabajo de investigación de la materia Derecho Penal y Psicoanálisis: intersecciones y tensiones, del Ciclo Profesional Orientado, dictada por el Doctor y licenciado Pablo Lione.

II. INTRODUCCIÓN Y PREMISAS FUNDANTES DE ESTE ESCRITO

Parto de la premisa de que, desde un análisis freudiano, la civilización se asienta en la coerción y la renuncia a las pulsiones.⁴ Una de las peculiaridades del desarrollo evolutivo de la sociedad estriba en una metamorfosis gradual de una coerción externa en coerción interna por acción del Superyó

3. HOBBS, *Elementorum Philosophiae Sectio Tertia de Cive*, pp. 53-64 y 113-120.

4. Entiéndase el término “pulsiones” como una noción desarrollada por Sigmund Freud. Importa a una energía psíquica profunda que conduce la acción del ser humano hacia un fin y buscando suprimir un estado de tensión producido por la no consecución de dicho fin.

que cobije aquella coerción externa entre sus mandamientos.⁵ *A contrario sensu*, se consolidaría cierto grado permanente de descontento que puede llevar a ulteriores cuestionamientos sobre la organización social. Si una cultura no ha podido evitar que la satisfacción de un número de sus miembros tenga por premisa la opresión de otros, es comprensible que los oprimidos desarrollen una intensa hostilidad hacia esa cultura que posibilitan, pero de cuyos bienes participan en una medida exigua.⁶

El preludio de toda sociedad grande y establecida ha consistido no en una mutua buena voluntad de los hombres, sino en el miedo recíproco. Es válido citar la locución latina *lupus est homo homini, non homo, quom qualis sit non novit* (lobo es el hombre para el hombre, y no hombre, cuando desconoce quién es el otro).⁷ Este contexto social imperante es el que plantea la película *V de venganza*⁸ que dio lugar al surgimiento de un régimen totalitario sobre el pueblo inglés sometido por el miedo ante una posible guerra, al hambre y a las enfermedades. Los ciudadanos tenían sus libertades sumamente cercenadas como en lo que hoy podríamos ver en el Estado de excepción. Desde el principio del film, el descontento de la sociedad sucumbe ante aquel régimen que se asienta sobre una rígida estructura estatal que le es funcional.

Esto último se explica en que la vida humana en común se torna posible en la medida que un sector más poderoso se reúna y permanezca unido contra un sector más débil. El poderío de tal comunidad se enfrenta entonces como derecho contra la fuerza de los oprimidos que se tacha de fuerza bruta. Ergo, la justicia se vuelve un requisito cultural entendido como la seguridad de que el orden jurídico una vez establecido no será violado a favor de aquellos miembros más débiles de la sociedad.⁹

Retomando la analogía con la película mencionada, la diferencia de poder entre sectores es ostensible. Se observa una sociedad semejante a la actual excluyendo los toques de queda y el régimen político. No obstante, con el devenir de la película se denota cómo bienes tan corrientes

5. CAMARGO, *Encrucijadas del campo psi-jurídico: Diálogos entre...*, p. 49.

6. FREUD, “El porvenir de una ilusión”, pp. 1-55.

7. TITUS MACCIUS PLAUTUS. *Asinaria*, p. 53. La datación de la obra es incierta y puede ubicarse en el 206 o 211 a. C. Sin embargo, fue popularizada por Thomas Hobbes, filósofo inglés del siglo XVII, quién la adaptó en su obra popularizada como *De Cive*.

8. WACHOWSKI & WACHOWSKI & SILVER y otros/as, *V for Vendetta*. El argumento de la película está situado en un futuro distópico de finales de la década de 1990.

9. FREUD, “El malestar en la cultura”, pp. 57-140.

como la mantequilla son bienes de lujo y solo el máximo dirigente puede consumirlos. La primera conclusión a la que podemos arribar mediante un razonamiento inferencial sobre el contexto social es que, en la película, Inglaterra se encuentra sumida en un totalitarismo del que no se atreve a salir y que controla la vida de sus habitantes, suprimiendo sus libertades como técnica de mantenimiento del régimen (abordaré *in extenso* este tópico en la parte IV).

III. CAUSA FIN Y CAUSA FUENTE DEL CONTRATO SOCIAL DESDE FREUD HACIA EL DERECHO

Cavilo que para compeler aquella hostilidad de los oprimidos o bien para mantener en el tiempo un estándar de paz social (inclusive *ex ante* como en el caso de *V de venganza*, el régimen contaba con una rígida estructura estatal antes de la entrada en escena del personaje principal que se rebelará contra el gobierno), los miembros que ostentan el poder estatuirán una serie de conductas como delictivas a los fines de perpetuar *mutatis mutandis* el *statu quo* como causa fin. Esta serie de conductas importan al derecho penal y la primera de ellas sería el mandamiento de no matar al prójimo a quien se odia, que se interpone en el camino o cuyo patrimonio se apetece. Sigmund Freud sostendría que la causa fin subyacente es el interés en la convivencia humana, de lo contrario sería imposible, tornándose un círculo vicioso de venganza. En efecto, el asesino atraería la venganza de los parientes del muerto y la envidia de los demás que registrarían una inclinación interna a cometer pareja violencia. Aun si mediante una fuerza y una precaución extraordinarias se protegiera a cada uno de sus contrincantes por separado, sucumbiría inevitablemente a una alianza de los más débiles. Si no se produjera tal unión, los asesinatos proseguirían sin término y los seres humanos acabarían eliminándose unos a otros.¹⁰ Por ende, no se podría conformar el *statu quo* mencionado.

En acotada síntesis, el orden jurídico surge como un empeño en evitar el exterminio recíproco sumando fuerzas en un grupo en contra de aquellos que se atrevan a romper el pacto social, al tiempo que ahoga las propias pulsiones asesinas a través de la venganza.¹¹

10. FREUD, "El porvenir de una ilusión", pp. 1-55.

11. SEGUÍ, *Sobre la responsabilidad criminal. Psicoanálisis y criminología*, p. 13.

Desde el pensamiento de Freud es posible dar una respuesta psicoanalítica al supuesto en el cual un individuo o un grupo perteneciente al sector oprimido tomare la iniciativa de cuestionar (o rebelarse contra, en el caso más extremo) el *statu quo* custodiado por el derecho que, en muchos casos, no es más que un ordenamiento protectorio del sector beneficiado luego del contrato social. Es plausible que un individuo o grupo experimente un sentimiento de culpabilidad antecesor al delito donde el hecho de su consumación genere alivio, sea porque no han desarrollado inhibiciones morales o porque creen justificada su conducta por su lucha contra la sociedad.¹² Esto se aprecia en el personaje principal quien se hace llamar V y es posible observar a la luz del psicoanálisis. En un abordaje de lo general a lo particular, realizaré un análisis subjetivo del personaje en la parte VI, previo desarrollar de manera breve el funcionamiento psíquico de los individuos.

La causa fuente del contrato social tampoco es ajena al derecho, máxime si no apartamos la consideración del hecho de que, desde un análisis freudiano, obedece su génesis a un mito fundante que en su esencia importa a una ficción: en los comienzos del totemismo había un padre violento y celoso que reservaba a todas las mujeres para sí expulsando a los hijos varones cuando crecían. Un día los hermanos se aliaron, mataron y devoraron al padre poniendo fin a la horda paterna en cuyo acto se perpetraba la identificación con él a partir de la apropiación de su fuerza. Sin embargo, los hermanos tenían sentimientos contradictorios para con el padre. Lo odiaban porque representaba un obstáculo para su necesidad de poder y sus exigencias sexuales, pero a la vez lo amaban y admiraban. Así se dio nacimiento a una consciencia de culpa coincidente con el arrepentimiento común que hizo que el padre muerto se volviera más fuerte que estando vivo. Lo que antes estaba prohibido por él, luego de su muerte, los mismos hermanos lo prohibieron y ninguno de ellos pudo sustituir al padre. Con tal prohibición, los hijos se aseguraron un mínimo de igualdad formal. El asesinato del padre impone a título de expiación la renuncia a las mujeres de la horda y determina que la ley tome el lugar sustituto de la coacción paterna. La omnipotencia del padre es heredada únicamente por la ley.¹³ Así, los individuos son capturados por la ley bajo las redes de la culpabilidad. En este sentido, no se puede escindir la culpa de los individuos, pretender extirparla

12. FREUD, “Algunos tipos de carácter dilucidados por el trabajo psicoanalítico”, pp. 313-339.

13. GIL DOMÍNGUEZ, *Estado constitucional de derecho, psicoanálisis y sexualidad*, pp. 41-43.

implicaría disolver al sujeto.¹⁴ Freud, mediante este mito fundante, construye el cimiento de la sociedad humana sobre la memoria viviente de un crimen donde solamente la culpa asegura la vigencia del pacto social.

IV. DEFENSA DE LAS INSTITUCIONES Y EL ORDEN PÚBLICO MEDIANTE LA LEY PENAL PARA MANTENER EL *STATU QUO*. TELEOLOGÍA DEL DISCURSO JURÍDICO

Debo manifestarle al lector que en las siguientes líneas de esta parte me apartaré de las nociones psicoanalíticas para detenerme en un análisis que considero inexorable sobre la defensa de las instituciones y el orden público. Aquí expongo cómo los miembros ostentadores del poder constituyente,¹⁵ luego de la causa fuente y el planteamiento de la causa fin del contrato social, estatuirán conductas como delictivas a los fines de perpetuar *mutatis mutandis* el *statu quo* y cómo influye el discurso jurídico sobre el poder constituido. Las analogías que planteo a partir de obras de la literatura y del séptimo arte sirven para exhibir en qué circunstancias los individuos pueden cuestionar el sistema por un imperativo que, por ahora, propongo que convengamos que es una fuerza interna irresistible.

Como consecuencia del contrato social se estatuirá un poder punitivo que no es más que la facultad de coacción del Estado. Como principio general, el ejercicio del poder punitivo opera en tres niveles con funcionarios diferenciados: (1) Legisladores que se encuentran ocupados en la compleja tarea de desarrollar y modificar las leyes para prohibir conductas reprochables. (2) Juristas que ejecutan penas en consonancia con la legislación. (3) Policías y cuerpos penitenciarios que cumplen sus funciones con apego a la legislación y en consonancia con las resoluciones de los juristas.

El poder constituido mencionado *ut supra* requiere de un sistema penal que articule un mecanismo para ejercer el poder punitivo. En este orden de ideas, la doctrina es pacífica en la distinción de la criminalización primaria y la secundaria. El primer tipo de criminalización consiste en la prohibición de una conducta bajo amenaza de ser acreedor de una pena, involucra la

14. GEREZ AMBERTIN, *Culpa, responsabilidad y castigo en el...*, pp. 39-40.

15. Entiéndase “poder constituyente” como una voluntad originaria para dar forma a un Estado. El sentido de esta noción apunta a un poder originario fundante.

creación de tipos penales en respeto del aforismo latino *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*. Pero solo mediante la criminalización secundaria se juzgará y sancionará a los individuos que serán acreedores del castigo en concreto. Es un procedimiento selectivo ejercido por las agencias judiciales y las fuerzas de seguridad quienes toman un rol de mayúscula importancia.

En *V de venganza* además de notarse una estructura estatal funcional al régimen, es palmario que el pueblo inglés tiene miedo de expresarse contra sus gobernantes, quienes infunden un profundo temor. No hay cohesión social entre los gobernantes y el pueblo, pero sí entre el pueblo que estará de acuerdo en que no quiere vivir en esas condiciones. El protagonista de la película reaviva esta llama que creía extinta contra el líder del partido de extrema derecha fascista, Adam Sutler, quien sometió a la población privándole libertades *sensu lato* (colocó cámaras y micrófonos por la urbe londinense, censuró medios de comunicación y restringió bienes de consumo).

Aquel primer mandamiento de no matar al prójimo que mencioné en la parte III no resulta suficiente, sino que requiere que el sistema penal brinde protección especial a funcionarios e instituciones útiles a la organización de la sociedad estatuida mediante el contrato social. En el derecho penal argentino, por ejemplo, se encuentran tipificados los llamados delitos contra el orden público. Allí, el bien jurídico protegido consiste en la preservación de la convivencia social en un ámbito de tranquilidad pública, máxime si reparamos que estos delitos tienen como efecto característico la producción de inseguridad y alarma en la comunidad. No se trata de delitos que sean concretamente un daño físico, sino de la producción de un peligro abstracto que repercute en el ánimo de los individuos.¹⁶ Bajo tal rubro de delitos se reúnen: la instigación a cometer delitos, la asociación ilícita, la intimidación pública, la apología del crimen, otros atentados contra el orden público y asociaciones ilícitas terroristas y financiación del terrorismo.

También se establecen delitos contra la seguridad de la nación a los fines de evitar daños en su integridad territorial y soberanía, así como también evitar cualquier conflicto que pueda redundar en un menoscabo de su personalidad en el orden internacional.¹⁷ En *V de venganza*, en este sentido, encontramos la criminalización de la oposición y la estigmatización a partir del encasillamiento de terrorismo. Esto último tiene sentido ya que, en el

16. CREUS & BOUMPADRE, *Derecho Penal: Parte Especial II*, p. 115.

17. CREUS & BOUMPADRE, *Derecho Penal: Parte Especial II*, p. 149.

carácter de persona jurídica, el Estado mantiene dos tipos de relaciones: las que resultan de su soberanía en el plano internacional y las que nacen del *imperium* por obra del cual impone el orden jurídico a los habitantes de la nación. Desprovisto de este *imperium*, el Estado quedaría equiparado a las restantes personas físicas o jurídicas.¹⁸ Por ello se tipifican delitos contra los poderes públicos, el orden constitucional y contra la administración pública con principal atención a la prohibición de atentado y resistencia alguna contra la autoridad. Entiéndase que se protege la seguridad interna de la nación en miras de la eficiencia de la función pública y la no afectación de su organización política o ataque a los poderes y funcionarios que la representa.

Respecto a los delitos contra los poderes públicos y el orden constitucional, es válido destacar que con la sanción de la Ley 23007 de Defensa de la Democracia (1984) se cambió el rubro del título “Rebelión” por “Atentados al orden constitucional y a la vida democrática” y no por una razón técnica-jurídica, sino por un argumento profundamente sentimental con vistas sociológicas, ya que en el mensaje del Poder Ejecutivo se indicaba que el reemplazo se proponía “con el fin de privar a esta aberrante conducta de la connotación heroica y romántica que posee el término rebelión”.¹⁹ Esto nos permite inferir que la retórica discurso jurídico puede llevar años perfeccionando sus cualidades expresivas *mutatis mutandis*. Estas cualidades estructuran la institución social e implementan el ejercicio del poder a través del silencio y el secreto, cuidando que no sean dichas las palabras que no deben decirse y recortando conductas sociales en la misma medida en que se explaya sobre la libertad y la justicia.²⁰

A pesar de tomar como ejemplo la legislación argentina, destaco a quien dedique tiempo a estas líneas que no es coincidencia que en el resto del mundo la letra de la ley adopte acepciones similares en miras de proteger las instituciones, la organización social y la paz entre los individuos que integran las sociedades contemporáneas. Mediante el ordenamiento jurídico reposan los pilares protectores del orden público independientemente de la ideología política estatal. Este es el *quid* de la cuestión al que quiero arribar en esta parte.

Si mi lector es admirador de la literatura inglesa como quien escribe estas líneas, encontrará un extremismo de estas técnicas para defender las instituciones y el orden público si recordamos, por ejemplo, a Eric Arthur

18. FONTÁN BALESTRA, Derecho Penal: Parte Especial, pp. 821-822.

19. CREUS & BOUMPADRE, *Derecho Penal: Parte Especial II*, p. 186.

20. GIL DOMÍNGUEZ, *Estado constitucional de derecho, psicoanálisis y sexualidad*, p. 34.

Blair (1903-1950), más conocido por el pseudónimo George Orwell, y su novela *Nineteen Eighty-Four* cuando incluye en su obra la “Policía del Pensamiento” (“*Thought Police*”)²¹ que utiliza unos dispositivos eléctricos similares a televisores con un micrófono integrado. El castigo por pensar mal es ser secuestrado y torturado para hacer confesar los crímenes de pensamiento. En última instancia, el sujeto puede resistirse so pena de ser llevado a la Habitación 101, donde se lo quebrantaba definitivamente. No obstante, las técnicas de control social no siempre se destinan a toda la población, verbigracia, en la mencionada obra literaria el proletariado estaba libre del control que ejercía la Policía del Pensamiento ya que se limitaba a la eliminación de elementos potencialmente peligrosos por desarrollar inteligencia. Se enfatiza que el proletario poseía libertad intelectual en la medida en que está desprovisto de intelecto.

V. INSTANCIAS DEL FUNCIONAMIENTO PSÍQUICO DEL SER HUMANO Y SU INTENSIDAD DESDE LA PERSPECTIVA FREUDIANA EN MIRAS DEL *ITER CRIMINIS*. CULPABILIDAD EN DERECHO Y PSICOANÁLISIS

A los fines de demostrar la intersección entre el derecho penal y el psicoanálisis me veo en la encrucijada de realizar un análisis integrador de ambos campos. Establecí que un individuo o un grupo puede experimentar un sentimiento de culpabilidad preexistente al delito donde el hecho de su consumación genere alivio como el caso del protagonista de *V de venganza* para la consecución de su objetivo. La consumación del delito nos dirige a la insoslayable consideración del *iter criminis* y la relación con las instancias del funcionamiento psíquico humano.

Concretamente, el camino del delito se conforma por fases o etapas. La primera fase es interna y es allí donde acontece la voluntad criminal que precede a su manifestación en forma de conducta si no se interrumpe. A grandes rasgos se distinguen la concepción o ideación del delito, la deliberación y la determinación o resolución criminal. En segundo lugar, hay una fase externa donde se materializa la voluntad criminal que la doctrina ha diferenciado acertadamente en dos grandes grupos: los actos preparatorios y los actos ejecutivos. Hay quienes distinguen de la fase externa una etapa

21. Se considera que está inspirada en la KGB de la Unión Soviética de Stalin.

anterior que es la fase intermedia, donde hay actos que no causan daño objetivo y que se expresan en la determinación de cometer un delito o resolución manifestada (conspiración, instigación y amenazas). Esto último es una inclusión de interés meramente enunciativa en la que no me detendré ya que no es parte del eje temático de este trabajo.

Pese a la intersección que sostengo que existe entre el derecho y el psicoanálisis, el lector podrá percatarse de una tensión, ya que en la fase interna del *iter criminis* rige el principio *cogitationis poenam nemo patitur*, aforismo latino que significa que el mero pensamiento no es punible. Pero demostrar la inocencia en la conducta nada dice de la inocencia de deseo. El deseo propiamente dicho no resulta reprochable para el derecho y esto obedece más a una limitación del derecho que a una intromisión del psicoanálisis al toparse la ciencia jurídica con el límite de que la justicia no puede pasar más allá de los límites del Yo.²²

El psicoanálisis considera al Yo siempre culpable, pero sin saber de qué y siendo inocente porque actúa en la más completa servidumbre a sus amos desconociendo la verdadera motivación de sus acciones. Freud apunta al deseo inconsciente donde el sujeto es inevitablemente responsable.²³ Para el derecho penal hay continuidad entre culpa y responsabilidad, pero para el psicoanálisis no, dado que un sujeto puede sentirse culpable de algo no cometido, así como culparse toda la vida sin hacerse responsable.²⁴ Así se vuelve posible la institución teórica de un sujeto jurídico como ficción que responde a la Teoría Pura del Derecho de Hans Kelsen donde no hay ocupación del “ser” sino del “deber ser” reconociendo la falta que limita al derecho: los secretos del “ser”.²⁵ Esto es una reafirmación de que la justicia no puede pasar más allá de los límites del Yo.

Además, con solo echar un vistazo al derecho penal contemporáneo nos resulta posible colegir que la culpabilidad es un principio fundante enunciado bajo la locución latina *nulla poena sine culpa* que alude a que no hay pena sin culpa. Esto permite establecer que para definir una acción típica antijurídica como delito ya no resulta suficiente la presencia de un daño objetivo, sino que se torna imprescindible que el autor de este haya tenido algún tipo

22. LÓPEZ, *Psicoanálisis, un discurso en movimiento*, pp. 193-194.

23. LÓPEZ, *Psicoanálisis, un discurso en movimiento*, p. 194.

24. AGUILERA TORRADO, “Explicación psicoanalítica del acto criminal”, p. 336.

25. LÓPEZ, *Psicoanálisis, un discurso en movimiento*, p. 201.

de participación o compromiso subjetivo²⁶ conforme la teoría del delito actual (reunión de la acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad).

Sin embargo, existen ciertas actuaciones del sujeto jurídico y sujeto de psicoanálisis que importan a consecuencias que merecen la atención de ambos discursos, concretamente cuando la conducta trasciende a una acción privada²⁷ situándose en el terreno de una conducta reprochada por el ordenamiento jurídico. Empero, sostener que ambos discursos se refieren a un mismo sujeto no implica desconocer una diferencia en el plano teórico ya que para el derecho el inconsciente no existe en el momento de juzgar un acto, pero el psicoanálisis no concibe al sujeto sino como sujeto del inconsciente.²⁸

En este orden de ideas, esta diferencia se traslada a la *praxis* jurídica como una limitación cuando el jurista señala que un ser humano actúa culpablemente si realiza un injusto penal pese a que poseía capacidad suficiente de autocontrol.²⁹ De modo que le era psíquicamente asequible una alternativa de conducta conforme a derecho.³⁰ La tensión surge en que la interpretación que concierne al juzgador está ceñida a la norma penal.

No obstante, la pregunta que indudablemente indague al lector es: ¿cuáles son las instancias del funcionamiento psíquico humano y cómo funcionan para relacionarlas con el *iter criminis*? Sigmund Freud diría que hay tres instancias que, a grandes rasgos, forman el funcionamiento psíquico humano. Primero, ubica al Ello como componente innato de los individuos. Consiste en deseos y voluntades impulsados por el principio del placer. Es una reserva de energía psíquica inconsciente que lucha por satisfacer impulsos básicos relacionados a la supervivencia *sensu lato* sin considerar consecuencias. Aquella instancia psíquica requiere de otra que parte de la interacción del ser humano con la realidad. Aquí me refiero al Yo que busca regular los impulsos del Ello al mismo tiempo que intenta satisfacerlos,

26. MANASSERI, “La culpabilidad en derecho y psicoanálisis”, pp. 372-376.

27. Entiéndase “acción privada” como aquella conducta ejercida por cualquier individuo que se da en un ámbito de privacidad semejante que no ha de afectar el orden, moral y buenas costumbres. Tampoco tiene consecuencias dañosas contra terceros. Pueden darse supuestos de acciones privadas en ámbitos públicos, pero el criterio para mantener esta noción radica en que no deben tener consecuencias dañosas para terceros.

28. SEGUÍ, *Sobre la responsabilidad criminal. Psicoanálisis y criminología*, p. 11.

29. Cuando analicemos la importancia funcional del Yo y su relación con el Ello veremos que, en el psicoanálisis, el “autocontrol” importa a un término en crisis para esta disciplina.

30. ROXIN, *Derecho Penal, Parte General: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, p. 792.

pero conciliándolos con las exigencias del Superyó³¹ (pero si la función moderadora del Superyó es demasiado endeble o fallare totalmente, el Yo devendría en plena servidumbre del Ello y de sus móviles inconscientes).

La importancia funcional del Yo y su relación con el Ello pueden compararse con el jinete que rige la fuerza de su cabalgadura que es superior a la suya. Así como el jinete se ve obligado alguna vez a dejarse conducir a donde su cabalgadura quiere ir, el Yo se muestra forzado en ocasiones a transformar en acción la voluntad del Ello. ¿Esto por qué sucede? En algunos de sus escritos, el padre del psicoanálisis cita a Groddeck³² afirmando que lo que llamamos nuestro Yo se conduce en la vida pasivamente y que, en vez de vivir, somos vividos por poderes invisibles. El Yo no envuelve por completo al Ello, sino que se limita a ocupar una parte de su superficie.³³ Es menester recordar un aporte de un compañero durante la cursada de la materia Derecho Penal y Psicoanálisis quien con destacable acierto manifestó que “no somos amos de nuestra propia casa”. En similar sentido, Gerez Ambertin sostiene que “... no es el hombre absolutamente libre y dueño de sus actos...”.³⁴

Estos últimos postulados son concomitantes cuando Freud en una de sus obras cita a Gustave Le Bon (1841-1931) para establecer que la vida consciente del espíritu de los seres humanos solo representa una porción ínfima comparada con la vida inconsciente. Señala que incluso el observador más penetrante no alcanza a descubrir más que un exiguo número de los motivos inconscientes que determinan su propia conducta. De modo que detrás de nuestros actos se encuentran, sin lugar a duda, causas secretas que escapan a nuestro conocimiento.³⁵

Finalmente, resulta pertinente abordar al Superyó como instancia que se desarrolla a partir del Yo representando los valores morales de un individuo. Es también conocido como el heredero del complejo de Edipo donde se destaca que tiene su origen en los mandatos parentales que, una vez asimilados por el sujeto pasan a configurar la conciencia moral. El Superyó alerta al Yo sobre lo que es o no es moralmente aceptado. No se limita a la advertencia “así —como el padre— debes ser”, sino que comprende la prohibición

31. FREUD, “El Yo y el Ello”, pp. 1-66.

32. Georg Groddeck (1866-1934). Médico y escritor alemán considerado pionero de la medicina psicosomática.

33. FREUD, “El Yo y el Ello”, pp. 1-66.

34. GEREZ AMBERTIN, *Culpa, responsabilidad y castigo en el...*, pp. 50-51.

35. FREUD, “Psicología de las masas y análisis del Yo”, p. 11.

“así —como el padre— no debes ser”. Cuanto mayor fue la intensidad del complejo de Edipo y la rapidez de su represión, más severamente reinará el Superyó como conciencia moral y sentimiento inconsciente de culpabilidad sobre el Yo. En efecto, el Superyó toma un rol primordial en la problemática de la culpa en la relación del hombre con la ley.³⁶

Esto último es la regla general, pero cede ante el supuesto de que un individuo experimente un sentimiento de culpabilidad antecesor al delito donde el hecho de su consumación le genere alivio porque cree justificada su conducta por su lucha contra la sociedad,³⁷ como es el caso del personaje V.

Freud postula que el Superyó tiene a su cargo la función de conciencia moral que se traduce en un sentimiento de culpa resultante de la tensión originada entre Yo y Superyó. Este último reclama por algo que el Yo no es capaz de alcanzar por sí solo. Debido a esa incapacidad del Yo por lograr lo que anhela, la conciencia moral puede actuar dura y despiadadamente en contra de él.³⁸ Para que este sentimiento pueda ser vivido por el sujeto, es preciso que se tenga una conciencia de culpa, enunciada por Freud como la tensión entre un Superyó severo y un Yo que se encuentra sometido.³⁹

VI. TRANSGRESIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO PROTECTORIO DEL *STATU QUO*. SUPUESTO DEL PERSONAJE V E INCIDENCIAS SOBRE EL ESPÍRITU COLECTIVO

En vista de lo hasta aquí expuesto, debemos repensar al protagonista desde un Superyó que elimina la constitución de un sujeto que solo se limita a desear otro tipo de organización de la sociedad. Nótese que ambienta su hogar con innumerables artefactos y libros que remiten al protagonista con cierta nostalgia a tiempos mejores y que eran almacenados en secreto por el gobierno. Puede tener confianza en su mente, pero las inseguridades sobre su imagen corporal hacen que nunca revele cómo se ve debajo de la máscara. Sin embargo, él comprende y explica a los demás que hay algo más para las personas que su cuerpo físico, allí conserva su dignidad. De modo que se

36. FREUD, “El Yo y el Ello”, pp. 1-66.

37. FREUD, “Algunos tipos de carácter dilucidados por el trabajo psicoanalítico”, pp. 313-339.

38. Freud, “El Yo y el Ello”, pp. 1-66.

39. FREUD, “El malestar en la cultura”, pp. 57-140.

advierte cómo superó todos los niveles de la pirámide de jerarquía de necesidades de Maslow⁴⁰ y logró la autotranscendencia encontrando un significado más allá del Yo y trabajando hacia el bien mayor de las personas.

También está presente la pulsión de muerte entretejiendo su conducta con el sadismo y la culpa anterior al delito en miras de alcanzar el objetivo coincidente con su conciencia moral. Todo esto, a su vez, confronta con una necesidad de castigo⁴¹ que se aprecia en el final de la película cuando V recibe una gran cantidad de disparos con una protección mínima que aun así le permite acabar con los ofensores pero de todas formas sobreviene inmediatamente su muerte. Se ha modificado el Superyó, de manera que este se hace más sádico y ostenta rasgos automáticos y arcaicos, tales como el de obrar de acuerdo con la ley del Talió.⁴² Por su parte, el Yo se encuentra totalmente debilitado, avasallado por un arcaico Superyó que exige un castigo, aunque este implique atentar contra su propia vida. De modo que el Superyó ha devenido sádico mientras el Yo deviene masoquista.⁴³

En lo que respecta a la pulsión de muerte mencionada, aparece en V como una pulsión destructiva dirigida contra el mundo exterior y otros seres vivientes. Da cuenta de un sujeto atrapado entre un Ello criminal y una conciencia moral igualmente tiránica y humillante donde el Yo parece no tener más salida que desviar su agresividad hacia otros.⁴⁴ Como consecuencia de este proceder criminal, V se convierte en un emblema a quien se estigmatiza de terrorista mediante los medios al servicio del régimen que advierte cómo los cimientos de su poder se desmoronan e intentan infundir el miedo en la población.

A partir de las acciones de V se conforma una nueva masa configurada por pueblo oprimido que no ha sufrido una metamorfosis gradual de la coerción externa en coerción interna que por acción del Superyó cobije aquella coerción externa entre sus mandamientos. El pueblo se había mantenido sumiso hasta la aparición de V, quien reavivará un ideal altruista y de liberación contra el régimen. Esta nueva masa se nota concretamente al final de la obra cinematográfica cuando el pueblo londinense está dispuesto a enfrentar la fuerza del régimen disfrazados de V.

40. MASLOW, “Una teoría de la motivación humana”, pp. 21-38.

41. FREUD, “El problema económico del masoquismo”, pp. 161-176.

42. FENICHEL, *Teoría psicoanalítica de las neurosis*, p. 142.

43. ARISTIZÁBAL DIAZGRANADOS & AMAR, *Psicología forense: estudio de la mente criminal*, p. 55.

44. RICOEUR, “Las pulsiones de muerte: especulación e interpretación”, pp. 242-267.

Cuando utilizo el término “masa”, intento abordarlo desde una perspectiva freudiana en miras a la configuración de un alma colectiva que lleve a los individuos a sentir, pensar y obrar de manera distinta de como sentiría, pensaría y obraría cada uno de ellos aisladamente (similar a las células de un cuerpo vivo que forman por su reunión un nuevo ser). En la masa, el hombre adquiere un sentimiento de poder invencible y se produce la repetición –dentro de la misma masa– de sentimientos y actos como un contagio donde ya no existe un interés personal, sino que se sustituye por el de la masa. En toda masa es muy importante la formación de lazos y, cuando esta no exista, puede que se sustituya por una idea, que sería el sustituto del jefe.⁴⁵

La multitud da anonimato. Ergo, el rasgo colectivo del grupo incide sobre la atenuación de la responsabilidad que es el factor que frena los impulsos individuales. De modo que se suprimen las represiones de las tendencias inconscientes de los individuos.⁴⁶ En este contexto, se vuelve posible el cuestionamiento de los términos del contrato social. Este cuestionamiento puede tomar diversas formas, verbigracia, protestas, manifestaciones o una rebelión (en el supuesto más extremo) como ocurre en el final de la película que, claramente, transgrede el ordenamiento jurídico establecido.

VII. CONCLUSIÓN Y UNA MIRADA RETROSPECTIVA

El derecho como técnica eficaz para regular la vida en sociedad no puede prescindir del psicoanálisis. *Prima facie* parece que aspirar a una dialéctica integradora entre el derecho y el psicoanálisis es tarea imposible ya que simulan campos diametralmente opuestos. El derecho se pretende universal y trata a los sujetos en pie de igualdad formal omitiendo sus diferencias particulares, mientras que el psicoanálisis repudia tal asimilación de los sujetos considerándolos como singularidades absolutas.⁴⁷ El derecho como conjunto de normas se ocupa del *deber ser*; mientras que el psicoanálisis se ocupa exclusivamente del *ser*. Pero considero que aquel *deber ser* jurídico está atravesado por el sujeto en tanto lo vuelve un centro de imputación de sanciones y responsabilidad en la medida que transgrede el ordenamiento jurídico con su proceder.

45. FREUD, “Psicología de las masas y análisis del Yo”, pp. 63-133.

46. FREUD, “Psicología de las masas y análisis del Yo”, pp. 63-133.

47. GEREZ AMBERTIN, *Culpa, responsabilidad y castigo en el discurso jurídico y psicoanalítico*, p. 17.

En la teoría se instituyen dos sujetos diferenciados: el sujeto jurídico y el sujeto de psicoanálisis, pero en la *praxis* un observador crítico notaría que ambos sujetos convergen en la conducta, pese a encontrarse en planos diferentes. En este orden de ideas, planteo que el derecho penal y el psicoanálisis convergen más en la práctica que en el análisis estrictamente teórico. Aunque la justicia no puede traspasar los límites del Yo, como he establecido, nada impide recurrir al psicoanálisis para explorar los procesos mentales inconscientes y desentrañar los motivos que mueven a una persona a dirigir su conducta de una u otra manera. La historia del psicoanálisis alcanza el descubrimiento de estructuras universales como el complejo de Edipo y el de castración, cuyas consecuencias importan a leyes más coactivas que la ley en sentido formal porque, aunque no están escritas, no dejan a nadie escapar.⁴⁸

Lo establecido en el párrafo anterior me permite colegir que la construcción de ficciones en el derecho como la del sujeto jurídico es útil solo a los fines de la teoría. La esencia de las ficciones responde a la categoría del “como si”, una construcción que sabemos que no existe, pero que ayuda a crear el sentido propio del mundo jurídico y a desplazarnos en él. Las ficciones no están sujetas epistemológicamente a pruebas de verificación, confirmación y corroboración falsacionista, sino que son conservadas solo si son eficaces.⁴⁹

Asimismo, el psicoanálisis tampoco se encuentra exento de la necesidad de valerse de la ficción. La condición humana no predispone a los hombres a la sujeción voluntaria de sus pulsiones. Va de suyo que, para ser capturado por el discurso jurídico,⁵⁰ Freud desarrolló el mito del asesinato del padre y el consiguiente pacto entre los hermanos parricidas a partir de aquel crimen primordial donde el sujeto deberá comparecer como culpable para responder por esa deuda simbólica que no cesa de pagar cada vez más en su neurosis.⁵¹

En retrospectiva, mediante estas líneas me he dispuesto a demostrar la intersección entre el derecho y el psicoanálisis a los fines de una dialéctica interdisciplinaria que venza todo obstáculo sobreviviente. Las tensiones en el campo teórico importan simplemente a obstáculos epistemológicos. Por eso,

48. GEREZ AMBERTIN, *Culpa, responsabilidad y castigo en el discurso jurídico y psicoanalítico*, p. 18.

49. GIL DOMÍNGUEZ, *Estado constitucional de derecho, psicoanálisis y sexualidad*, p. 59.

50. Un discurso que, como dice Jacques-Marie Émile Lacan (1901-1981) en su seminario n° 3 titulado “La Psicosis”, le es ajeno, y con el que, como animal, nada tiene que ver.

51. SEGUÍ, *Sobre la responsabilidad criminal. Psicoanálisis y criminología*, p. 12.

adhiero a Andrés Gil Domínguez en cita de Ricardo Entelman cuando sostiene que entre el discurso jurídico y la teoría psicoanalítica es posible una “interdisciplinarietà fecunda”, pero no en el sentido del uso de datos de una ciencia por otra, sino en la producción conjunta de nuevos conocimientos que desde la articulación de los dos discursos derive en una intersección de estos.⁵²

Finalmente, en un nivel de abstracción mayor, enfatizo que los teóricos del psicoanálisis han comprendido que el discurso jurídico es el discurso del poder social y que en él deben probar sus llaves en el intento de abrir puertas de acceso a la comprensión de las conductas de las personas.⁵³

En lo que al derecho penal se refiere, la mencionada producción conjunta de nuevos conocimientos no resulta óbice para una teoría de la pena donde el fin de esta es resocializar al autor del delito. El enfoque al que apunto es una teoría de prevención especial positiva, como bien defiende el jurista alemán Franz von Liszt (1851-1919), que podría retroalimentarse del psicoanálisis para la comprensión de las conductas de los seres humanos, máxime si no nos apartamos de la consideración de que el fin resocializador de la pena es el adoptado por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.⁵⁴

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILERA TORRADO, Armando, “Explicación psicoanalítica del acto criminal” en *Revista criminalidad*, Vol. 52, N° 1, 2010, Bogotá, pp. 333-348.
- ARISTIZÁBAL DIAZGRANADOS, Edith & AMAR, José, *Psicología forense: estudio de la mente criminal*, Ed. Universidad del Norte, 2012, Barranquilla.
- CAMARGO, Luis, *Encrucijadas del campo psi-jurídico: Diálogos entre el derecho y el psicoanálisis*, Letra Viva, 2005, Buenos Aires.
- CARNAP, Rudolf, *Autobiografía intelectual*, Paidós, 1992, Barcelona, Colección Pensamiento Contemporáneo N° 23.
- CREUS, Carlos & BOUMPADRE, Jorge E., *Derecho Penal: Parte Especial II*, 7a ed., Astrea, 2007, Buenos Aires.

52. GIL DOMÍNGUEZ, *Estado constitucional de derecho, psicoanálisis y sexualidad*, p. 34.

53. LEGENDRE, *El discurso jurídico: perspectiva psicoanalítica y...*, p. 17 y ss.

54. Nótese que el artículo quinto inciso sexto de la Convención Americana de Derechos Humanos (San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969) señala que “las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”.

- FENICHEL, Otto, *Teoría psicoanalítica de las neurosis*, Paidós, 2008, Barcelona.
- FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Derecho Penal: Parte Especial*, 17a ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, actualizado por Ledesma, Guillermo A. C.
- FREUD, Sigmund, “Algunos tipos de carácter dilucidados por el trabajo psicoanalítico”, en FREUD, Sigmund, *Obras Completas*, Vol. XIV, Amorrortu, 1992, Buenos Aires, traducción de ETCHEVERRY, José L.
- , “Psicología de las masas y análisis del Yo”, en FREUD, Sigmund, *Obras Completas*, Vol. XVIII, Amorrortu, 1992, Buenos Aires, traducción de Etcheverry, José L.
- , “El Yo y el Ello”, en FREUD, Sigmund, *Obras Completas*, Vol. XIX, Amorrortu, 1992, Buenos Aires, traducción de ETCHEVERRY, José L.
- , “El problema económico del masoquismo”, en FREUD, Sigmund, *Obras Completas*, Vol. XIX, Amorrortu, 1992, Buenos Aires, traducción de ETCHEVERRY, José L.
- , “El porvenir de una ilusión”, en FREUD, Sigmund, *Obras Completas*, Vol. XXI, Amorrortu, 1992, Buenos Aires, traducción de ETCHEVERRY, José L.
- , “El malestar en la cultura”, en FREUD, Sigmund, *Obras Completas*, Vol. XXI, Amorrortu, 1992, Buenos Aires, traducción de ETCHEVERRY, José L.
- GEREZ AMBERTIN, Marta, *Culpa, responsabilidad y castigo en el discurso jurídico y psicoanalítico*, Vol. I, 2a ed., Letra Viva, 2005, Buenos Aires.
- GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, *Estado constitucional de derecho, psicoanálisis y sexualidad*, Ediar, 2011, Buenos Aires.
- HOBBS, Thomas, *Elementorum Philosophiae Sectio Tertia de Cive*, Alianza, 2000, Madrid, traducción de MELLIZO, Carlos.
- LEGENDRE, Pierre, *El discurso jurídico: perspectiva psicoanalítica y otros abordajes epistemológicos*, Hachette, 1982, Buenos Aires.
- LÓPEZ, Hector, *Psicoanálisis, un discurso en movimiento*, Biblos, 1994, Buenos Aires.
- MANASSERI, Adelmo R., “La culpabilidad en derecho y psicoanálisis” en *Avances, nuevos desarrollos e integración regional. Memorias XII Jornadas de Investigación*, Tomo II, Facultad de Psicología de la Universidad de Buenos Aires, 2005, Buenos Aires, pp. 372-376. URL: <https://www.aacademica.org/000-051/264>.
- MASLOW, Abraham, “Una teoría de la motivación humana” en *Motivación y personalidad*, 3a ed., Díaz de Santos, 1991, Madrid, traducción de CARIDAD, Clemente.

- RICOEUR, Paúl, “Las pulsiones de muerte: especulación e interpretación” en *Freud: una interpretación de la cultura*, 8a ed., Siglo XXI, 1990, México D.F.
- ROXIN, Claus, *Derecho Penal, Parte General: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Tomo I, Civitas, 1997, Madrid.
- SEGUÍ, Luis, *Sobre la responsabilidad criminal. Psicoanálisis y criminología*, Fondo de Cultura Económica, 2012, Madrid, Colección: Psicología, psiquiatría y psicoanálisis.
- TITUS MACCIUS PLAUTUS, *Asinaria*, The University of Winsconsin Press, 2006, Winsconsin, traducción de HENDERSON, John.
- WACHOWSKI, Lana; WACHOWSKI, Lilly; SILVER, Joel y otros, *V for Vendetta*, 2006, Estados Unidos, adaptación de diez *comic books* escritos por Alan Moore e ilustradas por David Lloyd.

¿PUEDE INCLUIRSE A LOS PERROS DENTRO DEL CONCEPTO DE ARMA IMPROPIA A LOS FINES DEL AGRAVANTE?*

JUAN FRANCISCO GIORDANI**

Resumen: El presente trabajo pretende brindar un panorama respecto de los temas axiales o troncales que se presentan en torno a determinar si la utilización de perros para cometer ciertos delitos puede ser reputado por agravante teniendo en cuenta su asimilación a un arma impropia o, en realidad, nos encontramos ante un acto de maltrato animal a luz de las nuevas tendencias que conceptúan al animal como sujeto de derecho y no cosas. Se analizará el tratamiento jurisprudencial que recibe la terminología de arma impropia y aquellas situaciones problemáticas que surgen en la práctica, de mayor trascendencia, que dejan al descubierto la disparidad de criterios. También se examinará, brevemente, el enfoque jurisprudencial que considera al animal no humano sujeto de derecho. De este modo se mostrarán las distintas posibilidades del órgano jurisdiccional ante un caso concreto, debido a la disimilitud e incoherencia de las distintas fuentes del derecho que tratan la temática.

Palabras clave: animal — perro — arma impropia — sujeto de derecho

Abstract: This paper aims to provide an overview of the axial or core issues that arise around determining whether the use of dogs to commit certain crimes can be considered an aggravating factor, considering their assimilation to an improper weapon, or, in fact, we are faced with an act of animal abuse under the light of the new trends that conceptualize the animal as a subject of law and not an object. The jurisprudential treatment received by the terminology “improper weapon” will be analyzed, as well as those problematic situations that arise in practice, of greater importance, revealing the disparity of criteria. The

* Recepción del original: 19/06/2020. Aceptación: 26/07/2020.

** Estudiante de Derecho, UBA. Quiero agradecer a la profesora Dra. Mariana Trebisacce por sus palabras hacia mi trabajo, a la insistencia por publicarlo, y por su apasionada lucha por la protección de los animales no humanos.

jurisprudential approach that considers the non-human animal a subject of law will also be briefly examined. In this way, the different possibilities of the court before a specific case will be shown, due to the dissimilarity and inconsistency of the different sources of law that deal with the subject.

Keywords: animal — dog — improper weapon — subject of law

I. INTRODUCCIÓN

Desde antaño, la jurisprudencia y la doctrina han debatido sobre lo que debe entenderse por arma a los fines de tener por acreditado el agravante. Una vez puesta en análisis la cuestión, se desprendió otro interrogante debido a la casuística tendiente a determinar si ciertos elementos pueden ser incluidos en la esfera del concepto terminológico de arma. La discusión pasó a un siguiente nivel a causa de la utilización de ciertos medios, objetos o formas de llevar a cabo conductas criminales que condujeron a profundizar más el tema. La porfía, principalmente, se centró en dilucidar el concepto de arma y cuáles deben ser *per se* y cuáles no. Así emerge una calificación en propias e impropias. En estas últimas es donde nos vamos a focalizar, debido a la unificación de criterios que sentaron las bases para conceptualizar qué es un arma propiamente dicha.

Los residuos de la controversia se centraron en dos posturas disímiles que se dan especialmente en el delito de robo con armas, tipificado en nuestro Código Penal en el artículo 166, inciso 2. Sin embargo, no es ajeno a otros delitos, debido a que la utilización de un arma en la realización de otras figuras puede resultar un agravante.

II. POSTURAS JURISPRUDENCIALES EN TORNO AL CONCEPTO DE ARMA IMPROPIA

¿Qué entendemos por arma impropia? Primordialmente, se puede decir que son aquellos objetos que sin ser armas propiamente dichas, y habiendo sido fabricadas para diverso destino, se emplearon ocasionalmente para producir un daño en el cuerpo o en la salud de una persona. Esto determinará que el juez aprecie, en el caso concreto y según la

forma en que fueron mostradas o utilizadas, si representaban o no un argumento de violencia física inmediata.¹

Específicamente, con referencia al concepto de arma impropia, la jurisprudencia fue ampliando —casuísticamente— el ámbito de aplicación del concepto. Sin embargo, la dicotomía en torno al tema no quedó sellada, como consecuencia de la discrepancia de criterios.

Así, a favor de la tesis amplia se incluyen ciertos elementos como: “El accionar del encausado que esgrime una botella vacía para desapoderar a la damnificada de su cartera”.²

En un hecho por el cual un hombre roció con combustible a su pareja conviviente para luego amenazarla con un encendedor, el juez de Garantías dijo:

“...se encuentra acreditada la implementación del elemento —arma impropia— enumerado en el artículo 149 ter inciso 1°, utilizando como basamento los argumentos venidos al momento de convalidar la aprehensión en orden al delito de amenazas agravadas por el empleo de arma”.³

La jeringa, aun cuando no se encuentre cargada con contenido alguno:

“La jeringa hipodérmica armada con su respectiva aguja constituye un arma impropia que, por sí sola, aumenta la capacidad ofensiva del autor e importa un riesgo concreto e inminente para la integridad física de la persona amenazada. Aunque la jeringa no se encontrara cargada con sangre, la mera presencia de aire en su interior le confiere un poder vulnerante que justifica la aplicación de la agravante”.⁴

La utilización de un instrumento como el destornillador, catalogado como herramienta, y confeccionado con la finalidad primordial de realizar las acciones de atornillar y destornillar:

1. DONNA, *Derecho Penal: Parte Especial...*, p. 211.

2. CNCC, “González, Norberto A”.

3. JG N° 8 Lomas de Zamora, “Benítez, Mauro R. s/ Incidente de Excrcelación”.

4. CNCP, “Locuratolo, María D. s/ Recurso de Casación”.

“Así, está probado que [...] se valió del destornillador, hiriendo repetidas veces a su ocupante en el rostro, cuello, piernas y abdomen para obtener el botín. Como puede apreciarse, se trató de un elemento con cierto poder objetivo de aumentar la capacidad ofensiva del autor (objeto punzo-cortante) y que fue utilizado con ese destino, desde que [...] se sirvió de él como medio violento para apoderarse de la billetera de la víctima, provocándole, en efecto, varias lesiones en el cuerpo. La conducta señalada, a la par de incrementar el riesgo de peligro a la incolumidad física de la víctima, también aumentó la intimidación por la factibilidad de inmediato empleo del elemento de que se trata. Conforme a este contexto fáctico, entonces, concluyo que el incoado [...] utilizó el destornillador como ‘arma impropia’, atacando con él a la víctima para apoderarse de la pertenencia señalada”.⁵

En igual sentido, el TCPBA, Sala I, en las causas “V., M. A. s/ Recurso de Casación” y “L., M. E. s/ Recurso de Casación” sostuvo que: “El destornillador funcionó como un arma impropia, definida como elemento que, no habiendo sido creado con ese fin, pueda utilizarse como tal”.

El empleo de gas pimienta:

“Compartimos la calificación legal adoptada por el magistrado de grado, pues fue utilizado por su poder ofensivo, generando un estado de indefensión de la víctima, encuadrando en el concepto de arma impropia”.⁶

La maniobra delictiva emprendida con una sevillana:

“Resulta evidente que una sevillana reúne estas características [...] lo decisivo, desde un punto de vista teleológico, no es la finalidad con la que se construyó el instrumento, sino el peligro que de su uso se deriva y el aumento del poder coactivo de la acción”.⁷

5. TSJ Córdoba, “Olivera, Maximiliano Ezequiel s/ p. s. a. Robo Calificado...”.

6. CNCC, “F., M. E. s/ Procesamiento”.

7. CNCP, “Silva, Natalia C. y otros s/ Robo c/ Armas en Tentativa”, voto del juez Magariños.

Otro suceso interesante, y llamativo a la vez, se originó en la Ciudad de Córdoba, debido al robo perpetrado por dos individuos sobre un taxista. Uno de los autores le colocó una bufanda en el cuello, comenzó a apretarlo y lo tiro hacia atrás, circunstancia que fue aprovechada por su compañero para desapoderarlo de determinados objetos. Las posturas frente al caso fueron las siguientes.⁸

En primera instancia la Cámara Cuarta del Crimen entendió que:

“...la bufanda utilizada de la manera en que lo hizo P. en el *sub iudice* y de acuerdo a la manera en que se perpetró el atraco (víctima sentada en el asiento delantero, enlazada por el cuello desde atrás por el ladrón, quien, para reducirla, la apretaba —ahorcándola— contra el respaldo del asiento delantero inmovilizándola momentáneamente) resultaba un arma impropia, pues siendo un elemento extraño al cuerpo del asaltante que la utilizó en la forma narrada, aumentó en concreto su poder vulnerante”.⁹

En segunda instancia, la Sala Penal del Tribunal Superior revocó esta decisión, sosteniendo lo siguiente:

“...que para la ley, arma es todo objeto capaz de aumentar el poder ofensivo del hombre, tanto las construidas específicamente para el ataque o la defensa de la persona a las que se denomina armas propias, como las transformadas en armas por su poder ofensivo y debido al empleo que se ha hecho de ellas y que reciben el nombre de impropias. En dicho sentido, solo los instrumentos inertes que posean cierta capacidad vulnerante pueden transformarse en armas al ser empleados como medio de agresión. Para que un instrumento se convierta en arma impropia, si bien se exige objetivamente que posea cierta capacidad ofensiva, en definitiva es la voluntad del sujeto que la utiliza blandiendo o cometiendo lo que la convierte en arma al cambiarle su destino...”.¹⁰

8. COLOMBO, “A las armas las carga el diablo... ¿y a las bufandas...?”, pp. 1-2.

9. CCC 4ª Nom., “Maujo, Eduardo G. y otro s/ P.s.a Robo Calificado”.

10. TSJ Córdoba, “Maujo, Eduardo G.”, considerando IV, punto 1.

Añade que la bufanda fue empleada:

“...como un ‘momentáneo medio de sujeción’ del taxista [...] pero en ningún momento puso en riesgo su vida o su integridad personal a raíz de dicha conducta, ni tampoco insinuó amenazas en ese sentido...”.¹¹

La Sala IV, CNCP, para confirmar la sentencia del TOC N° 28 de la Capital Federal, en donde se había tentado un robo utilizando un pico de botella, esbozó:

“...deviene inexorable concluir que un pico de botella de vidrio, roto, blandido como elemento punzo-cortante, como el que fue utilizado en el caso, es a todas luces apto para poner en peligro la salud o la vida de las víctimas y constituye entonces un arma de clara ofensividad con alto poder lesivo y hasta letal”.¹²

La gama es muy variada y la lista sigue. Puede ir desde un cortaplumas a un alicate, cuchillo, copa de vidrio rota, culatazo con arma propia, jeringa con sangre infectada con HIV, navaja, barreta de hierro, trozo de palo de escoba, baldosa, pata de una mesa con clavos oxidados, palo de amasar, tijera para cortar telas o papeles, cabo de un hacha utilizado como garrote, una tabla o una batería de automotor, guadañas, horquillas, azadas, bastones ferrados, u otros objetos que puedan ser utilizados en forma intimidante o vulnerante.¹³

En torno a la tesis más restrictiva, descartó que el concepto de arma impropia se aplique a determinados elementos. Como exponentes tenemos al Dr. Bruzzone, quien vota en disidencia, cuando expresa:

“La utilización de una botella y una baldosa para concretar el despoberamiento padecido por la víctima no puede ser considerado robo con armas, porque esos objetos no son, técnicamente, armas,

11. TSJ Córdoba, “Maujo, Eduardo G.”, considerando IV, punto 2.

12. CNCP, “Caldas Castillo, Víctor s/ Recurso de Casación”.

13. FIGARI, “El uso de armas de fuego en la figura del art. 166, inc. 2° del Código Penal”.

simplemente, porque no lo son. Se trata de elementos que, utilizados de la manera en que lo hicieron, le otorgan al agresor una mayor capacidad ofensiva, pero que, por ese solo hecho, no pueden ser incluidos en el concepto de arma”.¹⁴

Integrando la misma sala y otras, y en similar coyuntura, fue congruente con su postura y dictaminó que no se daba el agravante en el robo cometido utilizando un palo,¹⁵ una madera con un trozo de vidrio en su extremo,¹⁶ o un cinturón como elemento de ahorque y un pequeño trozo de alambre a modo de punzón.¹⁷

En tal sintonía se expidió el Dr. Juez Daniel Morín, quien encuadró el hecho en el que se había utilizado un palo para ejecutar el robo en la figura simple y señaló que:

“Ello es así, puesto que la base sobre la cual se funda la aplicación de aquella figura descansa sobre la concepción de las denominadas ‘armas impropias’, que podrían definirse como aquellas que, sin adecuarse estrictamente al concepto de armas, son equiparadas a estas. Un arma es aquel objeto construido específicamente para el ataque o la defensa, por lo que mal podría extenderse ese concepto a objetos que no encuadran en esa categoría sin recaer en una interpretación analógica *in malam partem* vedada por el principio de legalidad. Cabe considerar que si el legislador hubiera pretendido incluir objetos que no son armas en sentido estricto dentro del tipo penal, nada le habría impedido efectuar tal asimilación en forma expresa. Ciertamente si bien, en el caso, el palo utilizado por el imputado importó un aumento del poder ofensivo al crear un peligro mayor para la víctima y menguar su capacidad de oposición o defensa, tal circunstancia habrá de ser debidamente valorada al momento de la determinación de la pena pues es allí donde cobra relevancia”.¹⁸

14. CNCC, “Álvarez, Mariano G. y otros”.

15. CNCC, “Cortez, Jonathan E.”.

16. CNCC, “Wallace, Cristian G.”.

17. CNCC, “Chambi Choque, Roberto”.

18. CNCCC, “Rodríguez Yarza, Sydney Junior s/ Recurso de Casación”.

En consonancia se expidió el Dr. Sarrabayrouse:

“Desechamos el concepto extensivo de arma impropia, dada la evidente contradicción del mismo con el principio de legalidad penal y consideramos que dentro del concepto de ‘arma’ solo deben denotarse aquellos instrumentos que hayan sido definidos así por las leyes extrapenales, en definitiva ‘...todo artificio naturalmente destinado a herir o agredir...’. Si bien [un trozo de botella] otorgó una mayor capacidad ofensiva a los imputados, por esa sola circunstancia no puede ser incluido en el concepto de arma. La mayor gravedad que el hecho reconoce, debe ser valorado al momento de fijar la pena”.¹⁹

Otra disidencia está representada por el voto del Dr. Juliano:

“En tren de ir definiendo mi posición en una materia tan sensible como la que se trata, me inclino por una concepción ‘ontológica’ (si se me permite la digresión) del concepto de arma, con lo cual quiero decir que el concepto de arma debe ser construido en función del destino para el cual cada objeto fue fabricado. En este sentido, para que un objeto pueda ser reputado jurídicamente como ‘arma’, al momento de su fabricación debe haber tenido como finalidad primordial la de ser utilizado como ‘arma’, ya sea de ataque o defensa. Ello sin perjuicio que eventualmente pueda tener otros usos subalternos o secundarios... Así, un cortapapeles no ha sido creado como ‘arma blanca’, por más que en una emergencia pueda asestar con el mismo una puñalada a un tercero o resistir el embate que hace otra persona. Un cortapapeles fue fabricado para abrir sobres de correspondencia, y esa calidad no puede ser modificada por la circunstancia que, potencialmente, tenga poder ofensivo o defensivo... En este punto se insiste en que su potencial poder ofensivo no lo convierte en ‘arma blanca’, ya que ese poder ofensivo no se diferencia del que poseen tantos otros objetos que nos rodean en la vida cotidiana (un trozo de vidrio, una baldosa,

19. CNCP, “Cordero, Facundo N. s/ Robo c/ Armas”.

un cable, un palo, una lapicera) pero que no por ello, por tener la cualidad de la ofensividad, pueden ser reputados como ‘arma’ en el sentido jurídico que le asigna la ley”.²⁰

La Dra. Jueza Camiña, integrante del TOC N.º 18 de la Capital Federal, al dar su voto en la causa “López, Roberto G. y otro” optó por disentir con sus colegas, aseverando que:²¹

“La conducta de quién intentó apoderarse ilegítimamente de los bienes de una persona, mediante la utilización de un cuchillo —tipo Tramontina—, debe ser incluida en la figura básica de robo en grado de tentativa ya que no se ha empleado un arma [...] Categorizar como ‘arma impropia’ a un cuchillo —tipo Tramontina— utilizado para perpetrar un robo resulta una interpretación peligrosa que contradice el principio de legalidad, pues más allá de ser una interpretación analógica se vaciaría de contenido el artículo 164 del CP, el que por su amplio margen punitivo no puede sostener que se emplee solo para casos de violencia sin armas”.

En atención a este tipo de elemento el Dr. Bruzzone opinó:

“La utilización de la agravante ‘con arma’ corresponde cuando el objeto —aunque técnicamente no sea arma— tiene capacidad para ‘lesionar gravemente o matar’ por la forma en que es utilizado. De esta forma, si bien algunos casos límites —como los de un cuchillo tipo Tramontina— quedan alcanzados, otros deben seguir siendo analizados con mayor rigor, porque así como está redactado ‘el significado’, cualquier cosa es arma de acuerdo a cómo se lo utilice; por ejemplo: una bufanda, lo que pareciera desnaturalizar el ámbito de aplicación de la norma de la primera parte del inciso segundo del artículo 166 del Código Penal”.²²

20. TOC N.º 1 de Necochea, “M., Juan Manuel s/ Robo Agravado”.

21. FIGARI, “El uso de armas de fuego en la figura del art. 166, inc. 2.º del Código Penal”.

22. CNCP, “Castañeda Chavez, Keinyi A. s/ Recurso de Casación”.

Apoya su opinión el voto del Dr. Vivanco, juez de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, cuando indica:

“Desde el punto de vista ontológico, el arma es un objeto físico de una estructura determinada (forma y materia) y de índole instrumental, apta para una función específica, que exige un manejo adecuado y que se emplea con un fin pretérito (matar o herir). Es factible matar o herir con un objeto que no sea arma, pero con ello se pone de manifiesto el error de confundir el ‘ente’ en sí mismo (arma), con la ‘función’ que se la hace desempeñar. A los fines del artículo 166, inciso 2 del CP, si no se trata de un arma, sino de cualquier objeto que sirva ‘como si fuese un arma’ para cumplir la finalidad del sujeto, y que contribuya a la violencia (*lato sensu*), lo que se comete es un robo simple, pero no agravado ‘con armas’...”²³

La Sala II de Casación de la Capital Federal, en un supuesto en el que se había usado una tijera de uso escolar para perpetrar el atraco, desechó el agravante:

“Cabe señalar que lo que aquí se encuentra en discusión —el término arma— no se trata de un concepto empírico, sino normativo. [...] En el caso bajo análisis, la tijera utilizada en el hecho —a diferencia, por ejemplo, de los cuchillos, que son pasibles de ser encuadrados en la doble categoría de arma blanca y de utensilio destinado a comer— es, claramente, un objeto que se utiliza como un útil escolar, lo cual implica, en el razonamiento que aquí se sigue, que no se trata del arma al que hace referencia el tipo penal. Ciertamente, la utilización de la tijera [...] y en particular, su aplicación sobre el cuello del damnificado, implicó un aumento del poder ofensivo del agente, creó un peligro mayor para la víctima y menguó su capacidad de oposición o defensa. Esta circunstancia, empero, deberá ser valorada exclusivamente en el momento de la determinación de la pena, de acuerdo con lo establecido en el artículo 41, inciso 1º, del CP y no ya en la ade-

23. SCJBA, “T., G. s/ Robo”.

cuación del supuesto de hecho en el tipo penal del robo agravado por el uso de armas”.²⁴

Acerca de este laudo, sobre la calificación legal adoptada, es interesante esbozar que el Dr. juez Fernando Niño no estuvo de acuerdo con las deliberaciones tenidas en cuenta por la mayoría, y sostuvo:

“...el empleo de la tijera secuestrada y remitida a esta sede para su observación —la que cuenta con dos hojas metálicas de seis centímetros de largo— colocada en una zona vital del organismo como es el cuello, con su importante red sanguíneo-linfática en la que destacan la arteria carótida y la vena yugular externa, importó un mayor poder ofensivo para los atacantes y un peligro cierto para la integridad de la víctima, con lo que se anuló toda posibilidad de defensa para la víctima [...] de tal modo, es absolutamente razonable sostener —como lo hizo el Tribunal— que la tijera empleada en la emergencia pudo comprometer, severamente, la integridad física y aun la vida del afectado”.²⁵

III. ¿PERRO COMO ARMA IMPROPIA?

Una síntesis de los argumentos que se tienen en cuenta para apreciar ciertos elementos como armas impropias es la siguiente: poder ofensivo del instrumento utilizado eventualmente con ese fin; el peligro real que haya corrido la integridad física del sujeto pasivo; elemento que posea cierta capacidad vulnerante como medio de agresión; y la voluntad del sujeto que la utiliza cambiando su destino.

Aquellos que adhieren a esta tesis aplican en forma análoga el poder lesivo que las armas tienen sobre la vida o la integridad física de la persona a cualquier otro objeto que pueda, de una u otra forma, generar un efecto similar o sea utilizado con los mismos objetivos. Se aplica así de manera análoga un término a otro con características similares —pero no iguales— para agravar la pena en perjuicio del eventual imputado.

24. CNCCC, “Diviño, Miguel A.”, p. 6.

25. CNCCC, “Diviño, Miguel A.”, considerando I, párr. 7º y 8º, voto en disidencia del juez Niño.

Sobre lo que no hay reyerta entre las diferentes tesis es que, como primer momento, el arma debe tratarse de un objeto o instrumento, es decir, de una cosa. Teniendo en vista esta cuestión, afloran varios interrogantes: ¿es el animal una cosa? Si es cosa, ¿puede ser un arma impropia?

Hacernos estas interpelaciones en el presente colisiona con las tendencias actuales que admiten a los ANH (Animales No Humanos) como sujetos de derechos, atendiendo a sus subjetividades. Pero las cuestiones serían: ¿por qué nos permitimos hoy en día hacernos estas preguntas? ¿Cuáles son los elementos que nos permiten seguir esgrimiendo que los animales son cosas? Parte de las respuestas se hallan en nuestro discordante régimen jurídico.

Para poder ir dilucidando estos cuestionamientos, vamos a presentar cuáles son las posibilidades, desde el punto de vista normativo y jurisprudencial, que posee el juez o la jueza ante un caso concreto, como el que expondremos a continuación. Asimismo, más allá del “derecho”, hay que tener en cuenta el trato que le dispensamos a los ANH, y a cuáles en especial.

Sin embargo, y pese a la corriente jurisprudencial y doctrinaria vigente en la materia, cabe destacar, a mi entender debido a la temática que tratamos en este trabajo, un fallo reciente de la Cámara en lo Criminal y Correccional de Segunda Nominación de la Ciudad de Córdoba²⁶ constituida de manera unipersonal, donde se condenó a dos imputados a la pena de cinco años de prisión por considerarlos coautores del delito de robo calificado por el uso de arma impropia. En este sentido, la magistrada actuante valoró que la utilización de los perros de raza Rottweiler y Dogo Argentino por parte de los justiciables aumentó su potestad ofensiva y la fuerza intimidante sobre la víctima para lograr su fin delictivo.

La jueza Dra. Inés Lucero se valió de dos criterios para fundamentar de ese modo. Uno de carácter normativo y otro de carácter jurisprudencial. Con referencia al primero, tuvo en cuenta el estatus jurídico que se les reconoce a los animales en el derecho privado.

El Código de Vélez Sarsfield trataba a los animales como cosas. Cualquier tema relacionado en el ámbito civil debía regirse por la siguiente normativa:

26. CCC de 2ª Nom. de la CBA, “Amatto, Alberto Hernán y otros p.ss.aa. Robo, etc.”.

“Título I. De las cosas consideradas en sí mismas, o en relación con los derechos.

Artículo 2311. Se llaman cosas en este Código, los objetos materiales susceptibles de tener un valor.

Artículo 2318. Son cosas muebles las que puedan transportarse de un lugar a otro, sea moviéndose por sí mismas, sea que solo se muevan por una fuerza externa, con excepción de las que sean accesorias a los inmuebles.

Artículo 2343. Son susceptibles de apropiación privada: 1° Los peces de los mares interiores, mares territoriales, ríos y lagos navegables, guardándose los reglamentos sobre la pesca marítima o fluvial; 2° Los enjambres de abejas, si el propietario de ellos no los reclamare inmediatamente.

Título V. Del dominio de las cosas y de los modos de adquirirlo.

Capítulo I. De la apropiación.

Artículo 2527. Son susceptibles de apropiación por la ocupación, los animales de caza, los peces de los mares y ríos y de los lagos navegables; las cosas que se hallen en el fondo de los mares o ríos, como las conchas, corales, etcétera [...] los animales bravíos o salvajes y los domesticados que recuperen su antigua libertad”.

Con la sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, ¿cambió este estatus? Los animales heredaron los preceptos y continúan siendo emplazados en el ámbito de cosas muebles, más específicamente, semovientes, es decir, aquellas que se pueden trasladar de un lugar a otro por la voluntad de un tercero, de una fuerza externa o por la propia y, en consecuencia, sujetas al derecho real de dominio.

El texto en cuestión establece:

“Libro Cuarto: Derechos Reales. Título III: Dominio. Capítulo II. Modos especiales de adquisición del dominio. Sección 1ª: Apropiación.

Artículo 1947. Apropiación. El dominio de las cosas muebles no registrables sin dueño, se adquiere por apropiación.

a) Son susceptibles de apropiación: i) las cosas abandonadas; ii) los animales que son el objeto de la caza y de la pesca; iii) el agua pluvial que caiga en lugares públicos o corra por ellos.

b) No son susceptibles de apropiación: i) las cosas perdidas. Si la cosa es de algún valor, se presume que es perdida, excepto prueba en contrario; ii) los animales domésticos, aunque escapen e ingresen en inmueble ajeno; iii) los animales domesticados, mientras el dueño no desista de perseguirlos. Si emigran y se habitúan a vivir en otro inmueble, pertenecen al dueño de este, si no empleó artificios para atraerlos.

Artículo 1948. Caza. El animal salvaje o el domesticado que recupera su libertad natural, pertenece al cazador cuando lo toma o cae en su trampa. Mientras el cazador no desista de perseguir al animal que hirió tiene derecho a la presa, aunque otro la tome o caiga en su trampa. Pertenecen al dueño del inmueble el animal cazado en él sin su autorización expresa o tácita.

Artículo 1949. Pesca. Quien pesca en aguas de uso público, o está autorizado para pescar en otras aguas, adquiere el dominio de la especie acuática que captura o extrae de su medio natural.

Artículo 1950. Enjambres. El dueño de un enjambre puede seguirlo a través de inmuebles ajenos, pero debe indemnizar el daño que cause. Si no lo persigue o cesa en su intento, el enjambre pertenece a quien lo tome. Cuando se incorpora a otro enjambre, es del dueño de este”.

No cabe perder de vista que el artículo 1759 del CCC, al referirse al daño causado por animales, lo indica en la órbita de los daños causados por cosas peligrosas, concibiendo al dueño o guardián como sujeto responsable y, por ende, sometido a la atribución de la responsabilidad objetiva. Se concluye que no son eximentes la autorización administrativa para el uso de la cosa o la realización de la actividad, ni el cumplimiento de las técnicas de prevención.

No quedan dudas de que el animal sigue siendo tratado y conceptualizado como un mero objeto del derecho. ¿Incoherencia del legislador? ¿Utilitarismo humano?

El tribunal se valió de esta consideración, y lo plasmó del siguiente modo:

“En el caso concreto ambos perros, normativamente se corresponden con el concepto del artículo 227 del Código Civil, el cual estipula que son cosas muebles las que pueden desplazarse por sí mismas o por una fuerza externa, y conforme al artículo 1947 de

la misma normativa, los animales son susceptibles de estar bajo el dominio de una persona”.²⁷

Vemos que la jueza no hizo un juicio arbitrario, simplemente se basó en la legislación vigente —civil— que regula la temática, incluyendo a los perros dentro del concepto de cosas. Actualmente, nuestro derecho trata al animal doméstico como un simple objeto, y el más común de ellos, sometido al señorío de un individuo. ¿Conviene considerar a los animales no humanos como cosas para el servicio y uso del ser humano?

Dilucidada la primera cuestión para la jueza, se le allana el camino fértil, tendiente a percibirlos como un arma impropia. Aquí se vislumbra el segundo criterio, teniendo presente los precedentes jurisprudenciales. Este razonamiento lo deja cristalizado, cuando arguye:

“Cabe recordar que arma es todo objeto capaz de aumentar el poder ofensivo del hombre, tanto aquellos cuya propia estructura es suficiente para aumentar el poder ofensivo o defensivo de la persona que la utiliza, a los que se denomina armas propias, como los que circunstancialmente aumentan el poder de mención, debido al efectivo empleo —como medio violento— que se realiza en el ataque contra la propiedad, los que reciben el nombre de impropias [...]. Se ha afirmado que, para que el instrumento se convierta en arma impropia, si bien se exige objetivamente que posea cierta capacidad ofensiva, en definitiva es la voluntad del sujeto que la utiliza —como medio violento— lo que lo convierte en arma al cambiarle su destino [...] Con otras palabras, arma toma su carácter de tal, no tanto por la materia, sino por la forma y el uso a la cual se destina, siendo además necesario que el instrumento tenga una real aptitud ofensiva”.²⁸

Observemos, independientemente de las apreciaciones propias que podemos tener sobre los ANH, lo factible de conceptualizar a los perros como arma impropia. Queremos exhibir que el juez o la jueza, ante la presencia de un caso

27. CCC de 2ª Nom. de la CBA, “Amatto, Alberto Hernán”, segunda cuestión planteada, párr. 3º.

28. CCC de 2ª Nom. de la CBA, “Amatto, Alberto Hernán”, segunda cuestión planteada, párr. 1º y 2º.

con rasgos similares, fácilmente puede asumir esta postura. No planteamos un dilema moral ni de gustos personales, sino solamente indicar de dónde y cómo obtiene sus fundamentos y, a la postre, desarrolla su conclusión.

La temática a nivel nacional es novedosa. Pese a ello, en el ámbito internacional no lo es. En Estados Unidos, aunque no se aborda la discusión entre arma propia e impropia, a los fines de determinar si un instrumento no inherentemente mortal o peligroso (como podría ser un perro) asume estas características, un tribunal puede tener presente: a) el tamaño y la naturaleza del arma o instrumento, b) la forma en que se usó, poseyó o transportó, c) el tamaño y la fuerza de la parte que lo usa, d) la intención del usuario, e) la persona en la que se utilizó, f) el delito o delitos en cuya comisión se utilizó, y g) la capacidad del instrumento para infligir la muerte o lesiones corporales graves.²⁹

Pese a que un perro —ni otro animal— no es inherentemente un arma mortal, los tribunales han sostenido que, dependiendo de las circunstancias bajo las cuales se usa, un perro puede ser un arma mortal o peligrosa, un instrumento peligroso, o un arma ofensiva. Estas alusiones se han plasmado en la jurisprudencia americana a lo largo de varios años.

Un primer antecedente lo tenemos en la sentencia del Tribunal Judicial Supremo de Massachusetts,³⁰ en donde hace cuarenta y cinco años, concluyó que:

“...contrariamente a las afirmaciones del acusado, el estándar aplicado en este caso no depende de la percepción subjetiva de la víctima, sino que se basa en una evaluación del potencial del daño de la instrumentalidad, ya que podría haber parecido objetivamente a un individuo razonable [...] en resumen, el problema, donde está involucrado un objeto neutral, se centra en si la instrumentalidad bajo el control del perpetrador tiene la capacidad aparente de infligir daño, si la víctima lo percibió razonablemente y si el perpetrador por el uso de la instrumentalidad pretendía para provocar miedo con el fin de promover el robo”.

De este modo, decretó que un perro Pastor Alemán es un “arma peligrosa” por el modo en que fue utilizado y el daño que podía infligir.

29. KLETTER, “Dog as Deadly or Dangerous Weapon...”, p. 6.

30. Massachusetts Supreme Judicial Court, “Commonwealth v. Tarrant”.

La jurisprudencia estadounidense fue consecuente con ello, en vastos precedentes sucesivos. Citaremos algunos. Así, la Corte Suprema de New York³¹ sostuvo que el perro Pastor Alemán era un “instrumento peligroso” para los propósitos del estatuto de robo, pero no era un “arma peligrosa”.

La División de Apelaciones de New Jersey³² expresó:

“Estamos de acuerdo con el razonamiento de ese caso y afirmamos que el juez de primera instancia sostiene que, según los hechos actuales, el perro del menor (Pastor Alemán) era un arma ofensiva. También sostenemos que hay suficiente evidencia creíble en el registro para confirmar el hallazgo de que el menor cometió un asalto con esa arma. El juez determinó que dirigió ilegalmente la fuerza hacia otra persona en circunstancias que crearon un temor fundado de peligro inminente y que había una aparente habilidad para consumir el intento”.

En sentido similar, la Corte de Apelaciones de Georgia,³³ donde el apelante había instado y permitido a su perro a embestir, saltar y morder a la víctima a corta distancia:

“En el enjuiciamiento por asalto agravado, la evidencia fue suficiente para autorizar al juez de primera instancia a encontrar que las manos y los pies del acusado utilizados para golpear a la víctima y su uso del perro eran armas mortales”.

Por ende, afirmó que un perro Doberman Pinscher utilizado para atacar a otra persona era un “arma mortal”.

El Tribunal de Apelaciones de Michigan³⁴ dijo:

“En vista de las autoridades citadas de otras jurisdicciones y el hecho de que el estatuto de Michigan, como los estatutos citados en

31. New York Supreme Court, “People v. Torrez”.

32. New Jersey Appellate Division, “State in Interest of J.R.”.

33. Georgia Court Appeals, “Michael v. State”, considerando I.

34. Michigan Court Appeals, “People v. Kay”, considerando XIII.

las decisiones de Nueva Jersey y Nueva York, define ampliamente ‘arma peligrosa’ para incluir cualquier objeto que, cuando se usa, puede ser considerado peligroso, sostenemos que un perro puede ser un arma peligrosa”.

La Corte Suprema de Kansas:³⁵

“Se puede decir que un Doberman Pinscher no es un arma mortal *per se*, pero un objeto común usado de manera mortal es un arma mortal en el sentido de K.S.A. 21-3414. Aquí el acusado fue acusado en la alternativa bajo el estatuto anterior. La evidencia revela que los Doberman fueron utilizados de manera tal que se pudieran infligir grandes daños corporales. Esta fue una cuestión de hecho que el tribunal de primera instancia presentó adecuadamente al jurado [...] aquí, el acusado amenazó a los oficiales con los perros cuando entraron al patio. Más tarde, en la casa, cuando el oficial Hatcher intentó ponerle las esposas al acusado, hubo evidencia de que el acusado gritó dos veces a sus padres: ‘Dejen que los perros se suelten y lo atrapen’, los perros entonces atacaron, mordiendo al oficial Hatcher en la pantorrilla”.

Por último, la Corte de Apelaciones de California,³⁶ también estimó que un Doberman Pinscher es un “arma mortal” diciendo:

“Enfatizamos que si un perro en particular es un ‘arma o instrumento mortal’ dependerá de las circunstancias de cada caso. Algunos perros no están entrenados para atacar a personas y no lo harán cuando sus adiestradores se los aconsejen; algunos no están entrenados en absoluto. Sostenemos que, dependiendo de las circunstancias de cada caso, un perro entrenado para atacar a los humanos a la orden, o uno sin entrenamiento que siga esa orden, y que tenga el tamaño y la fuerza suficientes en relación con su víctima para causar la muerte o grandes lesiones corporales, puede considerarse un ‘arma o instrumento mortal’ en el sentido de la sección”.

35. Kansas Supreme Court, “State v. Bowers”, párrs. 5, 6 y 7.

36. California Court Appeals, “People v. Nealis”, considerando 2, inc. b.

La consideración normativa de los animales como cosas se extiende por otras ramas del derecho y, por ende, no escapa de su propio laberinto. ¿Son intencionadas? El derecho penal es afín a esta noción. Dentro del título “Delitos contra la Propiedad”, el Código Penal tipifica conductas dirigidas contra ANH, pero no desde la perspectiva de sus subjetividades, sino de nuestros intereses, en pos de la protección del derecho de propiedad.

El artículo 167 ter estipula el delito de robo de ganado (abigeato) y en el artículo 167 quater lo agrava si se dan las conductas típicas descriptas por el tipo básico de robo. El título donde están incluidos nos da la pauta de cuál es su estatus. Esta interpretación parte no solo de su ubicación sistemática, sino teniendo en cuenta el sentido común. ¿Se puede apoderar y desapoderar de algo que no es una cosa? ¿Los sujetos de derecho son susceptibles de estas conductas?

En consonancia con la sistematicidad del código, en el artículo 183, 1º párrafo, se estipula el delito de daños. Expresamente señala:

“Será reprimido con prisión de quince días a un año, el que destruyere, inutilizare, hiciere desaparecer o de cualquier modo dañare una cosa mueble o inmueble o un animal, total o parcialmente ajeno, siempre que el hecho no constituya otro delito más severamente penado”.

Acá pareciera ser que se les da una consideración distinta. A pesar de ello, observemos que el trato dispensado sigue siendo el mismo, es decir, el de simples cosas. Discernimos que los verbos que emplea el artículo no se condicen con una concepción jurídica de sujetos de derecho, o por lo menos, opuestos al de los objetos inanimados.

Cuando la doctrina analiza esta tipificación, concluyen que el sentido de la protección penal y el bien jurídico protegido es la cosa en sí misma; y concuerdan que es el delito que más se aproxima a esa noción de la idea civil de dominio.³⁷ El daño se produce cuando el agente atenta contra la cosa extinguiendo, menoscabando, disminuyendo o eliminando su valor.³⁸ Cuando hacen referencia al objeto del delito expresan que, son las cosas

37. CREUS & BUOMPADRE, *Derecho Penal: Parte Especial*, p. 626; SOLER, *Derecho Penal Argentino*, p. 542.

38. CREUS & BUOMPADRE, *Derecho Penal: Parte Especial*, p. 626; DONNA, *Derecho Penal: Parte Especial*, pp. 846-847.

muebles e inmuebles, incluyendo dentro de las primeras a los animales,³⁹ haciendo alusión al agregado de los animales como “sobreabundante”⁴⁰ o “no necesaria”.⁴¹ ¿No pudieron hacer el análisis a la luz de la Ley 14346?

Para que el delito quede configurado en su aspecto objetivo, las cosas deben ser ajenas, es decir, no deben ser del propio dueño, ni *res nullius*, pues el sujeto pasivo del tipo es el titular del patrimonio al que pertenece la cosa. ¿No tendría que ser el animal el sujeto pasivo si tenemos en cuenta la ley mencionada?

En cuanto a los modos de comisión, puede perpetrarse por acciones u omisiones comisivas, destruyendo, inutilizando, haciendo desaparecer o de cualquier otro modo que se dañe la cosa.⁴² Nótese algo curioso, se pone como ejemplo “dejar de dar de comer al animal”,⁴³ esta omisión ¿no cabría dentro del artículo 1º de la ley? Si tuvieran una consideración distinta al de los objetos, ¿sería lógico este análisis?, o cuando se hace referencia al verbo inutilizar se dice “quien, aun sin alterar su naturaleza o estructura, consigue que la cosa deje de ser apta para la función a que estaba destinada” y se cita como ejemplo “anular por medios químicos, la potencia generatriz de un semental”.⁴⁴ Percibimos que la misma doctrina no insinúa un régimen distinto, y hasta pone a los ANH como arquetipos de las acciones típicas. Estos ejemplos ¿no habría que analizarlos como actos de maltrato o crueldad?

Pero se dice que esas acciones deben tener como resultado la producción de un perjuicio para la cosa en sí, constituido por un detrimento de su materialidad o funcionalidad futura; las acciones que no produzcan ese detrimento o solo importen alteraciones pasajeras, no llegan a alcanzar la tipicidad y se cita, nuevamente, como modelo “inyectar al animal una sustancia que le produce molestias pasajeras”.⁴⁵

La ley le otorga subsidiariedad a la figura, debido a que la acción de dañar es una forma de llevar a cabo la comisión de otros ilícitos. De

39. CREUS & BUOMPADRE, *Derecho Penal: Parte Especial*, p. 627; DONNA, *Derecho Penal: Parte Especial*, p. 846.

40. DONNA, *Derecho Penal: Parte Especial*, p. 846.

41. SOLER, *Derecho Penal Argentino*, p. 542.

42. CREUS & BUOMPADRE, *Derecho Penal: Parte Especial*, p. 628; DONNA, *Derecho Penal: Parte Especial*, pp. 846-847.

43. CREUS & BUOMPADRE, *Derecho Penal: Parte Especial*, p. 628.

44. CREUS & BUOMPADRE, *Derecho Penal: Parte Especial*, p. 628.

45. CREUS & BUOMPADRE, *Derecho Penal: Parte Especial*, p. 628.

esto se desprende que la acción quedaría descartada, en todos los casos en que aquella fuera utilizada como medio para cometer otro delito, y este último sea “[...] más severamente penado”. Esto significa que, si se comete otro delito, la acción de dañar quedaría desplazada y, por lo tanto, subsumida en el delito fin. Aquí surge un inconveniente con la Ley 14346, debido a que la pena para los delitos tipificados en ella es de quince (15) días a un (1) año, al igual que la del daño. Aun así, la doctrina estima que deben concursarse idealmente.⁴⁶

Pero no es tan simple la cuestión, porque si el animal es tenido en cuenta como sujeto de derecho, no podría ser cosa, lo que determina la imposibilidad de concurso. Este desconcierto se debe al régimen normativo diferenciado que sancionó el legislador. Podemos sostener a ciencia cierta, que no se quiso hacer una distinción jurídica, ya que la “Ley de Maltrato Animal” fue sancionada en 1954, el Código Penal sufrió alrededor de más novecientas (900) modificaciones desde su sanción en 1921 y, el nuevo Código Civil y Comercial se aprobó en el año 2014.

El daño a un animal salvaje (*res nullius*) no configura el tipo penal, pero puede importar una infracción a la Ley 22421 de “Conservación de la Fauna Silvestre”. No obstante, si el autor observa los lineamientos que regulan la caza, puede perseguir, capturar, apropiarse de la presa, y hasta darle muerte, es decir, realizar diferentes tipos de acciones a fin de someterla bajo su propio poder.

La ley estipula que el delito consiste en “cazar animales de la fauna silvestre [...] sin la debida autorización”.⁴⁷ Vale decir que el tipo se integra con una conducta positiva (la actividad de caza) y una conducta negativa (no contar —el autor— con la debida autorización).⁴⁸

El artículo 15 de la Ley de Fauna define dicha actividad de la siguiente manera:

“A los efectos de esta ley, entiéndase por caza la acción ejercida por el hombre, mediante el uso de artes, armas y otros medios apropiados, persiguiendo o apresando ejemplares de la fauna silvestre con el fin

46. NÚÑEZ, *Tratado de Derecho Penal*, p. 536; CREUS & BUOMPADRE, *Derecho Penal: Parte Especial*, p. 629.

47. República Argentina, “Ley de Fauna”, art. 24.

48. BUOMPADRE, “Los Delitos contra la Fauna Silvestre: Ley 22.421”.

de someterlos bajo su dominio, apropiárselos como presa, capturándolos, dándoles muerte o facilitando estas acciones a terceros”.

Con otros términos, la caza debe seguir siendo entendida como tradicionalmente se ha entendido, esto es como “todo acto voluntariamente dirigido al apoderamiento del animal”.⁴⁹

Con todo, incesantemente nos topamos con vocablos que afirman la cosificación de los ANH.

Las humildes apreciaciones hechas precedentemente, demuestran que si el legislador hubiese querido diferenciar a las cosas de los ANH podría haberlo hecho, y no engendrar un conglomerado normativo disímil, incompatible, ambiguo y utilitarista, que profundiza aún más la problemática. A su vez, tiende a la arbitrariedad, en el ámbito de aplicación, ante casos concretos.

Otro universo posible, radicalmente diferente al anterior, sería tener en miras a los animales, única y exclusivamente, como sujetos de derecho. Esta alternativa arranca de raíz toda posibilidad de vislumbrar a los ANH como cosas y, obviamente, se elimina toda ocasión de concebir a los perros u otras especies como arma impropia.

¿Qué fundamentos jurídicos permiten sostener esta postura? Concretamente son dos:

El primero, parte de la Ley 14346 que convierte a los ANH, aunque de modo laxo, en algo diferente, al otorgarles el carácter de “víctima” ante actos de maltrato y de crueldad. Contradice, en algún punto, el régimen antes expuesto. No lo hizo expresamente, pero si hacemos un análisis de las conductas de las que pretende proteger al ANH advertimos que se conciben con la noción de sujeto de una manera implícita.

¿Qué es la crueldad?

“Inhumanidad, fiereza de ánimo, impiedad. Acción cruel e inhumana. Disposición para realizar un acto que causa sufrimiento a otros, y satisfacción y placer al realizarlo. El rasgo general de esta experiencia es el sentimiento de placer que acompaña la sensación de sufrimiento ajeno”.⁵⁰

49. BUOMPADRE, “Los Delitos contra la Fauna Silvestre: Ley 22.421”.

50. GOLDSTEIN, *Diccionario de Derecho Penal y Criminología*, p. 242.

Llanamente, nótese, que no se puede ser cruel con una cosa.

Alegamos que esta norma ilustra como objeto de tutela un bien jurídico pluriofensivo, debido a que protege varios bienes jurídicos o diferentes caras o facetas de un mismo bien; o explicitar que protege al animal, justipreciando heterogéneos bienes jurídicos que se asimilan de manera vasta con los nuestros. Afianza la valoración de su vida, su dignidad, su sintiencia, entre otras subjetividades. A fin de cuentas, para opinión de parte de la doctrina, ampara el derecho del propio animal de preservar su integridad física y psíquica.

Defiende esta posición en la Argentina el Dr. Eugenio R. Zaffaroni, quien entiende que el bien jurídico protegido en el delito de maltrato de animal “no es otro que el derecho del propio animal a no ser objeto de la crueldad humana, para lo cual es menester reconocerle el carácter de sujetos de derecho”.⁵¹

En España, abogan de esta manera, entre otros autores, Ríos Corbacho,⁵² que enuncia:

“Nos encontramos en un tránsito desde el antropocentrismo más exacerbado a un mayor animalcentrismo; en suma, ante un progresivo cambio del objeto jurídico de protección basado en un moderno concepto de reconocimiento de la capacidad de sufrimiento de los animales, muy similar al humano...”.

No puede vacilarse que los ANH son seres conscientes, que tienen vida propia con experiencias, que poseen capacidad de sentir, tanto dolor como placer, de sufrir, que cuentan con intereses propios, independientemente de su contribución al bien común y de si cuentan con capacidad para razonar. Por eso, por la razón de que son titulares de respeto y dignidad, y que todo lo sienten, deben ser protegidos contra padecimientos, agonías, dolores y usos, puesto que se encuentra demostrado que estas facultades no son exclusivas del ser humano.

El segundo fundamento es la postura jurisprudencial, originada en un caso paradigmático en la Argentina. Este surgió a raíz de la interposición de un *habeas corpus* en favor de una orangutana llamada Sandra, por

51. ZAFFARONI, *La Pachamama y el humano*, p. 54.

52. RÍOS CORBACHO, “Nuevos tiempos para el delito de...”, p. 28.

intermedio de la Asociación de Funcionarios y Abogados por los Derechos de los Animales (AFADA). La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala VI, lo rechazó argumentando:

“En tanto que a los efectos de la procedencia de la acción, los artículos 51 y 52 del Código Civil definen como persona a todo aquel con signos característicos de humanidad y con capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, por lo cual no puede encuadrarse en dicha categoría al animal y en consecuencia no corresponde dar curso a la acción deducida”.⁵³

Luego de obtener una respuesta desfavorable, frente su pretensión, la Asociación impugnó ante la Cámara Federal de Casación Penal; ante lo cual la Sala II, estableció, que la orangutana es sujeto de derecho con el siguiente fundamento:

“Que, a partir de una interpretación jurídica dinámica y no estática, menester es reconocerle al animal el carácter de sujeto de derechos, pues los sujetos no humanos (animales) son titulares de derechos, por lo que se impone su protección en el ámbito competencial correspondiente”.⁵⁴

El fuero Contencioso Administrativo, debido a la interposición de un recurso de amparo por la misma Asociación, también le reconoció estatus jurídico de sujeto de derecho a la orangutana. La jueza plantea como una de las cuestiones a dilucidar “si la orangutana Sandra posee derechos y si ello implica reconocerle el carácter de sujeto de derecho no humano”.⁵⁵

Para argumentar se vale del fallo, mencionado anteriormente, de la CFCP, que expresa:

“De conformidad con el precedente jurisprudencial mencionado, no se advierte impedimento jurídico alguno para concluir de igual manera en

53. CNACC, “Orangutana, Sandra s/ Habeas Corpus”, p. 1.

54. CFCP, “Orangutana Sandra s/ Recurso de Casación s/ Habeas Corpus”, considerando II.

55. JCATBA, “Asociación de Funcionarios y Abogados por...”, considerando I, párr. 1º.

este expediente, es decir, que la orangutana Sandra es una persona no humana, y por ende, sujeto de derechos y consecuentes obligaciones hacia ella por parte de las personas humanas”.⁵⁶

Y agrega:

“La correlativa tutela legal a ser ejercida en los tribunales frente a esa situación de mal trato es el animal o ‘persona no humana’[...] De todo lo expuesto, surge claramente que el interés jurídicamente protegido por la ley no es la propiedad de una persona humana o jurídica, sino los animales en sí mismos, quienes son titulares de la tutela que establece frente a ciertas conductas humanas [...] se trata reconocerle a Sandra sus propios derechos como parte de la obligación de respeto a la vida y de su dignidad de ‘ser sintiente’”.⁵⁷

Otro fallo conexo con esta postura, se dio en Mendoza, en la Ciudad de General San Martín; sentencia lo siguiente:

“Considero que la Ley 14346 de ‘malos tratos y actos de crueldad a los animales’ no protege el sentimiento de piedad o humanidad para con los animales, sino a los animales como ‘sujetos de derechos’, de modo que la conducta del imputado no ha recaído sobre un objeto o cosa, sino sobre un sujeto digno de protección. En este sentido, comparto la corriente de entendimiento que observa a los animales como seres vivientes susceptibles al sufrimiento [...] Por lo demás, no cabe desconocer el llamado jurisprudencial reciente y producción científica que atribuyen a determinadas especies de animales la condición de ‘personas no humanas’ en razón de presentar un cierto grado de raciocinio y características emocionales similares a la de los humanos, y como tales, dignos de la protección de los derechos básicos fundamentales, entre los que se debe contar el de no ser privados arbitrariamente de la vida, la libertad y, en lo que

56. JCATBA, “Asociación de Funcionarios y Abogados por...”, considerando II, párr. 1º.

57. JCATBA, “Asociación de Funcionarios y Abogados por...”, considerando II, párr. 1º y 2º, considerando III, párr. 1º.

aquí nos concierne, el derecho a no ser torturados ni maltratados. Sigo en este particular la prestigiosa jurisprudencia de la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal...”.⁵⁸

En el caso de la chimpancé “Cecilia”, se aludió:

“Clasificar a los animales como cosas no resulta un criterio acertado. La naturaleza intrínseca de las cosas es ser un objeto inanimado por contraposición a un ser viviente. La legislación civil subclasifica a los animales como semovientes, otorgándoles la única y destacada característica de que esa cosa (semoviente) se mueve por sí misma [...] resulta innegable que los grandes simios, entre los que se encuentra el chimpancé, son seres sintientes y, por ello, son sujetos de derecho no humanos [...] el chimpancé no es una cosa, no es un objeto del cual se puede disponer como se dispone de un automóvil o un inmueble. Los grandes simios son sujetos de derecho con capacidad de derecho e incapaces de hecho, en tanto, se encuentra ampliamente corroborado [...] que los chimpancés alcanzan la capacidad intelectual de un niño de 4 años [...] el interés jurídicamente protegido por la ley no es la propiedad de una persona humana o jurídica sino los animales en sí mismos, quienes son titulares de la tutela que establece frente a ciertas conductas humanas [...] no caben dudas entonces de que los animales maltratados no son cosas y que, por lo tanto, son los sujetos pasivos y víctimas de delito en cuestión [...] El bien jurídico protegido por la Ley N° 14346 de ‘Protección de los Animales’ ‘sería la preservación de la existencia y la conservación de la especie’ (Santiago Vismara, ob. cit., p. 254) y, por ello, cabe concluir que los animales son sujetos no humanos y titulares de derecho, ya que son seres vivientes susceptibles de sufrimiento que piensan y sienten al igual que los humanos, siendo nuestro deber protegerlos de todo tipo de maltrato”.⁵⁹

58. 1er J. Corr., “F., c/ Sieli Ricci, Mauricio Rafael p/ Maltrato y Crueldad Animal”, p. 10.

59. JG N° 3, “Presentación efectuada por AFADA respecto del...”, pp. 29, 30 y 32.

Estos fallos merecen, a mi entender, algunas acotaciones. En realidad, me permito hacer una serie de preguntas, que tal vez en la actualidad no tengan respuesta. Para resolver estos casos, se tuvieron presente características propias de los animales, semejanzas y/o similitudes con los humanos, su diferenciación con respecto a las cosas, normativa y doctrina acorde. Empero, ¿no es simplista expresar que los animales son sujetos de derecho? ¿Todos los animales deben serlo? Sería interesante saber cómo fallarían estos jueces si el *habeas corpus* o el amparo se dirigiera a una araña, una serpiente, una centolla u otra especie similar. ¿O acaso no son animales no humanos? Cuando se cometa el “hurto” o “robo” de un animal, ¿se apartarán de la tipificación? ¿Se considerará sujeto pasivo al animal y no al dueño de la “cosa”? ¿Dirán que no se puede hurtar, robar o dañar un sujeto? ¿Los tendrán verdaderamente en cuenta como sujetos de derechos no humanos?

IV. PALABRAS FINALES

No me permito desarrollar una conclusión con este trabajo. No porque no tenga una mirada propia sobre los ANH, sino porque actualmente hay varios inconvenientes que rodean la temática. Notamos la subsistencia de una asimetría muy grande, y a su vez, mucha disonancia dentro del órgano constitucional de creación de las leyes, como de los doctrinarios y los operadores jurídicos.

Con arreglo a la postura que adoptemos, y a las fuentes del derecho a las que echemos mano, podremos considerar a los ANH como cosas, y consecuentemente, dependiendo de la tesis que adoptemos, establecer que son armas impropias. O simplemente, decir que son sujetos no humanos, erradicando definitivamente, su estatus vigente.

La matriz del inconveniente se da desde la legislación misma. Un Código Civil y Comercial que sigue dándoles un estatus jurídico de cosas. Asimismo, los daños causados por ellos, están en la esfera de la responsabilidad objetiva. Seguidamente, está el derecho penal, que en el código sustantivo y en la Ley de Fauna, con algunos matices a su favor, les da el mismo estatus que el derecho civil. La contradicción e incoherencia, es palpable. Una ley de 1954 tiene en cuenta a los animales como seres dignos de protección, a su vez, se les reconoce ciertos “derechos”; mejor dicho, se resaltan ciertas características propias, orientadas con el fin de distinguirlos de los meros objetos. Entonces nos preguntamos: ¿son cosas

o son víctimas? ¿Una cosa puede ser víctima? Decididamente no puede serlo. No obstante, parece que se tienen en cuenta los intereses de los ANH de acuerdo con la utilidad que nos dispensan, más que a los suyos propios sopesando sus características en cuanto seres individuales.

¿Por qué es tan manifiesta la incongruencia del legislador? No cabe duda que en la ponderación de intereses, se inclina por la vaguedad de un estatus, por la sola razón del utilitarismo de los humanos conforme al uso que hacemos de los no humanos.

Este universo genera más confusión y más indeterminación en la temática. Si bien nosotros abordamos la hipótesis de poder incluir a los perros como arma impropia a los fines del agravante, aceptamos que hay posibilidades para todas las concepciones. Todo dependerá de la perspectiva subjetiva, teniendo en cuenta el trato que le dispensamos.

De lo que no nos queda ninguna duda es que, cualquiera sea el ámbito de regulación y la tesis jurisprudencial que queramos seguir, todo acto en donde se utilice un ANH, ya sea como medio, instrumento, objeto u otra manera debe ser entendido como un acto de maltrato o crueldad, sin importar las concepciones subjetivas propias de cada uno de nosotros. El riesgo cierto de secuelas psicológicas, sufrimiento, padecimiento, lesiones físicas, incluso de muerte del animal, es muy alto.

Aunque no se los quiera admitir como persona no humana, habría que diferenciarlos nítidamente de las cosas. Establecer un régimen jurídico propio sería una propuesta, pero creemos que, en la ponderación de intereses, prevalece el de los humanos debido a los beneficios que nos proporcionan muchas de las especies que nos rodean. Incluso, tenerlos como “mascota” nos da “derecho de uso y goce” sobre el animal.

¿Estamos realmente preparados para considerar a *todos* los animales como personas no humanas?

BIBLIOGRAFÍA

- BUOMPADRE, Jorge E., “Los delitos contra la fauna silvestre: Ley 22421”, en *Terragnijurista*, URL https://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/delitos_fauna.htm consultado 18/05/2020.
- California Court of Appeals, “People v. Nealis”, 11/04/1991, 232 CAL. APP. 3d SUPP. 1 283.
- Cámara en lo Criminal y Correccional, 2ª Nominación de la Ciudad de Cór-

- doba, “Amatto, Alberto Hernán y otros p.ss.aa. s/ robo, etc.”, 30/12/2019.
- , 4ª Nominación de la Ciudad de Córdoba, “Maujo, Eduardo G. y otro p.s.a. s/ robo calificado”, 15/05/2001.
- Cámara Federal de Casación Penal, Sala II, “Orangutana Sandra s/ Recurso de Casación s/ Habeas Corpus”, 18/12/2014.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala VI, “Orangutana Sandra s/ Habeas Corpus”, 14/11/2014.
- Cámara Nacional de Casación Criminal y Correccional de la Capital Federal, Sala II, “Diviño, Miguel A. y otros s/ Recurso de Casación”, 29/11/2016.
- , Sala II, “Rodríguez Yarza, Sydney Junior s/ Recurso de Casación”, 23/08/2016.
- Cámara Nacional de Casación Penal, Sala I, “Cordero Facundo N. s/ robo c/ armas”, 30/10/2015.
- , Sala II, “Castañeda Chávez, Keinyi A. s/ Recurso de Casación”, 18/11/2015.
- , Sala II, “Locuratolo María D. s/ Recurso de Casación”, 05/04/2000.
- , Sala III, “Silva, Natalia C. y otros s/ Robo c/ Armas en Tentativa”, 11/07/2016.
- , Sala IV, “Caldas Castillo, Víctor s/ Recurso de Casación”, 18/05/2009.
- Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional, Sala FERIA, “Wallace, Cristian G.”, 07/01/2005.
- , Sala I, “Álvarez, Mariano G.”, 07/05/2014.
- , Sala I, “Cortez, Jonathan E.”, 31/03/2005.
- , Sala IV, “F., M. E. s/ Procesamiento”, 14/06/2010.
- , Sala V, “Chambi Choque, Roberto”, 06/08/2004.
- , Sala V, “González, Norberto A.”, 26/06/1996.
- COLOMBO, Marcelo, “A las armas las carga el Diablo... ¿y a las bufandas quién? (a propósito del concepto de arma impropia)”, en *La Ley*, 2002-F, 32-LLC2003, 658 - Supl. Penal, 01/01/2002.
- CREUS, Carlos & BUOMPADRE, Jorge E., *Derecho penal: Parte Especial, Tomo I*, 7ª ed., Astrea, 2018, Buenos Aires.
- DONNA, Edgardo A., *Derecho Penal: Parte Especial, Tomo II-B*, 2ª ed., Rubinzal-Culzoni Editores, 2008, Santa Fe.
- KLETTER, Fern L., “Dog as Deadly or Dangerous Weapon for Purposes of Statutes Aggravating Offenses Such as Assault and Robbery”, en *WEST-LAW*, 124 American Law Report, 5th, 657, 2004.
- FIGARI, Rubén E., “El uso de armas de fuego en la figura del art. 166,

- inc. 2º del Código Penal”, en *Ruben Figari Derecho Penal*, URL <http://www.rubenfigari.com.ar/el-uso-de-armas-de-fuego-en-la-figura-del-art-166-inc-2o-del-codigo-penal/> consultado 19/05/2020.
- Georgia Court of Appeals, “Michael v. State”, 21/10/1981, 160 GA. APP. 48.
- GOLDSTEIN, Raúl, *Diccionario de Derecho Penal y Criminología*, 3ª ed., Astrea, 1993 Buenos Aires.
- Juzgado Contencioso Administrativo y Tributario de 1ª instancia de Ciudad de Buenos Aires, “Asociación de Funcionarios y Abogados por los Derechos de los Animales y otros c/ GCBA s/ Amparo”, 21/05/2015.
- Juzgado Correccional, 3ª Circunscripción de la Ciudad de General San Martín de Mendoza “F., C/ Sieli Ricci, Mauricio Rafael p/ Maltrato y Crueldad Animal”, 20/04/2015.
- Juzgado de Garantías N° 3 de Mendoza, “Presentación efectuada por AFA-DA respecto del Chimpancé ‘Cecilia’ - Sujeto no humano”, 03/11/2016.
- Juzgado de Garantías N° 8 de Lomas de Zamora, “Benítez, Mauro R. s/ Incidente de Excarcelación”, 28/02/2019, URL <http://www.pensamientopenal.com.ar/fallos/47460-violencia-genero-combustible-y-encendedor-armas-impropia> consultado 17/05/2020.
- Kansas Supreme Court, “State v. Bowers”, 13/06/1986, 239 KAN. 417.
- Massachusetts Supreme Judicial Court, “Commonwealth v. Tarrant”, 15/04/1975, 367 MASS. 411.
- Michigan Court of Appeals, “People v. Kay”, 17/11/1982, 121 MICH. APP. 438.
- New Jersey Appellate Division, “State in Interest of J.R.”, 25/01/1979, 165 N.J. SUPER 346.
- New York Supreme Court, “People v. Torrez”, 16/03/1976, 86 MISC. 2d 369.
- NÚÑEZ, Ricardo, *Tratado de Derecho Penal, Tomo IV*, 2ª ed., Lerner, 1967, Córdoba.
- República Argentina, “Ley de Fauna”, Ley 22.421 de Conservación de la Fauna Silvestre, 05/03/1981.
- RÍOS CORBACHO, José M., “Nuevos tiempos para el delito de maltrato de animales a la luz de la reforma del Código Español”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2016, N.º 18, artículo 17, URL <http://criminnet.ugr.es/recpc/18/recpc18-17.pdf> consultado 16/05/2020.
- SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino, Tomo IV*, 4ª ed., TEA, 1992, Buenos Aires.
- Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, “T., G. s/ Robo”, 10/12/1991.

Tribunal Oral en lo Criminal N° 1 de Necochea, “M., Juan Manuel s/ Robo Agravado”, 12/08/2005.

Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, Sala Penal, “Maujo, Eduardo G. y otro p. s. a. s/ Robo Calificado Recurso de Casación”, 05/07/2002.

Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, Sala Penal, “Olivera Maximiliano Ezequiel p. s. a. s/ Robo Calificado Recurso de Casación”, 17/04/2015.

ZAFFARONI, Eugenio R., *La Pachamama y el humano*, Colihue, 2011, Buenos Aires.

TRABAJOS DE CURSOS DEL C.P.O. ORIENTADOS A LA INVESTIGACIÓN

DESAPARICIONES DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES. LAS OBLIGACIONES DE INVESTIGAR, IDENTIFICAR Y RESTITUIR A LA LUZ DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS*

AGUSTÍN PÉREZ ALEDDA**

Resumen: Cuando un niño desaparece de su hogar, sus padres inmediatamente comienzan a buscarlo. Las razones pueden ser muy diferentes: fuga, extravío, secuestro o diversos delitos. Sin embargo, el accionar de las autoridades usualmente se ve demorado y las medidas que se toman resultan ser inadecuadas e insuficientes para dar con su paradero. El resultado son niños, niñas y adolescentes que a lo largo de los años continúan desaparecidos y sin poder reencontrarse con sus familias a causa de la incapacidad de Estado para investigar lo sucedido.

El presente trabajo se propone indagar en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos para encontrar una respuesta para la realidad de aquellos niños, niñas y adolescentes que desaparecen. Desde esta perspectiva buscaremos identificar cuáles son las obligaciones que los Estados tienen frente estas situaciones y los estándares en materia de investigación, identificación y restitución, de modo de tener criterios claros al momento de exigir su cumplimiento a las autoridades.

Palabras clave: desapariciones — obligaciones del estado — derechos humanos — niños, niñas y adolescentes

Abstract: When children go missing, their relatives immediately start looking for him. The reasons can be very different: runaway, stray, kidnap, or several crimes. However, the actions carried out by the authorities are usually delayed and the measures taken are inadequate and insufficient to find their whereabouts. As consequence, children and adolescents continue to disappear throughout the

* Recepción del original: 14/06/2020. Aceptación: 02/07/2020.

** Estudiante de Derecho, UBA.

years and are unable to be reunited with their families due to the State's inability to investigate what happened.

This work is intended to inquire into International Human Rights Law to find an answer to the reality of those children and adolescents who disappear. From this perspective, I will seek to identify the States' obligations in these situations and the standards regarding investigation, identification and restitution, in order to have clear criteria when demanding compliance from the authorities.

Keywords: disappearances — state obligations — human rights — children

I. PRESENTACIÓN

Con frecuencia, niños, niñas y adolescentes (NNA) faltan de sus casas y son buscados. Mientras la mayoría de ellos se reencuentran con sus familias, otros tantos no regresan a su hogar ni se vuelve a tener noticias de ellos. En estos casos, las acciones que el Estado usualmente toma terminan siendo insuficientes para encontrarlos. Incluso existen casos en los que son hallados ya sin vida y, debido a fallas en el accionar de las autoridades, sus cuerpos no son identificados y sus familias continúan en una búsqueda sin fin.

Este trabajo busca realizar un aporte para determinar cuáles son y qué alcance tienen las obligaciones de los Estados con respecto a la investigación de las desapariciones y la identificación de cuerpos y restos de NNA desde la perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, para que su efectivo cumplimiento les pueda ser exigido.

El presente texto se compone de tres partes. En la primera, realizaré un diagnóstico del fenómeno de las desapariciones de NNA para identificar sus causas y características. La segunda consistirá en analizar el marco jurídico de las desapariciones desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En la tercera y última sección, realizaré un estudio de lo manifestado por los organismos internacionales de protección en relación con las obligaciones que surgen para los Estados a raíz de las desapariciones, con el objetivo final de identificar los estándares de derecho internacional que les son aplicables.

Cabe destacar que al referirme a niños, niñas y adolescentes se deberá entender como todo ser humano menor de 18 años de edad, en conformidad con el Artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

II. CARACTERÍSTICAS DE LAS DESAPARICIONES DE NNA

No hay en el derecho internacional una definición jurídica de persona desaparecida. Sin embargo, se puede entender como aquella que se encuentra “en paradero desconocido para sus familiares...”¹ En cuanto a los NNA, su desaparición es un fenómeno que puede obedecer a multiplicidad de causas. Además de las características propias de la infancia y la adolescencia, por su condición de NNA se encuentran expuestos a una serie de peligros que ponen en riesgo la realización de sus derechos.

Para el presente trabajo, tomaré la clasificación utilizada por la Procuraduría de Trata y Explotación de Personas,² la cual es utilizada en el marco de la búsqueda de víctimas.

Hechos ilícitos: desapariciones no voluntarias (trata de personas, secuestros, homicidio, rapto sexual, desaparición forzada).

Hechos lícitos: desapariciones voluntarias (fuga del hogar, de una institución) y desapariciones no voluntarias (extravíos, accidentes).

Una primera división la podemos hacer entre aquellas desapariciones que son producto de un hecho lícito y las que lo son a partir de un hecho ilícito. Dentro de las desapariciones que no son consecuencia de un delito, podemos subdividir en aquellas voluntarias (fugas del hogar, de la institución) y no voluntarias (extravíos, accidentes). Por otro lado, las desapariciones por hechos ilícitos incluyen el rapto y los delitos sexuales en general, la privación de la libertad (contemplando las realizadas con participación o aquiescencia de funcionarios del Estado), el secuestro extorsivo y la trata de personas. La eventualidad de que la desaparición tenga como desenlace un homicidio siempre es posible, viéndose prolongada en caso de no hallar el cuerpo de la víctima.

Puede realizarse una distinción entre las desapariciones cuya causa se conoce desde el primer momento, y aquellos casos en los que se ignora o solo se tienen pistas poco claras y no concluyentes. En general, resulta fácil para los agentes policiales decidir cómo responder e investigar casos en los que se tienen indicios fuertes sobre lo que sucedió: un secuestro en el que hubo testigos, un adolescente que huyó de su hogar llevándose un bolso y dejando una nota o la desaparición de un niño o una niña muy pequeño,

1. Comité Internacional de la Cruz Roja, *Manual de Implementación del Derecho...*, p. 176.

2. PROTEX y ACCT, “Búsquedas en democracia. Diagnóstico sobre la...”, pp. 9-10.

entre otros casos, pueden llevar a tener una idea bastante cercana a lo que pudo ocurrir y activar rápidamente la acción policial. Cuando no resulta tan evidente, la evaluación sobre el riesgo que conlleva la desaparición puede generar demoras y serios peligros. Cuando simplemente se desaparece, sin indicadores confiables de que la desaparición fuese voluntaria o involuntaria, cuando no existen testigos que aporten información, ni hay una escena clara del crimen, o pistas de lo que sucedió, es muy posible que en un primer momento no se pueda distinguir un secuestro de la huida del hogar.³

Gran parte de las desapariciones son consecuencia de la huida del hogar por problemas familiares, situaciones de violencia o abuso, de las que el NNA busca huir. Al ser una hipótesis que se comprueba con frecuencia, se genera que la investigación comience condicionada desde el principio, al existir un sesgo marcado y dirigido a calificar las desapariciones como huidas. En simultáneo, al momento de realizar la denuncia, los familiares y allegados suelen aproximarse a la policía con una idea ya formada sobre la desaparición de su hijo, la cual puede estar fundada o no, estar basada en prejuicios y hasta incluir el ocultamiento de información que resulta sensible para la familia. La importancia de esta cuestión radica en que una clasificación que se realiza *a priori*, sobre la base de pruebas insuficientes, preconcepciones y estereotipos, tiene consecuencias para la manera en que se va a llevar adelante la investigación y pone en riesgo la búsqueda con éxito del NNA. Debe tenerse en cuenta para evitar el consecuente peligro que conlleve para sus derechos.

Es una opinión generalizada el hecho de que los NNA víctimas de desapariciones por hechos ilícitos

“Enfrentan el mayor riesgo durante las primeras horas luego de su desaparición, [...por eso] el efectivo entrenamiento de tanto los agentes que dan la primera respuesta y los que luego investigarán, resulta crítico para la resolución del caso y, más importante, la supervivencia de la víctima”.⁴

Es importante dar la respuesta necesaria de manera individualizada, a cada caso por separado. Realizar una evaluación de lo ocurrido al NNA

3. PATTERSON LUDWIG, “When Older Children Disappear: Do Investigative...”, p. 83.

4. PATTERSON LUDWIG, “When Older Children Disappear: Do Investigative...”, p. 91.

desaparecido y del riesgo asociado con su desaparición es una tarea subjetiva y puede resultar influenciada por la forma de pensar del investigador.⁵ Concepciones basadas en estereotipos de género o normas sociales sobre la niñez que perpetúan situaciones de violencia y abuso tienen que ser desechadas para dar la respuesta más efectiva y protectora de sus derechos.

Que desaparezca un niño o niña no es lo mismo que lo haga una persona adulta. Por lo dificultoso que puede ser identificar entre una causa o la otra, se requiere que el accionar de las autoridades sea rápido y este comprometido con la aparición del NNA para protegerlo de la probable vulneración de sus derechos, incluyendo las más graves hipótesis. El presente análisis nos permite afirmar que, aunque las causas sean diversas, todas las desapariciones merecen la respuesta del Estado.

II.A. Desapariciones en la Argentina

En nuestro país, en respuesta a la cantidad de casos de desapariciones que se registran y con la intención de coordinar esfuerzos, se creó el Sistema Federal de Búsqueda de Personas Desaparecidas y Extraviadas (SIFEBU), dentro del Ministerio de Seguridad Nacional. Según datos de ese organismo,⁶ desde fines de 2016 y la primera mitad del 2018, se registró un total de 21.613 personas desaparecidas, y la mitad de ellas, 10.590, se trataba de menores de 18 años. A su vez, del total de desaparecidos, solo el 50% de las personas habían sido halladas al momento del informe (mayo 2018). De los registrados por el SIFEBU, 7.672 casos fueron de personas NN, sin identificación. Por otro lado, desde enero de 2015 se logró identificar a 1.462 personas que habían sido encontradas sin vida, información que no está desagregada por edad y por lo tanto no podemos saber cuántas de aquellas personas encontradas sin vida eran NNA.

En paralelo, y en la órbita del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, se encuentra el Registro Nacional de Información de Personas Menores Extraviadas (RNIPME). De los informes de gestión, se puede extraer que, de un total de 7.804 ingresos de casos, continuaban en la búsqueda de paradero 3.089 NNA (1.167 del 2016, 1.154 del 2017 y 768

5. HEDGES, "Comprensión y gestión del riesgo en...", p. 20.

6. Ministerio de Seguridad, "Informe SIFEBU", p. 4.

del 2018).⁷ Sobre la edad que registraban al momento de ser denunciados desaparecidos, 713 NNA tenían entre 0 a 5 años, 871 tenían aproximadamente 12 años, 5.574 entre 13 a 17 años. De los restantes 647, no se tiene datos de edad. Surge claramente que la gran mayoría de las desapariciones de personas menores de 18 años se trata de casos de adolescentes.

Por último, y con respecto al hallazgo de cuerpos de niños, niñas y adolescentes, el Ministerio Público Fiscal,⁸ informa que, en el Registro Nacional de las Personas, entre 1979 y 2014, se registraron avisos de fallecimiento de NN (con identidad desconocida) de 222 personas de entre 0 y 17 años. A su vez, se recibieron también 613 casos en los que la determinación del rango de edad resulta vaga y se los incluyó en una categoría de mayores de 16 años. Esto último está relacionado con el hecho de que es fácilmente determinable la edad o rango de edad de una persona por debajo de los 16 años. Sin embargo, a partir de esa edad, se entra en una zona gris en la que no se puede determinar certeramente si se trata del cuerpo de un menor o de un mayor de edad.

Para dimensionar estas cifras es ilustrativo el caso de Mariela Tasar, una adolescente de 14 años que desapareció en 2002 de la puerta de su casa en la Provincia de Buenos Aires. Inmediatamente sus padres realizaron la denuncia ante la comisaría de la zona y la primera respuesta que obtuvieron fue que “capaz se había ido con un noviecito”. La causa se archivó a las dos semanas. Durante más de quince años su familia la estuvo buscando y gracias a su lucha se logró que la investigación se reabriera en 2015. En ese momento fue la primera vez que se tomaron medidas tan básicas como el pedido de informes a todos los cementerios y las morgues de la zona.⁹

Un posible cuerpo NN se pudo ubicar en el cementerio local, pero tardó más de dos años hasta ser cotejado con las huellas dactilares del DNI de Mariela. Finalmente resultó que era ella y se pudo determinar que había sufrido un accidente en la estación de trenes a pocas cuadras de su casa, casi una hora después de su desaparición. Quince años después, su familia recibió apenas un fragmento muy pequeño del esqueleto de su hija.¹⁰

7. RNIPME, Informes de Gestión 2016, 2017 y 2018.

8. PROTEX y ACCT, “Búsquedas de personas en democracia...”, pp. 18-19.

9. Perfil, “La buscaban hace 15 años y estaba enterrada cerca de su casa”, 12/10/2017; Página 12, “La desaparición de Mariela Tasar”, 28/07/2019.

10. Clarín, “Búsqueda eterna: hijas llevan años desaparecidas”, 07/10/2017.

Más de 3.000 chicos y chicas desaparecidos no son solo una cifra. Que en nuestro país el 50% de las desapariciones sigan sin esclarecerse nos deja dimensionar un fenómeno que impresiona por la incapacidad de las autoridades estatales para investigar seriamente la desaparición de NNA. La contracara de esta realidad es la tragedia de aquellas familias que buscan a sus hijos sin descanso y, por otro lado, el destino de aquellos cuerpos sin vida de niños que esperan reencontrarse con sus familias, pero que tardan años o jamás son identificados.

Intuitivamente surge la injusticia de esta situación y la seguridad de que alguna obligación que el Estado está incumpliendo debe existir para situaciones como la de Mariela Tasat y de todos aquellos NNA que continúan desaparecidos. Las siguientes secciones se ocuparán de responder a esta interrogante desde la perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

III. DERECHOS HUMANOS DE LOS NNA

Para abordar el análisis de las desapariciones desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, es necesario comenzar desde el cambio de paradigma que se ha producido con respecto a la situación jurídica de los NNA: de considerarlos objetos de tutela (seres incompletos necesitados de protección) se avanzó hacia una concepción de la niñez como sujetos de derecho, es decir, titulares de los derechos que le son inalienables e inherentes a toda persona humana. Puntos de inflexión fueron la Convención sobre los Derechos del Niño¹¹ de 1989 y la Opinión Consultiva N° 17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, en el año 2002.

Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), es el instrumento con mayor número de ratificaciones a nivel universal: 196 países, todos los miembros de las Naciones Unidas excepto por Estados Unidos. Los cuatro principios rectores plasmados en la CDN son el interés superior del niño (artículo 3.1), la participación y respeto a sus opiniones (artículo 12), el principio de no discriminación (artículo 2) y el de respeto a la vida, la supervivencia y el desarrollo (artículo 6).

11. Convención sobre los Derechos del Niño, 20/11/1998.

Si bien la CDN no reconoce nuevos derechos a los NNA (tienen los mismos derechos que todas las personas), son numerosas las disposiciones relativas a las obligaciones de los Estados sobre su protección. Debido a la especial etapa de desarrollo en la que se encuentran, su vulnerabilidad aumenta y sus derechos pueden verse especialmente violados. Entre algunos ejemplos, se incorpora la protección contra el secuestro por parte de los padres (artículo 11); de la protección contra toda clase de violencia (artículo 19); del trabajo infantil (artículo 32); de la explotación sexual (artículo 34); del secuestro, venta y trata (artículo 35); u otras formas de explotación (artículo 36); el caso de los niños privados de su ambiente familiar (artículo 20); de los niños refugiados (artículo 22); de los niños de minorías o grupos indígenas (artículo 30); o de los niños víctimas de abandono, abusos o explotación (artículo 39). Varias de estas situaciones pueden coincidir con desapariciones de NNA y hasta suceder simultáneamente: secuestros con fines de explotación, niños víctima de abandono, violencia.

El artículo 43.1 de la CDN crea el Comité de los Derechos del Niño (en adelante, el Comité) y le otorga la misión de evaluar y hacer recomendaciones de los informes periódicos que presentan los Estados parte, así como también elaborar observaciones generales que sirvan como guía de interpretación de los derechos enunciados en el tratado. A su vez, la reciente aprobación en 2011 del tercer Protocolo Facultativo de la Convención, abrió la puerta a la presentación de comunicaciones por parte de individuos ante el Comité. Las recomendaciones que este organismo realiza a los Estados fijan los estándares internacionales de derechos humanos en la materia.

En el ámbito regional, la Convención Americana de Derechos Humanos incorpora en su artículo 19 un tratamiento especial en el que reconoce a todo NNA el “derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”. Para fijar el contenido y los alcances de esta norma general, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) estableció que la Convención Americana y la CDN forman parte de un *corpus juris* internacional de protección de los derechos de las personas menores de 18 años de edad.¹² Ello significa que existe una conexión sustantiva entre ambas normas, que obliga a su aplicación conjunta. Cabe desatacar que la existencia de un *corpus juris* no solo incluye el texto de la CDN, sino

12. Corte IDH, “Caso Niños de la Calle”, párr. 194; Opinión Consultiva N° 17, párrs. 24-25.

también las decisiones adoptadas por el Comité de los Derechos del Niño en cumplimiento de su mandato.¹³

Para analizar jurídicamente las desapariciones de NNA, analizaremos tanto observaciones e informes del Comité como así también sentencias y opiniones de la Corte IDH e informes temáticos y por país de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

III.A. Los NNA como grupo en situación de vulnerabilidad

Se identifica a los NNA como un grupo específico y diferenciado ya que se los considera un “grupo en situación de vulnerabilidad”. Este concepto engloba a aquellos sectores de la población o grupos de personas que, por razones inherentes a su identidad o condición y por acción u omisión de los organismos del Estado, ven obstaculizados el goce y ejercicio de sus derechos y la satisfacción de sus necesidades específicas.

Esto está relacionado estrechamente con el concepto de igualdad material o estructural presente en el desarrollo del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

“[...] se parte del reconocimiento de que ciertos sectores de la población están en desventaja en el ejercicio de sus derechos por obstáculos legales o fácticos y requieren, por consiguiente, la adopción de medidas especiales de equiparación”.¹⁴

En el caso de los NNA, la desventaja en el ejercicio de sus derechos se da en la vulnerabilidad inherente a la etapa de desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social en la que se encuentran. Pero a su vez, esta situación puede verse agravada a partir de situaciones particulares que propician una mayor exposición y riesgo de afectación de sus derechos.¹⁵

Algunas de estas situaciones especiales de vulnerabilidad agravada fueron reconocidas por el Comité de los Derechos del Niño en diversas Observaciones Generales. Así es el caso de NNA en situación de calle, a

13. CIDH, “Informe sobre el Castigo Corporal”, párr. 21.

14. ABRAMOVICH, “De las violaciones masivas a los...”, p. 21.

15. IBÁÑEZ RIVAS, “Los Derechos de los niños, niñas...”, p. 28.

los que el Comité reconoce que, además de estar en riesgo de ser víctimas de diversos delitos, se encuentran expuestos:

“[...] a condiciones que pueden hacer peligrar la vida, relacionadas con formas peligrosas de trabajo infantil, accidentes de tráfico, explotación sexual [...] y la muerte debido a la falta de acceso a una nutrición, atención de la salud y vivienda adecuadas”.¹⁶

Todas estas son situaciones que vulneran gravemente los derechos a la vida, la supervivencia y el desarrollo. El Comité realizó un diagnóstico similar sobre los peligros a los que están expuestos los NNA en procesos migratorios y cuando se encuentran no acompañados fuera de su país de origen.¹⁷

Con relación a los NNA de comunidades indígenas, el Comité destaca que “aquellos cuyo nacimiento no se ha inscripto, son especialmente vulnerables”.¹⁸ El registro del nacimiento puede describirse como “uno de los eventos más importantes en la vida de un niño” y “es reconocido por las normas internacionales como un derecho humano fundamental”.¹⁹ El artículo 7.1 de la Convención establece que “el niño debe ser registrado inmediatamente después de su nacimiento...” y en virtud de esta disposición, el Comité insta a los Estados a registrar los nacimientos de NNA y promover inscripciones tardías.

La falta de registro de los nacimientos no es solo un problema de las comunidades indígenas, lo es también de las poblaciones rurales y de los sectores de más bajos ingresos. Además de ser el reconocimiento de la personalidad legal y de la condición de ciudadano, no haber sido registrado dificulta la tarea de búsqueda e identificación de los NNA desaparecidos. La importancia de los registros nacionales en este proceso es crucial ya que el cotejo de huellas digitales, como expondré más adelante, es el principal método utilizado para la identificación de personas.

Los niños, niñas y adolescentes son las principales víctimas de la violencia en el hemisferio, según identificó la Comisión Interamericana.²⁰ Se

16. CDN, Observación General N° 21, p. 12.

17. CDN, Observación General N° 23; Observación General N° 6.

18. CDN, Observación General N° 11, p. 17.

19. TODRES, “Birth Registration: An Essential First Step...”, pp. 32 y 35.

20. CIDH, Informe sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos, pp. 36-37.

encuentran especialmente vulnerables a actividades como la producción, la distribución y el tráfico o venta de drogas y estupefacientes ilegales; la trata y explotación sexual en diversas modalidades, entre ellas el turismo sexual, la pornografía infantil y la prostitución; la trata con fines de explotación laboral; y, el tráfico de migrantes asociado con las situaciones de abuso y violencia ejercidas por los traficantes.²¹ A su vez, hace mención del fenómeno de los secuestros en nuestra región y expresa su preocupación sobre “la impunidad en la que quedan muchos de los delitos de secuestro y el efecto que ello tiene en la continuación del fenómeno”.²²

También aborda la situación de los NNA que huyen de su hogar, afirmando que corren el peligro de “terminar en condiciones de extrema precariedad y vulnerabilidad, en situación de calle, en instituciones residenciales y, en general, enfrentando mayores riesgos de ser abusados y explotados, de ser captados y utilizados por grupos u organizaciones criminales...”,²³ y que “...esta situación los expone a otras formas de violencia y vulneración a sus derechos”.²⁴

La siguiente reflexión de la Comisión resulta ilustrativa de lo expuesto hasta aquí:

“La desaparición de un niño sitúa a este en una situación de extrema vulnerabilidad pues lo separa de la protección habitual que recibe de las personas adultas que lo tienen a su cuidado y de las instituciones del Estado, y lo expone a posibles formas de violencia, abuso, explotación e incluso a la privación de su vida”.²⁵

La situación de vulnerabilidad inherente y propia de la condición de NNA se ve agravada por todo lo que conlleva el hecho de estar desaparecido: alejados de su hogar y viéndose obligados a encontrar medios para subsistir, con el riesgo que eso implica. Es claro que la desaparición producida por un hecho ilícito ya configuraría una violación de sus derechos. Pero también lo puede ser en los casos de fuga del hogar o extravío y no es excusa ni argumento para no dar respuesta por parte del

21. CIDH, Violencia, niñez y crimen organizado, p. 39.

22. CIDH, Violencia, niñez y crimen organizado, p. 146.

23. CIDH, Violencia, niñez y crimen organizado, p. 65.

24. CIDH, Violencia, niñez y crimen organizado, p. 95.

25. CIDH, Violencia, niñez y crimen organizado, p. 140.

Estado. Siguiendo la óptica de los organismos mencionados, son conocidos los peligros a los que NNA desaparecidos resultan expuestos. Por eso mismo, debemos entenderlos como personas, sujetos de derechos, en una situación de vulnerabilidad agravada y que precisan de la protección específica del Estado.

III.B. Medidas especiales de protección

Siendo uno de los principios rectores la prevalencia del interés superior del niño, el preámbulo de la CDN establece que este requiere “cuidados especiales”, y el artículo 19 de la Convención Americana señala que debe recibir “medidas especiales de protección”. Así también es interpretado por la Corte como un derecho adicional y complementario que obliga a los Estados a adoptar medidas de protección.²⁶

En la opinión del juez Cançado Trindade,²⁷ el artículo 19 de la Convención reviste una dimensión más amplia que la de artículo 1.1 de respetar y hacer respetar los derechos, ya que protege a los NNA también en las relaciones interindividuales. De este modo, la responsabilidad del Estado puede verse comprometida por actos de particulares que actúan con su colaboración, aquiescencia o gracias a sus omisiones; por las fallas en el proceso de esclarecimiento de la violación; o por falta de la debida diligencia para prevenir la violación.²⁸

Esta visión es especialmente importante cuando hablamos de las desapariciones de las que nos ocupamos. No son producto del accionar de agentes estatales, no hablamos de desapariciones forzadas, pero sí se ve comprometido el Estado cuando no actúa correctamente en la búsqueda del paradero y el esclarecimiento de lo sucedido. La cuestión estará entonces en diferenciar cuando es que los Estados actúan correctamente y cuando, por sus fallas y omisiones, ven comprometida su responsabilidad internacional.

26. Corte IDH, “Caso Instituto de Reeducción del Menor...”, considerando 147.

27. Corte IDH, Opinión Consultiva N° 17, p. 111.

28. CIDH, Informe sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos, p. 61.

IV. DEBERES QUE EMANAN DE LA DESAPARICIÓN DE UN NNA

La tarea central resulta identificar cuáles son las obligaciones que tienen los Estados frente a las desapariciones de NNA. En primer lugar, la Convención Americana establece la obligación genérica de respetar y garantizar los derechos allí enunciados. Mientras la obligación de respetar hace referencia al proceder del Estado y sus agentes en cuanto no deben, mediante acciones positivas u omisiones, violar los derechos de la Convención; la obligación de garantizar “supone el deber de impedir o hacer todo lo racionalmente posible para impedir que se violen los derechos humanos de las personas sometidas a la jurisdicción del Estado por parte de cualquier persona, pública o privada, individual o colectiva, física o jurídica”.²⁹ De esta obligación de garantía se derivan una serie de obligaciones específicas de adoptar medidas o formas de cumplimiento: prevenir, investigar, sancionar y reparar.

En el caso de violaciones que no son imputables directamente al Estado o a sus agentes, los deberes de adoptar medidas de prevención y protección de los particulares en sus relaciones entre sí se encuentran condicionados al conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato y a las posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo.³⁰ Como mencionamos en los apartados anteriores, un NNA desaparecido está en situación de vulnerabilidad agravada y expuesto a posibles formas de violencia, abuso, explotación e incluso a la privación de su vida. Suficiente condición para activar la protección del Estado.

Ya sea por la denuncia de sus familiares o por medio de información obtenida sobre lo sucedido, frente al conocimiento por parte del Estado de la situación de que un NNA se encuentra desaparecido, la principal obligación que emerge para el Estado es la de investigar, es decir, buscarlo, averiguar su paradero; y, en el caso de haber sido víctima de un hecho ilícito o ver vulnerados sus derechos, la determinación de los culpables y la debida reparación. Una posibilidad es que la búsqueda termine con un desenlace fatal, el hallazgo del NNA sin vida. Ante tal gravedad, es aún más importante la búsqueda de los responsables. En paralelo, el hallazgo del cuerpo genera el deber de identificar a la persona e investigar qué es lo

29. GROSS ESPIELL, *La Convención Americana y la Convención...*, pp. 65-66.

30. Corte IDH, “Caso Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia”, considerando 123.

que sucedió, y a su vez, el deber de restituir el cuerpo a sus familiares para que puedan realizar el duelo según sus propias costumbres.

En esta sección, intentaré desentrañar lo mencionado por los organismos internacionales de protección de la niñez en cuanto a las obligaciones internacionales frente a desapariciones para encontrar estándares que sean trasladables a los Estados y su cumplimiento les pueda ser exigido.

IV.A. Obligación de investigar

En cuanto al deber de investigar, la Corte construyó un estándar en Velásquez Rodríguez³¹ que fue reiterado en sucesivos casos posteriores: la investigación es un deber jurídico propio que debe realizarse con seriedad y no como una simple formalidad. Cuando las autoridades toman conocimiento de la violación de un derecho garantizado en la Convención Americana, “deben de iniciar *ex officio* y sin dilación, una investigación seria, imparcial y efectiva”.³²

Resulta escasa la jurisprudencia de la Corte en materia de desapariciones de NNA que no sean desapariciones forzadas, por acción o aquiescencia de agentes del Estado, principalmente por la historia de las graves violaciones de los derechos humanos que atravesó nuestra región. En este contexto, en el Caso Rochac Hernández la Corte entendió que la obligación de investigar se veía reforzada por la razón de que las víctimas eran niños y niñas al momento de los hechos, y el Estado tenía el deber de asegurar que fueran encontradas a la mayor brevedad.³³

En la producción de informes del Comité de los Derechos del Niño, se puede rescatar lo dicho sobre las investigaciones por violaciones a los derechos de NNA en cuanto a que deben ser prontas, imparciales y exhaustivas, con los suficientes recursos humanos y financieros y la debida capacidad técnica de la policía y el Poder Judicial. Asimismo, es enfática al recomendar el establecimiento de mecanismos de alerta temprana y mecanismos de búsqueda adaptados a las particularidades de los casos de NNA.

Es la Comisión Interamericana, en su informe sobre Violencia, niñez y crimen organizado, la que pone la atención sobre la gravedad y seriedad

31. Corte IDH, “Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras”.

32. Corte IDH, “Caso Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia”, considerando 146; “Caso Masacre de Mapiripán Vs. Colombia”, considerando 219; “Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Suriname”, considerando 145.

33. Corte IDH, “Caso Rochac Hernández y otros Vs. El Salvador”, considerando 139.

de todas las desapariciones de niños, sosteniendo que debe motivar una acción inmediata de las autoridades públicas para investigar y determinar el paradero.³⁴ Es importante el aporte que realiza al determinar los elementos que hacen que una investigación sea “llevada a cabo sin dilación, seria e imparcial” para el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

A mi criterio, las características que se establecen para las investigaciones se pueden resumir de la siguiente manera:

- Prontitud o inmediatez: la agilidad en la investigación y la búsqueda en las horas iniciales y en los primeros días es crucial para la recuperación del NNA desaparecido.³⁵
- Imparcialidad: que las autoridades investigadoras dispongan de las garantías suficientes para desarrollar su labor de forma independiente y establecidas por ley. En mi criterio, esta independencia debería garantizarse tanto de la influencia de poderes del Estado como de la que grupos del crimen organizado son capaces de ejercer.³⁶
- Rigurosidad y confiabilidad: con protocolos y elementos para el tratamiento y la preservación de la escena del crimen, así como para conservar, clasificar y transferir adecuadamente las pruebas, de manera que no se pierdan, vicien o resulten insuficientes.³⁷

De este modo podemos ir delimitando o llenando de contenido el significado de la obligación de investigar: deben llevarse a cabo en los primeros días y horas (sin dilación), con criterios de rigurosidad (serias) y deben ser provistas garantías de independencia (imparciales). Pero aún faltaría definir que significa que una investigación sea efectiva. Siguiendo un criterio terminológico, la efectividad radica en que la investigación debe consistir fundamentalmente en acciones que tiendan a producir el efecto esperado: la aparición con vida del NNA buscado, o de haber fallecido, el hallazgo de su cuerpo.

Según la jurisprudencia de la Corte, el Estado tiene que “investigar seriamente con los medios a su alcance”.³⁸ El punto es que tales medios deben ser los adecuados y no otros que produzca la apariencia de una investigación, pero en definitiva solo se está cumpliendo como una “mera

34. CIDH, Violencia, niñez y crimen organizado, p. 141.

35. CIDH, Violencia, niñez y crimen organizado, p. 141.

36. CIDH, Violencia, niñez y crimen organizado, p. 171.

37. CIDH, Violencia, niñez y crimen organizado, p. 171.

38. Corte IDH, “Caso Velázquez Rodríguez Vs. Honduras”, considerando 174.

formalidad”. La noción de efectividad en las investigaciones se completa con aquellos medios que resultan los adecuados para cumplir el objetivo.

Del análisis y la recopilación de recomendaciones que los organismos internacionales han hecho con relación a nuestro tema, a continuación, presento algunas medidas que según el criterio de estos son efectivas en la investigación de desapariciones de NNA:

- Generar bases de datos digitalizadas, en particular en los ámbitos de la dactilografía, del ADN, y registros de balística susceptibles de ser compartidos entre las autoridades.³⁹
- Crear bancos genéticos: un sistema de información genética que permita la determinación y el esclarecimiento de la filiación de los NNA desaparecidos y su identificación.⁴⁰
- Implementar mecanismos de alerta temprana para la búsqueda de NNA desaparecidos.⁴¹
- Poner a disposición una página web de búsqueda de NNA desaparecidos.⁴²
- Capacitar técnicamente y en investigación a policías y fiscales y suministrar los necesarios recursos humanos y financieros a la policía y el Poder Judicial.⁴³
- Tipificar el delito de secuestro de niños.⁴⁴

En suma, la obligación de investigar entendida como la búsqueda del NNA y de existir, la determinación de los responsables, debe reunir las características de prontitud, seriedad, imparcialidad y efectividad, según lo expuesto en esta sección. Una investigación que no tenga el impulso necesario en las primeras horas y días, no siga un protocolo de actuación para desapariciones de NNA y no respete los mínimos estándares técnicos, no sea llevada a cabo por agentes independientes; y no consista en acciones efectivas para cumplir con su objetivo, lo único que generaría sería la responsabilidad internacional del Estado por el incum-

39. CIDH, Violencia, niñez y crimen organizado, p. 171.

40. Corte IDH, “Caso Molina Theissen Vs. Guatemala”, considerando 90.

41. CDN, Observaciones Finales sobre Ecuador, p. 16; Observaciones Finales sobre Colombia, p. 7.

42. Corte IDH, “Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador”, considerandos 189-191; “Caso de la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala”, considerandos 271-273.

43. CDN, Observaciones Finales sobre El Salvador, p. 6.

44. CDN, Observaciones Finales sobre Haití, p. 22.

plimiento de sus obligaciones con relación a la violación de los derechos del NNA desaparecido.

IV.B. Obligaciones que surgen del hallazgo sin vida del NNA

El hallazgo del cuerpo sin vida de un NNA es una tragedia. Una vez que pierde la vida, ya no hay vuelta atrás. Las medidas especiales de protección ya fracasaron, y ante la pérdida de la vida, lo que le corresponde al Estado es investigar seria, imparcial y efectivamente la muerte y la identidad de los responsables. Por otro lado, también tiene que determinar de forma precisa la identidad de aquel NNA fallecido, y restituir el cuerpo a sus familiares. En la presente sección, analizaré estas dos obligaciones: identificar y restituir.

IV.B.1 Obligación de identificar

Ante los escasos pronunciamientos sobre el tema, es conveniente ir por aquellas ocasiones en los que los organismos encontraron que determinadas acciones eran violatorias de la obligación de identificar. Por ejemplo, en Niños de la Calle,⁴⁵ la Corte consideró como elementos para probar la violación de los artículos 8.1 y 25 de la Convención, ciertos incumplimientos en el proceso de identificación, entre los cuales estaban la no realización de autopsias completas y practicadas de manera suficientemente técnica, la falta de retrato de cuerpo entero y la ausencia de registro y conservación de las huellas digitales, como así tampoco el reconocimiento personal por testigos.

En el caso Campo Algodonero,⁴⁶ la Corte sostuvo que, para cumplir con el deber de identificar, el reconocimiento efectuado por parte de familiares no era suficiente para una identificación positiva, así como tampoco lo eran las pruebas cráneo-rostro. A su vez, en ese caso se le restituyó los cuerpos a la familia antes de que existiera certeza sobre su identidad, lo cual dificultó luego la identificación por ADN.

De lo anterior, podemos extraer que para atender correctamente la situación de un NNA encontrado sin vida, es necesario realizar una autopsia y recolectar información para identificar a la persona muerta, la hora,

45. Corte IDH, “Caso Niños de la Calle”, considerandos 226-228.

46. Corte IDH, “Caso Campo Algodonero”, considerando 324.

fecha, causa y forma de la muerte. La Corte fue precisa en los estándares mínimos⁴⁷ que una autopsia correcta debe alcanzar:

- Indicar fecha y hora de inicio y finalización, así como el lugar donde se realiza y el nombre del funcionario que la ejecuta.
- Fotografiar adecuadamente el cuerpo de su bolsa o envoltorio; tomar radiografías.
- Documentar toda lesión, la ausencia, soltura o daño de los dientes, así como cualquier trabajo dental.
- Examinar cuidadosamente las áreas genitales y paragenitales en búsqueda de señales de abuso sexual.
- Anotar la posición del cuerpo y sus condiciones, incluyendo si está tibio o frío, ligero o rígido; proteger las manos; registrar la temperatura del ambiente y recoger cualquier insecto.

Otra medida que la Corte destaca es la de tomar huellas dactiloscópicas. Como todas las personas poseemos huellas que son únicas e irrepetibles, esta es una de las vías posibles más idóneas, rápidas y certeras para establecer la identidad. En este caso, se trata de un medio documental, en cuanto el proceso de identificación consiste en la comparación de las huellas del fallecido con los registros públicos que poseen las muestras de la población. En este proceso, es importante que las huellas dactiloscópicas sean tomadas con seriedad, “nítidas (limpias y claras) y lo más completas posible (para que se aprecien las características generales, específicas y particulares necesarias para realizar un confronte y establecer la identidad)”.⁴⁸

Otros puntos que hacen a la eficiencia de esta técnica son la capacidad, el volumen y la interconexión de los registros públicos. A falta de un registro único (y digitalizado, según la Comisión recomienda), es importante que los diferentes niveles del Estado colaboren en la coordinación de estos sistemas.

La otra vía posible es la genética, que se realiza a través del análisis entre muestras biológicas (sangre o saliva) aportadas por los familiares y las obtenidas del cuerpo no identificado. Como vimos en el apartado relacionado con la investigación, la Comisión encomienda conservar, clasificar y transferir adecuadamente las pruebas, de manera que no se pierdan, vicien o resulten insuficientes. Podemos completar esta indicación con los

47. Corte IDH, “Caso Campo Algodonero”, considerando 310.

48. PROTEX, “Buenas Prácticas ante el Hallazgo de Restos Humanos sin identificar”, p. 3.

criterios técnicos sugeridos por la PROTEX (Procuraduría de Trata y Explotación de Personas), en cuanto recomienda que la toma sea realizada por personal entrenado con las medidas necesarias de bioseguridad para evitar su contaminación y la recolección de muestras de resguardo ante la necesidad de realizar nuevos cotejos por contaminación o pérdida. A su vez, encuentra conveniente tomar muestras de ADN de al menos dos familiares, preferentemente que sean de madre, padre, hermanos e hijos. Cabe reiterar la recomendación hecha por varios organismos en cuanto a la creación de bancos genéticos para la búsqueda de NNA desaparecidos.

IV.B.2 Deber reforzado de identificación

Un tema preocupante relacionado con las desapariciones de NNA es la presencia en la región de la práctica del enterramiento y ocultamiento de los cuerpos, expresado en el aumento de fosas y cementerios clandestinos, lo cual dificulta cada vez más la localización e identificación de la víctima y la investigación criminal.⁴⁹ Debido a la cantidad de cuerpos y al estado en el que se encuentran, la identificación requiere de mayores esfuerzos tanto económicos como técnicos por parte de los Estados. En mi opinión, en el caso de aquellos cuerpos de NNA que fueron encontrados sin vida y están a la espera de ser identificados, es necesario interpretar la obligación de identificar como un deber de mayor intensidad para el Estado, como parte del deber de llevar adelante medidas especiales de protección.

Esto último se justifica siguiendo el siguiente razonamiento: en función de la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran los NNA, una de las medidas de protección por excelencia es la de investigar seria, imparcial y efectivamente aquellos homicidios de los que son víctimas. Sin procedimiento de identificación, no hay investigación posible. Se requiere una investigación que tienda a identificar a los culpables y no deje espacio a la impunidad. De otro modo daría lugar a la repetición de estos crímenes y la consecuente erosión de la confianza de la población en las instituciones públicas. Como la Corte lo ha reconocido, “la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y sus familiares”.⁵⁰

49. CIDH, Violencia, niñez y crimen organizado, p. 142.

50. Corte IDH, “Caso de la Panel Blanca”, considerando 173.

No significa, entonces, una preferencia en el sentido de que mientras se identifiquen aquellos cuerpos de NNA, los correspondientes a personas mayores de edad dejen de serlo. Al contrario, cuando me refiero a un deber reforzado de identificación se debe entender como la exigencia al Estado de un esfuerzo mayor, tanto de recursos técnicos como humanos puestos a la tarea de dar con la identidad de esos cuerpos.

Al momento de aplicar este criterio, se plantea la situación de que la determinación de la edad no resulta certera a partir del umbral de los dieciséis años y distinguir con precisión los cuerpos de NNA de aquellos que pertenecen a mayores de dieciocho años puede resultar una tarea difícil y imprecisa. Resulta fundamental para superar esta dificultad el criterio que aplica la Corte que sostiene:

“[...] en caso que no sea posible llegar a una determinación certera de la edad, se debe otorgar al individuo el beneficio de la duda, de manera que, en la hipótesis de que se trate de un menor, se le trate como tal”.⁵¹

En mi opinión, les corresponde a las autoridades estatales la obligación de identificar a esos NNA que son hallados sin vida, entendiendo esta obligación como un deber reforzado de establecer sus identidades. En primer lugar, porque se les debe dar respuesta a las víctimas, pero también para todos los demás NNA que pueden llegar a pasar por la misma circunstancia y requerir de la protección del Estado.

IV.B.3 Obligación de restituir

Con respecto a la restitución del cuerpo, el Estado deberá satisfacer el derecho de sus familiares de conocer dónde se encuentran los restos mortales y, de ser posible, entregar dichos restos para que puedan honrarlos según sus creencias y costumbres. La Corte ha dicho que los restos mortales de una persona merecen ser tratados con respeto ante sus deudos, por la significación que tienen para estos.⁵² Por eso mismo, se debe asegurar que

51. Corte IDH, “Caso Hermanos Landaeta Mejías y Otros Vs. Venezuela”, considerando 173.

52. Corte IDH, “Caso de las Hermanas Serrano Cruz”, considerando 58.

los trámites necesarios para restituir el cuerpo a las familias se realicen de manera ágil, para evitar su revictimización con una espera que puede ser muy dolorosa.⁵³ Ya suficiente es la pena que provoca la pérdida de un hijo como para que además se deniegue el derecho a despedirlo adecuadamente y hacer el duelo de la manera que se crea conveniente según los propios ritos, creencias y tradiciones.

En definitiva, el hallazgo del cuerpo sin vida de un NNA debe comprenderse como producto o consecuencia de la situación especial de vulnerabilidad en la que se encuentran insertos. Por eso, el cumplimiento de la identificación y restitución del mismo es una medida de reparación a los familiares, pero también es parte de los deberes de respetar y garantizar de la Convención Americana: una correcta identificación permite llevar adelante la investigación, que puede producir la determinación de los culpables o de las causas de la muerte. A su vez, tiene la potencialidad de terminar con la impunidad y mandar el mensaje a la sociedad de que el crimen es combatido, y permite llevar adelante políticas públicas para mitigar los riesgos que pueden llevar a las desapariciones de NNA y a que pierdan la vida. De esta forma, cumplir con los deberes de identificar y restituir, en los términos anteriormente expuestos, es también cumplir con las obligaciones que la Convención Americana y la CDN establecen para los Estados.

V. CONCLUSIONES

Como identificamos en un principio, el fenómeno de las desapariciones de NNA se compone de desapariciones no voluntarias producto de hechos ilícitos o lícitos, y en desapariciones voluntarias. Basándose en la dificultad de identificar la causa y en los riesgos que conlleva, todas las desapariciones de NNA merecen una respuesta estatal seria y corresponde tomar todas las medidas que resulten más protectoras de sus derechos.

A la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y los organismos de protección, se expuso la base sobre la cual se construye la protección de los derechos de NNA. No son personas incompletas, sino que son sujetos de derecho que, por su condición de menores, precisan del apoyo de la familia, la sociedad y el Estado para el ejercicio de sus

53. PROTEX, “Buenas Prácticas ante el Hallazgo de Restos Humanos sin identificar”, p. 4.

derechos. La vulnerabilidad inherente y propia de los NNA se ve agravada especialmente por las situaciones de desaparición y la exposición a los peligros que esta circunstancia conlleva, y hace que se requieran medidas especiales por parte del Estado. Como se dijo anteriormente, un NNA desaparecido es una persona en situación de vulnerabilidad agravada que precisa de la protección reforzada del Estado.

Dentro de las obligaciones que emergen ante una desaparición, se encuentra la obligación de investigar: la búsqueda del paradero del NNA y, de existir un crimen, la determinación de los responsables. Esta investigación debe ser pronta, seria, imparcial y efectiva. Una investigación que no tenga el impulso necesario en las primeras horas y días, no siga un protocolo de actuación para desapariciones de NNA y no respete los mínimos estándares técnicos, no sea llevada a cabo por agentes independientes; y no consista en acciones efectivas para cumplir con su objetivo, no tendrá éxito en encontrar al NNA y generará responsabilidad internacional para el Estado por el incumplimiento de sus obligaciones.

La otra cara de las desapariciones es la de aquellos cuerpos de NNA que son encontrados sin vida, donde emergen las obligaciones de establecer su identidad y restituirlos a su familia. Un NNA fallecido sin identificar sigue desaparecido y para las familias continúa siendo una tragedia sin fin que se repite todos los días. En razón de que el proceso de identificación resulta un paso fundamental para la investigación de lo ocurrido, y en el entendimiento de que los principios señalan en esta dirección, propongo interpretar esta obligación como un “deber reforzado de identificación”. Como parte del deber de llevar a adelante medidas especiales de protección, esto se traduce en exigirle al Estado emplear todos los medios técnicos y humanos a su alcance para lograr establecer sus identidades. Ponerle nombre y apellido al cuerpo de un niño sin identidad es empezar a hacer lo correcto en un largo camino de desaciertos que tuvieron como desenlace fatal el fracaso de no haberle podido garantizar su derecho a la vida.

El deber de toda sociedad democrática, respetuosa de los derechos humanos, es brindar respuestas efectivas a las problemáticas de uno de sus componentes más vulnerables pero que al mismo tiempo resultan ser nuestra garantía de futuro: nuestros niños, niñas y adolescentes.

BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH, Víctor, “De las violaciones masivas a los patrones estructurales: nuevos enfoques y clásicas tensiones en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, en *SUR*, 2009, Vol. 6, N° 1, pp. 7-21.
- Clarín, “Búsqueda eterna: hijas llevan años desaparecidas”, Gavira, Mariano, 07/10/2017, URL https://www.clarin.com/sociedad/busqueda-eterna-hijas-llevan-anos-desaparecidas-esperan-vuelvan_0_HkJAjlB2b.html consultado 10/06/2020.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 57, Informe sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos, 31/12/2009.
- , OEA/Ser.L/V/II. Doc. 40/15, Violencia, niñez y crimen organizado, 11/11/2015.
- , OEA/Ser.L/V/II.135. Doc. 14, Informe sobre el Castigo Corporal y los Derechos Humanos de las Niñas, Niños y Adolescentes, 05/08/2009.
- Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/COL/CO/4-5, Observaciones finales sobre Colombia, 06/03/2015.
- , CRC/C/ECU/CO/5-6, Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados del Ecuador, 26/10/2017.
- , CRC/C/GC/11, Observación General N° 11: Los niños indígenas y sus Derechos en virtud de la Convención, 12/02/2009, 50° período de sesiones.
- , CRC/C/GC/21, Observación general N° 21 sobre los niños en situación de calle, 21/06/2017.
- y Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, CRC/C/GC/23, Observación General N° 23. Las obligaciones de los Estados relativas a los Derechos Humanos de los Niños en el contexto de la migración internacional, 12/11/2017.
- , CRC/C/HTI/CO/2-3, Observaciones finales sobre Haití, 24/02/2016.
- , CRC/C/SLV/CO/5-6, Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de El Salvador, 29/11/2018.
- , CRC/GC/2005/6, Observación general N° 6. Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, 01/09/2005, 39° período de sesiones.
- Comité Internacional de la Cruz Roja, Manual de Implementación del Derecho Internacional Humanitario a Nivel Nacional, 2012, Ginebra, Suiza.
- Convención sobre los Derechos del Niño, 20/11/1998, Nueva York, Estados Unidos, e.v. 2/09/1990.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Campo Algodonero”, “Caso González y Otras Vs. México”, 16/11/2009.

—, “Caso ‘Instituto de Reeducción del Menor’ Vs. Paraguay”, 02/09/2004.

—, “Caso de ‘La Panel Blanca’”, “Paniagua Morales y otros Vs. Guatemala”, 08/03/1998.

—, “Caso de la ‘Masacre de Mapiripán’ Vs. Colombia”, 15/09/2005.

—, “Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam”, 15/06/2005.

—, “Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia”, 31/01/2006.

—, “Caso de la Masacre De Las Dos Erres Vs. Guatemala”, 24/11/2009.

—, “Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador”, 01/03/2005.

—, “Caso Hermanos Landaeta Mejías y Otros Vs. Venezuela”, 27/08/2014.

—, “Caso Molina Theissen Vs. Guatemala”, 03/07/2004.

—, “Caso Rochac Hernández y otros Vs. El Salvador”, 14/10/2014.

—, “Caso de los Niños de la Calle”, “Villagrán Morales y otros Vs. Guatemala”, 19/11/1999.

—, “Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras”, 29/07/1988.

—, OC-17/2002, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, 28/08/2002.

GROSS ESPIELL, Héctor, *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis comparativo*, Editorial Jurídica de Chile, 1991, Santiago de Chile.

HEDGES, Charlie, “Comprensión y gestión del riesgo en el contexto de la desaparición de personas”, Amber Alert Europe, Bruselas, 2017.

IBÁÑEZ RIVAS, Juana M., “Los derechos de los niños, niñas y adolescentes en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Revista IIDH*, Vol. 51, 2019.

Ministerio de Seguridad, Informe SIFEBU, 2018. URL https://drive.google.com/file/d/15x4LZFIMVHsvHmq-NREgGtfs0EP_9S06/view consultado el 10/06/2020.

Página 12, “La desaparición de Mariela Tasat”, 28/07/2019, URL <https://www.pagina12.com.ar/208792-la-desaparicion-de-mariela-tasat> consultado 10/06/2020.

PATTERSON LUDWIG, Michelle, “When Older Children Disappear: Do Investigative Policies and Procedures Change”, en *Journal of Juvenile Law*, 2001, N° 22, pp. 83-99.

Perfil, “La buscaban hace 15 años y estaba enterrada cerca de su casa”, 12/10/2017, URL <https://www.perfil.com/noticias/policia/la-buscaban->

[hace-15-anos-y-aparecio-enterrada-como-nn-cerca-de-su-casa.phtml](#)
consultado el 10/06/2020.

PROTEX, “Buenas Prácticas ante el Hallazgo de Restos Humanos sin Identificar”, Ministerio Público Fiscal, 2019.

PROTEX y ACCT, “Búsquedas de personas en democracia. Actualización de registros, relevamiento de datos, cruces de información e identificaciones de NN”, Ministerio Público Fiscal, 2016.

—, “Búsquedas en democracia. Diagnóstico sobre la búsqueda de personas entre 1990 y 2013”, Ministerio Público Fiscal, 2014.

RNIPME, Registro Nacional de Información de Personas Menores Extraviadas, Informe de Gestión 2016, 2017 y 2018. URL <https://www.argentina.gob.ar/derechoshumanos/chicosextraviados/informes-de-gestion-y-estadisticas> consultado el 10/06/2020.

TODRES, Jonathan, “Birth Registration: An Essential First Step Toward Ensuring the Rights of All Children”, en *Human Rights Brief*, 2003, Vol. 10, N° 3, pp. 32 y 35.

ENTREVISTAS

ENTREVISTA A LA DRA. NELLY MINYERSKY*

Lecciones y Ensayos: —*¿Qué entiende usted por derecho?*

Nelly Minyersky: —El derecho, para mí, es algo muy apasionante. Escuchar que ustedes son estudiantes me conmovió. Curiosamente, yo de joven no pensaba estudiar derecho, iba a estudiar ingeniería. Entré a la Facultad de Ingeniería y después, por circunstancias de la vida, abandoné la carrera. Años más tarde, decidí que necesitaba tener una profesión universitaria y opté por derecho y, sinceramente, me asombré, porque el derecho es un instrumento de poder, donde se nos conforma como seres humanos, como ciudadanos. Es uno de los instrumentos a través del cual nos socializamos.

Durante muchos años, en mi juventud, era una carrera que se subestimaba. Estoy hablando de los años cincuenta y sesenta, en los cuales, a nivel internacional, había terminado el Holocausto, los aliados ganaron la guerra y, en los años sesenta y pico, se produjo el Mayo Francés. Había una cantidad de ideales muy grandes, donde la humanidad creía que empezaba una nueva historia, con mucha esperanza. Ahora uno puede arrepentirse y pensar que éramos muy ingenuos, pero lo cierto es que yo no me arrepiento de esa ingenuidad, porque no está mal haber vivido pensando que la humanidad tiene otros destinos que los destinos negativos.

Hasta ese momento, y aún hoy muchas veces, el derecho aparecía como un instrumento que nada más relacionaba al hombre con la propiedad, o con los derechos de la propiedad. A partir de la Segunda Guerra Mundial, comienza a desarrollarse el mundo de los derechos personalísimos, aparecen los Tratados de Derechos Humanos. En estos momentos, uno

* Entrevista realizada por miembros del Consejo de Redacción de *Lecciones y Ensayos* el día 10 de junio de 2020. La Dra. Nelly Minyersky es profesora Consulta de la Facultad de Derecho de la UBA, Directora de la Maestría Interdisciplinaria de Especialización de Postgrado en Problemáticas Sociales Infanto Juveniles en la Facultad de Derecho de la UBA e Investigadora permanente de UBACyT.

descubre, por lo menos yo, que es el derecho lo que nos permite luchar. Siempre tuve una formación muy cercana a los derechos humanos, por haber vivido justamente esas circunstancias, en esa época. Además, no nos olvidemos que los que tenemos tanta edad como yo, vivimos muchas épocas de dictadura en nuestro país. Cuando Argentina sale de la última dictadura, con la vuelta a la democracia comienzan a ratificarse los Tratados de Derechos Humanos. Es entonces que el derecho adquiere, a mi modo de ver, una humanidad, un camino.

El derecho siempre es performativo, a mi modo de ver, se va formando. Prescribe normas y, a veces, uno acepta esa prescripción sin darse cuenta de que después modificarla es muy difícil y eso va formando tu subjetividad.

En todos esos años, durante la dictadura, el derecho era el único instrumento que teníamos para proteger a determinadas personas. En aquella época, tuve un compañero que fue presidente de la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos, era abogado e inició todos los juicios de los niños nacidos en cautiverio. Esas mismas causas tardaron años, pero fueron muy importantes para conformar toda una ciudadanía, y se terminó condenando a los culpables de la desaparición forzada y de las torturas.

La mía fue una vivencia muy de cerca de que el derecho es un instrumento. Además, es un elemento revulsivo. Nosotros nos formamos a través de múltiples factores y creo que el derecho es uno de los más importantes. Por eso, luchar cuando la norma vigente es la correcta o luchar para cambiarla, bueno, creo que vale la pena en la vida.

Lecciones y Ensayos: —*¿Hay alguna razón en particular por la que eligió estudiar derecho y, específicamente, derecho de familia?*

Nelly Minyersky: —A veces en la vida se dan distintas circunstancias. Curiosamente, mi madre siempre quiso que yo estudiara derecho, eso puede haber sido una influencia que yo tenía oculta. Pero esa elección también tuvo que ver con ser mujer. Tenía veintipico de años en ese momento y dos hijos en la escuela primaria. Me interesaba mucho la biología, pero tenía miedo de cursar una carrera de ciencias exactas, que exige mucha presencia y muchas horas. No me permitía iniciar algo y no terminarlo. Entonces, derecho me pareció una carrera que para mí sería más sencilla de cursar. Y realmente fue así. La pude hacer en cuatro años porque tenía un compañero que me apoyó. Si yo tenía que ir a la facultad, él cuidaba a mis chicos, y no les hizo vivir como que era una “mala madre”.

Pero, quiero decir, también es un ejemplo de cómo el patriarcado en el que hemos vivido nos fue conformando, porque a mí ni se me ocurría

pensar que yo al estudiar estaba ejerciendo un derecho, siempre estaba muy preocupada por cuidar a los chicos.

Lecciones y Ensayos: —*¿Cómo empezó su carrera docente y qué obstáculos se le presentaron?*

Nelly Minyersky: —Me presenté con (Enrique) Díaz de Guijarro y entré como ayudante de segunda. Me fui en la Noche de los Bastones Largos en la dictadura de (Juan Carlos) Onganía, porque había entrado el ejército en la Facultad de Ciencias Exactas. Después, volví porque pusieron al Dr. Santiago Fassi, un profesor de derecho de familia radical, que nos invitó a estar en la cátedra.

En 1976, quise retomar con la Dra. (Cecilia Paulina) Grosman, pero (Augusto César) Belluscio —que después estuvo en la Corte— nos dijo que no tenía lugar para nosotras. Entonces, me alejé de la facultad hasta que terminó la dictadura. Luego, entré en la cátedra del Dr. (Gustavo Alberto) Bossert hasta que lo nombraron ministro de la Corte. En ese momento, hubo concursos y entré como adjunta regular. Seguí mi carrera docente y me nombraron profesora consulta de la facultad, porque fui una de las primeras y ya había cumplido 65 años hacía bastante. Actualmente, dirijo la maestría interdisciplinaria de Políticas Sociales Infanto Juveniles en la facultad, tarea que vengo realizando desde hace muchos años.

Es decir, la facultad se convirtió —a pesar de haber empezado mi carrera tarde— en un elemento muy importante en mi vida.

Lecciones y Ensayos: —*¿Hubo algún/a profesor/a que la haya marcado?*
¿Por qué?

Nelly Minyersky: —No muchos en la facultad. No te olvides que era una facultad muy distinta. La mayoría de las materias las di libre porque no existía otro sistema. Vos estudiabas y la dabas libre, no tenías casi ningún contacto con el profesor. Me estoy acordando quiénes eran mis profesores en el curso de promoción y me puedo poner a llorar. Uno era (José Alfredo) Martínez de Hoz. Sin embargo, tuve muy buena relación con Bossert cuando yo llevaba prácticamente la cátedra, y con (Enrique) Díaz de Guijarro. A fin del siglo pasado, entré al Instituto Gioja como investigadora y ahí sí: Gladys Mackinson, Bidart Campos y Cecilia Grosman, indiscutiblemente.

Lo que sí rescato, que no me había dado cuenta, es que yo sí influí en muchos alumnos, ya que muchos recuerdan de lo que yo hablaba hace treinta años. La docencia en los cursos de promoción es otra cosa.

Hace unos años, me pasó una anécdota muy terrible. Fui con mi compañera Marisa Graham a ver a un juez —de ser tan vieja no recuerdo el nombre—, para consultar su impresión en un caso de filiación muy complicado. En ese momento, él me reconoció, y recordaba que yo le había puesto una nota bajísima en un examen. Yo me quedé helada, pensando cómo a veces no nos damos cuenta del peso que tenemos como docentes. Y me di cuenta de que yo, que había sufrido una etapa de la facultad en la que solamente podías aprobar una materia libre, que a mí me ponía muy nerviosa, me quedó el prejuicio de que los alumnos que podían cursar en promoción dieran la materia libre; entonces por ahí era un poco más severa.

Creo que nosotros nos vamos conformando recíprocamente con las personas, pero puedo decir que he tenido muchas satisfacciones. El tema es que siempre, por algo que no conozco bien, me fui anticipando. Naturalmente, fui divulgando y pensando lo que para mí era un avance en un mejor vivir para la gente. En última instancia, cuando estudiás cualquier ciencia, lo hacés por muchos motivos, pero uno de ellos es poder hacer algo que sea útil. Y con el derecho, así como se puede hacer mucho daño, se puede hacer mucho bien.

Lecciones y Ensayos: —*¿Cuáles cree que son los principales desafíos en materia de derecho y género? ¿Por qué cree que es tan difícil incorporar la perspectiva de género en nuestro mundo, el mundo jurídico?*

Nelly Minyersky: —Creo que, aunque incorporar la perspectiva de género es difícil, no es imposible. Se ha incorporado muchísimo, aunque no parezca. Hace unas décadas me decían “¿cómo hablás vos entre tantos hombres?”, o esposas de abogados me decían: “Qué bien, ¡cómo te animás a hablar!”. Usualmente yo era la única abogada. No se trata solo de modificar la perspectiva de género. Nosotros vivimos en un mundo androcéntrico, en el que las mujeres, más que menos, aceptamos esta posición. En ese sentido, podemos hablar de (Antonio) Gramsci, sobre qué pasa con las personas esclavizadas, cómo se cambia y cómo aquel que enfrenta la esclavitud va reaccionando en cómo le cambiás algo que le han inculcado también.

Que las mujeres no somos iguales con respecto al hombre ¡es algo que está tan compenetrado! El otro día escuchaba a un disertante que decía que uno de los principios que no se han incorporado en un sector muy importante de la sociedad y, sobre todo, en el masculino, es el de la igualdad. Hasta hace cinco años, un señor funcionario alto de la justicia

me decía: “Yo no le voy a dar el divorcio a mi mujer”. Le digo “¿Perdón?! El divorcio no se da ni se quita”. Además, ya había cambiado la ley, ya estábamos con el nuevo Código Civil y Comercial y, este señor, que tenía mucho poder en la justicia, se permitía tratar a su esposa como una cosa, como un objeto. En ese sentido, cuando se viola a una niña o cuando se mata a una mujer, la persona que mata no la respeta como una otra, como un sujeto de derecho.

La justicia está muy impregnada de estos aspectos. Estuve estos días relevando casos de femicidios y, cuando lees esas sentencias no lo podés creer, por ejemplo, las bajas penas que hay por femicidios; la reducción de agravantes; penas por femicidios que se transforman en condenas por lesiones o en tentativas de homicidio, ¡es increíble! En un caso, un hombre dijo “te vas a acordar siempre de mí” y la justicia interpretó que como decía “te vas a acordar” era porque no la quería matar.

El año pasado, en la Ciudad de Buenos Aires, también hice un relevamiento de causas en las que los temas de violencia se están modificando. Me voy a permitir contar un caso del año pasado que se inició en un juzgado contravencional. Un señor dejó encerrada a su compañera con su hija pequeña, la privó de su libertad y la golpeó. Tenía otra causa anterior por riña y por lesiones. Se le inició una causa. La mujer fue reiteradamente a pedir a la fiscal que quería desistir de la causa y ésta no la archivó, pero tampoco hizo nada con ella. A los pocos meses, la mujer apareció en la casa de este señor acuchillada y muerta. Ahí, falló la perspectiva de género de la fiscal: por no advertir que una mujer que va reiteradamente a pedir que no quiere seguir la causa contra su compañero es porque está siendo acosada por él o alguien la está presionando. Entonces, la perspectiva de género es algo que nos tiene que ir transformando a muchos, tanto a hombres como a mujeres.

Les aconsejo a todos que tengan muy presente la CEDAW, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, que nos dice que una norma o un acto son discriminatorios cuando ocasionan resultados discriminatorios, aunque no lo expresen explícitamente.

Este entramado de normas, este mundo complejo en el que vivimos, hace que esto no sea fácil. Por ejemplo, en Estados Unidos, desde el año sesenta y pico se igualaron los derechos de las personas de color —a que suban al colectivo, a la educación, etcétera—, pero todavía hay mucho odio. Por eso, tenemos que asumir que no somos iguales, pero queremos iguales

derechos. No hay que confundir, no es lo mismo, una cosa es luchar por tener iguales derechos y otra decir que las situaciones son iguales. Ésta es una tarea que nos cuesta mucho. Lo mismo pasa con las mujeres. Durante la guerra, sobre todo en los países como Estados Unidos o Inglaterra, las mujeres tuvieron que salir a trabajar. En ese momento, cambia un poco el lugar de proveedor del hombre que lo afianzaba en ese poder. Eso le afectó en su masculinidad, por dejar de ser el proveedor y el que es mirado con admiración, porque siempre era el hombre quien trabajaba, aunque las mujeres también trabajábamos todo el día en las casas. Eso nos ha conformado con marcas muy profundas.

Sin embargo, ha cambiado mucho. Antes, si a las mujeres las violaban y no tenían marcas de lucha, significaba que habían consentido. Tuvo que cambiar el derecho para aceptar que puede ocurrir que a una mujer la violan y queda paralizada; no puede luchar por diversos motivos; puede pensar que la van a matar y eso no quiere decir que no la violaron. Hay mucha jurisprudencia en materia contravencional en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y, también en materia penal, donde este cambio se refleja, ya no se exigen las marcas de lucha.

El otro día, en la Ciudad de Buenos Aires, estábamos contabilizando que aumentaron mucho las consultas porque la pandemia, la cuarentena, crea situaciones de más conflictividad. A pesar de esto, no aumentaron las denuncias, sino que disminuyeron. Esto puede ser porque la mujer no se anima a denunciar. En estos tiempos de difícil circulación, hay muchas mujeres que desisten de iniciar una acción legal, se necesita mucha fuerza. Estas mujeres muchas veces no se consideran con derechos. ¿Cuántas mujeres dicen que, si bien la pareja le pega, no lo hace delante de los chicos o que no les pega a ellos? Creo que es un camino que no es sencillo y el derecho ahí es un instrumento muy importante.

Lecciones y Ensayos: —*¿Cómo impactó el nuevo Código Civil y Comercial en materia de género y específicamente en los derechos sexuales y reproductivos?*

Nelly Minyersky: —Yo intervine en la redacción de un capítulo del Código Civil y Comercial. Creo que deberíamos difundirlo mucho más, porque el derecho civil y el derecho de familia son los que vivimos todos los días.

Si bien algunos movimientos feministas se quejaron de que el Código posea un valor neutro —porque la comisión optó por otorgar derechos a hombres, mujeres y cualquier identidad— igualmente tiene grandes valores en familia.

En primer lugar, el hecho de que en el artículo primero hable de Tratados de Derechos Humanos da lugar a que las normas y su aplicación no puedan contradecirlos y en materia de familia, salud y derechos reproductivos, ya dicen mucho.

En segundo lugar, en la parte de Familia, equipara los roles; incluyó la Ley de Matrimonio Igualitario; aceptó todas las teorías de fecundación; la filiación, la incorporó prácticamente igualitaria, desde el punto de vista de los nacidos por fecundación asistida como de la adopción; reconoció el trabajo de la mujer y las tareas de cuidado, y en eso sí avanza —no se lo reconoce explícitamente pero, indirectamente, lo hace en sus normas—. Para mencionar un ejemplo, el Código determina que el cuidado de los hijos tiene un valor que se considera en una parte de la cuota alimentaria. Esto implica que está reconociendo la política de cuidado. Asimismo, dice también que en la prestación compensatoria o en los alimentos, hay que tener en cuenta la historia de alguien que dedicó la vida a cuidar a sus hijos y no estudió. Con esto quiero decir que es un Código de avance.

Cuando trata de los niños, por primera vez —aunque parezca increíble— no se permiten los malos tratos. Hasta la Ley 23.264 tenía una norma que admitía el castigo físico de padres a hijos siempre que fuera moderado. Mientras que el nuevo Código avanza con los tres principios fundamentales: el interés superior, la capacidad progresiva y el derecho del niño a ser oído.

En todo lo que tiene que ver con derechos sexuales y reproductivos, tiene una importancia muy grande el artículo 26 del Código, donde se incorpora la competencia médica. Esto implica el derecho de los adolescentes y de los niños a los derechos personalísimos. En esta parte, el Código nos dice que hasta los 13 años se es un niño, de los 13 en adelante se es adolescente, pero entre los 13 y los 16 se presume la capacidad en todo lo que hace al propio cuerpo, a estos derechos personalísimos; y los médicos y operadores de la salud tienen la obligación de atenderlos sin requerir la autorización de los padres. Esto ya venía en el programa de derechos reproductivos, en cierto modo, y en la Ley 418 de derechos reproductivos. No es posible que algo tan personal como es, supongamos, el hecho de poder quedar embarazada dependa de que mi madre o mi padre me instruyan o me permitan ir a comprar un anticonceptivo. Por ello, a partir de los 16 años, tenés derecho sobre tu propio cuerpo como un adulto. Yo viví la epidemia del HIV y era terrible cómo un adolescente no se animaba a contarle a sus padres. En los años ochenta,

de esas cosas ni se hablaba; de las orientaciones sexuales en las casas; de tener que pedir permiso para ir a un hospital; y pedir de hacerse un test de HIV. Era una forma de contribuir a la diseminación de la enfermedad. Esta lucha por la capacidad progresiva, porque se los respete como sujetos de derecho tanto a los niños, adolescentes y adultos está ahora reflejado en el Código.

El problema es que seguimos con la ficción necesaria de que el derecho es conocido por todos, pero, la verdad es que el derecho, sobre todo el ejercicio del derecho, no es conocido. Es una pena porque eso es lo que nos falta, políticas para que las personas, sobre todo las mujeres, sepan que tienen derecho, que no son cosas.

Lecciones y Ensayos: —*¿Cómo incursionó en el feminismo? ¿Cómo fue vista en aquel momento?*

Nelly Minyersky: —Cuando me recibí en la Ciudad de Buenos Aires había dos organizaciones, no teníamos Colegio Público de Abogados en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Estas instituciones eran la Asociación de Abogados de Buenos Aires y el Colegio de Abogados de la calle Montevideo, que era una reunión de abogados oligárquicos, aristócratas. Yo ingresé a trabajar en la Asociación de Abogados y presidí la Comisión de Derecho Civil. Fui la primera presidenta mujer en el año 2000 y pico. Allí, siempre procuré que hubiera comisiones de la mujer. Entonces, tuve esa articulación entre mi actividad docente en el derecho de familia y en la actividad gremial.

En el ámbito del derecho de familia es donde aparece en un primer momento la historia de la discapacidad de las mujeres. La Ley 11.357 de 1926 era una ley tramposa que ampliaba derechos, sobre todo a la mujer casada, pero subsistían las desigualdades porque el marido se presumía el administrador; manejaba los bienes; fijaba el domicilio; ponía el apellido. Pensar que las mujeres realmente adquirimos capacidad plena en la Reforma del Código Civil de 1968 y todavía no era tan plena. Diría que no lo fue hasta que realmente se incorporan las convenciones en 2015.

Advertí esas cosas, luché por el ejercicio conjunto de la patria potestad, por el divorcio vincular y, bueno, eso lógicamente te va acercando cada a vez más al feminismo. Cuando ya logramos todo esto, nos enfrentamos con que todavía nos falta el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo, que es para otra charla.

Realmente, a veces, uno se pregunta por qué en un país donde tenemos una Ley de Matrimonio Igualitario, que se incorporó al Código; una Ley

de Identidad de Género que es modelo en el mundo —que no es nada más ni nada menos que la vigencia plena de los derechos humanos—, todavía, hoy, se les niega a las mujeres la posibilidad de decidir cuándo quieren y cuándo no quieren ser madres. Estos también son distintos cambios que fueron influyendo, nos fueron construyendo y todavía nos falta. Lo que pasa es que lo que nos falta, y eso, en la facultad, no nos enseñan todavía muy bien; en cómo hacer efectivas las leyes; cómo hacer que el derecho se conozca y que no termine siendo un privilegio. Pero creo que estamos avanzando, hemos avanzado mucho.

Lecciones y Ensayos: —*¿Cómo fue el detrás de escena de la redacción del Proyecto de la Ley de Interrupción Voluntaria del Embarazo (IVE) que se debatió y cuáles cree que fueron los principales aprendizajes de la experiencia del debate legislativo?*

Nelly Minyersky: —Creo que el debate fue algo penoso. Hablé en Diputados y en Senadores, pero venía hablando cada vez que me convocaban a Diputados y es un debate complejo, porque te contestan con falsedades. Parece mentira, pero citan mal el artículo 4 del Pacto de San José de Costa Rica. Es muy penoso, porque esto se les tiene que grabar en la cabeza: cuando uno amplía derechos, no le niega nada a nadie; en cambio, cuando uno restringe derechos, sí lo hace. Llevándolo al tema del aborto, yo siempre planteo que es penetrar en lo más íntimo. ¿Cómo puede ser que el Estado me quiera decir a mí, cuándo voy a tener un hijo o, si mi proyecto de vida era tener cinco hijos, que tenga un sexto? Lo mismo ocurriría en el caso de que una mujer tuviera un proyecto de vida dedicado al estudio y prefiriese primero estudiar y después, tener hijos y, sin desearlo, queda embarazada. En ese caso, el Estado no debería obligarla a tenerlo. Parece absurdo decirlo. Es un acto lícito tener relaciones sexuales, pero resulta que, si por un azar, quedás embarazada, te ves sometida a cometer un delito. Es una cosa aberrante.

Creo que a determinados sectores de la sociedad no les importan los derechos de los otros porque la Ley de Interrupción Voluntaria del Embarazo no va a obligar a nadie, quien considera que es aberrante no lo hará. En cambio, los que privan los derechos te obligan a cambiar, penetran en tu vida. Ellos se consideran, quizás, los más partidarios de un neoliberalismo pero, en realidad, sus actitudes son muy dictatoriales sobre la vida de las personas. Además, y es algo que también quiero decir, yo creo que la ley que penaliza el aborto en la forma que lo hace actualmente es una ley totalmente discriminatoria, contraria a la CEDAW. Vamos a ser

claras: las mujeres víctimas de esta penalización son las mujeres de los sectores más desvalidos, que no tienen medios para recurrir a un aborto que se practica en los centros médicos.

Entonces, estamos frente a una sociedad muy engañosa, muy falsa, que dice defender “las dos vidas” —que no son bases científicas para hablar—, pero les decís “bueno, pero si se está por morir la madre, ¿usted qué hace, a quién salva?”, no te contestan, te siguen diciendo “las dos vidas”. Y, además, son posiciones absurdas, porque es pedirnos a las mujeres un sacrificio que no se le pide a nadie. ¿Y por qué yo digo que es una sociedad muy falsa? Te pongo un ejemplo: si se cae un chico al agua, nadie está obligado a sacrificar su vida para salvarlo. Entonces, ¿por qué a las mujeres se nos obliga cambiar nuestros proyectos de vida, o a que salvemos la vida futura de un feto a cambio de la nuestra? ¿O a que nos aguantemos, si somos violadas, un embarazo producto de esa violación —como si fuera algo tan sencillo— que después vamos a dar en adopción?

Volviendo a qué pasó en el debate, los argumentos por parte de quienes apoyan la interrupción fueron muy ricos, muy serios, de muchos científicos, por ejemplo. En cambio, los debates de aquellos a quienes yo llamo “antiderechos” fueron muy falsos, con videos de abortos que no eran abortos —ya que se trataba de fetos muy avanzados— y con citas de doctrina de derecho falsas. Lamento muchísimo que no se haya podido ganar en el Senado, pero también creo que tanto para mí como para muchas fue una sorpresa la resonancia y el apoyo hacia el proyecto. Hubo un cambio en la conciencia social. El tema, como se suele decir coloquialmente “salió del armario”, se empezó a hablar de la temática y se pusieron en evidencia muchas falsedades. Por ejemplo, los “antiderechos” decían que defendían y apoyaban a la ESI (Educación Sexual Integral). Sin embargo, al día siguiente, ponían obstáculos para que la ESI se diera en las escuelas y aún lo siguen haciendo.

Entonces, creo que de todas maneras avanzamos mucho en la conciencia social y espero que en algún momento sea ley, para eliminar la creencia que un grupo quiere mantener de que las mujeres somos meras reproductoras. Creo que la despenalización y la legalización del aborto van a contribuir en el camino a la igualdad real.

Lecciones y Ensayos: —*¿Qué rol tuvo la enseñanza del derecho, la docencia y la investigación en su militancia?*

Nelly Minyersky: —Para mí se me ha hecho un poco inseparable. Sigo estudiando, parece tonto, pero sigo investigando. No dirijo más proyectos de investigación, pero siempre me ha apasionado.

En derecho, hablamos mucho del consentimiento, del hecho y del acto jurídico. Entonces, ahora estoy media apasionada estudiando qué quiere decir “consentir” en el derecho.

¿Qué pasó en el caso Lucía, en Mar del Plata? ¿Cómo puede ser que un juez diga que ella había aceptado ir porque el hombre le compró una chocolatada? Uno de los argumentos era que ella había aceptado ir y que, cuando murió, la llevaron hasta el hospital. Los victimarios no fueron condenados por femicidio ni por abuso, tuvieron una condena menor. Entonces, tenemos que hablar del consentimiento y de la responsabilidad.

Yo opino que lo que se llama “consentimiento” en derecho, como un acto voluntario intencional, tiene que ser estudiado distinto en el campo del derecho penal y en el campo del derecho civil. Judith Butler dice que no se debe hablar de la misma forma acerca de los requerimientos jurídicos para firmar un contrato de locación, que cuando se habla del consentimiento en las relaciones humanas, en las cuales hay hechos de impulso, de afecto, de conocimiento, de deseo. Por suerte, en el derecho penal, está entrando mucho el tema de cambiar la valoración de la prueba, supongamos, aceptar que no siempre en los hechos de violencia marital y de violencia de parejas exista nada más el famoso “dos testigos”, porque a veces no hay testigos. Antes, si una mujer no tenía lastimaduras y no demostraba que se defendió, se sostenía que había consentido una violación. Ahora cambió, afortunadamente. Otra situación que hay que cambiar es cuando se tarda mucho en tomarse la prueba: hay que hacer un análisis distinto, analizar con perspectiva de género, que da mucho más trabajo; pero, ahí, tenemos otro problema, porque a las mujeres nunca nada nos es muy fácil. Ocurre que nosotros, o yo por lo menos, soy garantista, entonces me pregunto cómo hago para no lesionar los principios del garantismo con una valoración distinta de la prueba. Esto exige mucho más trabajo y es lo que, desgraciadamente, no se encuentra en muchos funcionarios. Las jóvenes todavía tienen mucho por hacer.

Lecciones y Ensayos: —*En su opinión, ¿cuánto cambió el rol de las mujeres en los puestos jerárquicos y en la profesión jurídica en general, especialmente como abogada litigante? ¿Cuáles son los desafíos que cree que siguen existiendo?*

Nelly Minyersky: —Nosotros hemos logrado muchas cosas. En la Asociación de Abogados, cuando yo fui presidenta, logré imponer el cupo, ahora las mujeres tenemos paridad política. Son trabajos de hormiga, pero desde el año 2010 aproximadamente, nosotros en la Asociación de Aboga-

dos y en la Federación Argentina del Colegio de Abogados, propiciamos todos los años una jornada de género en distintas provincias y así se fueron creando las comisiones por los derechos de la mujer en los distintos colegios de abogados. En el 2012, quisimos que se modificara la composición de los órganos directivos de la Federación Argentina del Colegio de Abogados y perdimos la elección terriblemente e inclusive las mujeres que eran las autoridades que tenían derecho al voto, votaron en contra. El año pasado, logramos avanzar en ese sentido pasando del cupo del 30% a la paridad. Fue un trabajo de años y de una sociedad que fue cambiando. En cuanto a mis dificultades en los puestos de poder, creo que se debieron a que me faltó algo que ahora no les va a faltar a las jóvenes, que tiene un nombre que no logro recordar, pero vendría a ser el lobby, la rosca. Cuento siempre como anécdota que en el Colegio Público nos reuníamos los lunes. Todos hablaban del partido de fútbol y se hacían unas alianzas y unas diversiones de las cuales yo estaba totalmente excluida. Eso no hubiera sido el problema, sino que tus propios compañeros no te incorporan en la forma de vida. Afortunadamente, tuve muchas satisfacciones, pero eso no me permite decir que como yo no tuve graves problemas, no los haya. Hay muchos problemas y más que nada en las pequeñas cosas. Por ejemplo, uno de los temas que generó conflicto en los últimos días, con todo esto de la cuarentena, fue el hecho de que los hombres —tan acostumbrados a ser servidos— tuvieron que empezar a asumir tareas domésticas.

Lecciones y Ensayos: —¿Cuál o cuáles fueron los libros que más influyeron en su formación y recomendaría a las y los estudiantes de derecho?

Nelly Minyersky: —Uh, pero yo hablo de libros muy viejos... Les puedo recomendar a una escritora nigeriana que me gusta mucho, Chimamanda Ngozi Adichie. Tiene varios libros muy interesantes, uno de ellos es *Americanah*. Les recomiendo autores que he leído y continuo leyendo porque siento que te llenan la vida, como Víctor Hugo y (Honoré de) Balzac. También recomiendo a Roiman Rolland, que fue muy importante en nuestra generación. De los más contemporáneos, que ustedes seguro leyeron, recomiendo a (Gabriel) García Márquez o (Julio) Cortázar. Actualmente estoy leyendo bastante sobre feminismo y en ese sentido, recomiendo a Elena Ferrante.

Lecciones y Ensayos: —¿Qué recomendaciones le haría a un estudiante que recién está comenzando?

Nelly Minyersky: —Que piense, que razone y que estudie. Estudiar y tratar de ver cómo utilizamos el derecho para identificar esas partes de la norma

que estigmatizan o nos permiten abrir una puerta, tratar de descubrir esos caminos. No agotarnos en la fiel lectura, sino ver qué hay detrás de cada caso. Tenemos que seguir perfeccionándonos y creo que es ahora, más que nunca, el momento de ver cómo hacemos efectivos los derechos.

Una de las peores preguntas que yo les hacía a los alumnos —pobres— era: ¿Por qué se sancionó la ley? ¿Qué está detrás de lo que uno está leyendo? ¿Para qué sirve? ¿Le sirve al ser humano? Si no le sirve, ¿a quién sirve, a qué sector de la sociedad? ¿Cómo se va a proyectar esa ley, qué vida puede tener? Creo que estas preguntas son las que nos pueden ayudar más a pensar.

Por último, quiero aclararles a ustedes qué pienso yo que es la perspectiva de género: no es nada más y nada menos que la perspectiva de la vigencia y efectividad de los derechos humanos de las mujeres. Tenemos la apoyatura de los Tratados de Derechos Humanos. Este es el camino que tiene el feminismo para lograr impregnar a la sociedad de estos derechos.

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/as miembros se expiden a través de un dictamen escrito que contiene sus consideraciones e indica el voto a favor o en contra de la publicación.

La Secretaría de Redacción podrá decidir que los trabajos sean evaluados a través de un procedimiento de evaluación externa. En ese caso, serán asignados a miembros del Consejo Asesor —dos (2) en la presente edición— bajo seudónimo. Estos/as 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/as dictaminantes a favor de la publicación de la asignación, esta queda preseleccionada para el cierre editorial del número. Por el contrario, si todos los/as 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/la autor/a recibe los votos fundamentados de los/as dictaminantes.

El plenario es la instancia donde la potencial publicación de los trabajos es debatida por la totalidad de los/as miembros del Consejo de Redacción y decidida a favor o en contra por mayoría simple, recibiendo el/la autor/a una minuta transcribiendo los principales argumentos esgrimidos en el debate.

A diferencia de los ensayos y las lecciones, las obras presentadas para otras secciones de la Revista —reseñas bibliográficas, comentarios jurisprudenciales, 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/a 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 PUBLICAR EN *LECCIONES Y ENSAYOS*?

PAUTAS FORMALES PARA LA PRESENTACIÓN DE TRABAJOS

1. El trabajo enviado deberá adoptar el siguiente orden de presentación:
 - a. Título del trabajo (en español)
 - b. Pseudónimo escogido por el/la autor/a (no debe permitir su identificación)
 - c. Resumen del trabajo en español (250-500 palabras)
 - d. Palabras clave en español (al menos cinco (5) palabras clave)
 - e. *Abstract* en inglés (250-500 palabras)
 - f. *Keywords* en inglés (al menos cinco (5) *keywords*)
 - g. Cuerpo del trabajo (según la extensión determinada por el tipo de trabajo)
 - h. Bibliografía
2. En todos los casos, la fuente será Times New Roman, 12 puntos, justificado, interlineado 1,5. La página será tamaño A4 (21 x 29,7 cm) y márgenes por defecto (superior e inferior 2,5 cm; izquierdo y derecho 3 cm).
3. El trabajo deberá enviarse exclusivamente por correo electrónico a la dirección lye@derecho.uba.ar. Dentro de las veinticuatro horas se contestará con un acuse de recibo. Preferentemente, en formato .docx; pero también son admisibles formatos similares como .doc, .odt, .rtf. También debe enviarse una versión en .pdf, a fin de asegurar una versión correcta y consolidada.
4. Deberán ser originales e inéditos, redactados en procesador de texto —preferentemente Microsoft Word 2003 o posterior—. La extensión del trabajo, incluyendo las referencias bibliográficas, deberá ser de 12.000 a 16.000 palabras en el caso de las lecciones y de 6.000 a 9.000 palabras para los ensayos.

5. Los trabajos deberán contar con fuentes que sustenten sus afirmaciones y deberá ser posible verificar su existencia y contenido.
6. El sistema es de notas al pie de página con bibliografía al final. Las notas al pie deben ser autosuficientes. No deberá emplearse ningún tipo de reenvío a notas anteriores con fórmulas como "ibíd.", "*op. cit.*", "ver cita" o similares. Se procurará que no excedan el renglón de extensión. En el caso de que los elementos título para la doctrina, identificación para las normas o nombre del caso para la jurisprudencia, sean de más de seis (6) palabras, se incorporará una versión resumida del elemento seguido por puntos suspensivos (...).
8. En las notas al pie se consignarán únicamente los datos requeridos para cada tipo de fuente. En caso de que se desee rastrear la fuente, la información completa estará disponible en la bibliografía.
9. Se deberá seguir el siguiente sistema para citar:

a. Libros.

En la bibliografía: APELLIDO, Nombre, *Título*, edición, editorial, año, ciudad, traducción, otros datos.

Ejemplo: VON JHERING, Caspar R., *La lucha por el derecho*, 1ª ed., Heliasta, 1974, Buenos Aires, traducción de GONZÁLEZ POSADA, Adolfo.

En el cuerpo del trabajo: APELLIDO, *Título*, página.

Ejemplo: VON JHERING, *La lucha por el derecho*, p. 5.

b. Capítulos de libros

En la bibliografía: APELLIDO, Nombre, "Título", en APELLIDO, Nombre, *Título*, edición, editorial, año, ciudad, traducción, otros datos.

Ejemplo: BALMACEDA, Mónica P., "Una visión histórica de la buena fe", en GHERSI, Carlos A., *Principios generales del derecho*, 1ª ed., La Ley, 2013, Buenos Aires.

En el cuerpo del trabajo: APELLIDO, "Título", página.

Ejemplo: BALMACEDA, "Una visión histórica de la buena fe", p. 54.

c. Artículos de publicaciones periódicas

En la bibliografía: APELLIDO, Nombre, "Título", en *Nombre revista*, periodicidad, otros datos, páginas.

Ejemplo: MARIANI DE VIDAL, Marina, “La ‘denuncia de daño temido’ a más de cuatro décadas vista”, en *Lecciones y Ensayos*, 2016, N° extraordinario “60 Aniversario”, pp. 301-305.

En el cuerpo del trabajo: APELLIDO, “Título”, página.

Ejemplo: MARIANI DE VIDAL, “La ‘denuncia de daño temido’...”, p. 304.

d. Derecho interno

En la bibliografía: Jurisdicción/Ente, “Nombre común”, identificación, fecha, publicador, otros datos.

Ejemplo: República Argentina, “Ley de medios”, Ley 26.522 de Servicios de Comunicación Audiovisual, 10/10/2009.

En el cuerpo del trabajo: Jurisdicción/Ente, “Nombre común”, artículo.

Ejemplo: República Argentina, “Ley de medios”, art. 5.

e. Derecho internacional: tratados

En la bibliografía: Nombre, fecha firma, lugar, entrada en vigor, norma de derecho interno, datos de UNTS, otros datos.

Ejemplo: Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23/05/1969, Viena, Austria, e.v. 27/01/1980, UNTS 1115:331.

En el cuerpo del trabajo: Nombre, fecha firma, artículo.

Ejemplo: Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23/05/1969, art. 46.

f. Derecho internacional: organismos internacionales

En la bibliografía: Órgano emisor, identificación, nombre, fecha, sesión, otros datos.

Ejemplo: Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, A/RES/67/97, El estado de derecho en los planos nacional e internacional, 14/12/2012.

En el cuerpo del trabajo: Órgano emisor, identificación, punto

Ejemplo: AGNU, A/RES/67/97, pto. 1.

g. Jurisdicciones nacionales

En la bibliografía: Tribunal, “Nombre común”, “Nombre del caso”, fecha, publicador, otros datos.

Ejemplo: Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Bazterrica”, “Bazterrica Gustavo Mario s/Tenencia de Estupefacientes”, 29/08/1986, *Fallos* 308:1392.

En el cuerpo del trabajo: Tribunal, “nombre común”, considerando.

Ejemplo: CSJN, “Bazterrica”, considerando 8.

h. Jurisdicciones internacionales

En la bibliografía: Tribunal/órgano, “Nombre Común”, “Nombre del caso”, fecha, publicador, otros datos.

Ejemplo: Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Panchito López”, “Caso ‘Instituto de Reeducción del Menor’ Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”, 02/09/2004.

En el cuerpo del trabajo: Tribunal/órgano, “Nombre común”, considerando.

Ejemplo: Corte IDH, “Caso Panchito López”, considerando 25.

i. Material disponible online

En el caso de que el material esté disponible en internet, al final de la referencia según los párrafos precedentes, se puede incluir la siguiente información: Identificación, Dominio [DOI/URL], Consultado, fecha.

Ejemplos: PETERS, Anne, “Treaty Making Power”, en Wolfrum, Rudiger (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2010, Oxford University Press, URL <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law9780199231690-e1494?rskey=Nez%20miV&result=1&prd=OPIL>, consultado 10/09/2018.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo)”, 15/02/2018, URL <https://www.cij.gov.ar/nota-29178-La-Corte-Suprema-llama-a-una-nuevaaudiencia-p-blica-por-la-contaminaci-n-del-Riachuelo.html> consultado 10/09/2018.

AUGENSTEIN, Daniel, “Paradise Lost: Sovereign State Interest, Global Resource Exploitation and the Politics of Human Rights”, en *European Journal of International Law*, Vol. 27, Nº 3, 2016, pp. 669-691, DOI 10.1093/ejil/chw033, consultado 26/08/2018.

CÓMO PARTICIPAR EN *LECCIONES Y ENSAYOS*

Lecciones y Ensayos es una revista jurídica semestral dirigida por estudiantes 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.

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 que, una vez por semana, se reúnen para deliberar en torno a las tareas editoriales.

Si querés participar de la Revista, podés acercarte a nuestras reuniones de los días jueves a las 20 horas que se realizan en la oficina ubicada en la Planta Principal, Pasillo Sumarios (al lado del Salón Verde) de la Facultad de Derecho. También podés comunicarte con nosotros por teléfono (+54 11) 5287-6737 o enviándonos un correo electrónico a: lye@derecho.uba.ar o direccionlye@derecho.uba.ar

El único requisito para formar parte de *Lecciones y Ensayos* es ser alumno regular de alguna de las carreras de grado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.