
La jurisprudencia de la Corte Interamericana respecto a la lucha contra la impunidad: algunos avances y debates

Oscar Parra Vera*

Resumen

El artículo resume algunos hitos en la evolución de la jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre debida diligencia y acceso a la justicia en el contexto de la lucha contra la impunidad. Asimismo, examina y contesta algunas críticas que se le imputan a la Corte Interamericana relacionadas con la restricción de garantías judiciales de procesados por violaciones de derechos humanos, y la autoridad y legitimidad de sus decisiones. Al ofrecer dichas respuestas se menciona la especial dinámica del control de convencionalidad en algunos países, lo cual ha trascendido en una mayor legitimidad de la intervención interamericana a partir de su articulación con la intervención de actores institucionales locales que buscan cumplir con las obligaciones internacionales en estos temas.

Palabras clave: Corte Interamericana de Derechos Humanos – Impunidad - Acceso a la justicia – Graves violaciones de derechos humanos

5

Abstract

This article summarizes some key steps in the evolution of the Inter-American Court of Human Rights' case law on due diligence and access to justice in the fight against impunity. Furthermore, it addresses some critiques against the Court related to the restriction of judicial guarantees of those accused of human rights violations and to the authority and legitimacy of its decisions. In offering answers to those critiques, the

• Abogado *senior* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Las opiniones del autor son de su exclusiva responsabilidad y no reflejan necesariamente el parecer de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ni de su Secretaría. Previamente se desempeñó como Becario “Rómulo Gallegos” y consultor de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Correo electrónico: oscarparra@cortheidh.or.cr En este artículo retomo una aproximación preliminar a ciertos debates sobre la jurisprudencia de la Corte ofrecida en Parra Vera, O. (2011). “Lucha contra la impunidad, independencia judicial y derechos de los pueblos indígenas. Algunos avances y debates en torno a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2004-2009)”. En F. Rey Martínez (dir.). Los derechos en Latinoamérica: tendencias judiciales recientes. Madrid: Editorial Complutense, FIIAPP, (pp. 363-416). Agradezco las recomendaciones y comentarios de Clara Sandoval, Michael Reed, Wilson de los Reyes y Jorge Errandonea en relación con versiones previas de este documento.

article focuses on the special dynamics of the so-called ‘control of conventionality’ in some countries. This dynamics has resulted in a greater legitimacy of the Inter-American system’s intervention because of its articulation with local institutional actors that seek to comply with international obligations concerning human rights.

Key words: Inter-American Court of Human Rights – Impunity – Access to justice – Serious violations of human rights

La jurisprudencia de la Corte Interamericana respecto a la lucha contra la impunidad: algunos avances y debates

Oscar Parra Vera

Hace 18 años, Juan Méndez señalaba que el Sistema Interamericano involucra “una promesa que la comunidad de naciones del hemisferio hace a las víctimas: que si las instituciones del Estado no responden a las violaciones de los derechos humanos, las instancias internacionales están allí para oír sus reclamos y para restablecer la vigencia del derecho”.¹ Un análisis de la evolución jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de “debida diligencia” para superar la impunidad permite inferir los retos que el Sistema Interamericano ha enfrentado para hacer realidad dicha promesa.

Una primera etapa en este proceso² corresponde a los años setentas y ochentas, donde el sistema tuvo un rol muy importante en la denuncia y documentación de las violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos, particularmente en contextos de dictadura militar y abusos en el estado de excepción. El sistema de peticiones individuales era apenas incipiente. El énfasis se concentraba en visitas *in loco* por parte de la Comisión Interamericana y los informes de país correspondientes. Grandes ejemplos al respecto lo constituyen las visitas e informes de la Comisión respecto a Chile (1974, 1976 y 1977) y Argentina (1980). Se trataba de dictaduras militares donde no existía institucionalidad interna para enfrentar la represión estatal y el ámbito internacional surge como única respuesta. Una dificultad que enfrentó la Corte Interamericana en dicha etapa se relacionaba con el hecho de que el sistema de peticiones individuales no había sido construido para enfrentar violaciones masivas y sistemáticas. Es decir, el sistema presuponía estados de derecho donde se agotan recursos internos y se enfrentan los problemas antes de acudir, subsidiariamente, al ámbito de protección regional. En sus primeros casos contenciosos, la Corte estableció parámetros de procedimiento y prueba que permitieron enfrentar dichos obstáculos.

7

1. Méndez, Juan. “Prólogo”. En ILSA. *Sistema Interamericano para la Protección de los Derechos Humanos: Aportes para una evaluación*. Bogotá: ILSA, pág 9.

2. Elaboro esta descripción histórica del sistema regional a partir de, entre otros, los artículos de Abramovich y Medina Quiroga. Abramovich, Víctor. “De las violaciones masivas a los patrones estructurales. Nuevos enfoques y clásicas tensiones en el sistema interamericano de derechos humanos.” *Sur, Revista Internacional de Derechos Humanos*, 11, 7-39. Medina Quiroga, Cecilia. “Los 40 años de la Convención Americana sobre Derechos Humanos a la luz de cierta jurisprudencia de la Corte Interamericana”. *Anuario de Derechos Humanos*, 15-34.

Un segundo escenario se relaciona con las llamadas “transiciones democráticas” y los problemas asociados a la impunidad por los abusos del pasado. Surgen informes y litigio de casos relacionados con los límites a las amnistías y los derechos de verdad, justicia y reparación. Asimismo, se hace énfasis en dismantelar los resquicios de los sistemas represivos, tales como el abuso del estado de excepción, los límites al *habeas corpus*, y el uso arbitrario de la justicia penal militar. En esta época, en algunos países surgen formas institucionales (tribunales constitucionales, defensorías del pueblo, órganos de control, etc) para denunciar arbitrariedades actuales y pasadas. Sin embargo, el poder real que aún logran mantener los represores u otro tipo de presiones o factores, debilitan la actuación de estos órganos o hace nulo su impacto. El ámbito internacional empieza a coadyuvar estos esfuerzos adelantados en el derecho interno y asume un rol más fuerte –a través del litigio interamericano de casos estratégicos- en aquellos casos donde los avances son marcadamente insuficientes.

Un tercer escenario visibiliza los patrones estructurales de inequidad y exclusión social, funcionamiento irregular de la administración de justicia (demoras, corrupción, inadecuada gestión, etc), entre otros problemas que explican situaciones generales de impunidad en las Américas.

8 Teniendo en cuenta dichos escenarios, en el presente artículo analizo algunos temas paradigmáticos sobre la evolución de la jurisprudencia sobre acceso a la justicia en el contexto de la lucha contra la impunidad. En primer lugar, resalto algunas precisiones y complementos efectuados en los estándares sobre debida diligencia, dirigidos a una mayor rendición de cuentas respecto a los esfuerzos que desarrollan los Estados en esta materia. En ese sentido, mientras que hace 20 o incluso 10 años la lucha principal era documentar un consenso internacional sobre la imposibilidad de amnistiar violaciones graves a los derechos humanos, en los últimos años la Corte Interamericana ha tenido que analizar escenarios institucionales más complejos, lo cual ha generado jurisprudencia en aspectos como la cooperación judicial interestatal, tipificaciones penales prevalentes, la “criminalidad de sistema” o la debida diligencia en la investigación de la violencia contra la mujer como forma de discriminación.

Precisados dichos avances en la jurisprudencia, en segundo lugar describo algunas críticas a la jurisprudencia respecto a presuntos excesos en la restricción de garantías judiciales de procesados por graves violaciones de derechos así como los argumentos críticos en torno a la autoridad y legitimidad de órganos internacionales de derechos humanos como la Corte Interamericana. En la tercera y cuarta parte del artículo se exponen ideas preliminares sobre posibles respuestas a algunas de estas críticas, para lo cual se describen algunos ajustes jurisprudenciales dirigidos a fundamentar la restricción de garantías judiciales en ciertos casos. Asimismo, se menciona la especial dinámica del control de convencionalidad en algunos países, lo cual ha trascendido en una mayor legitimidad de la intervención interamericana a partir de su articulación con la intervención de actores institucionales locales que buscan cumplir con las obligaciones internacionales en estos temas.

Por supuesto, es posible encontrar otros temas y casos interesantes que quedan por fuera de esta selección, concentrada en los últimos ocho años de jurisprudencia. Sin embargo, la focalización en estos casos y escenarios busca lograr la mejor capacidad

explicativa sobre avances y retos que enfrenta la jurisprudencia interamericana sobre lucha contra la impunidad.

1. Algunas precisiones sobre el alcance del deber de investigar las graves violaciones de derechos humanos

En 1988, en su primer caso contencioso, relacionado con una desaparición forzada, la Corte Interamericana señaló que el deber de garantizar los derechos reconocidos en la Convención implica el deber de prevenir, investigar y sancionar toda violación de derechos humanos³. Posteriormente, en 2001, en la sentencia sobre la masacre de *Barrios Altos Vs. Perú*⁴, la Corte estableció la incompatibilidad de leyes de autoamnistía con la Convención Americana en los siguientes términos:

[...] son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

En años recientes la Corte ha emitido diversos fallos que han complementado y aclarado estos criterios señalados en los casos *Velásquez y Barrios Altos*. A continuación resalto algunos criterios paradigmáticos, sin la pretensión de efectuar una valoración de toda la jurisprudencia aplicable sobre debida diligencia en las investigaciones⁵.

9

1. 2. Cosa juzgada fraudulenta y restricciones admisibles al ne bis in idem

En primer lugar, la Corte ha desarrollado el concepto de **cosa juzgada fraudulenta**. En el caso *Carpio Nicolle y otros Vs. Guatemala*⁶, relacionado con ejecuciones extrajudiciales y atentados a la integridad personal, la Corte consideró que “los tribunales de justicia actua[ron] sin independencia e imparcialidad, aplicando normas o disposiciones legales contrarias al debido proceso u omitiendo aplicar las que correspondían”. Además, la Corte determinó que “hubo una obstrucción continua de las investigaciones por parte de agentes del Estado y de los llamados ‘grupos paralelos’ en el poder, así como una falta de diligencia en el desarrollo de las investigaciones, lo cual [determinó la] impunidad total”, la falta de

3. Corte I.D.H., *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo*. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4.

4. Corte I.D.H., *Caso Barrios Altos Vs. Perú. Fondo*. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75.

5. Una sistematización exhaustiva puede verse en De León, G, Krsticevic, V. y Obando, L. (2010), *Debida Diligencia en la Investigación de Graves Violaciones a los Derechos Humanos*, Buenos Aires, CEJIL, 2010.

6. Corte I.D.H., *Caso Carpio Nicolle y otros Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de noviembre de 2004. Serie C No. 117, párrs. 76.23, 76.34 y 133.

“garantías necesarias para entrar a investigar y valorar cada material probatorio” y que la “situación general imperante en el sistema de justicia [...] denot[ó] su impotencia para mantener su independencia e imparcialidad frente a las presiones de la que pudi[eran] ser objeto sus integrantes”. La Corte aludió a la “cosa juzgada fraudulenta” teniendo en cuenta que “esta[ba] demostrado que la obstrucción sistemática a la administración de justicia y al debido proceso ha impedido identificar, juzgar y sancionar a los responsables materiales e intelectuales de la ejecución” de las víctimas.

El caso *Carpio* tiende a asociar la fraudulencia con una situación global de graves irregularidades en la generalidad del proceso judicial desarrollado. Posteriormente, la idea de fraudulencia tuvo aplicación en forma muy asociada a la intervención de la jurisdicción militar. En efecto, en el caso *Gutiérrez Soler vs. Colombia*, relacionado con hechos de tortura, la Corte constató que el proceso se adelantó ante la justicia penal militar “donde se decidió cesar todo procedimiento” descalificando sin mayor fundamento la denuncia de la víctima⁷. Asimismo, una investigación disciplinaria fue archivada en aplicación del principio *non bis in idem*. La Corte consideró que existía “cosa juzgada fraudulenta” porque los procesos nacionales estuvieron “contaminados por [v]icios” relacionados con la falta de respeto a las reglas del debido proceso y que, por ello, “no podría invocar el Estado, como eximente de su obligación de investigar y sancionar, las sentencias emanadas en procesos que no cumplieron los estándares de la Convención Americana, porque no hacen tránsito a cosa juzgada decisiones judiciales originadas en tales hechos internacionalmente ilícitos”⁸. Esta formulación en el caso *Gutiérrez* genera algún nivel de complejidad para entender el alcance del concepto de “cosa juzgada fraudulenta” si se le asocia a toda violación de la Convención.

10

Sin embargo, las aplicaciones posteriores del estándar de “fraudulencia” se asociaron a situaciones claramente dirigidas a propiciar impunidad. En el caso *Almonacid*⁹, la Corte señaló que el principio *ne bis in idem* no es un derecho absoluto y, por tanto, no resulta aplicable cuando: i) la actuación del tribunal que conoció el caso y decidió sobreseer o absolver al responsable de una violación a los derechos humanos o al derecho internacional obedeció al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal; ii) el procedimiento no fue instruido independiente o imparcialmente de conformidad con las debidas garantías procesales, o iii) no hubo la intención real de someter al responsable a la acción de la justicia. Cuando se presentan estas situaciones, la Corte señaló que se produce una cosa juzgada “aparente” o “fraudulenta”. Además, la Corte señaló que:

7. La jurisdicción militar consideró que “el dicho de Gutiérrez Soler, fuera de no recibir confirmación con ningún elemento probatorio, de aparecer desvirtuado y ser contradictorio [...] no merece ni un átomo de credibilidad, porque está impregnado de argumentos arguciosos, tendenciosos, malintencionados, calumniosos y ruines, ideados de su mente ma[il]sana, producto de la mitomanía que lo caracteriza”.

8. Corte I.D.H., *Caso Gutiérrez Soler Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 12 de septiembre de 2005. Serie C No. 132.

9. Corte I.D.H., *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.

si aparecen nuevos hechos o pruebas que puedan permitir la determinación de los responsables de violaciones a los derechos humanos, y más aún, de los responsables de crímenes de lesa humanidad, pueden ser reabiertas las investigaciones, incluso si existe una sentencia absolutoria en calidad de cosa juzgada, puesto que las exigencias de la justicia, los derechos de las víctimas y la letra y espíritu de la Convención Americana desplaza la protección del *ne bis in idem*.

1. 2. Obligaciones de cooperación interestatal respecto a investigación y extradición

Asimismo, la Corte ha precisado obligaciones derivadas del Derecho Internacional en materia de cooperación interestatal respecto de la investigación y eventual extradición de presuntos responsables en casos de graves violaciones de derechos humanos. Al respecto, en el *Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay*¹⁰, la Corte se pronunció sobre la desaparición forzada de algunas personas en el marco de la llamada “Operación Cóndor” (nombre clave que se dio a la alianza que unía a las fuerzas de seguridad y servicios de inteligencia de las dictaduras del Cono Sur en su lucha y represión contra personas designadas como “elementos subversivos”).

De cara al enjuiciamiento de los responsables de la “Operación Cóndor”, la Corte consideró que Paraguay tenía “un deber inexcusable de haber solicitado, con la debida diligencia y oportunidad, la extradición de los procesados” así como “las medidas necesarias, de carácter judicial y diplomático, para juzgar y sancionar a todos los responsables de las violaciones cometidas, inclusive impulsando por todos los medios a su alcance las solicitudes de extradición que correspondan”. El Tribunal consideró que “la inexistencia de tratados de extradición no constituye una base o justificación suficiente para dejar de impulsar una solicitud en ese sentido” y que “la necesidad de erradicar la impunidad se presenta ante la comunidad internacional como un deber de cooperación inter-estatal para estos efectos”. Así las cosas, la Corte alude a una “garantía colectiva” dentro del sistema, donde cada Estado debe ejercer “su jurisdicción para aplicar su derecho interno y el derecho internacional para juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables” o colaborar “con otros Estados que lo hagan o procuren hacerlo”. La extradición constituye un instrumento a través del cual se concreta dicha colaboración.

Lo anterior fue reiterado y profundizado en el *Caso La Cantuta Vs. Perú*¹¹. La Corte sostuvo que “tratándose de un contexto de violación sistemática de derechos humanos, la necesidad de erradicar la impunidad se presenta ante la comunidad internacional como un deber de cooperación interestatal”, de tal forma que un Estado ejerza su jurisdicción o colabore con otros Estados para impulsar la investigación de los hechos. Estos estándares sobre cooperación interestatal tuvieron un importante efecto al constituirse en elementos

10. Corte I.D.H., *Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153.

11. Corte I.D.H., *Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162.

que permitieron la extradición al Perú de Alberto Fujimori, ex presidente de dicho país y a quien la justicia peruana le endilgó responsabilidad penal por la masacre de Barrios Altos y las desapariciones en la Cantuta. Las decisiones adoptadas por la Corte Interamericana justificaron, en gran medida, la decisión de la Corte Suprema de Chile en el sentido de permitir la extradición de dicho ex mandatario. Posteriormente la Sala Especial conformada por la Corte Suprema de Justicia del Perú para juzgar a Fujimori, estableció que si bien los hechos probados, la relevancia jurídico-penal de los mismos, la interpretación y aplicación de las normas penales pertinentes y la individualización de la pena constituyen competencias exclusivas del tribunal interno¹², no se podía desconocer la interpretación y aplicación del derecho internacional efectuada por la Corte Interamericana.

Otra proyección de estas obligaciones de cooperación interesatal se encuentra en una importante resolución de supervisión de cumplimiento emitida en 2009 en el *Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia*, cuya sentencia de fondo se emitió en 2005¹³. Este caso se refiere a una masacre cometida por grupos paramilitares colombianos, ocurrida en 1997. El Tribunal interamericano ordenó una exhaustiva investigación de los hechos. Años después, uno de los comandantes del grupo paramilitar que cometió dichos hechos fue extraditado a Estados Unidos para enfrentar cargos por narcotráfico. Sin embargo, se alegaba que la extradición respondía a un intento del gobierno de impedir que esta persona revelara la verdad de lo sucedido, particularmente, los niveles de involucramiento de autoridades estatales en los hechos ocurridos. La Corte Interamericana emitió entonces una resolución en la que señaló que “la aplicación de figuras como la extradición no debe servir como un mecanismo para favorecer, procurar o asegurar la impunidad”.

12

Teniendo en cuenta que hubo extradición por cargos de narcotráfico, la Corte señaló que “debe prevalecer la consideración de la imputación de graves violaciones de derechos humanos.” Además, ordenó al Estado colombiano “aclarar los mecanismos, instrumentos y figuras jurídicas que serán aplicadas para asegurar que la persona extraditada colabore con las investigaciones de los hechos [y] para asegurar su debido enjuiciamiento”. El Tribunal resaltó que no existía ningún acuerdo entre los dos países para que cualquier beneficio penal que otorga Estados Unidos sea condicionado a la colaboración de los extraditados con el esclarecimiento y la reparación de los casos de violación de derechos humanos en Colombia¹⁴. Esta resolución fue posteriormente utilizada por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia como uno más de los fundamentos para

12. Sala Especial de la Corte Suprema de Justicia del Perú, Sentencia de 7 de abril de 2009. Sobre éste y otro tipo de impactos de la jurisprudencia de la Corte Interamericana en el Perú, ver Sandoval (2008).

13. Corte I.D.H., *Caso de la “Masacre de Mapiripán” Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134.

14. Corte IDH, *Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 8 de julio de 2009. La Corte IDH reiteró este criterio en un caso colombiano relacionado con la ejecución extrajudicial de un senador de un partido político de izquierda, en el marco de un patrón de asesinato de líderes de dicho partido. En este caso, uno de los perpetradores había sido extraditado a los Estados Unidos. El Tribunal reiteró que la figura de la extradición no podía obstaculizar la debida diligencia de las investigaciones ni utilizarse como un mecanismo para garantizar la impunidad. Corte I.D.H., *Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213.

negar la extradición de un líder paramilitar hasta tanto cumpliera con sus deberes respecto a verdad, justicia y reparación de acuerdo con una Ley de “Justicia y Paz” adoptada en dicho país (*infra*)¹⁵.

1. 3. Calificación de una conducta como crimen de lesa humanidad para determinar el alcance de la obligación de investigar: debates

La Corte Interamericana no es un tribunal penal. Sin embargo, en algunos casos ha estimado pertinente la calificación de algunos hechos como crímenes según el derecho penal internacional con el objetivo de determinar el alcance de la responsabilidad internacional respectiva o para precisar los alcances de la debida diligencia en la investigación de los hechos. En el ya mencionado caso *Almonacid Vs. Chile*¹⁶, se analizó la ley de amnistía respecto a los crímenes de la dictadura militar que padeció dicho país. La Corte reseñó los elementos que configuran un crimen de lesa humanidad y calificó lo ocurrido a partir de dichos elementos. Consideró que el asesinato de la víctima, sucedido en 1973, formó parte de un ataque generalizado o sistemático contra sectores de la población civil. Se señaló que dicho ilícito no podía amnistiarse conforme a las reglas del derecho internacional en ese momento, puesto que constituía un crimen de lesa humanidad. Por ello, la Corte consideró que el Estado incumplió su obligación de adecuar su derecho interno a efectos de garantizar los derechos establecidos en la Convención Americana, porque mantenía en vigencia el Decreto Ley que en Chile no excluye a los crímenes de lesa humanidad de la amnistía general que otorga.

Es posible considerar que en la calificación que hace la Corte de la ejecución extrajudicial ocurrida como crimen de lesa humanidad influye el hecho de que su competencia *ratione temporis* sólo podía ser ejercida a partir de 1990. La Corte Interamericana tuvo en cuenta que la Corte Europea ha establecido que si al momento de los hechos, éstos actos eran considerados por el derecho internacional como crímenes de lesa humanidad (como en efecto ocurría en 1973), no importaba si la legislación nacional no los penalizaba. Por lo tanto, su investigación, judicialización y sanción es legal y respeta los principios internacionales establecidos para salvaguardar las garantías de los procesados. Concluyó que los Estados no pueden sustraerse del deber de investigar, determinar y sancionar a los responsables de los crímenes de lesa humanidad aplicando leyes de amnistía u otro tipo de normativa interna¹⁷.

La decisión en *Almonacid* generó diversos debates sobre la competencia de la Corte Interamericana para declarar que ciertas conductas constituyen crímenes según el derecho penal internacional. De hecho, en el caso *Cepeda* el Estado presentó una excepción

15. Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal, Sentencia de 19 de agosto de 2009.

16. Corte I.D.H., *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.

17. La Corte resaltó que dicha prohibición de cometer crímenes de lesa humanidad es una norma de *ius cogens*, y la penalización de estos crímenes es obligatoria conforme al derecho internacional general.

preliminar relacionada con la falta de competencia en razón de la materia señalando que el Tribunal Interamericano no podía declarar que un determinado derecho constituye un delito o que un Estado es responsable de un crimen. La Corte rechazó dicho alegato señalando que en casos de violaciones graves a los derechos humanos el Tribunal ha tomado en cuenta que tales violaciones pueden también ser caracterizadas o calificadas como crímenes contra la humanidad a efectos de explicitar de manera clara los alcances de la responsabilidad estatal bajo la Convención en el caso específico y dimensionar las consecuencias jurídicas respectivas, sin que ello implique, de ningún modo, una imputación de un delito a persona natural alguna¹⁸.

Posteriormente, en el marco de la supervisión de cumplimiento del caso *Barrios Altos*, la Corte determinó que la decisión de un tribunal local de no considerar como crimen de lesa humanidad lo ocurrido era contraria al reconocimiento de responsabilidad efectuado por el Estado y contradictorio con decisiones de altas instancias internas (por ejemplo la Corte Suprema y la Comisión de Verdad y Reconciliación), razón por la cual constituía una forma de incumplir lo ordenado por la Corte y afectaba el derecho a la verdad¹⁹. Como se observa, la calificación de un hecho como crimen de lesa humanidad por parte de la Corte Interamericana no debería entenderse como una determinación de responsabilidad penal individual sino que constituye una herramienta utilizada por un tribunal internacional o por instituciones nacionales para precisar los alcances de la debida diligencia en las investigaciones respectivas y algunos aspectos necesarios para la superación de la impunidad en un determinado caso. Ello también se relaciona con el tipo de complementariedad entre las determinaciones en el ámbito penal, en el ámbito de atribución de responsabilidad internacional y en escenarios como el de las comisiones de la verdad²⁰.

14

1. 4. Abuso del derecho u otras irregularidades procesales dirigidas a obstaculizar la debida diligencia

Además de la impunidad construida a partir de excluyentes de responsabilidad o formas de amnistía e indulto, la Corte Interamericana ha tenido que valorar obstáculos a la debida diligencia construidos a partir del abuso irregular de instituciones procesales del derecho interno de los Estados respectivos. En el caso de la *Masacre de Las Dos Erres Vs. Guatemala*, se analizó la utilización por la defensa de los imputados de la masacre de por lo menos 33 recursos de amparo, algunos de los cuales demoraron hasta cuatro años en

18. Corte I.D.H., *Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia*, op. cit.

19. Corte I.D.H., *Caso Barrios Altos Vs. Perú. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 7 de septiembre de 2012.

20. Al respecto, en un caso respecto a Ecuador, la Corte se pronunció sobre la complementariedad entre verdad judicial y verdades no judiciales (administrativas o históricas). La Corte señaló que las verdades históricas que se puedan lograr a través de una Comisión de la Verdad no deben ser entendidas como un sustituto del deber del Estado de asegurar la determinación judicial de responsabilidades individuales o estatales por los medios jurisdiccionales correspondientes, ni con la determinación de responsabilidad internacional que corresponde a la Corte Interamericana. Corte I.D.H., *Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 166, párr. 128.

ser resueltos²¹. El Tribunal consideró que “los amparos presentados en el proceso interno excedieron en sus trámites los plazos establecidos por la ley” y que “las disposiciones que regula[ron] el recurso de amparo, la falta de debida diligencia y la tolerancia por parte de los tribunales al momento de tramitarlo, así como la falta de tutela judicial efectiva, [...] permiti[eron] el uso abusivo del amparo como práctica dilatoria en el proceso” y dicho uso abusivo se convirtió “en un factor para la impunidad”²².

En similar sentido en el caso *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia*, sobre desaparición forzada, la Corte estableció que a lo largo de 9 años de tramitación del proceso penal interno se habían presentado aproximadamente 111 excusas por parte de diversos jueces de distinta jerarquía y materia, de las cuales 59 suspendieron la instrucción, los debates del juicio o la prosecución del mismo. El Tribunal concluyó que se había afectado la debida diligencia en la investigación dado que “la constante presentación de excusas comprometió la seriedad de la conducción del proceso penal interno, y que aquéllas afectaron el trámite del proceso por las dilaciones provocadas a causa de su mínimo control, dejando al arbitrio y a la voluntad de los jueces elevar las excusas a consulta del superior si las consideraban ilegales y, además, bajo pena de ser sancionados en caso de que las excusas fueran legales, todo ello a consecuencia de la legislación aplicada”.

1. 5. Tipificación prevalente y debida diligencia

En casos como *Heliodoro Portugal Vs. Panamá*, *Tiu Tojín Vs. Guatemala*, *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs Bolivia* o *Gelman Vs. Uruguay* la jurisprudencia ha establecido, en relación con la desaparición forzada, que cuando las investigaciones internas han sido abiertas bajo la figura del homicidio o del secuestro, excluyendo otros delitos como la tortura o la desaparición forzada, se genera la posibilidad de que la causa sea declarada prescrita por los tribunales nacionales. Por tal razón, se ha señalado que, al tratarse de graves violaciones de derechos humanos, en particular desapariciones forzadas, es ésta la tipificación que debe primar en las investigaciones que corresponda abrir o continuar a nivel interno. Además, por tratarse de un delito de ejecución permanente, es decir, cuya consumación se prolonga en el tiempo, al entrar en vigor la tipificación del delito de desaparición forzada de personas, la nueva ley resulta aplicable, sin que ello represente su aplicación retroactiva o una transgresión del principio de legalidad²³. Asimismo, la Corte ha señalado que la tipificación de la desaparición forzada de personas como delito autónomo y la definición expresa de las conductas punibles que lo componen tienen un carácter primordial para la efectiva erradicación de esta práctica.

15

21. Cfr. Corte I.D.H., *Caso De la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211, párrs. 111, 113, 114 y 115.

22. Corte I.D.H., *Caso De la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala, op. cit.*, párr. 120.

23. Corte I.D.H., *Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221.

1.6. Debida diligencia, crímenes de sistema y contextos “transicionales”

Gran parte de los desarrollos jurisprudenciales sobre debida diligencia se relaciona con países que enfrentan la pregunta sobre qué hacer con las atrocidades del pasado o qué medidas procede adoptar para superar una situación de conflicto armado o de violaciones masivas y sistemáticas de derechos. En dichos contextos existe un fuerte debate respecto a qué especificidad alcanzan algunas obligaciones relacionadas con la investigación y sanción de estos crímenes.

Al respecto, algunos autores consideran que la jurisprudencia de la Corte ha sido poco sensible a las complejas exigencias inherentes a la “justicia transicional”. Así por ejemplo, Claudio Nash considera que en el mencionado caso *Goiburú* la Corte “deb[ió] aclarar si el contexto particular de los procesos de transición a la democracia modifica en algo” la obligación de juzgar y sancionar, en otras palabras, si esta obligación puede implicar acceder a “ciertos mínimos de sanciones” o “un cierto umbral de juzgamiento de responsabilidades”, es decir, si se debe perseguir penalmente a todos los responsables.²⁴ Similares inquietudes formuló José Zalaquett al señalar insuficiencias en el caso *Almonacid* respecto a precisar fundamentos más claros sobre cómo entender la obligación imperativa de enjuiciar crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad en contextos transicionales²⁵.

16

Por su parte, Fabricio Guariglia ha señalado que un fallo como el de *Barrios Altos* involucra diversas “áreas grises”, particularmente por lo que pudiera implicar una obligación absoluta de procesar y sancionar a todos los responsables en situaciones de transición, donde “la persecución penal de todos los casos de violaciones a los derechos humanos es sencillamente imposible”. En el marco de la criminalidad de sistema, el debate es en torno a los criterios para seleccionar entre casos y responsabilidades dentro de un número importante de crímenes respecto de los cuales un sistema de justicia no pueda dar respuesta en todos los casos. Cabe resaltar que entre los criterios propuestos por Guariglia para solventar este debate, se incluye que “la selección deb(a) representar lo mejor que el Estado puede genuinamente hacer en las circunstancias del caso”²⁶. Otras posturas aluden a que en algunos casos de violaciones sistemáticas los Estados podrían cumplir con sus obligaciones en caso de que se investigue, enjuicie y repare el fenómeno en su conjunto²⁷.

24. Nash Rojas, C. (2009). “El caso Goiburú Vs. Paraguay. La justicia transicional en el banquillo de la Corte Interamericana”. En C. Nash Rojas. *El Sistema Interamericano de Derechos Humanos en Acción. Aciertos y Desafíos* (pp. 191-210). México: Porrúa.

25. Zalaquett Daher, J. (2007), “El Caso Almonacid. La Noción de una Obligación Imperativa de Derecho Internacional de Enjuiciar Ciertos Crímenes y la Jurisprudencia Interamericana sobre Leyes de Impunidad”. En *Anuario de Derechos Humanos*. Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile.

26. Guariglia, F. (2001). Los límites de la impunidad: la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Barrios Altos”. *Nueva Doctrina Penal*, 2001A, 209-230.

27. Algunas de estas posturas pueden verse en Bergsmo, M. (Ed.). (2009). *Criteria for Prioritizing and Selecting Core International Crimes Cases*. Oslo: Forum for International Criminal and Humanitarian Law Publications.

Algunos de estos debates han sido planteados en casos ante la Corte Interamericana que involucraban el análisis de “crímenes de sistema”²⁸. Por ejemplo, en el caso *Masacre de la Rochela Vs. Colombia*, cuya sentencia fue emitida en 2007²⁹, la Corte analizó la ejecución, en 1989, de varios miembros de una comisión judicial que estaba investigando crímenes cometidos por el paramilitarismo. A pesar de que se había condenado a siete particulares y un suboficial del Ejército –por encubrimiento-, la Corte determinó que no se habían investigado diversos patrones de relación entre el grupo paramilitar que cometió la masacre con los altos mandos militares y las autoridades civiles de dicha zona.

El Tribunal precisó que se “afectó, en particular, la determinación de eventuales responsabilidades de los mandos de los batallones militares que se encontraban en el ámbito de acción de los grupos paramilitares vinculados con la masacre”³⁰. Teniendo en cuenta las dimensiones de lo que no se había investigado, la Corte resaltó la necesidad de analizar patrones asociados a la “estructura criminal de ejecución” y la responsabilidad de los comandantes militares de la zona³¹.

En similar sentido, sobre la debida diligencia en la investigación de *crímenes de sistema*, en el caso *Cepeda*, la Corte advirtió que en la planeación y ejecución del homicidio participaron miembros del Ejército y miembros de uno o varios grupos paramilitares. El Tribunal estableció que:

si bien la división de tareas dificulta el esclarecimiento de los vínculos entre los perpetradores, en casos complejos la obligación de investigar conlleva el deber de dirigir los esfuerzos del aparato estatal para desentrañar las estructuras que permitieron esas violaciones, sus causas, sus beneficiarios y sus consecuencias, y no sólo descubrir, enjuiciar y en su caso sancionar a los perpetradores inmediatos.

17

28. Sobre el concepto y las implicaciones de diseño institucional inherentes a la criminalidad de sistema, ver Reed Hurtado, M. (Ed.). (2008). *Judicialización de crímenes de sistema. Estudios de caso y análisis comparado*. Bogotá: ICTJ.

29. Corte I.D.H., *Caso de la Masacre de La Rochela Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 163. Un análisis más a fondo sobre las potencialidades y limitaciones de este fallo en el manejo de la “justicia transicional” puede verse en Saffon, M.P. (2008). “La sentencia de la masacre de la Rochela Colombia: consolidación de un precedente e hito jurisprudencial”. *Revista Cejil*, 4, 43-64; Quinche Ramírez, M.F. (2009). *Los estándares de la Corte Interamericana y la Ley de Justicia y Paz*. Bogotá: Universidad del Rosario y Universidad de Buenos Aires.

30. La Corte observó que, en lugar de investigar en forma diligente los patrones sistemáticos en los que se enmarcaba el accionar de los responsables, a lo largo de 18 años de proceso penal se adelantaron por lo menos siete intentos dirigidos a identificar e individualizar aproximadamente a 100 personas que estaban señaladas por un “alias” o cuyo papel en el grupo paramilitar era claramente incierto. Asimismo, que los intentos de identificación de miembros de la Fuerza Pública se concentraron en oficiales y suboficiales de menor rango, quedando ausente la investigación de la responsabilidad de los altos mandos militares de la zona. Igualmente, que los procesos disciplinarios contra autoridades civiles y otros agentes estatales habían resultado totalmente ineficaces.

31. La Corte indicó que “las autoridades judiciales debían tomar en cuenta los factores [...] que denotan una compleja estructura de personas involucradas en el planeamiento y ejecución del crimen, en la cual convergen tanto la participación directa de muchas personas como el apoyo o colaboración de otras, incluyendo a agentes estatales, estructura de personas que existe antes del crimen y permanece después de su ejecución, dado que comparten objetivos comunes”.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte IDH ordenó como reparación:

determinar el conjunto de personas involucradas en la planeación y ejecución del hecho, incluyendo a quienes hubieren diseñado, planificado o asumido el control, determinación o dirección de su realización, así como aquellos que realizaron funciones de organización necesarias para ejecutar las decisiones tomadas, inclusive si están involucrados altas autoridades civiles, mandos militares superiores y servicios de inteligencia, evitando omisiones en el seguimiento de líneas lógicas de investigación

Es posible encontrar cierta complementariedad entre estos estándares y aquellos desarrollados en el derecho penal internacional respecto a figuras de participación criminal tales como la “empresa criminal conjunta”, autoría mediata, coautoría mediata, responsabilidad por comando, entre otras. Si bien estas figuras son utilizadas en el marco de la atribución de responsabilidad penal individual, pueden contribuir para hacer efectiva la debida diligencia estricta en la investigación según estas precisiones efectuadas por la Corte Interamericana³².

Por otra parte, tanto en el caso de la *Masacre de la Rochela* como en el caso *Cepeda* la Corte IDH fue informada sobre la aplicación de normas de “justicia transicional” relacionadas con el proceso de desmovilización y otorgamiento de beneficios jurídicos a grupos paramilitares. En dicho país se consagró la “alternatividad” como un “beneficio consistente en suspender la ejecución de la pena determinada en la respectiva sentencia, reemplazándola por una pena alternativa”, cuya duración es de entre 5 y 8 años, “que se concede por la contribución del beneficiario a la consecución de la paz nacional, la colaboración con la justicia, la reparación a las víctimas y su adecuada resocialización”.

Sobre este tipo de normas, en el caso de la *Masacre de La Rochela*, la Corte precisó que “todos los elementos que incidan en la efectividad de la pena deben responder a un objetivo claramente verificable y ser compatibles con la Convención”. Asimismo, resaltó el “principio de proporcionalidad de la pena”, de tal forma que la respuesta que el Estado atribuye a la conducta ilícita del autor de la transgresión sea proporcional al bien jurídico afectado y a la culpabilidad con la que actuó el autor, por lo que se debe establecer en función de la diversa naturaleza y gravedad de los hechos. La insistencia en un cumplimiento verificable del objetivo que se pretende con un beneficio penal permite inferir que la Corte no niega la posibilidad de conceder este tipo de beneficios. Sin embargo, en el marco de la debida diligencia estricta, corresponde verificar –tanto normativa como empíricamente- que se está logrando lo que se propone con esta alta limitación del derecho a la justicia de las víctimas.

32. En este sentido, conceptos tales como “comunidad de prueba”, “hecho relevante”, la valoración de indicios, entre otros referentes para una metodología de investigación se transforman según las necesidades de la indagación en torno a la sistematicidad. Para un análisis de esta posible relación dinámica, ver Ferdinandusse, W.N. (2006). *Direct Application of International Criminal Law in National Courts*. The Hague: T.C.M., Asser Press. En el caso colombiano, ver Aponte, A. (2003). “Persecución nacional de crímenes internacionales: el caso colombiano”. En K. Ambos y E. Malarino (Eds.). *Persecución nacional de crímenes internacionales en América Latina y España* (pp. 201-258). Montevideo: Instituto MaxPlanck para derecho penal internacional de Friburgo y Fundación Konrad Adenauer.

De otra parte, algunas de estas normas sobre desmovilización permitían la obtención de beneficios jurídicos (por ejemplo, suspensiones en la ejecución de la pena) para personas que no fueran objeto de investigaciones por graves violaciones de derechos humanos, a pesar de pertenecer a un grupo ilegal responsable de crímenes de sistema (por ejemplo, personas que alegaban sólo haber participado en apoyo logístico o solamente el porte ilegal de armas). En el caso *Cepeda* la Corte constató que durante el proceso de desmovilización de uno de los perpetradores de los hechos, el Estado no adoptó la debida diligencia requerida a fin de individualizarlo e identificarlo apropiadamente, de tal forma que no recibiera dichos beneficios, que estaban destinados para personas no involucradas con violaciones graves de derechos humanos.

En este punto cabe observar que existen dos enfoques sobre el alcance del deber de investigar los crímenes de sistema, particularmente respecto a si podría priorizarse la investigación de los hechos más graves o a los mandos más altos ante la posible dificultad de investigar todas las actividades ilegales relacionadas con dichos crímenes.

Al respecto, en términos generales, algunos tribunales penales internacionales se han regido por un principio de oportunidad, sea reglado o no. Ello ha generado que se establezcan criterios de priorización y selección que han ido variando en cada situación, de tal forma que en algún momento las actividades de persecución penal hayan focalizado o comenzado por perpetradores de rango bajo y en otros momentos por superiores políticos y militares de alto nivel. Con el tiempo, lo que se ha buscado es un equilibrio entre la flexibilidad necesaria para una persecución penal idónea que procure impacto y éxito en su conjunto, al mismo tiempo que se intenta evitar criterios muy amplios que anulen la vigencia del principio de seguridad jurídica³³.

19

Por su parte, lo que hace la Corte Interamericana es exigir la mayor debida diligencia en la investigación de ciertos hechos, lo cual puede resultar poco compatible con la aplicación de un principio de oportunidad en estas materias³⁴. En este sentido, la selección / priorización de investigación de delitos a nivel interno o la aplicación de un principio de oportunidad exigen el análisis más estricto para determinar si, materialmente, se genera algún tipo de obstáculo para la debida diligencia en la investigación de la estructura criminal asociada a la comisión de graves violaciones de derechos humanos³⁵. Cierta tipo de faltas en la debida diligencia para adelantar las investigaciones de los crímenes de sistema pueden estar asociadas a la posibilidad de un indulto encubierto o una amnistía encubierta.

33. Ver al respecto, Bergsmo, M. (Ed.). (2009). *Criteria for Prioritizing and Selecting Core International Crimes Cases*. Oslo: Forum for International Criminal and Humanitarian Law Publications.

34. En este sentido, en el caso *Masacre de La Rochela*, la Corte señaló la necesidad de investigar diligentemente antes de aplicar la prescripción en estos casos o conceder beneficios penales: "al decretar la prescripción de la acción penal por concierto para delinquir en casos de violaciones cometidas por miembros de grupos paramilitares, los funcionarios judiciales deben fundament[ar] su decisión en una exhaustiva valoración probatoria para determinar que la pertenencia y participación en el grupo paramilitar, no tuvo relación con la comisión de graves violaciones de derechos humanos".

35. Esta idea, precisada respecto al principio de oportunidad, puede verse en el Caso *Cepeda*, párr. 216 f.

En ese sentido, considero que dicha debida diligencia estricta exige que, con independencia del delito que haya cometido cada miembro de una organización que participa de un crimen de sistema, todo miembro deba ser objeto de una investigación judicial exhaustiva que permita verificar la información que tiene sobre patrones de actuación y funcionamiento del grupo, así como de los delitos cometidos en el marco del delito de “concierto para delinquir”. En mi opinión, este no es un tema exclusivamente circunscrito a los “delitos más graves”. Por ejemplo, para obtener evidencia relevante en torno a la criminalidad de sistema, debe indagarse las formas como un grupo ilegal alcanzó dominio político – económico de una debida zona a través de manejos del presupuesto, entre un sinnúmero de actividades ilegales que no pueden catalogarse, per se, como atroces³⁶. No se trata de hechos crueles como una masacre pero si son idóneos para reflejar los patrones de actuación y, en especial, la interacción del grupo ilegal con agentes estatales y autoridades civiles. Visto de esta manera, la debida diligencia en la investigación de una grave violación de derechos humanos puede estar directamente asociada con la debida diligencia en la investigación del concierto para delinquir agravado, tipo penal bajo el cual estaban sindicados algunos presuntos responsables de la *masacre de la Rochela*.

20

Además, en el marco de la discusión planteada en dichos casos sobre los beneficios a desmovilizados, los criterios de la Corte demuestran la relevancia de distinguir claramente entre no tener un proceso judicial pendiente por graves violaciones de derechos humanos y no ser investigado por dichas graves violaciones. En efecto, una investigación judicial mínima es el primer paso para determinar el rol de una determinada persona en un crimen de sistema. Por ello, no se puede ofrecer un beneficio a quien no tenga investigaciones sino a quien no haya cometido un delito grave dentro del crimen de sistema. De otra parte, puede resultar problemática la aplicación del principio de oportunidad u otro beneficio a quien se acredite como mando, así sea de carácter medio o inferior.

En el contexto de estos debates sobre el alcance de la obligación de investigar frente a crímenes de sistema, y teniendo en cuenta el caso *Cepeda*, entre otros elementos, la Corte Constitucional de Colombia declaró inconstitucional la posibilidad de conceder el principio de oportunidad y, en consecuencia, suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal de los desmovilizados de los grupos paramilitares que no estuvieran involucrados en graves violaciones de derechos humanos y que sólo estuvieran investigados por su pertenencia al grupo ilegal. Dicha medida beneficiaba aproximadamente a 17.000 paramilitares. La Corte Constitucional consideró que el principio de oportunidad no podía ser entendido como un mecanismo de justicia transicional, dado que se trata de una medida en el marco de la política criminal ordinaria del Estado. Asimismo, el Alto Tribunal colombiano indicó que la falta de claridad y certeza sobre el alcance de la aplicación de

36. Son fundamentales, por ejemplo, acciones judiciales mínimas relacionadas con la indagación exhaustiva de todos los hechos de los que tenga conocimiento cualquier persona que postula a un beneficio de estas características. Lo anterior adquiere más relevancia frente a casos específicos sobre un determinado grupo en una determinada zona respecto al cual no se cuente con suficiente información para el debido procesamiento de sus principales mandos y de las autoridades o particulares que les hayan servido de apoyo.

dicho principio de oportunidad, tenía como consecuencia una renuncia a la obligación de investigar y juzgar a los desmovilizados por crímenes respecto de los cuales existe un imperativo internacional de investigar y juzgar; todo ello sin que se establecieran claras garantías de justicia, verdad y reparación para las víctimas³⁷.

Este comentario sobre el deber de investigar según lo establecido en los casos de la *Masacre de la Rochela* y *Cepeda* busca resaltar que, si bien se establece un estándar estricto respecto a la debida diligencia de las autoridades judiciales locales al investigar estos crímenes, también se incrementa la carga argumentativa para los litigantes ante el Sistema Interamericano cuando pretenden visibilizar la falta de indagación por patrones y autorías. Este es un tema abierto a debate dado que no siempre es del todo claro qué tanto sea útil un solo caso para ilustrar la no investigación a fondo de una “estructura criminal”. Por ello, debería pensarse en estrategias focalizadas por zonas o por situaciones donde varios hechos (no una sino varias masacres o ejecuciones) visibilizan las dimensiones tanto de la estructura criminal como de la falta de investigación para permitir una evaluación más cualificada por los órganos interamericanos. Así por ejemplo, tres casos que fueron litigados por separado -*19 comerciantes*, *Masacre de la Rochela*, *Masacres en la finca Honduras* y *en la finca la Negra*³⁸-, de haber sido litigados conjuntamente, hubieran logrado mayor capacidad explicativa en el sentido mencionado: mayor escrutinio posible de la participación de agentes estatales y autoridades civiles en la sistematicidad del crimen, la magnitud de eventuales amnistías encubiertas y de la impunidad de hecho, es decir, aspectos mucho más difíciles de acreditar a través de un solo caso.

21

1.7. El caso Campo Algodonero: el componente discriminatorio de la impunidad

Otro ejemplo paradigmático del tipo de avances jurisprudenciales en la última época de jurisprudencia puede verse en el caso *Campo Algodonero*, emitido por la Corte Interamericana en noviembre de 2009³⁹. Me interesa resaltar sus aportes para visibilizar el carácter discriminatorio de la impunidad en dicho caso y el rol de un determinado contexto para valorar la debida diligencia en la investigación.

Las tres víctimas en el caso eran dos niñas y una mujer joven de 20, 17 y 15 años respectivamente, una estudiante, las otras dos trabajadoras. Salieron de su casa en momentos diferentes entre octubre y noviembre de 2001. Sus cuerpos fueron encontrados

37. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-936 de 2010. Teniendo en cuenta esta decisión de la Corte Constitucional, el Gobierno emitió la Ley 1424 de 2010, la cual fue declarada constitucional en la sentencia C-711 de 2011. En esta última decisión la Corte modificó algunos elementos de su jurisprudencia en la sentencia C-936, lo cual no se analiza en este artículo.

38. CIDH, Informe No. 2/94, Caso 10.912, Colombia, 1º de febrero de 1994. Otros ejemplos son posibles: el rol que en el litigio interamericano, respecto a Colombia, pueda tener la acumulación de casos de una misma zona para visibilizar en mejor forma las sistematicidad de la violación: litigar en un solo caso varias masacres y ejecuciones en Antioquia o en la Costa Atlántica, en una determinada época, por ejemplo.

39. Corte I.D.H., *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205.

días o semanas más tarde en un campo algodonnero con signos de violencia sexual y demás maltratos. La Corte Interamericana constató que en los días entre sus desapariciones y el hallazgo de sus cuerpos, sus madres y familiares acudieron a las autoridades en busca de respuestas, pero se encontraron con juicios de valor respecto al comportamiento de las víctimas y con ninguna acción concreta destinada a encontrarlas con vida aparte de la recepción de declaraciones.

El Tribunal se refirió a la “violencia contra la mujer como forma de discriminación”⁴⁰. La Corte constató que, al momento de investigar lo ocurrido con las víctimas, algunas autoridades mencionaron que las víctimas eran “voladas” o que “se fueron con el novio”, lo cual, sumado a la inacción estatal en el comienzo de la investigación, permitía concluir que esta indiferencia, por sus consecuencias respecto a la impunidad del caso, reproducía la violencia que se pretendía atacar, sin perjuicio de que constituye en sí misma una discriminación en el acceso a la justicia. Además, la Corte Interamericana señaló que la impunidad de los delitos cometidos enviaba el mensaje de que la violencia contra la mujer es tolerada, lo que favorece su perpetuación y la aceptación social del fenómeno, el sentimiento y la sensación de inseguridad en las mujeres, así como una persistente desconfianza de éstas en el sistema de administración de justicia.

En similar forma, se señaló que el estereotipo de género se refiere a una pre-concepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente. Teniendo en cuenta que se había acreditado la cultura de discriminación que subyacía a la violencia ejercida, el Tribunal señaló que era posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y socialmente persistentes, condiciones que se agravan cuando los estereotipos se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades de policía judicial, como había ocurrido en dicho caso. Concluyó la Corte que la creación y uso de estereotipos se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte reiteró que ciertas líneas de investigación, cuando eluden el análisis de los patrones sistemáticos en los que se enmarcan cierto tipo de violaciones a los derechos humanos, pueden generar ineficacia en las investigaciones. El Tribunal constató que la investigación de la muerte de las víctimas se estaba haciendo por separado. Se señaló entonces que, a pesar de que la individualización de las investigaciones puede, en teoría, incluso favorecer el avance de las mismas, el Estado debe ser conciente que éstas se enmarcan dentro de un contexto de violencia contra la mujer. Por ende, debe adoptar las providencias que sean necesarias para verificar si el homicidio concreto que investiga se relaciona o no con dicho contexto. La investigación con debida diligencia exige tomar en cuenta lo ocurrido en otros homicidios y establecer algún tipo de relación entre ellos. La Corte declaró que no existían decisiones del Ministerio Público dirigidas a

40. La Corte resaltó que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos declaró en el caso *Opuz vs. Turquía* que “aunque la pasividad judicial general y discriminatoria en Turquía no era intencional, el hecho de que afectaba principalmente a las mujeres permitía concluir que la violencia sufrida por la peticionaria y su madre podía considerarse violencia basada en género, lo cual es una forma de discriminación en contra de las mujeres”. Cfr. ECHR, *Case of Opuz v. Turkey*, Judgment of 9 June 2009, paras. 180, 191 y 200.

relacionar estas indagaciones con los patrones en los que se enmarcan las desapariciones de otras mujeres y consideró inaceptable el argumento del Estado en el sentido de que lo único en común entre los ocho casos era que aparecieron en la misma zona, ni era admisible que no existiera una mínima valoración judicial de los efectos del contexto respecto a las investigaciones por estos homicidios. En suma, el contexto de violencia y discriminación hacía surgir un deber de diligencia más estricto en relación con la investigación de estos hechos.

1.8. Limitaciones a la intervención de la jurisdicción penal militar

Finalmente, en casos recientes la Corte ha complementado su jurisprudencia en esta materia, al señalar que “la jurisdicción penal militar no es el fuero competente para investigar y, en su caso, juzgar y sancionar a los autores de violaciones de derechos humanos sino que el procesamiento de los responsables corresponde siempre a la justicia ordinaria”. Asimismo, indicó los problemas de inconventionalidad de aquellas normas “amplias e imprecisas” que impiden “la determinación de la estricta conexión del delito del fuero ordinario con el servicio castrense objetivamente valorado” o que extienden “la competencia del fuero castrense a delitos que no tienen estricta conexión con la disciplina militar o con bienes jurídicos propios del ámbito castrense”. Además, la Corte se refirió a la incompetencia de la jurisdicción militar para la investigación de todo hecho que sea constitutivo de violaciones de derechos humanos de civiles⁴¹.

23

*

Los ocho ejemplos analizados ilustran la diversidad de asuntos en los cuales se han emitido estándares más precisos sobre lo que debe implicar la lucha contra la impunidad. Sin embargo, cada ejemplo es posible asociarlo a tensiones más profundas sobre las restricciones de derechos y el rediseño institucional que puede asociarse a “tomar en serio” la debida diligencia en esta materia. Estas tensiones introducen algunas de las críticas contra la jurisprudencia de la Corte que se analizan a continuación.

2. Las críticas a la jurisprudencia de la Corte y a su utilización como herramienta argumentativa por tribunales locales

A pesar de las contribuciones que ha hecho la jurisprudencia de la Corte a la lucha contra la impunidad, diversas críticas han surgido en relación con la falta de precisión o fundamentación de algunos criterios. En su momento, autores como Alberto Bovino

41. Corte I.D.H., *Caso Radilla Pacheco Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209, párrs. 273, 286 y 289. Otros 3 casos contra México, cuyas sentencias fueron emitidas en 2010, reiteraron este tipo de reglas.

habían criticado lo precisado en el caso *Villagrán Morales*, emitido en 1999, donde se entendería la obligación de investigar como una obligación de resultado, lo cual se derivaría de atribuir responsabilidad internacional, *per se*, por la falta de identificación y sanción de los responsables de las ejecuciones extrajudiciales ocurridas.⁴²

Otras críticas provienen de aquellos que acusan de “neopunitivista”, “antidemocrática” y “antiliberal” a la Corte Interamericana. Según estas posturas, en aras de garantizar los derechos de las víctimas, el Tribunal ha desarrollado estándares que minimizan garantías procesales de los imputados, particularmente en temas tan sensibles como la aplicación retroactiva de leyes penales, el desconocimiento del plazo razonable de investigación y el derecho a no ser juzgado dos veces por los mismos hechos.⁴³ Estas críticas caracterizarían al “derecho penal de los derechos humanos” como un ejemplo más de la utilización y expansión del sistema penal para solucionar todos los males sociales a partir de la restricción de garantías a los procesados, quienes deben ser “condenados de cualquier manera”.⁴⁴

En este punto, y respecto al deber de sancionar algunas conductas, cabe resaltar que la criminología crítica ha hecho una demolición de la ideología de la “defensa social” que caracteriza el entendimiento tradicional del derecho penal y de algunos componentes de la ideología que sustenta tanto la cárcel como el castigo institucional. Por ello, si bien existe un consenso sobre el carácter atroz de las violaciones graves de derechos humanos, existe debate respecto a si el castigo es la mejor forma de enfrentarlas y en qué forma la utilización del derecho penal puede llegar a tener una vocación reparatoria. Una pregunta latente en estos enfoques es: ¿qué significa que las víctimas necesiten del castigo penal para poder cerrar sus heridas? Asimismo, otros autores critican la falta de distinciones entre amnistías frente a graves crímenes, que son inaceptables, y/o posibles indultos para los mismos cuando se cumple previamente con el debido reproche penal.⁴⁵

Algunas de las críticas se han concentrado, entre otros, en lo ordenado por la Corte en el caso *Bulacio Vs. Argentina*, emitido en 2003. En este caso, relacionado con los malos tratos que condujeron a la muerte de un adolescente que se encontraba bajo la custodia del Estado, la Corte aplicó el mismo estándar mencionado en el caso *Barrios Altos* sobre la improcedencia de la prescripción y otras excluyentes de responsabilidad. Mientras que este último caso se trataba de una masacre respecto a la cual se adoptaron leyes de autoamnistía para generar impunidad, en el caso *Bulacio* se relacionaba con una práctica policial de detenciones masivas en forma indiscriminada. Se critica entonces el que la

42. Bovino, A. (2005). “A propósito del caso Villagrán Morales. La investigación penal en el ámbito nacional”. En A. Bovino. *Justicia Penal y Derechos Humanos*. Buenos Aires: Del Puerto, pág. 245.

43. Pastor, D. (2005). “La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos”. *Nueva Doctrina Penal*, 1, 73-114. Malarino, E. (2009). “Activismo judicial, punitivización y nacionalización: Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. D. Pastor (Ed.). *El sistema penal en las sentencias recientes de los órganos interamericanos de protección de los derechos humanos* (pp. 21-61). Buenos Aires: Ad-Hoc.

44. Pastor, *op. cit.*

45. Silva Sánchez, J. M. (2011), “¿Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la “lucha contra la impunidad” y del “derecho de la víctima al castigo del autor”, en *Derecho en Sociedad. Revista Electrónica de la Facultad de Derecho, ULACIT*, San José.

Corte no justificara el por qué extendía este criterio de *Barrios Altos* a toda violación de derechos humanos. Al respecto, autoras como Patricia Ziffer han señalado que “nada se dice en cuanto a cuáles son las pautas que han de guiar [la] ponderación” entre la afectación de los derechos del imputado y los derechos de las víctimas.⁴⁶

Los críticos resaltan los efectos negativos que ello podría tener de cara a la criminalización de la innumerable gama de actos que pueden generar violación de derechos humanos. Por otro lado, cabe señalar que la Corte Suprema de Justicia de Argentina, al pronunciarse sobre la investigación contra el procesado en el caso *Bulacio*, indicó que “no comparte el criterio restrictivo del derecho de defensa que se desprende de la resolución del tribunal internacional”. Agregó que “son los órganos estatales quienes tienen a su cargo el deber de asegurar que el proceso se desarrolle normalmente, y sin dilaciones indebidas. Hacer caer sobre el propio imputado los efectos de la infracción a ese deber, sea que ella se haya producido por la desidia judicial o por la actividad imprudente del letrado que asume a su cargo la defensa técnica, produce una restricción al derecho de defensa difícil de legitimar”⁴⁷.

Otro tipo de críticas se concentran en el alcance de la autoridad y legitimidad de un órgano internacional para ordenar el castigo de una conducta ilícita. Por ejemplo, Roberto Gargarella, complementando las teorías de Anthony Duff y Philip Pettit sobre cómo entender el derecho penal en relación con las ideas de autogobierno y democracia deliberativa, cuestiona la autoridad de los tribunales internacionales de derechos humanos, particularmente por su posible déficit de rendición de cuentas.⁴⁸ En su opinión, lo decisivo es cómo recuperar y desentrañar localmente el significado de las decisiones de estos órganos. Gargarella resalta que la autoridad de estos organismos no dependería de la equidad de los procedimientos con los que actúan (si su procedimiento es respetuoso del debido proceso), ni de la competencia que le hayan atribuido algunos países. Por el contrario, afirma Gargarella que la legitimidad y autoridad de estos órganos depende de las razones que sustentan sus fallos (no se debe buscar en ellos mandatos sino razones) y la forma como garantizan inclusión y la deliberación democrática necesaria para dotar de legitimidad a diversas decisiones colectivas sobre los alcances de la intervención del derecho penal en estas materias.

Asimismo, Gargarella otorga especial importancia, para juzgar la validez de una norma penal (dirigida a castigar o a no castigar), a las condiciones más o menos democráticas de su producción. A partir de ello critica la utilización del ya mencionado precedente del caso *Barrios Altos* -relacionado con una autoamnistía adoptada por un Congreso sometido al presidente Fujimori- para fundamentar la inconstitucionalidad de las leyes argentinas

25

46. Ziffer, P. (2005). “El principio de legalidad y la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad”. En VV.AA. *Estudios sobre Justicia Penal / Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier* (pp. 745 y ss.). Buenos Aires: Del Puerto, pág. 761.

47. Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, Espósito, Miguel Angel s/ incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa, 23 de diciembre de 2004.

48. Gargarella, R. (2008). “Justicia Penal Internacional y Violaciones Masivas de Derechos Humanos”. En R. Gargarella. *De la injusticia penal a la justicia social* (pp. 105-147). Bogotá: Siglo del Hombre y Universidad de los Andes.

sobre punto final y obediencia debida, que habían sido adoptadas luego del retorno a la democracia en el foro legislativo. Gargarella resalta entonces que estas decisiones sobre amnistía son problemáticas, no por estar en contra de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, sino porque la impunidad fue decidida por la élite de aquellos beneficiados por la misma sin permitir que se escucharan las voces del resto de la sociedad.⁴⁹

Por otro lado, Gargarella señala que, además del componente de inclusión, el componente de deliberación exige la mayor deliberación impulsada por el órgano judicial y los demás órganos en que se divide el poder democrático-representativo de una comunidad. En este punto, incluso si se garantiza la equidad y el debido proceso en un juicio internacional, le preocupa a Gargarella si las decisiones que debería deliberar la ciudadanía son arrebatadas por una élite, sea judicial, doctrinaria o académica. Indica entonces que los miembros de la Corte Interamericana no son elegidos popularmente, no son removibles por la ciudadanía y ésta “carece de toda forma razonable y a su alcance para desafiar las decisiones de ese tribunal” y las decisiones de tal tribunal “suelen ser objeto de interpretaciones que quedan en manos de órganos que, nuevamente, merecen ser señalados por sus problemas de legitimidad”.⁵⁰ Gargarella concluye señalando la importancia del poder judicial en el impulso del diálogo colectivo sobre algunos temas, sin que los jueces impongan su punto de vista o un estándar construido muy lejos de la comunidad en la que se pretende aplicar.

26 En segmentos posteriores me interesa acompañar los esfuerzos que se han hecho por responder a algunas de estas críticas. En primer lugar señalaré precisiones en la jurisprudencia interamericana dirigidas a una justificación más exhaustiva sobre las restricciones a los derechos de los procesados y sobre el alcance de la ponderación entre los derechos de éstos y los de las víctimas.

En segundo lugar desarrollo algunos ejemplos sobre el creciente diálogo jurisprudencial entre las Altas Cortes nacionales y la Corte Interamericana, con especial énfasis en el rol que han tenido las decisiones interamericanas en el empoderamiento de voces excluidas del debate público y en el fortalecimiento de actores institucionales locales con una agenda progresista en materia de derechos humanos. Las decisiones interamericanas adquieren relevancia para fortalecer el diálogo colectivo local, donde, a través de reformas constitucionales, legislativas o decisiones judiciales internas, se ha involucrado algún grado de deliberación democrática de actores políticos internos dirigidos a dar mayor peso al derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito interno. En esos escenarios, los argumentos basados en el derecho internacional adquieren un peso democrático relevante, que es importante tener en cuenta al valorar la legitimidad de las decisiones interamericanas⁵¹.

49. *Ibid.*, págs. 133-134.

50. *Ibid.*, págs. 139-141.

51. En este tipo de análisis sigo el derrotero señalado por Abramovich (2008 y 2011) y Filippini (2007), quienes han resaltado que no es posible asimilar los pronunciamientos internacionales como derecho “extranjero” o como “préstamos”, teniendo en cuenta los procesos políticos, actores y discusiones colectivas que llevaron a la inserción constitucional del derecho internacional en el derecho interno y el protagonismo del Estado en la producción de normas internacionales. Ver Abramovich, V. (2008).

3. Precisiones en relación con la justificación y límites de algunas garantías judiciales

Un interesante caso donde la Corte analizó restricciones a derechos de los procesados como consecuencia de una decisión interamericana a favor de la víctima puede verse en el caso *Bueno Alves Vs. Argentina*⁵². En este caso se declaró que la víctima había sufrido tortura por parte de funcionarios de la policía de Argentina mientras estuvo detenido. A pesar de que la Corte Interamericana había ordenado la investigación de los hechos, en un primer momento la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina confirmó la prescripción a favor del funcionario público que había sido procesado.

El razonamiento de la Corte Suprema tuvo como fundamento que dichos hechos no constituían un crimen de lesa humanidad y, por tal razón, no se relacionarían con un delito imprescriptible. La Corte argentina agregó que lo vedado a los Estados es “el dictado de leyes o de cualquier otra disposición con la finalidad de impedir la investigación y la sanción de las graves violaciones de los derechos humanos (crímenes de lesa humanidad), pero de ningún modo puede ser entendido como prohibiendo que esos hechos queden sometidos a las reglas generales de extinción de la acción y de procedimiento por la sola razón de que su aplicación pudiera conducir al dictado de una absolución o de un sobreseimiento”⁵³.

Al valorar esta decisión que impedía la implementación de la orden interamericana, la Corte IDH⁵⁴ reiteró su jurisprudencia en el caso *Vera Vera y otra Vs. Ecuador*⁵⁵ en el sentido que la improcedencia de la prescripción usualmente ha sido declarada por las peculiaridades en casos que involucran graves violaciones a derechos humanos, tales como la desaparición forzada de personas, la ejecución extrajudicial y tortura, donde se justifica “mantener vigente en el tiempo el poder punitivo del Estado sobre conductas

27

“Transplante y Neopunitivismo. Debates sobre la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en Argentina”. En S. Tiscornia. *Activismo de los Derechos Humanos y Burocracias Estatales. El caso Walter Bulacio*. Buenos Aires: Del Puerto; Abramovich, V. (2011). “Autonomía y subsidiaridad. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos frente a los sistemas de justicia nacionales”, en C. Rodríguez Garavito (coord.), *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores; Filippini, L. (2007) “El Derecho Internacional de los derechos humanos no es un préstamo. Reflexiones sobre la crítica a los préstamos de Carlos F. Rosenkrantz”, en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, No, 8, pp. 191-202.

52. Corte IDH, *Caso Bueno Alves Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 164.

53. Si bien estos fueron argumentos del Procurador General de la Nación, fueron asumidos plenamente por la Corte Suprema. Entre los argumentos se señaló que si bien se “deja abierta la cuestión referida a una eventual responsabilidad internacional del Estado si es que se ha dejado de investigar o sancionar por inactividad, morosidad o cualquier otra falta imputable a sus órganos[,] lo que no es admisible es que se prosiga una persecución penal *contra legem* del imputado para evitar una eventual condena internacional al Estado”.

54. Corte IDH, *Caso Bueno Alves Vs. Argentina. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 5 de julio de 2011.

55. Cfr. Corte IDH, *Caso Vera Vera y otra Vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 19 de mayo de 2011. Serie C No. 224, párr 117.

cuya gravedad hace necesaria su represión para evitar que vuelvan a ser cometidas⁵⁶. En algunos de esos casos, las violaciones de derechos humanos ocurrieron en contextos de violaciones masivas y sistemáticas.

Bajo este criterio, la Corte no ha ordenado una reparación consistente en investigación penal en casos como *Albán Cornejo Vs. Ecuador* relacionado con una víctima fallecida por causa de una mala praxis médica⁵⁷ y precisamente en el caso *Vera Vera*, relacionado con un disparo sufrido por la víctima y su fallecimiento, once días después, mientras se encontraba bajo custodia del Estado⁵⁸. Cabe resaltar que, en este último caso, la Corte reconoció el “derecho de la madre y de los familiares de conocer completamente lo sucedido al señor Vera Vera”, razón por la cual se ordenó al Estado satisfacer dicha expectativa mínima. Ello abre la posibilidad de escenarios más allá del sistema penal para garantizar el derecho a la verdad y el acceso a la justicia en estos casos.

Como se observa, en relación con lo ya explicado en el apartado I de este artículo, el Tribunal ha ido determinando obligaciones positivas especiales o más calificadas en torno al deber de investigar, dadas ciertas circunstancias. Por ejemplo, al calificar como crímenes de lesa humanidad algunos de los hechos analizados en sus fallos (como en los casos *Almonacid* y la *Cantuta*), se asocia a estas graves violaciones con los crímenes “más graves” del derecho penal internacional y se hace más riguroso el deber de investigar⁵⁹.

28

56. Corte IDH, *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia*, párr. 207 y Corte IDH, *Caso Vera Vera y otra Vs. Ecuador*, párr 117. La Corte indicó que si bien toda violación a los derechos humanos supone una cierta gravedad porque implica el incumplimiento de obligaciones internacionales a favor de las personas, ello no debe confundirse con las mencionadas “violaciones graves a los derechos humanos”. El Tribunal rechazó entonces declarar como no procedente la prescripción en todo caso sometido a la Corte i) por el solo hecho de tratarse de violaciones de derechos humanos, ii) por la sola circunstancia de que no fuera posible establecer con certeza las responsabilidades correspondientes, o iii) porque no se haya llevado a cabo ningún tipo de investigación.

57. En este caso la Corte señaló que “el imputado no es responsable de velar por la celeridad de la actuación de las autoridades en el desarrollo del proceso penal, ni por la falta de la debida diligencia de las autoridades estatales. No se puede atribuir al imputado en un proceso penal que soporte la carga del retardo en la administración de justicia, lo cual traería como resultado el menoscabo de los derechos que le confiere la ley”. Cfr. Corte IDH, *Caso Albán Cornejo Vs. Ecuador*, op. cit. Similar desarrollo es posible encontrar en la Corte Europea de Derechos Humanos. En el caso *Byrzykowski v. Poland* la Corte Europea examinó la responsabilidad estatal por la demora en la investigación de un caso penal de mala praxis médica. La Corte Europea determinó que el Estado había violado el derecho a un recurso efectivo al no investigar y sancionar el crimen antes de la operación de la prescripción. Sin embargo, la Corte no se pronunció sobre la validez de la prescripción, ni ordenó que no se aplicara. En la etapa de reparaciones solamente se otorgó reparaciones por la falta de investigar debidamente, y no hubo pronunciamiento con respecto a la obligación del Estado de continuar las investigaciones por el delito que ya había prescrito. ECHR, *Byrzykowski v. Poland*, Judgment of June 27, 2006, §113 y 127.

58. Cfr. Corte IDH, *Caso Vera Vera y otra Vs. Ecuador*, párr. 122.

59. En el caso *Perozo* la Corte precisó algunas características de estas violaciones graves, que involucrarían patrones o sistematicidad en la comisión de una conducta ilegal. Se trata de violaciones de derechos asociadas a “prácticas sistemáticas y masivas”, “patrones” o “políticas estatales” cuando “la preparación y ejecución” de la violación de derechos humanos de las víctimas fue perpetrada “con el conocimiento u órdenes superiores de altos mandos y autoridades del Estado o con la colaboración, aquiescencia y tolerancia, manifestadas en diversas acciones y omisiones realizadas en forma coordinada o concatenada”, de miembros de diferentes estructuras y órganos estatales. En estos casos ocurre una “instrumentalización del poder estatal como medio y recurso para cometer la violación” de derechos, lo que generalmente se ha visto favorecido por situaciones generalizadas de impunidad. Corte I.D.H.,

Asimismo, el concepto de “cosa juzgada fraudulenta” aludía precisamente a acciones u omisiones dirigidas a propiciar la impunidad y sustraer a los responsables de la actuación de la justicia donde no es aplicable el principio *ne bis in idem* (*supra*). Dos de los casos analizados (*Carpio y Gutiérrez Soler*) no se relacionaban con crímenes de lesa humanidad ni con un patrón de violaciones masivas y sistemáticas. Sin embargo, no se había aceptado la cosa juzgada basada en hechos internacionalmente ilícitos. En estos casos, tal como lo ha señalado Abramovich,⁶⁰ adquiere similar gravedad tanto la impunidad del crimen garantizada a través de leyes adoptadas por el Ejecutivo o el Legislativo (como podrían serlo decretos o leyes de amnistía) como la impunidad del crimen originada en la clara falta de voluntad del Poder Judicial de garantizar el acceso a la justicia.

En segundo lugar, aún cuando algunas violaciones de derechos humanos como la tortura, las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias y las desapariciones forzadas no se relacionen con un patrón, un contexto o una política generalizada y sistemática de violaciones de derechos, estas violaciones constituyen crímenes bajo el derecho internacional o ilícitos que el derecho internacional exige a los Estados penalizar⁶¹.

En el caso en discusión la Corte IDH concordó con la Corte argentina en que no fue probado que los actos de tortura cometidos en contra del señor Bueno Alves cumplieran los requisitos para establecer que fuera un crimen de lesa humanidad. Sin embargo, la Corte IDH resaltó que, con independencia de si una conducta constituye un crimen de lesa humanidad, no era admisible la prescripción en el caso concreto teniendo en cuenta:

- i) lo señalado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Abdulsamet Yaman V. Turkey* respecto a que cuando un funcionario estatal ha sido acusado de delitos relacionados con tortura o tratos crueles, es de suma importancia para garantizar un recurso efectivo que el proceso penal no enfrente limitaciones derivadas de la prescripción;
- ii) lo establecido por el Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia en el caso *Furundzija* en el sentido que una de las consecuencias del carácter *jus cogens* que la comunidad internacional ha atribuido a la prohibición de tortura se encuentra la imposibilidad de prescripción de la tortura;
- iii) el rechazo del Comité de Derechos Humanos (en su Observación General 31) a “plazos de prescripción excesivamente breves” cuando se relacionan con delitos según el derecho internacional o en la legislación nacional, entre ellos la tortura;

29

Caso Perozo y otros Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195.

60. Abramovich, V. (2008). “Transplante y Neopunitivismo. Debates sobre la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en Argentina”. En S. Tiscornia. *Activismo de los Derechos Humanos y Burocracias Estatales. El caso Walter Bulacio*. Buenos Aires: Del Puerto.

61. La Asamblea General de las Naciones Unidas ha señalado que “los responsables de todos los actos de tortura deben ser procesados y castigados”. Ver Resolución 61/153 “La tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes” de 19 de diciembre de 2006 párrafo 6 y resolución 60/148 “La tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes” de 16 de diciembre de 2005, párrafo 5. Ver asimismo Andreu, F. (2008). *Impunidad y graves violaciones de derechos humanos*. Ginebra: Comisión Internacional de Juristas.

- iv) la postura crítica del Comité contra la Tortura respecto a la aplicación de normas de prescripción al crimen de tortura (en observaciones finales respecto a Chile, Marruecos, Turquía, Eslovenia, Lituania, Serbia y Francia);
- v) experiencias como las de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, al rechazar un alegato de prescripción en relación con un caso de tortura que no estaba relacionado con un patrón generalizado (el caso *Wilson Gutiérrez Soler*);
- vi) la posible relación de la no procedencia de la prescripción con el objetivo de impedir que el Estado evada la rendición de cuentas por las arbitrariedades que cometan sus propios funcionarios en el marco de contextos de violencia institucional u obstáculos en la investigación. En este punto, la Corte IDH retomó la preocupación del Comité contra la Tortura, en relación con Argentina, por la asimilación del delito de tortura a tipos penales de menor gravedad, como los “apremios ilegales”, sancionados con penas muy inferiores. Este aspecto había ocurrido precisamente en el caso *Bueno Alves* e implicó que se considerara que el máximo de la pena para el cómputo de la prescripción fuera de cinco años;
- vii) la negligencia en la investigación de los hechos (el proceso dependió casi exclusivamente de la actividad de la víctima, no se procuró identificar a otro posible responsable), y
- viii) el compromiso del Estado, al reconocer su responsabilidad internacional, en el sentido de “realizar sus mejores esfuerzos en concluir las investigaciones en la forma más rápida posible”. El Tribunal consideró que la calificación de los hechos como “apremios ilegales”, y no como hechos de tortura fue contraria a dicho reconocimiento de responsabilidad internacional. Además, indicó que el Estado no podía invocar en la etapa de supervisión de cumplimiento un hecho a su favor que conoció y que debió comunicar diligentemente a la Corte. Asimismo, la decisión de la Corte Suprema no guardaba relación con el reconocimiento de responsabilidad, con el compromiso de investigar asumido por el Estado ante el Tribunal, ni con la Sentencia emitida por la Corte. En esas circunstancias, la Corte consideró que “el contenido inicial de reparación que un allanamiento puede significar se desvanece”.

30

Teniendo en cuenta todo lo anterior, la Corte concluyó que las autoridades judiciales, cuando analicen la posible prescripción de un delito de tortura, dada su gravedad, deben declarar dicha prescripción, cuando fuere conducente, solo después de que se haya efectuado una investigación con debida diligencia⁶². El Tribunal consideró que, por regla general, la prescripción debe aplicarse cuando corresponda, salvo que se compruebe una clara falta de debida diligencia en la investigación y, en consecuencia, una negación al acceso a la justicia por parte de una víctima de tortura.

Como se observa, la Corte no cierra toda posibilidad a la prescripción en este tipo de casos, es decir, no está ampliando el elenco de delitos imprescriptibles. Se insiste entonces

62. Corte IDH, *Caso Bueno Alves Vs. Argentina. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 5 de julio de 2011.

en la necesidad de que opere una debida diligencia en la investigación para que dicho instituto procesal se aplique en forma proporcionada. Los problemas en la investigación, sumados a los efectos del allanamiento realizado por el Estado, así como el régimen especial que regula la prohibición de tortura en el derecho internacional, constituyeron un conjunto de factores que, en el caso concreto, sustentaron la restricción de garantías del procesado a ser juzgado en un plazo razonable sin hacer totalmente nugatorio este derecho, dado que la acción penal puede llegar a prescribir si existe debida diligencia. Cabe resaltar que en esta evolución tiene un rol el diálogo con la crítica por parte de una alta corte interna -la mencionada decisión de la Corte argentina en el caso *Espósito-*, tal como como lo resaltó el juez García Ramírez en su voto en el caso *Albán Cornejo*⁶³.

Este tipo de precisiones permiten inferir que no existe una vocación de “castigo a ultranza” como señalan algunos críticos. Asimismo, la jurisprudencia constante de la Corte indica que procede investigar, juzgar y, **en su caso**, sancionar. Es decir, no se hace énfasis en el castigo carcelario o en la “pena penal”, pues lo fundamental es que se haya adelantado una investigación y juicio en forma diligente y dependerá, en cada caso, según lo que se derive de cada proceso, que el conjunto de elementos permita o no aplicar una sanción penal. Así por ejemplo, la Corte se ha abstenido de atribuir responsabilidad internacional respecto a la violación de la obligación de investigar por el solo hecho de que no existan condenas específicas, tal como se deriva del caso *Martín del Campo Dood Vs. México*⁶⁴, cuando el Tribunal analiza un alegato según el cual “ninguno de los once funcionarios públicos denunciados han sido procesados o sancionados penalmente”. Como lo indicara el respectivo voto razonado de la jueza Medina Quiroga, “el alegar que un recurso no ha sido acogido no dice relación con ninguna de las [garantías judiciales que el artículo 8 de la Convención] establece para que se cumpla con un debido proceso”. A la Corte compete entonces “examinar los defectos de la investigación”, los cuales no se derivan del solo hecho de la inexistencia de sanciones por un crimen. En similar sentido, en el caso *Palma Mendoza Vs. Ecuador*, es posible ver un importante nivel de deferencia respecto a la ponderación de prueba que efectúan las autoridades internas respecto a si procede o no procede sancionar penalmente a una persona, de tal forma que no se compromete la

63. En 2007, en su voto razonado en el caso *Albán Cornejo*, el Juez García Ramírez señaló que “al reflexionar sobre [la prescripción] es preciso traer a cuentas lo que [ella] significa en el espacio de las defensas del inculpado [...] y las reflexiones que a este respecto ha adelantado, de manera sugerente y constructiva, la meditación jurisprudencial de la Corte Suprema de Argentina. [...] En mi concepto, la Corte Interamericana avanza en la precisión de su jurisprudencia sobre la materia. No modifica su criterio. Lo precisa o perfila mejor, alentada por una preocupación que recibe de la jurisprudencia interna”. Sobre el particular son sugestivas las reflexiones de Basch, cuando señala que “de los desacuerdos con la línea filosófico-jurídica de la Corte IDH no se sigue el rechazo a su autoridad interpretativa. Una comunidad sin desacuerdos es impensable; una autoridad judicial sin desacuerdos es innecesaria [...] Ante desacuerdos con la jurisprudencia interamericana, lo mejor parece ser trabajar para lograr su modificación”. Ver Basch, Fernando (2011), “La autoridad interpretativa de la Corte Interamericana: en transición hacia una comunidad regional de principios”. En R. Gargarella (coord.), *La Constitución en 2020. 48 propuestas para una sociedad igualitaria*, Buenos Aires, Siglo veintiuno Editores, pág. 360. Es claro que la evolución jurisprudencial de la Corte IDH se enriquecerá con el diálogo crítico proveniente de algunas decisiones locales rigurosamente ancladas en la defensa del sistema interamericano.

64. Corte I.D.H., *Caso Alfonso Martín del Campo Dodd Vs. Estados Unidos Mexicanos. Excepciones Preliminares*. Sentencia de 3 de septiembre de 2004. Serie C No. 113.

responsabilidad internacional del Estado por el sólo hecho de que no se haya efectuado una condena contra los presuntos autores intelectuales de un secuestro seguido de asesinato⁶⁵.

Finalmente, es importante resaltar que la determinación de responsabilidad internacional es diferente a la determinación de responsabilidad penal. La Corte IDH no pretende reemplazar a los jueces nacionales en la precisión de autorías o en el establecimiento de sanciones, razón por la cual es impropio alegar posibles problemas de garantías judiciales en el contencioso internacional para los acusados de ciertas violaciones de derechos humanos, sin desconocer que los procesos de implementación exigirán una redefinición en sede penal de lo establecido en sede internacional⁶⁶.

En suma, en la supervisión del caso *Bueno Alves* la Corte señala que es un conjunto de factores el que corresponde analizar al valorar si procede o no aceptar una prescripción decretada a nivel interno. En mi opinión, ello exige un escrutinio estricto de dicho conjunto de factores que permiten valorar la proporcionalidad de la prescripción o figuras similares en un caso concreto. Un escrutinio moderado en este tema es el desarrollado en la supervisión de cumplimiento del caso *Escher y otros Vs. Brasil*, relacionado con la violación de los derechos a la intimidad y asociación por la realización de escuchas telefónicas ilegítimas a miembros de organizaciones campesinas. La Corte ordenó la investigación de estos hechos. Sin embargo, años después, señaló que era pertinente “dar por concluida” la supervisión de la orden de investigar teniendo en cuenta que “en la Sentencia del (...) caso no se declaró la improcedencia de la prescripción, sino que se estableció que se investigara penalmente determinadas conductas y se establecieran las consecuencias que la ley previera, lo cual no descartaba la posibilidad de que la acción penal, respecto de los hechos a ser investigados,

32

65. Corte I.D.H., *Caso Palma Mendoza Vs. Ecuador. Excepción Preliminar y Fondo*. Sentencia de 3 de septiembre de 2012. Serie C No. 247. La Corte observó que ya existía condena de autores materiales y que se indagó por otras responsabilidades de otros individuos, quienes fueron inicialmente vinculados al proceso penal y luego sobreesididos con base en la ponderación de la prueba obtenida en la investigación.

66. Al respecto, cabe resaltar la sentencia de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, en su decisión en el caso Fujimori, al señalar que “más allá del valor intrínseco de los fallos de la CIDH en general y de las SSCIDH Barrios Altos y La Cantuta en particular, es de anotar que, sin perjuicio de los hechos declarados probados, la relevancia jurídico penal de aquellos, la aplicación e interpretación de las normas penales pertinentes y, en su caso, la individualización de la pena son de competencia exclusiva del Tribunal Penal. La CIDH no declara la inocencia o la culpabilidad de una persona –en sede internacional se dilucida la responsabilidad internacional del Estado por una infracción de las normas convencionales–; y, es en sede del proceso penal donde se actuarán las pruebas necesarias para un pronunciamiento definitivo acerca de la culpabilidad o inocencia del acusado –de no ser así, resultaría innecesaria la fase probatoria del proceso penal–. La responsabilidad internacional del Estado tiene sus propios criterios de imputación, que no pueden extenderse automáticamente al campo de la responsabilidad penal –aunque éstos, también es verdad, no pueden obviarse sin más–, para lo cual se requiere una sentencia, que será condenatoria si se enerva la presunción de inocencia, lo cual no excluye por cierto tomar como un elemento importante ambos fallos internacionales, con un peso de persuasión calificado, en especial, por el ámbito común de apreciación, los hechos contextuales y patrones de comportamiento del Estado y, por cierto, de sus dirigentes en un momento determinado”. Ver asimismo las sentencias de interpretación emitidas por la Corte Interamericana en los casos Fernández Ortega y Rosendo Cantú, ambos Vs. México, rechazando el planteo del Estado respecto a que declarar la responsabilidad internacional implicaba vulnerar las garantías penales de los militares procesados en dichos casos sobre violación sexual.

se encontrara prescripta⁶⁷. Ello puede resultar problemático en aquellos casos donde, si bien la violación de la Convención no se relaciona con graves violaciones de derechos humanos como la tortura o la desaparición forzada, si puede estar relacionada con la instrumentación del poder punitivo del Estado para desarrollar actos ilegales, como la persecución irregular de la oposición política. En este tipo de casos la ponderación de derechos debe involucrar un conjunto de factores que, en los casos concretos, doten de sentido la intervención interamericana en busca de la remoción de la impunidad. Ello no significa necesariamente castigo penal y podría justificar otro tipo de escenarios de acción estatal, como el desarrollo de investigaciones disciplinarias u otro tipo de esclarecimiento. Pero no es fácilmente aceptable legitimar la inacción estatal en esta materia, lo cual priva de acciones dirigidas a prevenir estos hechos a través de algún tipo de sanción.

Es posible concluir que el fundamento de algunas restricciones a las garantías judiciales de los procesados por violaciones de derechos humanos se relaciona no sólo con la naturaleza del crimen o de los hechos constitutivos de violación sino también con variables relacionadas con las violaciones al acceso a la justicia ocurrida en el caso concreto. En ese marco, en términos generales, no parece entonces razonable asimilar la lucha contra la impunidad en la jurisprudencia de la Corte con lo que corresponde al derecho penal de enemigo o un derecho penal máximo. La Corte no reduce la idea de justicia a una visión anclada en el castigo carcelario. Es una visión más amplia basada en la visibilización de los alcances del acceso a la justicia. La impunidad es vista como un problema que va más allá de la ausencia de castigo. Si bien es cierto que la jurisprudencia no ha decantado distinciones entre reproche y reproche a través de castigo penal de prisión, lo cierto es que, tal como lo señala Filippini,⁶⁸ el eje penal no tiene la importancia que algunos críticos señalan cuando se tiene en cuenta el conjunto global de reparaciones que ordena la Corte, particularmente las garantías de no repetición dirigidas a transformar los contextos estructurales de violencia y exclusión que se esconden detrás de estas graves violaciones⁶⁹.

33

4. La dinámica del control de convencionalidad y la unidad de protección entre el sistema internacional y el ámbito interno

Tal como lo fue señalado, algunas de las críticas contra la Corte señalan que las decisiones interamericanas se adoptan en forma apartada o lejana de la “comunidad” y

67. Corte I.D.H., *Caso Escher y otros Vs. Brasil. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 19 de junio de 2012.

68. Filippini, L. (2008). “El prestigio de los derechos humanos. Respuesta a Daniel Pastor”. En R. Gargarella (Coord.). *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional. Tomo II: Derechos* (pp. 1207-1235). Buenos Aires: Abeledo Perrot.

69. Para una más exhaustiva exposición de contraargumentos respecto a la acusación de neopunitivismo, ver Filippini, L., *ibid.* Una exposición más detallada del rol que, bajo ciertos parámetros garantistas, pudiera tener el castigo como reflejo de la justicia del Estado Social de Derecho, puede verse en Bernal Sarmiento, C. y Reed Hurtado, M. (2006). “Entre la razón y la pasión: reconocimiento y castigo de las atrocidades perpetradas en Colombia”. En VV.AA. *Desaparición forzada, política criminal y procesos restaurativos. Dilemas y desafíos de la verdad, la justicia y la reparación en el contexto colombiano* (pp. 55-92). Bogotá: Fundación Social.

el “contexto” político en los que corresponde su implementación. Al respecto, en este segmento analizaré uno de los más importantes aportes de la jurisprudencia reciente en relación con el llamado “**control de convencionalidad**” que deben desarrollar los jueces y autoridades internas respecto al cumplimiento de los instrumentos internacionales. En el caso *Almonacid*, teniendo en cuenta las contradictorias decisiones que algunos tribunales habían adoptado en relación con la aplicación o inaplicación del Decreto Ley de autoamnistía, la Corte Interamericana señaló que:

[...] es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

34

Este pronunciamiento es muy relevante porque dejó claro el necesario rol de las autoridades judiciales internas en la salvaguarda de la Convención Americana y resalta el papel de los estándares internacionales de derechos humanos en el impulso de la exigibilidad local de los derechos a la verdad, la justicia y reparación. Ello impulsa diversos diálogos jurisprudenciales sobre el control de convencionalidad, donde autores como Góngora encuentran,⁷⁰ en algunos casos, ejemplos de pluralismo (diversidad de intérpretes de los tratados de derechos humanos en la construcción de estándares constitucionales regionales), multidireccionalidad (convergencias que comienzan desde lo interamericano hacia lo local y viceversa), entre otras características.

En este artículo no profundizo en una valoración analítica de estos diálogos jurisprudenciales. A continuación, tan solo efectúo una exploración sobre este tema a partir de ejemplos relacionados con Colombia, Guatemala y Uruguay, donde la intervención interamericana va de la mano con la dinámica intervención de actores institucionales locales con vocación progresista. Esta actuación conjunta permite ver las decisiones interamericanas no como criterios alejados de un contexto político particular, sino como un escenario de continuidad de las luchas locales por la realización de los derechos.

70. Góngora Mera, M. E. (2010), “Diálogos jurisprudenciales entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional de Colombia: una visión coevolutiva de la convergencia de estándares sobre derechos de las víctimas”, en A. von Bogdandy, E. Ferrer Mac-Gregor y M. Morales Antoniazzi (cords.), *La Justicia Constitucional y su Internacionalización. Hacia un Jus Constitucionale Commune en América Latina?*, Tomo II, México, UNAM/IIJ.

4.1. Colombia

Las decisiones de la Corte Interamericana han sido utilizadas en pronunciamientos de las Altas Cortes Colombianas (Corte Constitucional, Consejo de Estado, Corte Suprema de Justicia), la Fiscalía General de la Nación, órganos de control (Defensoría del Pueblo, Procuraduría General de la Nación) e incluso por sectores del Gobierno y del Poder Legislativo⁷¹.

Las decisiones de la Corte IDH en los casos *Velásquez Rodríguez* y *Barrios Altos* tuvieron un peso importante en la fundamentación de la sentencia C-004 de 2003, donde la Corte Constitucional analizó la constitucionalidad de una de las causales para la procedencia del recurso extraordinario de revisión en materia penal. La Corte consideró que este recurso no sólo procedía a favor del condenado y precisó que era posible restringir el principio del *non bis in idem* en los casos de violaciones a los derechos humanos y de infracciones graves contra el derecho internacional humanitario. Tomando como base, entre otros elementos, la jurisprudencia interamericana, la Corte señaló que los deberes del Estado de investigar y sancionar las violaciones de derechos humanos son mucho más intensos que en el caso de los delitos comunes y, por consiguiente, los derechos de las víctimas adquieren más preponderancia. El Alto Tribunal precisó entonces que las decisiones de órganos internacionales pueden generar, bajo ciertos supuestos, la reapertura de procesos y la modificación de sentencias que han hecho tránsito a cosa juzgada⁷². Esta trascendental decisión tuvo impacto en una reforma legislativa posterior, que incorporó en el código procesal este criterio⁷³, lo cual evidencia el impacto de las decisiones interamericanas en la discusión legislativa respectiva. Asimismo, este precedente ha sido utilizado por la Sala Penal de la Corte Suprema para reabrir diversas causas sobre violaciones de derechos humanos⁷⁴.

35

71. Ver Ramelli, A. (2004), "Sistema de fuentes del derecho internacional público y "bloqueo de constitucionalidad" en Colombia", en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 11, México, UNAM; Uprimny, Rodrigo (2007), "*La fuerza vinculante de las decisiones de los organismos internacionales de derechos humanos en Colombia: un examen de la evolución de la jurisprudencia constitucional*", en Viviana Krsticevic y Liliana Tojo (eds.), *Implementación de las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Washington, CEJIL; Jaramillo, J. F. y Castro Novoa, L. M. (2008), "La ejecución interna de las decisiones de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos. El caso colombiano", en Rengifo, José Antonio (comp.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Sistemas Internos de Protección y Reparación*, Bogotá, Ministerio de Relaciones Exteriores y Universidad Nacional de Colombia, pp. 407-472; Quinche, *op. cit.*

72. El Alto Tribunal precisó que el recurso de revisión procede cuando exista "un pronunciamiento judicial interno, o una decisión de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, aceptada formalmente por nuestro país, que constaten la existencia de ese hecho nuevo o de esa prueba no conocida al tiempo de los debates". De la misma manera, indicó que la acción de revisión cabía contra las providencias penales que declaren la preclusión de la investigación, la cesación de procedimiento o la sentencia absolutoria, "siempre y cuando una decisión judicial interna, o una decisión de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, aceptada formalmente por nuestro país, constaten un incumplimiento protuberante de las obligaciones del estado colombiano de investigar, en forma seria e imparcial, las mencionadas violaciones".

73. Artículo 4o de la Ley 906 de 2004.

74. Teniendo en cuenta, entre otros elementos, lo ordenado por la Corte Interamericana en el Caso *19 Comerciantes*, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia aceptó un recurso

Por otro lado, tal como ha señalado Góngora,⁷⁵ en otros fallos es posible observar una visión coevolutiva de la convergencia de estándares sobre derechos de las víctimas entre las Corte Constitucional y la Corte Interamericana. Así por ejemplo, en un primer momento, antes de la aprobación de la mencionada “Ley de Justicia y Paz”, los litigantes solicitaron, en el mencionado caso *Mapiripán*, un pronunciamiento específico de la Corte Interamericana desaprobando dicha ley. La Corte IDH se abstuvo de un pronunciamiento directo al respecto, aunque reiteró los alcances de su jurisprudencia sobre la imposibilidad de amnistías frente a graves violaciones y los principios sobre acceso a la justicia para las víctimas. Posteriormente, cuando la Corte Constitucional tuvo que analizar la Ley de Justicia y Paz, se apoyó en la jurisprudencia interamericana al señalar algunos problemas de dicha ley y ordenar diversos ajustes para fortalecer los derechos de las víctimas⁷⁶. Al volver la controversia al ámbito regional, en los mencionados casos *Masacre de La Rochela* y *Cepeda*, la Corte Interamericana se apoyó en la jurisprudencia de la Corte Constitucional para insistir en los lineamientos que debe cumplir la ley y la debida diligencia que deben tener las autoridades encargadas de su aplicación.

Otro escenario relevante en esta interacción se puede observar en la relación de la Corte Constitucional de Colombia con la implementación de algunas decisiones interamericanas. En efecto, respecto a varias medidas cautelares (de la Comisión Interamericana) y medidas provisionales (de la Corte Interamericana), la Corte Constitucional ha defendido su obligatoriedad en el ámbito interno y ha emitido diversas órdenes para contribuir a la eficacia de dichas medidas, particularmente respecto a que se investiguen adecuadamente los hechos y se suministre cierto tipo de información que permita una investigación con debida diligencia⁷⁷.

36

Un importante ejemplo al respecto se relaciona con una decisión emitida en 2010 para impulsar una actuación conjunta entre la Corte IDH y la Corte Constitucional de Colombia en relación con un componente de la ambiciosa sentencia adoptada por la Corte colombiana en 2004 respecto al “estado de cosas inconstitucional” de la situación de los desplazados por la violencia. El caso es interesante porque la Corte, durante siete años, a través de la implementación de este fallo, ha analizado sistemáticamente la política pública en esta materia a través de la emisión de más de veinte autos de seguimiento al fallo principal⁷⁸. Uno de los autos se concentró en la restitución de tierras, aspecto en el que se

de revisión y ordenó la reapertura de investigaciones contra los altos mandos militares de la zona. Cfr. Sentencia emitida el 6 de marzo de 2008, radicado 24841. Similar reapertura de investigación contra algunos absueltos ocurrió en relación con la recepción a nivel interno de las Sentencias de la Corte Interamericana sobre la ejecución extrajudicial del defensor de derechos humanos Jesús María Valle Jaramillo y sobre la tortura sufrida por Wilson Gutiérrez Soler. Cfr. Sentencias de 6 de julio de 2011 y de 17 de septiembre de 2008, respectivamente. Ver asimismo las sentencias de 1 de noviembre de 2007 (en relación con la decisión de la Comisión Interamericana en el caso Leydi Dayán Sánchez) y de 24 de febrero de 2010 (en relación con la decisión de la Comisión Interamericana en el caso del Colectivo 82).

75. Góngora, *op. cit.*

76. Sentencia C-370 de 2006.

77. Ver al respecto las sentencias T-327 de 2004 (sobre las medidas provisionales a favor de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó) y T-558 de 2003 (sobre medidas cautelares emitidas por la Comisión Interamericana).

78. Para un análisis a fondo de este fallo ver Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco (2010).

han presentado muchos obstáculos y riesgos para la vida e integridad de los desplazados organizados para exigir dicha restitución. El foco de análisis de la Corte Constitucional lo constituyó la comunidad afrocolombiana de Curvaradó y Jiguamiandó, que había sido objeto de violaciones sistemáticas de derechos por parte de grupos paramilitares. Los miembros de esta comunidad eran beneficiarios de medidas provisionales de la Corte Interamericana, las cuales son adoptadas en situaciones de extrema gravedad y urgencia. Ello incluía la ejecución de varios de sus miembros, el despojo de sus tierras y las amenazas a sus líderes, aspectos que generaron el desplazamiento forzado de las víctimas. En relación con la zona donde vivía esta comunidad el Gobierno del entonces Presidente Uribe había impulsado un proceso de restitución de tierras que era objeto de numerosas críticas, según las cuales se estaba legitimando un proceso previo de despojo a través de la violencia.

La Corte Constitucional adoptó “medidas cautelares de protección inmediata para la salvaguarda de los derechos fundamentales” de dichas comunidades. La Corte Constitucional indicó que, dada la tensión en la zona, y la necesidad de avanzar en el proceso de restitución de los territorios colectivos en esta región, era necesario que el Gobierno diseñara e implementara una metodología para un censo sobre quienes deben hacer parte del título colectivo. Además, la Corte ordenó al Ministerio congelar las “transacciones relativas al uso, posesión, tenencia, propiedad, o explotación agroindustrial o minera de predios amparados por el título colectivo” e impedir que se realicen transacciones sobre estos territorios que impidan la restitución.

En orden a fortalecer su intervención en esta materia, la Corte Constitucional “[i]nvit[ó] a la Corte Interamericana [...], para que en el marco de sus competencias judiciales y de seguimiento” a sus medidas provisionales, “conforme una comisión judicial de verificación respecto del cumplimiento de las órdenes impartidas por ese organismo judicial, así como respecto de la situación actual de vulnerabilidad y riesgo de la población y comunidades afrodescendientes” beneficiarias de las medidas. Como se observa, la Alta Corte local impulsó un trabajo conjunto con la instancia interamericana en orden a fortalecer la acción de protección en un contexto institucional polarizado y ante una situación de violencia bastante difícil.

37

4.2. Guatemala

Otro ejemplo del control de convencionalidad como experiencia dinámica lo constituye el caso de Guatemala. La Corte ha señalado que Guatemala enfrenta un patrón estructural de impunidad que ha dificultado el cumplimiento del deber de investigar⁷⁹. Por ello, en la implementación de algunas de sus decisiones, la Corte ha realizado un análisis más detallado del marco institucional en el que se insertan sus órdenes, tratando de precisar con más claridad el tipo de acción estatal idóneo para impulsar las investigaciones.

79. Corte IDH, Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala, Resolución de supervisión de cumplimiento, 27 de enero de 2009.

Así por ejemplo, al evaluar el cumplimiento de una Sentencia proferida cinco años atrás respecto a la desaparición forzada del niño Marco Antonio Molina Theissen, la Corte emitió órdenes dirigidas a una investigación con debida diligencia según los estándares de la jurisprudencia y avanzó en precisar el tipo de compromiso institucional necesario para el impulso de las investigaciones⁸⁰. En particular, el Tribunal estableció órdenes directas a diversas instituciones de Guatemala, de tal forma que acompañaran la producción de información por parte del Gobierno. En efecto, la Corte ordenó la designación de funcionarios de enlace en el Poder Judicial y en Inteligencia Militar, para que dichos funcionarios informaran detalladamente la forma como se enfrentan los obstáculos para superar los problemas en las investigaciones. Se ordenó al Estado que:

- designe un funcionario de la Comisión Nacional para el Seguimiento y Apoyo al Fortalecimiento de la Justicia (CNSAFJ), quien, junto con la Comisión Presidencial Coordinadora de la Política del Ejecutivo en Materia de Derechos Humanos (COPREDEH), deberá presentar un informe que establezca: i) el presupuesto que tiene el Estado para impulsar los casos de violaciones de derechos humanos durante el conflicto armado; ii) si dicho presupuesto es suficiente para cubrir las necesidades investigativas, en especial las del presente caso, y iii) de ser insuficiente dicho presupuesto, las medidas necesarias para incrementarlo;
- designe un funcionario de la CNSAFJ, quien establecerá un cronograma y una metodología de trabajo con las Altas Cortes dirigido a impulsar los casos de violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos;
- designe un funcionario de enlace en la inteligencia militar del Ejército, a quien el Ministerio Público y el juzgado que estén a cargo de las investigaciones internas del presente caso, así como la CNSAFJ, la COPREDEH, las víctimas de este caso o sus representantes, puedan dirigirse en búsqueda de información para descubrir a los responsables o hallar los restos del joven Molina Theissen. Este funcionario presentará, [...], conjuntamente con la COPREDEH, un informe sobre la metodología y el cronograma dirigido a impulsar la colaboración del estamento militar en el impulso de las investigaciones.

38

Una de las órdenes más relevantes emitidas por la Corte fue la de solicitar información sobre “el número de acciones disciplinarias, administrativas o penales emprendidas” contra funcionarios que se niegan a colaborar en el cumplimiento de dichas órdenes. Asimismo, la Corte precisó claramente que la labor de los órganos estatales mencionados “no se puede limitar al envío de oficios transcribiendo estas órdenes, sino que estos funcionarios, que deberán contar con todo el apoyo del Estado, deberán crear las condiciones para que la información remitida” sea “precisa, completa, confiable y aprovechable o útil, es decir, brinde parámetros cualitativos y cuantitativos para hacer seguimiento al cumplimiento de estas órdenes”. Como se observa, las decisiones de la Corte precisaban un margen

80. Corte IDH, Caso Molina Theissen Vs. Guatemala, Resolución de supervisión de cumplimiento, 16 de noviembre de 2009.

de acción para que Copredek pudiera interlocutar con otras agencias de las cuáles depende la implementación de las órdenes del Tribunal. Autoras como Huneeus,⁸¹ cuyo trabajo es pionero en focalizar el análisis de cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana desagregándolo según el órgano estatal al que va dirigida la orden emitida por la Corte, resaltan la importancia de estas estrategias basadas en la identificación con mayor detalle de los actores locales para interlocutar, en orden a construir una mejor alianza entre la Corte Interamericana y los jueces y fiscales internos dirigida al cumplimiento de los fallos internacionales.

Otro ejemplo relevante se relaciona con la implementación de las sentencias de fondo y reparaciones emitidas el 25 de noviembre de 2000 y el 22 de febrero de 2002 respecto a la desaparición forzada de Efraín Bámaca Velásquez. En dichos fallos se ordenó la investigación de lo ocurrido. Casi una década después de estas órdenes, las investigaciones no habían avanzado.

En consecuencia, en 2009⁸², el Tribunal adoptó órdenes con mayor detalle sobre los ajustes institucionales pertinentes para impulsar la obligación de investigar. La Corte solicitó información sobre “el número y las características de los actos procesales que se estén impulsando para investigar los patrones sistemáticos y la responsabilidad de las cadenas de mando militar respectivas”. La Corte añadió que dichos actos debían partir de la precisión de códigos y unidades institucionales así como de la respectiva línea de mando. Asimismo, el Tribunal ordenó y solicitó información detallada en torno al presupuesto asignado para impulsar la investigación así como el programa de protección de jueces, operadores judiciales y testigos, precisando que corresponde al Estado identificar de oficio el riesgo que se cierne sobre cualquier interesado o participe en la investigación, así como manejar en forma diligente cualquier inquietud al respecto alegada por las partes en el proceso.

39

Este enfoque de la Corte tuvo impacto en el impulso del caso. En un primer momento, el 11 de diciembre de 2009, la Sala Criminal de la Corte Suprema de Justicia declaró que era necesario anular un sobreseimiento emitido en dicho caso e “iniciar un nuevo procesamiento” de los responsables. Sin embargo, como consecuencia de la orden de reabrir la investigación, un militar retirado presentó un recurso de amparo ante la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, alegando que al existir un sobreseimiento a su favor el proceso no se podía reabrir y no podía ser sometido a una nueva persecución penal. La Corte de Constitucionalidad aceptó dicho recurso señalando que la Corte Interamericana no había declarado la fraudulencia de lo actuado en el proceso y que se podían vulnerar derechos del acusado. Se ordenó entonces la revisión de la decisión de reabrir la investigación. Si los magistrados no lo hacían, podían ser sancionados, razón por la cual anularon la decisión de reapertura de investigación.

Copredek (la mencionada Comisión Presidencial para el tema de derechos humanos) solicitó a la Corte un pronunciamiento específico sobre esta controversia entre la Sala

81. Huneeus, A. (2011). “Courts Resisting Courts: Lessons from the Inter-American Court’s Struggle to Enforce Human Rights”. *Cornell International Law Journal*. 44:3.

82. Corte IDH, Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala, Resolución de supervisión de cumplimiento, 27 de enero de 2009.

Criminal y la Corte de Constitucionalidad. De hecho, la Sala Criminal también solicitó la intervención de la Corte, aunque posteriormente anuló el acto en el que solicitó dicha intervención. Al resolver lo pertinente, la Corte Interamericana recordó que ya había señalado, diez años atrás, que el fiscal del caso “recibió presiones, atentados y amenazas” y que respecto de los recursos internos se ejercieron “acciones directas de agentes del Estado de alto nivel tendientes a impedir que tuvieran resultados positivos”. Además, la Corte Interamericana dio dos pasos importantes para fortalecer la legitimidad de sus órdenes en este caso.

En primer lugar, la Corte consideró que no sólo su jurisprudencia constante, sino también diversas prácticas en la región, relacionadas con la implementación judicial de sus órdenes, permiten inferir que no son necesarias órdenes específicas y desagregadas para que las autoridades internas implementen efectivamente investigaciones judiciales y adopten las medidas necesarias para superar los obstáculos que generan impunidad. Para ello, la Corte resaltó prácticas del derecho internacional en el derecho interno en Perú (relacionadas con los alcances de la anulación de las leyes de amnistía), Bolivia y Colombia sobre la improcedencia de oponer la garantía de prescripción para impedir investigaciones ordenadas por la Corte Interamericana respecto a graves violaciones de derechos humanos.

40

En segundo lugar, el Tribunal hizo un juicio de ponderación respecto a las garantías penales que se invocan para impedir la vigencia plena de la orden de investigar emitida por la Corte, frente a los derechos de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos como el relacionado con el caso *Bámaca*. El Tribunal consideró que la impunidad en la que pueden quedar estas conductas por la falta de investigación, genera una afectación bastante alta a los derechos de las víctimas. La intensidad de esta afectación no sólo autoriza sino que exige una excepcional limitación a la garantía de *ne bis in idem*, a fin de permitir la reapertura de esas investigaciones cuando la decisión que se alega como cosa juzgada surge como consecuencia del incumplimiento protuberante de los deberes de investigar y sancionar seriamente esas graves violaciones. En estos eventos, la preponderancia de los derechos de las víctimas sobre la seguridad jurídica y el *ne bis in idem* es aún más evidente, dado que las víctimas no sólo fueron lesionadas por un comportamiento atroz sino que, además, deben soportar la indiferencia del Estado, que incumple manifiestamente con su obligación de esclarecer esos actos, sancionar a los responsables y reparar a los afectados⁸³. Por ello, al analizar los recursos judiciales que puedan interponer los imputados por graves violaciones de derechos humanos, el Tribunal resaltó que las autoridades judiciales están obligadas a determinar si la desviación en el uso de una garantía penal puede generar una restricción desproporcionada de los derechos de las víctimas, donde una clara violación del derecho de acceso a la justicia desdibuja la garantía procesal penal de cosa juzgada.

En este punto la Corte también utilizó como fundamento las decisiones de Altas Cortes de la región en las que se había aceptado restringir algunas garantías penales de los procesados cuando claramente éstas constituían un obstáculo desproporcionado para

83. En este punto la Corte Interamericana siguió a la Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-004 de 20 de enero de 2003.

la debida diligencia en la lucha contra la impunidad. La Corte hizo alusión a casos de Altas Cortes de Perú y Colombia. Se consideró entonces que, tanto de la jurisprudencia de la Corte como de algunas decisiones en el derecho comparado, es posible concluir que en las eventuales tensiones entre el derecho de acceso a la justicia de las víctimas y las garantías judiciales del imputado, existe una prevalencia *prima facie* de los derechos de las víctimas en casos de graves violaciones de derechos humanos y más aún cuando existe un contexto de impunidad.

A partir de todo lo anterior, la Corte concluyó que no fueron aportados elementos que demostraran que las decisiones adoptadas por la Corte de Constitucionalidad y la Corte Suprema de Justicia –respecto al cierre del caso- hayan sido realizadas de conformidad con lo establecido por las Sentencias y Resoluciones de la Corte en el caso *Bámaca*. Se señaló que en este tipo de casos la prevalencia de un sobreseimiento por encima de los derechos de las víctimas genera que el proceso continúe con manifiestas violaciones del acceso a la justicia, proyectando la impunidad en el tiempo y haciendo ilusorio lo ordenado por la Corte⁸⁴.

Todavía es temprano para evaluar el impacto que estas resoluciones de supervisión de cumplimiento puedan tener en Guatemala. Asimismo, el actual gobierno ha adoptado medidas que modifican el rol de COPREDEH, la Secretaría de la Paz y el Programa Nacional de Resarcimiento en relación con los temas analizados previamente. Por lo pronto, cabe resaltar que una visión cuantitativa sobre el porcentaje en que se ha cumplido lo ordenado por la Corte generaría una conclusión limitada. Por el contrario, desde una perspectiva cualitativa, el surgimiento de mesas de trabajo y otros diseños institucionales locales para impulsar el cumplimiento de los fallos de la Corte, constituye un punto de partida muy relevante en el fortalecimiento estatal destinado a la defensa de la Convención Americana. En este sentido, el caso *Bámaca* es un ejemplo de cómo la Corte Interamericana profundiza en un análisis del conflicto entre instituciones que impulsan el cumplimiento de sus órdenes y órganos que ofrecen obstáculos para ello. De otra parte, para enfrentar este tipo de obstáculos, la Corte fortalece su papel como tribunal interamericano a través de un mayor diálogo con experiencias notables de implementación del derecho internacional en el ámbito local en la región, lo cual ofrece mayor legitimidad a la intervención interamericana.

41

4.3. Uruguay

Un ejemplo reciente sobre la forma en que las decisiones interamericanas pueden tener un rol relevante en la redefinición de discusiones colectivas en el ámbito público lo constituye la implementación del caso *Gelman* en Uruguay, relacionado con desapariciones forzadas y sustracción de menores⁸⁵. En su Sentencia la Corte tuvo que referirse nuevamente a los alcances de la mencionada “Operación Cóndor”, con especial énfasis en operaciones

84. Corte IDH, Caso *Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*. Supervisión de cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 18 de noviembre 2010.

85. Corte I.D.H., *Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221.

clandestinas que incluyeron en muchos casos la sustracción, supresión o sustitución de identidad y apropiación ilícita de niños y niñas, para lo cual mujeres embarazadas eran detenidas en el marco de las referidas operaciones y mantenidas vivas. En numerosos casos, como en el de una de las víctimas, los niños y niñas recién nacidos o nacidos en cautiverio eran entregados a familias de militares o policías o de terceros, luego de que sus padres fueran desaparecidos o ejecutados. Para los efectos de este artículo, solo resalto el complejo debate sobre la compatibilidad con la Convención Americana de una “Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado”, aprobada en 1986, y que concedía una amnistía que impedía las investigaciones.

Dicha Ley de Caducidad contó, en dos oportunidades, con el respaldo de la mayoría de la ciudadanía por medio de mecanismos de democracia directa (un referéndum de 1989 y una propuesta de anular la ley sometida a plebiscito en el año 2009). Al respecto, la Corte Interamericana reiteró su jurisprudencia respecto a que son inadmisibles las disposiciones de amnistía que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos. En relación con el apoyo de dicha ley a través de un referendo y un plebiscito, el Tribunal agregó que el hecho de que la Ley de Caducidad haya sido aprobada en un régimen democrático y aún ratificada o respaldada por la ciudadanía en dos ocasiones no le concede, automáticamente ni por sí sola, legitimidad ante el Derecho Internacional. La Corte Interamericana indicó además que la legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, por lo que la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un “control de convencionalidad”, que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial.

42

En similar sentido, la Suprema Corte de Justicia de Uruguay había declarado inconstitucional dicha ley cinco días antes de la realización de un plebiscito en el que la población tenía que decidir sobre la derogación de la ley. Si bien una mayoría de los votantes optó por la derogación de la ley, no se logró una votación superior al 50%, lo cual era necesario para la reforma constitucional correspondiente. Esta situación generó un choque entre lo decidido en dicho referendo y lo señalado por la Suprema Corte.

La decisión de la Corte Interamericana citó y concordó con la Corte Suprema. A partir de la decisión interamericana surgieron diversos debates en el órgano legislativo entre aquellos congresistas que defendían el estricto cumplimiento de las obligaciones internacionales en derechos humanos y aquellos que consideraban que no se podía desconocer los resultados de los plebiscitos realizados en 1989 y en 2009. Esta controversia es de particular relevancia, teniendo en cuenta el lugar que tiene la figura del plebiscito en la democracia uruguaya. Fue precisamente a través de un plebiscito, en 1980, que la población rechazó la constitución propuesta por los militares en el poder e inició el camino hacia la transición.⁸⁶ Sin embargo, en el referendo realizado en 1989, donde una

86. Errandonea, Jorge (2008), “Justicia Transicional en Uruguay”, en *Revista IIDH*, No. 47.

mayoría apoyó la Ley de Caducidad, se ha alegado un importante nivel de presión por parte de las fuerzas militares que habían abandonado el poder pero que seguían teniendo un poder intimidatorio⁸⁷. Asimismo, entre las múltiples interpretaciones respecto al plebiscito celebrado en 2009 se encuentran voces críticas respecto a que éste involucre una clara manifestación de “soberanía popular” a favor de la Ley de Caducidad, dado que la votación mayoritaria se concentró en la derogación de la misma⁸⁸.

A la postre, fue aprobada una ley que restableció la pretensión punitiva del Estado y declaró como crímenes de lesa humanidad los delitos ocurridos durante la dictadura, lo cual garantizaba su imprescriptibilidad. En la exposición de motivos de esta ley, presentada por los congresistas que hacían parte del partido político “Frente Amplio”, se invocaron como razones centrales los tratados de derechos humanos y la sentencia emitida por la Corte Interamericana⁸⁹. Por otra parte, en el acto de reconocimiento de responsabilidad internacional celebrado como consecuencia de lo dispuesto en la sentencia interamericana, el Presidente del Uruguay, José Mujica, señaló que esta obligación de cumplir con las decisiones de la Corte es un acto libre y soberano y reivindicó el principio de buena fe en el cumplimiento de la Convención Americana tanto frente a otros Estados como frente a

87. Barahona De Brito, A. (2001), “Truth, Justice, Memory, and Democratization in the Southern Cone”, en Barahona De Brito, A., González Enríquez, C. y Aguilar, P., *The Politics of Memory. Transitional Justice in Democratizing Societies*, Oxford University Press, pág. 131. Sobre la intimidación militar al momento de la aprobación de la ley de Caducidad, en 1986, ver lo manifestado por el dirigente del Frente Amplio, Luis Puig, en los debates de la aprobación de la ley que en 2011 declaró la imprescriptibilidad de los crímenes. López San Miguel, M. (2011), “El Frente Amplio lucha contra la impunidad”. *Página 12*, 27 de octubre de 2011, disponible en <http://www.pagina12.com.ar/diario/elmundo/4-179888-2011-10-27.html> (último acceso 10 de noviembre de 2011). Asimismo, ver la entrevista con Oscar López Goldaracena en 2007, cuando iniciaba la recolección de firmas dirigida a impulsar la nulidad de la ley mediante plebiscito. Amorín C. (2007), «Con Oscar López Goldaracena. Iniciativa por la Nulidad de la Ley de Caducidad. Arrancar la cultura de la impunidad de la identidad nacional». *Rel UITA*, 3 de septiembre de 2007, disponible en http://www.rel-uita.org/internacional/ddhh/con_oscar_lopez.htm (último acceso 29 de abril de 2012).

88. Sin negar la enorme cantidad de posturas al respecto, resalto la posición de la Congresista Constanza Moreira, adscrita al Frente Amplio, quien ha defendido la reciente ley sobre imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad al responder a las críticas según las cuales el poder legislativo estaría desconociendo lo decidido por la ciudadanía. Moreira señaló que “hay tantas mentiras repetidas con apariencia de verdad. La primera, la más repetida, es la de que “violentamos” la voluntad popular al impulsar esta ley en el Parlamento. Y que desconocemos dos plebiscitos. Error: uno fue un plebiscito y el otro una derogación. En la derogación, la voluntad popular se expresó: 58% de los uruguayos prefirieron mantener la ley. El otro, fue un plebiscito para anularla, veinte años después: 48% dijo que quería anularla. No alcanzó. Nos faltó un 2% para llegar a lo que la Constitución quiere. Pero esa es la voluntad popular: la que no alcanzó. No la otra, la del 52% que se mantuvo en silencio y del que no sabemos si quería mantener la ley, si se abstuvo, o si prefirió simplemente no votar. Eso no lo sabemos, no lo sabremos nunca. Y el silencio no es nunca expresión de voluntad soberana. Porque la voluntad soberana, desde la revolución francesa hasta nuestros días, es activa”.

89. La exposición de motivos del proyecto presentado por el Frente Amplio señaló que “tiene como propósito adaptar la legislación nacional a estándares internacionales de protección de los derechos humanos, en particular a los contenidos en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Gelman vs Uruguay; ratificar por vía legal el compromiso del Estado uruguayo con la idea más avanzada de que ciertos crímenes afectan la dignidad humana de tal magnitud e integran la categoría contra la humanidad, y clarificar en forma inequívoca que los términos procesales para ese tipo de conductas no podrán ser computados mientras la pretensión punitiva no estuviese vigente”

los ciudadanos de su país. El Presidente Mujica señaló que se trata de dar pasos dirigidos a la reparación del daño en este tipo de graves violaciones⁹⁰.

Como se observa, la decisión de la Corte tuvo un efecto desbloqueador de la discusión en el Senado y un importante efecto deliberativo, teniendo en cuenta que, desde un análisis del discurso, adquieren especial relevancia los argumentos que resaltan las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos y la responsabilidad del Congreso y del Ejecutivo respecto a la salvaguarda de los derechos de las víctimas.

Este peso del discurso sobre las “obligaciones internacionales” es de especial relevancia en este caso, si se tiene en cuenta que el referendo de 2009 fue realizado a pesar de que la Comisión Interamericana y el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas habían emitido, en 1992, 1993 y 2008 decisiones en las que se establecía la incompatibilidad de la Ley de Caducidad con diversos tratados de derechos humanos⁹¹. Surge la duda de si existió suficiente discusión pública sobre lo que implica este desconocimiento del principio de buena fe en el cumplimiento de obligaciones internacionales. Si bien es cierto que los impulsores del referendo invocaban el derecho internacional como uno de los fundamentos para revertir la ley mediante referendo,⁹² cabe preguntarse hasta qué punto se puede afectar la imparcialidad en la deliberación colectiva sobre estos temas si se somete a discusión ciudadana una alternativa de acción que ya había sido señalada como inviable desde el derecho internacional aplicable⁹³.

Es innegable la inserción de la decisión en el caso *Gelman* y la mayoría de decisiones interamericanas en profundas tensiones entre actores locales. Sin perjuicio de la necesidad de un mayor soporte empírico sobre cómo operó la discusión pública en Uruguay sobre este tema, lo cierto es que en el marco de esa compleja coyuntura, la decisión de la Corte IDH hace visible la existencia de principios y valores constitucionales internos que pudieron haber sido invisibilizados o ignorados y somete a discusión elementos que parecen no haber sido tenidos en cuenta, en forma suficiente, en la deliberación pública –por ejemplo, hasta qué punto han sido silenciados judicialmente o en el debate público los reclamos de acceso a la justicia de las víctimas-. Además, al adoptarse la nueva ley sobre imprescriptibilidad, el Congreso impulsa una deliberación teniendo en cuenta, entre

44

90. Para consultar el acto de reconocimiento de responsabilidad, ver <http://www.youtube.com/watch?v=s9osFrV2cVk&feature=related>

91. Ver CIDH, Informe núm. 29/92, Casos 10.029, 10.036, 10.145, 10.305, 10.372, 10.373, 10.374 y 10.375, Uruguay, 2 de octubre de 1992; CIDH, Informe de Fondo No. 32 -Caso Gelman- del 18 de julio de 2008, y Comité de Derechos Humanos, Caso Hugo Rodríguez Vs. Uruguay, Comité de Derechos Humanos, Observaciones Finales sobre Uruguay en 1993 y 1998.

92. Amorín C. (2007), “Con Oscar López Goldaracena. Iniciativa por la Nulidad de la Ley de Caducidad. Arrancar la cultura de la impunidad de la identidad nacional”. *Rel UITA*, 3 de septiembre de 2007, disponible en http://www.rel-uita.org/internacional/ddhh/con_oscar_lopez.htm (último acceso 29 de abril de 2012).

93. Por su parte, autores como Filippini resaltan que “los juicios penales ... podrían materializar, en parte, y de un modo difícil de sustituir a través de otras intervenciones, las exigencias de justicia negadas por leyes que, incluso aprobadas en democracia, fueron de pobre factura republicana, en tanto desconocieron los derechos, intereses y deseos relevantes de un enorme colectivo y, especialmente, los del grupo perseguido”. Filippini, L. (2012). “Reconocimiento y justicia penal en el caso *Gelman*”. En *Anuario de Derechos Humanos 2012*, Santiago: Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile, pág. 192.

otros elementos, los principios desarrollados por la Corte. La Corte IDH termina entonces coadyuvando la defensa de valores constitucionales efectuada por la Suprema Corte interna e impulsando una importante deliberación a nivel doméstico con enfoque de derechos. La decisión de la Suprema Corte, adoptada 5 días antes del referendo, había ofrecido una importante señal de la voluntad del poder judicial de influir en el debate público que en ese momento se hacía sobre la amnistía. La Corte Interamericana entra a coadyuvar esta actuación institucional en defensa de la Convención Americana.

En este sentido, la decisión interamericana no anula la democracia sino que visibiliza que el argumento basado en el derecho internacional es también democrático, en tanto ha sido una decisión soberana asumida por el Estado, a partir de la participación política de diversos actores que deciden comprometerse con una debida diligencia en la investigación de graves violaciones de derechos humanos⁹⁴. ¿Es este un argumento poco importante en el contexto de la discusión previa y posterior al plebiscito? Será necesaria mayor verificación empírica de cómo operó la discusión local sobre el tema, sin embargo, es difícil evidenciar como persuasivo un acuerdo ciudadano en donde el compromiso con obligaciones internacionales pareciera tener un lugar residual. De otra parte, tampoco es un asunto menor el señalar que los crímenes de sistema, como aquellos ocurridos en la dictadura, estaban relacionados con un notable soporte institucional, es decir, muchas personas que también pudieron haber participado en esta votación podrían haber tenido algún nivel de relación o, en cuando menos, apoyo tácito respecto a las violaciones. ¿En qué afecta ello la imparcialidad de la deliberación y la posibilidad de persuadir sobre la conveniencia de no investigar y no castigar?. En suma, el escenario de discusión colectiva con posterioridad a la sentencia ha involucrado el peso democrático del derecho internacional, esto es, impulsando niveles más profundos de debate sobre la forma como la sociedad y el Estado uruguayos deben dialogar con el pasado de graves violaciones. La discusión pública posterior a la sentencia sigue teniendo un rol fundamental para hacer visibles los puntos de vista tan disímiles que pueden surgir en estos temas y el derecho interamericano ha indicado aquellos aspectos no negociables, no como una imposición desde afuera, sino desde la conciencia de los compromisos asumidos autónoma y soberanamente por el Estado.

45

Conclusiones y consideraciones finales

La evolución jurisprudencial analizada en este artículo ilustra algunos avances y retos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre la lucha contra la impunidad. Además de las precisiones sobre los alcances de la jurisprudencia sobre debida diligencia en las investigaciones de graves violaciones de derechos humanos, he ilustrado algunas

94. En similar sentido, Basch ha señalado que a través de la incorporación al derecho interno de los tratados de derechos humanos, el Estado "no está creando nuevas reglas con inspiración en las de otros lugares; se está incorporando a una comunidad internacional de defensa de ciertos principios. Esto significa ser parte de una práctica común, que difiere de recorrer un camino propio con fuentes de inspiración ajenas". *Op. cit.*, pág. 359.

respuestas a las críticas contra alegadas restricciones desproporcionadas a las garantías de procesados por cometer dichas graves violaciones. También he valorado otro tipo de críticas contra la legitimidad de los órganos internacionales de protección de derechos humanos.

Si bien el énfasis del artículo ha sido en los criterios jurisprudenciales, también se han tenido en cuenta algunas críticas a las decisiones de la Corte y al contexto en el que se ha insertado la implementación de algunas decisiones. En ese sentido, comparto el enfoque de Dulitzky según el cual la situación regional de derechos humanos –y no los debates procesales sobre reglamentos y procedimientos- deben ser el punto de partida para definir el papel del “amparo interamericano”.⁹⁵ El análisis del contexto en el que se producen y se ejecutan las decisiones interamericanas, así como el importante rol de actores y escenarios locales, es fundamental para repensar los desafíos en la lucha contra la impunidad.

En este punto, los casos analizados demuestran una evolución en diversas vías hacia una unidad de protección a partir de la interacción entre los sistemas nacionales y el interamericano⁹⁶. Se trata de un proceso dinámico, que se ha manifestado de diversas formas según los diseños institucionales propios de cada país. Esta unidad de protección exhorta por un diálogo jurisprudencial donde lo positivo en un nivel esté llamado a fortalecer, a la luz del principio de interpretación más favorable, el otro nivel paralelo. En este marco, como lo señala el actual Presidente de la Corte Interamericana, Diego García-Sayán,⁹⁷ los estándares jurídicos derivados del derecho internacional no tienen sentido alguno sin una contraparte estatal que los aplique y sea respetuosa de ellos, ya que “[s]on los referentes nacionales los inmediatos que tiene la población y son esas las

46

95. Dulitzky, A. (2010), “Las Peticiones Individuales ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos o el Amparo Interamericano en Contexto,” en Manili, Pablo Luis (Director), *Tratado de Derecho Procesal Constitucional: Argentino, Comparado y Transnacional*, Tomo III, Buenos Aires, La Ley, pp. 667-715.

96. Cançado Trindade, A. A. (2001). “La interacción entre el derecho internacional y el derecho interno en la protección de los derechos humanos”. En A. A. Cançado Trindade. *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI* (pp. 267-331). Santiago: Jurídica de Chile. García-Sayán, D. (2005). “Una viva interacción: Corte Interamericana y Tribunales Internos”. En VV. AA. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un cuarto de siglo 1979-2004* (pp. 323-384). San José: Corte IDH. Nash Rojas, C. (2006). “Los derechos fundamentales: el desafío para el constitucionalismo chileno del siglo XXI”. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 1330-1333. Góngora Mera, M. E. (2011), *Inter-American Judicial Constitutionalism. On the Constitutional Rank of Human Rights Treaties in Latin America through National and Inter-American Adjudication*, San José, IIDH.

Nash resalta que la retroalimentación asociada a la interacción entre los sistemas nacionales e internacionales “tiene un énfasis preventivo, esto es, será en el ámbito nacional donde se defina la vigencia de los derechos fundamentales; la normativa y praxis internacional están llamadas a coadyuvar y no a suplir a los Estados en el cumplimiento de sus funciones”. Nash Rojas, C., *op. cit.* Sobre la unidad de interacción, ver también el ensayo del expresidente de la Corte Europea, Luzius Wildhaber; así como el artículo del ex juez de la Corte Constitucional de Polonia y actual juez de la Corte Europea, Lech Garlicki. Wildhaber, L. (2006). “The Role of Comparative Law in the Case-Law of the European Court of Human Rights”. En L. Wildhaber. *The European Court of Human Rights 1998-2006. History, Achievements, Reform* (pp. 186-195). Strasbourg: N.P. Ángel, Publisher. Garlicki, L. (2008). “Cooperation of courts: The role of supranational jurisdictions in Europe”. *International Journal of Constitutional Law*, 3 & 4, (6), 509-530.

97. García-Sayán, *op. cit.*

estructuras institucionales y sociales capaces de impulsar o revertir los logros que se pueden alcanzar en materia de derechos humanos”.

La Corte también se ha preocupado por lograr mayor eficacia en la lucha contra la impunidad al impulsar el cumplimiento de sus decisiones a través de órdenes más precisas y que tratan de fortalecer las iniciativas de actores internos. La Corte coadyuva entonces con “resistencias institucionales” que tratan de romper los factores generadores de impunidad en una específica coyuntura y que utilizan la jurisprudencia para exigir la mayor rendición de cuentas posible por parte de las autoridades. Estas aproximaciones de la Corte demuestran un mayor interés por avanzar de razonamientos puramente normativos a constataciones empíricas sobre la mejor forma de impulsar la justicia, de tal forma que se generen mejores estrategias para el mejor impacto posible de lo ordenado por la Corte⁹⁸.

En esa medida, los casos analizados también ilustran la gran paradoja que rodea al Sistema Interamericano. Los casos llegan ante la Corte Interamericana porque decisiones e instituciones internas, particularmente judiciales, no han sido efectivas para restablecer el imperio del derecho. Sin embargo, la eficacia del Sistema Interamericano depende de que esas instituciones nacionales impulsen, conjuntamente con los órganos del sistema, la implementación de los estándares interamericanos. A pesar de dicha paradoja, y en un camino que no está exento de aspectos criticables, la Corte Interamericana ha ido cumpliendo la promesa que el Sistema Interamericano hace a las víctimas en el sentido de ofrecer escenarios para el restablecimiento pleno del Estado de Derecho cuando las instituciones locales no han respondido adecuadamente sus reclamos. Y en esa tarea, la Corte ha encontrado diversos actores locales que, al trabajar conjuntamente con ella, le permiten al Sistema Interamericano seguir siendo un espacio para la esperanza.

47

Bibliografía

Abramovich, V. (2011). “Autonomía y subsidiaridad. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos frente a los sistemas de justicia nacionales”, en C. Rodríguez Garavito (coord.), *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores.

_____. (2010). “De las violaciones masivas a los patrones estructurales. Nuevos enfoques y clásicas tensiones en el sistema interamericano de derechos humanos.” *Sur; Revista Internacional de Derechos Humanos*, 11, 7-39

98. Al respecto, autores como Cavallaro y Brewer han resaltado la necesidad de que la Corte Interamericana procure la mayor conciencia posible sobre el contexto fáctico y político en el que se insertan sus decisiones, como una precondition para que ellas alcancen efectividad. Cavallaro, J. y Brewer, S. (2008). “Reevaluating Regional Human Rights Litigation in the Twenty-First Century: the Case of the Inter-American Court”. *American Journal of International Law*, 4, (102), 768-827. En similar sentido, ver Huneeus, A. (2011). “Courts Resisting Courts: Lessons from the Inter-American Court’s Struggle to Enforce Human Rights”. *Cornell International Law Journal*. 44:3, con especial énfasis en la interacción entre la Corte y los jueces y fiscales locales.

_____. (2008). “Transplante y Neopunitivismo. Debates sobre la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en Argentina”. En S. Tiscornia. *Activismo de los Derechos Humanos y Burocracias Estatales. El caso Walter Bulacio*. Buenos Aires: Del Puerto.

Amorín C. (2007), “Con Oscar López Goldaracena. Iniciativa por la Nulidad de la Ley de Caducidad. Arrancar la cultura de la impunidad de la identidad nacional”. *Rel UITA*, 3 de septiembre de 2007, disponible en http://www.rel-uita.org/internacional/ddhh/con_oscar_lopez.htm (último acceso 29 de abril de 2012).

Andreu, F. (2008). *Impunidad y graves violaciones de derechos humanos*. Ginebra: Comisión Internacional de Juristas.

Aponte, A. (2003). “Persecución nacional de crímenes internacionales: el caso colombiano”. En K. Ambos y E. Malarino (Eds.). *Persecución nacional de crímenes internacionales en América Latina y España* (pp. 201-258). Montevideo: Instituto MaxPlank para derecho penal internacional de Friburgo y Fundación Konrad Adenauer.

Barahona De Brito, A. (2001), “Truth, Justice, Memory, and Democratization in the Southern Cone”, en Barahona De Brito, A., González Enríquez, C. y Aguilar, P., *The Politics of Memory. Transitional Justice in Democratizing Societies*, Oxford University Press.

48

Basch, Fernando (2011), “La autoridad interpretativa de la Corte Interamericana: en transición hacia una comunidad regional de principios”. En R. Gargarella (coord.), *La Constitución en 2020. 48 propuestas para una sociedad igualitaria*, Buenos Aires, Siglo veintiuno Editores.

Bergsmo, M. (Ed.). (2009). *Criteria for Prioritizing and Selecting Core International Crimes Cases*. Oslo: Forum for International Criminal and Humanitarian Law Publications.

Bernal Sarmiento, C. y Reed Hurtado, M. (2006). “Entre la razón y la pasión: reconocimiento y castigo de las atrocidades perpetradas en Colombia”. En VV.AA. *Desaparición forzada, política criminal y procesos restaurativos. Dilemas y desafíos de la verdad, la justicia y la reparación en el contexto colombiano* (pp. 55-92). Bogotá: Fundación Social.

Bovino, A. (2005). “A propósito del caso Villagrán Morales. La investigación penal en el ámbito nacional”. En A. Bovino. *Justicia Penal y Derechos Humanos*. Buenos Aires: Del Puerto.

Burgogue-Larsen, L. (2011). *La erradicación de la impunidad: Claves para descifrar la política jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. IDEIR, Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional, No. 9.

Buró, J.M. (2009). “Guilty as Charged: The Trial of Former Peruvian President Alberto Fujimori for Human Rights Violations”. *International Journal of Transitional Justice*, 3, 384-405.

Cançado Trindade, A. A. (2001). “La interacción entre el derecho internacional y el derecho interno en la protección de los derechos humanos”. En A. A. Cançado Trindade.

El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI (pp. 267-331). Santiago: Jurídica de Chile.

Cassel, D. (2000). "Inter-American Human Rights Law, Soft and Hard". En D. Shelton (Ed.). *Commitment and compliance. The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System* (pp. 393-417). New York: Oxford University Press.

Cavallaro, J. y Brewer, S. (2008). "Reevaluating Regional Human Rights Litigation in the Twenty-First Century: the Case of the Inter-American Court". *American Journal of International Law*, 4, (102), 768-827.

De León, G, Krsticevic, V. y Obando, L. (2010), *Debida Diligencia en la Investigación de Graves Violaciones a los Derechos Humanos*, Buenos Aires, CEJIL, 2010.

Dulitzky, A. (2010), "Las Peticiones Individuales ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos o el Amparo Interamericano en Contexto," en Manili, Pablo Luis (Director), *Tratado de Derecho Procesal Constitucional: Argentino, Comparado y Transnacional*, Tomo III, Buenos Aires, La Ley, pp. 667-715.

Errandonea, Jorge (2008), "Justicia Transicional en Uruguay", en *Revista IIDH*, No. 47.

Ferdinandusse, W.N. (2006). *Direct Application of International Criminal Law in National Courts*. The Hague: T.C.M., Asser Press.

Filippini, L. (2012). "Reconocimiento y justicia penal en el caso *Gelman*". En *Anuario de Derechos Humanos 2012*, Santiago: Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile.

(2008). "El prestigio de los derechos humanos. Respuesta a Daniel Pastor". En R. Gargarella (Coord.). *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional. Tomo II: Derechos* (pp. 1207-1235). Buenos Aires: Abeledo Perrot.

_____. (2007). "El Derecho Internacional de los derechos humanos no es un préstamo. Reflexiones sobre la crítica a los préstamos de Carlos F. Rosenkrantz", en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, No, 8, pp. 191-202.

García-Sayán, D. (2005). "Una viva interacción: Corte Interamericana y Tribunales Internos". En VV. AA. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un cuarto de siglo 1979-2004* (pp. 323-384). San José: Corte IDH.

Gargarella, R. (2008). "Justicia Penal Internacional y Violaciones Masivas de Derechos Humanos". En R. Gargarella. *De la injusticia penal a la justicia social* (pp. 105-147). Bogotá: Siglo del Hombre y Universidad de los Andes.

Garlicki, L. (2008). "Cooperation of courts: The role of supranational jurisdictions in Europe". *International Journal of Constitutional Law*, 3 & 4, (6), 509-530.

Góngora Mera, M. E. (2010), "Diálogos jurisprudenciales entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional de Colombia: una visión coevolutiva de la convergencia de estándares sobre derechos de las víctimas", en A. von Bogdandy, E. Ferrer Mac-Gregor y M. Morales Antoniazzi (cords.), *La Justicia Constitucional y su*

Internacionalización. Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?, Tomo II, México, UNAM/IIJ.

_____. (2011), *Inter-American Judicial Constitutionalism. On the Constitutional Rank of Human Rights Treaties in Latin America through National and Inter-American Adjudication*, San José, IIDH.

Guariglia, F. (2001). Los límites de la impunidad: la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Barrios Altos”. *Nueva Doctrina Penal*, 2001A, 209-230

Huneus, A. (2011). “Courts Resisting Courts: Lessons from the Inter-American Court’s Struggle to Enforce Human Rights”. *Cornell International Law Journal*. 44:3

Jaramillo, J. F. y Castro Novoa, L. M. (2008), “La ejecución interna de las decisiones de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos. El caso colombiano”, en Rengifo, José Antonio (comp.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Sistemas Internos de Protección y Reparación*, Bogotá, Ministerio de Relaciones Exteriores y Universidad Nacional de Colombia, pp. 407-472.

López San Miguel, M. (2011), “El Frente Amplio lucha contra la impunidad”. *Página 12*, 27 de octubre de 2011, disponible en <http://www.pagina12.com.ar/diario/elmundo/4-179888-2011-10-27.html> (último acceso 10 de noviembre de 2011).

50

Malarino, E. (2009). “Activismo judicial, punitivización y nacionalización: Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. D. Pastor (Ed.). *El sistema penal en las sentencias recientes de los órganos interamericanos de protección de los derechos humanos* (pp. 21-61). Buenos Aires: Ad-Hoc.

Medina Quiroga, C. (1988), *The Battle of Human Rights. Gross, Systematic Violations and the Inter-American System*, Martinus Nijhoff, Dordrecht.

_____. (2009). “Los 40 años de la Convención Americana sobre Derechos Humanos a la luz de cierta jurisprudencia de la Corte Interamericana”. *Anuario de Derechos Humanos*, 15-34.

Méndez, J. E. (1994). “Prólogo”. En ILSA. Sistema Interamericano para la Protección de los Derechos Humanos: Aportes para una evaluación. Bogotá: ILSA.

Moreira, C. (2011), “La Ley de Caducidad y la Soberanía Popular”, disponible en <http://filosofiauruguay.spruz.com/forums/?page=post&id=CEA9DB77-304A-46FF-9B71-AE929E1CB768&fid=C2D42874-CED9-4E54-98AF-FF3586A094CA> (ultimo acceso el 3 de noviembre de 2011).

Nash Rojas, C. (2009). “El caso Goiburú Vs. Paraguay. La justicia transicional en el banquillo de la Corte Interamericana”. En C. Nash Rojas. *El Sistema Interamericano de Derechos Humanos en Acción. Aciertos y Desafíos* (pp. 191-210). México: Porrúa.

_____. (2006). “Los derechos fundamentales: el desafío para el constitucionalismo chileno del siglo XXI”. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 1330-1333.

Parra Vera, O. (2011). “Lucha contra la impunidad, independencia judicial y derechos de los pueblos indígenas. Algunos avances y debates en torno a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2004-2009)”. En F. Rey Martínez (dir.). *Los derechos en Latinoamérica: tendencias judiciales recientes*. Madrid: Editorial Complutense, FIIAPP, (pp. 363-416).

Pastor, D. (2005). “La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos”. *Nueva Doctrina Penal*, 1, 73-114.

Quinche Ramírez, M.F. (2009). *Los estándares de la Corte Interamericana y la Ley de Justicia y Paz*. Bogotá: Universidad del Rosario y Universidad de Buenos Aires.

_____. (2009), “El control de convencionalidad y el sistema colombiano”. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, 12.

Ramelli, A. (2004), “Sistema de fuentes del derecho internacional público y “bloque de constitucionalidad” en Colombia”, en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 11, México, UNAM.

Reed Hurtado, M. (Ed.). (2008). *Judicialización de crímenes de sistema. Estudios de caso y análisis comparado*. Bogotá: ICTJ.

Saffon, M.P. (2008). “La sentencia de la masacre de la Rochela contra Colombia: consolidación de un precedente e hito jurisprudencial”. *Revista Cejil*, 4, 43-64.

Sandoval, C. (2008). “The Challenge of Impunity in Peru: The Significance of the Inter-American Court of Human Rights”. *Essex Human Rights Review*, 1 (5), 97-118.

Silva Sánchez, J. M. (2011), “¿Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la “lucha contra la impunidad” y del “derecho de la víctima al castigo del autor”, en *Derecho en Sociedad. Revista Electrónica de la Facultad de Derecho, ULACIT*, San José.

Wildhaber, L. (2006). “The Role of Comparative Law in the Case-Law of the European Court of Human Rights”. En L. Wildhaber. *The European Court of Human Rights 1998-2006. History, Achievements, Reform* (pp. 186-195). Strasbourg: N.P. Ángel, Publisher.

Zalaquett Daher, J. (2007), “El Caso Almonacid. La Noción de una Obligación Imperativa de Derecho Internacional de Enjuiciar Ciertos Crímenes y la Jurisprudencia Interamericana sobre Leyes de Impunidad”. En *Anuario de Derechos Humanos*. Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile.

Ziffer, P. (2005). “El principio de legalidad y la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad”. En VV.AA. *Estudios sobre Justicia Penal / Homenaje al Profesor Julio B. J.Maier* (pp. 745 y ss.). Buenos Aires: Del Puerto.

Uprimny, Rodrigo (2007), “La fuerza vinculante de las decisiones de los organismos internacionales de derechos humanos en Colombia: un examen de la evolución de la jurisprudencia constitucional”, en Viviana Krsticevic y Liliana Tojo (eds.), *Implementación de las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Washington, CEJIL.

El recurso al derecho internacional para la represión de los crímenes del pasado. Una mirada cruzada sobre los casos Touvier (Francia) y Simón (Argentina)

Sévane Garibian*

Resumen

En los casos *Touvier* y *Simón*, el objetivo fue condenar, de la forma más ejemplar posible desde el punto de vista legal, los crímenes cometidos por el Estado en el pasado que se encuentran prescriptos, amnistiados, y que han quedado impunes. El recurso al derecho internacional, como consecuencia de la falta de instrumentos legales domésticos, implica tomar posiciones sobre el lugar que ocupan las normas internacionales en el ordenamiento jurídico nacional y sobre el alcance del principio de legalidad. Pero, más allá del derecho positivo vigente en un Estado y su interpretación libre de ataduras por parte de jueces más o menos audaces, lo que pareciera determinar el éxito de las conciliaciones jurisdiccionales en juego es el diseño político detrás de la misión de la justicia.

Palabras clave: Crímenes contra la humanidad – Soberanía estatal – Legalidad penal – Prescripción – Amnistía.

53

Abstract

In the *Touvier* and *Simón* cases, the objective is to condemn in the most exemplary way possible, legally speaking, state crimes committed in the past, that are time-barred, amnestied and have gone unpunished. The appeal to international law, given a lack of suitable domestic legal tools, implies taking certain stances that relate to the place of international norms in the national legal order and the scope of the principle of legality. But it also appears that, beyond the state of positive law in force and its unfettered interpretation by more or less audacious judges, what determines, ahead of times, the success of the jurisdictional conciliations in play is the political design behind the mission of justice.

Key words: Crimes against humanity – State sovereignty – Principle of legality – Statute of limitations – Amnesty.

* Doctora en Derecho por las Universidades de París X y de Ginebra. Profesora-investigadora, Universidades de Ginebra y de Neuchâtel; <http://www2.unine.ch/sevane.garibian>.

Quisiera agradecer antes que nada a Eduardo Karsačian, quien tradujo este texto inicialmente escrito en francés y publicado en la revista jurídica *Annuaire Français de Droit International*, LVI, 2010, pp. 197-215, bajo el título "Le recours au droit international pour la répression de crimes du passé. Regards croisés sur les affaires *Touvier* (France) et *Simón* (Argentine)". Agradezco también a Oscar Solorzano por la traducción de algunas partes del texto.

El recurso al derecho internacional para la represión de los crímenes del pasado. Una mirada cruzada sobre los casos Touvier (Francia) y Simón (Argentina)

Sévane Garibian

El recurso al derecho internacional por parte de jueces nacionales, con el objeto de juzgar a los responsables de crímenes del pasado (se trata aquí de crímenes contra la humanidad), supone una primera constatación: este recurso viene a llenar una carencia en el sistema jurídico nacional, frente a una voluntad de encausar los crímenes en cuestión. En los dos casos en los que nos vamos a apoyar para ilustrar nuestras palabras, la carencia se traduce por la ausencia de instrumentos normativos nacionales adecuados frente a una situación dada y un objetivo específico. El recurso jurisdiccional al derecho internacional –que los más críticos denominan “derecho extranjero” para denunciar así un bricolaje jurídico que consideran criticable¹– será entonces un medio que permitirá a los jueces llenar esa carencia a escala nacional, lo que crea una configuración muy interesante para analizar, tanto desde el punto de vista técnico como del teórico.

55

Esta carencia da lugar a una situación de conflicto entre, por un lado, una exigencia de justicia, propia de un contexto político favorable a la represión de los crímenes de Estado cometidos en el pasado contra sus propios ciudadanos, y cuya impunidad es considerada inaceptable desde el punto de vista moral; y, por otro lado, una configuración jurídica que no permite, por su condición, responder a esta exigencia de justicia –o sea, un derecho positivo en vigor que crea una situación de impunidad por la ausencia de la herramienta normativa adecuada para la represión. Tal situación de conflicto posee el rasgo particular de poner en juego, de una manera aguda, la cuestión del poder del juez.

En efecto, se trata de casos propicios para la creación de nuevo derecho por el juez (particularmente el juez supremo, es decir, el juez último), o sea, propicios para el uso que éste haga de su poder discrecional en provecho de una interpretación creativa del derecho existente, a fin de resolver el conflicto. Bien entendido, la idea misma de poder

1. Ver en particular el debate Rosenkrantz/Filippini: artículo de C. F. ROSENKRANTZ, “En contra de los ‘Préstamos’ y de otros usos ‘no autoritativos’ del derecho extranjero”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 6, n° 1, octubre 2005, accesible en el sitio internet de la Universidad de Palermo (traducción al español de “Against Borrowings and other Nonauthoritative Uses of Foreign Law”, *International Journal of Constitutional Law*, n° 1, 2003, pp. 269-295); respuesta de L. FILIPPINI, “El derecho internacional de los derechos humanos no es un préstamo. Reflexiones sobre la crítica a los préstamos de Carlos F. Rosenkrantz”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 8, n° 1, septiembre 2007; réplica de C. F. ROSENKRANTZ, “Advertencias a un internacionalista (o los problemas de Simón y Mazzeo)”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 8, n° 1, septiembre 2007.

discrecional no excluye, sin embargo, la existencia de cierto número de coacciones que pueden pesar sobre los jueces: éstos se hallan suficientemente sometidos a lo que el teórico del derecho francés Michel Troper denomina “coacciones jurídicas” (*contraintes juridiques*) que implican un trabajo de conciliación, o de ponderación, que da lugar a un rico proceso de justificación. En el sentido de la teoría de las coacciones (*théorie des contraintes*) de Troper, la coacción jurídica (que se distingue de una obligación susceptible de ser transgredida) consiste en una situación de hecho en la que un actor jurídico es conducido a adoptar cierta solución o comportamiento en vez de otros, en razón de la configuración del sistema jurídico que él pone en marcha (en el caso del legislador) o en el que él opera (en el caso de los jueces)². El descubrimiento de las coacciones que afectan el trabajo del actor, a través de una “reconstrucción teórica racional”³ de su discurso, tiene la ventaja de des-psicologizar y de des-politizar el estudio del proceso de decisión, e implica renunciar a buscar lo que este actor ha creído o querido hacer, para examinar solamente aquello que él realmente hace⁴.

Lo que proponemos aquí es interpretar el recurso al derecho internacional por el juez supremo nacional, en los dos casos elegidos, como el producto de una coacción jurídica con respecto a un objetivo buscado: la coacción en cuestión sería el respeto de los principios de soberanía estatal y de legalidad penal; el objetivo buscado es la represión –la más ejemplar posible jurídicamente hablando– de los crímenes de Estado cometidos en el pasado, prescritos y/o amnistiados, y que quedaron impunes.

56 Los dos casos escogidos, no tomados en cuenta internacionalmente (es decir, no tratados por una jurisdicción penal internacional), demandan un posicionamiento respectivo del Estado ante su propio pasado criminal, en el área de su competencia nacional. Primero, en Francia, se trata de la represión de los crímenes cometidos por un agente del régimen de Vichy, en el contexto de la colaboración política con el régimen nazi: nos vamos a basar en particular sobre la jurisprudencia de la Corte de Casación (*Cour de cassation*)⁵ en el caso Touvier, primer agente de Vichy procesado y condenado por crímenes contra la humanidad. Segundo, en Argentina, se trata de la represión de los crímenes cometidos por un agente del régimen dictatorial de los generales: aquí nos basaremos sobre la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso Simón, que lanza la reapertura de los procesos penales. En ambos casos, el contexto está marcado por la prescripción y la amnistía de los crímenes⁶, y también por la ausencia de una incriminación penal nacional

2. M. TROPER, V. CHAMPEIL-DESPLATS y C. GRZEGORCZYK dir., *Théorie des contraintes juridiques*, LGDJ, Bruylant, Paris, Bruxelles, 2005, pp. 12-13. Sobre la teoría de las coacciones, véase igualmente M. TROPER, “Les contraintes juridiques dans la production de normes”, en *La production des normes entre Etat et société civile*, L’Harmattan, Paris, 2000, pp. 27-46.

3. M. TROPER, V. CHAMPEIL-DESPLATS y C. GRZEGORCZYK dir., *Ibid.*, p. 15.

4. M. TROPER, *La théorie du droit, le droit, l’Etat*, PUF, Paris, 2001, p. 63.

5. La más alta jurisdicción del orden judicial francés.

6. Cf. en Francia las leyes de amnistía de 1951 (ley n° 51-18 del 5 de enero de 1951, *JO*, 6 de enero de 1951) y de 1953 (ley n° 53-581 del 6 de agosto de 1953, *JO*, 7 de agosto de 1953); y en Argentina, las leyes de 1986 (ley n° 23.492 del 4 de diciembre de 1986 – ley “de punto final”) y de 1987 (ley n° 23.521 del 8 de junio de 1987 – ley “de obediencia debida”).

del crimen contra la humanidad⁷. No abordaremos en nuestra exposición las cuestiones relativas a la prescripción y a la amnistía, para concentrarnos sobre aquella, primordial, de la aplicación del concepto de crimen contra la humanidad (o sea de la tipificación de crimen contra la humanidad) que permite a los jueces pronunciarse sobre la imprescriptibilidad de los crímenes y sobre la inconstitucionalidad de las leyes de amnistía.

En efecto, en estas dos configuraciones nacionales, se ve aparecer la aplicación táctica del concepto de crimen contra la humanidad. La calificación jurídica de crimen contra la humanidad puede ser percibida como una *llave* que tiene la ventaja de permitir sortear los obstáculos como la prescripción y la amnistía y así desbloquear los procesos penales⁸; pero una *llave* cuyo empleo supone, en un principio, un trabajo de conciliación jurisdiccional con los principios fundamentales que son los principios de legalidad penal y de soberanía estatal, por la vía de un recurso al derecho internacional. El reto de la conciliación operada por los jueces es tanto más importante cuanto que estos dos principios clave –el principio de soberanía / el principio de legalidad– se sitúan en el centro del Estado moderno: son indisociables del proceso histórico de racionalización del derecho y como tal del positivismo jurídico clásico, que los entiende en el sentido estricto⁹. Dicho de otra manera, *a priori* en una democracia y conforme a las exigencias de un Estado de derecho, la represión nacional de los crímenes contra la humanidad cometidos en el pasado –sea bajo la colaboración francesa durante la Segunda Guerra Mundial, o sea bajo la dictadura militar argentina en los años 1976-1983– en ausencia de una norma interna de incriminación, se halla condicionada por la coacción que constituye, para los jueces internos, el respeto de los principios de soberanía y de legalidad.

57

El principio de soberanía supone dos cosas: el respeto de la independencia del Estado que sólo se somete a su propia voluntad (soberanía externa); y el respeto de la potestad del Estado que detenta especialmente el monopolio de la creación legislativa y el ejercicio del derecho de castigar (soberanía interna)¹⁰. En cuanto al principio de legalidad (manifestación por excelencia de la soberanía interna, pero desde el punto de vista de los individuos cuya seguridad jurídica se trata de garantizar), es el principio sobre el que reposa todo el derecho penal moderno: supone específicamente el respeto de la máxima *nullum crimen, nulla poena sine lege* y del principio de no-retroactividad de la ley penal¹¹.

Preocupados por la legitimación de su trabajo y, por ende, por la consolidación de su poder, los jueces supremos van a hacer el trabajo de conciliación que involucra esta

7. En Francia, tal incriminación sólo se introdujo en 1994 en el nuevo Código Penal (artículos 211-1 y siguientes); y en Argentina, sólo se introdujo en el orden jurídico a través de la ley de implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, sancionada el 13 de diciembre de 2006 y publicada el 9 de enero de 2007 (ley n° 26.200).

8. Pensamos en las palabras del jurista francés Olivier Cayla para quien toda operación de calificación jurídica corresponde a un interés afectado por quien la efectúa: O. CAYLA, "La qualification. Ouverture : la qualification ou la vérité du droit", *Droits*, n° 18, 1993, pp. 3-18.

9. Cf. los desarrollos de S. GARIBIAN, *Le crime contre l'humanité au regard des principes fondateurs de l'Etat moderne. Naissance et consécration d'un concept*, Schulthess, LGDJ, Bruylant, Genève, Paris, Bruxelles, 2009, en particular pp. 11 ss.

10. *Ibid.*, pp. 12 ss.

11. *Ibid.*, pp. 16 ss.

coacción jurídica: ellos no la rehúsan, sino que la confrontan por la vía de un proceso de justificación que intenta demostrar que tanto la soberanía del Estado como la seguridad jurídica de los individuos son respetadas, gracias al recurso del derecho internacional para la represión de los crímenes en cuestión. Este recurso al derecho internacional permite salir del conflicto planteado (es decir, salir del conflicto entre exigencias de justicia / exigencias positivistas, o aún, del conflicto entre lucha contra la impunidad / respeto del derecho positivo interno en vigor), sin necesidad de fundarse sobre argumentos abiertamente iusnaturalistas impregnados de consideraciones ético-morales. Parecería que el desafío es, ante todo, estratégico: mostrar que la represión es legítima en un Estado de derecho, que la misma se halla jurídicamente fundada y por ende es válida, y que los jueces, sobre la base de la ficción del poder nulo, no hacen más que aplicar el derecho positivo preexistente¹².

Pero el recurso al derecho internacional como medio para resolver un problema de conciliación, frente a la ausencia de herramientas jurídicas internas adecuadas, implica a su turno ciertos posicionamientos que remiten a la cuestión del lugar de las normas internacionales (incluyendo consuetudinarias) en el orden jurídico nacional (I), y a la del alcance del principio de legalidad (II).

I. El recurso al derecho internacional y el principio de soberanía estatal

58 En cada una de las configuraciones internas estudiadas, existe un acontecimiento jurídico decisivo que vuelve posible, o más fácil, el trabajo de los jueces, y en particular el recurso al derecho internacional como fundamento de validez de la incriminación del crimen contra la humanidad: en Francia, la adopción de la ley del 26 de diciembre de 1964¹³ (A); en Argentina, la reforma constitucional de 1994¹⁴ (B).

A. La ley francesa del 26 de diciembre de 1964 y el efecto directo del derecho de Núremberg

En primer lugar, en lo concerniente a la situación en Francia tras la Segunda Guerra Mundial, conviene recordar que la Liberación dio lugar a dos tipos de procesos penales:

12. En efecto, según la teoría cognitiva (o clásica) de la interpretación, interpretar viene a ser descubrir la significación objetiva de una norma, ya dada por el legislador y comprobable empíricamente. El presupuesto teórico es, entonces, que los jueces no poseen ningún poder en la materia; tampoco expresan ninguna voluntad: solo aplican normas preexistentes. Para una presentación crítica de esta teoría de la interpretación: R. GUASTINI, "Interprétation et description de normes", en P. AMSELEK dir., *Interprétation et droit*, Bruylant, PUAM, Bruxelles, Paris, 1995, pp. 89-101. Ver también *infra*, nota 93.

13. Ley n° 64-1326 del 26 de diciembre de 1964, *Journal officiel (JO)*, 29 de diciembre de 1964: "Los crímenes contra la humanidad, tal como son definidos por la resolución de las Naciones Unidas del 13 de febrero de 1946, dando fe de la definición de los crímenes contra la humanidad, tal como ella figura en la Carta del Tribunal Internacional del 8 de agosto de 1945, son imprescriptibles por naturaleza".

14. El año 1994 es también el de una importante reforma penal francesa, a través de la que se introdujeron, por primera vez en el Código Penal, las infracciones de genocidio y de crimen contra la humanidad (cf. *supra*, nota 7).

por un lado, el proceso de los “enemigos nacionales o agentes no franceses” por crímenes de guerra, ante los tribunales militares¹⁵; por otra parte, el proceso de los colaboradores franceses, por crímenes de traición y de inteligencia con el enemigo, ante los tribunales de la Liberación¹⁶. De manera general, cuando los procesos tuvieron lugar, la mayoría de las veces fueron expeditivos y selectivos, y los crímenes de guerra fueron percibidos más bien como “los crímenes de los otros”¹⁷. Además, en los años sesenta se realiza una aproximación con Alemania Federal en el ámbito de la Comunidad Europea, y un compromiso en la vía del olvido y del perdón de los crímenes de la Segunda Guerra Mundial. En fin, tratándose de agentes franceses, dos leyes de amnistía de 1951 y 1953 concernientes a los hechos de la colaboración obstaculizarán en el futuro los procesos en nombre de la reconciliación¹⁸.

Pero el período de la Liberación es, sobre todo, el reflejo de un completo ocultamiento del concepto de crimen contra la humanidad en el orden jurídico interno. El derecho positivo francés recién integra el concepto previamente definido en el Estatuto de Núremberg de 1945¹⁹ con la adopción urgente de la ley del 26 de diciembre de 1964, tras el anuncio por el gobierno de Alemania occidental de la prescripción de todos los crímenes nazis a partir del 8 de mayo de 1965. Esta ley tiene un doble objeto: la incriminación nacional del crimen contra la humanidad *por remisión* a la definición contenida en el derecho de Núremberg; y el reconocimiento de su imprescriptibilidad “por naturaleza”²⁰. Así, la configuración jurídica francesa es muy interesante entre 1964 y 1994, año de la reforma del Código Penal. La ausencia de norma francesa de incriminación y la fuente internacional de la “definición *ad hoc*” del crimen contra la humanidad dejan un margen de maniobra considerable al juez.

59

Son los jueces de la Corte de Casación los que “dan vida” a la ley de 1964, y a través de ella vuelven operativo el concepto jurídico de crimen contra la humanidad por primera vez en Francia, en el marco del caso Touvier²¹. Para ello, los jueces supremos admiten implícitamente el efecto directo del derecho de Núremberg en el orden jurídico francés²²: el recurso a este derecho internacional convencional sería según ellos un medio para poder proceder a la represión de los actos cometidos por los cómplices franceses del Estado nazi, en el respeto de la soberanía francesa –dado que Francia es parte del Acuerdo de Londres de 1945 al cual está anexado el Estatuto de Núremberg²³.

15. Cf. la ordenanza del 28 de agosto de 1944, *JO*, 30 de agosto de 1944 (luego modificada por la ley n° 48-1416 del 15 de septiembre de 1948, *JO*, 16 de septiembre de 1948).

16. Cf. los artículos 75 y siguientes del Código Penal de 1810.

17. C. LOMBOIS, *Droit pénal international*, Dalloz, Paris, 2° ed. 1979, pp. 169-170.

18. *Supra*, nota 6.

19. El Estatuto de Núremberg está anexado al Acuerdo de Londres del 8 de agosto de 1945, firmado entre el gobierno provisional de la República Francesa y los gobiernos de Estados Unidos, del Reino Unido y de la Unión Soviética. Este Acuerdo concierne el procesamiento y castigo de los grandes criminales de guerra de las Potencias Europeas del Eje e instaura la primera jurisdicción penal internacional *ad hoc*. El Estatuto de Núremberg contiene la primera definición jurídica del crimen contra la humanidad (artículo 6 c).

20. *Supra*, nota 13.

21. Ex jefe regional del servicio de informaciones de la Milicia de Lyon.

22. Fallo Touvier del 1° de junio de 1995 (Crim. 1^{er} juin 1995 : *Bull. crim.* n° 202).

23. *Supra*, nota 19.

En efecto, la opción constitucional francesa parece clara, y de acuerdo con una opinión casi unánime, la Constitución de 1958 expresa la elección del monismo con primacía del derecho internacional: según el artículo 55 de la Constitución²⁴, el derecho internacional se aplicaría directamente en el orden jurídico francés, dado que los dos órdenes jurídicos serían de la misma naturaleza y pertenecerían a un sistema único, haciéndose así eco de la teoría kelseniana bien conocida sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno²⁵. De esta manera, el derecho de Núremberg regiría directamente, desde el 8 de octubre de 1945²⁶, las relaciones jurídicas entre individuos igualmente en el derecho francés. Aquí deben hacerse dos observaciones.

Primero, el reconocimiento jurisdiccional de la aplicación directa del derecho de Núremberg en el derecho interno ha sido fuertemente criticado en doctrina, especialmente por el célebre penalista Claude Lombois: para él es únicamente la ley de 1964, previamente citada, la que permite la integración del derecho de Núremberg en el orden jurídico francés, según la técnica particular de la remisión²⁷. Este punto de vista parece coherente, en particular si se tiene en mente que, más allá de la cuestión de la opción constitucional escogida por un Estado (monismo / dualismo), nada permite pensar que la intención del legislador internacional de 1945 fue la de transponer directamente el derecho de Núremberg en los ordenamientos jurídicos nacionales. Por el contrario, el Acuerdo de Londres no hace más que delegar a los Estados parte la competencia para el juzgamiento de los criminales alemanes que hayan cometido crímenes sobre su territorio, conforme a sus leyes nacionales, en el más estricto respeto de las soberanías estatales²⁸. Y respecto al principio de soberanía, precisamente, la delegación en cuestión no puede ser extendida por vía de

60

24. "Los tratados o acuerdos regularmente ratificados, o aprobados, tienen desde su publicación una autoridad superior a las de las leyes, bajo reserva, por cada acuerdo o tratado, de su aplicación por la otra parte". Esta disposición constitucional retoma implícitamente la solución que ya estaba prevista en el artículo 26 de la Constitución de 1946, según el cual: "Los tratados regularmente ratificados y publicados tienen fuerza de ley sin que sean necesarias otras disposiciones legislativas que las que hubieran sido necesarias para asegurar su ratificación".

25. Hans Kelsen refuta firmemente la concepción base del dualismo, que emana del dogma de la soberanía. Procede así a una crítica de la llamada teoría de la transformación, que considera la relación entre el derecho internacional y el derecho interno como una relación entre dos sistemas de normas completamente diferentes, e independientes uno del otro (H. KELSEN, "La transformation du droit international en droit interne", *Revue générale de droit international public (RGDIP)*, 1936, pp. 5-49). Véase igualmente H. KELSEN, "Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public", *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1926, pp. 231-329 y M. ICHIMATA, "La critique par Kelsen de la théorie de la transformation du droit international en droit interne", *Revue internationale de théorie du droit*, 1938, pp. 223-230.

26. Dentro del plazo franco de 24 horas después de la publicación del decreto n° 45-2267 del 6 de octubre de 1945 sobre la promulgación en Francia del Acuerdo de Londres (*JO*, 7 y 10 de octubre de 1945).

27. C. LOMBOIS, "Un crime international en droit positif français. L'apport de l'affaire Barbie à la théorie française du crime contre l'Humanité", *Droit pénal contemporain. Mélanges en l'honneur d'André Vitu*, Cujas, Paris, 1989, p. 373, y *Revue de la science criminelle et de droit pénal comparé (RSC)*, 1985.863, obs. LOMBOIS.

28. Cf. el párrafo 2 del Preámbulo del Acuerdo de Londres de 1945, y el artículo 4 del mismo Acuerdo. Por otro lado, esto es confirmado por la resolución de la ONU del 13 de febrero de 1946, que recomienda a los Estados miembros tomar las *medidas necesarias* que permitan el arresto y el proceso de los criminales..

interpretación al juzgamiento de los criminales franceses: sólo el Estado soberano (en este caso Francia) tiene competencia para decidir la represión de los crímenes cometidos por sus propios ciudadanos²⁹.

Segundo, la elección constitucional francesa de monismo con primacía del derecho internacional debe ser ella misma matizada—algunos autores, entre ellos el internacionalista Alain Pellet, prefieren hablar de un “dualismo a la francesa” o de “‘inspiración’ constitucional monista”³⁰. En efecto, esta primacía es doblemente limitada: por un lado, la supremacía conferida a las normas internacionales concierne solamente al derecho convencional (“tratados y acuerdos internacionales”), siendo el lugar de la costumbre considerablemente más ambiguo pues no se encuentra expresamente previsto por la Constitución³¹; por otro lado, esta supremacía no se aplica a las disposiciones de naturaleza constitucional, es decir, que los compromisos internacionales de Francia tienen un valor supra-legislativo, pero infra-constitucional³². Esta doble limitación ha sido regularmente confirmada por los jueces administrativos y judiciales franceses³³.

Sea lo que fuere, incluso si es criticable la interpretación de los jueces de Casación que consideran que el derecho de Núremberg es un derecho convencional de efecto directo en el orden jurídico francés, la remisión a este mismo derecho por la ley de 1964 permite afirmar que su aplicación es válida en este caso. Resta el problema planteado por el hecho de que el alcance del derecho de Núremberg y la definición de crimen contra la humanidad

29. En el mismo sentido: J.-F. ROULOT, *Le crime contre l'humanité*, l'Harmattan, Paris, 2002, pp. 404 ss. En cambio las disposiciones del Acuerdo de Londres se imponían a Alemania, que había perdido su soberanía según los términos de la Declaración de Berlín del 5 de junio de 1945 (cf. H. KELSEN, “The Legal Status of Germany according to the Declaration of Berlin”, *American Journal of International Law*, (AJIL), 1945, pp. 518-526).

30. Cf. en particular A. PELLET, “Vous avez dit ‘monisme’ ? Quelques banalités de bon sens sur l'impossibilité du prétendu monisme constitutionnel à la française”, en *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Economica, Paris, 2006, p. 856; o también D. ALLAND, “Le droit international ‘sous’ la Constitution de la Ve République”, *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger (RDP)*, 1998, p. 1670, así como C. GREWE y H. RUIZ FABRI, *Droits constitutionnels européens*, PUF, Paris, 1995, p. 102.

31. Cf. A. PELLET, *Ibid.*, pp. 829 ss. y 840 ss.

32. Sobre este tema: D. ALLAND, “Consécration d'un paradoxe : primauté du droit interne sur le droit international. Réflexions à vif à propos de l'arrêt du Conseil d'Etat Sarran, Levacher et autres...”, *Revue française de droit administratif*, 1998, pp. 1094-1104; P. WACHSMANN, “L'article 55 de la Constitution de 1958 et les conventions internationales relatives aux Droits de l'Homme”, *RDP*, 1998, pp. 1671-1686; P. DAILLIER, “Monisme et dualisme : un débat dépassé ?”, en R. BEN ACHOUR y S. LAGHMANI dir., *Droit international et droits internes, développements récents*, Pedone, Paris, 1999, pp. 9-21; A. ONDOUA, “La Cour de cassation et la place respective de la Constitution et des traités dans la hiérarchie des normes”, *RGDIP*, 2000, pp. 985-1002; F. POIRAT, “Réception du droit international et primauté du droit interne : histoire de dualismes”, *RGDIP*, 2000, pp. 811-824.

33. Fallo Nicolo, Conseil d'Etat, 20 de octubre de 1989 (*Recueil*, p. 190) y fallo Sarran, Levacher et autres, Conseil d'Etat, 30 de octubre de 1998 (*Recueil*, p. 368); fallo Jacques Vabre, Cour de cassation, Cámaras mixtas, 24 de mayo de 1975 (*Bull. Ch. mixte* n° 4) y fallo Mlle Pauline Fraisse, Cour de cassation, Asamblea plenaria, 2 de junio de 2000 (*Bull. A.P.* n° 4). Ver también la jurisprudencia del Consejo Constitucional (*Conseil Constitutionnel*) en relación con el artículo 88-1 de la Constitución y la aplicación de las normas comunitarias: decisión n° 2004-496 DC del 10 de junio de 2004, *JO*, 22 de junio de 2004; decisión n° 2004-497 DC del 1 de julio de 2004, *JO*, 10 de julio de 2004; decisión n° 2004-499 DC del 29 de julio de 2004, *JO*, 7 de agosto de 2004; decisión n° 2006-543 DC del 30 de noviembre de 2006, *JO*, 8 de diciembre de 2006.

que contiene no pretendían de manera alguna una aplicación, además retroactiva, sobre ciudadanos franceses: este problema remite a la cuestión del respeto del principio de legalidad, sobre el que volveremos más adelante, y que obligará una vez más a los jueces a recurrir al derecho internacional para justificar la represión.

B. El artículo 75, inc. 22 de la Constitución argentina y el valor constitucional de las normas internacionales protectoras de los derechos humanos

En lo que concierne a la Argentina, no retornaremos sobre el contexto político-jurídico de la reanudación de los procesos penales³⁴. Lo que se observa, no obstante, es que la influencia del derecho internacional en el orden jurídico argentino es aún más fuerte que en Francia, y su uso por los jueces supremos más fácil, por varias razones: a nivel internacional, la importante evolución del derecho internacional en general, en continuidad con la herencia del derecho de Núremberg, y un aumento innegable de los instrumentos jurídicos a disposición; a nivel regional, el reciente desarrollo del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, y una rica jurisprudencia que empezó a prosperar desde hace una década³⁵; a nivel nacional, la gran permeabilidad del sistema jurídico argentino al derecho internacional desde la reforma de 1994 que acuerda un valor constitucional a las normas internacionales protectoras de los derechos humanos,

34. Para un análisis crítico, véase G. MAURINO, "A la búsqueda de un pasado en la democracia Argentina", en R. GARGARELLA coord., *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008, tomo II, pp. 1031-1059, a poner en perspectiva con, por ejemplo, D. R. PASTOR, "La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos", *Nueva Doctrina Penal (NDP)*, 2005/A, pp. 73-114 y la respuesta de V. ABRAMOVICH en su editorial de la *NDP*, 2007/B, pp. I-XVIII. Véase también L. FILIPPINI y C. VARSKY, "Desarrollos recientes de las instituciones de la justicia de transición en Argentina", *NDP*, 2005, pp. 115-168 (versión resumida y actualizada de este trabajo en V. ABRAMOVICH, A. BOVINO y C. COURTIS comp., *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2007, pp. 447-472) y Y. GUTHMANN, "La réforme du système de justice (2003-2006) : esquisse d'une nouvelle logique démocratique ?", en D. QUATTROCCHI-WOISSON dir., *L'Argentine après la débacle, itinéraires d'une recomposition inédite*, Editions Michel Houdiard, Paris, 2007, pp. 245-265. También S. LEFRANC, "L'Argentine contre ses généraux : un charivari judiciaire ?", *Critique internationale*, n° 26, enero 2005, pp. 23-34.

35. Véase la síntesis de H. TIGROUDJA, "La Cour interaméricaine des droits de l'homme au service de 'l'humanisation du droit international public'. Propos autour des récents arrêts et avis", *Annuaire français de droit international*, 2006, pp. 617-640; K. MARTIN-CHENUT, "Amnistie, prescription, grâce : la jurisprudence interaméricaine des droits de l'homme en matière de lutte contre l'impunité", *RSC*, n° 3, 2007, pp. 628-640; L. HENNEBEL y H. TIGROUDJA dir., *Le particularisme interaméricain des droits de l'homme*, Pedone, Paris, 2009; E. LAMBERT ABDELGAWAD y K. MARTIN-CHENUT dir., *Réparer les violations graves et massives des droits de l'homme : la Cour interaméricaine, pionnière et modèle ?*, Société de législation comparée, Paris, 2010. Para un enfoque crítico sobre el valor de tal jurisprudencia en el orden jurídico interno y su autoridad democrática: L. FILIPPINI, "Algunos problemas en la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en el fallo Simón de la Corte Suprema Argentina", en M. REED HURTADO ed., *Judicialización de Crímenes de Sistema – Estudios de caso y análisis comparado*, Centro Internacional para la Justicia Transicional, Bogotá, 2008, pp. 467-511; G. MAURINO, *Ibid.*, pp. 1057 ss.; M. F. VALLE, "Corte suprema, dictadura militar y un fallo para pensar", en R. GARGARELLA coord., *Ibid.*, p. 1070.

integrándolas soberanamente al bloque de constitucionalidad (en el sentido del artículo 75, inc. 22) – yendo mucho más lejos que la Constitución francesa, la cual confiere solo un valor supra-legislativo a los tratados internacionales sin distinguir entre los instrumentos relativos a la protección de los derechos humanos y los otros³⁶.

Relevamos además varias particularidades argentinas, en relación con la Constitución francesa. En primer lugar, la Constitución argentina parece ofrecer una forma más avanzada de monismo, con una utilización del derecho internacional de los derechos humanos que apunta a completar la declaración constitucional de los derechos y de las libertades en un espíritu de “consolidación democrática” post-dictatorial³⁷. En segundo lugar, la Constitución crea además una suerte de jerarquía material (o jerarquía axiológica)³⁸ entre las normas internacionales³⁹, fundada sobre su objeto, y en la cumbre de la cual se sitúan las normas protectoras de los derechos humanos⁴⁰. En fin, la Constitución argentina integra en el bloque de constitucionalidad no solamente normas internacionales convencionales, sino también las Declaraciones Universal y Americana de los derechos humanos (1948). Este último punto remite, por otro lado, a la cuestión del lugar de la costumbre en el orden jurídico y en la jerarquía de las normas: incluso si la ley fundamental argentina, como la Constitución

36. Cf. los comentarios de R. C. BARRA, “Declaraciones, tratados y convenciones internacionales”, en *La Reforma de la Constitución explicada por miembros de la Comisión de redacción*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 1994, pp. 167 ss.; G. J. BIDART CAMPOS, “El artículo 75, inciso 22, de la Constitución y los derechos humanos”, en M. ABREGU y C. COURTIS comp., *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2^o ed. 2004, pp. 77-88; F. MOSCARIELLO, “Búsqueda de soluciones más justas en defensa de los delitos más injustos. Comentario al inolvidable”, *La Ley*, 2005, 330.

37. Cf. J.-M. BLANQUER, “Consolidation démocratique ? Pour une approche constitutionnelle”, en *Pouvoirs, l’Amérique latine*, 2001, n^o 98; H. TIGROUDJA, “Le droit international dans les Etats d’Amérique latine : regards sur l’ordre juridique argentin”, *Revue internationale de droit comparé*, 2008, n^o 1, pp. 107 ss. (la autora, sin embargo, prefiere hablar de “variante original del dualismo”, p. 119). Sobre la interpretación de la “complementariedad” del derecho internacional convencional de los derechos humanos y la supremacía constitucional: R. C. BARRA, *Ibid.*, pp. 187 ss.; G. J. BIDART CAMPOS, *Ibid.*, pp. 86 ss.; G. R. MONCAYO, “Reforma constitucional, derechos humanos y jurisprudencia de la Corte Suprema”, en M. ABREGU y C. COURTIS comp., *Ibid.*, pp. 98 ss.; G. BADENI, “El caso ‘Simón’ y la supremacía constitucional”, *La Ley*, 2005, 639; C. PIZOLLO, “Cuando la Constitución vence al tiempo. Sobre la inconstitucionalidad de las leyes de obediencia debida y punto final en el caso ‘Simón’”, *La Ley*, 2005, 510.

38. R. GUASTINI, “‘Lex superior’. Para una teoría de las jerarquías normativas”, intervención durante el seminario internacional organizado en la Universidad de Rouen (Francia) los 18-19 de junio de 2004 sobre el tema “Las juristas y la jerarquía de las normas”. Cf. también V. CHAMPEIL-DESPLATS, “Raisonnement juridique et pluralité des valeurs : les conflits axio-téléologiques de normes”, *Analisi e diritto*, 2001, pp. 65 ss.

39. En el sentido de una “jerarquía particular cuyo fundamento reside en la importancia fundamental de ciertas reglas para la comunidad internacional o el funcionamiento del derecho internacional” (R. KOLB, *Théorie du ius cogens international. Essai de relecture du concept*, PUF, Paris, 2001, p. 127). Sobre la jerarquía de las normas como expresión de una ideología jurídica: M. TROPER, “Fondement du caractère obligatoire et problème de causalité en droit international contemporain”, en *Réalités du droit international contemporain*, Publ. de la Faculté de droit de Reims, Reims, 1977, pp. 48 ss.

40. Véase igualmente H. TIGROUDJA, “Le droit international dans les Etats d’Amérique latine...”, *Op. cit.*, p. 115.

francesa, es muda sobre este punto, varios autores⁴¹—al igual que la mayoría de los jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir de 1995⁴²—consideran que la costumbre es de aplicación directa en el derecho interno, inclusive con jerarquía constitucional, a través de una amplia interpretación del artículo 118 de la Constitución (antiguo artículo 102)⁴³.

Sea como fuere, a falta de incriminación nacional de crimen contra la humanidad (y de crimen de desaparición forzada en tanto tal) en el Código Penal argentino en la época del caso Simón⁴⁴, la mayoría de los jueces supremos justifican la calificación de crímenes contra la humanidad por el recurso a la Convención Interamericana sobre las Desapariciones Forzadas de 1994 y, de manera más general, al derecho internacional consuetudinario⁴⁵. La invocación del texto internacional de la Convención de 1994—que califica la práctica sistemática de la desaparición forzada como crimen contra la humanidad⁴⁶—permite operar la conciliación necesaria con el respeto del principio de soberanía estatal: la Convención, ratificada por la Argentina el 28 de febrero de 1996, se integra al orden jurídico nacional, y tiene una jerarquía constitucional desde 1997, fecha

41. Por ejemplo: R. MATTAROLLO, "Recent Argentine Jurisprudence in the Matter of Crimes Against Humanity", *The Review of the International Commission of Jurists*, n° 62-63, 2001, p. 13; P. L. MANILI, "Primeras reflexiones sobre el fallo 'Simón': una disidencia ajustada a derecho", *La Ley*, 2005, 15.

42. Cf. fallo Priebke del 2 de noviembre de 1995, fallo Clavel del 24 de agosto de 2004 y fallo Simón del 14 de junio de 2005 (los fallos se encuentran disponibles en el sitio internet de la Corte Suprema [www.csjn.gov.ar/]). Para desarrollos: P. PARENTI, "La jurisprudencia argentina frente a los crímenes de derecho internacional", *Lateinamerika Analysen*, 18, 3/2007, pp. 64 ss.; "La relación entre derecho internacional y derecho penal nacional: el caso Simón", en D. R. PASTOR ed., *El sistema penal en las sentencias recientes de la Corte suprema*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2007, pp. 353 ss.; y "The Prosecution of International Crimes in Argentina", *International Criminal Law Review*, 10/2010, pp. 501 ss.

43. El artículo 118 (que se inserta en el capítulo de la Constitución relativo a las "Atribuciones del Poder Judicial") dispone: "Todos los juicios criminales ordinarios (...) se terminarán por jurados, luego de que se establezca en la República esa institución. La actuación de estos juicios se hará en la misma provincia donde se hubiera cometido el delito; pero cuando éste se cometa fuera de los límites de la Nación, *contra el derecho de gentes*, el Congreso determinará por una ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio" (subrayado nuestro).

44. *Supra*, nota 7.

45. Véase en particular los votos de los jueces Boggiano (consid. 38 ss.), Maqueda (consid. 44 ss.) y Lorenzetti (consid. 19), en el fallo Simón del 14 de junio de 2005. Deben notarse, de paso, las importantes críticas formales de las que este fallo ha sido objeto: demasiado largo, fragmentado y mal estructurado, es, en efecto, de acceso muy difícil, incluso para los profesionales del derecho. Para algunos, este verdadero "tratado doctrinal consagrado a las relaciones entre los poderes ejecutivo, legislativo y judicial" ilustra tal vez una preocupación por legitimar una justicia constitucional que fue débil y dependiente por mucho tiempo. (H. TIGROUDJA, "Le droit international dans les Etats d'Amérique latine...", *Op. cit.*, p. 90 y C. MOLINA, "La revendication de la politique en Amérique latine", *RDP*, n° 6, 2005, p. 1610). Para otros, en cambio, traduce sobre todo la incapacidad de los jueces supremos de dialogar entre ellos y analizar/organizar colectivamente sus diversos argumentos (H. L. FOLGUEIRO, "Inconstitucionalidad de la Leyes de Punto Final y Obediencia Debida. Notas al fallo 'Simón' de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", en *Derecho a la Identidad y Persecución de Crímenes de Lesa Humanidad*, Abuelas de Plaza de Mayo, Buenos Aires, 2006, p. 67; M. F. VALLE, *Op. cit.*, p. 1062): una gran confusión, suerte de "babel argumental", que participa en el déficit de autoridad democrática de esta institución (G. MAURINO, *Op. cit.*, p. 1056).

46. El Preámbulo de la Convención de 1994 dispone que "(...) la práctica sistemática de la desaparición forzada de personas constituye un crimen de lesa humanidad".

en la cual el Congreso la incorpora al artículo 75, inc. 22 de la Constitución, según los términos previstos por esta disposición⁴⁷.

En contrapartida, la aplicación retroactiva de la Convención Interamericana sobre las Desapariciones Forzadas de 1994, y el recurso a la costumbre internacional como fundamento de la incriminación, dan lugar a algunos desarrollos suplementarios, especialmente desde el punto de vista del respeto del principio de legalidad penal.

II. El recurso al derecho internacional y el principio de legalidad penal

Antes de nada, conviene recordar que, tras la Segunda Guerra Mundial, la experiencia de Núremberg genera el primer gran debate doctrinal sobre el sentido y el alcance del principio de legalidad en derecho internacional⁴⁸. La pregunta sobre cuál es el sentido de este principio es delicada y de particular interés en derecho penal internacional, y la situación en 1945 es particularmente especial: se trata de la primera vez que este tema es abordado por una jurisdicción internacional desde el punto de vista del derecho internacional directamente aplicado a los individuos e independientemente de los órdenes jurídicos internos. Y todo esto, a pesar de que en aquel entonces no existía ningún texto internacional que tratara sobre el principio de la legalidad. Además, el carácter multidisciplinario (conjunción del derecho penal comparado y del derecho internacional público) y consuetudinario del derecho penal internacional entonces incipiente complicaban aun más la tarea cuando se trataba de determinar estándares de legalidad. En fin, a pesar de que el principio de la legalidad constituye, desde el siglo de las luces, un principio fundamental en la mayoría de los ordenamientos jurídicos nacionales, su alcance varía según la teoría jurídica presupuesta.

65

De hecho, el choque engendrado por los estragos del nazismo, seguido del debate doctrinal originado por la experiencia de Núremberg, ponen radicalmente a prueba la tesis positivista de la estricta separación entre el derecho y la moral⁴⁹, y abren el campo a un movimiento en la ciencia del derecho. Este movimiento conducirá a una nueva

47. Cf. ley n° 24.820 del 30 de abril de 1997. El artículo 75, inc. 22 de la Constitución argentina dispone: "Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional".

48. Para un estudio de este importante debate doctrinal post-Núremberg: S. GARIBIAN, "Crimes against humanity and international legality in legal theory after Nuremberg", *Journal of Genocide Research*, vol. 9, n° 1, 2007, pp. 93-111 y *Le crime contre l'humanité...*, *Op. cit.*, pp. 149 ss.

49. Sobre esta tesis: H. KELSEN, *Théorie pure du droit* (trad. Charles Eisenmann), Dalloz, Paris, 1962 (1960), pp. 79 ss.; H. L. A. HART, *The Concept of Law*, Clarendon Law Series, Oxford, 7° ed. 1988, pp. 181 ss.; M. TROPER, *Pour une théorie juridique de l'Etat*, PUF, Paris, 1994, pp. 27 ss.; N. BOBBIO, *Essais de théorie du droit* (trad. Michel Guéret/Christophe Agostini), LGDJ, Bruylant, Paris, Bruxelles, 1998, pp. 39 ss. Ver también el debate Lochak/Troper: D. LOCHAK, "La doctrine sous Vichy ou les mésaventures du positivisme", en *Les usages sociaux du droit*, CURAPP-PUF, Paris, 1989, pp. 253-285 y M. TROPER, "La doctrine et le positivisme (à propos d'un article de Danièle Lochak)", en *Ibid.*, pp. 287-292; así como el dossier "La neutralité de la dogmatique juridique : mythe ou réalité ?" (D. LOCHAK, "Une neutralité impossible" y M. TROPER, "Entre science et dogmatique, la voie étroite de la neutralité"), en P. AMSELEK dir., *Théorie du droit et science*, PUF, Paris, 1994, pp. 293-325.

concepción del derecho marcada por una posible “moralización” de este último – y, así, a una nueva corriente, el *inclusive* (o *soft-*) *positivism*⁵⁰ – que acompañara el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos y de un derecho penal internacional en construcción.

Esta nueva concepción del derecho admite entonces que el principio de legalidad puede ser limitado por principios generales superiores. La idea es la siguiente: en ciertos “casos límite”, cuando la solución que provee el derecho positivo en vigor en el momento de los hechos no es moralmente satisfactoria, es posible elegir “entre el menor de dos males”; dicho de otra manera, asumir, por ejemplo, la creación de normas retroactivas antes que dejar impunes actos manifiestamente inmorales y reprobables. Es esta misma idea la que será objeto de la célebre controversia Hart-Fuller, en 1958⁵¹.

Desde el punto de vista práctico, será la nueva concepción de la legalidad originada en los debates post-Núremberg la que se halla en el origen de la elaboración del artículo 7, inc. 2 de la Convención Europea de los Derechos Humanos de 1950, y luego del artículo 15, inc. 2 del Pacto Internacional relativo a los Derechos Civiles y Políticos de 1966. Estas disposiciones prevén una excepción al principio de legalidad (garantizado en el primer párrafo de los mismos artículos) en nombre de los “principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas” (Convención de 1950) o por “la comunidad internacional” (Pacto de 1966), los cuales principios no son definidos⁵². El objetivo inicial era evitar la impunidad de los crímenes nazis y la condena jurídica o moral del nuevo derecho de Núremberg⁵³. En este mismo espíritu será tratada –más recientemente– la cuestión de los crímenes de los alemanes orientales tras la reunificación de Alemania⁵⁴.

66

50. Según el *inclusive* (o *soft-*) *positivism*, tal como es defendido por ejemplo por Coleman, la moral no es ni necesariamente excluida ni necesariamente incluida en el concepto de derecho: a la tesis de la *separación*, esta corriente prefiere la tesis de la *separabilidad*. Cf. J. COLEMAN, *The Practice of Principle: In Defense of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford, 2000, y W. J. WALUCHOW, *Inclusive Legal Positivism*, Clarendon, Oxford, 1994.

51. H. L. A. HART, “Positivism and the separation of Law and Morals”, *Harvard Law Review (HLR)*, vol. 71, n° 4, 1958, pp. 593-629 y *The Concept of Law, Op. cit.*, pp. 203 ss.; L. L. FULLER, “Positivism and fidelity to Law. A reply to Professor Hart”, *HLR*, vol. 71, n° 4, 1958, pp. 630-672. Para una reconstrucción del debate: R. ALEXI, “On Necessary Relations Between Law and Morality”, *Ratio Juris*, n° 2, 1989, pp. 167-183; “A Defence of Radbruch’s Formula”, en D. DYZENHAUS ed., *Recrafting the Rule of Law: The Limits of Legal Order*, Hart Publishing, Oxford, Portland Oregon, 1999, pp. 15-39; F. HALDEMANN, “Gustav Radbruch vs. Hans Kelsen : A Debate on Nazi Law”, *Ratio Juris*, n° 2, 2005, pp. 162-178.

52. Artículo 7, inc. 2 de la Convención: “El presente artículo no impedirá el juicio y el castigo de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas”. Artículo 15, inc. 2 del Pacto: “Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional”.

53. M. BOOT, *Genocide, Crimes Against Humanity, War Crimes. Nullum Crimen Sine Lege and the Subject Matter Jurisdiction of the International Criminal Court*, Intersentia, Antwerpen, Oxford, New York, 2002, pp. 137 ss. y 158.

54. Ver especialmente el caso Egon Krenz, último jefe de Estado este-alemán condenado por un tribunal de la Alemania unificada por haber ordenado disparar a los fugitivos en la frontera antes de la caída del Muro de Berlín (aun cuando esos actos no eran ilícitos respecto del derecho alemán oriental

Francia se halla enteramente obligada por las dos disposiciones (o sea por los artículos 7, inc. 2 de la Convención de 1950 y 15, inc. 2 del Pacto de 1966)⁵⁵; Argentina, por su lado, emitió una reserva al artículo 15, inc. 2 del Pacto en el momento de su ratificación (“El gobierno argentino manifiesta que la aplicación del apartado segundo del Artículo 15 del Pacto (...) deber estar sujeta al principio establecido en el Artículo 18 de nuestra Constitución Nacional”), el cual adquiere jerarquía constitucional según el artículo 75, inc. 22 de la Constitución⁵⁶. En Francia y en Argentina, el principio de legalidad es un principio constitucional consagrado en el artículo 8 de la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789), que forma parte del bloque de constitucionalidad⁵⁷; y en el artículo 18 de la Constitución argentina⁵⁸.

En las jurisprudencias Touvier y Simón, los jueces justifican la violación del principio de legalidad para la represión de los crímenes contra la humanidad respectivamente cometidos durante la colaboración francesa a lo largo de la Segunda Guerra Mundial y durante la dictadura militar argentina, por un último recurso a los principios generales del derecho (A) y al *ius cogens* (B).

A. La aplicación retroactiva del derecho de Núremberg y los principios generales del derecho en Francia

En el marco del caso Touvier, en Francia se plantean dos problemas relativos al respeto del principio constitucional de legalidad: la aplicación retroactiva del nuevo derecho de Núremberg, inexistente en el momento de la perpetración de los crímenes; y el hecho de que el campo y el alcance del derecho de Núremberg no se refieren en absoluto a la represión de los crímenes contra la humanidad cometidos por ciudadanos franceses contra la población judía de Francia.

67

de esa época). Cf. P. TAVERNIER, “L’affaire du ‘Mur de Berlin’ devant la Cour européenne. La transition vers la démocratie et la non-rétroactivité en matière pénale”, *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, 2001, pp. 1109-1181 (comentario de los fallos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 22 de marzo 2001, *Streletz, Kessler y Krenz c. Alemania* y *K.-H. W. c. Alemania*).

55. Cf. los decretos de promulgación n° 74-360 del 3 de mayo de 1974 (*JO*, 4 de mayo de 1974) y n° 81-76 del 29 de enero de 1981 (*JO*, 1 de febrero de 1981).

56. Argentina aprobó el Pacto por la ley n° 23.313 del 17 de abril de 1986, y lo ratificó el 8 de agosto de 1986. Sobre esta reserva, ver también *infra*, notas 82 et 91. Cf. el artículo 18 de la Constitución argentina (principio de legalidad), *infra*, nota 59.

57. Desde la decisión n° 71-44 del Consejo Constitucional francés (16 de julio de 1971, *JO*, 18 de julio de 1971). Confirmación del valor constitucional del principio de *no-retroactividad de la ley penal* en su decisión n° 79-109 del 9 de enero de 1980 (*JO*, 11 de enero de 1980), y del principio *no hay crimen ni pena sin ley* en su decisión n° 81-127 de los 19-20 de enero de 1981 (*JO*, 22 de enero de 1981). El artículo 8 de la Declaración de 1789 dispone: “La ley sólo debe establecer penas estrictas y evidentemente necesarias, y nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito, y aplicada legalmente”.

58. Artículo 18 de la Constitución argentina: “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa (...)”.

El primer problema de conciliación es resuelto por los jueces de la Corte de Casación en un fallo relativo a un caso paralelo al de Paul Touvier, que servirá de precedente sobre este punto: se trata del caso Klaus Barbie, primer criminal nazi alemán juzgado en Francia⁵⁹. Los jueces zanjaron la cuestión apoyándose una vez más sobre el derecho internacional. Consideraron que, visto “la naturaleza de los crímenes contra la humanidad”, el derecho de Núremberg se hace eco de los principios generales a los que se refieren el artículo 15, inc. 2 del Pacto de 1966, y el artículo 7, inc. 2 de la Convención de 1950 ante-citados –en otras palabras, según ellos, el derecho de Núremberg puede aplicarse legítimamente de manera retroactiva, puesto que entra en el campo de la excepción prevista por el derecho internacional. Precisaron además que estas disposiciones “resultan de tratados internacionales regularmente integrados en el orden jurídico interno y que poseen una autoridad superior a los de las leyes, en virtud del artículo 55 de la Constitución”⁶⁰.

Ahora bien, este razonamiento sólo puede funcionar a través de una interpretación amplia e innovadora, por dos razones. Primero, dado que en Francia el principio de legalidad tiene un valor constitucional, la afirmación de los jueces implica que las disposiciones internacionales precitadas que prevén la excepción al principio, priman sobre el derecho interno, incluyendo las normas constitucionales. Pues bien, una interpretación estricta del texto del artículo 55 de la Constitución francesa no permite afirmar esto en ningún caso⁶¹. Segundo, incluso si se considera, al igual que ciertos autores⁶², que este razonamiento es un medio implícito para los jueces de integrar la idea de un derecho imperativo (o *ius cogens*) que trascendería las normas constitucionales, no deja de ser obvio que esta sería una innovación extraordinaria: Francia siempre ha rehusado reconocer la validez del *ius cogens* –esta es la misma razón por la que no ha adoptado la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969)⁶³, que lo consagra en su artículo 53⁶⁴. Hasta ahora, no

68

59. Antiguo jefe de las secciones IV (asuntos judíos) y VI (contraespionaje o lucha contra la Resistencia) de la Gestapo.

60. Fallo Barbie del 6 de octubre de 1983 (Crim. 6 octubre 1983 : *Bull. crim.* n° 239).

61. Cf. *supra* I, A.

62. Por ejemplo J.-F. ROULOT, “La répression des crimes contre l’humanité par les juridictions criminelles en France. Une répression nationale d’un crime international”, *RSC*, 1999, pp. 554-555 y *Le crime contre l’humanité*, *Op. cit.*, pp. 392 ss.; *Journal de droit international (JDI)*, 1983.794 y *JDI*, 1986.150, notas de B. EDELMAN.

63. Sobre este tema: C. CHAUMONT, “Mort et transfiguration du *ius cogens*”, en *Mélanges offerts à P. F. Gonidec*, LGDJ, Paris, 1985, p. 470 y, más recientemente, R. NIETO-NAVIA, “International Peremptory Norms (*ius cogens*) and International Humanitarian Law”, en *Man’s Inhumanity to Man. Essays on International Law in Honour of Antonio Cassese*, Kluwer Law International, The Hague, London, New York, 2003, pp. 609 ss., a relacionar con las posiciones de otros Estados desde los primeros debates en el seno de la Comisión del Derecho Internacional (E. SCHWELB, “Some Aspects of International *ius cogens* as Formulated by the International Law Commission », *AJIL*, 1967, pp. 960 ss.). Argentina ratificó la Convención de 1969 el 5 de diciembre de 1972 por la ley n° 19.865.

64. El artículo 53 de la Convención de 1969, cuyo título es “Tratados que estén en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*)”, dispone que “es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho penal internacional general. (...) una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”. Sobre la jerarquía de las normas internacionales

se ha encontrado ninguna referencia expresa al *ius cogens* en la jurisprudencia francesa, contrariamente a la jurisprudencia argentina⁶⁵ o internacional⁶⁶.

En cuanto al segundo problema de conciliación, a falta de otra alternativa “a mano” que no sea la aplicación del derecho de Núremberg (que contiene una definición del crimen contra la humanidad inapropiada para el proceso de los ciudadanos franceses), y a fin de no dejar impunes los crímenes de Paul Touvier, los jueces redefinen el crimen contra la humanidad *lato sensu*: en el caso Touvier, extienden el área de incriminación a los cómplices franceses que actuaron por cuenta del Estado nazi, como los cómplices “de asesinatos cometidos por incitación de una organización declarada criminal perteneciente a un país que practica una política de hegemonía ideológica”⁶⁷.

Notemos que los jueces parecen de esta manera conciliar, de paso, la represión de crímenes de lesa humanidad cometidos por un ciudadano francés, y la razón de estado. Al limitar la definición de crímenes de lesa humanidad a los crímenes nazis, es decir a un contexto político en particular, la Corte de Casación esquivá hábilmente⁶⁸ la pregunta relativa al hecho de saber si el Estado francés había, por si mismo, llevado una política de hegemonía ideológica: “de esta manera, en la cadena de responsabilidades, el eslabón de la Francia de Vichy ha evadido, la argumentación jurídica focalizándose muy plácidamente solo en la Alemania Nazi”⁶⁹, hecho que conlleva a la exclusión implícita de toda posibilidad de represión de los actos inhumanos y persecuciones perpetrados, por los franceses, por cuenta de Francia⁷⁰. Los jueces logran la condena de Paul Touvier dejando un “vacío jurídico”⁷¹ con respecto de los eventuales crímenes de lesa humanidad cometidos en nombre del Estado francés. Desde este punto de vista, la jurisprudencia Touvier, circunstancial y “confortable”⁷², es limitada – o al menos reservada⁷³. La jurisprudencia

69

supuesta en el texto de esta disposición, véase: T. MERON, “On a Hierarchy of International Human Rights”, *AJIL*, 1986, pp. 13 ss. y L. HAOPAI, “*Jus cogens* and international law”, en Y. SIENHO y T. WANG ed., *International Law in the Post-Cold War World. Essays in memory of Li Haopei*, Routledge, London, New York, 2001, pp. 505 ss. Cf. también *supra*, notas 38-39.

65. Cf. *infra* II, B.

66. La primera consagración del concepto de *ius cogens* en la jurisprudencia internacional data de 1998: cf. fallo Furundzija del 10 de diciembre de 1998, Cámara de primera instancia II del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, IT-95-17/1, §§ 153 ss. Véase, para desarrollos, S. GARIBIAN, *Le crime contre l’humanité au regard des principes fondateurs...*, *Op. cit.*, pp. 247 ss.

67. Fallo Touvier del 27 de noviembre de 1992 (Crim. 27 novembre 1992 : *Bull. crim.* n° 394), confirmado otra vez, por la misma Corte, en el fallo Touvier del 21 de octubre de 1993 (Crim. 21 octobre 1993 : *Bull. crim.* n° 307).

68. Cf. R. KOERING-JOULIN, A. HUET y P. WACHSMANN, “Hégémonie idéologique”, *Le Monde*, 19 de diciembre de 1992, p. 2.

69. *Idem* (“[a]insi, dans la chaîne des responsabilités, le maillon de la France de Vichy a-t-il sauté, l’argumentation juridique se focalisant plus commodément sur la seule Allemagne nazie”).

70. Véase M. MASSE, “L’affaire Touvier : l’échappée belle”, *RSC*, 1993, pp. 375-376; C. GRYNFOGEL, “Le concept de crime contre l’humanité. Hier, aujourd’hui et demain”, *Revue de droit pénal et de criminologie*, 1994, pp. 31 ss.; M. DELMAS-MARTY, “Le crime contre l’humanité, les droits de l’homme, et l’irréductible humain”, *RSC*, 1994, p. 481.

71. *JCP*, 1993.II.21977, nota DOBKINE.

72. M. MASSE, “L’affaire Touvier : l’échappée belle”, *Op. cit.*, p. 375.

73. Ver también, para un estudio crítico del método de los jueces: M. MASSE, *Ibid.*, p. 376 y C. GRYNFOGEL, “Touvier et la justice, une affaire de crime contre l’humanité?”, *RSC*, 1993, p. 72.

relativa a los crímenes franceses cometidos en el contexto de la descolonización será la consecuencia⁷⁴.

Es muy interesante subrayar, a propósito de ello, que los jueces supremos adoptarán por el contrario una postura legalista y una interpretación estricta del derecho de Núremberg, cuando será cuestión de pronunciarse sobre la posibilidad de procesar los crímenes coloniales, prescritos y amnistiados, cometidos por cuenta del Estado francés en Argelia y en Indochina: rehusarán a la vez toda forma de aplicación retroactiva del derecho de Núremberg, y *a fortiori*, toda extensión de la definición de crimen contra la humanidad que éste contiene⁷⁵; excluirán igualmente todo recurso a la costumbre internacional como fuente potencial de incriminación de efecto directo, en nombre del respeto del principio de legalidad, afirmando expresamente la necesidad de una doble incriminación, en el caso Aussaresses relativo a los crímenes cometidos por el ex oficial de informaciones en servicio del ejército francés en Argelia⁷⁶. Evidentemente, aquí el desafío consistirá en tratar de evitar todo posible empleo de la calificación –como se ha visto, fuertemente estratégica– de crimen contra la humanidad.

B. La aplicación retroactiva de la Convención sobre las desapariciones forzadas y el *ius cogens* en Argentina

70

El fallo Simón, en Argentina, nos ilustra una situación diferente. Aquí no se encuentra una discusión real sobre la cuestión de la calificación de crimen contra la humanidad. La mayoría de los jueces parece admitir que desde un punto de vista jurídico no existe ambigüedad: se refiere a esta cuestión para afirmar que no se trata de un problema⁷⁷.

Para ello, y contrariamente a la Corte de Casación francesa en el caso Paul Touvier, en el caso Simón la Corte Suprema argentina adopta en primer lugar el punto de vista según el cual el fundamento de la incriminación no es internacional sino nacional: se trata en particular de los artículos 141 y ss. del Código Penal sobre la privación ilegal de la libertad, en vigor en el momento de los hechos, y considerados como providentes de una definición suficientemente amplia para incluir los actos constitutivos de la desaparición

74. Cf. S. GARIBIAN, "Qu'importe le cri, pourvu qu'il y ait l'oubli. Retour sur la jurisprudence de la Cour de cassation relative aux crimes français commis en Algérie et en Indochine", en C. COQUIO dir., *Retours du colonial ? Disculpation et réhabilitation de l'histoire coloniale*, l'Atalante, Nantes, 2008, pp. 129-146.

75. Fallo Boudarel del 1 de abril de 1993 (Crim. 1er avril 1993 : *Bull. crim.* n° 143) ; fallo "protesta de octubre de 1961" del 30 de mayo de 2000 (Crim. 30 mai 2000 : *Bull. crim.* n° 204) ; fallo Aussaresses del 17 de junio de 2003 (Crim. 17 juin 2003 : *Bull. crim.* n° 122).

76. Fallo Aussaresses, *Idem*: "la costumbre internacional no podría paliar la ausencia de texto incriminante, bajo la calificación de crímenes contra la humanidad, a los hechos denunciados por la parte civil". Observamos, además, que esta jurisprudencia será citada como ejemplo por el juez Belluscio en el fallo Clavel de la Corte Suprema argentina (fallo del 24 de agosto de 2004), para apoyar su disidencia (consid. 17) en relación con la aplicación de la costumbre internacional en el derecho argentino en materia de represión de los crímenes contra la humanidad.

77. Véase en particular los votos de los jueces Boggiano (consid. 38), Maqueda (consid. 50 ss.), Zaffaroni (consid. 14 ss.) y Highton de Nolasco (consid. 31).

forzada⁷⁸. La desaparición forzada es así entendida como una subespecie del delito de privación ilegítima de la libertad⁷⁹.

Los jueces afirman, en segundo lugar, la calificación de “crímenes contra la humanidad” para los actos de privación ilegal de la libertad cuando esos actos son cometidos en condiciones tales que constituyen desapariciones forzadas. Bien entendido, esta segunda parte del razonamiento remite al derecho internacional, y esto de manera doble: 1. remite a la Convención Interamericana sobre las Desapariciones Forzadas de 1994, 2. cuyo carácter retroactivo de aplicación (puesto que no estaba en vigor en el momento de los hechos) es negado o justificado por la mayoría de la Corte Suprema gracias a un recurso a la costumbre internacional⁸⁰. Según ellos, la Convención de 1994 (como, por otro parte, la Convención de 1968 sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y los Crímenes de Lesa Humanidad)⁸¹ es la consagración formal de normas consuetudinarias preexistentes desde hace largo tiempo, y que, además, tienen un valor imperativo de *ius cogens* –que sí aparece en varias partes del fallo Simón⁸², y que está claramente aceptado por la Corte Suprema como fuente de derecho interno a partir de los casos Priebe y Clavel⁸³.

Este razonamiento implica varias cosas. Implica, primero, que no hay necesidad de una identidad o de una “coincidencia formal” entre las figuras del derecho penal internacional y los tipos penales nacionales⁸⁴. En particular, importa poco que las definiciones contenidas en el Código Penal prevean expresamente las circunstancias contextuales de la conducta⁸⁵ –lo que corresponde a una interpretación muy flexible de la exigencia clásica de doble

78. Cf. por ejemplo: votos de los jueces Maqueda (consid. 85), Zaffaroni (consid. 14) y Argibay (consid. 10).

79. C. PIZOLLO, *Op. cit.*

80. Véase el considerando 88 del voto del juez Maqueda, quien recuerda también que “la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha rechazado la excepción de irretroactividad de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, respecto de delitos cometidos con anterioridad a su sanción, al considerar que aquellas conductas ya constituían delitos de lesa humanidad, repudiados por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos incluso en la década de los setenta (...)”.

81. Recordamos que la Convención de 1968 fue aprobada por la ley n° 24.584 del 1 de noviembre de 1995 y obtuvo jerarquía constitucional mediante la ley n° 25.778 del 20 de agosto de 2003. Hasta 1995, los gobiernos argentinos habían rehusado ratificar esta Convención de 1968 que declara la imprescriptibilidad de los crímenes, incluso *ex post facto*, pues consideraban que esto violaba el principio de *nullum crimen, nulla poena sine lege*, y precisamente esta posición llevó a la Argentina a hacer una reserva al artículo 15, inc. 2 del Pacto de 1966 (cf. *supra*, nota 57). Parecería que esta posición no deja de tener relación con el hecho de que cierto número de criminales nazis se hallaban aun refugiados en los países del Cono sur, especialmente Argentina (cf. A. E. ALVAREZ, E. A. BERTONI y M. BOO, “Droit argentin”, en A. CASSESE y M. DELMAS-MARTY dir., *Juridictions nationales et crimes internationaux*, PUF, París, 2002, p. 306).

82. Cf. en particular los votos de los jueces Boggiano (consid. 36 ss.), Maqueda (consid. 45 ss.), Zaffaroni (consid. 27) y Lorenzetti (consid. 19).

83. *Supra*, nota 42. Se trataba, en esos dos casos, de justificar la aplicación retroactiva del principio de imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad en el orden jurídico nacional, por un recurso al concepto de *ius cogens*. Un precedente importante se encuentra en el voto (consid. 50) del juez Schiffrin de la Cámara Federal de La Plata (sentencia del 30 de agosto de 1989, caso Schwammberger), pero sin referencia explícita al *ius cogens* sino al “derecho de gentes”.

84. Véase los desarrollos de P. PARENTI, “La jurisprudencia argentina frente a los crímenes de derecho internacional”, *Op. cit.*, pp. 73 ss.

85. Véase, al contrario, la disidencia del juez Fayt (consid. 35 ss.).

incriminación. Implica también que la calificación (o tipificación) particular de “crimen contra la humanidad”, asociada a actos imputados en el Código Penal, puede encontrar su fundamento en la costumbre internacional –costumbre que sería de aplicación directa y de jerarquía constitucional, según una interpretación amplia del artículo 118 de la Constitución que se refiere al “derecho de gentes”⁸⁶. Implica, en fin, que el principio constitucional de legalidad no puede obstaculizar a un juez interno la aplicación de una costumbre considerada, además, como poseedora de un valor de *ius cogens*⁸⁷.

La aceptación de la relatividad del principio de legalidad para luchar contra la impunidad de los crímenes más graves se acentúa a la luz de la “conexión lógica” entre imprescriptibilidad y retroactividad (establecida por la Convención de 1968 sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y los Crímenes de Lesa Humanidad)⁸⁸; mas también de los principios generales del derecho en virtud de los artículos 7, inc. 2 de la Convención Europea de 1950 y 15, inc. 2 del Pacto Internacional de 1966⁸⁹.

Es interesante observar que la juez Argibay precisa además que “la eficacia de la reserva hecha por la República Argentina al ratificar [el Pacto] se ve debilitada por la posterior aprobación sin reservas de la Convención sobre Imprescriptibilidad”⁹⁰. Es la única que se pronuncia sobre la cuestión de la validez, relativa, de esta reserva, aparte del juez Fayt, quien en su disidencia expone su desacuerdo argumentando la importancia de la reserva a través de una interpretación estricta de los artículos 27 y 75, inc. 22 de la Constitución⁹¹. En efecto, el artículo 27 subordina la obligatoriedad de los tratados a que ellos “estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución”. Y el artículo 75, inc. 22 dispone que los tratados de derechos humanos enumerados (incluyendo el Pacto de 1966) tienen jerarquía constitucional “en las condiciones de su vigencia” (o sea, según una interpretación clásica, con las reservas y declaraciones interpretativas hechas por la Republica en el momento de ratificarlos), y que “no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución” (incluyendo el artículo 18 sobre el principio de legalidad).

Para concluir, si el recurso al derecho internacional por los jueces supremos franceses y argentinos puede ser analizado como el producto de la coacción jurídica que constituye el respeto de los principios de soberanía y de legalidad, tal recurso implica interpretaciones jurisdiccionales innovadoras y creativas, que se hacen eco de la teoría realista de la interpretación⁹². Aunque afirman que sólo aplican un derecho positivo preexistente

86. Cf. *supra*, nota 43, y la opinión opuesta del juez Fayt (consid. 64 ss. de su disidencia).

87. Cf. en particular los votos de los jueces Boggiano (consid. 49) y Maqueda (consid. 49 y 89).

88. Voto del juez Boggiano (consid. 43 ss.).

89. Véase los votos de los jueces Maqueda (consid. 83 ss.) y Lorenzetti (consid. 19 y 30), quienes se refieren a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ante-citada, *supra* nota 55.

90. Consid. 16 del voto de la jueza Argibay. Sobre la reserva, cf. *supra*, notas 57 y 82.

91. Consid. 43 ss. de su disidencia. Cf. también P. L. MANILI, *Op. cit.*; G. BADENI, *Op. cit.*; A. J. D'ALESSIO, *Los Delitos de Lesa Humanidad*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 86.

92. Sobre la teoría realista (o “escéptica” según R. GUASTINI, “Interprétation et description de normes”, en P. AMSELEK dir., *Interprétation et droit*, Bruylant, PUAM, Bruxelles, Paris, 1995, p. 89) de la interpretación como acto de voluntad consistente en una elección entre varios significados (sin distinción entre aplicación y creación de derecho), véase en particular M. TROPER, “Un système pur du droit : le positivisme de Kelsen”, en P. BOURETZ dir., *La force du droit. Panorama des débats contemporains*,

(adoptando así implícitamente la ficción del poder nulo que legitima su trabajo), los jueces usan su poder discrecional para poner en marcha una inter-normatividad fecunda a través de una articulación libre del derecho internacional y del derecho interno.

Surge de ello una percepción flexible de los principios de soberanía estatal y de legalidad penal, que encuentra su expresión más fuerte en la expresa integración, por los jueces argentinos, del concepto confuso y muy criticado del *ius cogens*. O sea la integración –la *positivación*– en el orden jurídico interno de un derecho imperativo para la aplicación del cual no podrían hacer obstáculo ni la Constitución, ni los principios que ella garantiza: un *corpus* de normas materialmente superiores admitido como fundamento de validez, que transmite la idea de un “deber” de los Estados en materia de represión de los crímenes internacionales más graves, y de una cierta “moralización” indirecta del derecho⁹³. Pero la aceptabilidad de tal idea en un Estado de derecho supone un esfuerzo de demostración jurisdiccional según la cual el valor superior de las normas aplicables no sería resultado de principios naturales o de un “derecho supralegal”, sino de la sola voluntad soberana del Estado miembro de la comunidad internacional⁹⁴. Es lo que traducen, por ejemplo, las palabras del juez argentino Raúl Zaffaroni cuando afirma en el fallo Simón que no es necesario “perderse en las alturas de la supralegalidad”, dado el estado del derecho internacional de los derechos humanos regularmente integrado en el orden jurídico interno⁹⁵.

En fin, también surge de esto que, más allá del estado del derecho positivo y de su interpretación discrecional por jueces más o menos audaces, lo que determina, por encima, el éxito de las ponderaciones y conciliaciones jurisdiccionales es el objetivo considerado, y así, el proyecto político oculto detrás de la misión de justicia. En Francia el proyecto político es, por un lado, el juzgamiento de los cómplices nacionales del régimen nazi; y, por el otro, el bloqueo de todo proceso a los crímenes cometidos por los franceses por cuenta

73

Esprit, Paris, 1991, pp. 134 ss.; *Pour une théorie juridique de l'Etat*, *Op. cit.*, pp. 71 ss. y 332 ss.; *La théorie du droit, le droit, l'Etat*, *Op. cit.*, pp. 69 ss. Evidentemente, sería útil releer H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *Op. cit.*, pp. 459 ss. Ver también F. HAMON, “Quelques réflexions sur la théorie réaliste de l'interprétation”, en *L'architecture du droit...*, *Op. cit.*, pp. 487-500 y E. MILLARD, “Quelques remarques sur la signification politique de la théorie réaliste de l'interprétation”, en *Ibid.*, pp. 725-734.

93. Sobre este tema: S. GARIBIAN y A. PUPPO, “Acerca de la existencia del *ius cogens* internacional: una perspectiva analítica y positivista”, *Isonomía*, n° 36, abril 2012, pp. 7-47 y, más generalmente, por los mismos autores, *Normas, valores, poderes. Ensayos sobre positivismo y derecho internacional*, Fontamara, México, 2010. Esta moralización del derecho se traduce inicialmente de manera paradigmática en la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la exYugoslavia: después de haber consagrado el *ius cogens* por primera vez en la jurisprudencia internacional en 1998 en el fallo Furundzija (*supra*, nota 67), el Tribunal, hablando del “progressive trend towards the so-called ‘humanisation’ of international legal obligations”, precisará: “This trend marks the translation into legal norms of the ‘categorical imperative’ formulated by Kant in the field of morals” (cf. fallo Kupreskic, Cámara de primera instancia II, 14 de enero de 2000, IT-95-16, § 518).

94. Se encuentra en los votos de los jueces Zaffaroni y Lorenzetti una referencia a la “supralegalidad” (y al debate Hart/Fuller en torno de la fórmula de Radbruch; sobre este punto, cf. *supra*, nota 52) percibida como no necesaria respecto al estado actual del derecho internacional de los derechos humanos (Zaffaroni, consid. 25 ss.), e incluso peligrosa (Lorenzetti, consid. 18 y 19, aunque su propia postura teórica sea, por otro lado, ambigua).

95. Consid. 25 de su opinión.

de Francia antes de 1994, en particular en el contexto de la descolonización –reflejo de un tabú persistente⁹⁶. En Argentina, es la confrontación con su propio pasado criminal. Esta confrontación, muy mediatizada y instrumentalizada políticamente, es acompañada de un cierto activismo judicial elaborado sobre un fuerte “human rights oriented approach”⁹⁷ –o, según los más escépticos, un “posibilismo ilimitado” al principio de una verdadera “reforma constitucional extra-textual”⁹⁸.

96. S. GARIBIAN, “Qu’importe le cri, pourvu qu’il y ait l’oubli...”, *Op. cit.* La literatura multidisciplinaria sobre este tema es importante. Ver por ejemplo C. COQUIO dir., *Retours du colonial ?...*, *Op. cit.*, así como P. BLANCHARD, N. BANDEL y S. LEMAIRE dir., *La fracture coloniale. La société française au prisme de l’héritage colonial*, La Découverte, Paris, 2005, y el dossier “Relectures d’histoires coloniales” en *Cahiers d’Histoire. Revue d’histoire critique*, n° 99, 2006.

97. C. A. E. BAKKER, “A Full Stop to Amnesty in Argentina. The Simón Case”, *Journal of International Criminal Justice*, 2005, n° 3, p. 1120, quien considera, con entusiasmo, que esto “not only clears the path to the Argentine judiciary: it also contribute to the consolidation of international criminal law and international criminal justice”.

98. J. S. ELIAS, “‘Simón’ O de cómo las buenas intenciones pueden socavar el Estado de Derecho”, *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Suplemento 2006 –III, Fascículo n° 13, Sección Jurisprudencia Anotada, Lexis Nexos, pp. 37-72.

El Constitucionalismo Popular y los problemas de la “última palabra”: apuntes para un Contexto Latinoamericano

Ramiro Álvarez Ugarte*

Resumen

¿Es la Corte Suprema la intérprete final de la Constitución? Este trabajo argumenta que, en un sentido significativo, no lo es y no puede serlo: los grandes desacuerdos sociales subsisten por más que la Corte Suprema los resuelva con pretensiones de finalidad. Ellos desaparecen sólo en el marco de complejos procesos culturales en los que los tribunales intervienen de un modo relevante y trascendente, pero no definitivo o automático. Si esta hipótesis se sostiene, entonces esos *desacuerdos* permanecen y se expresan por distintos caminos que han sido explorados por el constitucionalismo popular o democrático. El trabajo plantea una mirada crítica sobre esas teorías, que tienden a idealizar los procesos existentes y a invisibilizar las limitaciones que ellos presentan y que son especialmente relevantes en el contexto de las democracias de América Latina. Finalmente, concluye que pensar más y mejores caminos para la expresión de nuestros desacuerdos normativos debería ser una parte fundamental de nuestra agenda constitucional.

75

Palabras clave: Constitucionalismo Popular – Corte Suprema – Interpretación Constitucional – Sociedad Civil – Movimientos Sociales

Abstract

Is the Supreme Court the final interpreter of the Constitution? This paper argues that, in a significant sense, it is not and it cannot be: social disagreements remain even when the Court decides upon them with pretended *finality*. Pervasive social disagreements only disappear through complex cultural processes in which courts intervene in a relevant and significant way, but never delivering automatic or definitive results. If this position holds,

* Profesor de Derecho Constitucional y Movimientos Sociales en la Universidad de Palermo y de la Clínica Jurídica de Acceso a la Información y Litigio Estratégico en la Universidad Nacional de la Plata. Abogado (UCA, 2003) y LL.M. Escuela de Leyes de la Universidad de Columbia (2009). Director del Área de Acceso a la Información de la Asociación por los Derechos Civiles (ADC). Agradezco a Alejandra Negrete Morayta por una lectura temprana que evitó errores groseros. Por comentarios y sugerencias útiles, agradezco a Juan González Bertomeu, Laura Saldivia, Roberto Gargarella, Paola Bergallo, Roberto Saba, Gustavo Arballo, Juan Nieto, Inés Jaureguiberry, Silvina Ramírez y Demián Zayat y participantes de seminarios en la Universidad Nacional de Buenos Aires y en la Universidad Nacional de La Pampa. Los errores que subsistan son exclusiva responsabilidad mía.

then these *disagreements* remain and find ways of expressing themselves that have been explored by popular and democratic constitutionalism. This paper presents a critical look at those theories: they tend to idealize the existing processes and to avoid discussing their limitations, which are especially relevant in the context of Latin American democracies. This paper argues that thinking more and better ways for expressing our normative disagreements should be a central issue of our constitutional agenda.

Key words: Popular Constitutionalism – Supreme Court – Constitutional Interpretation – Civil Society – Social Movements.

El Constitucionalismo Popular y los problemas de la “última palabra”: apuntes para un Contexto Latinoamericano

Ramiro Álvarez Ugarte

“El campo jurídico es el lugar en el que se lleva a cabo una competencia por el monopolio del derecho a determinar qué es el derecho”.

Pierre Bourdieu, *The Force of the Law*.

Hace algún tiempo, la cuestión de la desobediencia a decisiones de la Corte Suprema de Justicia argentina adquirió cierta relevancia en el debate público local¹. Algunas voces vinculadas al mundo del derecho señalaron que el tribunal es el *intérprete final* de la Constitución Nacional². Se trata ésta de una posición que suele enseñarse durante las primeras semanas de nuestro paso por las escuelas de derecho, generalmente de la mano de aquella frase que sostiene que la Constitución *es lo que los jueces dicen que es*. Como tantos otros, este concepto suele ser más repetido como verdad revelada que pensado en forma crítica. Este trabajo busca ponerlo en cuestión por considerar que el mismo elige, de forma injustificada, a *ganadores* y *perdedores* en la lucha por decir lo que el derecho es y no es³. Y ello es problemático por dos razones que estimo muy relevantes.

77

1. Diario La Nación. 11 de marzo de 2011. *Otra desobediencia del Gobierno a la Corte*; Diario Clarín, 20 de septiembre de 2010. *Constitutionalistas advierten sobre la grave desobediencia de Peralta a la Corte*; La Gaceta, 9 de mayo de 2011. *“Desobedecer a la Justicia es una locura”*; Cadenta Tres. 18 de diciembre de 2009. *Crece la tensión entre Gobierno y Corte por desobediencia a un tribunal*.

2. Por ejemplo, ver Alberto B. Bianchi, *Una meditación acerca de la función institucional de la Corte Suprema*, LA LEY, 1997-B, 994; Santiago Corcuera, *Conflictos de poderes en el orden federal*, LA LEY, 2007-E, 1174; Antonio M. Hernández, *El incumplimiento de sentencias de la Corte Suprema de Justicia por la Provincia de Santa Cruz y la posibilidad de la intervención federal*, LA LEY, 30 de marzo de 2011; Aída Kemelmajer de Carlucci, *“Desobedecer a la Corte es un acto de locura”*, en LA NACIÓN del 12 de diciembre de 2010 (donde señala: “Desde lo institucional, pocas situaciones son tan graves... Que el marido de la Presidenta se haya trasladado a hacer un acto público y que gobernadores provinciales, entre ellos de mi provincia, vayan para allá a decir que no hay que cumplir con la sentencia es un horror. Desde mi formación y la fe que le tengo al derecho, eso es locura. Desobedecer a la Corte es un acto de locura.”).

3. Sobre este punto, ver Pierre Bourdieu, *The Force of the Law*, 38 THE HASTINGS LAW JOURNAL, pág. 805 (1987) y García Villegas M., *On Pierre Bourdieu's Legal Thought*, DROIT ET SOCIÉTÉ 2004/1, N° 56-57, pág. 57-70 (2004).

En primer lugar, presenta serios problemas *normativos*. ¿Por qué los jueces se arrogan el monopolio de la interpretación constitucional? Si la Constitución da forma a nuestras instituciones y contiene principios básicos ordenadores de nuestra sociedad, ¿no corresponde que el significado de esos principios se debata democráticamente entre quienes integramos esa sociedad y quienes –supuestamente– establecimos la Constitución? Esta posición ha sido adelantada en los últimos años en los Estados Unidos por autores que se ubican dentro del llamado constitucionalismo popular o democrático⁴.

En segundo lugar, el concepto también es falso desde el punto de vista *descriptivo*. Pensar que la Corte Suprema es efectivamente la intérprete final y suprema de la Constitución suena un tanto contraintuitivo para quienes seguimos de cerca a tribunales que, en numerosas oportunidades, vuelven sobre sus pasos, son cuestionados por otros poderes y encuentran con asiduidad límites concretos a su jurisdicción. Es en este aspecto en el que concentro la mayor parte de este trabajo.

Procedo de la siguiente forma. En la primera parte desarrollo los fundamentos teóricos que me permiten sostener que, en un sentido relevante, es falso que la Corte Suprema intervenga en diferendos normativos de una forma que pueda calificarse significativamente como *final* o *suprema*. Llego a esa conclusión desde una lectura dinámica de los procesos de formación de los significados constitucionales inspirada en trabajos que se ubican dentro del constitucionalismo popular o democrático⁵. Entiendo que muchos de los desacuerdos normativos que existen en cualquier sociedad democrática permanecen luego de que la Corte Suprema los *resuelve* y que éstos sólo pueden desaparecer en el marco de complejos procesos culturales. Considero que ello, además de verdadero desde un punto de vista empírico, es relativamente atractivo normativamente.

78

Si ello es cierto, entonces esos *desacuerdos* permanecen y circulan por otros caminos institucionales, tales como la reforma constitucional o legislativa, o los cambios en la composición del tribunal. Al análisis de esos caminos dedico la segunda parte de este trabajo. Ello me permite ofrecer una mínima base empírica para la postura teórica desarrollada en la sección anterior. Sin embargo, y a diferencia de los trabajos que desde el constitucionalismo democrático destacan esos caminos como positivos, propongo una lectura crítica que los cuestiona con base en su pobre capacidad para canalizar un verdadero debate democrático sobre nuestros desacuerdos normativos.

Si lo expuesto en las dos secciones anteriores se sostiene, se vuelve relevante pensar en las consecuencias prácticas de esta perspectiva, especialmente en un contexto como el que comparten –en mayor o menor medida– todos los países de América Latina. En efecto, abandonar la idea de que la Corte es *la intérprete final* de la Constitución Nacional

4. Ver, p.ej, LARRY KRAMER, *THE PEOPLE THEMSELVES* (2004). Ver, además, autores citados en *infra* nota 37.

5. Se trata de una tradición escasamente explorada por la academia argentina. Para ejemplos de trabajos que van en esa dirección, ver Roberto Gargarella, *La dificultad tarea de la interpretación constitucional*; Roberto Gargarella, *Un papel renovado para la Corte Suprema. Democracia e interpretación judicial de la Constitución*; Laura Saldívar, *Una Corte, ¿Suprema?*; Roberto Gargarella, *De la alquimia interpretativa al maltrato constitucional. La interpretación del derecho en manos de la Corte Suprema argentina*; y Roberto Gargarella, *El nacimiento del constitucionalismo popular*, todos ellos en ROBERTO GARGARELLA (COORD.), *TEORÍA Y CRÍTICA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL*, TOMO I (2009).

requiere aceptar que el derecho es una construcción social compleja en la que intervienen múltiples actores estatales y sociales. ¿Pero cómo se vinculan entre sí esos actores en contextos de desigualdad y exclusión económica y política? ¿Cuáles son los mecanismos a través de los cuales el derecho se construye socialmente? ¿Quiénes participan de esa construcción y quienes no? Estas preguntas señalan, entiendo, hacia una agenda interesante de investigaciones empíricas hacia el futuro. Pero es de esperar que ellas no se agoten en análisis sobre procesos constitucionales pasados, sino que indaguen en posibles cambios en la forma en que los operadores jurídicos interactúan entre sí en contextos sociales de desigualdad donde existen fuertes desacuerdos normativos. A analizar uno de esos posibles cambios dedico la tercera y última parte.

I. Finalidad

1. La finalidad: sus problemas y alcances

La Corte Suprema de Justicia argentina tiene su *gran ballena blanca*. Se trata del caso *Sosa*, como se conoce al reclamo de un ex procurador de la Provincia de Santa Cruz para volver a un empleo del que fue —sostiene— ilegítimamente removido. Todo comenzó en 1996, cuando el máximo tribunal le dio la razón y ordenó a la provincia reponerlo en su cargo. Desde entonces, la Corte intervino en más de siete oportunidades y siempre insistió, sin éxito, sobre la necesidad de que Sosa recupere su puesto⁶.

79

Ante este caso, y otros similares, se ensayaron distintas respuestas desde el campo jurídico. En su mayoría fueron críticas de la reacción del poder político. Muchas de ellas se fundaron en el carácter de intérprete final de la Constitución de la Corte Suprema, que supone que las interpretaciones del máximo tribunal son obligatorias y merecen el respeto y la obediencia de los demás poderes. En los párrafos siguientes procuro identificar los elementos teóricos básicos que sostienen esta posición⁷.

6. En octubre de 2009, y habiendo agotado otras alternativas, el tribunal resolvió intimar al gobernador de Santa Cruz a que "cumpla las decisiones recaídas en este proceso" bajo apercibimiento de "dar intervención a la justicia penal para que se investigue la posible comisión de un delito de acción pública" (Cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación, Caso Sosa, sentencia del 20 de octubre de 2009, cdo. 19.).

7. La idea de que la Corte tiene la última palabra en materia de interpretación está muy extendida, pero se trata de un concepto que pocas veces es explicado seriamente. Una excepción a esa regla general de la doctrina local la encontramos, por ejemplo, en Fernando Basch, quien en un reducido espacio logró explicar el fundamento principal de la doctrina que postula la *supremacía* de la Corte Suprema. Sostiene Basch: "El derecho es una práctica interpretativa y naturalmente reina en ella el desacuerdo. Necesidades de claridad y consistencia normativa llaman a que el desacuerdo sea resuelto de algún modo. Si es importante que cierta interpretación prime en tal o cual caso, más lo es que alguna interpretación prime siempre para evitar la incertidumbre propia de la ausencia de una interpretación a la cual asignarle autoridad. El método que nuestra práctica encontró para solucionar desacuerdos normativos es el de acordar la interpretación definitiva al Poder Judicial, y en particular a la Corte Suprema. Hay quien pueda objetar esta solución, pero es resultado de un consenso sostenido en nuestra democracia." (Fernando Basch, *El gobierno desconoce consensos básicos*, Diario Clarín, 27 de septiembre de 2010).

a. Las bases teóricas y jurisprudenciales de la supremacía

La idea de la finalidad constitucional está estrechamente vinculada al fenómeno del desacuerdo en el mundo del derecho. Todos los operadores jurídicos pueden dar fe de ello: el derecho no está compuesto por reglas absolutamente claras. En muchos casos, las normas jurídicas tienen zonas de "penumbra" que invitan a diversas interpretaciones, lo que genera desacuerdos sobre el alcance de las mismas⁸.

Pensemos, para usar un ejemplo usual y recurrente, en una norma que prohíbe *la circulación de vehículos en una plaza pública*. La prohibición parece bastante clara y directa, pero su aplicación puede generar controversias interpretativas, algunas de ellas razonables. Por ejemplo, parece claro que la norma prohíbe que un automóvil circule por allí. ¿Pero qué ocurre con una motocicleta? ¿Es también un vehículo? Creo que muchos coincidiríamos en que lo es. ¿Y una bicicleta o un andador de niños? La cuestión que parecía simple comienza a complicarse.

Ante planteos así, la norma pierde claridad y precisión y genera desacuerdos razonables en cuanto a su alcance. La pregunta que cabe hacerse, y que se vincula con la cuestión de la *supremacía* y la *finalidad* en materia de interpretación, es cómo lidiamos con esos desacuerdos, especialmente con aquellos que se generan por fuera del campo jurídico, en la sociedad en general. Una posibilidad, entre muchas, es que hayamos llegado a un consenso en virtud del cual la interpretación definitiva de la Constitución sea competencia exclusiva de los jueces en general y de la Corte Suprema en particular.

80

En el plano judicial, esta idea se remonta, por lo menos, al caso *Marbury vs. Madison*, donde el juez Marshall postuló la facultad judicial del control de constitucionalidad de las leyes del Congreso. El razonamiento simplificado detrás de esa decisión es el siguiente: si la Suprema Corte es la última instancia institucional para resolver "casos" y esos casos se presentan, usualmente, cuando existe un desacuerdo sobre un derecho que supuestamente ha sido violado, entonces la Suprema Corte tendrá en última instancia la facultad de decidir sobre los alcances y límites de ese derecho.

Un caso trascendente en el que la Suprema Corte de los Estados Unidos afirmó su autoridad interpretativa fue *Cooper v. Aaron*⁹, donde dispuso que sus interpretaciones sobre la Constitución son de obligatorio cumplimiento para todos los funcionarios públicos. Dicha sentencia, de 1958, se dio en el marco de una desobediencia generalizada de distintos funcionarios de los estados del sur que rechazaban las medidas de desegregación ordenadas por la Suprema Corte a partir del caso *Brown v. Board of Education*, de 1954. En un caso más reciente ratificó —y profundizó— esa doctrina¹⁰, aunque también es posible encontrar

8. Sobre la cuestión del desacuerdo, ver JEREMY WALDRON, *LAW AND DISAGREEMENT*(1999) y J. Waldron, *Rights in Conflict*, 99 *ETHICS* 503 (1989). Sobre las zonas de "penumbra" de los términos jurídicos, ver H.L.A. Hart, *The Concept of Law* (1997, 2ª Edición), pág. 12 (donde sostiene que "todas las reglas tienen cierta zona de penumbra o falta de certeza que obliga a los jueces a elegir entre distintas alternativas").

9. Suprema Corte de los Estados Unidos. *Cooper v. Aaron*, 358 U.S. 1 (1958).

10. Suprema Corte de los Estados Unidos. *United States v. Morrison*, 529 U.S. 598, 616 n.7 (2000) (donde sostuvo que "la Corte debe ser la intérprete final del texto constitucional").

instancias en las que el tribunal mostró una mayor deferencia respecto de las posiciones constitucionales de otros poderes¹¹.

En igual sentido, en la Argentina la Corte Suprema de Justicia afirmó su autoridad hacia el interior del poder judicial. Sostuvo en primer lugar que los jueces inferiores tienen un "deber moral" de conformar sus decisiones a las interpretaciones que el máximo tribunal hizo en casos análogos¹². Luego avanzó un paso más y sancionó a los jueces que se apartaban de sus precedentes¹³. Finalmente, la Corte enfatizó que "carecen de fundamento las sentencias de los tribunales inferiores que se apartan de los precedentes de la Corte sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sentada por el tribunal, en su carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia"¹⁴. Hasta donde tengo entendido, la Corte Suprema nunca afirmó expresamente su autoridad interpretativa de cara a otras ramas de gobierno, aunque su forma de decidir casos *contra* otros poderes o autoridades indica que el tribunal asume ese rol. Como señala Saldivia, la idea de que ella es la intérprete *final* nunca fue abordada de forma satisfactoria por el tribunal, el cual parece postular esa idea sin afrontar las dificultades que la misma presenta¹⁵.

Los reclamos de *finalidad* de los tribunales señalados esconden, además, un reclamo de *supremacía*. Pero estas nociones no son lo mismo, y es conveniente distinguirlas lo antes posible. Con *finalidad* nos estamos refiriendo al fin de ciertos caminos institucionales: la Corte Suprema es *final* en el sentido de que sus decisiones son inapelables y lo resuelto por ella en el caso concreto adquiere estatus de cosa juzgada. La *supremacía* hace referencia a la capacidad de la Corte de determinar el *significado final* de la Constitución *vis á vis* los demás poderes y la ciudadanía en general.

Desde este punto de vista, la *finalidad* de la Corte Suprema implica, simplemente, que ella es la última instancia de revisión de un sistema de adjudicación de controversias en el marco del cual se ejerce el control judicial de constitucionalidad. Dicho ejercicio se puede basar en una determinada lectura constitucional, pero no hay una vinculación lógica o clara entre la obligatoriedad de respetar determinada decisión (*finalidad*) y la obligatoriedad de respetar o seguir la interpretación constitucional sobre la cual esa decisión se sustenta (*supremacía*). Como explican Prakash y Yoo, "[a]l conferir el 'poder judicial' a las cortes federales, la Constitución da a la judicatura la autoridad para resolver ciertos casos y controversias. (...) Ese ejercicio del 'poder judicial' no sugiere que otras ramas del gobierno federal (o cualquier persona) deban abrazar la interpretación constitucional que

11. Cfr. Robert Post y Reva Siegel, *Protecting the Constitution from the People: Juricentric Restrictions on Section V Power*, 78 INDIANA L. J. 1 (2003) (donde citan varios casos en los que la Corte Suprema definió a criterios interpretativos adelantados por el Congreso).

12. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Caso *Bernardo Pastorino*, Fallos 25:36.

13. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Caso *Santín Jacinto*, Fallos 212:59. Ver, al respecto, Nestor Pedro Sagües, *La eficacia vinculante de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en EE.UU. y Argentina*, ESTUDIOS CONSTITUCIONALES, Julio de 2006, vol. 4 número 1, pág. 17 a 32.

14. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Caso *Cerámica San Lorenzo*, Fallos 323: 558 (2000).

15. Cfr. Laura Saldivia, *Una Corte, ¿Suprema?*, en GARGARELLA (COORD)., op. cit. págs. 173 y ss.

sostiene una decisión en particular"¹⁶. Entiendo que esta apreciación se sostiene: no es posible derivar la obligatoriedad de las interpretaciones judiciales de la Constitución del ejercicio por parte de los jueces de su facultad de adjudicar controversias individuales. Esa obligatoriedad se deberá, en todo caso, sostener en otras razones adicionales.

Algunas de esas razones se buscaron en el plano teórico. Una de las argumentaciones más vigorosas a favor de la facultad de la Corte de resolver nuestros desacuerdos normativos en forma *final* y *suprema* fue adelantada por Alexander y Schauer, quienes defendieron la lógica detrás de *Cooper* vinculando a la supremacía constitucional con la función del derecho de establecer, con autoridad, qué se debe hacer ante circunstancias que no están claramente determinadas. A esa función del derecho la llaman *settlement function*, que aquí traduciré como función resolutoria¹⁷.

Por ejemplo, cuando la Constitución establece que los mandatos presidenciales duran cuatro años reduce el campo de los posibles desacuerdos, ya que no es posible discutir razonablemente sobre el tiempo de duración del mandato presidencial. Allí, el derecho está resolviendo una posible controversia, como lo es el tiempo que un presidente debe ocupar su cargo. Sin embargo, en otras cuestiones, la Constitución no es tan clara. ¿Qué significa, por ejemplo, la "forma republicana de gobierno" del artículo seis de la Constitución? ¿Cuál es el alcance de la "correspondencia epistolar" o "los papeles privados" del artículo dieciocho? Son cláusulas más o menos genéricas que reconocen derechos en términos amplios. Estas cláusulas invitan interpretaciones diferentes sobre el alcance de las mismas. Cuando eso sucede es necesario encontrar un mecanismo institucional para resolver las controversias que genere esa falta de determinación.

82

Los autores citados parten de una teoría de la Constitución según la cual el hecho de establecer una Constitución tiene por objeto lograr cierto nivel de acuerdos y estabilidad sobre cuestiones necesarias para el autogobierno colectivo, así como establecer ciertos límites al *principio de la mayoría* como mecanismo de toma de decisiones¹⁸. La función resolutoria constituye, según ellos, un bien que puede defenderse *en sí mismo* y que puede justificar la obligación de todos de respetar normas e interpretaciones con las que no estamos de acuerdo. Podríamos, entonces, discutir sobre la conveniencia o no de la reelección presidencial, pero el hecho de que ella esté prohibida o permitida por la Constitución nos evita tener esa discusión cada cuatro años y —fundamentalmente— nos permite operar sobre terrenos sólidos.

Sin embargo, ante los casos de *penumbra* de las disposiciones constitucionales, es decir, cuando estamos ante controversias interpretativas, la función resolutoria del derecho se

16. Saikrishna Prakash & John Yoo, *Against Interpretative Supremacy*, 103 MICH. L. REV. 1539, pág. 1541 (2005).

17. Alexander y Schauer dan dos ejemplos de este tipo de función del derecho. Por un lado, las alternativas de conducir por la izquierda o la derecha no tienen grandes ventajas sustanciales una sobre la otra, pero decidir la cuestión tiene la enorme ventaja de evitar colisiones frontales. En sentido similar, se puede argumentar que ciertas reglas sobre propiedad, contratos y derecho corporativo son mejores que otras, pero el hecho de contar con un set de reglas determinado sería mejor que no contar con ningún tipo de reglas en absoluto. Esta es la función de *settlement* que defienden estos autores. Ver Larry Alexander and Frederick Schauer, *On Extrajudicial Constitutional Interpretation*, 110 HARV. L. REV. 1359, 1371 (1997).

18. Cfr. Larry Alexander and Frederick Schauer, *On Extrajudicial Constitutional Interpretation*, 110 HARV. L. REV. 1359, 1380.

debe trasladar necesariamente a un *intérprete supremo* que esté facultado para imponer su visión constitucional por sobre otras interpretaciones posibles.

Alexander y Schauer sostienen que una solución posible sería que la interpretación de la Suprema Corte tenga autoridad y sea definitiva¹⁹. Sin embargo, como reconocen, también se podría postular una teoría *departamentalista* que niega la existencia de intérpretes supremos y según la cual todos los funcionarios públicos pueden interpretar la Constitución sin que ninguna interpretación sea superior a otra²⁰. El problema de esta posición, para estos autores, es que no toma en serio la función resolutoria del derecho y genera problemas de coordinación evidentes²¹. También sería posible sostener –junto al constitucionalismo popular– que ante conflictos interpretativos serios sobre el significado último de la Constitución es al *pueblo* a quien le compete resolver esa controversia, ya que es el *pueblo* el creador de la Constitución y los órganos derivados de ella no pueden usurparle el rol de determinar el significado último de las cláusulas constitucionales que él mismo ha creado.

Todas estas posiciones tienen sus ventajas y sus problemas.

En el presente trabajo me referiré tangencialmente a algunos de estos aspectos, pero no me interesa explorarlos en profundidad. Por el contrario, aquí busco explicar cómo la posición de Alexander y Schauer a favor de la *supremacía constitucional*, sobre la cual se asienta el dogma que ve en la Corte Suprema al *intérprete final de la Constitución*, presenta enormes problemas desde el punto de vista descriptivo. Sostengo que la función resolutoria que ellos postulan en relación a la Corte *no puede* alcanzar a los desacuerdos normativos más profundos, ya que ellos se sostienen en actores que operan desde fuera del campo jurídico. Para empezar a desarrollar este argumento creo conveniente partir del trabajo de Robert Cover en *Nomos and Narrative*²².

83

b. Las bases teóricas contra la finalidad. Una lectura de Cover.

El trabajo de Robert Cover es el cimiento sobre el que se sostienen muchos trabajos del llamado constitucionalismo popular o democrático. Cover postula una ampliación del alcance del campo jurídico hacia afuera de las instituciones estatales, de modo de incluir a grupos sociales diversos que conforman comunidades interpretativas que actúan de

19. Cfr. Larry Alexander and Frederick Schauer, *On Extrajudicial Constitutional Interpretation*, 110 HARV. L. REV. 1359, 1377 (1997).

20. Ver, por ejemplo, John Harrison, *The Role of the Legislative and Executive Branches in Interpreting the Constitution*, 73 CORNELL L. REV. 371, 371 (1988) y Walter F. Murphy, *Who Shall Interpret? The Quest for the Ultimate Constitutional Interpreter*, 48 THE REVIEW OF POLITICS 401 (1986). Ver, especialmente, Saikrishna Prakash & John Yoo, *Against Interpretative Supremacy*, 103 MICH. L. REV. 1539 (2005). Estos autores desarrollan una teoría departamentalista que enfrenta, directamente, los argumentos dados por el constitucionalismo popular de LARRY KRAMER, *THE PEOPLE THEMSELVES* (2004).

21. Por ejemplo, supongamos que lo que está en discusión (sobre lo que existe desacuerdo normativo) es la validez del matrimonio entre personas del mismo sexo. Supongamos que el poder ejecutivo se opone a él, y que el poder judicial está a favor y lo reconoce. Las personas del mismo sexo que deseen casarse podrían recurrir a los tribunales para que éstos ordenen su registro en el Registro Civil. Sin embargo, las autoridades del ejecutivo podrían rechazar la inscripción y no reconocer como válido ese matrimonio. Sin ninguna autoridad que resuelva la cuestión, los contrayentes estarían en una situación de indefinición que los perjudicaría en varios sentidos.

22. Robert Cover, *Nomos and Narrative*, 97 HARV. L. REV. 4 (1983).

manera más o menos autónoma, contra el Estado o —en ocasiones— buscando su favor²³. Esta expansión del campo jurídico por fuera de sus operadores tradicionales (oficiales públicos, jueces, legisladores, académicos) se logra por medio de una crucial distinción entre derecho como *significado* y derecho como *herramienta de control social*.

Según Cover, el derecho *como significado* es abierto: todos podemos decidir por nosotros mismos, normalmente en el marco de nuestras comunidades interpretativas, lo que significa el derecho. Ello es lo que permite que, en el debate público, unos sostengan convencidos que los principios de libertad y autonomía individual contenidos en la Constitución garantizan el derecho de las mujeres a decidir si quieren o no llevar un embarazo a término, mientras que otros sostienen que ello es contrario al derecho a la vida. Estas controversias son elementos fundamentales de una sociedad diversa y pluralista, donde no prima una única visión del bien ni de lo justo.

Estas visiones, sin embargo, pueden ser incompatibles entre sí. Allí es donde el concepto de derecho como herramienta de *control social* se vuelve relevante: la principal función del derecho es, desde este punto de vista, determinar lo que el derecho *no es*²⁴. Eso se lleva a cabo a través de instituciones *jurispáticas*, es decir, instituciones estatales con capacidad de determinar con legitimidad y autoridad qué narrativas deben ser expulsadas de los parámetros aceptables y cuál debe convertirse en ortodoxia política del Estado. Al alcanzar el favor de las instituciones *jurispáticas*, vinculadas a la coerción y al monopolio de la fuerza, la narrativa triunfadora excluiría —según Cover— a la interpretación contraria del mundo de las interpretaciones posibles.

84

La función resolutoria que Alexander y Schauer postulan respecto de la Corte se ubica claramente en el derecho en tanto que *herramienta de control social*: cuando la Corte resuelve una controversia lo hace con pretensión de *finalidad y supremacía*, y acompaña su decisión con la fuerza legitimadora del Estado. La Corte ordena que se actúe de determinada manera o impide que se actúe de otra. Frente a visiones distintas que promueven resultados diversos la Corte elige una de ellas. Sin embargo, si seguimos la distinción de Cover, esta función resolutoria puede postularse sólo en un sentido muy limitado: la Corte Suprema sólo es *final* en el sentido de poner fin a un caso concreto y resolver un reclamo específico en un lugar y tiempo determinados. La sentencia del tribunal, por sí sola, de ninguna manera pone fin a la controversia social que sirve de trasfondo a ese caso. En los casos verdaderamente *difíciles* —que son los que me interesan en este trabajo— la controversia permanece viva, ya que ella vive en el mundo del derecho *en tanto que significado* del que hablaba Cover, en el que todos tenemos derecho a interpretar la Constitución del modo que creamos conveniente²⁵.

23. Cfr. Robert Cover, *Nomos and Narrative*, 97 HARV. L. REV. 4, 40 (1983).

24. Robert Cover, *Nomos and Narrative*, 97 HARV. L. REV. 4, 40 (1983) ("Es muy llamativo que en la historia, el mito del origen y justificación de los tribunales raramente se vincula con la necesidad del derecho. Por el contrario, se entiende que es la necesidad de suprimir el derecho, de elegir entre dos o más leyes, de imponer en el derecho cierta jerarquía. Es la multiplicidad del derecho, la fecundidad del principio jusgenerativo, lo que crea el problema para el cual los tribunales y el Estado son la solución").

25. Por casos *difíciles*, y a los fines de este trabajo, me refiero a aquellos que generan grandes divisiones en la sociedad. Por ejemplo, la cuestión del aborto, el matrimonio igualitario o la penalización de la tenencia de drogas son tres ejemplos claros de cuestiones que generan grandes divisiones sociales. La

Esto resulta claro si revisamos el impacto social de sentencias de tribunales supremos en temas que generan o generaron grandes controversias sociales o profundos desacuerdos con otros poderes. Si hacemos ese ejercicio, veremos muchos casos en los que el tribunal postuló una lectura constitucional que no fue aceptada por los demás poderes o la sociedad en general²⁶. Pero, en muchos otros casos, la Corte postula interpretaciones que son aceptadas por el resto de la sociedad y por los demás poderes²⁷.

¿Por qué en algunos casos la interpretación ofrecida por la Corte Suprema se sostiene y en otros no? La respuesta, sostengo, no tiene *nada* que ver con cómo la Corte interpreta la Constitución ni con el respeto —o no— que tengamos a su facultad de interpretarla, como parecen sugerir quienes —antes actos de desobediencia específicos— señalan su carácter de *intérprete final* como argumento para obedecer las decisiones de la Corte. En efecto, si la distinción de Cover se sostiene, los desacuerdos normativos más profundos que se presentan en una sociedad democrática no pueden desaparecer como consecuencia de una decisión institucional, ni de la Corte —órgano contramayoritario— ni del Congreso —órgano mayoritario. Si todos tenemos derecho a interpretar la constitución, seguiremos sosteniendo nuestra posición por más que la Corte o el Congreso nos digan que estamos equivocados: el poder y la violencia del Estado no pueden tener el efecto inmediato de hacernos cambiar de opinión, ya que, en materia de significados, somos soberanos²⁸.

Desde este punto de vista la distinción de Cover se presenta como brutalmente significativa: la ampliación de las fronteras del campo jurídico para incluir a actores tradicionalmente no considerados como parte del mismo —movimientos sociales, sociedad civil, etcétera— nos obliga a pensar a los conflictos constitucionales que presentan los "casos difíciles" por fuera de las instituciones estatales. Y esta invitación, sostengo, nos permite comprender mejor el funcionamiento de nuestras instituciones, ya que las podemos ver en interacción permanente —y usualmente prolongada en el tiempo— con la sociedad que las justifica y con las demás instituciones del Estado.

Hecha esta aclaración, podemos volver a la pregunta planteada anteriormente: ¿por qué en algunos casos la interpretación ofrecida por la Corte Suprema se sostiene y en otros no? La respuesta debe buscarse en el complejo proceso de formación de significados constitucionales que, en ocasiones, logra *dissolver* determinadas controversias. En muchos diferendos normativos se llega a un punto de la discusión en el que una de las alternativas desaparece o es relegada a una mera posibilidad teórica. Es lo que sucede, por ejemplo, en Estados Unidos con relación al caso *Brown* y la segregación racial en escuelas públicas: lo que era un hecho controversial en la década del cincuenta hoy forma parte del sentido

85

dificultad, entonces, no se refiere a cuestiones puramente jurídicas. Sobre el punto, ver una propuesta de distinción un poco más desarrollada en Ramiro Álvarez Ugarte, *Dinámicas de acción y reacción en la Corte Suprema: una mirada al caso "F. A.L." sobre aborto no punible*, en *Jurisprudencia Argentina*, Número Especial (Coord. Roberto Gargarella). 11 de julio de 2012.

26. Por ejemplo, los casos *Lochner* (Suprema Corte de Estados Unidos) o *Bazterrica y Portal de Belén* (Corte Suprema de Justicia argentina).

27. Por ejemplo, los casos *Brown* (Suprema Corte de Estados Unidos) o *Sejeán y Simón* (Corte Suprema de Justicia argentina).

28. Sobre violencia e interpretación, ver Robert Cover, *Violence and the Word*, 95 *YALE L. J.* 1601 (1986).

común jurídico norteamericano. Son ideas excluidas de los cánones²⁹. Cuando esto ocurre estamos ante procesos que me parece legítimo calificar de *hegemónicos*, es decir, procesos a través de los cuales un sector de una controversia interpretativa logra ejercer dominio sobre otro, en este caso, en el sentido de discursos, significados y narrativas³⁰. Son procesos esencialmente culturales, que exigen un diálogo democrático permanente y extendido que —normalmente en plazos más o menos largos— modifican las preferencias de los diferentes actores del conflicto.

En esos procesos, la actuación de las instituciones estatales (jurispáticas) es enormemente significativa: ellas afectan la forma en que estas controversias se desenvuelven³¹. Pero no las definen. Desde este punto de vista, la Corte Suprema puede ayudar a construir una determinada visión hegemónica sobre un asunto, pero de ninguna manera puede crearla como consecuencia directa de un simple acto institucional —como lo es una sentencia— por más trascendente que ésta sea. Entender lo contrario sería desestimar lo que tal vez fue el mayor aporte de Gramsci a la teoría política contemporánea: identificar a la dominación como un fenómeno extremadamente complejo que no se basa sólo en el ejercicio de la fuerza y la coerción por parte del Estado sino también en un proceso social de hegemonía que implica “someter y cooptar a las voces disidentes mediante la sutil diseminación de la perspectiva del grupo dominante como algo universal y natural, al punto tal que las creencias y prácticas dominantes se vuelven parte del sentido común”³².

86

Analizar, entonces, a los conflictos constitucionales en los casos verdaderamente difíciles por fuera de los actores tradicionales del campo jurídico nos permite apreciar mejor los procesos de interacción que se desarrollan entre las instituciones estatales y los distintos elementos que integran una sociedad civil democrática. En ese contexto, la *finalidad interpretativa* de la Corte Suprema se presenta como una afirmación dogmática que no puede verificarse empíricamente, como veremos enseguida.

Antes de finalizar esta sección, sin embargo, quisiera destacar un punto teórico relevante. La lectura que propongo de Cover juega en contra de algunas de sus propias preocupaciones en torno a las instituciones jurispáticas. Según él, estas instituciones *aniquilaban* las narrativas nacidas en el mundo social³³. Si la distinción que postula Cover

29. Ver al respecto Jack Balkin y Sanford Levinson, *The Canons of Constitutional Law*, 111 HARV. L. REV. 963 (1998).

30. El concepto de hegemonía tiene una rica historia en el pensamiento marxista. En el ámbito del derecho, fue muy utilizado por académicos enrolados en el movimiento de Critical Legal Studies. Sobre el punto ver, entre otros, Litowitz, Douglas, *Gramsci, Hegemony and the Law*, 2000 BYU L. REV. 515 (2000) y Alan Hunt, *The Ideology of Law: Advances and Problems in Recent Applications of the Concept of Ideology to the Analysis of Law*, 19 LAW & SOC. REV. 11 (1985).

31. El concepto de instituciones *jurispáticas* de Cover resulta útil para el análisis de cualquier institución estatal que ejerce su potestad interpretativa con el peso del poder del Estado detrás. Respecto de intervenciones *no jurispáticas* de instituciones *jurispáticas*, ver Lani Guinier, *Demosprudence Through Dissent*, 122 HARV. L. REV. 4 (2007).

32. Cfr. Douglas Litowitz, *Gramsci, Hegemony and the Law*, 2000 BYU L. REV. 515 (2000).

33. Cover, *Nomos and Narrative*, cit. (“Por la violencia con la que actúan, los jueces en general no crean derecho, sino que lo asesinan” [...] “Las cortes pueden descansar sobre sus [reglas] para no matar el derecho de las comunidades insulares que forman nuestro paisaje normativo”, entre otras citas similares).

se sostiene, esas preocupaciones parecen exageradas³⁴. En efecto, si el derecho en tanto *significado* es abierto, plural y forma parte de un mundo en el que todos somos soberanos para "crearlo", ¿cómo es posible que una institución no plural y no representativa pueda *aniquilar* narrativas por un mero acto producto de unas pocas voluntades encadenadas? Es posible pensar que ello puede suceder en una sociedad cerrada en la que el respeto por una institución como la Corte Suprema sea total, pero intuía que una sociedad así no presentaría muchas narrativas diferentes de todas formas. También es posible pensar un escenario similar en una sociedad totalitaria donde las decisiones jurispáticas son brutalmente implementadas por medio de la coerción y la represión. Sin embargo, en una sociedad pluralista en la que la crítica es cosa de todos los días, difícilmente pueda pensarse que un acto institucional como una sentencia pueda poner fin a un desacuerdo normativo sobre el *significado* de tal o cual derecho.

Si bien una sentencia judicial del más alto tribunal del país puede significar un golpe duro para determinada causa, no podría nunca aniquilar la narrativa sobre la que se sustenta la misma, ya que esa narrativa abreva en fuentes lejanas a las instituciones *jurispáticas*. Los desacuerdos normativos se disuelven o subsisten en el marco de procesos sociales de formación de significados en los que la Corte cumple un rol importante y trascendente, pero nunca definitivo y automático. Si lo expuesto hasta aquí se sostiene, entonces las narrativas supuestamente aniquiladas por las instituciones jurispáticas sobreviven y circulan por caminos no cerrados por la Corte Suprema³⁵. A explorar esos caminos dedico la siguiente sección.

2. Después del final

La academia jurídica de los Estados Unidos ha estudiado, en los últimos años, las formas en que se canalizan los desacuerdos normativos³⁶. Estos estudios se enmarcan en

34. Cover entiende que la violencia involucrada en una interpretación oficial respaldada por la fuerza del Estado resulta sumamente problemática desde el punto de vista del derecho como *significado*, ya que esa violencia tiende a suprimir ese espacio creativo. Sostiene que "mediante el ejercicio de su fuerza bruta superior (...) la agencia del derecho estatal apaga la creativa hermenéutica de principios que está desparramada en nuestras comunidades [interpretativas, que crean derecho en sentido de significado]", Cover, *Nomos and Narrative*, cit., pág. 44.

35. Cfr. Saldivia, op. cit., pág. 204 ("[La deferencia de los actos democráticos a la judicatura] no debe confundirse (...) con la idea de que las decisiones judiciales tienen carácter absoluto y final, es decir, dicha deferencia no implica necesariamente privar a los ciudadanos del control final sobre el significado de la Constitución. Es un hecho indiscutible que ellos pueden intentar cambiar el entendimiento de la misma establecido por la Corte a través de una variedad de mecanismos, tales como la reforma de la Constitución o, desde la reglamentación del mecanismo de selección de los jueces del máximo tribunal, a través de la utilización de este proceso de modo tal de asegurar la presencia de una posición con distinta orientación ideológica a la cuestionada.")

36. Ver, por ejemplo, LOUIS FISCHER, *CONSTITUTIONAL DIALOGUES* (1988); Barry Friedman, *Dialogue and Judicial Review*, 91 MICH. L. REV. 577, 578 (1993); LOUIS FISHER & NEAL DEVINS, *POLITICAL DYNAMICS OF CONSTITUTIONAL LAW* (1996); Robert Post and Reva Siegel, *Popular Constitutionalism, Departmentalism, and Judicial Supremacy*, 92 CAL. L. REV. 1027, 1030 (2004); Barry Friedman, *The Importance of Being Positive: The Nature and Function of Judicial Review*, 72 U. CIN. L. REV. 1257 (2004); Reva B. Siegel, *Constitutional Culture, Social Movement Conflict and Constitutional Change: The Case of The Facto ERA*, 94 CAL. L. REV. 1323 (2006); Robert Post and Reva Siegel, *Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash*,

el constitucionalismo popular o democrático, como se suele denominar a un conjunto de visiones que tienden a analizar el derecho constitucional desde un lugar alejado de las instituciones *jurispáticas*, prestando especial atención a los procesos de formación de significados que tienen su origen en la sociedad civil. Autores como Reva Siegel, Robert Post y Barry Friedman refieren a una especie de *diálogo* que se desarrolla entre distintas instituciones estatales y la sociedad civil según el cual los desacuerdos normativos ya resueltos adquieren *nuevas* soluciones institucionales³⁷.

En este proceso que ellos describen se interpela a los poderes públicos desde la sociedad civil y los derechos son utilizados como recursos políticos que se articulan con otros recursos para avanzar ciertas agendas³⁸. Lani Guinier llama *demosprudence* a este proceso dialéctico que construye el derecho a través de la participación de las *elites*, movimientos sociales y otros sectores movilizados³⁹. Estos trabajos están en fuerte sintonía con un importante cuerpo de investigaciones empíricas desarrollado en el marco de la ciencia política que analizan, fundamentalmente, las relaciones entre la Corte y otros poderes o estudian la relación del tribunal con la opinión pública⁴⁰. A excepción de los trabajos de la ciencia política positiva, la mayoría de los trabajos que se enmarcan dentro del constitucionalismo popular mezclan descripciones históricas de los procesos de formación de los significados constitucionales con consideraciones normativas de distinto tipo. El ejemplo más claro de ello es, tal vez, *The People Themselves* de Larry Kramer, donde desde una perspectiva histórica describe cómo en los siglos XVIII y XIX el *pueblo* intervenía en cuestiones constitucionales de una forma mucho más decisiva que en la actualidad. Y esto, para Kramer, tiene un significado positivo que es necesario recuperar⁴¹, ya que considera que la Constitución fue usurpada al *pueblo* por el campo

88

42 HARV. C.R.-C. L.L. REV. 373, 378 (2007); Reva B. Siegel, *Dead or Alive: Popular Constitutionalism in Heller*, 122 HARV. L. REV. 191 (2008); BARRY FRIEDMAN, *We the people* (2009).

37. Ver autores citados, *supra* nota 37. Sobre el punto, me gustaría plantear dos aclaraciones. Por un lado, estimo que el concepto de diálogo utilizado por Siegel, Post y Friedman es problemático para hacer referencia a este tipo de interacciones que se desarrollan entre la sociedad civil, la economía y las estructuras formales del Estado. Volveré sobre este punto más adelante. Por otro lado, el concepto de sociedad civil también es complejo y admite varias consideraciones normativas que no serían del todo irrelevantes. En efecto, distintas visiones sitúan en diferentes sitios los límites de la sociedad civil, y existen importantes problemas normativos respecto de ciertos actores que operan en ese ámbito. En particular, pienso en las discusiones en torno a la relación entre grupos de la sociedad civil y el Estado y en la amplitud del concepto de "sociedad civil", especialmente en relación a la inclusión o no inclusión de la esfera económica (en contra, ANDREW ARATO & JEAN COHEN, *CIVIL SOCIETY AND POLITICAL THEORY* [1992]; A FAVOR, MICHAEL WALZER, EN CHAMBERS & KIMLYCKA, *ALTERNATIVE CONCEPTIONS OF CIVIL SOCIETY*, [2002]).

38. Cfr. STUART SCHEINGOLD, *THE POLITICS OF RIGHTS* (2004, 2ª EDICIÓN).

39. Cfr. Lani Guinier, *Demosprudence Through Dissent*, 122 HARV. L. REV. 4, 47-48 (2007).

40. Ver, como ejemplos del primer tipo de trabajos, JEFFREY A. SEGAL & HAROLD J. SPAETH, *THE SUPREME COURT AND THE ATTITUDINAL MODEL REVISITED* (2002); James Meernik & Joseph Ignani, *Judicial Review and the Coordinate Construction of the Constitution*, 41 AM. J. OF POL. SCI. 447 (1997); sobre la relación entre opinión pública y decisiones de la Corte, ver Robert Dahl, *Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker* 6 JOURNAL OF PUBLIC LAW 179 (1957); BARRY FRIEDMAN, *WE THE PEOPLE* (2009).

41. Cfr. LARRY KRAMER, *THE PEOPLE THEMSELVES* (2004) y Larry Kramer, *Popular Constitutionalism Circa 2004*, 92 CAL. L. REV. 959 (2004). Para una crítica fuerte a la posición de Kramer desde una perspectiva "progresista", ver Erwin Chemerinsky, *In Defense of Judicial Review: A Reply to Professor Kramer* 92

jurídico, y es necesario rescatarla de las manos de jueces y abogados⁴².

En general, las aproximaciones que pueden ingresar dentro del constitucionalismo *popular* o *democrático* mantienen diferencias importantes: por ejemplo, mientras que el constitucionalismo popular rechaza la intervención de los jueces en todos los casos, el constitucionalismo democrático parece justificar esa intervención bajo ciertas circunstancias y siempre y cuando no tenga pretensiones de *supremacía*. Sin embargo, todas estas visiones comparten cierta *sensibilidad* hacia la participación del *pueblo* en los procesos de formación de significados constitucionales⁴³.

Gran parte de esta literatura se centra en analizar eventos constitucionales pasados. Así, esos autores describen procesos de cambio constitucional, y al hacerlo identifican distintos tipos de interacciones entre la sociedad civil y las estructuras estatales⁴⁴.

El contenido de esas interacciones es sumamente variado e incluye todo tipo de narrativas o significados sociales, pero me interesan aquí las que contienen narrativas contrapuestas que afirman o niegan derechos o intereses aparentemente incompatibles entre sí. Ellas tienen un alto componente normativo: se trata de la vieja cuestión del *discurso de derechos* que ha merecido especial atención por parte de la escuela del derecho crítico en los Estados Unidos durante los años ochenta.

En relación a los actores de la interacción, creo que es conveniente dividirlos en dos grandes campos: la sociedad civil, por un lado, y el campo de las estructuras estatales, por el otro. A las relaciones que se dan entre estos dos campos podemos llamarlas relaciones *inter*. A las relaciones que se dan hacia adentro de cada uno de los campos, entre los distintos actores que los integran, podemos llamarlas relaciones *intra*⁴⁵. Estas interacciones ocurren permanentemente, pero aquí me interesa pensar sólo en las que suceden luego de que la Corte Suprema resuelve *definitivamente* un asunto, lo que implica pensar en un momento específico y avanzado de estos procesos de interacción.

89

CAL. L. REV. 1013 (2004). Para una crítica "conservadora" a su posición, ver Saikrishna Prakash & John Yoo, *Against Interpretive Supremacy*, 103 MICH. L. REV. 1539 (2005).

42. Cfr. LARRY KRAMER, *THE PEOPLE THEMSELVES* (2004) y Larry Kramer, *Popular Constitutionalism Circa 2004*, 92 CAL. L. REV. 959, pág. 1008 (2004) (en donde sostiene que "quienes apoyan la supremacía judicial son aristócratas. No lo digo por desprecio, sino para vincularlos a esa rama del pensamiento estadounidense que siempre estuvo preocupada, en primer lugar, por 'el exceso de democracia'").

43. RICHARD PARKER, *HERE, THE PEOPLE RULE: A CONSTITUTIONAL POPULIST MANIFESTO* (1994), pág. 4 (donde sostiene que a los constitucionalistas los separa cierta "sensibilidad" respecto de las instituciones democráticas).

44. Saldivia, siguiendo a Seyla Benhabib habla de "iteraciones democráticas", que se definen como "procesos complejos de argumentación, deliberación, e intercambio público a través de los cuales se cuestionan, contextualizan, invocan y revocan, afirman y posicionan reivindicaciones y principios de derecho universalistas, tanto en las instituciones legales y políticas como en las asociaciones de la sociedad civil. Éstos pueden darse en los cuerpos públicos 'fuertes' de las Legislaturas, el sistema judicial y el Ejecutivo, así como en los entes públicos 'débiles' de asociaciones de la sociedad civil y los medios" (Saldivia, op. cit., pág. 226). Creo que la definición que utiliza Saldivia es adecuada y abarca con precisión el tipo de interacciones que me interesa destacar en este trabajo.

45. Cabe destacar que Laura Saldivia utiliza una división similar: ella habla de "dinámicas interinstitucionales e intrainstitucionales" (Saldivia, op. cit., pág. 178). Sin embargo, no estoy seguro que la misma abarque específicamente a toda la sociedad civil de un lado (relaciones *inter*) y a todo el Estado por el otro (relaciones *intra*).

a. Relaciones entre los distintos poderes del Estado (intra)

Aunque no resulte evidente, los poderes políticos, es decir, el poder ejecutivo y el legislativo, tienen varias opciones ante un fallo adverso y supuestamente definitivo que resuelve una cuestión constitucional sobre la que ellos sostienen una interpretación diferente a la del tribunal. La elección de una u otra respuesta depende de distintos factores. Algunos hacen al tipo de controversia de que se trate o la base sobre la cual descansa el desacuerdo: las reacciones no serán las mismas si el desacuerdo versa sobre el alcance de una disposición constitucional abstracta o sobre el de una ley del Congreso *vis à vis* una disposición constitucional. Otros se vinculan con un análisis *político* respecto de la posible efectividad de la respuesta en relación a otras alternativas. Estos últimos explican por qué, ante circunstancias parecidas, las reacciones pueden ser diferentes.

Por ejemplo, los poderes políticos podrían promover una reforma constitucional como respuesta a una decisión de la Corte con la que no están de acuerdo. Es lo que sucedió cuando Estados Unidos adoptó la Enmienda XVI a la Constitución como respuesta al caso *Oregon v. Mitchell* (1970)⁴⁶. En la *Voting Rights Act* de 1965 se había incluido una provisión que establecía que todos los ciudadanos de dieciocho años de edad podrían votar en las elecciones a nivel federal, estadual y municipal. Sin embargo, el entonces presidente Richard Nixon dudaba sobre la constitucionalidad de esa medida, e instruyó al Procurador General a impulsar la revisión de ese aspecto de la ley por los tribunales⁴⁷. En el caso *Oregon*, la Corte Suprema consideró que esa provisión era inconstitucional. En parte como consecuencia de la fuerte presión de los jóvenes que estaban siendo reclutados para ir a Vietnam —quienes reclamaban el derecho a votar si debían *morir* por su país— el Congreso aprobó una enmienda constitucional que atravesó rápidamente todos los pasos constitucionales y entró en vigencia el 1 de julio de 1971⁴⁸. Ello permitió evadir la objeción de la Suprema Corte.

En otros casos, los poderes políticos enfrentan a la Corte por medio de reformas legislativas tendientes a sortear las objeciones de los magistrados. Un ejemplo claro en este sentido es el caso *Ledbetter vs. Goodyear*⁴⁹. Se trataba de un reclamo de una mujer que era supervisora de área en una planta de la empresa Goodyear entre 1979 y 1996, cuyo sueldo era sustancialmente más bajo al de otros empleados con su mismo puesto. Ledbetter demandó a la empresa por discriminación en razón de su género, pero la Corte Suprema rechazó la demanda argumentando que era de aplicación un plazo de prescripción de la acción de ciento ochenta días previsto en el Civil Rights Act, según el cual Ledbetter debería haber presentado su demanda cuando la discriminación se efectivizó mediante la paga del primer salario discriminatorio.

La decisión de la Corte fue fuertemente cuestionada en un voto en disidencia de la jueza Ruth Bader Ginsburg, quien consideró que el plazo no era aplicable toda vez

46. Suprema Corte de los Estados Unidos. *Oregon v. Mitchell*, 400 U.S. 112 (1970).

47. Cfr. Richard Nixon, "Public Papers of the Presidents" 22 de junio de 1970, pág. 512. Disponible en: <http://www.gpoaccess.gov/pubpapers/search.html>.

48. Sobre el proceso de ratificación de las Enmiendas en general, ver Walter Dellinger, *The Legitimacy of Constitutional Change: Rethinking the Amendment Process*, 97 HARV. L. REV. 386 (1983).

49. Suprema Corte de los Estados Unidos. *Ledbetter v. Goodyear Tire & Rubber Co.*, 550 U.S. 618 (2007).

que la discriminación en la paga de salarios no es evidente y se extiende por un largo período de tiempo. El caso merece ser destacado ya que, según Lani Guinier, el voto en disidencia de Ginsburg buscó activar la resistencia a la decisión de la mayoría. "La disidencia oral de la jueza Ginsburg se dirigió no solamente a las mujeres en situación similar a la de Lilly Ledbetter; también les ofreció una plataforma pública que ayudó a transformar a Ledbetter en una activista comprometida. Ginsburg también le habló al Congreso, instándolo a adoptar legislación que garantizase el principio de igual paga por igual tarea.⁵⁰" El Congreso eventualmente actuó y en enero de 2009 el presidente Obama promulgó la *Lilly Ledbetter Fair Pay Act*, por medio de la cual se estableció que los 180 días de prescripción de la acción prevista en el Civil Rights Act empezarían a correr con cada pago de un salario discriminatorio⁵¹.

Finalmente, podemos citar a la reacción al caso *Bazterrica* como una instancia en la que el Congreso de la Nación reaccionó en forma negativa a lo resuelto por la Corte⁵². En efecto, a mediados de 1986 el tribunal había declarado la inconstitucionalidad del artículo 6 de la ley 20.771, que castigaba con prisión de uno a seis años a quien "tuviere en su poder estupefacientes, aunque estuvieran destinados a uso personal."⁵³ La Corte, adoptando una visión robusta de la libertad y autonomía individual y rechazando aproximaciones paternalistas, había sostenido que esa disposición era violatoria del artículo 19 de la Constitución⁵⁴. Sin embargo, el 10 de octubre de 1989 se promulgó la ley 23.737, que en su artículo 14 reiteró la penalización de la tenencia de drogas incluso cuando éstas fueran "para uso personal"⁵⁵.

Poco tiempo después, el 11 de diciembre de 1990, la Corte Suprema volvió a intervenir en el caso *Montalvo*, ésta vez con otra composición⁵⁶. Allí, como expresamente lo señaló el procurador general, estaba en discusión una nueva norma sustancialmente similar a la que había rechazado la Corte en el caso *Bazterrica*. Para el Procurador, era un tema resuelto en numerosas oportunidades sobre el cual "poco restaría agregar (...). Sin embargo, *la reciente sanción de la ley 23.737*, cuyo art. 14, segunda parte, también impugnado por el recurrente, contiene una figura en buena medida similar al art. 6° de la ya derogada ley 20.771, así como *la incorporación al tribunal de nuevos integrantes* quienes no han

91

50. Lani Guinier, *Demosprudence Through Dissent*, 122 HARV. L. REV. 4, págs. 136-137 (2007).

51. Lilly Ledbetter Fair Pay Act de 2009, 123 Stat. 5 (2009).

52. Para un análisis profundo y completo sobre las interacciones entre los distintos poderes que se dieron como antes y después de los casos *Bazterrica* y *Montalvo*, ver Saldivia, op. cit., pág. 191 y ss.

53. Artículo 6, Ley 20.771.

54. Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Bazterrica, Gustavo c. Capalbo, Alejandro F.* 308:1392 (1986). Ver, especialmente, el voto del juez Petracchi, quien desarrolla en profundidad el argumento basado en el artículo 19 de la Constitución.

55. Artículo 14, Ley 23.737 ("Será reprimido con prisión de uno a seis años y multa de trescientos a seis mil australes el que tuviere en su poder estupefacientes. // La pena será de un mes a dos años de prisión cuando, por su escasa cantidad y demás circunstancias, surgiere inequívocamente que la tenencia es para uso personal.").

56. El número de jueces había sido aumentado de cinco a nueve, lo que le permitió al nuevo presidente nombrar cuatro magistrados y reemplazar a uno que había renunciado en protesta. Ello le otorgó una mayoría de jueces nombrados por él en el tribunal.

tenido aún oportunidad de emitir juicio sobre este tema, determinan, a mi modo de ver, la necesidad de exponer nuevamente la opinión de este ministerio..." (los destacados me pertenecen)⁵⁷.

Como puede observarse, las reacciones directas del Congreso a *Bazterrica* y la incorporación de nuevos miembros al tribunal fue juzgada como una oportunidad para revisar la doctrina de la Corte, algo que la Corte hizo en *Montalvo*. Allí, y con los votos de la nueva mayoría del tribunal, modificó lo decidido por la mayoría de *Bazterrica* y reiteró la constitucionalidad de la penalización de la tenencia de estupefacientes para uso personal⁵⁸. Sin embargo, y de acuerdo a lo dicho antes respecto de los alcances limitados de la *finalidad* de la Corte Suprema y su *última palabra*, la decisión en *Montalvo* no puso fin al debate sobre penalización del uso de estupefacientes⁵⁹.

Además de la reforma constitucional y legislativa, los poderes políticos pueden adoptar otras vías de acción mucho menos vinculadas con el contenido del derecho en sí o su interpretación, y más relacionadas con el *problema* del órgano encargado de interpretar a esas normas.

Uno de esos caminos implica, por ejemplo, promover cambios en la integración del tribunal, en la creencia de que otros magistrados podrán "leer" la Constitución de un modo que satisfaga al Congreso o al Presidente. Estos cambios se pueden instrumentar a través de un aumento en el número de miembros del tribunal. El presidente Franklin D. Roosevelt lo intentó ante una Corte adversa a sus planes de reforma económica, sin éxito⁶⁰. Donde Roosevelt fracasó, triunfó el presidente Carlos Menem: en 1990 resolvió aumentar de cinco a nueve el número de miembros del tribunal, lo que le otorgó una mayoría favorable a sus planes de reforma económica⁶¹.

Los poderes políticos también pueden promover un juicio político a los miembros del tribunal, como sucedió durante el gobierno de Eduardo Duhalde. Luego de la crisis de

57. Opinión del Procurador General, caso *Montalvo*, F. 313:1333 (1990).

58. Caso *Montalvo*, F. 313:1333 (1990).

59. Distintos fallos de instancias inferiores, luego de *Montalvo*, volvieron sobre la jurisprudencia de *Bazterrica*. Ver, por ejemplo, Diario La Nación. *Polémico fallo sobre drogas*. 25 de septiembre de 2005 (donde se da cuenta de un fallo del Tribunal Federal Oral No. 2 de Rosario que reiteró el criterio de la mayoría de la Corte en el caso *Bazterrica*). En agosto de 2009, en el caso *Arriola*, el máximo tribunal volvió sobre su jurisprudencia y expresamente adoptó el estándar fijado por Petracchi en el caso *Bazterrica* (Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Caso Arriola*. Sentencia del 25 de agosto de 2009, Cdo. 10 "Cabe señalar que la decisión mayoritaria del caso 'Bazterrica' se integró con el voto conjunto de los jueces Belluscio y Bacqué, y por el individual del juez Petracchi; a las consideraciones de este último voto este Tribunal hoy decide remitirse, habida cuenta de las ilustradas consideraciones sobre intimidad y autonomía personal que allí se exponen, ello sin perjuicio de los conceptos relevantes del otro voto conjunto que complementa la resolución jurídica correcta de la cuestión aquí traída."). En el interín, cabe señalar hacia un cambio cultural importante en relación al consumo de ciertas drogas que se expresa, por ejemplo, en un incipiente movimiento por la legalización de la marihuana que encuentra su expresión en la revista THC.

60. Sobre el llamado *court-packing plan*, ver William E. Leuchtenburg, *The Origins of Franklin D. Roosevelt's Court-Packing Plan*, 1966 SUP. CT. REV. 347 (1966); Gregory Caldeira, *Public Opinion and the U.S. Supreme Court: FDR's Court-Packing Plan*, 81 AM. POL. SCI. R. 1139 (1987) y Michael Nelson, *The President and the Court: Reinterpreting the Court-packing Episode of 1937*, 103 POL. SCI. Q. 267 (1988).

61. Artículo 1, Ley 23.774 del 11 de abril de 1990.

fin de 2001, la Corte Suprema se mostraba algo hostil a las políticas gubernamentales y tenía el poder de anular la devaluación de la moneda impuesta a principios de 2002 y el llamado "corralito" bancario de la misma fecha⁶². El intento por enjuiciar a toda la Corte fracasó, pero el presidente Néstor Kirchner —que asumió en mayo de 2003— tuvo una estrategia similar pero más selectiva, y luego de algunas renunciaciones y otras destituciones logró una renovación importante en la composición de la Corte Suprema⁶³.

Dentro de este tipo de reacciones, otra posibilidad es la simple desobediencia por parte del Poder Ejecutivo, quien decide no cumplir con lo dispuesto por la Corte. Esta posibilidad no es usual pero tampoco se trata de un caso teórico: en el caso *Worcester v. Jackson*, la Suprema Corte de los Estados Unidos resolvió una controversia que molestó al presidente Andrew Jackson, quien, según se dice, sostuvo: "Marshall tomó su decisión, ¡ahora que la haga cumplir!". Menos anecdóticos fueron los casos de desobediencia de los Estados del sur hacia la Suprema Corte federal, luego de que ésta ordenara en el caso *Brown v. Board of Education* la integración racial de las escuelas públicas. En la Argentina, en los últimos años se ha señalado varias veces que la Corte Suprema no es obedecida por el Poder Ejecutivo: los casos *Badaro* y *Sosa*, por ejemplo, muestran instancias de desobediencia bastante claras y que no han podido resolverse por los caminos adecuados. El reciente caso *Fuentes* de la Corte Suprema argentina sobre aborto no punible también fue recibido con resistencia por parte de tres gobiernos provinciales⁶⁴. De todas formas, en general los estudios empíricos muestran que es difícil llegar a una situación de ese

62. Cfr. Diario La Nación. *Analiza el Congreso suspender a los miembros de la Corte*. 7 de febrero de 2002. Infobae. *La Corte dará el aval a la decisión de los jueces*. 24 de julio de 2002. Diario La Nación. *El PJ intentará sumar a la UCR para cerrar el juicio a la Corte*. 1 de septiembre de 2002. Diario La Nación. *La Corte está en condiciones de redolarizar los depósitos*. 20 de diciembre de 2002. Sobre las idas y venidas de la jurisprudencia de la Corte en relación a las medidas económicas tomadas por el gobierno de Duhalde, ver Daniel Sabsay, *El juicio político a la Corte Suprema en la República Argentina*, ANUARIO IBEROAMERICANO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL, No. 8, págs. 510 y ss. ("La actitud del alto tribunal [en el caso Smith] ocasiona una seria crisis y sorprende al producirse una flagrante contradicción con lo resuelto por la misma Corte en el caso Kiper, en el que frente a una situación similar, pocos días antes, había dictado una sentencia en sentido contrario, en el que se justificaban, bajo el marco de la emergencia, las decisiones tomadas por el Gobierno. Pero el nuevo pronunciamiento de la Corte Suprema, no sólo provoca la ira del gobierno, sino que, lejos de ser vista con simpatía por la población, es considerada por ésta como un episodio más en el marco del conflicto que la opone al Gobierno y que pone de manifiesto una posición oportunista. A mediados de febrero pasado, el descontento popular se unió a la preocupación gubernamental a que la Cámara de Diputados iniciara las primeras acciones del juicio político a los miembros de la Corte".).

63. Cfr. Diario La Nación. *Corte: el Gobierno quiere más cambios*. 10 de octubre de 2003. Un análisis profundo de esta cuestión puede encontrarse en Diana Kapiszewski, *La Corte Suprema y la Política Constitucional en la Argentina Post-Menem*, REVISTA JURÍDICA DE LA UNIVERSIDAD DE PALERMO, Año 7, No. 1, pág. 11 (donde sostiene: "El Congreso argentino inició varios intentos infructuosos para cambiar completamente la composición de la Corte a fines de 2001 y principios de 2002. Poco después de que el Presidente Kirchner asumió el cargo en mayo de 2003, varias estrategias para acusar en juicio político a los jueces comenzaron a discutirse abiertamente, y a principios de junio, el Presidente Kirchner, poniendo en movimiento los mandatos constitucionales para el juicio político y la destitución judicial, convocó al Congreso a reiniciar los procesos de juicio político contra varios jueces.").

64. A la fecha de finalización de este trabajo, los gobernadores de Salta, Mendoza y La Pampa habían expresado reservas sobre el fallo de la Corte.

tipo: la Corte conoce sus límites y, usualmente, no se mete en temas en los que cree que puede ser desobedecida⁶⁵.

b. Relaciones entre la sociedad civil y el Estado (inter)

En el apartado anterior he repasado las distintas respuestas que pueden ofrecer los otros poderes del Estado ante un fallo de la Corte con el que están en desacuerdo. La sociedad civil, por su parte, también puede adoptar distintas estrategias ante un fallo adverso a sus intereses. La cuestión ha sido ampliamente estudiada en los Estados Unidos: Siegel y Post, por ejemplo, han escrito ampliamente respecto de las estrategias de litigio y acción política adelantadas por el movimiento feminista, el movimiento por los derechos civiles, el movimiento a favor del derecho a la tenencia de armas, entre otros⁶⁶. Podría reseñar esos trabajos, pero prefiero repasar a vuelo de pájaro algunos hitos de la historia de la Comunidad Homosexual Argentina (CHA), un caso que nos permite ver cómo, desde la sociedad civil y con base en el poder "significante" que allí reside, es posible interpelar a las estructuras estatales y producir cambios profundos en el posicionamiento de las instituciones *jurispáticas* del Estado respecto de determinados desacuerdos normativos. En concreto, la historia de la CHA muestra el tipo de interacciones que permitió que el derecho y el Estado pasen de rechazar su personería jurídica en 1990 a reconocer el matrimonio igualitario veinte años después.

En efecto, la CHA nació en 1984 en el marco de una marcada persecución estatal contra el colectivo de personas homosexuales expresada fundamentalmente en las *razzias* basadas en los edictos policiales⁶⁷. Además de organizar y participar en marchas públicas e intervenir en algunos espacios de discusión en medios de comunicación masiva, en 1984 y 1985 la CHA mantuvo reuniones con representantes del Ministerio del Interior para poner fin a la persecución policial. En 1986 organizó una campaña que incluyó recolección de firmas para derogar una norma que permitía detener a cualquier persona con fines de identificación por veinticuatro horas. En 1987 inició una campaña contra un artículo del Código Electoral de la Provincia de Buenos Aires que prohibía votar a los

94

65. Cfr. Jeffrey Segal et. al., *Congress, the Supreme Court and Judicial Review: Testing a Separations of Powers Model*, trabajo presentado en la Universidad de Princeton el 22 de abril de 2009. Segal et. al. identifican que "cuando la posición ideológica media de la Corte cae entre la posición ideológica promedio de la Cámara de Representantes o del Senado, es más probable que la Corte invalide legislación ... En este sentido, la Corte parece ser conciente de la posibilidad de una reprimenda institucional por parte de los miembros del Congreso cuyas preferencias son distintas a la de los jueces"). Otra referencia relevante sobre este punto es el trabajo de Bickel sobre las "virtudes pasivas" del tribunal, es decir, las características del diseño institucional del control difuso de constitucionalidad que le permiten a la Corte manejar los tiempos políticos. Cfr. ALEXANDER BICKEL, *THE LEAST DANGEROUS BRANCH* (1962).

66. Ver *supra* nota 37.

67. Estos datos se obtuvieron de la página de la CHA. Disponibles en: www.cha.org.ar. Para un análisis más detallados de la historia de la CHA y de otras organizaciones del movimiento LGBT de la Argentina desde una perspectiva socio-jurídica, ver María Gracia Andía, *Disadvantaged groups, the use of courts and their impact: a case study of legal mobilization in Argentina*, LAW, POLICY, AND SOCIETY DISSERTATIONS (Northwestern University). Paper 23, pág. 115 y ss. Disponible en <http://hdl.handle.net/2047/d20000898>. Destaco, porque muchos me lo han hecho notar, que la historia relatada es un corte parcial, de hecho se trata de la mirada de la propia CHA sobre su historia. Pero a los fines de este trabajo, entiendo que el corte es suficiente para mostrar el punto que quiero señalar.

homosexuales. En 1989, ante la negativa de la Inspección General de Justicia de otorgarle personería jurídica, la CHA presentó una acción judicial que llegó a la Corte, la cual declaró improcedente el recurso contra la sentencia que había ratificado la denegación de personería por considerar que la organización no promovía el “bien común”.

Como puede verse, en sus primeros años de actuación, la CHA encontró múltiples obstáculos legales. En particular, su visión de que todas las personas merecen ser tratadas de la misma manera porque todas comparten una igual dignidad fue rechazada explícitamente por la Corte Suprema⁶⁸. Sin embargo, lejos de *aniquilar* la visión constitucional de la CHA, ésta se hizo más vigorosa: la organización fortaleció su visibilidad y movilización. Estuvo involucrada en numerosos litigios de interés público que promovían el derecho a la salud vinculado a la protección de pacientes con HIV o SIDA⁶⁹. En 1992, por decreto presidencial, la CHA obtuvo la personería jurídica. En 1996 organizó la “Quinta marcha del Orgullo Lésbico Gay Travesti Transexual”, que fue cubierta por los principales medios de comunicación. Dos años después se derogaron los edictos policiales en la Ciudad de Buenos Aires y en 2002 la Ciudad reconoció las “uniones civiles”. En 2006, la Corte Suprema en el caso *ALITT* revocó su precedente de 1991 y aceptó la legitimidad del otorgamiento de personalidad jurídica a una asociación abocada a la defensa de los derechos de las personas homosexuales⁷⁰. Lo hizo citando en forma expresa votos en disidencia del caso *CHA*. Finalmente, en 2010, el Congreso de la Nación reformó el Código Civil y permitió el matrimonio igualitario luego de una serie de casos judiciales que habían declarado inconstitucional la prohibición de contraer matrimonio a personas del mismo sexo⁷¹.

¿Qué pasó entre 1990, cuando la Corte Suprema de Justicia de la Nación suscribió la idea de que la “defensa pública de la homosexualidad” no era un fin que tendiese hacia el “bien común” —y algunos de sus jueces advirtieron sobre posibles consecuencias de *desintegración social* de seguirse el camino contrario— y 2010, cuando la cuestión del matrimonio homosexual adquirió un *status* casi de *sentido común*, a punto tal que gran parte de la discusión giró hacia la cuestión de la adopción por parte de parejas del mismo sexo? Pasaron muchas cosas, y el estudio del derecho constitucional *desde abajo* se beneficiaría con un análisis más profundo. Pero los hechos reseñados son suficientes para destacar los modos en que las organizaciones de la sociedad civil interpelan a las

95

68. Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Caso CHA*. Sentencia del 22 de noviembre de 1991. Voto del Juez Boggiano (“Una minoría tolerada requiere siempre una mayoría tolerante. Pero se podría llegar a una situación en la cual tantas minorías reclamasen en tolerancia que ya no pueda haber mayoría ninguna. La democracia requiere un sustrato de valores comunes. Y la desintegración de esos valores puede conducir a erosionar la cohesión de la sociedad indispensable para su gobierno mismo. La permisividad que viene rechazada de la instancia anterior, pudo razonablemente haberse considerado como una fractura esencial de aquellos valores comunes, pues si el abuso de poder lleva a la tiranía, el abuso de la libertad conduce a la disolución.”).

69. Sobre el punto, ver Paola Bergallo, *Courts and Social Change: Lessons from the Struggle to Universalize Access to HIV/AIDS Treatment in Argentina*, 89 TEXAS L. REV. 1611 (2011).

70. Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Caso ALITT*. Sentencia del 22 de noviembre de 2006.

71. La CHA, lógicamente, no era la única organización detrás del movimiento LGBT, pero sí una de las más visibles. Su posición en el debate por el matrimonio igualitario fue cuestionada por otras organizaciones, ya que la CHA mantenía que la *unión civil* era suficiente. Sobre el punto, ver BRUNO BIMBI, *MATRIMONIO IGUALITARIO. INTRIGAS, TENSIONES Y SECRETOS EN EL CAMINO HACIA LA LEY* (2010).

estructuras estatales con un lenguaje de derechos: allí podemos ver actividades de cabildeo que sirven para interactuar con funcionarios políticos, actividades de litigio a través de las cuales se interpela al poder judicial, así como múltiples actos públicos de distinto tipo que se dirigen a la sociedad en general, a los propios miembros del grupo de pertenencia y sirven para enmarcar las interpellaciones a las autoridades. Esto es lo que Charles Tilly denominó demostraciones de WUNC, es decir, de relevancia (*worthiness*); unidad (*unity*), números (*numbers*) y compromiso (*commitment*)⁷².

Detrás de estos actos de interpellación hacia el Estado hay una narrativa de derechos común, que los cimienta y amalgama⁷³. La CHA no renunció a sus compromisos normativos ni su narrativa de igualdad fue aniquilada por una derrota ante los tribunales: por el contrario, esa decisión consolidó prácticas que le permitieron impulsar, veinte años después, una reforma legal impensada hace unos años y que refleja la narrativa de igualdad que ella proponía⁷⁴. En este sentido, una sentencia con ánimos *jurispáticos* que tendía a deslegitimar a un grupo social como el de personas LGBT no produjo para nada ese efecto. Por el contrario, como explica Julieta Lemaitre Ripoll en relación al movimiento LGBT de Colombia y a una derrota parlamentaria, "el frustrado proceso legislativo (...) aglutinó la acción política de diversos sectores de homosexuales. (...) En términos de costos y beneficios parece que por lo general la movilización legal ha beneficiado al incipiente movimiento. Le ha brindado un vocabulario, una forma de articularse a pesar de las diferencias y un espacio social para la movilización"⁷⁵. El caso de la CHA argentina parece relatar una historia similar: la movilización legal no termina ante fallos adversos o derrotas legislativas. Por el contrario, es posible que esas batallas perdidas fortalezcan al movimiento de cara a futuras victorias, tal vez lejanas en el tiempo, que al principio parecieron imposibles⁷⁶.

96

72. Cfr. CHARLES TILLY, *SOCIAL MOVEMENTS (1768-2008)* 2ª Edición, pág. 4 (2008). Por supuesto, estas interpellaciones son más o menos efectivas, y el Estado no es un todo uniforme que reacciona de la misma manera. Por ejemplo, el movimiento LGBT fue bastante exitoso en la década del ochenta al asegurar la provisión de drogas para personas con HIV o SIDA, mediante vínculos estrechos construidos con determinados funcionarios claves en las áreas de Salud. Esta circunstancia muestra que el Estado interpelado es una organización extremadamente compleja, que puede por un lado rechazar la personería gremial de una organización que promueve los derechos de personas homosexuales pero —a la vez— responder de forma favorable a solicitudes que se adelantan con un perfil más bajo y ante estructuras diferentes. Desde este punto de vista, hablar de un solo Estado es una simplificación sobre la cual es necesario estar atentos al pensar los vínculos entre éste y sectores de la sociedad civil. Agradezco a Paola Bergallo por haberme señalado este punto.

73. La historia del "camino hacia la ley" de matrimonio igualitario emprendido por la comunidad LGBT puede encontrarse en BRUNO BIMBI, *MATRIMONIO IGUALITARIO. INTRIGAS, TENSIONES Y SECRETOS EN EL CAMINO HACIA LA LEY* (2010). Ver también el análisis de Javier Corrales y Mario Pecheny, *Six Reasons Why Argentina Legalized Sex Marriage First*, *AMERICAS QUARTERLY* (en el que los autores explican las distintas circunstancias políticas que ayudaron al movimiento LGBT y a la sanción del matrimonio igualitario en la Argentina).

74. Cfr. STUART SCHEINGOLD, *THE POLITICS OF RIGHTS*, págs. 131-143 (2004, 2ª Edición) (donde el autor analiza cómo las tácticas legales pueden favorecer, en ciertas circunstancias, la movilización social de ciertos sectores. Scheingold específicamente señala como una derrota puede aglutinar a las bases y favorecer la movilización de sectores supuestamente afectados en forma negativa por la decisión del tribunal).

75. JULIETA LEMAITRE RIPOLL, *EL DERECHO COMO CONJURO. FETICHISMO LEGAL, VIOLENCIA Y MOVIMIENTOS SOCIALES*, págs. 253-254 (2009).

76. "Al principio, la igualdad jurídica parecía una de esas banderas utópicas que se levantaban sabiendo que en realidad son coyunturalmente imposibles, parte de esas metas revolucionarias con las

En este tipo de actividades de la sociedad civil es donde mejor se puede ver la diferencia entre derecho como significado y como herramienta de control social. Cuando presentamos públicamente nuestras propias narrativas estamos poniendo en acto nuestra capacidad soberana en el ámbito del significado, donde gozamos de autonomía e independencia para decir lo que el derecho es. Pero al buscar la actuación *jurispática* de las instituciones, el objetivo es que nuestras interpretaciones se asocien con la capacidad coercitiva y legitimadora del Estado, y eso involucra al derecho como herramienta de *control social*. Buscamos que nuestra visión sea obligatoria y se transforme en derecho en sentido *hartiano*, es decir, que las autoridades públicas que tienen en sus manos el monopolio del uso de la fuerza reconozcan como derecho nuestros propios significados⁷⁷.

Este punto es significativo y esconde, entiendo, una teoría de los derechos que merece hacerse explícita antes de seguir avanzando, y se relaciona con (a) el origen de los derechos y (b) el rol que ellos cumplen en los procesos de cambio social.

Sobre el primer punto, entiendo que al poner el foco en las capacidades *jurisgenerativas* de la sociedad civil, se está tomando partido –siquiera implícitamente– en la vieja cuestión que indaga sobre el lugar de dónde vienen los derechos. Y esta posición ha sido expresada con extrema claridad por Cohen y Arato, quienes han sostenido: “Si bien el Estado es el agente de la legalización de los derechos, no es ni la fuente ni la base de su validez. Los derechos empiezan siendo reclamos de grupos e individuos presentados en los espacios públicos de una sociedad civil emergente. Pueden ser garantizados por el derecho positivo, pero no equivalen a él ni derivan de él; en el dominio de los derechos, la ley asegura y estabiliza lo que se ha conseguido en forma autónoma por [diversos] actores sociales”⁷⁸. Desde este punto de vista, lo descripto anteriormente en relación a las interpelaciones de la sociedad civil hacia el Estado nos habla, justamente, de ese momento inicial en el que los reclamos se articulan usando nuestras capacidades soberanas para decir lo que el derecho *es*, más allá de que el Estado acepte o rechace nuestros postulados.

Sobre el rol que los derechos juegan en los procesos de cambio social, creo que la visión que mejor se adapta a los procesos descriptos es la que ve en ellos a *recursos políticos* que es necesario articular con otros recursos para obtener beneficios concretos para sus titulares. Desde este punto de vista, esa mirada –que expresa Scheingold– entiende que “el valor de un derecho dependerá (...) de las circunstancias y de la forma en que es usado...”⁷⁹. Ello exige tener en cuenta *cómo* actúa la Corte cuando resuelve sobre el

97

que una se consuela diciéndose a sí misma: ‘Quizás lo vean nuestros hijos o nietos’”. María Rachid, en el prólogo a BRUNO BIMBI, *MATRIMONIO IGUALITARIO*, op. cit., pág. 11).

77. Cabe recordar que en Hart, el derecho es una práctica social. Para poder determinar qué es el derecho recurre al concepto de “regla de reconocimiento”, que surge a partir de una convención entre funcionarios públicos (práctica social) que aceptan el contenido de la regla (que admite distintos grados de complejidad). El análisis que hago en esa sección, creo, se ajusta adecuadamente a la teoría del derecho de Hart. Cfr. H.L.A. HART, *THE CONCEPT OF LAW* (1997, 2ª Edición).

78. JEAN COHEN Y ANDREW ARATO, *CIVIL SOCIETY AND POLITICAL THEORY*, pág. 441 (1992).

79. STUART SCHEINGOLD, *THE POLITICS OF RIGHTS*, págs 7 (2004, 2ª Edición).

alcance de un derecho y cuáles son las *consecuencias* de su intervención⁸⁰. Volveré sobre este punto más adelante.

* * *

Hasta aquí hemos visto cómo el derecho es una construcción social producto de interacciones más o menos complejas a las que algunos autores refieren como una especie de *diálogo*. Y hemos visto cómo, en un sentido muy relevante, es falso que la Corte Suprema sea la intérprete *final* y *suprema* de la Constitución. Sus fallos cierran caminos institucionales pero son siempre pasibles de ser cuestionados por otras vías como la reforma constitucional o legislativa, los cambios en la integración del tribunal o simple desobediencia, entre otras posibilidades.

Entiendo que los procesos descriptos son relativamente atractivos desde un punto de vista normativo, ya que ellos permiten —de un modo imperfecto— que los ciudadanos *resistan* los avances jurispáticos del Estado sobre sus propias narrativas, interpretaciones y visiones del mundo. Pero también creo que esos procesos presentan problemas en tanto que mecanismos para lidiar con los desacuerdos más profundos de una sociedad democrática. A explorar ese atractivo y esos problemas dedico la siguiente sección.

II. Algunos Apuntes Contra la Finalidad

98

1. Lo atractivo

Entiendo que el proceso descrito en los párrafos anteriores es empíricamente cierto. Con esto quiero decir que cuando hablamos de *finalidad* en relación a la Corte no sólo estamos utilizando éste término en el sentido muy limitado de *finalidad-y-no-supremacia*, sino que sólo podríamos utilizarlo en ese sentido. No se trata de cuestionar la idea de Alexander y Schauer de que la Corte Suprema *deba* tener la última palabra en materia interpretativa, sino que la Corte *no puede* tener esa última palabra, ya que la sociedad y los demás poderes siempre conservan para sí la posibilidad de cuestionar lo que la Corte Suprema —u otro órgano— sostenga respecto de la Constitución⁸¹.

Si bien en la primera parte me concentré en la descripción del funcionamiento real de nuestras instituciones, encuentro a ese proceso *relativamente* atractivo desde un punto de vista normativo ya que permite resistir los significados que buscan ser impuestos desde

80. Sobre la necesidad de realizar estudios en distintos países de América Latina, con base en los contextos específicos, ver Francisca Pou Giménez, *Justicia constitucional y protección de derechos en América Latina: el debate sobre la regionalización del activismo*, en RODRÍGUEZ GARAVITO (COORD.), *EL DERECHO EN AMÉRICA LATINA. UN MAPA PARA EL PENSAMIENTO JURÍDICO DEL SIGLO XXI* (2011).

81. Sostener que la Corte Suprema *no puede* tener la última palabra no significa que, en algunos casos, no se quede con ella. Es lo que sucedería, por ejemplo, si su decisión no es cuestionada. Eso sucedería en una comunidad con una sociedad civil débil o en una controversia que no es realmente profunda. Ninguno de los dos supuestos alcanzan al tipo de casos a los que se refiere este trabajo.

el Estado por medio de un proceso de interacciones que —a pesar de sus limitaciones— estimo positivo. En efecto, cualquier pretensión de poner punto final a un desacuerdo constitucional por fuera de procesos de hegemonía esconde una idea profundamente problemática, en especial cuando estos desacuerdos están fuertemente arraigados en concepciones sociales diversas e incompatibles entre sí que se ven obligadas a convivir en el mismo espacio social.

Es lo que sucede, por ejemplo, en algunas sociedades en las que grandes sectores de la población rechazan la interrupción voluntaria del embarazo y otros sectores la reclaman. Ambos sectores mantienen posiciones diferentes, y ambos quieren ver su posición reflejada en el derecho: quieren que el derecho *normalice* su posición, que necesariamente excluye a la posición contraria. ¿Qué hacer entonces en estos casos *difíciles* ante interpretaciones que se contradicen entre sí?

La reacción *jurispática* de proclamar un ganador por sobre otro es problemática por lo que significa el rechazo del derecho a una posición normativa nacida en el seno *jurisgenerativo* de la sociedad y porque no toma en serio al hecho del desacuerdo. En efecto, ¿qué está diciendo el Estado, por ejemplo, al colectivo homosexual cuando rechaza su organización de acuerdo a la ley por ser contraria al bien común? ¿Cuál es el mensaje del Estado a los afro descendientes cuando éste les dice que los planes de ayuda escolar tendientes a reparar discriminaciones históricas son una violación del principio de igualdad constitucional? ¿Qué significa que el Estado rechace los intentos de obtener verdad, justicia y reparación de los familiares de desaparecidos y favorezca las pretensiones de impunidad vinculadas a los sectores que llevaron adelante la represión? Cuando ello ocurre *con pretensiones de finalidad y supremacía*, el mensaje del Estado es muy claro: la visión contraria es ilegítima, inaceptable y equivocada.

99

Aquí se podría decir: ¿cuál es el problema con que ello suceda? A fin de cuentas, existen efectivamente visiones constitucionales que *son* ilegítimas, inaceptables y equivocadas. La Constitución no puede decir *cualquier* cosa que queramos que ella diga: si bien tiene cláusulas más o menos abiertas, no es posible —por ejemplo— sostener que una constitución liberal promedio acepta la esclavitud. Existe *cierta* objetividad constitucional. Por otro lado, se podría decir —además— que mi crítica exagera el valor simbólico del derecho y que cuando el tribunal resuelve una controversia en el marco del control difuso de constitucionalidad está adjudicando un caso individual, cuyas consecuencias se limitan pura y exclusivamente a las partes de ese caso.

Ambas objeciones merecen, entiendo, dos respuestas breves.

En primer lugar, la cuestión sobre la *objetividad* constitucional es resumida por González Bertomeu, quien explica: “[H]ay algo que se aproxima a la objetividad constitucional, de modo que personas razonables deberían poder llegar a acuerdos respecto de cuestiones constitucionales puntuales”⁸². Personalmente, estoy de acuerdo en que no es posible hacerle decir a la Constitución lo que queramos que ella diga: un principio de pudor intelectual y un mínimo temor al ridículo deberían ser suficientes para impedir esos

82. Juan González Bertomeu, *Against the Core of the Case. Structuring the Evaluation of Judicial Review*, 17 LEGAL THEORY 81, PAG. 93 (2011).

desvíos⁸³. Sin embargo, si el derecho *en tanto que significado* se construye efectivamente a través de un proceso social complejo como el descrito en los párrafos anteriores, la cuestión de la objetividad constitucional, en los casos difíciles, se vuelve casi irrelevante.

Podemos ver esa irrelevancia a través de las teorías constitucionales del siglo XX que buscaron —desde mi punto de vista, infructuosamente— encontrar la fórmula *correcta* de interpretar la Constitución. En efecto, variadas y contradictorias *teorías* tales como el originalismo, la teoría de la constitución viviente, la interpretación finalista —entre muchas otras— buscaron la fórmula áurea del derecho constitucional que permita a abogados e intérpretes de la Constitución dejar atrás las dudas y confusiones que los aquejaban⁸⁴. Estas teorías han ocupado gran parte del tiempo de la academia jurídica norteamericana de las últimas décadas. Sin embargo, allí aún no han arribado a un acuerdo respecto del modo *correcto* de interpretar su Constitución.

Si los significados constitucionales se deciden por medio de complejos procesos sociales, el resultado de esos procesos se vincula más con la legitimidad *sociológica* del derecho de la que habla Fallon que con las teorías constitucionales con las que nos entretenemos jueces y abogados⁸⁵. Ello no significa que esas teorías sean inútiles o que no tengan nada que aportar al derecho constitucional: pueden dirigir nuestras discusiones, resaltar las diferencias normativas de distintas aproximaciones y señalar hacia distintos resultados a los que es posible arribar. Pero desde el punto de vista de la construcción social del derecho, el impacto de estas teorías es marginal, toda vez que ellas implican ejercicios endogámicos del campo jurídico. Se trata de cosas con las que se entretienen los abogados: ellas, por sí solas, nada nos dicen sobre cómo se desarrollarán, en los hechos, las controversias constitucionales más profundas en los casos más difíciles.

Estas teorías tienen, además, otro efecto tal vez no deseado pero profundamente pernicioso: al insistir sobre la forma *correcta* de interpretar la Constitución, todas ellas llevan a la utilización de lenguajes injustificadamente seguros de sí mismos y a no tomar *en serio* el hecho fundamental del desacuerdo. En efecto, si se utiliza el método correcto de interpretar la Constitución, las demás interpretaciones son simples errores, ya sea que ellas sean postuladas por quienes pierden ante la Corte o por académicos adscriptos a otras variantes interpretativas.

Mi posición no es tan radical como pudiera parecer: creo que hay cierta objetividad constitucional y que la Constitución no puede decir cualquier cosa. Pero si tomamos la invitación de Cover de expandir el campo jurídico para incluir a actores no estatales de otros campos dispuestos a poner en cuestión el monopolio de los abogados en determinar lo que el derecho *es*, esa objetividad constitucional se vuelve irrelevante: ella nada tiene para decir ante procesos sociales que se mueven en dirección contraria. Si bien *todos* los

83. La lectora memoriosa recordará, a modo de ejemplo, los argumentos de Rodolfo Barra a favor de un tercer mandato presidencial en 1999.

84. Cfr. Dan M. Kahan, *Foreword: Neutral Principles, Motivated Cognition and Some Problems for Constitutional Law*, 125 HARV. L. REV. 1, pág. 27 (2011). Sobre el punto, ver también Barry Friedman, *The Cycles of Constitutional Theory*, 67 LAW AND CONTEMPORARY PROBLEMS 149 (2004).

85. Cfr. Richard H. Fallon, *Legitimacy and the Constitution*, 118 HARV. L. REV. 1787 (2005).

abogados podemos coincidir en que la lectura constitucional correcta en un caso difícil desde el punto de vista social es *a*, si la mayoría de la sociedad se inclina por *b* ella encontrará los caminos para convertir a *b* en la nueva ortodoxia constitucional.

En segundo lugar, también se podría decir que mi objeción a las pretensiones de *finalidad y supremacía* exageran el valor simbólico del derecho y que, en última instancia, lo que se resuelve es un caso y no la controversia social que existe de trasfondo. Sin embargo, para bien o para mal, ello no siempre es lo que sucede.

Como explica Kahan, cuando una controversia esencialmente *cultural* entre grupos diversos se expresa en términos legales, la respuesta que el derecho elija como correcta "eleva a uno de los grupos y degrada al otro"⁸⁶. Ello se vincula con las teorías interpretativas recién mencionadas. Si hay unos que están *bien* y otros que están *mal*, quienes están mal no sólo pierden un caso sino que la visión constitucional sobre la que se sostiene el desacuerdo pasa a *estar mal* ante los ojos del Estado. Así, las decisiones de la Corte en casos difíciles se convierten en símbolos que exceden el caso concreto y buscan *resolver* la controversia cultural que los sustenta. "La Corte pasa a decidir quien cuenta en una sociedad dividida, cuyos miembros viven en un estado permanente de resentimiento hacia los *otros* que buscan que su cosmovisión sea erigida como ortodoxia política."⁸⁷ De modo que muchos casos *condensan* una controversia más amplia, y así aumenta lo que se pone en juego con la intervención de los jueces, lo quieran ellos o no.

En conclusión, no creo estar exagerando el valor simbólico del derecho ni creo que la *objetividad* constitucional sea especialmente relevante para el proceso social de construcción del derecho. Las pretensiones de finalidad por fuera de esos procesos deben ser rechazadas por lo que implican respecto de quienes son negados por esos ejercicios jurispáticos, porque no toman en serio al fenómeno del desacuerdo persistente en la sociedad ni respetan a quienes mantienen posiciones diversas.

Ese rechazo a las pretensiones de finalidad y supremacía es lo que me lleva a ver con buenos ojos los mecanismos de *resistencia* a las ortodoxias estatales. Como sostiene Laura Saldivia, "la deliberación democrática (...) implica múltiples interacciones y un proceso público y continuo / continuado (*ongoing*) de entendimiento, de creativa apropiación, reapropiación y transformación de ideas y significados"⁸⁸. Estos procesos son complejos y esencialmente culturales. Pero son procesos positivos a través de los cuales se avanza en el auto gobierno colectivo. El derecho, entonces, debe intervenir en esos procesos de un modo que potencie valores democráticos, pero debe rechazar la pretensión de finalizarlos.

101

86. Dan M. Kahan, *Foreword: Neutral Principles, Motivated Cognition and Some Problems for Constitutional Law*, 125 HARV. L. REV. 1, pág. 27 (2011).

87. Dan M. Kahan, *Foreword: Neutral Principles, Motivated Cognition and Some Problems for Constitutional Law*, 125 HARV. L. REV. 1, pág. 49 (2011).

88. Laura Saldivia, *Una Corte ¿Suprema?*, en GARGARELLA (COORD.), op. cit., pág. 226.

2. Lo problemático

La lectura *positiva* sobre los procesos descriptos realizada en la sección anterior también es adelantada por Siegel y Post, los responsables de la mayoría de los estudios de este tipo de dinámicas en los Estados Unidos. Sin embargo, entiendo que su mirada es demasiado benévola respecto de esos procesos. En ocasiones, la valoración que ellos hacen de los procesos que describen se parece demasiado a una reconstrucción idílica o voluntariosa del funcionamiento de la democracia estadounidense que les permite acomodar las fuertes objeciones de Kramer —y de otros autores del constitucionalismo popular— al control judicial de constitucionalidad respetando las intuiciones normativas de ese movimiento. Sin embargo, esa mirada tiene dos problemas graves a destacar ya que muestran limitaciones especialmente relevantes para quienes —siguiendo las intuiciones de Siegel y Post— buscamos replicar ese tipo de análisis en contextos diferentes al de los Estados Unidos.

En primer lugar, su visión descansa sobre un concepto extremadamente amplio de *diálogo* y sobre una mirada excesivamente abstracta del concepto de *pueblo*, lo que le quita peso teórico. En segundo lugar, y en parte como consecuencia de la *idealización* recién señalada, Siegel y Post no parecen reconocer la existencia de problemas evidentes en los caminos a través de los cuales *el pueblo* impone finalmente su voluntad. En conjunto, estos elementos disminuyen el valor de la defensa que Siegel y Post proponen de los procesos a través de los cuales la ciudadanía puede *resistir* a las narrativas de las instituciones jurispáticas, y ello abre el camino a críticas que estimo pertinentes.

102

a. *El falso diálogo y el pueblo abstracto*

La defensa que Siegel y Post impulsan sobre los caminos existentes descansa sobre dos presupuestos teóricos sumamente problemáticos: una visión demasiado amplia del concepto de *diálogo* y un concepto extremadamente abstracto del concepto de *pueblo*.

En relación al primer punto, Post, Siegel y Friedman refieren a un diálogo que se da entre las estructuras estatales y la ciudadanía sobre el alcance de disposiciones constitucionales sobre las cuales existen diversas interpretaciones. Intuitivamente, ello parece correcto: tratándose de desacuerdos normativos, es natural pensar en que ellos pueden resolverse por medio de una deliberación en la que las razones públicas y los argumentos tengan un rol preponderante. Desde este punto de vista, es posible pensar que quienes apoyan el matrimonio entre personas del mismo sexo y quienes están en contra puedan intercambiar argumentos y razones que sustenten sus posiciones y, de ese modo, llegar a algún tipo de acuerdo o —al menos— avanzar la discusión pública por caminos democráticos. Sin embargo, Post, Siegel y Friedman postulan la existencia de esos *diálogos* entre instituciones estatales y actores sociales esencialmente complejos, por fuera de ámbitos específicos de discusión. Resulta entonces difícil de verificar en la realidad la existencia de un verdadero *diálogo*, al menos con las características que se le suele asignar al mismo en las teorías deliberativas de la democracia⁸⁹.

89. Sobre las condiciones de un diálogo democrático, ver Sebastián Linares, *El diálogo democrático entre las cortes y las instituciones representativas*, 70 REVISTA MEXICANA DE SOCIOLOGÍA 487, 513 (2008).

El tipo de interacciones que describen estos autores entre el Estado y la sociedad civil y entre distintos órganos del Estado contienen esos componentes, pero en un grado que puede ser mayor o menor, pero siempre es parcial. Los resultados de los procesos que describen Siegel, Post y Friedman están enormemente influidos por circunstancias históricas y de oportunidad, por la configuración de alianzas exitosas y por la articulación precisa de recursos políticos diversos. Dentro de esos recursos, los *derechos* de los que hablan estos autores y sobre los cuales es posible postular un *diálogo* son sólo una parte del proceso, nunca son el todo. Por ello es que, muchas veces, los componentes racionales y argumentativos pueden jugar un rol sustancialmente menor en este tipo de interacciones.

Por ejemplo, el argumento a favor del matrimonio igualitario en la Argentina no triunfó solamente porque se trató, como diría Dworkin, de la mejor lectura posible de la Constitución y de nuestras prácticas políticas, sino que dependió también de muchas otras circunstancias no vinculadas a ningún tipo de intercambio argumentativo. Por ejemplo, dependió de la escasa asistencia de la población católica a las Iglesias así como de la baja incidencia de la creciente población *evangélica*; de la no existencia de ningún partido *confesional* o vinculado a la Iglesia Católica; del liderazgo circunstancial de la Presidenta que dio el visto bueno para que la cuestión avance (clave, si se analiza el impacto negativo de su oposición a la despenalización del aborto); de los procesos legales avanzados en otras partes del mundo a favor del matrimonio igualitario, etcétera⁹⁰. Estos hechos se presentan como condiciones objetivas que favorecen determinados procesos, pero hechos diferentes podrían arrojar resultados distintos sin que los argumentos y las razones públicas incidan en ello⁹¹. Por ello, es problemático referirnos a estas interacciones como verdaderos *diálogos* en un sentido fuerte de la palabra.

103

Sin embargo, la idea de postular mecanismos dialógicos para lidiar con nuestros desacuerdos sigue pareciendo intuitivamente correcta. Ello nos obliga, entonces, a pensar en cómo *aumentar* los componentes dialógicos de las interacciones que se producen entre las estructuras estatales y la sociedad civil. Pero ello implica asumir una posición crítica sobre los procesos existentes que nuestros autores no asumen.

En relación al segundo punto, Siegel, Post y Friedman utilizan un concepto de *pueblo* extremadamente abstracto. Cuando describen los procesos a través de los cuales la ciudadanía *resiste* ciertas interpretaciones jurispáticas refieren a las distintas organizaciones de la sociedad civil que articulan esos esfuerzos de resistencia: la *National Association for the Advancement of Colored People* (NAACP) en el caso de los derechos civiles; la *ACLU's Women's Rights Project* en el caso de la lucha por la *Equal Rights Amendment* (ERA); la *National Rifle Association* (NRA) en el caso del derecho a la tenencia de armas, entre muchos otros. Se trata éstas de organizaciones que —en algún momento— impulsaron

90. Javier Corrales y Mario Pecheny, *Six Reasons Why Argentina Legalized Sex Marriage First*, AMERICAS QUARTERLY. 30 de julio de 2010.

91. Por ejemplo, Corrales y Pecheny mencionan las diferentes tasas de asistencia a los servicios religiosos de Argentina (22 por ciento) en comparación con Brasil (36 por ciento) y México (45 por ciento), lo que podría explicar por qué el matrimonio igualitario avanzó más rápido en la Argentina que en esos dos países (Cfr. Corrales y Pecheny, *Six Reasons Why Argentina Legalized Sex Marriage First*, AMERICAS QUARTERLY. 30 de julio de 2010).

ciertas agendas de cambio legal liderando distintos movimientos sociales, en ocasiones en contradicción con interpretaciones constitucionales aceptadas por las estructuras estatales. Pero cuando estos autores analizan esos procesos desde un plano prescriptivo, refieren —de forma genérica y abstracta— a *We The People*, o *The People* o *The People Themselves*, lo que resulta casi inevitable, ya que esos son los términos que utiliza el constitucionalismo popular con el que buscan dialogar.

Esta reducción de una realidad compleja apresada en el plano descriptivo de análisis esencialmente sociológicos (las interacciones de la sociedad civil con las estructuras estatales) a un concepto mucho más simple en el plano prescriptivo (el pueblo) es enormemente problemática. En esa reducción algo se pierde y algo se transforma.

Se pierde, por un lado, la capacidad explicativa del análisis ya que, por ejemplo, es manifiestamente erróneo hablar del *pueblo* avanzando la agenda feminista o la agenda de los derechos de las personas homosexuales: siempre son *facciones*, y está bien que así sea. En efecto, tratar de referirnos a esos actores diversos bajo el rótulo de *pueblo* implica invisibilizar a los sectores de la ciudadanía que muestran visiones contrapuestas, actores movilizados en contra y colectivos desmovilizados indiferentes a la cuestión de que se trate. *We The People* o —digamos— el *Pueblo* con mayúsculas no existe más que como personificación del ideal de soberanía popular. Como categoría de un análisis descriptivo es inadecuada, ya que —como explican Alexander y Solumn— “el pueblo puede hacer muchas cosas, pero en última instancia no es más que un grupo de individuos. Las personas individuales pueden participar en establecer o interpretar una constitución de diversas formas. El pueblo puede actuar a través del gobierno pero no puede actuar como una persona jurídica (*in a corporate capacity*) por fuera de algún tipo de esquema institucional”⁹². Entiendo que la crítica de Alexander y Solumn es pertinente: el *Pueblo* no puede actuar colectivamente como sostiene el constitucionalismo popular o el democrático. Los procesos sociales de formación de significados constitucionales que Siegel y Post describen magistralmente son adelantados por sectores de la sociedad civil organizada, que forman parte del pueblo pero no lo constituyen como un todo. Por ello resulta problemático asignar al *pueblo* acciones o pretensiones que sólo pueden adjudicarse a parte de ese colectivo de personas.

Se transforma, por el otro, el proceso descripto, ya que recurrir a un concepto incuestionable y con una alta carga valorativa como el de *Pueblo* permite esconder las limitaciones democráticas que esos procesos registran y sobre las cuales volveré más adelante. En efecto, si los resultados de esos procesos fueran siempre un triunfo del *pueblo* sobre las instituciones jurispáticas del Estado no habría necesidad de plantear mayores objeciones, al menos mientras partamos de una mirada *sensible* a una concepción robusta de la soberanía popular. Pero ello no siempre ocurre así: en ocasiones los procesos descriptos por Siegel y Post podrían arrojar resultados inaceptables para ciertas minorías, especialmente si esas minorías carecen de la capacidad de activar esos procesos en el mismo grado que otros sectores.

92. Larry Alexander y Lawrence B. Solumn, *Popular? Constitutionalism?*, 118 HARV. L. REV. 1594, pág. 1606 (2005)

En efecto, los sectores excluidos, quienes sostienen visiones poco ortodoxas o fuera de los cánones más o menos aceptables dentro de una determinada comunidad no tienen las mismas oportunidades de actuar políticamente que otros grupos. Esta es una cuestión empírica que debe analizarse caso a caso y en un tiempo y lugar determinados. Pero resulta evidente que ciertas agendas, ciertos grupos, no tienen la misma capacidad de incidencia que otros⁹³. Estos problemas de los *camino existentes*, que veremos a continuación, se invisibilizan si hablamos del *Pueblo* con mayúscula, ya que al hacerlo ocultamos la realidad social de las democracias pluralistas modernas, en las que distintos sectores con visiones contrapuestas compiten por imponer la suya. Hacer visibles esos problemas requiere indagar sobre las oportunidades, límites y desafíos de estos procesos, algo *especialmente relevante* en un contexto de desigualdad como el de América Latina.

b. Los largos y sinuosos caminos

Parte de estos problemas que mencioné en el párrafo anterior se vinculan no sólo con la distribución desigual de las capacidades de incidencia dentro de la sociedad civil, sino con los mismos mecanismos a través de los cuales el pueblo *impone finalmente* su voluntad por sobre la Corte. Un párrafo sirve para ejemplificar este problema. Siegel y Post, al comentar el trabajo de Kramer en *The People Themselves*, sostienen: "El orden constitucional de los Estados Unidos subordina el derecho constitucional [entendido como el conjunto de decisiones judiciales] a la Constitución [entendida como las creencias fundamentales de *El Pueblo*]. A través del proceso de nombramiento y confirmación [de jueces], así como a través de numerosos otros mecanismos, el pueblo finalmente siempre tiene el tipo de derecho constitucional que estima conveniente"⁹⁴.

105

Los problemas de esta visión son evidentes y demuestran la falta de un análisis crítico sobre los mecanismos a través de los cuales el *pueblo* resiste a las instituciones jurispáticas. En efecto, todos los *camino* que Post y Siegel describen ampliamente en numerosos trabajos se caracterizan por ser enormemente difíciles de transitar, tanto por parte de los ciudadanos de a pie como de los partidos políticos. ¿Acaso puede pensarse que el *judicial entrenchement*, es decir, el nombramiento de una gran cantidad de jueces en la justicia federal y en la Corte por parte de un determinado partido o sector político, es un mecanismo apto para que el pueblo exprese su voluntad constitucional? Se trata de un mecanismo en extremo indirecto, complejo y potencialmente no idóneo para convertir una determinada narrativa constitucional en derecho vigente.

Lo mismo ocurre con los intentos de reforma legal. En primer lugar, ellos simplemente no sirven para lidiar con ciertos desacuerdos graves que no se fundan en la interpretación de ciertas leyes sino que se basan en principios básicos de derecho constitucional. Cuando lo que está en disputa es la interpretación de los alcances de la garantía de *igualdad*, el

93. Sobre un ejemplo de movimientos fallidos, ver James Gray Pope, *Labor's Constitution of Freedom*, 106 YALE L. J. 941 (1997) (quien explica el fallido proyecto constitucional del movimiento laborista en los Estados Unidos).

94. Reva Siegel & Robert Post, *Popular Constitutionalism, Departmentalism, and Judicial Supremacy*, FACULTY SCHOLARSHIP SERIES, PAPER 1781042, pág. 1042 (2004).

cambio de leyes no es un camino apto para superar el desacuerdo normativo, ya que el mismo reposa en un principio constitucional básico sobre el cual se tienen lecturas contradictorias. Si la Corte Suprema sostiene que es contrario a la garantía de igualdad mantener escuelas separadas para niños de distintas razas, el Congreso nada podría hacer por medio de una ley.

Una alternativa posible sería reformar la Constitución, pero ello presenta problemas aún más graves. En primer lugar, la reforma constitucional es excesivamente rígida y difícil de activar. Tal como demostró Bruce Ackerman en el contexto de los Estados Unidos, el mecanismo para modificar la Constitución fue creado para una república agraria compuesta por diversos Estados celosos de su autonomía. Sin embargo, los Estados Unidos se convirtieron rápidamente en una democracia industrial en expansión con una *constituency* nacional. Un mecanismo de reforma constitucional que hace depender la viabilidad de una reforma en los Estados integrantes de la Unión presenta problemas serios desde el punto de vista democrático, ya que los Estados con menos cantidad de votantes adquieren en ese sistema un peso desproporcionado⁹⁵. Ello explicaría –según Ackerman— por qué muchos de los cambios más profundos en el derecho constitucional de los Estados Unidos no se produjeron mediante el proceso de reforma formal de la Constitución⁹⁶.

En el contexto argentino podemos encontrar dificultades similares, ya que la reforma constitucional también es difícil de activar y nuestra experiencia histórica muestra ese carácter extraordinario. Como explica Gargarella, relegar la solución de nuestros desacuerdos a un proceso de ese estilo impone una carga desproporcionada sobre los ciudadanos ya que éstos deben activar un mecanismo complejo y excepcional. Y el problema de ello es que el hecho del desacuerdo “no está reservado [al orden de] lo excepcional, sino a la vida cotidiana de nuestras comunidades”⁹⁷.

De todas formas, y en segundo lugar, la reforma constitucional como mecanismo para lidiar con nuestros desacuerdos normativos implica una pretensión de finalidad *aún más radical* que un fallo de la Corte Suprema, por lo que es posible reiterar aquí las objeciones planteadas a la pretensión de finalidad en la sección anterior.

95. Cfr. ROBERT A. DAHL, *HOW DEMOCRATIC IS THE AMERICAN CONSTITUTION?*, págs. 45-50 y 81-88 (2002).

96. Cfr. Bruce Ackerman, *The Living Constitution*, 120 HARV. L. REV. 1738, 1752 (donde sostiene que los cambios constitucionales se producen, muchas veces, a través de super precedentes, es decir, casos judiciales que representan hitos importantes que luego son sometidos –informalmente— a ratificación a través de elecciones en las que la cuestión allí discutida pasa a formar parte del debate pre electoral).

97. ROBERTO GARGARELLA, 200 AÑOS DE CONSTITUCIONALISMO EN AMÉRICA LATINA, 1810-2010 (en prensa) [Las citas de este trabajo se hacen con base en los extractos del capítulo 5 y 6 distribuidos como material del Seminario de Teoría Constitucional y Filosofía Política coordinado por el autor en la UBA en 2011] Gargarella responde a Ferreres Comella, quien ante una decisión con la que la ciudadanía no está de acuerdo prescribe la reforma constitucional como remedio. Sostiene Gargarella: “En el mejor de los casos –que es el que él defiende— la legislatura gana la capacidad para desafiar la invalidación de una ley –hecho que ocurre de modo más bien excepcional, y frente al cual la legislatura también actuaría excepcionalmente. Pero el problema que nos interesa no está reservado a lo excepcional, sino a la vida cotidiana de nuestras comunidades, y una salida como la propuesta –la reforma constitucional— implica poner un costo extraordinario sobre las espaldas de la ciudadanía democrática.”).

Si bien problemáticos, la reforma legal y la constitucional aún permiten —aunque no necesariamente requieren— cierto *diálogo* constitucional en los términos de Post, Siegel y Friedman, ya que —se supone— pueden avanzar de la mano de un debate sobre las distintas alternativas, visiones y narrativas que sustentan el desacuerdo normativo, una alternativa que —en principio— parece intuitivamente deseable.

Sin embargo, los otros caminos mencionados en la sección anterior, por el contrario, excluyen radicalmente la posibilidad de diálogo. En efecto, tanto el juicio político como la simple desobediencia implican reacciones en las que se pone en juego el peso de la política mayoritaria y las limitaciones institucionales del poder judicial. En principio, ninguna de esas opciones permite ningún tipo de diálogo, pero el juicio político lo muestra más claramente: resuelve el diferendo eliminando a una de las partes del mismo. Por su parte, la simple desobediencia parece poner a las instituciones en una situación de estancamiento totalmente anormal, que se resolverá por la fuerza relativa de cada uno de los contendientes.

En conclusión, los caminos que Post y Siegel describen como vehículos a través de los cuales se expresa la voz del pueblo son extremadamente problemáticos: son difíciles de transitar, en muchos casos no son idóneos para lidiar con cierta clase de desacuerdos y no son aptos para generar intercambios argumentativos que permitan lidiar con un desacuerdo a través de un proceso de deliberación pública colectiva. Su visión positiva merece, entonces, ser cuestionada, especialmente cuando buscamos analizar al constitucionalismo popular y democrático críticamente, tomando elementos útiles o valiosos que nos permitan pensar mejor nuestras propias instituciones.

3. Entre la espada y el diseño institucional

Si bien los caminos descriptos son relativamente atractivos y presentan problemas serios, cabe detenerse brevemente en la razón de estas instituciones. ¿Por qué contamos con éstos caminos y no con otros? ¿Por qué la respuesta a una decisión de la Corte Suprema que resuelve determinada cuestión implica transitar un camino tortuoso desde el punto de vista democrático como la reforma constitucional, poco apto para lidiar con ciertos desacuerdos como la reforma legal o poco deliberativo como el juicio político, el *judicial entrenchement* o la simple desobediencia? No pretendo explorar en profundidad esta cuestión, pero sí arrojar algunas ideas y perspectivas sobre las causas de nuestras instituciones y sobre posibles alternativas a los caminos existentes.

a. Las causas

Una posible explicación podría centrarse en la desconfianza excesiva del constituyente a los procesos democráticos. Gargarella, por ejemplo, sostuvo que nuestras instituciones nacieron con un vicio de origen, un diseño institucional temeroso de la democracia que él resume en la fórmula *derechos políticos restringidos, derechos civiles amplios*. En este sentido, la participación política fue reducida por muchos caminos, como el voto público, la necesidad de contar con propiedades para acceder a ciertos cargos, el establecimiento de instituciones conservadoras como el Senado, entre otros. El control

judicial de constitucionalidad sería, también, una protección a los intereses de ciertas *elites* preocupadas por los procesos democráticos⁹⁸, algo que puede verificarse —en general— en toda América Latina⁹⁹. Saldívia, por su parte, propuso un análisis interesante sobre la peculiar relación de nuestras instituciones judiciales con el derecho continental y su idea de *judicatura*, precedentes y supremacía del poder legislativo¹⁰⁰. Personalmente, tengo algunas intuiciones respecto de la causa de nuestras instituciones, pero no es éste el lugar para desarrollarlas¹⁰¹. Me basta por ahora con sostener que los constituyentes no previeron muchos desarrollos sociales, políticos y económicos del siglo XX que modificaron radicalmente el rol que le toca jugar a la Corte en nuestra democracia.

En este sentido, el carácter difuso del control judicial, la restricción jurisdiccional a casos "individuales" y los efectos limitados de las decisiones son indicios de que los constituyentes no pretendían asignar a la Corte el rol de resolver nuestras controversias normativas más profundas, un rol que —para bien o para mal— asume en muchos casos gracias al dogma de su rol de *intérprete final* de la Constitución. Esta conclusión se ve reforzada si analizamos las formas en que interactúan los tribunales constitucionales —principalmente los europeos— con los parlamentos, con efectos *erga omnes* y por afuera de un caso concreto¹⁰². En cierto sentido, la cuestión se relaciona con el hecho de que nuestras instituciones son viejas. Los constituyentes no previeron —ni podían prever— el desarrollo de las políticas de identidad; de una sociedad civil activista que usa al derecho como herramienta; de las luchas por los derechos avanzada en el siglo XX desde los

98. ROBERTO GARGARELLA, 200 AÑOS DE CONSTITUCIONALISMO EN AMÉRICA LATINA, 1810-2010 (en prensa), ver *supra* nota 98.

99. ROBERTO GARGARELLA, 200 AÑOS DE CONSTITUCIONALISMO EN AMÉRICA LATINA, 1810-2010 (en prensa), ver *supra* nota 98 y Domingo Lovera Parmo, *¿A quién pertenece la Constitución de Chile? Cortes, Democracia y Participación*, en REVISTA JURÍDICA DE LA UNIVERSIDAD DE PALERMO, AÑO 11, N. 1, pág. 119 (2010).

100. Cfr. Saldívia, op. cit., pág. 183 ("[P]areciera existir una tensión permanente entre la facultad de la Corte Suprema de declarar la inconstitucionalidad de las leyes dictadas por la mayoría de los representantes del pueblo y la supremacía del legislador en la tradición del derecho civil").

101. Creo que la asignación de la facultad de control judicial planteada por el juez Marshall en 1803 a la Corte Suprema es una de las más tempranas muestras de un error conceptual en la génesis del diseño institucional contenido en la Constitución de Philadelphia. En efecto, la Constitución fue creada con dos ideas problemáticas: (a) la de la indeseabilidad de las facciones y de su posible anulación a través de un adecuado diseño institucional y (b) la de una serie de derechos fijos, universales, implícitos. La combinación de ambas características generó un marco institucional poco apto para lidiar con los desacuerdos (producto de distintas facciones) en materia de derechos (múltiples, tanto en sus interpretaciones como en sus afirmaciones o negaciones). La noción del control judicial de constitucionalidad parece, desde este punto de vista, una consecuencia lógica de un sistema mal diseñado que postuló una idea de derechos y de política que la práctica demostraría, al menos, parcialmente equivocada. Sobre la cuestión de las "facciones", ver JAMES MADISON, EL FEDERALISTA No. 10. Para ver una "defensa" de las facciones, ver Peter H. Schunck, *Against (and for) Madison: An Essay in Praise of Factions*, 15 YALE L. & POL. REV. 553 (1997). Ver también Richard Pildes, *Political Parties and Constitutionalism*, NEW YORK UNIVERSITY PUBLIC LAW AND LEGAL THEORY WORKING PAPERS. PAPER 179, donde sostiene: "La Constitución más vieja, la de los Estados Unidos, no menciona a los partidos políticos; no sólo los fundadores no previeron el nacimiento de los modernos partidos políticos y su centralidad para la democracia, sino que la Constitución estuvo concebida con hostilidad hacia los partidos. Los partidos políticos son la quintaesencia de las 'facciones', que James Madison, al defender el diseño constitucional de los Estados Unidos, despreciaba".).

102. Cfr. Sebastián Linares, El diálogo democrático entre las cortes y las instituciones representativas, 70 REVISTA MEXICANA DE SOCIOLOGÍA 487, 493 (2008).

sectores populares; de las teorías de la indeterminación (radical o parcial) del lenguaje; del nacimiento del litigio estratégico; de la expansión del concepto de "causa"; entre otros acontecimientos que superaron las previsiones que sobre la política, el derecho y la relación entre ambos podían tenerse a fines del siglo XVIII.

b. Alternativas

Este punto parece verse reforzado si miramos diseños institucionales más modernos. ¿Contienen ellos previsiones diferentes a nuestros diseños institucionales del siglo XIX? ¿Enfrentan de otra manera la intervención pública del tribunal supremo en casos complejos? Una breve exploración de otras alternativas nos permite encontrar respuestas positivas a ambas preguntas. Por ejemplo, la *Charter of Rights and Freedoms* de Canadá prevé en su sección 33 un sistema por medio del cual el Parlamento puede tornar aplicable cierta legislación sin importar las restricciones establecidas en la misma carta interpretada por la Suprema Corte, lo que le permite al Parlamento tener la última palabra en relación al control judicial. Este poder *derogatorio* sólo puede ser ejercido por un plazo de cinco años, lo que significa que en última instancia serán los ciudadanos por medio de su voto quienes resuelvan la cuestión, ya que cinco años es el plazo máximo durante el cual puede mantenerse una legislatura sin ser renovada. La Suprema Corte de Canadá cuenta, además, con la posibilidad de declarar que cierta norma es contraria a la Carta pero suspendiendo sus efectos, lo que da al Parlamento oportunidad de resolver el problema que exista sobre esa norma¹⁰³. Esta posibilidad se encuentra específicamente prevista en la Constitución de Sudáfrica, que en su artículo 172.1.b.ii establece que la Corte Constitucional puede declarar la invalidez de una norma, pero tiene la opción de emitir una orden "suspendiendo la declaración de invalidez por cualquier período y con cualquier condición, con el objeto de permitir a las autoridades competentes corregir el defecto"¹⁰⁴. En Holanda los jueces no pueden declarar la inconstitucionalidad de las normas pero pueden restringir su alcance por vía de interpretación. Sin embargo, la última palabra la tiene siempre el Parlamento¹⁰⁵. Finalmente, la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires prevé en su artículo 113.2 que la legislatura podrá restablecer la vigencia de una norma declarada inconstitucional por el Superior Tribunal de Justicia si la ratifica dentro de los tres meses y por medio de una mayoría calificada de dos tercios de los miembros.

Menciono estos casos con el fin de mostrar que es posible pensar en otros mecanismos de administración de nuestros desacuerdos normativos que no lleguen a su final en la Corte Suprema. Tal vez los ejemplos mencionados no sean los mejores y tengan problemas profundos en sí mismos, pero son alternativas que parecen afrontar más sinceramente la permanencia del desacuerdo que un sistema en el que la Corte Suprema resuelve los conflictos con pretensiones de pronunciar la *última palabra* sobre la Constitución.

103. Cfr. Suprema Corte de Canadá. Reference re Manitoba Language Rights, [1985] 1 S.C.R. 721. Cfr. Kent Roach, *Dialogic Judicial Review and its Critics*, 23 S. C. L. R. 51 (2004).

104. Constitución de Sudáfrica. Artículo 172.1.b.ii.

105. Cfr. Linares, op. cit., pág. 490. Sobre el punto, y para aproximarse a otros ejemplos, ver también Kent Roach, *Dialogic Judicial Review and its Critics*, 23 S. C. L. R. 51 (2004).

III. Efectos

Hasta aquí he explicado cómo los desacuerdos más profundos de una sociedad en un tiempo determinado pueden subsistir luego de la intervención de la Corte Suprema con *pretensiones* de finalidad. También he reivindicado, desde un punto de vista normativo, la existencia de mecanismos que permitan cuestionar o resistir las actuaciones *jurispáticas* de ciertas instituciones, pero también he señalado sus límites, al menos en la forma en que ellos están configurados actualmente. En esta sección me interesa pensar en cuáles deberían ser las consecuencias de lo expuesto anteriormente. Para decirlo de otro modo: ¿qué implica, en términos prácticos, abandonar la idea de que la Corte Suprema *es* la intérprete final de la Constitución?

Una primer conclusión intuitiva podría ser rechazar la intervención de la Corte Suprema en todos los casos, postular un departamentalismo radical que favorezca a los órganos mayoritarios por sobre los contramayoritarios. Algo así propuso Tushnet en los Estados Unidos: *quitarle la Constitución a la Corte*. Sin embargo, esta alternativa presenta problemas serios frente a las prácticas constitucionales de nuestra comunidad.

En efecto, la descripción de los procesos sociales de construcción del derecho realizada en la primera parte de este trabajo nos habla, básicamente, de distintas formas de interpelar al Estado por parte de la ciudadanía: intuitivamente uno podría decir que una ciudadanía activa que interpela al Estado es parte fundamental de una sociedad democrática. Por ello, hay argumentos que, *prima facie*, nos deben llevar a pensar que esas prácticas son valiosas, que deben ser protegidas, no eliminadas. Ellas representan la puesta en acto del potencial democrático que reside en la sociedad civil, entendida como esfera de vida social diferente al Estado¹⁰⁶. En este sentido, las prácticas descritas de interpelación al Estado *en términos de derechos*, las demandas por la normalización o aceptación de nuestra propia posición como la ortodoxia estatal en materia de Constitución y derechos y las contestaciones —por diversas vías— de aquellas decisiones con las que no estamos de acuerdo son, simplemente, estancias diferentes de un diálogo que es fundamental para una sociedad democrática.

Ese *diálogo*, por supuesto, supone también interacciones constantes con la política representativa, pero las dos esferas (sociedad civil, política representativa) son distintas entre sí. Por un lado, la sociedad civil —en principio— no se organiza para obtener el poder, sino que suele nuclearse alrededor de temas o agendas, como la agenda de reforma institucional, la ecologista, feminista, la vinculada con la defensa de los derechos de minorías raciales o sexuales, etcétera. Cuando ello ocurre, se avanza esas agendas a través de distintos mecanismos de interpelación al Estado: cabildeo, litigio, debate público, protesta social, etcétera. Cuando la sociedad civil produce organizaciones que buscan obtener el poder estamos en el ámbito de la política representativa, que comienza en la sociedad civil (con los partidos políticos) pero termina en el Estado, cuando esos partidos acceden al poder.

Es en estas relaciones múltiples entre sociedad civil y Estado que debe entenderse al control judicial de constitucionalidad: él representa una instancia a través de la cual

106. Ver COHEN & ARATO, *CIVIL SOCIETY AND POLITICAL THEORY* (1992).

un sector de la sociedad civil postula una determinada idea constitucional o de derechos y le solicita al Estado que la acepte como propia. Es un mecanismo de participación democrática que promueve—si bien imperfectamente, como se dijo—cierto tipo de diálogo o interacciones entre la sociedad civil organizada y el Estado. Es, también, una forma a través de la cual nuestras comunidades lidian con problemas comunes¹⁰⁷.

Por ello, creo que hay que aproximarse con cuidado a la idea de Tushnet—y otros—de *sacarle la Constitución a la Corte*. Hay dos razones fuertes para rechazar esa pretensión, y ellas son especialmente poderosas en contextos como el latinoamericano.

La primera de ellas es de orden *práctico* o *estratégico*. Si bien el proceso social de construcción del derecho presenta muchos problemas, sería poco deseable eliminar los caminos existentes sin crear otros nuevos o mejores. En efecto, hoy en día eliminar el control judicial de constitucionalidad dejaría la resolución de múltiples conflictos *de derechos* al juego natural de la política representativa, que presenta múltiples problemas en general y en América Latina en particular. Esto, en contextos de democracias *de baja intensidad* con poderes ejecutivos extremadamente fuertes y problemas persistentes de representatividad política no se presenta como una alternativa particularmente atractiva.

La segunda razón es más profunda y se vincula con la conveniencia de una política *contramayoritaria* bien entendida. En efecto, y como se dijo antes, el *litigio* constituye una forma de interpelar al Estado, e interpelar al Estado parece ser un componente fundamental de una vida política democrática. Esa forma de interpelación, sin embargo, puede tener muchos problemas, y algunos de ellos fueron señalados por la *teoría crítica del derecho* y estudios que demuestran que el litigio en general y la intervención de la Corte Suprema en particular no son caminos idóneos para producir cambios sociales¹⁰⁸. Dejando por el momento de lado esas objeciones, me gustaría señalar brevemente dos beneficios o ventajas de una política *contramayoritaria* como la que puede activarse mediante acciones de litigio.

En primer lugar, son mecanismos que pueden ser activados por cualquier ciudadano. En efecto, el control judicial de constitucionalidad—en el esquema argentino de control difuso—puede ser puesto en marcha por cualquier ciudadano o grupo de ciudadanos que consideren que sus derechos están siendo violados. Esto favorece a las minorías, quienes de esta forma cuentan con un mecanismo de interpelación al Estado que no exige de ellas las mayorías de la política representativa, que—por definición—no pueden tener.

En segundo lugar, el proceso judicial permite activar un mecanismo basado exclusivamente en *razones* que deben confrontarse entre sí. Ello también representa una ventaja especialmente para las minorías, quienes muchas veces no pueden acceder a derechos por objeciones mayoritarias que no pueden expresarse públicamente y que—ciertamente—son difíciles de trasladar a un expediente judicial. Por ejemplo, la discusión del matrimonio igualitario en la Argentina en términos de derechos excluye ciertas razones

107. Ver José Sebastián Elías, *Notas para pensar el control judicial de constitucionalidad*, y Gustavo Maurino, *El artículo 28. Hacia una república basada en razones*, en ROBERTO GARGARELLA (COORD.), *LA CONSTITUCIÓN EN 2020, 48 PROPUESTAS PARA UNA SOCIEDAD IGUALITARIA* (2011).

108. Cfr. GERALD ROSENBERG, *THE HOLLOW HOPE: CAN COURTS BRING ABOUT SOCIAL CHANGE?* (1991), Mark Tushnet, *An Essay on Rights*, 62 *Tex. L. Rev.* 1363 (1984), entre muchos otros.

inválidas, como que *los homosexuales no me gustan*. Las excluye del debate público en general (porque es un debate de derechos) pero —aún con más fuerza— del ámbito de discusión judicial, donde esas razones no sólo no son válidas sino que no tienen siquiera posibilidad de expresarse, ya que el lenguaje de *derechos* impone restricciones al tipo de debate que se desarrolla sobre ellos.

Señalar estas ventajas o beneficios del litigio como mecanismo de interpelación al Estado no impide señalar los múltiples defectos del esquema existente, algunos de los cuales señalé antes. Pero al menos deberían hacernos mirar con desconfianza el rechazo *total* a la intervención de los tribunales.

Si descartamos entonces una salida *a lo Tushnet*, entonces entiendo que las consecuencias del proceso descrito anteriormente deberían ser de un doble orden.

En primer lugar, si consideramos que las instituciones que tenemos presentan problemas serios, deberíamos pensar en modificarlas para establecer arreglos institucionales mejores y más democráticos. En particular, entiendo que los procesos descritos anteriormente favorecen enormemente un tipo de control judicial débil por sobre uno fuerte¹⁰⁹. En este punto es necesario invitar a ejercicios audaces de imaginación constitucional. Las alternativas son infinitas: pueden ir desde establecer una cláusula *notwithstanding* como la que prevé la *Charter* de Canadá o mecanismos de insistencia como el establecido en la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires. Es posible pensar más allá y postular —por ejemplo— la posibilidad de que las declaraciones de inconstitucionalidad tengan una vigencia obligatoria durante cierto período de tiempo (por ejemplo, hasta un año después de la siguiente elección legislativa, vinculándose a la política *contramayoritaria* con la política *representativa*) o que puedan ser objeto de recursos de revisión a solicitud de mayorías calificadas del Congreso previa audiencia pública en la que el Legislativo plantee (a través de representantes *ad hoc*) sus objeciones ante el tribunal. No tiene sentido extenderse en mis propios ejercicios hipotéticos en materia de diseño institucional (que siempre son mejores cuando se practican dialógicamente) pero sí quiero resaltar un punto que me parece fundamental: cualquier diseño institucional que pensemos para mejorar las instituciones que tenemos debe buscar *canalizar* una controversia por mecanismos lo más democrático posibles, no *resolverla*. Debe crear instancias de revisión periódica y permanente de todas las decisiones en plazos prolongados, de modo de permitir que el proceso cultural que eventualmente resolverá definitivamente la cuestión, disolviéndola, tenga espacio para desarrollarse.

Sin embargo, mientras nuestras instituciones permanezcan como son, hay muchos cambios inmediatos por hacer: en ellos prefiero concentrar lo que queda de este trabajo, ya que pueden ser activados sin necesidad de recurrir a caminos tan extraordinarios como una reforma constitucional. Desde este punto de vista, en esta sección propongo analizar cómo impactaría el abandono de la idea de *finalidad* de la Corte Suprema en nuestras narrativas constitucionales, especialmente en aquellas que desarrollamos desde la sociedad civil y aquellas que utiliza la propia Corte.

109. Cfr. MARK TUSHNET, *WEAK COURTS, STRONG RIGHTS: JUDICIAL REVIEW AND SOCIAL WELFARE RIGHTS IN COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW* (2007).

1. La Corte Suprema

Que la Corte Suprema abandone la idea de que ella es la *intérprete final* de la Constitución debería tener un impacto significativo. Ella dejaría de ser la encargada de *resolver* ciertas controversias para asumir el rol de quien debe *intervenir* en ellas de un modo que favorezca el diálogo democrático. Ello debería generar cambios en la forma en que el tribunal ejerce el control de constitucionalidad, particularmente en los casos complejos en los que existen posiciones contradictorias con los demás poderes o con sectores de la sociedad civil.

Los cambios que analizaré se vinculan con las *narrativas* constitucionales que la Corte nos propone. Se refieren, específicamente a la forma en que la Corte relata sus propias lecturas de la Constitución hacia los ciudadanos y en cómo ella toma nota —o no— de la posible existencia de desacuerdos con los demás poderes. Luego analizaré algunas prácticas actuales del tribunal que indican que es posible que ya se estén produciendo tímidos cambios de rumbo en la dirección señalada.

a. Cómo la Corte “nos cuenta el cuento” a los ciudadanos

Desde un punto de vista de narrativas, la Corte debería abandonar los discursos *herculeanos* que llevan a que se pronuncie en el lenguaje de la-única-respuesta-correcta-posible. En efecto, si efectivamente el tribunal reconoce la capacidad *jurisgenerativa* que reside en la sociedad civil, el fenómeno del desacuerdo debería ser afrontado de un modo honesto en las sentencias, particularmente en aquellas que intervienen en conflictos complejos que generan fuertes divisiones sociales¹¹⁰. Se trata de lo que Kahan denomina *aporía*: un método de argumentación cuya característica principal implica el “reconocimiento de la complejidad”¹¹¹. Dese ese punto de vista, una aproximación *aporítica* a la resolución de controversias constitucionales debería dar cuenta de lo conflictivo del caso, de la existencia de un desacuerdo normativo explícito o implícito con otros poderes del Estado o con ciertos sectores de la sociedad civil. Ello no implica que el tribunal se vea paralizado por la existencia de ese desacuerdo: incluso en esos casos la Corte puede actuar *jurispáticamente* y resolver la controversia en el caso concreto. Pero al explicitar el desacuerdo se abre la puerta a reconsideraciones a futuro de cara a posibles cambios de circunstancias y se trata con mayor respeto a quienes sostienen —y seguirán sosteniendo— visiones contrapuestas.

Esto permitiría, por ejemplo, evitar caer en el *mito del redescubrimiento* para explicar ciertos cambios jurisprudenciales. Así es como Ackerman llama al mecanismo de mediación por el cual ciertos operadores jurídicos explican cambios constitucionales que se produjeron de modo informal¹¹². Por ejemplo, este mecanismo permite que hoy todos

113

110. Puede ponerse como ejemplo de este tipo de casos a controversias como el aborto, la eutanasia, el casamiento entre personas del mismo sexo, el uso de drogas, los alcances del principio de igualdad, entre otras.

111. Dan M. Kahan, *Foreword: Neutral Principles, Motivated Cognition and Some Problems for Constitutional Law*, 125 HARV. L. REV. 1, pág. 62 (2011).

112. BRUCE ACKERMAN, *WE THE PEOPLE: FOUNDATIONS*, pág. 43 (1991) (donde explica que el advenimiento del New Deal y de un Estado nacional activista e intervencionista en lo económico “es mediado por

vean con claridad que la Enmienda XIV a la Constitución de Estados Unidos establece un principio igualitario que hace que las escuelas segregadas por la raza de los alumnos son *y siempre fueron* contrarias a la Constitución. Desde este punto de vista, *Plessy v. Ferguson*, el caso de 1896 que explícitamente las legitimó, estuvo mal decidido¹¹³.

La explicación es extremadamente pobre, oculta lo que realmente sucedió y mantiene de una forma injustificada la facultad de *decir* el derecho en el campo jurídico. En efecto, ella reduce años de injusticia a un simple error judicial, a una interpretación equivocada de una Corte conservadora. Pero al hacerlo, reafirma implícitamente la facultad de la Corte Suprema de actuar como la intérprete final y suprema de la Constitución, que incluye —ahora— la capacidad de rectificar errores del pasado. Esta lógica es problemática, principalmente, porque esconde el hecho incómodo de que la mayoría de los ciudadanos de los Estados Unidos vieron la intrínseca iniquidad de escuelas separadas por razas luego de largos procesos de cambios sociales, económicos y culturales en los cuales la Corte intervino de un modo relevante¹¹⁴. Sin embargo, esa intervención no estableció en la sociedad la visión de la *igualdad* que la Corte postulaba, como demuestra el largo proceso de resistencia que desató la sentencia¹¹⁵. Pero sí ayudó a establecerla.

Algo parecido sucedió con la cuestión del divorcio en la Argentina. Durante décadas rigió pacíficamente la ley de matrimonio civil, que permitía el divorcio en contadas situaciones y sin eliminar el vínculo matrimonial, lo que impedía contraer nuevas nupcias¹¹⁶. Sólo en 1987 el Congreso de la Nación, tras fuertes controversias, estableció el divorcio *vincular*; y lo hizo luego de que la Corte Suprema, siete meses antes en el caso *Sejeán*, declarase la inconstitucionalidad del artículo 64 de la Ley de Matrimonio Civil que establecía la indisolubilidad del vínculo matrimonial¹¹⁷.

114

La sentencia de la Corte se fundamentó en el mismo texto constitucional vigente en 1888 al momento de sancionarse la ley de matrimonio civil. ¿Es necesario sostener que la Corte en 1986, *finalmente* leyó correctamente la Constitución tras noventa y ocho años de persistir, al menos por omisión, en el error? No creo que ello sea necesario, como tampoco

un mito de redescubrimiento —como si los padres fundadores hubieran previsto el plan de gobierno de Franklin Delano Roosevelt y hubieran estado sorprendidos al ver las grandes luchas que durante la década del treinta fueron necesarias para que el Estado de Bienestar tuviese legitimidad constitucional”).

113. *Plessy* forma una especie de *anticánon* del derecho constitucional estadounidense junto a casos como *Drad Scott*, *Lochner* y *Korematsu*. Cfr. Jamal Greene, *The Anticanon*, 125 HARV. L. REV. 379 (2011).

114. Suprema Corte de los Estados Unidos. *Caso Brown v. Board of Education* (1954).

115. Sobre el punto, ver Reva Siegel, *El discurso de la Igualdad: Los Valores de la Antisubordinación y la Anticlasificación en las Luchas Constitucionales sobre el caso Brown*, en REVISTA JURÍDICA DE LA UNIVERSIDAD DE PALERMO, AÑO 9, No. 1, pág. 83 (2008) y GERALD RONSENBERG, *THE HOLLOW HOPE. CAN COURTS BRING ABOUT SOCIAL CHANGE?* (1991).

116. Ley 2.393 (1888). “Artículo 67. Las causas de divorcio son las siguientes: / 1. Adulterio de la mujer o del marido; / 2. Tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro, sea como autor principal o como cómplice; / 3. La provocación de uno de los cónyuges al otro a cometer adulterio u otros delitos; / 4. La sevicia; / 5. Las injurias graves; para apreciar la gravedad de la injuria, el juez deberá tomar en consideración la educación, posición social y demás circunstancias de hecho que puedan presentarse; / 6. Los malos tratamientos, aunque no sean graves, cuando sean, tan frecuentes que hagan intolerable la vida conyugal; / 7. El abandono voluntario y malicioso.”

117. Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Caso Sejean*. Sentencia del 27 de noviembre de 1986.

creo que—desde un punto de vista explicativo de los procesos constitucionales— sea útil hablar de interpretaciones *correctas* o *equivocadas*. En la cuestión del divorcio la Corte Suprema democrática de 1986 pudo resolver *Sejeán* como lo hizo porque adelantó una lectura constitucional que iba en línea con cierto clima de época y porque la sociedad argentina no era, simplemente, la misma que cuando se sancionó la ley de matrimonio civil a fines del siglo diecinueve. *Sejeán* fue un paso importante para establecer el divorcio vincular, pero la sentencia resiste el paso del tiempo como lectura correcta de la Constitución porque ella fue aceptada por el Congreso Nacional y por la sociedad argentina. En esa aceptación puede intuirse, si no verse con claridad, el lento proceso social a través del cual se construyen cooperativamente ciertos significados jurídicos. Lo mismo, por cierto, está sucediendo con el matrimonio igualitario y seguramente sucederá con otras cuestiones que producen fuertes divisiones en la sociedad argentina¹¹⁸.

Entiendo que el abandono del discurso esencialmente *juricéntrico* de interpretaciones *correctas* y *equivocadas* en el marco de casos que generan fuertes controversias sociales ubicaría a la Corte en un rol más cercano a la sociedad y la mostraría consciente de que su intervención se da en un contexto histórico determinado. Este último punto me parece importante en relación al abandono de la idea de finalidad o supremacía. En efecto, cuando las lecturas constitucionales se anuncian como *la única respuesta correcta* se ofrece una interpretación por fuera de la historia que evita referir expresamente al hecho evidente de que las valoraciones de *correctas* o *incorrectas* sólo pueden postularse en un momento histórico determinado y sólo en relación a ese momento. El tribunal no parece reconocer la posibilidad de que en un futuro—más lejano o más cercano— la lectura que hoy es *correcta* sea considerada una aberración jurídica, como sucedió—por ejemplo— con el caso *Plessy*. Si ello ocurre no será porque magistrados más sabios leerán *mejor* la Constitución, sino porque las circunstancias históricas habrán cambiado lo suficiente para sustentar como correcta una lectura constitucional alternativa.

115

Una visión de este estilo trata con más respeto a los sectores de la sociedad civil que mantienen vivo el desacuerdo sobre determinado asunto, ya que admite la posibilidad de que ellos sean exitosos en su resistencia a la actividad jurispática del Estado. En general, sin embargo, la Corte no avanza por ese camino.

En el ya mencionado caso *Sejeán*, por ejemplo, el tribunal hizo referencia explícita a la cuestión del paso del tiempo. En efecto, la mayoría en dicha oportunidad habilitó el divorcio vincular y la posibilidad de contraer nuevas nupcias “al margen de que otros hombres y en otras épocas hayan estatuido el régimen legal en cuestión y que el mismo puede entonces haber sido un criterio legislativo adecuado...”¹¹⁹.

118. Por supuesto, ante esta clase de cambios siempre es posible un *backlash*: una reacción de los sectores que se oponen a la visión que aparentemente ha triunfado y que inician campañas de distinto tipo para restablecer la suya propia. Ejemplos de esto pueden verse en los Estados Unidos con los grupos pro tenencia de armas (que lucharon exitosamente contra leyes de control de armas) y con grupos opuestos al aborto (que lograron que la Corte restringiese el alcance del derecho al aborto reconocido en 1973 veinte años después, en el caso *Casey v. Planned Parenthood*).

119. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Caso *Sejean*. Sentencia del 27 de noviembre de 1986.

La Corte, en ese momento, estaba hablando desde la *actualidad* a un tiempo pasado impreciso en el que la lectura constitucional era diferente. Pero si bien eso la habilita para analizar el caso en el contexto actual sin necesidad de hacer mayores referencias a la más o menos pacífica convivencia de la ley de matrimonio civil con la Constitución por casi cien años, el tribunal no adopta la misma actitud de cara al futuro. En efecto, el tribunal no hizo referencia alguna a la fuerte oposición que había en ese momento a esa medida en sectores católicos. La Corte dictaminó sobre el significado *correcto* de la Constitución con la seguridad de quien hace un análisis químico, sin admitir la posibilidad de que quienes se oponían al divorcio vincular pudieran imponer su visión constitucional y resistir el impulso de la Corte Suprema por otros medios.

La historia, en este caso, encontró al tribunal del lado que finalmente logró imponer su visión sobre el asunto (o que incluso ya había logrado imponerla). Pero en otros casos, la Corte quedó en *off-side* gracias al discurso del juez *herculeano*. Es lo que ocurrió, por ejemplo, en el caso *Portal de Belén*, en el que el tribunal prohibió la venta de la llamada *píldora del día después* por ser –supuestamente– abortiva. Allí la Corte se pronunció sobre una cuestión sumamente controversial sin referir en ningún momento al argumento sobre la autodeterminación reproductiva de las mujeres. La forma en que el voto de la mayoría está redactado es extremadamente significativa: el tribunal recorre una serie de citas científicas para probar que la vida comienza con la concepción, pero en ningún momento analiza los argumentos constitucionales *a favor* de la interrupción voluntaria del embarazo. No muestra ningún tipo de deferencia hacia esa posición, siquiera reconociéndola o rebatiéndola. Simplemente la ignora. Pero en esta cuestión el tribunal –como es lógico– tampoco pudo poner fin a la controversia, como lo demuestra el hecho de que la cuestión del *aborto* se sigue discutiendo y la llamada píldora del día después está disponible en las farmacias: bastó con que el laboratorio cambiara el nombre de la medicina para sortear una objeción judicial de escasa efectividad y legitimidad social¹²⁰.

116

En conclusión, un cambio de *narrativas* puede parecer poca cosa, pero no lo es. Cuando en los casos *difíciles* la Corte reconoce el desacuerdo social que existe sobre determinado tema, habilita expresamente su discusión por los caminos –pobres, problemáticos– existentes. Eventualmente, la habilita también a cambiar de posición si ese proceso la convence de que la lectura constitucional que debe prevalecer es la contraria, sin necesidad de recurrir a una lógica de *aciertos* o *errores* que no se sostiene en consideraciones de “objetividad” constitucional sino que depende de cierta correlación entre su lectura constitucional y la de la ciudadanía organizada y los demás poderes.

b. La apertura hacia el desacuerdo con los demás poderes

Del mismo modo, si la Corte tomara en serio el proceso en el que ella interviene, también debería reconocer la posibilidad de que los otros poderes, a diferencia de la

120. Sobre la discusión del aborto, ver Diario Clarín. *El debate por el aborto dio un primer paso en diputados*. 2 de noviembre de 2011. Diario La Nación. *Tibio avance del aborto en el Congreso*. 2 de noviembre de 2011. Sobre *el día después* del caso Portal de Belén, la droga alcanzada por la orden judicial se llamaba *Imediat*. El laboratorio cambió su nombre por *Imediat N* y sorteó la objeción legal. Agradezco este dato a Gustavo Arballo.

reacción del Congreso a *Sejeán*, no estén de acuerdo en su interpretación de la Constitución. Sin embargo, en general, el tribunal tampoco explicita esa posibilidad.

Veamos por ejemplo qué sucedió en el caso *ATE c. Ministerio de Trabajo*, en el que la Corte Suprema declaró la inconstitucionalidad del artículo 41.a de la ley 23.551, que restringe la representación de los trabajadores a delegados de los sindicatos con "personería gremial"¹²¹. Se trataba del corte parcial de un conflicto más amplio, que excede largamente al caso concreto y que se vincula con un reclamo de la Central de Trabajadores Argentinos (CTA) a favor de una organización sindical que respete los estándares de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). La posición de la CTA es contraria a la que sostiene la Confederación General del Trabajo (CGT), que defiende el monopolio de representación sindical que la ley consagra actualmente.

Al resolver el caso *ATE*, la Corte se alineó con la interpretación avanzada por la CTA pero, en el limitado marco del caso concreto, resolvió de un modo conservador sin involucrarse de lleno en la controversia de fondo¹²². Al hacerlo, el tribunal no *reconoció* la existencia de una visión contraria en el poder ejecutivo que sostiene al sistema vigente, y no se refirió a esa diferencia. Desde el punto de vista del diálogo democrático del que hablan Post, Siegel y Friedman, éste es un hecho notable que puede explicarse en las características formales del sistema de control judicial y en la aplicación de lo que Alexander Bickel llamaba *virtudes pasivas*¹²³. Al pronunciarse de esta forma, el tribunal no *interpela públicamente* al poder ejecutivo o al Congreso en términos de derechos. La Corte lanza su interpretación al mar dentro de una botella: un mensaje que puede —o no— llegar al destinatario dependiendo de hacia dónde vaya la corriente. Esto no sería problemático, por ejemplo, para Prakash y Yoo, quienes desde una visión departamentalista sostienen que la Corte debe ser obedecida en cada caso concreto, pero que sus interpretaciones no son obligatorias para los demás poderes¹²⁴. El problema de esta visión es que reduce al tribunal a un ente encargado de resolver conflictos individuales, una función que no sólo es muy poco atractiva desde el punto de vista del diálogo democrático, sino que —como vimos— no es la que nuestras prácticas y dinámicas constitucionales exigen de la Corte Suprema¹²⁵.

Pero si bien en este tipo de control judicial no existe una interpelación clara, precisa y pública a los poderes políticos, ello no impide que se produzcan interacciones con ellos. Éstas dependen de la buena o mala voluntad del poder político, del respeto que éste tenga

117

121. Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Caso Asociación de Trabajadores del Estado c. Ministerio de Trabajo*. Sentencia del 11 de noviembre de 2008.

122. Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Caso Asociación de Trabajadores del Estado c. Ministerio de Trabajo*. Sentencia del 11 de noviembre de 2008. En efecto, el tribunal resolvió "devolver" la causa a fin de que "por quien corresponda, sea dictado un nuevo pronunciamiento con arreglo a la presente" (Cdo. 10).

123. Cfr. ALEXANDER BICKEL, *THE LEAST DANGEROUS BRANCH* (1962). En este clásico del derecho constitucional de los Estados Unidos, Bickel explica que la judicatura puede restringir su intervención de un modo que facilita sus relaciones con otros poderes.

124. Saikrishna Prakash & John Yoo, *Against Interpretative Supremacy*, 103 MICH. L. REV. 1539 (2005).

125. Esto es lo que es especialmente problemático desde el punto de vista del *constitucionalismo popular*, ya que ésta es una teoría que busca rescatar las prácticas constitucionales del pueblo o la ciudadanía.

hacia la Corte, de la legitimidad de ésta de cara a la sociedad y de la continuación del litigio estratégico sobre el problema de fondo. La actitud del poder ejecutivo ante el caso *ATE* resulta, desde este punto de vista, significativa.

El ministro de Trabajo Carlos Tomada consideró que se trató de “un caso muy particular, no es prudente una extrapolación. (...) [Es] un conflicto entre ellos”, es decir, entre los dos sindicatos parte del proceso¹²⁶. Ante el rechazo de la CTA a esos argumentos¹²⁷, Tomada se retractó y pidió “tiempo”¹²⁸. Unos meses después, el ministro de Trabajo indicó a la CGT que “no podía garantizar” que la Corte no vuelva a emitir fallos a favor de la libertad sindical, y señaló que es un tema que debe resolver el movimiento obrero¹²⁹. Según reportes periodísticos, en esa conversación el secretario general de la CGT expresó su preocupación por varios casos que la Corte tenía en agenda¹³⁰, y habría reclamado al ministro que éste “hable” con la Corte, pero el pedido habría sido rechazado por el funcionario¹³¹. Casi un año después del fallo de la Corte en el caso *ATE*, el ministro Tomada indicó que el reclamo de personería gremial de la CTA “está radicado en un expediente y tiene sus dificultades”¹³². Las declaraciones de Tomada son enormemente relevantes, e indican que él es muy consciente de cómo siguen las interacciones con la Corte Suprema iniciadas a partir de lo resuelto por el tribunal en el caso *ATE*: habrá que esperar otros casos, y mientras el poder ejecutivo pueda, resistirá un cambio legal que afectará las bases de su política sindical y de alianzas políticas.

118

Este tipo de control judicial, que sin duda es el preponderante, presenta serias limitaciones desde el punto de vista de la construcción social del derecho, ya que restringe la capacidad de la sociedad civil de *hacerse oír* por medio de esa vía¹³³. Desde este punto de vista, una visión más respetuosa de las relaciones dialécticas que se producen entre quienes ejercen el derecho como *significado* y las instituciones *jurispáticas* exige que éstas últimas traten con más respeto a sus interlocutores, y les permitan, además de *hacerse oír*; obtener una respuesta a sus propios significados.

Por ello, la decisión en el caso *ATE* hubiera sido más significativa si el tribunal hubiese reconocido la existencia de una visión contraria en el Poder Ejecutivo y lo hubiera interpelado a ofrecer razones públicas de esa posición. Ello hubiera habilitado la continuación del debate no a través de un lento proceso de *tira y afloje* entre el ejecutivo y el poder judicial —que generalmente ocurre fuera de la vista del público en general— sino a través de caminos que incorporasen mayores componentes deliberativos en las interacciones entre el tribunal y los demás poderes.

126. La Nación. *El Gobierno minimizó el fallo que dispone la libertad sindical*. 11 de noviembre de 2008.

127. Notife. *Ofensiva de la CTA para que el Gobierno reconozca a la central*. 13 de noviembre de 2008.

128. Clarín. *Tomada le pidió tiempo a la CTA para responder sobre la personería*. 15 de noviembre de 2008.

129. La Nación. *Hay tensión en la relación entre la CGT y el Gobierno*. 11 de marzo de 2009.

130. iProfesional. *Preocupa a la CGT inminente fallo contra el monopolio sindical*. 17 de marzo de 2009.

131. La Nación. *Hay tensión en la relación entre la CGT y el Gobierno*. 11 de marzo de 2009.

132. MDZ. *El Gobierno admitió dificultades para dar personería a la CTA*. 16 de octubre de 2009.

133. Jorge Sebastián Elías, *Notas para pensar el control judicial de constitucionalidad* en ROBERTO GARGARELLA (COORD.), *LA CONSTITUCIÓN DEL 2020*, págs. 295 y ss. (2011) (donde ofrece algunas ideas sobre el control judicial de constitucionalidad que incluyen la visión de que éste permite satisfacer el derecho de los ciudadanos a hacerse oír por medio de interpelaciones al poder judicial).

c. *¿Vientos de cambio?*

Pero más allá de que sería deseable que la Corte Suprema afronte con candor la existencia de posibles desacuerdos, lo cierto es que en los últimos años es posible ver indicios de una mayor apertura del tribunal a la ciudadanía y los demás poderes, lo que podría significar que el tribunal ha empezado a cambiar la forma en que se ve a sí mismo.

Los cambios vinculados a una mayor apertura a la ciudadanía pueden verse en la adopción de reformas procesales tales como las audiencias públicas¹³⁴ y los *amicus curiae*¹³⁵. Esas medidas tienden a levantar el velo de opacidad que suele haber sobre los expedientes judiciales, abriendo el tribunal a la sociedad, especialmente a los sectores de ella que desean interpellarla en términos de derechos, ya sea con un caso en el que es parte o con escritos de *amicus curiae*. En el mismo sentido va la ampliación de la legitimación activa reconocida por la Corte en el caso *Halabi*. En conjunto, este tipo de medidas y decisiones parecen indicar que el tribunal pretende asumir un rol diferente, más vinculado con lo que la sociedad pide de ella que con las palabras que componen al artículo 116 de la Constitución. Sin embargo, a varios años de ese impulso inicial, cabe señalar que esas políticas han perdido mucha fuerza.

Por otro lado, los cambios en materia de *remedios* vistos en los últimos años señalan hacia una mayor deferencia de la Corte hacia los otros poderes. Basta mencionar algunos casos para ejemplificar esos cambios. En *Badaro I*, por ejemplo, el tribunal debía lidiar con un reclamo más entre miles de un jubilado que pedía que se actualizarán sus haberes jubilatorios¹³⁶. De una forma relativamente heterodoxa, la Corte instó al Congreso y al poder ejecutivo a sancionar un régimen de movilidad "en un plazo razonable". El tribunal consideró que no le correspondía a él establecer el monto específico de movilidad, ya que ello requiere una "evaluación cuidadosa y medidas de alcance general", en contraposición a su jurisdicción limitada al caso concreto. La reacción inmediata del Poder Ejecutivo fue establecer en la ley de presupuesto un aumento de los haberes jubilatorios del orden del trece por ciento¹³⁷. La Corte consideró que esa respuesta no era satisfactoria, y volvió a intervenir en el caso *Badaro II*, donde fijó un criterio de movilidad. Pero lo hizo con mucha cautela: destacó que sus consideraciones se limitaban a la situación concreta que le tocaba resolver y reiteró su exhortación a los poderes políticos para que den una solución definitiva: "[E]sta Corte considera que contribuiría a dar mayor seguridad jurídica el dictado de una ley que estableciera pautas de aplicación permanentes que aseguren el objetivo constitucional. Una reglamentación prudente de la garantía en cuestión, además

119

134. Cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Acordada 30/2007.

135. Cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Acordada 28/2004.

136. Cfr. Diario Clarín. *Las demandas de jubilados contra la ANSeS ya suman 465.000 casos*. 25 de mayo de 2011. Cfr. Diario Clarín. *La ANSeS insiste en apelar los fallos favorables a jubilados*. 13 de noviembre de 2010. Diario Clarín. *Harían falta 17 años para pagar todos los juicios de los jubilados*. 20 de diciembre de 2010. Diario Clarín. *La ANSeS apela cada vez más para no pagar el ajuste a los jubilados*. 6 de febrero de 2011. Diario Clarín, *Los jubilados inician 480 juicios por día para ajustar sus haberes*. 16 de octubre de 2011.

137. Diario La Nación. *Aún no conforma a la Corte el aumento para los jubilados*. 13 de septiembre de 2006. Diario Clarín. *El aumento de las jubilaciones pasa otra vez a la Corte Suprema*. 8 de febrero de 2007.

de facilitar el debate anual sobre la distribución de recursos y evitar el uso de facultades discrecionales, permitiría reducir la litigiosidad en esta materia, que ha redundado en menoscabo de los derechos de los justiciables y del adecuado funcionamiento del Poder Judicial¹³⁸. Casi un año después el Poder Ejecutivo promulgó la ley 26.417 de *Movilidad de las Prestaciones del Régimen Previsional Público*. Esta norma establecía un índice de movilidad que incorporaba la variación de los recursos tributarios en su fórmula¹³⁹.

En *Verbitsky* la Corte se enfrentó con la situación de hacinamiento en las cárceles y las comisarías de la Provincia de Buenos Aires¹⁴⁰. Allí el tribunal fijó algunos estándares más claros para resolver el caso, y ordenó a la Suprema Corte provincial la adopción de medidas para hacer cesar la detención de personas en comisarías. Asimismo, solicitó información, exhortó a los poderes ejecutivo y legislativo a modificar la legislación procesal y ordenó al poder ejecutivo provincial a formar una "mesa de diálogo" que convoque a distintas partes del conflicto para arribar a una solución a este problema.

El caso *Mendoza* muestra, tal vez, el caso en el que el tribunal fue más lejos en materia de remedios. Allí el tribunal debía resolver sobre el problema ambiental de contaminación de la cuenca del Riachuelo. La Corte pidió información, involucró a actores como la Universidad de Buenos Aires y convocó a los gobiernos de tres jurisdicciones distintas a dar explicaciones, brindar información y colaborar en un plan de saneamiento del río contaminado¹⁴¹.

120 En el reciente caso *Fuentes* sobre aborto no punible la Corte conminó a otros poderes —especialmente a los ejecutivos provinciales— a no obstruir la aplicación del artículo 86 del Código Penal y a sancionar las normas que sean necesarias para permitir a las mujeres embarazadas como consecuencia de una violación acceder al derecho al aborto¹⁴².

En todos estos casos la Corte cruzó los límites del *caso concreto* y ajustó su resolución para resolver un problema estructural que lo excede, razón por la cual involucró en la solución de dichos problemas a los demás poderes. Los casos muestran a un tribunal dispuesto a deferir a ciertos criterios de los demás poderes pero sólo en relación a los *medios* por los cuales se va a cumplir el principio constitucional determinado por la Corte, no en relación al principio en sí. Para decirlo de otra manera: en estos casos la Corte no parece estar aceptando la posibilidad de desacuerdo con otros poderes, pero sí el rol que ellos tienen en arribar a soluciones generales a problemas complejos.

Desde este punto de vista es posible ver diferencias entre las aproximaciones tradicionales de casos como *ATE* a los gestos heterodoxos mostrados en casos como *Badaro I*, *Mendoza*, *Verbitsky* o *Fuentes*. En efecto, en el control tradicional visto en *ATE*,

138. Corte Suprema de Justicia de la Nación, Caso *Badaro II*, sentencia del 26 de noviembre de 2007, cdo. 24.

139. La Nación. *Ya es ley el polémico aumento automático de las jubilaciones*. 2 de octubre de 2008.

140. Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Caso Verbitsky, Horacio*. Sentencia del 3 de mayo de 2005.

141. Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Caso Mendoza, Beatriz c. Estado Nacional*. Sentencia del 20 de junio de 2006.

142. Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Caso FAL*. Sentencia del 13 de marzo de 2012. Escribí un breve trabajo sobre este fallo desde la perspectiva desarrollada en este artículo. Ver Ramiro Álvarez Ugarte, *Dinámicas de acción y reacción en la Corte Suprema: una mirada al caso "F, A.L." sobre aborto no punible*, en *Jurisprudencia Argentina*, Número Especial (Coord. Roberto Gargarella). 11 de julio de 2012.

en *Sejeán* y en *Portal de Belén*, la Corte Suprema se pronuncia con seguridad sobre el significado del derecho, sin aceptar explícitamente posibles desacuerdos. Pero lo hace en el ámbito limitado del caso concreto, que no tiene consecuencias directamente extrapolables a otros casos o situaciones similares. En los casos *Badaro I*, *Verbitsky*, *Mendoza* y *Fuentes*, el tribunal fue más allá. Si bien reiteró su interpretación autoritativa de la Constitución, a la hora de buscar soluciones al problema de fondo buscó la colaboración de los demás poderes. Esto muestra, a una corte dispuesta a reconocer el rol en la protección de derechos de los demás poderes pero que retiene para sí el monopolio de la interpretación constitucional.

Tanto la apertura de expedientes a terceros por medio de audiencias públicas y la figura del *amicus curiae* como la promoción de remedios heterodoxos son iniciativas significativas. Pueden ser, tal vez, los primeros signos tímidos de un lento viraje en la forma en que la Corte Suprema se relaciona con los demás poderes y con la sociedad civil. Suponiendo que ese cambio efectivamente se está produciendo, ¿qué lo causó?

Entiendo que esa causa debe buscarse en la forma en que la Corte fue interpelada en los últimos años por distintos actores sociales que supieron buscar en ella —y encontraron, en muchos casos— a un interlocutor válido en la promoción de sus agendas. En efecto, en los últimos veinte años, en la Argentina y muchos países de la región, se ha visto un incesante aumento de lo que podríamos llamar “activismo legal”, es decir, de grupos de la sociedad civil que promueven determinadas agendas de reforma que buscan cambios legislativos y de políticas públicas¹⁴³. Dichas intervenciones recurren, muchas veces, al litigio como modo de interpelar a las estructuras estatales, especialmente a los poderes políticos. La intervención que piden de los jueces en general y de la Corte en particular es muy diferente a la que prevé la Constitución, y la Corte parece haber tomado nota de ello.

121

2. La sociedad civil

Si ello es cierto, corresponde entonces preguntarse qué significaría para la sociedad civil abandonar la idea de que la Corte Suprema es la intérprete final de la Constitución. Entiendo que la respuesta en este caso debe ser más breve y tal vez ya se intuya: la sociedad civil organizada que recurre a los tribunales ha sido la primera en comprender que los jueces pueden tener intervenciones significativas en los debates de los temas que integran las agendas de las distintas organizaciones, pero que nunca pueden ser la única vía para avanzar sus reclamos.

143. Ver, por ejemplo, Cfr. Catalina Smulovitz & Enrique Peruzzotti, *Social Accountability in Latin America*, 11 J. OF. DEMOCRACY 147 (2000) y Catalina Smulovitz, *Judicialización y Accountability Social en Argentina*. Trabajo presentado en el XXII International Conference de la Latin American Studies Association – Washington D.C. Septiembre de 2001; Víctor Abramovich, *Autonomía y subsidiariedad: el Sistema Interamericano de Derechos Humanos frente a los sistemas de justicia nacionales* y Francisca Pou Giménez, *Justicia constitucional y protección de derechos en América Latina: el debate sobre la regionalización del activismo*, ambos en RODRÍGUEZ GARAVITO (Coord.), *EL DERECHO EN AMÉRICA LATINA. UN MAPA PARA EL PENSAMIENTO JURÍDICO DEL SIGLO XXI* (2011).

Por ejemplo, la CTA en el caso *ATE* celebró el fallo, pero la sentencia no la llevó a abandonar las otras estrategias de incidencia que llevaba adelante. Por eso, mantuvo un doble frente abierto ante distintos actores estatales, y no renunció a la movilización, al reclamo por los medios de comunicación y las peticiones al legislativo y al ejecutivo. Lo mismo hizo la Federación Argentina LGBT que mientras promovía la reforma del Código Civil en el Congreso para incorporar el matrimonio igualitario al Código Civil, mantenía una causa abierta que ya había llegado a la Corte Suprema en la cual se pedía la inconstitucionalidad del régimen vigente en ese momento, una causa que había recibido el apoyo de distintos sectores de la sociedad civil por medio de la presentación de numerosos *amicus curiae*¹⁴⁴. La FALGBT promovió una estrategia doble: cabildeo y litigio, dos formas diferentes de interpelar a las instituciones y promover reformas legales. Una de ellas dio frutos antes que la otra, pero podría haber sucedido al revés.

Como expliqué en la primera parte, la dialéctica que se desarrolla entre el derecho en tanto que *significado* y derecho como herramienta de *control social* se desenvuelve en el marco de distintas interacciones. Muchas de ellas involucran al Estado y a la sociedad civil. Como puede observarse en los casos de la CTA y la FALGBT, el litigio se convierte en un modo de interpelar a las estructuras estatales. Es un *medio* para despertar ciertas respuestas en los demás poderes, pero no es el único.

122 Ese tipo de interpelaciones de la sociedad civil al Estado se vinculan muy poco con una aproximación tradicional al control judicial de constitucionalidad. En efecto, en contextos donde el litigio se utiliza estratégicamente, el caso concreto es sólo una excusa para activar ciertas respuestas, para obtener victorias tácticas en el plano discursivo y para conquistar posiciones estratégicas en lo que podríamos llamar una verdadera guerra de posiciones.

Por ello, entiendo que de las prácticas de la sociedad civil surge claramente que, al menos sus sectores más organizados y profesionalizados, entienden perfectamente el rol que asume la Justicia en determinadas controversias normativas. Ellos saben que el camino judicial presenta oportunidades y limitaciones, algo que Scheingold señaló claramente en *The Politics of Rights* hace más de treinta años. "Si el litigio puede cumplir un rol redistributivo, puede ser un agente de cambio. Si no, su utilidad política debe ser fuertemente cuestionada. Esta aproximación política nos lleva a una aproximación escéptica hacia los derechos (...) [ellos son] objetivos de políticas públicas establecidos por la autoridad y recursos políticos de valor desconocido en las manos de quienes quieren modificar las políticas públicas"¹⁴⁵. Desde este punto de vista, en manos de la sociedad civil, los derechos deben ser articulados con otros recursos (movilizaciones, capacidad de incidencia mediante el cabildeo, etcétera) para promover agendas de cambio. Por ello, la sociedad civil organizada sabe que la estrategia judicial *nunca* puede ser la única estrategia posible, ya que en determinado tipo de casos va a ser imprescindible incidir en los demás poderes incluso cuando se obtenga una sentencia favorable. Esos sectores ya no ven en el poder judicial a sabios *herculeanos* que encuentran la *única-respuesta-correcta-possible*,

144. El caso era *Rachid, María de la Cruz y otro c/ Registro Nacional de Estado y Capacidad de las personas s/ medidas precautorias*. Luego de la sanción de la ley de matrimonio igualitario, el caso se volvió abstracto.

145. STUART SCHEINGOLD, *THE POLITICS OF RIGHTS*, págs. 6 y 7 (2004, 2ª Edición).

sino que encuentran a un conjunto heterogéneo de actores que *interviene* en determinados conflictos de diferentes formas.

IV. Conclusión

En la primera parte analicé los procesos sociales de construcción del derecho, que entiendo incompatibles con una visión que postula que la Corte Suprema es, en un sentido relevante, la intérprete final de la Constitución. Ello me llevó a analizar las distintas interacciones que se producen entre los actores que participan del proceso social de construcción de significados jurídicos, principalmente las que se dan luego de que interviene la Corte. Algunos aspectos de ese proceso me resultan atractivos porque facilitan, siquiera imperfectamente, la *resistencia* a las instituciones jurispáticas. Pero los caminos existentes son poco aptos para lidiar con desacuerdos normativos: ensayé críticas en ese sentido y exploré brevemente algunos motivos que explican por qué nuestras instituciones son como las conocemos. Finalmente, propuse pensar en qué efectos prácticos puede tener abandonar la idea de finalidad de la Corte Suprema, y me concentré en analizar cómo ello podría impactar en las narrativas de la Corte Suprema y de la sociedad civil. Sostuve que el tribunal debería modificar la forma en que lee la Constitución y debería reconocer la existencia de procesos complejos en los que ella interviene, pero no resuelve definitivamente. Asimismo, sostuve que ella también debería explicitar la existencia de desacuerdos normativos con otros poderes, y presenté indicios de posibles cambios que parecen seguir estas intuiciones. Finalmente, señalé como la sociedad civil, en su vertiente más organizada y profesionalizada, parece haber asignado ese rol a la Corte Suprema hace mucho tiempo.

123

* * *

El presente trabajo se inserta, como sostuve al principio, en una tendencia del constitucionalismo norteamericano conocida como "constitucionalismo popular" o "democrático". No fue mi intención traer una discusión de afuera acriticamente, sino partir de ciertas premisas teóricas que estimo válidas para analizar las prácticas de nuestras instituciones hoy en día. El marco teórico mencionado ofrece un campo rico para investigaciones que partan de cierta mirada favorable al rol de los ciudadanos en el autogobierno colectivo. Sin embargo, hasta el momento, el constitucionalismo popular o democrático ha sido incapaz de articular una visión clara de su propuesta teórica, circunstancia que se le ha achacado varias veces¹⁴⁶.

146. Cfr. Saikrishna Prakash & John Yoo, *Against Interpretative Supremacy*, 103 MICH. L. REV. 1539 (2005) ("En el núcleo del libro de Kramer hay una proposición aparentemente simple y 'popular': que el pueblo por sí mismo debe decidir el significado de la Constitución. Sorprendentemente, sin embargo, Kramer nunca clarifica qué significa ello"). Ver también Tom Donnelly, *Making Popular Constitutionalism Work*, WISCONSIN L. REV. 2012, HARVARD PUBLIC LAW WORKING PAPER NO. 11-29. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1962580>.

En parte, creo que ello es consecuencia de un excesivo apego a la historia, prácticas y experiencias de los Estados Unidos. Ese provincialismo, común a casi toda la academia de ese país, fue un obstáculo que hasta ahora ha impedido llevar las intuiciones a terrenos teóricamente sólidos desde el punto de vista del diseño institucional¹⁴⁷. Hasta ahora, y desde mi punto de vista, los desarrollos más satisfactorios que buscan llevar las intuiciones del constitucionalismo popular o democrático a la práctica en los Estados Unidos no pasan de cierto *departmentalismo* o afirmaciones de la supremacía del Parlamento: viejas ideas que vuelven a relegar al *pueblo* al acto de votar cada dos años. Incluso el desarrollo de las visiones *dialógicas* del control judicial de constitucionalidad fundadas en modelos constitucionales europeos se concentran, en mi opinión excesivamente, en el funcionamiento de las instituciones representativas, sin prestar debida atención al rol del pueblo —a través de la sociedad civil organizada— en los procesos de diálogo y debate sobre nuestras controversias normativas¹⁴⁸.

124 Creo que desde ese punto de vista, y en parte como consecuencia de nuestra posición periférica, América Latina ofrece oportunidades para pensar las intuiciones del constitucionalismo popular o democrático por fuera del *corset* institucional del país donde esta articulación teórica se originó. En efecto, aquí las instituciones no son un mito intocable: ellas admiten cuestionamientos y posibles modificaciones como muestra —por ejemplo— la experiencia de Colombia a comienzos de la década del noventa. Por ello es posible pensar en diseños institucionales que mejoren la forma en que lidiamos con nuestros desacuerdos normativos, que sean alternativas más democráticas que incentiven la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos. Como sostuve antes, es posible llegar a ese objetivo por varios caminos¹⁴⁹. En este trabajo decidí concentrarme en pensar cómo abandonar la idea de *finalidad* podría impactar en la forma en que *contamos* el derecho constitucional, con un especial énfasis en las narrativas de la Corte Suprema en tanto que actor interpelado en términos de derechos por la sociedad civil.

Dicho esto, no deja de ser curioso que partiendo de una concepción *populista* del derecho constitucional postule una posición que se parece bastante a una defensa del control judicial¹⁵⁰. Sin embargo, entiendo que ello es compatible, y no contradictorio, con los postulados básicos del constitucionalismo popular o democrático. En efecto, esta vertiente teórica se desarrolló por oposición a prácticas de instituciones elitistas o poco representativas, entre las cuales se destaca la Suprema Corte. Así, el constitucionalismo

147. Tom Donnelly, *Making Popular Constitutionalism Work*, WISCONSIN L. REV. 2012, HARVARD PUBLIC LAW WORKING PAPER No. 11-29. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1962580>.

148. Cfr. Linares, op. cit.; Kent Roach, *Dialogic Judicial Review and its Critics*, 23 S. C. L. R. 51 (2004).

149. Las posibles reformas constitucionales fue un camino que dejé a un lado en este trabajo. En los últimos años hemos visto muchas reformas que quisieron democratizar el poder o alcanzar democracias "participativas". Bolivia, Ecuador y Venezuela son tres ejemplos claros. En los últimos años, a la vez, vimos por lo menos que esos caminos presentaron limitaciones u obstáculos claros a la democratización real del poder, muchas veces profundizando, más que limitando, los sistemas presidencialistas de la región (Cfr. Rodrigo Uprimny, *Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos*, en RODRIGUEZ GARAVITO (Coord.), *EL DERECHO EN AMÉRICA LATINA. UN MAPA PARA EL PENSAMIENTO JURÍDICO DEL SIGLO XXI* (2011).

150. Este punto me fue señalado por Demián Zayat.

popular quedó invariablemente conectado con la cuestión de la *dificultad contramayoritaria* en el contexto de los Estados Unidos, y esa vinculación impuso sobre las intuiciones del constitucionalismo popular una limitación de la cual nosotros —desde la periferia— no tenemos por qué hacernos cargo¹⁵¹. Desde este punto de vista, entonces, entiendo que es posible reivindicar las intuiciones del constitucionalismo popular desde una mirada igualitaria y democrática que incluya algún tipo de control judicial de constitucionalidad. Entiendo que esto es así por dos motivos.

En primer lugar, gran parte del argumento en contra del control judicial de constitucionalidad se desarrolla en el contexto de democracias consolidadas con sistemas políticos que funcionan relativamente bien. En efecto, una de las principales críticas al control judicial de constitucionalidad asume presupuestos extremadamente abstractos e ideales, que son simplemente imposibles de encontrar en América Latina. En contextos como el nuestro de hiperpresidencialismo y parlamentos más o menos débiles, las objeciones planteadas por los críticos estadounidenses del control judicial de constitucionalidad (entre ellos, a los constitucionalistas populares) deben ser, por lo menos, tomadas con pinzas¹⁵².

En segundo lugar, si la Corte Suprema inició efectivamente cierto *viraje* en su aproximación al control judicial de constitucionalidad, lo hizo como consecuencia de la forma en que ella fue interpelada. Fue la sociedad civil organizada la que promovió ese cambio, por medio de los permanentes requerimientos al poder judicial expresados en sus estrategias de litigio. El aumento en las últimas décadas en América Latina de las estrategias de incidencia basadas en discursos y herramientas eminentemente jurídicas resulta significativo, y no debe ser desestimado livianamente.

Desde este punto de vista, resulta plenamente acorde con las intuiciones del constitucionalismo popular mostrar cierta deferencia a las prácticas constitucionales realmente existentes que se originaron en la ciudadanía. A fin de cuentas, eso es lo que postula Kramer al rescatar ciertas prácticas del siglo XIX en los Estados Unidos. Entiendo que esas mismas intuiciones que mueven al constitucionalismo popular en los Estados Unidos deberían llevarnos a respetar las prácticas que en la América Latina del siglo XXI son avanzadas desde distintos sectores de la sociedad civil organizada. Ellas son, seguramente, problemáticas y contradictorias, y no está todo dicho sobre ellas ni sobre las voces ausentes en estas interpelaciones. Por ello es que existe un enorme campo de investigación poco explorado por la academia latinoamericana en general y por la argentina en particular. Sin embargo, esas prácticas existen y merecen ser tenidas en cuenta, ya que representan al menos un corte parcial de lo que el *pueblo* hace con su Constitución. Y eso no es poca cosa.

125

151. Cfr. Juan González Bertomeu, *Against the Core of the Case. Structuring the Evaluation of Judicial Review*, 17 LEGAL THEORY 81, PÁG. 93 (2011).

152. Este punto es presentado en forma exhaustiva por González Bertomeu en Juan González Bertomeu, *Against the Core of the Case. Structuring the Evaluation of Judicial Review*, 17 LEGAL THEORY 81, PÁG. 93 (2011).

La jaula de los Estados Unidos ¿Por qué encerramos a tanta gente?

Adam Gopnik*

Resumen

En los Estados Unidos, el ritmo acelerado de encarcelamiento en las últimas décadas es tan sorprendente como el número de personas encarceladas. Ningún otro país se acerca siquiera a esos niveles. ¿Cómo llegamos aquí? La literatura reciente tiende a encontrar las raíces del afán estadounidense por el castigo en el siglo XIX, y a adjudicar culpas en dos direcciones. Por un lado, existe una explicación que tiene que ver con el norte, centrada en la herencia de la Penitenciaría Estatal del Este y su tradición “reformista”. La otra explicación gira en torno al sur, y considera al sistema penitenciario básicamente como una plantación de esclavos continuada por otros medios. Sin embargo, tanto la teoría centrada en el norte como la centrada en el sur no parecen dar cuenta del hecho de que la epidemia de encarcelamiento sigue las huellas del dramático descenso de la criminalidad en el mismo periodo. Este descenso no provino de la resolución de las patologías profundas que obsesionan a la derecha ni de aquellas a las que apunta la izquierda. Fueron pequeños actos de ingeniería social, diseñados simplemente para evitar que se cometan crímenes, los que ayudaron a frenar la delincuencia.

147

Palabras clave: Cárceles – Encarcelamiento masivo – Colapso del sistema criminal estadounidense

Abstract

In America, the accelerating rate of incarceration over the past few decades is just as startling as the number of people jailed. No other country even approaches that. How did we get here? Recent scholarly literature on the history and sociology of crime and punishment tends to trace the American zeal for punishment back to the nineteenth century, apportioning blame in two directions. There is an essentially Northern explanation, focusing on the inheritance of the notorious Eastern State Penitentiary and its “reformist” tradition; and a Southern explanation, which sees the prison system as essentially a slave plantation continued by other means. However, both these accounts do not seem to account

* La versión en inglés de este artículo fue publicada en la edición del 30 de enero de 2012 de The New Yorker. Reproducida aquí bajo autorización del autor. Traducción de Juan F. González Bertomeu, con la colaboración de Violeta Canaves, Cecilia Hopp y Guillermo Moro.

for the fact that the epidemic of imprisonment seems to track the dramatic decline in crime over the same period. This decline did not come from resolving the deep pathologies that the right fixated on; nor were there cures for the underlying causes pointed to by the left. Instead, small acts of social engineering, designed simply to stop crimes from happening, helped stop crime.

Key words: Prisons – Mass incarceration – The collapse of American criminal justice

La jaula de los Estados Unidos ¿Por qué encerramos a tanta gente?

Adam Gopnik

La cárcel es una trampa para capturar el tiempo. A menudo se publican buenos reportes sobre la vida dentro de las prisiones estadounidenses, pero el problema es que la vida allí casi no tiene dramatismo; las historias y relatos no nos atrapan porque, en su mayor parte, no pasa nada. Un día en la vida de Iván Denisovich¹ es todo lo que uno necesita saber acerca de Iván Denisovich, porque la idea de que cualquier persona pueda vivir durante un minuto en tales circunstancias parece imposible. Un día en la vida de una prisión en los Estados Unidos significa mucho menos, porque la cuestión es que un día por lo general se extiende por décadas. Lo que hace a las cárceles insoportables para los reclusos no es tanto el horror del tiempo disponible como la monotonía inimaginable del tiempo por delante. A los presos condenados a muerte en Texas se los conoce como los hombres “en un tiempo sin tiempo”, porque solo ellos no están cumpliendo una condena de prisión: no están a la espera de cinco años, una década o toda la vida. La realidad básica de las prisiones estadounidenses no es la de la cerradura y la llave sino la de la cerradura y el reloj.”

149

Es por eso que nadie que haya estado dentro de una prisión, aunque solo sea por un día, podrá olvidar jamás el sentimiento. El tiempo se detiene. Reina una nota atenuada de pánico, de paranoia vigilante; de ansiedad, aburrimiento y miedo mezclados con una especie de niebla envolvente, que cubre tanto a los vigilantes como a los vigilados. “A veces pienso que todo este mundo es un gran patio de prisión, / Algunos somos prisioneros, algunos somos guardias”, canta Dylan, y si bien lo que dice no es estrictamente cierto —y si no pregunté a los prisioneros— ello contiene una verdad: los guardias también están cumpliendo su tiempo. Como un hombre inteligente una vez escribió tras estar encerrado, el problema con la cárcel es que hay rejas en las ventanas y no te dejan salir. Esta simple verdad rige todas las demás. Lo que los presos tratan de transmitir a las personas en libertad es el modo en que la presencia del tiempo como algo que a uno le hacen, en lugar de algo con lo cual uno hace cosas, altera la mente a cada momento. Para los prisioneros estadounidenses, una cantidad enorme de los cuales cumple sentencias mucho más largas que las dictadas para crímenes similares en cualquier otra parte del mundo civilizado —Texas ha sentenciado a más de cuatrocientos adolescentes a prisión perpetua—, el tiempo se convierte en todo sentido en esta cosa que uno cumple.

• N. del T.: el protagonista de *Un día en la vida de Iván Denisovich*, novela de Aleksandr Solzhenitsyn.
•• N. del T.: juego de palabras. En inglés, “cerradura y llave” y “cerradura y reloj” son “lock and key” and “lock and clock” respectivamente.

Para la mayoría de la gente privilegiada y profesional la experiencia del confinamiento es un mero roce que ocurre, digamos, luego del arresto de uno de sus hijos. En cambio, para una enorme cantidad de gente pobre en los Estados Unidos, particularmente los hombres negros pobres, la prisión es un destino que signa la vida adulta, de manera similar a como la escuela secundaria y la universidad signan la vida de los hombres blancos. Más de la mitad de los hombres negros sin un título secundario terminan en la cárcel en algún momento de sus vidas. El encarcelamiento masivo a una escala casi sin parangón en la historia de la humanidad es hoy un hecho decisivo del país, tal vez *el* hecho decisivo, del mismo modo en que la esclavitud era el hecho decisivo en 1850. De hecho, hay más hombres negros en poder del sistema de justicia penal —en prisión, ejecución condicional o libertad condicional— de los que estaban sometidos a esclavitud en aquel momento. En conjunto, hoy hay más personas bajo “supervisión penitenciaria” en los Estados Unidos —más de seis millones— que las que se encontraban en el Archipiélago Gulag de Stalin durante su apogeo. La ciudad del confinamiento y el control, “Ciudad Encierro”, es hoy la segunda más grande de los Estados Unidos.

150

El ritmo acelerado de encarcelamiento en las últimas décadas es tan sorprendente como el número de personas encarceladas: en 1980, había cerca de doscientas veinte personas encarceladas por cada cien mil estadounidenses. Para 2010, el número se había triplicado: setecientos treinta y uno. Ningún otro país se acerca siquiera a eso. En las últimas dos décadas, el dinero que los estados gastan en las prisiones ha aumentado seis veces más que la tasa de gasto en educación superior. Nuestro país es, de norte a sur, un “Estado carcelario”; tal el veredicto categórico de Conrad Black, el otrora barón conservador de la prensa y hoy reformista de nuevo cuño, quien se encuentra encarcelado en Florida. Ello añade un nuevo giro a una vieja broma: un conservador es un liberal que ha sido asaltado, un liberal es un conservador que ha sido acusado formalmente de un delito, y un reformador apasionado del sistema carcelario es un conservador que está encarcelado.

La escala y brutalidad de nuestras prisiones son el escándalo moral de la vida de los Estados Unidos. Cada día, cuando menos cincuenta mil hombres —el estadio de los *Yankees* colmado— amanecen en régimen de aislamiento, a menudo en prisiones de máxima seguridad o en pabellones carcelarios. Ellos están encerrados en pequeñas celdas, en las que no pueden ver a nadie, no pueden leer y escribir libremente, y pueden salir solo una vez al día para una hora de “ejercicio” en solitario. (Enciérrese en su cuarto de baño, imagine que tiene que permanecer allí durante los próximos diez años, y tendrá alguna idea del tipo de experiencia de que se trata.) La violación en la prisión es tan endémica —más de setenta mil prisioneros son violados cada año— que la posibilidad de que ella suceda es empleada rutinariamente como amenaza, como parte de la pena a esperar. El tema es material estándar para la comedia, y todas las noches en televisión uno puede ver que se amenaza a un sospechoso no cooperativo con la posibilidad de la violación, y que esto es presentado como una parte corriente y más bien querible del trabajo policial. La normalización de la violación en prisión —tal como la jocosidad del siglo XVIII al observar la resistencia de los hombres antes de morir en la horca— seguramente impactará a nuestros descendientes como algo escalofriantemente sádico, algo incomprensible proviniendo de personas que se consideraban a sí mismas civilizadas. A pesar de que evitamos mirar de manera directa dentro de las prisiones, ellas se filtran oblicuamente en nuestras modas

y costumbres. Los adolescentes blancos y ricos que visten jeans holgados, zapatos sin cordones y múltiples tatuajes muestran, de manera inconsciente, la realidad de la prisión que actúa como un cimiento oculto del país.

¿Cómo llegamos aquí? ¿Cómo es que nuestra civilización, que rechaza el ahorcamiento, la flagelación y el destripamiento, llegó a pensar que enjaular a vastas cantidades de personas durante décadas es una sanción humanamente aceptable? Hay una literatura académica reciente bastante amplia sobre la historia y la sociología del crimen y el castigo. Esta literatura tiende a encontrar las raíces del afán estadounidense por el castigo en el siglo XIX, y a adjudicar culpas en dos direcciones. Por un lado, hay una explicación que tiene básicamente que ver con el norte, centrada en la herencia de la Penitenciaría Estatal del Este, en Filadelfia, y su tradición “reformista”. Por el otro, existe una explicación que gira fundamentalmente en torno al sur, y que considera al sistema penitenciario esencialmente como una plantación de esclavos continuada por otros medios. Robert Perkinson, autor de la obra revisionista sobre el sur “Recia Texas: El ascenso del imperio penitenciario de los Estados Unidos” [“*Texas Tough: The Rise of America’s Prison Empire*”], rastrea dos líneas ancestrales: “En el norte, la cuna de la ciencia penitenciaria de rehabilitación; en el sur, la fuente de la disciplina de sometimiento”. En otras palabras, tenemos la predilección científica por reducir hombres a números y la urgencia de los propietarios de esclavos por reducir las personas negras a bestias.

William J. Stuntz, profesor de la Escuela de Derecho de la Universidad de Harvard, que murió poco antes de que su obra maestra, “El colapso de la justicia penal estadounidense” [“*The Collapse of American Criminal Justice*”], se publicara el pasado otoño, es el defensor más enérgico de la posición de acuerdo con la cual el escándalo de las cárceles se deriva de la naturaleza “procedimental” e iluminista de la justicia estadounidense. Stuntz analiza las causas inmediatas de la epidemia de encarcelamiento: el crecimiento de las leyes de drogas de Rockefeller, que castigan delitos menores de drogas con penas largas de prisión; la “tolerancia cero” de la policía, lo que contribuyó al fenómeno; y las leyes que imponen un castigo tasado al sentenciar, lo que impide a los jueces emplear su propio juicio. Sin embargo, su búsqueda de la causa última cala más profundo, hasta la Carta de Derechos [“*Bill of Rights*”]. En una sociedad en la que el culto a la Constitución sigue siendo un requisito tanto para la derecha como para la izquierda, Stuntz sorprendentemente sugiere que la Carta de Derechos es un documento terrible con el que fundar un sistema de justicia, muy inferior a la Declaración de los Derechos del Hombre francesa, contemporánea de aquella y que, según señala, Jefferson podría haber contribuido a dar forma mientras su protegido Madison escribía la nuestra.

El problema con la Carta de Derechos, según sostiene, es que enfatiza los procesos y los procedimientos por sobre los principios. La Declaración de los Derechos del Hombre dice: ¡Sed justos! La Declaración de Derechos dice: ¡Sed procedimentalmente justos! [“*fair*”] En vez de enunciar principios generales —nadie debe ser acusado de algo que no era un crimen cuando se cometió; los castigos crueles son siempre malos; el objetivo de la justicia es, ante todo, que se haga justicia— habla de procedimientos. No se puede requisar a alguien sin una razón, no se puede acusar a alguien sin permitirle ver la evidencia en su contra, y así sucesivamente. Este énfasis, piensa Stuntz, ha llevado al desastre actual, en el que los criminales acusados obtienen una protección laboriosamente articulada frente a

errores de procedimiento y ninguna protección contra violaciones indignantes y evidentes de simple justicia. Usted puede quedar libre si los policías miraron en el coche equivocado con una orden errónea cuando encontraron su cigarrillo de marihuana, pero no tiene recurso alguno si por tener un cigarrillo de marihuana termina siendo encerrado de por vida. De manera similar, usted puede salvarse de la pena de muerte si puede demostrar un problema con su defensor de oficio, pero es mucho más difícil que lo logre si lo que hay es meramente una cantidad enorme de evidencia acumulada de que usted no era culpable y el jurado se equivocó. Incluso las cláusulas que a los estadounidenses se les enseña a reverenciar son, según Stuntz, indignas de tal reverencia: la prohibición de “castigo cruel e inusual” fue diseñada para *proteger* los castigos crueles —la flagelación y las marcas con hierro caliente a los prisioneros— que en esa época no eran considerados inusuales.

La obsesión con el debido proceso y el culto a las cárceles brutales, según este argumento, comparten una esencial impersonalidad. Cuanto más profesionalizado y centrado en los procedimientos sea un sistema, más aislado estará de sus efectos reales sobre personas reales. Es por eso que los Estados Unidos son famosos tanto por su sistema judicial centrado en el proceso (“El hijo de puta quedó libre por un tecnicismo”, rumia el detective del programas de policías) como por la dureza y la inhumanidad de sus prisiones. A pesar de que todas las sociedades industrializadas comenzaron a enviar más gente a la cárcel y menos a la horca en el siglo XVIII, fue en los Estados Unidos inspirados por la Ilustración que el gusto por el castigo de largo plazo y profundamente despersonalizado se volvió más fuerte. La inhumanidad de las cárceles estadounidenses fue tanto un tema para Dickens, quien visitó los Estados Unidos en 1842, como lo fue el cinismo de los abogados estadounidenses. Su sorpresa al ver la Penitenciaría Estatal del Este, en Filadelfia —una prisión “modelo”, en el momento el edificio público más costoso jamás construido en el país, donde cada preso era mantenido en confinamiento silencioso y aislado—, aún resuena con fuerza:

152

“Creo que muy pocos hombres son capaces de estimar el nivel inmenso de tortura y agonía que este terrible castigo, prolongado durante años, inflige a las víctimas... Sostengo que esta manipulación lenta y cotidiana de los misterios del cerebro es infinitamente peor que cualquier tortura del cuerpo. Y dado que sus síntomas y consecuencias horribles no son tan palpables a la vista y el sentido del tacto como las cicatrices en la carne, porque sus heridas no se ocasionan sobre la superficie y generan pocos gritos que el oído humano puede escuchar, la denuncio con mayor fuerza, como un castigo secreto que no incita en la humanidad dormida una reacción para ponerle fin.”

No incita una reacción para ponerle fin; esa es la cuestión. Una vez finalizado el procedimiento, comienza el castigo y, dado que la crueldad es la rutina, nuestra responsabilidad civil hacia el castigado ha terminado. Encerramos a las personas y nos olvidamos de su existencia. Para Dickens, incluso las cárceles de deudores corruptas pero comunitarias de la vieja Londres eran mejor que *esto*. “¿No te lo tomes como algo personal!”, sigue siendo la consigna en el dintel de la puerta del infierno de la cárcel estadounidense. Y esto no es meramente la visión de un historiador. Conrad Black, una

persona económicamente acomodada, explica de manera convincente y aterradora cómo su abogado, el juez y los fiscales se felicitaron mutuamente y con alegría por la excelencia profesional desplegada por ellos justo antes de enviarlo al calabozo por varios años. Si un millonario se siente así, imagínese cómo puede sentirse un delincuente común.

En lugar de la abstracción, Stuntz argumenta a favor de la gracia salvadora del criterio humano. Básicamente, él considera que deberíamos entrar a un tribunal con una noción de lo que es un delito y de lo que es la justicia, y luego dejar que el sentido común, la compasión y las circunstancias específicas definan. Hay una escena encantadora en “El Castillo”, la película australiana sobre una familia que lucha contra un desalojo por causa de expropiación, en la que su desventurado abogado, como respuesta a una pregunta del tribunal para que señale la parte específica de la constitución de Australia que el desalojo violaría, dice desesperado: “Es... más bien la *onda* de la cosa.” Para Stuntz, la justicia debe ser más bien la onda de la cosa, no un error de procedimiento detectado o un hecho burlado. El derecho penal debe volver a ser como el *common law*, con jueces y jurados que no solo determinan los hechos sino que formulan el derecho sobre la base de principios universales de justicia procedimental [*fairness*], las circunstancias particulares y la seriedad, ajustando las sanciones a las necesidades del crimen.

El otro argumento —el argumento sobre el sur— es que esta historia le pinta un rostro demasiado brillante a la verdad. La realidad de las cárceles norteamericanas, según este argumento, no tiene nada que ver con los nudos de la justicia procesal o las perversiones de los ideales de la época de la Ilustración. Según Perkinson, un profesor de estudios estadounidenses, las cárceles de hoy no funcionan de acuerdo con el esquema basado en la rehabilitación de los reformadores del norte sino “de acuerdo con el esquema retribucionista que ha sido largamente practicado y promovido en el sur”. “El linaje de las prisiones estadounidenses no sólo se retrotrae a los centros penitenciarios de Pensilvania, sino también a las plantaciones de esclavos de Texas”, sostiene Perkinson. De acuerdo con esta tesis, la supremacía blanca es el verdadero principio, y la dominación racial el verdadero fin. En respuesta a los triunfos aparentes de los años sesenta, el encarcelamiento masivo se convirtió en una forma de volver a instaurar Jim Crow. Los negros son hoy encarcelados siete veces más que los blancos. “El sistema de encarcelamiento masivo funciona como mecanismo para atrapar a los afroamericanos en una jaula virtual (y literal)”, escribe el jurista Michelle Alexander. Los hombres jóvenes negros pasan rápidamente de un periodo de hostigamiento por parte de la policía a un periodo de “control formal” (es decir, prisión efectiva), y luego quedan sometidos de por vida a un sistema de “control invisible”. Imposibilitados de votar, legalmente discriminados por el resto de sus vidas, en su mayoría vuelven a iniciar el ciclo en el sistema penitenciario. El sistema, según este punto de vista, no está realmente roto, sino que logra aquello para lo que fue diseñado. Alexander concluye sombríamente: “Si el encarcelamiento masivo es considerado como un sistema de control social —específicamente, control racial— el sistema es un éxito rotundo.”

La impersonalidad del norte y la venganza del sur convergen en un tema estadounidense común: un número cada vez mayor de prisiones en el país están siendo entregadas a empresas con fines de lucro para su explotación comercial. Las empresas son costeadas por el Estado, y su ganancia depende de gastar lo menos posible en los presos y las prisiones. Es difícil imaginar una mayor desconexión entre el bien público y el lucro privado: el

interés de las empresas que administran prisiones privadas no reside en el bien social evidente de tener el número mínimo necesario de reclusos sino en tener el mayor número posible, alojados al menor costo posible. No hay documento más escalofriante en la vida estadounidense reciente que el informe anual de 2005 de la más grande de estas empresas, la *Corrections Corporation of America*. En el documento, la empresa (que gasta millones en cabildeo de legisladores) advierte a sus inversores sobre el riesgo de que, de alguna manera, en algún lugar, alguien cierre el grifo de las condenas penales:

“Nuestro crecimiento depende en gran medida de nuestra capacidad para obtener nuevos contratos para desarrollar y gestionar nuevos centros penitenciarios y de detención... La demanda de nuestras instalaciones y servicios puede verse afectada negativamente por el ablandamiento de los esfuerzos en la ejecución de la ley, la clemencia en las condenas y las prácticas de imposición de penas, o por medio de la despenalización de ciertas actividades que actualmente están prohibidas por nuestras leyes penales. Por ejemplo, cualquier cambio en materia de drogas y sustancias controladas o inmigración ilegal podría afectar el número de personas detenidas, declaradas culpables y condenadas, lo que podría reducir la demanda de establecimientos penitenciarios para alojarlos.”

154 Brecht no hubiera podido imaginar un documento semejante: una empresa capitalista que se alimenta de la miseria del hombre hace el mayor esfuerzo posible para cerciorarse de que nada se haga para disminuir tal miseria.

Sin embargo, un espectro recorre todas estas teorías, tanto la centrada en el norte como la centrada en el sur, el proceso desquiciado o las colonias penales a gran escala. Ocurre que la epidemia de encarcelamiento sigue las huellas del dramático descenso de la criminalidad en el mismo periodo. Al parecer, cuantos más chicos malos hay en la cárcel, menos delito hay en las calles. El trasfondo real del auge de la prisión, que solo esporádicamente aparece mencionado en la literatura sobre cárceles, es la ola de crímenes que lo precedió y coincidió con él.

Para aquellos que son demasiado jóvenes para recordar la ola de criminalidad en las grandes ciudades en los años sesenta y setenta, la misma puede sonar como la historia del cuco o del hombre de la bolsa. Para aquellos cuya infancia y adolescencia fueron marcadas por ella, es el trauma crucial en la vida estadounidense reciente y explica muchas otras cosas que sucedieron en el mismo periodo. Fue el estado del Upper West Side de Manhattan bajo gobierno liberal, mucho más que lo que había sucedido en Europa del Este bajo el socialismo, lo que hizo parecer persuasivas a las posiciones neoconservadoras. Realmente existía, como dice el propio Stuntz, un consenso liberal sobre la delincuencia y realmente tuvo malos efectos (“dondequiera que estuviera la línea entre un sistema de justicia misericordioso y uno que abandona todo esfuerzo serio de lucha contra la delincuencia, el país la había cruzado”).

Sin embargo, si en 1980 alguien hubiera pronosticado que para 2012 Nueva York tendría una tasa de criminalidad tan baja como para que en gran medida los crímenes violentos hayan desaparecido como tema de conversación, habría parecido menos optimista que

loco. Hace treinta años, se suponía que el crimen sería una característica permanente de la ciudad, producida por una subclase alienada de súper-depredadores. Hoy no lo es. Algo bueno sucedió para producir el cambio, y uno podría haber pensado que esto sería una oportunidad para la celebración y el optimismo. En cambio, mayormente nos contentamos con referencias a regañadientes y sardónicas sobre el lado tonto del aburguesamiento de las ciudades, junto con unas pocas explicaciones aptas para usos múltiples, como la política policial de la ventana rota. Esta es una verdad humana general: las cosas que funcionan nos interesan menos que las cosas que no.

Entonces, ¿cuál es la relación entre la encarcelación masiva y la disminución de la delincuencia? Por cierto, en los años setenta y ochenta, muchos expertos se persuadieron de que no había manera de hacer mejor a la gente mala; todo lo que podía hacerse era almacenarla durante períodos más largos o más cortos. Las mejores investigaciones parecían indicar, tristemente, que nada funcionaba, que la idea de rehabilitación era un ardid. Luego, en 1983, los reclusos en la prisión federal de máxima seguridad de Marion, Illinois, asesinaron a dos guardias. Aunque muy ocasionalmente, los presos habían estado matando guardias durante un largo tiempo, pero el momento particular de estos asesinatos, y el hecho de que se llevaran a cabo en un clima ya propicio para la creencia de que las clases criminales no tienen siquiera una humanidad básica, implicaron que la cárcel entera fuera puesta en un estado de bloqueo permanente. Un siglo y medio después de que la incomunicación absoluta apareciera por primera vez en las cárceles estadounidenses, ella fue reintroducida. Y esas cifras terribles comenzaron entonces a crecer.

Luego, una década más tarde, el crimen comenzó a caer: en todo el país por una medida estándar de alrededor de un cuarenta por ciento; en Nueva York hasta en un ochenta por ciento. Para 2010, la tasa de criminalidad en Nueva York había visto su mayor declive desde la Segunda Guerra Mundial; en 2002 hubo menos asesinatos en Manhattan de los que se habían producido en cualquier año desde 1900. En las ciencias sociales, buscar una causa generalmente implica encontrar un embrollo; en la vida tal como la experimentamos, crisis resuelta significa causalidad establecida. Si una pastilla cura el dolor de cabeza, no preguntamos mucho si el dolor de cabeza podría haberse ido solo.

Todo esto debería hacer de la publicación del nuevo libro de Franklin E. Zimring, “La ciudad que se volvió segura” [“*The City That Became Safe*”], un evento muy significativo. Zimring, un criminólogo de la Facultad de Derecho de Berkeley, ha pasado años haciendo números sobre lo que pasó en Nueva York en el contexto de lo que sucedió en el resto de los Estados Unidos. Una cosa que nos enseña es lo poco que sabemos. La caída de un cuarenta por ciento a lo largo de Canadá y los Estados Unidos —de hecho, hubo una disminución en todo el mundo occidental— sucedió por razones que son tan misteriosas en las afueras de Ottawa como en South Bronx. Zimring muestra que las explicaciones habituales —incluyendo los cambios demográficos— simplemente no pueden dar cuenta de aquello de lo que hay que dar cuenta. Esto hace que esta caída internacional se vea un poco misteriosa: los mirlos caen del cielo, las plagas se debilitan y acaban, pero parece no haber ninguna razón absoluta por la cual las sociedades pasan de un estado a otro a lo largo del tiempo. Las tendencias, las modas y las contingencias puras tienen lugar en otros ámbitos de nuestra existencia social. Acaso haya modas y ciclos también en el comportamiento criminal, por razones igualmente arbitrarias.

155

Sin embargo, la caída adicional de un cuarenta por ciento de la delincuencia que parece peculiar del caso de Nueva York finalmente sucumbe al análisis de Zimring. El cambio no provino de la resolución de las patologías profundas que obsesionan a la derecha: el encarcelamiento de los súper-depredadores, la necesidad de reducir el número de madres solteras, la modificación de la cultura del bienestar. Tampoco hubo curas para las causas subyacentes a las que apunta la izquierda: la injusticia, la discriminación, la pobreza. Ni hubo un efecto “¡Abracadabra!” derivado de patrones secretos en el número de abortos o algo por el estilo. La ciudad no se volvió mucho más rica, ni mucho más pobre. En paralelo a la casi desaparición del crimen violento, no hubo un cambio significativo en la composición étnica, en los niveles medios de riqueza o en la educación de los neoyorquinos. Las políticas policiales de “ventanas rotas” o del “salto del molinete”, es decir, la idea de adoptar medidas enérgicas contra los pequeños delitos visibles con el fin de crear una atmósfera que rehúse tolerar la delincuencia, parece haber tenido un efecto insignificante. Según Zimring, hubo una gran diferencia entre las consignas y la realidad de la época. (Los arrestos por crímenes “visibles” no violentos —por ejemplo, la prostitución callejera y las apuestas en público en juegos de azar— en su mayoría *bajaron* durante el periodo.)

156

En cambio, fueron los pequeños actos de ingeniería social, diseñados simplemente para evitar que se cometan crímenes, los que ayudaron a frenar la delincuencia. En la década de los noventa, el departamento de policía de la ciudad de Nueva York comenzó a controlar la delincuencia poniendo muchos policías en lugares donde sucedían muchos crímenes (“la política policial de los lugares calientes”), y no mediante la lucha contra delitos menores en lugares seguros. La policía también comenzó un programa agresivo y controvertido de “detención y cacheo en la vía pública” —como indicó Jack Maple, uno de sus iniciadores, “diseñado para atrapar a los tiburones, no a los delfines”— que incluyó lo que peyorativamente se denomina la política de “perfiles”. Esta política no era tanto racial, ya que en los vecindarios todos los sospechosos eran probablemente de la misma raza o color, como social, pues involucraba las miles de pequeñas pistas que los policías ya reconocían. Las comunidades minoritarias, enfatiza Zimring, pagaron un precio desproporcionado en términos de la cantidad de niños parados y cacheados en la vía pública, pero también tuvieron una ganancia desproporcionada en materia de reducción del crimen. Zimring lo expresa del siguiente modo: “Los pobres pagan más y obtienen más”. Él considera que un programa “ligero” de detención y cacheo en la vía pública podría ser menos alienante e igualmente efectivo, y que al lograr un descenso de la delincuencia urbana la política de detención y cacheo tuvo el efecto neto de reducir considerablemente el número de niños pobres provenientes de grupos minoritarios enviados a la cárcel por largos periodos.

De manera plausible, Zimring sostiene estar ofreciendo una reescritura radical y optimista de las teorías sobre la naturaleza de la delincuencia y su ubicación geográfica,

-
- N. del T.: “Presto!” en el original.
 - N. del T.: “Stop and frisk” en el original.

en buena medida porque desconecta la delincuencia de las minorías. Afirma: “En 1961, veintiséis por ciento de la población de Nueva York estaba compuesta por minorías de afroamericanos o hispanos. Hoy, la mitad de la población de Nueva York lo está, y esto, de una manera enormemente esperanzadora, destruye los presupuestos crudos de la criminología centrada en el lado de la oferta”. Por “criminología centrada en el lado de la oferta”, él entiende la teoría conservadora sobre la delincuencia que afirma que las circunstancias sociales producen una cierta cantidad neta de crimen a la espera de ser manifestado; si lo detienes aquí, se escapa por allí. Según esta noción, la única manera de detener el crimen es encerrar a todos los criminales potenciales. En realidad, la actividad delictiva parece similar a las otras opciones de un ser humano, una cuestión de contingencia y oportunidad. El crimen no es la consecuencia de un número determinado de delincuentes; los criminales son la consecuencia de un número determinado de oportunidades para cometer delitos. Si se cierra el mercado abierto de drogas de Washington Square, ello no significa migrarlo automáticamente a Tompkins Square Park. Ocurre que simplemente se detiene, o los vendedores ejercen puertas adentro, en donde la venta continúa pero el crimen violento no.

Más aún, en un círculo virtuoso, la disminución de la prevalencia del crimen alimenta una disminución adicional en la prevalencia del crimen. Cuando sus amigos ya no están cometiendo robos en la calle, es menos probable que usted lo haga. En una entrevista reciente, Zimring sostuvo: “Es necesario recordar que nadie jamás se ha ganado la vida atracando. No hay un salario mínimo en el crimen violento”. En cierto sentido, argumenta, el crimen violento es una actividad recreativa, parte de un estilo de vida: “La delincuencia es un comportamiento rutinario; es algo que la gente hace cuando se acostumbra a hacerlo”. Y allí radica su fragilidad esencial. El crimen termina como resultado de “fuerzas cíclicas que operan sobre cuestiones circunstanciales y contingentes en vez de encontrar vínculos esenciales profundamente motivados.” A los conservadores no les gusta esta idea porque muestra que ser duro no ayuda; a los liberales no les gusta porque al parecer ser amable no ayuda tampoco. La lucha contra la delincuencia no depende de revertir patologías sociales o aliviar males sociales, sino de erigir barreras pequeñas y molestas a la entrada.

157

Hay un hecho en particular que se destaca. Mientras que el resto del país, durante el mismo periodo de veinte años, vio el crecimiento en el encarcelamiento que dio lugar a los sorprendentes números actuales, Nueva York, a pesar de las leyes de drogas Rockefeller, vio una marcada disminución en el número de reclusos. “Nueva York, en medio de una dramática reducción en el crimen, está encerrando a un número mucho menor de personas, y en particular de jóvenes, comparado con el número de gente que encerraba durante el pico de la ola de delincuencia”, observa Zimring. Cualquiera sea la causa que hizo caer la delincuencia callejera, no tuvo nada que ver con el encierro de una mayor cantidad de gente. La lógica es autoevidente si la transferimos al ámbito de la delincuencia de cuello blanco: aceptamos fácilmente que no hay una suma neta de delitos de cuello blanco a punto de ocurrir; no hay una generación inescrutable de súper-depredadores producida por papás de alto consumo que beben whisky Dewar y escamosos profes de M.B.A. No es que si se detiene un plan de malversación de fondos aquí en la Tercera Avenida, otro surgen naturalmente en el edificio de oficinas de al lado. Los delitos de cuello blanco

ocurren como consecuencia de la combinación entre patología y oportunidad. Conseguir que la S.E.C. [*U.S. Securities and Exchange Commission*, la agencia federal responsable de regular el mercado financiero] intervenga para acabar con esas oportunidades es una buena manera de limitar el alcance de la patología.

En la medida en que los futuros historiadores analicen lo que pasó, es posible que salgan a la luz unas tendencias sociales más profundas y menos visibles actualmente. Algo más que la vigilancia policial podría explicar las cosas, del mismo modo en que la disponibilidad de tarjetas de crédito y loterías estatales accesibles probablemente hizo tanto para debilitar a la mafia de las Cinco Familias en Nueva York, que había dependido de la usura y las loterías ilegales, como lo que el FBI pudiera hacer. Es cuando menos posible, por ejemplo, que la llegada de la telefonía móvil haya ayudado a empujar la venta de drogas hacia dentro de las casas, reduciendo de tal modo la delincuencia. Podría ser que el valor real de la vigilancia policial en puntos calientes y la detención y el cacheo en la vía pública haya sido proporcionar un plan de juego único en el que la policía pudiera creer. Como revela la historia militar, un mal plan es a menudo mejor que ningún plan, sobre todo si las personas del otro lado creen que es un buen plan. Pero una cosa es segura: las epidemias sociales, tanto de la delincuencia como del castigo, se pueden curar más rápidamente de lo que podríamos pensar, con mecanismos más simples y más superficiales de lo que imaginamos. Poner una curita sobre una herida grave es en realidad una estrategia decente, si la curita ayuda a que la herida se cure sola.

158

Lo que nos lleva, además, a un elemento de sentido común radical: dado que la cárcel juega en el mejor de los casos un papel pequeño en la detención del crimen, incluso del crimen violento, muy pocas personas, ricos o pobres, deberían estar en prisión por un delito no violento. Ni las calles ni la sociedad se vuelven más seguras al encerrar a los consumidores o a los vendedores de marihuana, y mucho menos con las condenas horribles que hoy se ordenan tan fácilmente. De hecho, no se sirve a ningún bien social encerrando al estafador o al embaucador de un esquema Ponzi en una jaula por el resto de su vida, en vez de hacer que quiebre y obligarlo a realizar servicio comunitario en South Bronx durante una o dos décadas. ¿Tendríamos en realidad más fraude y saqueo de los valores de los accionistas si sus autores potenciales supieran que perderían sus cuentas bancarias y su reputación, y que tendrían que hacer servicio a la comunidad siete días a la semana durante cinco años? Las personas para las cuales esas sanciones no son suficientes probablemente sean personas para las cuales ninguna sanción pueda ser suficiente. La investigación de Zimring demuestra claramente que, si el delito callejero desciende, los delincuentes que salen de la cárcel dejan de cometer delitos. Lo que importa es la incidencia de la delincuencia en el mundo y la continuidad de una cultura de la delincuencia, y no una “lección aprendida” en la cárcel.

Al mismo tiempo, el lado feo de la detención y la requisa en la vía pública puede ser aliviado. El trabajo de Zimring sugiere que, para atrapar a los tiburones y no a los delfines, tenemos que achicar el tamaño de los agujeros en las redes, para que los crímenes que den ocasión a la detención y el cacheo sean crímenes *reales*, y no crímenes como la posesión de marihuana. Cuando la policía de Nueva York detenía y cacheaba a los niños, el objetivo principal no era encarcelarlos sino obtener sus huellas digitales, de manera que pudieran

ser identificados en el caso de que cometieran un delito más grave. Sin embargo, a lo largo de los Estados Unidos sucede lo contrario: la tenencia de marihuana es un delito grave. El costo es tan enorme en vidas arruinadas y dinero gastado, que es obvio que la tarea por delante no es hacer cumplir menos la ley sino cambiarla ya mismo. El Dr. Johnson dijo alguna vez que las costumbres hacen el derecho, y que cuando se alteran las costumbres, el derecho debe cambiar también. Es obvio que hoy la marihuana es una droga casi universalmente aceptada en los Estados Unidos: no solo se la usa en forma regular (lo que ha sido cierto durante décadas), sino que también se habla de ella en forma regular en la televisión y en las películas (lo que no era cierto antes). No hay más que ver cualquier película de marihuaneros para ver que el riesgo percibido de fumar marihuana no es que usted pueda ser arrestado sino que tenga problemas con una fraternidad rival o quede como un idiota con las mujeres. La despenalización de la marihuana podría ayudar a acabar con la epidemia de encarcelamiento.

La tasa de encarcelamiento en la mayoría de los otros países ricos y libres, cualesquiera que sean las diferencias en sus historias, es notablemente estable. La tasa natural de encarcelamiento parece flotar alrededor de un centenar de personas por cada cien mil personas. (Eso no quiere decir que no disminuya en los países ricos y homogéneos, sino simplemente que nunca crece mucho más en países por lo demás similares al nuestro.) Esto es así tanto en países con justicia napoleónica como en aquellos con *common law* o una combinación de ambos; tanto en países con sistemas acusatorios como en aquellos con sistemas inquisitivos; ya sea que el país tuviera alguna vez colonias penales brutales al estilo de una plantación, como el caso de Francia, o que el propio país fuera alguna vez una colonia penal brutal al estilo de una plantación, como Australia. Pareciera que una persona cada mil hace de vez en cuando algo realmente malo. Manteniendo todo lo demás constante, el objetivo de un sistema de justicia penal debería ser identificar a esa persona de cada mil, encontrar una manera de que no dañe a otras personas, y dejar a los demás en paz.

159

Las epidemias rara vez terminan con curas milagrosas. Casi siempre en la historia de la medicina la mejor manera de acabar con la enfermedad ha sido construir un mejor sistema de alcantarillado y lograr que la gente se lave las manos. “Trabajar meramente con un cincel las aristas de un problema por medio de cambios graduales” suele ser lo mejor que se puede hacer con un problema. Siga trabajando con paciencia, y en algún momento llegará a su corazón. Al leer la literatura sobre el crimen de antes de que el mismo cayera puede verse el mismo tipo de desesperación distópica que encontramos en la nueva literatura sobre el castigo: tendríamos que acabar con la pobreza, erradicar los guetos, declarar la guerra a las familias rotas o cosas así para poder dar fin a la ola de delincuencia. Sin embargo, la verdad es que una serie de acciones y eventos pequeños terminaron eliminando un problema que parecía ejercer una gran influencia sobre el resto de las cosas. No hubo ninguna cura milagrosa, sino solo la acción de mil medidas más pequeñas. Poner fin a las condenas por delitos menores de drogas y despenalizar el consumo de marihuana, dar a los jueces libertad para usar el sentido común (y, cuando sea posible, conseguir jueces que sean jueces y no políticos). Es posible realizar muchos actos pequeños que ayuden a acabar con la epidemia de encarcelamiento, del mismo modo en que ayudaron a poner fin a la plaga de la delincuencia.

“¡Ah, mucho olvidé vuestras necesidades!” clama en el páramo El Rey Lear en su momento de lucidez: “Lujo devorador, ve ahí tu remedio: exponte a sufrir lo que los desheredados sufren”. “Vuestras necesidades” es algo cambiante. En la época de Shakespeare, se trataba de la pobreza campesina lisa y llana que mataba de hambre a algunos y enloquecía a otros, como al pobre Tom. En la época de Dickens y Hugo, era la revolución industrial que llevaba los niños a las minas. Sin embargo, cada sociedad atraviesa una tormenta de pobreza en la que los desheredados sufren, y la actitud es siempre la misma: o los desheredados, ya deshumanizados por su sufrimiento, no merecen piedad, o los oprimidos, abrumados por la injusticia, tienen que esperar por un mundo mejor. En cada momento, la injusticia parecía un elemento inseparable de la vida de la comunidad, y en todos los casos el argumento para mantener el sistema en su lugar fue que la única manera de cambiarlo era revolucionar toda la estructura social, lo que luego se convirtió en un argumento a favor de revolucionar toda la estructura social. En todos los casos, la humanidad y el sentido común hicieron que el problema insoluble simplemente se levantara y se fuera. Las prisiones son “nuestras necesidades”. Necesitamos ocuparnos de ellas con más cuidado.

• *N. del T.*: el autor hace referencia al siguiente pasaje del *Rey Lear*, de William Shakespeare:
*¡Pobres desheredados,
donde quiera que os halléis, aguantando todo el furor
de esta implacable tempestad ¿cómo pueden resistirla
vuestras cabezas sin abrigo y vuestros
miembros mal cubiertos de andrajos y extenuados
por el hambre? ¡Ah! ¡mucho olvidé vuestras necesidades!
Lujo devorador, ve ahí tu remedio: exponte a
sufrir lo que los desheredados sufren y aprenderás a
despojarte de lo superfluo de tus bienes, repartiéndolo
entre los pobres y alcanzando perdones del cielo.*

William Shakespeare. *Rey Lear*. Madrid, Biblioteca Edaf, 1998. Traducido por Blanco Prieto.

Cárcel kapuría: las rutas del encarcelamiento de indígenas en Colombia*

Libardo José Ariza** y Rolando Zambrano Coral***

Resumen

Desde la promulgación de la Constitución colombiana de 1991, se ha creado y puesto en marcha un régimen jurídico e institucional que intenta responder a los reclamos políticos del multiculturalismo. Este texto analiza el encarcelamiento de indígenas en este contexto multicultural, mostrando los distintos factores que inciden en la adopción del encierro penitenciario como respuesta a la *desviación criminal* del indígena. Para ello, el texto propone una tipología de rutas de entrada del indígena a prisión y el peso relativo que tienen los factores explicativos propuestos —la persistencia del colonialismo interno, la política criminal contextual y la atrofia institucional indígena— en el proceso de encarcelamiento de indígenas en Colombia.

Palabras clave: Indígenas – Prisión – Multiculturalismo – Colonialismo interno

161

Abstract

Since the enactment of the 1991 Colombian Constitution, a legal and institutional regime that attempts to answer the political claims of multiculturalism has been launched in the country. This text analyzes the phenomenon of incarceration of members of indigenous peoples within this multicultural context, showing the various factors leading to the adoption of prison confinement as a response to those members' *criminal deviation*. To this end, the text proposes a typology of the different paths leading members of indigenous groups to prison and the relative weight a number of explanatory factors—the persistence of domestic colonialism, contextual criminal policy, and the atrophy of institutions pertaining to indigenous peoples—have in the process of their incarceration in Colombia.

Key words: Indigenous populations – Prison – Multiculturalism – Domestic colonialism

*Este artículo es el resultado del trabajo realizado por los autores dentro del programa de Maestría de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes.

**Profesor, Facultad de Derecho Universidad de los Andes.

***Estudiante de Maestría, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes.

Cárcel kapuría: las rutas del encarcelamiento de indígenas en Colombia

Libardo José Ariza y Rolando Zambrano Coral

“Los indios revoltosos desafiaban la autoridad de los funcionarios del pueblo, conspiraban para apoderarse de los puestos de gobierno local, o actuaban como grupos sin ley, a costa de la comunidad. Si las autoridades del pueblo se consideraban incapaces de poner en orden a sus malhechores, llevados por la exasperación podían pedir ayuda al gobernador español, o apelar al gobierno virreinal” (Borah 2006: 205).

Introducción

163

Dentro de la llamada Constituyente Embera de Cristianía, las autoridades tradicionales de esta comunidad indígena decidieron darse a la tarea de adecuar su derecho propio para responder a las exigencias derivadas del reconocimiento constitucional de la Jurisdicción Especial Indígena (Valencia 2010). Uno de los puntos principales fue el diseño de sus castigos. Además de la definición y clasificación de faltas de acuerdo con su gravedad, la creación de procedimientos y la atribución de competencias a las autoridades propias, se discutió la necesidad de definir un mecanismo para responder al comportamiento “criminal” de algunos de sus miembros más problemáticos. Aparentemente, su acervo de castigos tradicionales había resultado insuficiente para controlar la amenaza del *indígena peligroso*. La respuesta, que se dice transitoria pero que parece orientarse hacia la permanencia irremediable, se conoce como la cárcel kapuría, la cárcel de los blancos, de los no indígenas, y es la forma como el pueblo indígena Embera ejecuta las sanciones a los comportamientos de sus miembros que afectan gravemente su derecho propio.

Además de las cárceles de Andes y Jardín, instituciones a las que rutinariamente son enviados los miembros Embera peligrosos, el Estado colombiano cuenta con su propia institucionalidad para responder al comportamiento del indígena criminal. El Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Alta y Mediana Seguridad de Popayán que se encuentra inserto en el aparato burocrático penitenciario colombiano majeadado por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, se ha convertido en la cárcel “indígena” para el sistema penal colombiano. Allí son recluidas aquellas personas que, para efectos del derecho penal colombiano y la ejecución de la pena privativa de la libertad, no son

consideradas portadoras de una identidad diferenciada y, por ello, son excluidas de la Jurisdicción Especial Indígena.¹

La cárcel kapuría se ha unido al archipiélago penitenciario (Foucault 1989) colombiano como un nuevo islote, casi anónimo en inexplorado, que da forma al arreglo institucional para la reclusión del indígena catalogado como criminal. En este artículo intentamos navegar las sombrías aguas de este archipiélago, mostrando las prácticas discursivas e institucionales que, poco a poco, han ido formando dicho arreglo. También, proponemos un marco analítico para estudiar el funcionamiento de la pena- como privación del derecho a la libertad- en relación con los pueblos indígenas de Colombia.

La propuesta que aquí se presenta se basa en las siguientes consideraciones. La primera de ellas es teórica. Gran parte de los estudios contemporáneos que se ocupan de las relaciones entre el sistema penitenciario y carcelario y la identidad étnica/racial han girado en torno a la explicación de la desproporción penitenciaria.² A pesar de su importancia y de las agudas reflexiones que han suscitado, su alcance explicativo es limitado cuando se trata de estudiar la reclusión étnica y culturalmente diferenciada en contextos en los cuales dichas desproporción no se presenta o, por lo menos, no en los niveles excesivos que dan lugar al encarcelamiento masivo en países centrales. En la primera parte de este texto nos ocupamos de este tema.

En la segunda parte presentamos una precisión adicional, la cual se refiere a la relativa capacidad explicativa del discurso jurídico –constitucional/penal- como principal perspectiva para abordar la situación. En lugar de una aproximación puramente normativa, o una que deseche la importancia del discurso jurídico, sostenemos que la construcción relativamente autónoma de enunciados y conceptos que realiza el discurso penal sobre el comportamiento “criminal” del indígena, y las respuestas que ofrece, debe ser estudiada en relación con la influencia ejercida por factores externos que moldean dicha construcción.³ En especial, hacemos énfasis en la incidencia del colonialismo interno y de la política criminal contextual como factores explicativos principales.⁴ La tipología que hemos

164

1. La existencia de cárceles indígenas, por supuesto, no es un fenómeno reciente o derivado de la implementación de un régimen constitucional pluriétnico y multicultural. Para un análisis detallado sobre el encarcelamiento de indígenas, en especial, lo relacionado con el funcionamiento de las cárceles indígenas de Santiago Tlatelolco y San Juan de Motoylán en la Nueva España durante la colonia española, ver Borah (1996: 67).

2. Se entiende como desproporción penitenciaria la presencia mayoritaria dentro de la población reclusa de una población minoritaria en la sociedad libre. El término ha sido acuñado para describir la presencia desproporcionada de afroamericanos en el sistema penitenciario estadounidense y de extranjeros no comunitarios en el caso de la Unión Europea.

3. Partimos entonces de una aseveración sobre la autonomía relativa del discurso jurídico frente a los enunciados y categorías que son construidos en otros campos. En este sentido, el discurso jurídico es a la vez autónomo –en lo que se refiere a la elaboración de sus categorías propias- pero a la vez dependiente de otros discursos que reclaman autoridad. Estas consideraciones serían aplicables al discurso en general (Foucault 2005). Para un análisis detallado de la autonomía relativa del derecho, ver Bourdieu (2000) y Teubner (2002).

4. La noción de colonialismo interno expresa la continuidad de la subordinación política, económica social y, también, epistémica de los pueblos originarios en el contexto de los Estados nación poscoloniales. Como lo señala González Casanova, “Los pueblos, minorías o naciones colonizados por el Estado-nación sufren condiciones semejantes a las que los caracterizan en el colonialismo y el neocolonialismo a nivel

denominado “rutas de ingreso” de indígenas a la prisión intentan sintetizar la propuesta analítica y metodológica sobre la que se apoya este texto.⁵ Cada una de las rutas enseña la incidencia que tiene el factor explicativo identificado en el fenómeno, mostrando que el encarcelamiento de indígenas en Colombia es el resultado de un complejo proceso que combina variables jurídicas, históricas y contextuales. La cárcel kapurúa es, en cierto sentido, la condensación institucional de estas prácticas y discursos.

I. La desproporción penitenciaria

La institución penitenciaria ha sido interpretada como un instrumento para la dominación y subordinación de grupos minoritarios racial, étnica y culturalmente diferenciados. Esta perspectiva se desprende de dos situaciones diferentes, aunque íntimamente relacionadas. Por una parte, del contexto poscolonial, en el cual la segregación punitiva y la concentración de indígenas en prisiones se interpretan como instrumentos de castigo y civilización. A pesar de que las cárceles como lugares de diferenciación han sido poco teorizadas, existen algunos trabajos que permiten trazar la relación entre encarcelamiento y diferencia étnica y cultural, señalando la incidencia del castigo en el proceso de asentamiento y consolidación de la dominación colonial (Harper 2001: 9). Como lo indica Edney, para el caso de Australia, el encarcelamiento de indígenas, tanto histórico como contemporáneo, forma parte de una estrategia que busca *crear* a las comunidades autóctonas como un grupo social y políticamente subordinado. Junto con las prácticas de desplazamiento y asentamiento territorial, la utilización del sistema penal contra los indígenas señala la existencia de un proceso de colonización aún en marcha que pretende “cultivar y perpetuar la alteridad de los pueblos indígenas” (2002: 220).⁶

165

internacional (...) se encuentran en situación de desigualdad frente a las elites de las etnias dominantes y de las clases que las integran; su administración y responsabilidad jurídico-política conciernen a las etnias dominantes, a las burguesías y oligarquías del gobierno central o a los aliados y subordinados del mismo; sus habitantes no participan en los más altos cargos políticos y militares del gobierno central, salvo en condición de “asimilados”; los derechos de sus habitantes y su situación económica, política, social y cultural son regulados e impuestos por el gobierno central” (2006: 409). Para un análisis de la relación entre colonialismo y epistemología, ver la serie de trabajos compilados en Lander (2003).

5. Las rutas de ingreso de indígenas a prisión son, ante todo, una construcción metodológica que se basa en la noción de tipo ideal de Weber (1973). En este sentido, no pretenden ser un “reflejo” de lo realmente existente sino ante todo una herramienta que permita aproximarse analíticamente a la situación que se estudia.

6. Esto no supone, por supuesto, que el derecho penal y la institución penitenciaria sean los principales o únicos campos en los que se verifica la subordinación. De hecho, como se verá más adelante en este texto, la institución penitenciaria se encuentra inserta en un arreglo institucional y de prácticas más amplio. En el caso australiano, por ejemplo, habría que agregar a lo anterior las políticas de remoción de los niños aborígenes de sus familias, las llamadas generaciones perdidas (Van Krieken 1999: 299). Con base en una perspectiva histórica Brown sostiene, por ejemplo, que las políticas y estrategias de “exceso penal” como el encarcelamiento masivo o la pena de muerte ejemplarizante no son innovaciones sino prácticas arraigadas en la modernidad penal, utilizadas y probadas en contextos coloniales, que se manifiestan cíclicamente. El fenómeno actual, en consecuencia, no representa una innovación o un cambio en la lógica de la penalidad moderna, como es el argumento de David Garland (2001), sino que forma parte de su propia lógica (2002: 404).

Por otra parte, la relación entre prisión e identidad se ha estudiado en el contexto del encarcelamiento masivo contemporáneo y su afectación diferencial sobre poblaciones minoritarias, étnica, nacional o culturalmente agrupadas. En efecto, la constatación cuantitativa de la representación excesiva en el sistema penitenciario de personas identificadas con base en su pertenencia étnica, racial o cultural, ha dado lugar a un fenómeno que ha sido descrito como desproporción penitenciaria.⁷ Posiblemente el ejemplo más dramático de esta tendencia, por su magnitud y repercusiones a escala global, es el caso estadounidense.⁸

La desproporción penitenciaria, igualmente, ha generado un intenso debate sobre las posibles relaciones entre las minorías étnicas y el sistema judicial y penitenciario que ha hecho que el factor “racial” o “étnico” cobre protagonismo para la interpretación de los sistemas punitivos frente a la tradicional preponderancia de las variables económicas.⁹

7. Desde la década de los años ochenta se ha presentado un cambio significativo en la composición de la población carcelaria en varios países, principalmente en Europa, Norteamérica y Oceanía. Las prisiones han pasado a recluir grupos poblacionales definidos en términos étnicos y raciales. En los países europeos el sistema penal se ha concentrado, principalmente, en las minorías étnicas y raciales formadas por los inmigrantes y sus descendientes. De hecho, en algunos países los extranjeros constituyen el 30 por ciento de la población carcelaria y, en ciertos centros industriales, alcanzan el 50 por ciento. En Gran Bretaña, mientras que las minorías étnicas constituyen apenas el 5 por ciento de la población del país, representan el 17 por ciento de la población reclusa masculina y el 24 por ciento de la femenina (Matthews 1999: 208). Albrecht señala que la utilización de la prisión ha disminuido en el caso de los alemanes nacionales desde finales de los años sesenta y que el aumento de las tasas de encarcelamiento se debe únicamente al “aumento cuantitativo de las minorías extranjeras” (1997: 81-82).

8. El sistema penitenciario de este país ha sextuplicado su tasa de encarcelamiento en tan sólo veinte años. Mientras que en 1970 mantenía una tasa de 110 personas presas por cada 100,000 habitantes, a mediados de la década de los años 90 alcanzó la cifra de 680 personas presas por cada 100,000 habitantes (Garland 2001: 5). Actualmente, la tasa de encarcelamiento en este país es de 750 por cada 100,000 habitantes (Alexander 2011: 6). Si la situación, en sí misma, resulta escalofriante, el panorama resulta aún más aciago cuando se analiza la composición de la población carcelaria. Las cifras muestran con claridad la concentración de los mecanismos de control penal en los grupos raciales minoritarios (Blumstein 1982 y 1993). La marcada concentración del sistema penitenciario en el control y sometimiento de la población negra ha hecho que autores como Jacobs (1995) sostengan que, en Estados Unidos, la prisión es una de las pocas instituciones controladas por los afroamericanos. Harto conocido es el análisis de este fenómeno realizado por Wacquant en el contexto europeo, situación que define asegurando que los “extranjeros y cuasi extranjeros serían los negros de Europa” (1999: 216).

9. La introducción de la perspectiva político-económica en el análisis de los sistemas punitivos europeos se presenta, principalmente, con los trabajos de Rusche (1979) y Rusche y Kirchheimer (1984) en su estudio clásico sobre la relación entre el mercado de trabajo y los sistemas punitivos. Para estos autores, el castigo como tal no existe, sólo existen sistemas concretos de castigo y prácticas específicas de criminalidad que dependen de las condiciones materiales de existencia de cada momento histórico. Dichos sistemas están regidos por lo que denominan como “principio de menor elegibilidad”, es decir, por el hecho de que las condiciones de vida en la prisión nunca deben ser mejores a las del sector más pobre y desposeído de la sociedad. En relación con el mercado laboral el sistema punitivo cumpliría tres funciones principales. En primer lugar, compensaría las imperfecciones del mercado incrementando los incentivos para vincularse a un puesto laboral legítimo, incluso en condiciones precarias. En segundo lugar, fortalecería la división entre los miembros respetables y no respetables del proletariado señalando simbólica y materialmente el peligro que supone la no participación en el mercado laboral. Por último, asumiría el control de aquellos que por su marginalización económica y/o social no pueden competir en el mercado y que no son insertados en el sistema de bienestar (Matthews 1999: 49). La actual situación de encarcelamiento masivo es descrita, por ejemplo, como una administración punitiva de la pobreza (Rivera 2005) o como una dictadura sobre los pobres (Wacquant 2005). A pesar de sus diferencias de énfasis y perspectivas,

Las explicaciones teóricas de la desproporción penitenciaria se han ocupado de dar cuenta de los factores que inciden en la concentración del sistema judicial y penitenciario en grupos humanos específicos, bien tratando de indagar si se está en presencia de un racismo institucional (Blumstein 1993; Tonry 1999) o si se trata de una manifestación cultural (Kahn 1999; Brown 2002; Simon 2002).¹⁰

Especialmente interesantes resultan los trabajos que indagan la presencia de una nueva estrategia de construcción del orden racial dentro del neoliberalismo (Wacquant 1999, 2000 y 2001). Desde esta perspectiva, en lugar de asumir que las divisiones raciales o culturales son preexistentes e independientes de los dispositivos de control, es necesario estudiar la manera en que éstos contribuyen a su creación. Como lo señala Wacquant, la prisión y las demás “instituciones peculiares” que históricamente han asumido la tarea de controlar y someter a las minorías raciales no se limitan simplemente a “procesar una división etnoracial que de cierta manera existiría fuera e independientemente de ellas. Más bien, cada una de ellas produce (o co-produce) esta división” (Wacquant 1999: 116-17). Este autor sostiene que para entender el actual “ennegrecimiento” de las prisiones en Estados Unidos es necesario “reubicar” a la institución penitenciaria dentro del contexto histórico de la dominación y división etnoracial sobre el que se ha edificado la nación (Wacquant 2001: 98-99). La actual prisión, junto con las demás “instituciones peculiares” –la esclavitud, el sistema de Jim Crow, el gueto urbano y la mezcla entre los vestigios del gueto y el aparato carcelario- históricamente han asumido la tarea de construir y reproducir las diferencias raciales para mantener la frontera arbitraria que separa a los afro americanos de las demás personas en los Estados Unidos, es decir, para construir un orden racial y nacional en el que no tienen cabida las minorías raciales negras y latinas (*Ibid.*, 116-117). La prisión, en consecuencia, debe ser estudiada ubicándola dentro de las demás instituciones que históricamente han sido empleadas para “definir, confinar y controlar” a las minorías raciales y garantizar, por medio de ellas, el mantenimiento del orden racial. Como lo señala Alexander, “el encarcelamiento masivo (...) ayuda a definir el significado y la importancia de la raza en América. En efecto, el estigma de

167

las interpretaciones brevemente reseñadas estudian la incidencia de los sistemas punitivos en la creación de un tipo de subjetividad específica, esto es, la constitución de los individuos como un “proletariado socialmente seguro” (Melossi y Pavarini, 1981: 148-149) o en la transformación de la “vida de los hombres en fuerza productiva” (Foucault 1999: 255), sin que los factores de pertenencia cultural o el género de los individuos sean relevantes para el análisis del funcionamiento de los sistemas punitivos en particular, ni para el análisis de los procesos de creación de identidades en general.

10. Blumstein sostiene que la desproporción racial se debe, principalmente, a las “diferencias raciales en el arresto” (1999: 386). En su opinión, si existe una inclinación racista dentro del sistema ésta no se encuentra en el proceso judicial sino en la labor policial, etapa en la que las personas negras son más vulnerables a la discriminación: “Incluso si concluimos que las diferencias raciales en la prisión no pueden ser atribuidas predominantemente a la discriminación tras el arresto, puede que siga existiendo una fuerte diferencia racial en la vulnerabilidad frente al arresto” (1999: 391). Otro grupo de trabajos se concentra en el análisis de las relaciones entre el origen nacional o racial y el tipo de delito que se comete. De este modo, la representación excesiva de ciertos grupos poblacionales en el sistema penal se debe en parte a la orientación de la política criminal en un momento dado. En este sentido, por ejemplo, Tonry sostiene que este fenómeno se debe, principalmente, a la política de guerra contra las drogas y a las diferencias raciales en la participación en el consumo de ciertas drogas y en la comisión de distintos tipos de crímenes (1999:402).

la criminalidad funciona de manera muy semejante a como ya lo hizo el estigma de la raza” (2011: 18).

La breve exposición de la discusión contemporánea sobre el encarcelamiento masivo étnica y culturalmente diferenciado permite extraer varias reflexiones pertinentes para el análisis que aquí se intenta desarrollar. En primer lugar, una reflexión contextual. Los análisis se producen en escenarios en los cuales las minorías tienen, o han tenido, un fuerte peso como mano de obra y se erigen como un actor económicamente relevante, bien sea la población afroamericana en los Estados Unidos o la población inmigrante extranjera no comunitaria en los países de la Unión Europea (Albrecht 1997; Cid 2005; Calavita 2003; Melosssi 2003). En segundo lugar, una reflexión identitaria. En estos contextos la identidad colectiva aparece como una cuestión fundamental para entender por qué los sistemas punitivos se concentran mayoritariamente en poblaciones definidas en términos de alteridad y, en este sentido, invitan a ubicar el estudio desde el punto de vista de la diada colonial/racial.¹¹

Es importante resaltar que, en la mayoría de los análisis reseñados, el discurso jurídico se entiende como un instrumento o reflejo de procesos estructurales más amplios y no juega un papel autónomo relevante. Por ello, para el análisis desarrollado en este texto se tienen en cuenta estas importantes afirmaciones con el propósito de formular una pregunta contextualmente distinta. La pregunta que informa este texto no es, por lo tanto, ¿por qué existe desproporción penitenciaria en el caso de los grupos étnicos y las minorías nacionales? En su lugar, la cuestión que quisiéramos plantar es ¿cómo llegan los indígenas a prisión en un contexto multicultural en el cual el discurso jurídico enuncia la autonomía jurisdiccional de los pueblos indígenas? En lo que sigue de este texto justificamos por qué creemos que la pregunta es relevante y cómo intentamos responderla.

II. El Indígena en prisión

En los últimos años el sistema penitenciario y carcelario colombiano ha experimentado un crecimiento importante. Por una parte, en términos de infraestructura, en diez años ha aumentado su capacidad de albergue en cerca de 23.616 cupos, representados en la construcción de los llamados *Establecimientos de Reclusión de Tercera Generación* (Ariza 2011). Por otra parte, el número de personas privadas de la libertad ha aumentado significativamente, pasando de una tasa de encarcelamiento de 100 por cien mil habitantes en el año 1992 a una cercana a las 231 personas para el año 2010.¹² Esta tendencia expansionista, no obstante, parece no haber alcanzado con la misma intensidad a los pueblos indígenas de

11. En Canadá, por ejemplo, los diferentes reportes sobre el encarcelamiento desproporcionado de indígenas señalan que la explicación más plausible es la persistencia del legado colonial. Al respecto, ver el informe de Jonathan Rudin “Aboriginal Peoples and the Criminal Justice System”, mayo 31 de 2007, dentro de la *Ipperwash Inquiry*. Disponible en: http://www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca/inquiries/ipperwash/policy_part/research/pdf/Rudin.pdf

12. Instituto Nacional Penitenciario de Colombia, INPEC. Situación Penitenciaria y Carcelaria 1993-2012. Para un análisis detallado del sistema penitenciario colombiano, ver Iturralde (2011).

Colombia. En efecto, su participación en la población carcelaria y penitenciaria general se ha mantenido constante en los últimos años y, en este sentido, guarda cierta “proporción” frente al peso demográfico de los pueblos indígenas dentro de la población colombiana.¹³

En efecto, según las estadísticas disponibles suministradas por el Instituto Carcelario y Penitenciario INPEC¹⁴, el total de indígenas reclusos en los distintos centros penitenciarios del país ascendía a 663, de los cuales, 625 (94%) son hombres y 38 (6%) mujeres. Esto supone una representación proporcional si se tiene en cuenta que el número total de personas reclusas en Colombia, para el mismo año, alcanza la cifra de 100. 141 personas presas. En cuanto a la situación jurídica de estos indígenas, 539 (82%) se encuentran condenados, 122 (18%) sindicados y 2 (0%) presentaban inconsistencias. Respecto al tiempo de condena, 140 indígenas (120 hombres y 20 mujeres) fueron condenados a penas entre 1 a 5 años; 171 (162 hombres y 9 mujeres) con penas entre 5 a 10 años; 140 (137 hombres y 3 mujeres) con penas entre 10 a 20 años; 78 (75 hombres y 3 mujeres) con penas entre 20 a 40 años y 10 (9 hombres y una mujer) purgan penas de más de 40 años.

En relación con los delitos cometidos por indígenas¹⁵, en los hombres el homicidio es el más reiterado con 199 casos. Siguen en su orden los delitos tipificados dentro del marco de la Ley 30 de 1986 (Estatuto Nacional Estupefacientes) con 117 casos, el hurto con 59, el acceso carnal violento con 53, el concierto para delinquir con 30, el secuestro con 28, otros delitos¹⁶ con 28 casos, rebelión con 26, diversas tipologías de delitos que implican actos sexuales con 25 casos, fabricación y transporte de armas con 22, extorsión con 21 y lesiones personales con 17 casos. En las mujeres indígenas, los delitos de mayor reiteración son los tipificados en la Ley 30 de 1986 con 24 casos, seguido por el homicidio con 6, rebelión con 3, otros delitos¹⁷ con 3 casos, secuestro con 1 y concierto para delinquir con 1 caso.¹⁸

169

13. Las cifras oficiales señalan que en el 2005, año del último censo disponible, 1.392.623 personas se identificaron como pertenecientes a un pueblo indígena. Esto supone que representan el 3,4% de la población del país. Departamento Administrativo Nacional de Estadística (2007). *Colombia. Una nación multicultural*. Disponible en: http://www.dane.gov.co/files/censo2005/etnia/sys/colombia_nacion.pdf. Visitado el 6 de Agosto de 2012.

14. Información Estadística a 2009.

15. Las cifras corresponde a los delitos cometidos por indígenas sindicados y condenados. Esta aclaración se extiende a las cifras presentadas en el caso de mujeres indígenas.

16. Los delitos a que se hace referencia son: violencia familiar 7 casos, terrorismo 4, fuga de presos 3, apoderamiento de hidrocarburos 3, conservación o plantación de cultivos ilícitos 2 casos, inasistencia alimentaria 2, receptación 2, tortura 2, constreñimiento ilegal 1, amenazas 1 y peculado por apropiación 1 caso.

17. Los delitos a que se hace referencia son: terrorismo, 2 casos y captación masiva y habitual de dinero del público, 1 caso.

18. La mayor participación de las mujeres con una identidad étnica o nacional diferenciado en los delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes parece ser una constante en distintos contextos. López, Martín y Vega (2003) señalan que en España la mayoría de las mujeres extranjeras en prisión se encuentran reclusas por delitos contra la salud pública: “En 1998, el 30% de las mujeres en prisión por delitos contra la salud pública eran “no nacionales”, un 36% de las mismas procedía del denominado “triángulo de la coca” (Colombia, Ecuador y Perú), y un 10% de Marruecos, generalmente acusadas de traficar con hachís” (2003: 20). La misma perspectiva es utilizada por Albrecht (1997) en el caso alemán. En su opinión, la participación de algunas minorías étnicas en el mercado negro, particularmente en el de las drogas, hace que cuenten con una alta probabilidad de recibir prisión preventiva o sentencias de prisión. En sus palabras, “esta situación no refleja una preocupación por las minorías étnicas sino por las drogas ilegales que siguen generando reacciones masivas del sistema penal” (1997: 37). Para

Finalmente, los datos de la población reclusa indígena por etnias, indican que el mayor número de indígenas encarcelados corresponde al pueblo indígena Nasa con 209 indígenas reclusos, seguido en su orden por la etnia Pasto con 54, Inga 45, Coyaima 44, Wayuu 32, Embera-Katio 24, Embera 21, Senú 21, Guambiano 20, Yanacona 18, Kamentsá 16, Tikuna 13, Cañamomo 11, Uitoto 11, Embera-Chamí 10, otras etnias¹⁹ con menos de 10 internos 67 y 47 casos de indígenas con inconsistencias respecto de la identificación de la etnia a la que pertenecen.

La participación proporcional de indígenas en el sistema penitenciario colombiano, no obstante, debe tomarse con precaución. En efecto, la categoría “pueblo indígena” puede hacer suponer la unidad del sujeto y la homogeneidad en los efectos del proceso. Esto es lo que sucede, por ejemplo, con las categorías raciales y sus indicadores semánticos. El caso de la categoría “inmigrantes” es significativo en este caso.²⁰ La noción “pueblo indígena”, en el contexto colombiano, agrupa a 82 comunidades diferentes. Por ello, a pesar de que globalmente las cifras no muestran la existencia de “desproporción” puede que exista en el caso de una comunidad indígena en particular. Así, si se comparara el peso del encarcelamiento sufrido por dicha comunidad en relación con la población colombiana en general, es razonable pensar que exista un impacto diferenciado, no sólo medido en términos cuantitativos sino cualitativos.

III. Las rutas de entrada del indígena a prisión

170

¿Cómo se puede analizar la relación entre el discurso penal y penitenciario y la diferencia étnica y cultural en ausencia de desproporción penitenciaria? Vale la pena señalar que la ausencia de este fenómeno no necesariamente supone que la prisión sea

el caso Argentino, ver Centro de Estudios Legales y Sociales (2009). La misma perspectiva es utilizada por Albrecht (1997) en el caso alemán. En su opinión, la participación de algunas minorías étnicas en el mercado negro, particularmente en el de las drogas, hace que cuenten con una alta probabilidad de recibir prisión preventiva o sentencias de prisión. En sus palabras, “esta situación no refleja una preocupación por las minorías étnicas sino por las drogas ilegales que siguen generando reacciones masivas del sistema penal” (1997: 37).

19. Estas etnias son: Arahuaco (9), Awa (7), Coconuco (5), Sicuani (5), Totoro (5), Siona (4), U’wa (4), Dujos (3), Gainsa (3), Kogui (3), Coreguaje (2), Kubeo (2) y Wiwa (2). Las siguientes etnias reportan un indígena recluso: Achagua, Andoke, Bora, Cocama, Desano, Guayabero, Kuiba, Kurripaco, Puinave, Saliba, Tucano, Yagua y Yuko.

20. En efecto, el uso de esta categoría en el contexto de la Unión Europea puede hacer creer, por ejemplo, que la población inmigrante sufre por igual el encierro penitenciario. Una desagregación de las cifras por nacionalidad muestra que esto no es así. Porcentualmente, la representación de los extranjeros en las prisiones españolas ha pasado del 19,93% en el año 2000 al 35,51% en el año 2010. Si se tiene en cuenta que según las cifras oficiales los extranjeros suponen el 9% de la población total española, su excesiva y desproporcionada presencia en el medio carcelario resulta aún más dramática. Expuesto de otra manera, una de cada tres personas presas en España es extranjera; los inmigrantes dan cuenta del 75% de los nuevos ingresos a prisión. Las personas agrupadas alrededor de tres nacionalidades -marroquíes, rumanos y colombianos- dan cuenta de cerca del 46% de los extranjeros presos en España. La excesiva presencia de estos grupos se relaciona estrechamente con el énfasis en la persecución del tráfico de estupefacientes; de hecho, la mayoría de los ingresos a prisión son por delitos menores cometidos contra la propiedad y el tráfico de drogas (Ariza 2012).

una institución superflua para el gobierno de los pueblos indígenas en el contexto local. Si bien, históricamente, otras instituciones han cumplido un papel protagónico en la segregación espacial como una estrategia de conservación y reproducción de la población indígena, -como los pueblos de indios coloniales (Morner 1963 y 1999) y los resguardos republicanos (Tello 1986)-, el manejo de la “criminalidad indígena” muestra, por una parte, cómo construye el discurso jurídico las respuestas al comportamiento criminal de sujetos étnica y culturalmente diferenciados y, en este proceso, enseña el proceso de elaboración de la propia categoría “indígena” para efectos del reconocimiento de aplicación de un régimen punitivo particular. Por otra, permite entender por qué, en un contexto de reconocimiento constitucional de la autonomía indígena bajo la forma de una jurisdicción especial, se encuentran indígenas en centros carcelarios y penitenciarios, más allá de la hipótesis del incumplimiento de normas nacionales e internacionales (Quintero 2011).

Esta aparente paradoja puede ser analizada con base en las rutas de entrada de los indígenas a las prisiones colombianas. Los diferentes caminos institucionales indican, cada uno de ellos, tensiones y relaciones particulares entre los pueblos indígenas y el Estado colombiano que no pueden ser reducidas a un único factor determinante o explicativo de la presencia –proporcional o no- de indígenas en prisiones. El propósito, por lo tanto, de esta tipología de rutas de ingreso de los indígenas a prisión es mostrar los distintos factores que inciden en el encarcelamiento de indígenas: factores contextuales de política criminal, la persistencia del colonialismo interno en el discurso jurídico local y la atrofia institucional de las autoridades propias. Con independencia de las rutas y sus peculiaridades, cada una de ellas conduce por un camino distinto a un indígena al encierro penitenciario para que, al final, todas ellas confluyan en la cárcel kapuria como principal institución para dar respuesta al reto del indígena en conflicto con el derecho penal colombiano.

171

La ruta invisible

La invisibilidad y la ausencia de reconocimiento son actitudes sociales e institucionales que producen efectos profundamente nocivos sobre aquellos sujetos que reivindican una identidad especial (Taylor 1994 y 2001; Bonilla 2006). En este caso, el principal efecto que se genera es la negación misma de la existencia de un sujeto étnica y culturalmente diferenciado y, por ello, hará que ni siquiera exista en las cifras, que no aparezca en los censos.

La ruta invisible que conduce a un indígena a prisión se manifiesta de dos maneras diferentes. Por una parte, cuando en el proceso judicial no se hace visible su pertenencia étnica ni se indaga acerca de la misma por parte de los operadores jurídicos e institucionales.²¹ En este caso, la inexistencia o precariedad de una ruta de atención

21. Las rutas especiales de atención institucional diferenciada son un componente importante del desarrollo del principio de enfoque diferencial. Esto supone que las entidades e instituciones del Estado deben diseñar e incorporar protocolos de actuación específicamente dirigidos a la atención de los miembros. Un ejemplo de esto lo constituye el Protocolo para la Atención Especializada a Grupos Étnicos de la Defensoría del Pueblo. En dicho protocolo incluye la siguiente pregunta para la fase inicial de atención: “En caso de que la pertenencia a un grupo étnico no sea notoria se preguntará al peticionario “usted pertenece a un grupo étnico”? : Si ___ / No ___”. Defensoría del Pueblo de Colombia.

penal diferenciada hace que el sujeto étnica y culturalmente diferenciado no tenga la oportunidad de expresar su diferencia en el procedimiento y, por ello, el trámite se surtirá sin su presencia a pesar de su comparecencia física.²²

Esta ruta afectará especialmente a aquellos indígenas que no alegan su condición al momento de la imputación de cargos o en las distintas etapas del proceso penal. En otras palabras, los indígenas encausados, las autoridades indígenas e incluso la defensa técnica, jamás plantean el conflicto de competencias. Este factor impide que se surta el debido proceso y le niega la oportunidad al interesado de que su proceso sea del conocimiento de su juez natural; así, en los casos pertinentes, impide que dentro del proceso penal se examinen las particularidades que exige el enjuiciamiento de indígenas surtido a través de la jurisdicción ordinaria. Este aspecto constituye uno de los factores de mayor tensión entre las jurisdicciones y no es extraño que la condición se alegue sólo hasta después de haberse purgado la pena por parte del indígena encausado.²³

Por otra parte, cuando la Junta de Asignación de Patios guarda el mismo silencio en la clasificación penitenciaria para la asignación de patios y celdas, bien por una actitud desenfadada ante la diferencia étnica y cultural o por la inexistencia clara de protocolos que incluyan criterios de actuación que respondan a las exigencias de un enfoque diferencial. La Ley 65 de 1993, el actual Código Penitenciario y Carcelario de Colombia, no establece procedimientos ni criterios para la ejecución penitenciaria de los miembros de pueblos indígenas que ingresan a los centros de reclusión del país. Esto ha hecho que los procedimientos de clasificación se hayan realizado a través de acuerdos y circulares del Instituto Penitenciario y Carcelario de Colombia, dejando su aplicación en manos de la Junta de Clasificación y Asignación de Patios de cada uno de los establecimientos penitenciarios.²⁴ Si la invisibilización en los estrados judiciales es reiterada en las instancias encargadas de la ejecución de la pena, el indígena desaparecerá en medio de un oscuro y húmedo patio de cualquiera de los centros penitenciarios y carcelarios del país. Este es posiblemente uno de

172

Defensoría Delegada para Indígenas y Minorías Étnicas. Protocolo para la Atención Especializada a Grupos Étnicos, Bogotá, Noviembre de 2011, página 19. Disponible en: http://www.defensoria.org.co/red/anexos/pdf/04/protocolo_at_esp_gruposetnicos.pdf

22. Los formatos de interrogatorio al indiciado FPI-15, ni la Diligencia de Indagatoria, por ejemplo, no incluyen casillas o espacios que le indiquen al funcionario la necesidad de indagar por la pertenencia étnica o cultural de la persona vinculada a un procedimiento penal. Tampoco se incluye de manera rutinaria este paso ante los Jueces de Control de Garantías.

23. Sobre este aspecto es de suma importancia el relato que hace Gómez Valencia (2000: 120) al identificar el pragmatismo con el que actúan la mayoría de las etnias cuando se trata de alegar el factor de competencia. Este pragmatismo, que en algunos momentos también puede ser “cómplice” de la no certificación de pertenencia, lleva a que las reclamaciones de jurisdicción se hagan teniendo en cuenta aspectos tales como: a) el estado de avance del proceso en la jurisdicción ordinaria, el tipo de delito, por ejemplo, si es un homicidio se prefiere que continúe en dicha jurisdicción; b) dependiendo de la importancia política que para la organización representa el indígena que está siendo procesado; c) la consideración a priori de que el indígena procesado es responsable del delito y que merece cualquier tipo de pena que se le imponga, sin importar la autoridad que profiera dicha determinación.

24. El Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, ha definido un protocolo para la reclusión de indígenas, el cual, sin embargo, resulta de difícil aplicación. Al respecto, ver. Directiva Permanente 000022 sobre Población Indígena Privada de la Libertad en Establecimientos de Reclusión del Orden Nacional, INPEC, 6 de diciembre de 2011.

los principales vestigios del colonialismo interno, la suposición de la homogeneidad de la población y la consecuente indiferencia institucional ante la presencia indígena.

La ruta jurisdiccional

A diferencia de la ruta invisible, que conduce a la anónima desaparición del indígena dentro del entramado judicial penitenciario, la ruta jurisdiccional supone, como punto de activación, que existe una declaración de identidad por parte del sujeto juzgado. Dicha declaración puede producirse en cualquier momento del camino e, incluso, cuando este ha llevado a un (a) indígena hasta las puertas de una prisión.

La puesta en marcha de la ruta jurisdiccional supone, al mismo tiempo, la activación de dos campos discursivos especiales -al interior del discurso judicial más amplio- para resolver la incómoda y siempre difícil cuestión de la presencia indígena en los estrados judiciales. Por una parte, mueve el campo de la dogmática penal formal y abstracta, la cual intentará traducir la conducta del indígena en los términos de sus categorías para hacerla inteligible, para convertirla en un insumo fáctico que le permita resolver problemas teóricos autónomamente definidos. Por otra parte, activa el campo constitucional, en cuya sede se decidirán los criterios para definir cuáles individuos, por qué tipo de conductas realizadas en qué lugares, pueden ser juzgados por la jurisdicción especial indígena. También definirá cuál es el alcance del poder punitivo de los pueblos indígenas y su relación con la vigencia de los derechos humanos en contextos multiculturales.

173

La dogmática penal y el indígena criminal

En cuanto al campo de la dogmática penal, la discusión se ha concentrado en la pertinencia de tres enunciados discursivos principales para gestionar el reto que supone traducir a las categorías formales y abstractas del discurso penal la cuestión del indígena criminal. En primer lugar, el alcance y corrección política de la inimputabilidad. En segundo lugar, la doctrina del error invencible de prohibición y, por último, la doctrina de la responsabilidad sin consecuencias penales. El indígena que ha sido asumido por la justicia penal ordinaria terminará o no en prisión dependiendo de la forma cómo se apliquen estas categorías a su situación particular.

Históricamente, la categoría dominante para explicar la conducta del indígena “criminal” ha sido la inimputabilidad.²⁵ Con base en los debates jurisprudenciales y

25. Para un análisis detallado de este tema ver, Ariza (2009), capítulo 4. Reyes Echandía, uno de los principales representantes del formalismo penal colombiano, explicaba de la siguiente manera la criminalidad del indígena: “Su criminalidad no depende entonces de una inmadurez mental intrínsecamente considerada, vale decir, referida solamente a su edad, ni de enfermedad mental (para citar las fuentes naturales de inimputabilidad), sino de falla en los mecanismos de adaptación social, determinada casi siempre por una incursión brusca a un medio cultural hasta entonces desconocido para ellos. En la medida en que vayan conociendo, comprendiendo y asimilando las normas éticas, culturales y legales que rigen la vida de relación en ese conglomerado gobernante, podrán comportarse adecuadamente” (1989: 61). Pérez aseguraba lo siguiente: “Si con el régimen de excepción se pretende respetar las costumbres de los aborígenes, debe darse autoridad al jefe de la tribu para castigar. Pero si

doctrinales en torno al significado de la Ley 89 de 1890²⁶ y su relación con el Código Penal de 1936, es decir, la discusión sobre si los indígenas en estado de “salvajismo” se encontraban excluidos de la legislación general, la jurisprudencia nacional llegó a una solución que marcaría, durante años, la suerte de los indígenas en los estrados penales:

“No es que el indígena se considere o pueda ser considerado como un deficiente mental en el sentido patológico de la expresión. El indígena no es un frenasténico, ni un imbécil, ni un perturbado mental, aquejado de morbosidad, sino la persona a quien el grado incipiente de cultura social le impide comprender, en el momento de la ejecución del hecho, la ilicitud de sus acciones, y arreglarlas conforme a los valores exigentes que gobiernan la vida de los pueblos civilizados”.²⁷

La anterior solución se vería modificada varios años después, esta vez en el foro constitucional. La responsabilidad penal del indígena en Colombia, adquiere un tratamiento

se desea aprovechar la ocasión del delito para hacer sentir al criminal la necesidad de amoldarse a las normas sociales generales, el indígena debe ser tratado como cualquier otro hombre cuya mentalidad no estuviera acorde con las normas de conducta aceptadas comúnmente” (1967: 382). Por su parte, Pabón ofrece la siguiente respuesta: “Por tanto el análisis de la imputabilidad del indígena supone el estudio detenido de su mentalidad en el momento de comisión de la acción, que valore el nivel de conocimiento, asimilación y vivencia de los parámetros de comportamiento exigidos, de una evaluación negativa no surge ningún fundamento para la imposición punitiva, sino la exigencia, que tiene características más de obligación estatal que de sanción, de retornarlo a su ambiente originario: hipótesis, examinada la jurisprudencia sobre el tema, que nos parece del todo excepcional pues ante la referida determinación positiva, hoy por hoy de mayor frecuencia, dada la extensión compartida del espectro cultural de las minorías étnicas se impone la derivación de la plena imputabilidad penal” (2000: 138).

26. La ley 89 de 1890, “Por la cual se determina la manera como deben ser gobernados los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada”, estuvo vigente hasta el año de 1996, cuando algunos de sus apartes fueron declarados inconstitucionales por la Corte Constitucional en la sentencia C-139 de 1996. Esta ley señalaba, entre otros asuntos, lo siguiente: “la legislación general de la República no regirá entre los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada por medio de Misiones. En consecuencia, el Gobierno, de acuerdo con la Autoridad eclesiástica, determinará la manera como esas incipientes sociedades deban ser gobernadas”.

27. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Magistrado Ponente: José María Velasco Guerrero. Bogotá, 14 de mayo de 1970. Gaceta Judicial 2326, 2327 y 2328, p. 314. Esta sentencia cierra temporalmente el debate abierto en una serie de decisiones (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia 23 de julio de 1948. Gaceta judicial 2064-2065; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia septiembre 22 de 1950; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, veinte de septiembre de 1984. Magistrado ponente: Luis Enrique Aldana Roza. Gaceta Judicial 2416) que mostraban una postura poco clara frente al manejo penal del indígena. Igualmente, se acercaba a las discusiones doctrinales que ofrecían un remedio claro a esta situación: “Frente al delito del aborigen ha de practicarse cuidadoso examen pericial para explorar los planos biológico, psicológico y sociocultural de su personalidad; con base en tal estudio habrá de ser calificado como imputable o inimputable; si lo primero, estará sujeto a las consecuencias punitivas ordinarias –penas- si se demuestra, además, que su conducta es típicamente antijurídica y culpable; si lo segundo, y siempre que el anterior presupuesto se haya comprobado, se le someterá a medida asegurativa, preferencialmente colonia agrícola especial (...)”. Intervención de Alfonso Reyes Echandía en la Comisión de 1974, Acta N° 9, p.85. En el Código Penal de 1980, finalmente, la cuestión del indígena delincuente quedó consignada en el inciso tercero del artículo 96 en los siguientes términos: “Cuando se tratare de indígena inimputable por inmadurez psicológica, la medida consistirá en la reintegración a su medio ambiente natural”. Este inciso fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en la sentencia C-176 de 1993.

especial luego de la Sentencia T-496 de 1996. En esta sentencia, la Corte Constitucional explica cómo debe entenderse, desde el discurso jurídico, el comportamiento criminal del indígena:

“Por el contrario, de lo que se trata, es de cambiar la perspectiva del análisis, ya no fundada en un concepto de inmadurez psicológica, sino en la diferencia de racionalidad y cosmovisión que tienen los pueblos indígenas. El juez, en cada caso, debe hacer un estudio sobre la situación particular del indígena, observando su nivel de conciencia étnica y el grado de influencia de los valores occidentales hegemónicos, para tratar de establecer si conforme a sus parámetros culturales, sabía que estaba cometiendo un acto ilícito. De determinarse la falta de comprensión del contenido y alcance social de su conducta, el juez deberá concluir que ésta es producto de una **DIFERENCIA** valorativa y no de una **INFERIORIDAD** en las capacidades intelecto-volitivas; en consecuencia ordenará devolver al indígena a su comunidad para que sea juzgado por sus propias autoridades”.²⁸

Posteriormente, la sentencia C-370 de 2002 de la Corte Constitucional establece una serie de criterios que “afinan” el funcionamiento del formalismo penal en materia de tratamiento del indígena en conflicto con la ley penal, girándolo hacia la doctrina del error invencible de prohibición. En este pronunciamiento, la Corte Constitucional declaró inexecutable el artículo 73 y el numeral 4° del artículo 69 del Código Penal que preceptuaban y desarrollaban “*la reintegración al medio cultural propio*”, como medida de seguridad para los “*inimputables por diversidad sociocultural*”. No obstante la declaratoria de inexecutable de los preceptos normativos antes citados y pese al prolijo discurso sobre la carga discriminatoria que dichos preceptos contenían, la Corte Constitucional decretó la executable condicionada de la “*inimputabilidad por diversidad sociocultural*” bajo dos entendidos: “*i) que, la inimputabilidad no se deriva de una incapacidad sino de una cosmovisión diferente, y ii) que en casos de error invencible de prohibición proveniente de esa diversidad cultural, la persona debe ser absuelta y no declarada inimputable*”.²⁹

En aquellos eventos en que un indígena haya realizado una conducta típica y antijurídica, el funcionario judicial debe examinar si se presenta alguna de las causales de exclusión de la responsabilidad previstas por el estatuto penal, y en particular si hubo o no un error invencible de prohibición. Si existe el error invencible de prohibición, el individuo en esas circunstancias debe ser absuelto, y no declarado inimputable. Igualmente, en dicha decisión se condicionó el alcance de la figura de la inimputabilidad por diversidad sociocultural a fin de eliminarle su sentido sancionatorio y su connotación despectiva. Para ello, se ordenó tener en cuenta que las medidas de seguridad para los inimputables tienen, como lo señala el artículo 5° del estatuto penal, funciones de protección, curación, tutela y rehabilitación. En esta misma decisión la Corte Constitucional introduce la doctrina de la responsabilidad sin consecuencias penales para los indígenas: “El inimputable por

28. Constitucional, sentencia T-496 de 1996. Magistrado ponente, Carlos Gaviria Díaz.

29. Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-370 de 2002.

razones de diversidad cultural responde penalmente y el proceso, mientras el legislador no armonice la jurisdicción indígena con la nacional, debe llevarse hasta su culminación (salvo que existan causales de cesación o preclusión) pero no se le impone ninguna medida de seguridad. Es un caso de responsabilidad sin consecuencias penales”.³⁰

La jurisdicción especial indígena

El segundo campo es el análisis constitucional de la jurisdicción especial indígena (JEI).³¹ La JEI, consagrada en los artículos 7 y 246 de la Constitución colombiana de 1991, establece el reconocimiento, la protección de la diversidad étnica y la garantía del ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de las autoridades tradicionales, las cuales deben ser ejercidas dentro de su ámbito territorial de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que éstos no sean contrarios a la Constitución y las leyes de la República.³²

El reconocimiento de la jurisdicción especial indígena se deriva del “*fuero indígena*”, que es la garantía constitucional y el derecho fundamental que tienen los miembros de las comunidades indígenas a ser juzgados por sus propias autoridades y a través de las normas, los procesos y procedimientos propios, es decir, acordes a su cosmovisión. En este sentido, las decisiones adoptadas por las autoridades tradicionales en ejercicio de su función jurisdiccional, son obligatorias para las autoridades del Estado Colombiano.³³

176

30. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-370 de 2002. M.P. Eduardo Montealegre Lynett. Para un análisis detallado de esta sentencia ver: Zambrano (2004).

31. Para un análisis de la Jurisdicción Especial Indígena, ver Ariza (2005); Borrero (2003); Piñacué (1997); Sánchez (2001) y Sánchez y Jaramillo (2000). La jurisdicción especial indígena, como lo señala acertadamente Gómez Valencia (2000: 120), nace de un factor casual al interior de la Asamblea Nacional Constituyente, más que de un consenso y voluntad de las comunidades indígenas. Prueba del origen causal de la mencionada jurisdicción, es que para 1991 las plataformas ideológicas y políticas de las organizaciones indígenas más representativas del país, como el Consejo Regional Indígena del Cauca CRIC y la Organización Nacional Indígena de Colombia ONIC, no contemplaban en ninguno de sus apartes reivindicaciones sobre este derecho. Como es recalado por el autor en cita, esta particular situación obedeció a factores pragmáticos con que las etnias indígenas andinas han asumido históricamente la interlocución con la justicia nacional, donde la premisa siempre había sido “remitir a ella aquellos indígenas y/o casos que, en concepto de las autoridades étnicas, no están en condiciones de solucionar con sus métodos de control y sanción social internos o cuya aplicación no haría más que acrecentar el conflicto”. Este argumento sigue siendo aún la constante en las comunidades indígenas andinas como los Paeces, los Guambianos, Yanaconas, Coconucos, los Inganos, los Kamentsá, los Pastos, pero de menor entidad en las comunidades indígenas de los litorales, la Sierra Nevada de Santa Marta y las tribus de la Amazonía y la Orinoquia. Este aserto es verificado fácilmente, cuando se contrastan las cifras de la población indígena suministradas en este estudio.

32. Según el texto constitucional, la protección reforzada, el status, la autonomía y el fuero de las comunidades indígenas, abarca distintos preceptos a saber: a) sujetos de especial protección (artículo 13, inciso 2º C.P.); b) circunscripción especial para la elección de Senadores y Representantes (CP artículos 171 y 176); c) funciones jurisdiccionales en su ámbito territorial y de acuerdo con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución o a las leyes (CP artículo 246); d) gobierno a través de autoridades tradicionales según sus “usos y costumbres” de conformidad con la Constitución y la ley (CP artículo 330); e) territorios o resguardos de propiedad colectiva, no enajenables, inalienables, imprescriptibles e inembargables (CP artículos 63 y 329).

33. La Corte Constitucional en la Sentencia T-552 de 2003, señaló los cuatro elementos que caracterizan a la jurisdicción especial indígena: “Un elemento humano, que consiste en la existencia de un grupo diferenciable por su origen étnico y por la persistencia diferenciada de su identidad cultural. Un elemento orgánico, esto es la existencia de autoridades tradicionales que ejerzan una función de

El fuero indígena tiene límites y los mismos se concretarán dependiendo de las circunstancias particulares de cada caso, dependiendo de la manera como se conjuguen tres elementos: uno de carácter personal, que señala que el indígena debe ser juzgado de acuerdo con las normas y las autoridades propias de su comunidad (fuero personal); uno de carácter geográfico, que dispone que cada comunidad puede juzgar las conductas ocurridas la interior de su territorio (fuero territorial), reiterando una vez más, que dicho juzgamiento obedecerá a las normas y procedimientos propios y, un último aspecto de carácter objetivo, referido a la calidad del sujeto o del objeto sobre los que recae la conducta delictiva.

En suma, la coordinación entre este tipo de fueros (personal y territorial) y del elemento objetivo, es la que permite la activación -o no- de la competencia de la jurisdicción penal ordinaria para el juzgamiento y condena de indígenas por parte de jueces diferentes al natural. Es precisamente aquí, en la inexistencia de normas de coordinación entre jurisdicciones, donde las tensiones y los conflictos de competencia se multiplican y magnifican y los conflictos terminan siendo dirimidos por órganos jurisdiccionales.³⁴

La puesta en marcha de la JEI ha supuesto, sin duda, un reto enorme para los operadores jurídicos locales. La creación jurisprudencial de reglas para determinar cuáles personas pueden ser reputadas como indígenas para efectos jurisdiccionales, por qué tipo de conductas, realizadas en qué lugares, se ha visto permeada por tendencias que responde a factores explicativos diferentes, aunque relacionados entre sí. Por una parte, una tendencia poscolonial que tiende a definir la identidad de los sujetos étnica y culturalmente diferenciados de manera heterónoma, es decir, de acuerdo con los propios enunciados y conceptos del discurso hegemónico sobre la alteridad. En este caso, para ser indígena, es necesario vivir en un lugar (el territorio ancestral por oposición a la ciudad) y comportarse como tal (de manera tradicional, arraigado en la naturaleza), para no ser reputado como asimilado, como un indígena que ha dejado de ser.

177

Cuando en la ruta jurisdiccional se establece que el individuo que reclama el fuero y que posee una identidad diferenciada debe ser juzgado de acuerdo a las normas y procedimientos del derecho penal estatal, es extraído de su comunidad, de su pueblo y su identidad. En este caso, los indígenas son asumidos como suyos, como su cuestión soberana por la parte de la justicia del Estado colombiano. Los indígenas que transitan esta ruta son aquellos que por su cercanía a la sociedad urbana y al modo de vida propio del colombiano que no se identifica como indígena, se reputan *asimilados*. El indígena asimilado o que conoce los dos mundos será, como regla general, juzgado por

control social en sus comunidades. Un elemento normativo, conforme al cual la respectiva comunidad se rija por un sistema jurídico propio conformado a partir de las prácticas y usos tradicionales, tanto en materia sustantiva como procedimental. Un ámbito geográfico, en cuanto la norma que establece la jurisdicción indígena remite al territorio, el cual según la propia Constitución, en su artículo 329, deberá conformarse con sujeción a la ley y delimitarse por el gobierno con participación de las comunidades. Un factor de congruencia, en la medida en que el orden jurídico tradicional de estas comunidades no puede resultar contrario a la Constitución ni a la ley”.

34. Para un análisis de la forma como el Consejo Superior de la Judicatura ha resuelto los conflictos jurisdiccionales en esta materia, ver González (2007).

la jurisdicción penal ordinaria. Esta tendencia se ha apoyado de manera fuerte en los peritajes de expertos provenientes de la antropología.³⁵

Además de la tendencia poscolonial, otro factor explicativo que incide en el encarcelamiento de indígenas como consecuencia de su exclusión de la jurisdicción especial se relaciona con la política criminal del Estado colombiano. Ciertas conductas típicas cometidas por indígenas –con independencia de la afirmación de su identidad diferenciada– son excluidas en todo tiempo y lugar de la competencia de las autoridades tradicionales. En este caso, el legado colonial se une con las necesidades contextuales de política criminal –la guerra contra el narcotráfico y el conflicto armado– para enviar al indígena a prisión. El “narco indígena” o el indígena subversivo y terrorista son los ejemplos más significativos.

Cuadro 1 | Rutas del encarcelamiento indígena

Ruta	Tendencia explicativa	Manifestación institucional	Identidad indígena
Invisible	Colonialismo interno	Inexistencia de enfoque diferencial en el procedimiento penal y carcelario	Invisible
Jurisdiccional	Colonialismo interno/Política criminal	Dogmática penal formal/ Definición del alcance de la JEI	Degradada/asimilada
Renuncia	Colonialismo interno	Definición del alcance de la JEI	Disponible/rechazada
Indígena	Colonialismo interno/ Atrofia institucional indígena/ hipertrofia institucional estatal	Jurisdicción Especial Indígena /Trasplantes institucionales	Indígena peligroso Indígena rechazado: negación de pertenencia/no certificación

178

35. El dictamen antropológico surtido dentro del proceso, juega un papel definitivo en la situación del indígena o de quienes alegan serlo, esto por cuanto sus resultados condicionan el proceso de adjudicación. Es así como el dictamen antropológico tiene el poder para desvirtuar la calidad de indígena alegada; pero, contrario sensu, puede identificar y certificar la identidad de un individuo como indígena y puede establecer su grado de correspondencia con la cosmovisión de la etnia a la que pertenece. Por otra parte, dicho dictamen también puede ubicar al indígena procesado dentro del escenario de la inimputabilidad penal y finalmente, puede determinar si la actuación del indígena encausado se encuentra dentro del error de prohibición culturalmente condicionado, esto si conceptúa que al momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica, el indígena no tuvo, dada su diversidad sociocultural, la capacidad de comprender la ilicitud de su comportamiento, o posibilidad de determinarse con base en esa comprensión. Para un análisis del papel cumplido por los expertos en la puesta en marcha del régimen multicultural, ver: Ariza (2009); Sánchez Botero (1992a, 1992b y 1999).

La ruta de la renuncia

La pérdida de identidad, como factor para la asignación de la competencia jurisdiccional, no es sólo el efecto de un proceso heterónomo; no se produce únicamente como un resultado previsible de la relación de poder que vincula al individuo que reclama una identidad y al juez o experto que indagan sobre la autenticidad de su reclamo. La identidad no solo se disuelve dentro de la tinta colonial con la cual se escriben en ocasiones las decisiones judiciales. La pérdida identitaria también es un efecto de una decisión individual. En este caso, es el individuo mismo quien *decide* dejar atrás su identidad y renunciar a los derechos diferenciados que se le asignan. Decide convertirse en su alteridad. Esto es posible si se asume una postura judicial particular sobre la identidad, la cual a su vez, responde a una concepción propia del liberalismo clásico que considera a la identidad como un atributo de libre disposición.

La Corte Constitucional en fallo reciente³⁶, decantó la jurisprudencia que de tiempo atrás, cuando menos de forma tangencial, había señalado la posibilidad de que los indígenas renuncien al fuero e incluso a su identidad, para fines de ser procesados, juzgados y condenados por la jurisdicción ordinaria y no por las autoridades tradicionales. En la sentencia T-001 de 2012, el juez constitucional estableció que para que esta renuncia de doble vía (fuero e identidad indígena), sea válida, la misma debe cumplir con tres aspectos: i) que la renuncia se haga de manera definitiva; ii) que sea en desarrollo del principio de autonomía y iii) que no sea utilizada por el renunciante, “como una estrategia para recibir un mejor trato de parte de la jurisdicción ordinaria, sino como una convicción íntima de no querer seguir siendo miembro o parte de la comunidad a la que se pertenece”.³⁷

179

Es indudable que la renuncia al fuero indígena y la increíble renuncia del indígena a su identidad, por su condición definitiva, constituyen una de las rutas más efectivas para que el aborigen, ahora “blanqueado” judicialmente, pueda ser sujeto del derecho penal ordinario y, sin restricción alguna, de sus penas. Esta ruta, aparte de legitimar el actuar de la jurisdicción ordinaria en el enjuiciamiento de indígenas, consigue consolidar, de forma categórica, la idea de que la identidad indígena es una mera construcción formal, un arquetipo propio del derecho y la adjudicación. Este es, posiblemente, uno de los legados más fuertes de la perspectiva colonial sobre la alteridad.

La ruta indígena

Paradójicamente, se presenta una ruta de entrada de los indígenas a prisión que es activada por las propias autoridades tradicionales. En este caso, el indígena es entregado por su propio pueblo al sistema penitenciario y carcelario del Estado colombiano. Esta ruta es abierta por tres procesos distintos. En primer lugar, por la adopción de enunciados propios del derecho penal, como la noción de individuo peligroso y la privación de la libertad como forma de penalidad. En segundo lugar, cuando las autoridades indígenas

36. Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-001 de 2012. M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

37. *Ibid.*

niegan la certificación de pertenencia. En tercer lugar, por la existencia de un contexto institucional indígena que hace posible el trasplante de los anteriores enunciados. Lo anterior puede definirse como la atrofia institucional de los pueblos indígenas, es decir, por la falta de desarrollo, crecimiento y fortalecimiento de su entramado institucional de autogobierno.³⁸ Esta atrofia institucional indígena tiene como manifestación paralela la hipertrofia institucional del Estado colombiano, esto es, el crecimiento del arreglo burocrático e institucional diseñado para responder al reconocimiento del carácter pluriétnico y multicultural del país. Así, mientras que las instituciones de autogobierno de los pueblos indígenas, especialmente la jurisdicción especial y sus formas de ejecución de las sanciones autónomamente definidas, no se han fortalecido significativamente en los últimos veinte años, el crecimiento burocrático para poner en marcha el régimen multicultural ha sido enorme.

La debilidad institucional de los pueblos indígenas en relación con el campo penal y penitenciario del Estado colombiano se manifiesta por su permeabilidad a la recepción de doctrinas y categorías propias del derecho penal liberal. En este caso, la autonomía del Derecho propio de las comunidades indígenas es débil frente a los injertos y trasplantes provenientes del campo jurídico oficial. Un ejemplo significativo de lo anterior son los esfuerzos dirigidos a la sistematización y codificación de los sistemas normativos indígenas³⁹ y, en el caso particular que analizamos en este texto, lo es la adopción del enunciado de la peligrosidad para explicar la conducta del indígena infractor y definir la respuesta que debe brindársele.

180

Así, la calificación de la “peligrosidad” del individuo, es el aspecto que a su vez activa y justifica, en la gran mayoría de los casos, la determinación de las autoridades tradicionales para la imposición de la pena privativa de la libertad y la solicitud directa a las autoridades ordinarias de la reclusión del “indígena peligroso” en el sistema carcelario estatal. Cabe reiterar que la reclusión no sólo se puede dar en el sistema penitenciario estatal, pues la misma puede darse en recintos o establecimientos adoptados por la jurisdicción indígena como “prisiones”. Esta última aclaración hace evidente un panorama oscuro para los indígenas privados de la libertad al interior de sus comunidades, de quienes no se tiene cifras o censo alguno.

La peligrosidad del individuo es una concepción extraña a la cosmovisión indígena, de ahí que se identifique claramente como un constructo propio del derecho penal ordinario trasplantado al derecho propio indígena. Con esta institución, de estirpe eminentemente occidental y origen en las teorías del positivismo criminológico, las autoridades

38. Según la descripción que realiza Valencia para el caso de los Embera: “De acuerdo con los antecedentes de la persona y la capacidad locativa del cabildo los sancionados podrán enviarse a las cárceles kapurúa (no porque se considere la mejor alternativa, sino porque la comunidad carece de mecanismos alternos más efectivos” (2002:124). Y más adelante señala: “Cárcel (por fuera de la comunidad). Esta pena se aplicará solamente como último evento, después de agotar otras vías, o según los antecedentes del sancionado o la gravedad del caso (esta pena siempre se aplicará a los casos de homicidio y violación sexual). Hasta tres meses se purgarán en la cárcel de Jardín, y si es por un tiempo superior en la cárcel de Andes, de acuerdo con los convenios suscritos con los directores de estos establecimientos (2002: 127).

39. Al respecto ver Perafán (2000).

tradicionales terminan por cosificar al indígena y paradójicamente, acaban por adoptar las posiciones más ortodoxas (Zaffaroni 2009: 113). En definitiva, el concepto de peligrosidad funda un nuevo paradigma al interior de la justicia indígena, donde el aborigen juzgado y condenado, es etiquetado automáticamente como sujeto peligroso, un ente con las características y potencialidades de dañar y de cometer futuros delitos.⁴⁰

Una vez sustentada la privación de la libertad del indígena, bajo la lógica penal y punitivista descrita anteriormente, el paso a seguir resulta obvio, es pedir del Estado la cooperación necesaria para fines de que el condenado purgue su pena en un sistema que se advierte idóneo y ajustado a las pretensiones de la comunidad, colectividad que busca apartar de ella al sujeto que la amenaza. La solicitud directa de las autoridades indígenas, basada en la peligrosidad del indígena, es un factor decisivo a la hora de determinar la privación de la libertad como forma de penalidad y el consecuente ingreso del indígena en prisión.⁴¹ Algunas comunidades indígenas no sólo han adoptado los conceptos, las instituciones y las normas punitivas del derecho penal ordinario, sino que también han recogido como propio el sistema carcelario como tal, en este sentido, hoy en día algunas comunidades cuentan con establecimientos penitenciarios con personal de dirección, custodia y guardia, aspectos que, aunque se traten de mimetizar bajo eufemismos como “guardia indígena de castigos”, “corregidores”, “centro correccional indígena”, no dejan de ser instrumentos punitivos asimilados del derecho occidental. Así, en el Alto Sinú colombiano, se ha construido una prisión por parte de las comunidades indígenas de la región para recluir a los indígenas peligrosos, evitando así, enviarlos ante la justicia penal ordinaria.

181

Además de las dos tendencias anteriores, la no certificación por parte de las Autoridades Tradicionales Indígenas, es una decisión poderosa que consigue remitir, de forma directa, al indígena “no reconocido” al entramado penitenciario y carcelario colombiano. Y es que en este escenario, un indígena podría ser catalogado o identificado como tal según el examen pericial, pero su comunidad podría alegar que dicho individuo no se encuentra en sus registros o censos, que nunca vivió dentro de su comunidad y que su relación con

40. Sobre la permisividad y la complacencia con los aspectos señalados ver las Sentencias de la Corte Constitucional de Colombia T-496 de 1996, T-239 de 2002 y T-1026 de 2008, entre otras.

41. Al respecto señala Valencia: “Si por cualquier circunstancia la comunidad considera que una falta no puede resolverse al interior del territorio indígena, puede enviarse el caso a la fiscalía y los jueces ordinarios para su investigación y juzgamiento (...) *Transitoriedad de la cárcel como mecanismo de sanción y aplicación de justicia*. Existe una gran desconfianza en la comunidad sobre la cárcel como mejor forma de resolver los delitos o faltas graves. Sin embargo, mientras se establece una mejor manera de dar salida a estos casos, para frenar las venganzas de sangre se ha decidido temporalmente acudir a este mecanismo. No hay unidad de criterios todavía en este sentido, pues algunas personas siguen teniendo este referente de la cultura occidental como mecanismo adecuado. Ya en varios cabildos se ha presentado el fenómeno de remitir a personas sancionadas con penas privativas de la libertad a cárceles municipales mientras se generan mecanismos propios para resolver problemas graves” (2002: 131). Y en el mismo sentido agrega: “En efecto, durante este año el Consejo de Conciliación y Justicia ha remitido a varios indígenas para ser recluidos en centros penitenciarios ubicados por fuera de la comunidad. Además, una de las conclusiones de este trabajo es seguir buscando alternativas diferentes a la cárcel kapuría. Esta medida puede cumplir transitoriamente por lo menos con contener las venganzas de sangre y la agudización del conflicto interno” (2002: 132).

el territorio no puede ser certificada.⁴² Este aspecto que podría observarse como una mera formalidad, puede resultar de gran importancia al momento de definir la situación jurídica del indígena encausado, a tal punto, que dentro del estrecho margen de discrecionalidad que tiene el juez frente al dictamen antropológico, la no certificación por parte de su comunidad constituyen para este una llave maestra.

Finalmente, cabe recalcar que la no certificación del indígena procesado por parte de sus autoridades tradicionales, sigue generando efectos perversos durante la ejecución de la pena en el establecimiento carcelario, esto toda vez que el indígena, al no ser reconocido como tal, no puede acceder a los exiguos beneficios que estas minorías tienen en el sistema carcelario, beneficios que se reducen a la internación del indígena recluso en un establecimiento cercano a su territorio y su ubicación en un patio especial, prerrogativas de mucho valor teniendo en cuenta las condiciones adversas en que se vive al interior de estos sitios de reclusión.

Conclusiones

Del análisis anterior se pueden extraer las siguientes conclusiones principales. En primer lugar, desde el punto de vista normativo, es necesario precisar que en Colombia los indígenas pueden ser juzgados y condenados por la jurisdicción penal ordinaria y por la jurisdicción especial indígena, a través de procesos y procedimientos adelantados dentro de las competencias y límites formales que especifican las normas constitucionales y las leyes. Pese al “deber ser” signado en las normas constitucionales, mandatos que preceptúan la protección reforzada de las comunidades indígenas, la reivindicación de la característica multiétnica y pluricultural de la Nación colombiana, la institución del fuero indígena, la jurisdicción especial indígena, el reconocimiento de la existencia y la garantía de la aplicación del Derecho Propio, y a pesar de la norma expresa del principio de favorabilidad penal para indígenas, contenido en el artículo 10º del Convenio 169 de la OIT⁴³, el sistema penitenciario sigue ocupándose del castigo de indígenas sin implementar un enfoque diferencial específico.

Esta primera conclusión normativa se explica, en parte, por la persistencia del colonialismo interno en la construcción de las respuestas judiciales en esta materia. La

42. Según los datos disponibles dentro de la población carcelaria indígena (2009), que asciende a 663 personas, existen 47 casos (el 7,09%) que se reportan con “inconsistencias respecto de la identificación de la etnia a la que pertenecen”. La pregunta es, si esta es la situación de los reclusos que el INPEC identifica como indígenas, ¿Cuántos podrían ser los casos, en el universo de penados, de indígenas que no han sido certificados como tales por sus propias autoridades?

43. La Corte Constitucional ha señalado de forma reiterada que el Convenio 169 de la OIT hace parte del Bloque de Constitucionalidad. Entre otras sentencias ver: Sentencia C-030 de 2008. M.P. Rodrigo Escobar Gil; Sentencia C-461 de 2008, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa; Sentencia C-615 de 2009. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. Sobre el principio de favorabilidad penal para indígenas, se tiene que el Artículo 10º del Convenio 169 de la OIT expresa: “*Artículo 10. 1. Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales. 2. Deberá darse preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento.*” Resaltado fuera de texto. Sobre la vulneración fáctica del Estado Colombiano del precepto en cita, ver el estudio de Quintero (2001).

persistencia se manifiesta en tres aspectos principales. En primer lugar, en la definición de un tipo ideal de indígena que responde, fundamentalmente, a un sentido común problemático sobre lo que significa *ser* indígena. Este tipo ideal define al indígena en función del espacio que ocupa –la naturaleza- y de su aislamiento o cercanía con el modo de ser de la población general, en función de los cual será catalogado como asimilado o culturalmente auténtico. El indígena que se aparte de este canon será, probablemente, el usuario predilecto del sistema penitenciario. En segundo lugar, por la debilidad de las autoridades propias, quienes se han visto abocadas a importar una de las instituciones más perversas del sistema oficial –la prisión, el encierro- para responder a las desviaciones criminales de sus miembros. En ese sentido, la prisión se extiende hasta el territorio ancestral y su crecimiento parece inevitable. La contención al expansionismo carcelario que la frontera cultural indígena podría haber creado ha sido derribada, desde afuera y desde dentro. Por último, evidencia la urgencia de pensar formas distintas al encierro penitenciario para ejecutar la sanción del indígena en conflicto con el derecho penal colombiano. De las respuestas a esta última cuestión, dependerá el crecimiento o desvanecimiento de la cárcel kapuria.

Bibliografía

Albrecht, Hans (1997). “Ethnic Minorities, Crime and Criminal Justice in Germany”, pp. 31-99, en: *Ethnicity, crime and immigration* editado por Michael Tonry. Chicago: The University of Chicago Press.

183

Alexander, Michelle (2011). *The New Jim Crow. Mass Incarceration in the Age of Colorblindness*. New York: New Press.

Angel-Ajani, Asale (2003). “A question of dangerous races?”, *Punishment & Society*, 5(4), pp. 433-488.

Ariza, Libardo José (2005). “Una reflexión sobre el Pluralismo Jurídico y la Jurisdicción Indígena en Colombia”, *Revista Mensual Tutela*, VI (65): 854-872.

_____ (2009). *Derecho, saber e identidad indígena*, Siglo del Hombre Editores. Bogotá: Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana – Instituto Pensar.

_____ (2011). “Reformando el infierno: los tribunales y la transformación del campo penitenciario en Latinoamérica”, pp. 19-108, en: Ariza, Libardo y Manuel Iturralde (2010), *Los Muros de la Infamia. Prisiones en Colombia y América Latina*, Bogotá, Estudios Cijus, Universidad de los Andes.

Blumstein, Alfred (1982). “On the racial disproportionality of United States Prison populations”, *The Journal of Criminal Law and Criminology*, 73(3): 1259-1281.

_____ (1993). “Racial disproportionality of U.S. Prison Populations Revisited”, *University of Colorado Law Review*, 64(3): 743-760.

Bonilla, Daniel (2006). *La Constitución Multicultural*. Bogotá: Uniandes, Instituto Pensar, Siglo del Hombre Editores.

Borah, Woodrow (1996). *El Juzgado General de Indias en la Nueva España*. México: F.C.E.

Borrero, Camilo (2003). *Multiculturalismo y Derechos Indígenas*. Bogotá: Cinep, Antropos.

Bosworth, Mary y Eammon Carrabine (2001). "Reassessing Resistance: Race, Gender and Sexuality in Prison", *Punishment & Society*, 3, 4: 501-515.

Brown, Mark (2002). "The politics of penal excess and the echoe of colonial penalty", *Punishment and Society*, 4(4): 403-423.

Bourdieu, Pierre (2000). "Elementos para una sociología del campo jurídico", pp. 155-220, en: Pierre Bourdieu y Gunther Teubner, *La Fuerza del Derecho*. Bogotá: Universidad de los ANDES, Siglo del Hombre Editores.

Calavita, Kitty (2003). "A `reserve army of delinquents`. The criminalization and economic punishment of immigrants in Spain", *Punishment & Society* 5(4): 399-413.

Cid, José (2005). "The penitentiary system in Spain. The use of imprisonment, living conditions and rehabilitation". *Punishment and Society Vol. 7(2)*: 147-66.

Centro de Estudios Legales y Sociales (2009). *Mujeres en Prisión. Los alcances del castigo*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno.

Edney, Richard (2002). "Indigenous punishment in Australia: a jurisprudence of pain?", *International Journal the Sociology of Law*, 30 (2): 219-234.

Foucault, Michel (1989). *Vigilar y Castigar. El nacimiento de la prisión*. Bogotá: Siglo XXI editores de Colombia.

_____ (2005). *El Orden del Discurso*. Barcelona: Tusquets.

Garland, David (2001). "Introduction: The Meaning of Mass Imprisonment". *Punishment & Society* 3: 5-7.

González, César (2007). *Conflictos de Competencia. Jurisdicción Especial Indígena vs Sistema Judicial Nacional*. Bogotá: Cronopios Ediciones.

González Casanova, Pablo (2006). "Colonialismo Interno. Una redefinición", pp. 409-434, en: Atilio A. Boron, Javier Amadeo y Sabrina González (compiladores), *La teoría marxista hoy. Problemas y perspectivas*. Buenos Aires: Clacso.

Gómez Valencia, Herinaldy (2000). *De la Justicia y el Poder Indígena*. Cali: Universidad del Cauca.

Harper, Graeme (2001). "Criminal minds and felonius nations: colonial and poscolonial incarceration", pp. 9-22, en: Graeme Harper (ed.), *Colonial and poscolonial incarceration*. Londrés: Continuum.

Iturralde, Manuel (2011), "Prisiones y castigo en Colombia: la construcción de un orden social excluyente", pp. 111-194, en: Ariza, Libardo y Manuel Iturralde (2010), *Los*

Muros de la Infamia. Prisiones en Colombia y América Latina, Bogotá, Estudios Cijus, Universidad de los Andes.

Lander Edgardo (2003). (comp.), *La colonialidad del saber: Eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas*. Buenos Aires: CLACSO.

Matthews, Roger (1999). *Doing Time: An introduction to the sociology of imprisonment*. London: Macmillan Press Ltd.

Melossi, Dario y Pavarini, M. (1985). *Cárcel y fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario (siglos XVI-XIX)*. México DF: Siglo XXI.

Melossi, Dario (2003). “In a peaceful life: Migration and the crime of modernity in Europe/Italy”, *Punishment & Society*, 5(4), pp. 371-397.

Miles, Robert (1989). *Racism*. London: Routledge.

Mörner, Magnus (1963). “Las comunidades de indígenas y la legislación segregacionista en el Nuevo Reino de Granada”, *Anuario Colombiano de Historia Social y de la Cultura*, 1: 63-88.

_____ (1999). *La Corona Española y los foráneos en los pueblos de indios de América*. Madrid: Ediciones de Cultura Hispánica.

Pabón, Pedro Alfonso (2000). “La imputabilidad”, *Revista de Derecho Penal* 18: 123-139.

Perafán, Carlos, Azcárate Luis e Hildur Zea (2000). *Sistemas jurídicos Tukano, Chamí, Guambiano, Sikuni*. Bogotá: ICANH y Ministerio de Cultura.

Pérez, Luis Carlos (1967). *Tratado de Derecho Penal*. Bogotá: Temis.

Piñacué, Jesús Enrique (1997). “Aplicación autónoma de la justicia en comunidades paeces. Una aproximación”, pp. 31-52, en: *Del olvido surgimos para traer nuevas esperanzas: La Jurisdicción Especial Indígena*. Bogotá: Ministerio de Justicia, CRIC.

Reyes Echandia, Alfonso (1989). *Imputabilidad*. Bogotá: Temis.

Rivera, Iñaki (2005). “State form, labour market and penal system. The new punitive rationality in context”. *Punishment and Society Vol. 7(2)*, pp. 167-182.

Rusche, Georg y Kirchheimer, Otto (1984). *Pena y estructura social*. Bogotá: Temis

Sánchez, Beatriz (2001). “El reto del multiculturalismo jurídico. La justicia de la sociedad mayor y la justicia indígena”, pp. 5-142, en: Santos Boaventura y García Mauricio (orgs.), *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*. Bogotá: Colciencias, Universidad de Los Andes, Universidad Nacional, Siglo del Hombre Editores, ICANH, Universidad de Coimbra.

Sánchez, Esther (1992a). “Melicio Cayapu Dagua está preso mi sargento. Estado de normas, estado de rupturas”, pp. 10- 20, en: Esther Sánchez (ed.), *Antropología Jurídica. Normas formales, costumbres legales en Colombia*. Bogotá: Sociedad Antropológica de Colombia y Comité Internacional para el Desarrollo de los Pueblos.

_____ (1992b). “Peritazgo antropológico: Una forma de conocimiento”, *El Otro Derecho*, 4(3): 81-95.

_____ (1999). “La Tutela como medio de transformación de las relaciones Estado-pueblos indígenas de Colombia”, pp. 381-412, en: Willem Assies, Gemma van der Haar y André Hoekema (eds.), *El Reto de la Diversidad*. México: El Colegio de Michoacán.

Sánchez Esther e Isabel Jaramillo (2000). *La Jurisdicción Especial Indígena*. Bogotá: Instituto de Estudios del Ministerio Público.

Simon, Jonathan (2001). “Fear and Loathing in Late Modernity: Reflections on the Cultural Sources of Mass Imprisonment in the United States”, *Punishment & Society* 3: 21-33.

Taylor, Charles (1994). *La ética de la autenticidad*. Barcelona: Paidós.

_____ (2001). *El multiculturalismo y la política del reconocimiento*. México: Fondo de Cultura Económica.

Teubner, Gunther (2002). “El derecho como sujeto epistémico: Hacia una epistemología constructivista del Derecho”, *Doxa* 25: 533-571.

Tello, Piedad (1986). “Aspectos históricos del resguardo indígena y su defensa a fines del siglo XIX e inicios del XX”, *Revista de Antropología*, 11(1-2): 143-159.

Tonry, Michael (1994). “Racial disproportion in US prisons”, pp. 97-115, en: *Prisons in context*, editado por Roy D. King y Mike Maguire. Oxford: Clarendon Press.

Valencia, María (2002). “Justicia Embera, identidad y cambio cultural”, *El Otro Derecho*, 26-27: 114-134.

Van Krieken, Robert (1999). “The barbarism of civilization: cultural genocide and the “stolen generations”, *British Journal of Sociology*, 50 (2): 297-315.

Vaughan, Barry (2000). “Punishment and conditional citizenship”, *Punishment & Society*, 2(1): 23-39.

Wacquant, Lóicq (1999). “Suitable enemies: Foreigners and immigrants in the prisons of Europe”. *Punishment & Society* Vol 1(2): 215-222.

_____ (2001). “Deadly Simbiosis. When ghetto and prison meet and mesh”. *Punishment & Society* Vol 3(1): 95-134.

_____ (2002). *Las Cárceles de la Miseria*. Madrid: Alianza.

Weber, Max (1973). *Ensayos sobre metodología sociológica*. Buenos Aires: Amorrortu.

Zaffaroni, Eugenio Raúl (2009), *Derechos Ancestrales Justicia en Contextos Plurinacionales*. Espinosa, Carlos y Caicedo, Danilo, Editores. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos,

Zambrano, Carlos Vladimir. *Constitucionalidad, inimputabilidad e inculpabilidad*. Interculturalidad. Corporación Humanizar. Bogotá, 2004.

Quintero Calvache, Juan Carlos. *El fuero judicial de los pueblos indígenas frente a la justicia ordinaria y la responsabilidad del Estado colombiano por su vulneración fáctica*. Revista Criterio Jurídico. Vol. 11, No. 1, pp. 75-103. Santiago de Cali 2011.

Nuevos aportes para el reconocimiento del derecho al voto de las personas condenadas

Leonardo Filippini* y Felicitas Rossi**

Resumen

En ocasión de las elecciones nacionales del 2011, tres tribunales declararon la inconstitucionalidad de las normas que impiden votar a las personas condenadas y autorizaron a hacerlo a los electores que así lo reclamaban. A la vez, tramitan diversos procesos judiciales que cuestionan las exclusiones establecidas en el Código Penal y en el Código Electoral Nacional y que podrían prosperar a favor del reconocimiento del derecho. En este artículo defenderemos la solución de estos casos cuyos argumentos señalan que la exclusión electoral de estas personas resulta incompatible con los principios constitucionales de voto universal, dignidad humana y resocialización de los condenados. La exclusión, además, no encuentra justificativos de peso, sus posibles fines son ilegítimos y que de existir alguna finalidad plausible, de todos modos, resulta desproporcionada la vía de una prohibición genérica.

Palabras clave: Cárceles – Derecho al voto – Derechos de las personas condenadas

187

Abstract

On the occasion of the national elections of 2011, three courts ruled a number of voting rules preventing convicted people from voting unconstitutional, and authorized the convicted plaintiffs to do so. At the same time, there currently are several lawsuits that challenge the exclusions set out in the Criminal Code and the National Electoral Code, and that could be decided in favor of the right to vote of convicted inmates. In this article, we defend the solution offered in those cases, the arguments of which indicate that electoral disenfranchisement of convicted individuals is inconsistent with the constitutional principles of universal suffrage, human dignity, and the social rehabilitation of prisoners. Also, the exclusion has no compelling evidence in its favor and its possible goals are illegitimate. And even if there was a plausible goal to be served with it, the generic exclusion is disproportionate.

Key words: Jails – The right to vote – Rights of the convicted

*Profesor de Derecho en las Universidades de Palermo y de Buenos Aires.

**Coordinadora del Área Litigio de Interés Público de la Asociación por los Derechos Civiles (ADC)

Nuevos aportes para el reconocimiento del derecho al voto de las personas condenadas

Leonardo Filippini y Felicitas Rossi

1. Introducción

El debate sobre la prohibición de votar que pesa sobre las personas condenadas o sancionadas por algunos delitos y faltas ha adquirido un poco de espesor en el último tiempo en Argentina. En ocasión de las elecciones nacionales del 2011, tres tribunales declararon la inconstitucionalidad de las normas que impiden votar a las personas condenadas y autorizaron a hacerlo a los electores que así lo reclamaban. A la vez, tramitan todavía diversos procesos judiciales que cuestionan las exclusiones establecidas en el Código Penal (CP) y en el Código Electoral Nacional (CEN) y que podrían prosperar a favor del reconocimiento del derecho. En este artículo nos referiremos a esos antecedentes cuyos argumentos abonan y refuerzan los que ya expusimos en otra oportunidad¹.

189

2. Decisiones favorables al derecho al voto de las personas condenadas

En octubre de 2011, la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, declaró la inconstitucionalidad del artículo 19 inciso 2 del Código Penal y del artículo 3, inciso e del Código Electoral Nacional, en cuanto impiden votar a los presos con condena, imponiéndoles un plus sancionatorio comparable con la muerte civil. En este sentido, la Cámara sostuvo que:

“... La situación configurada por la legislación vigente viene sin duda a generar una clara afectación de los derechos políticos de los condenados sometiéndolos a una privación total de su capacidad de participación en las decisiones de un conjunto social del que siguen formando parte.

“Resulta obvio que un condenado debe cumplir la pena que se le ha impuesto, pero no menos obvio resulta que esa pena no puede eliminar transitoriamente a la persona en cuestión. Las penas autorizadas por nuestro ordenamiento jurídico constitucional se vinculan con la recomposición del mandato normativo quebrado,

1. Filippini, Rossi, Amette Estrada; “El derecho al voto de los condenados”, en Suplemento Constitucional de La Ley, febrero 2012, pág. 6 y ss.

pero bajo ningún aspecto con un ensañamiento con la persona que haya sido condenada, tal como lo establece el claro texto del artículo 18 de la Constitución Nacional, que una fórmula clara y generosa expresa que: 'Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice.' ”.

Luego de mencionar las normas cuestionadas (arts. 12 y 19 inc. 2 del CP, 3 inc. e del CEN), el tribunal concluyó que:

“... estas normas, con la amplitud que presentan devienen a nuestro juicio contrarias al texto y al objeto mismo de la Constitución Nacional.

“Esto no sólo en cuanto entran en colisión con el artículo 18 en la parte ya transcripta, sino en cuanto se oponen a lo claramente dispuesto por el artículo 37, allí cuando afirma en su primer párrafo: Esta Constitución garantiza el pleno ejercicio de los derechos políticos, con arreglo al principio de la soberanía popular y de las leyes que se dicten en consecuencia. El sufragio es universal, igual, secreto y obligatorio... ”.

Y más adelante, agregó:

190

“Pero no sólo estos fundamentos normativos constitucionales se nos imponen como contrarios a la prohibición del ejercicio de los derechos políticos por parte de los condenados, también lo hacen normas convencionales con jerarquía constitucional (artículo 75 inciso 22 CN). Así la Convención Americana sobre Derechos Humanos (más conocida como Pacto de San José de Costa Rica) en su artículo 5 punto 2 establece que: 'Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano', mientras que el artículo 10 punto 1 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos establece que: 'Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano' ... ”².

Por su lado, el juez de ejecución penal de la ciudad de Santa Fe, Alejandro Tizón, hizo lugar a una acción de hábeas corpus correctivo presentado por un detenido condenado, declaró la inconstitucionalidad del artículo 19 inciso 2 del Código Penal y, en consecuencia, habilitó al reclamante a ejercer su derecho a votar. El juez tuvo en cuenta las normas constitucionales, los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por la Argentina y los derechos de los condenados que no deben ser afectados por la condena y, entre otros argumentos, entendió que:

2. Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, Sala II, Expte. N°6574 caratulado: “García de la Mata, Angel María s/ Su Presentación”, sentencia de 10/2011.

“la ley 24.660 (de ejecución de la pena privativa de la libertad) establece en su parte dogmática los principios básicos de la ejecución, entre los que cabe mencionar la finalidad de lograr que el condenado adquiriera la capacidad de comprender y respetar la ley, procurando su adecuada reinserción social”.

Y que:

“las normas de la ejecución penal deben ser aplicadas sin establecer discriminación o distingo alguno y con el debido respeto a la dignidad humana de los condenados y el rechazo enfático a todo tipo de conculcación de los derechos de los privados de la libertad”³.

En tercer lugar, el juez Gabriel Vitale, del Juzgado de Garantías N° 8 de Lomas de Zamora, también resolvió declarar la inconstitucionalidad de las normas que impiden el sufragio de los condenados. Luego de hacer referencia a la normativa, a la jurisprudencia y a la doctrina relevante sobre la materia, el juez concluyó que:

“el encierro (en general) y la pena (en particular), no puede significar la segregación y el desprendimiento social del ciudadano, como una cortina de hierro que separe dos mundos ajenos”.

Más adelante, sostuvo que:

“el Derecho Humano Básico, a ser ciudadano a través del reconocimiento y ejercicio de los derechos políticos, no puede menoscabarse, disminuirse o reducirse, de manera automática o instantánea, ya que sería plenamente irreflexivo. Esta ejercitación democrática, no sólo favorece específicamente al condenado Miño, generando responsabilidad cívica y respeto de la ley, sino a la democracia como sistema de representación moderna. La suspensión de los derechos electorales activos, deben ser valorados, teniendo en cuenta las circunstancias particulares, atento los méritos propios de cada caso; ya que los derechos políticos, si bien no son derechos absolutos y pueden estar sujetos a restricciones, éstas, deben estar justificadas específicamente...”

De este modo, el juez entendió que:

“el derecho electoral debe ser una circunstancia a valorar por los Tribunales de Juzgamiento ya que la pena se individualiza teniendo en cuenta la magnitud del injusto y de la culpabilidad. De manera opuesta, se violentaría el principio de razonabilidad o proporcionalidad de la pena individual.

3. Juzgado de Primera Instancia de Distrito de Ejecución Penal de sentencia, “L.O.V. s/ Habeas Corpus Correctivo”, sentencia de 8/2011.

“La exclusión instantánea que se impone al “condenado” dentro del concepto “acesorias legales” de manera general (...) violentan la forma representativa y republicana de gobierno y el principio de soberanía popular, quedando por fuera de la protección constitucional...”⁴

Por último, en octubre de 2012, el Fiscal General de la ciudad de Buenos Aires, dictaminó a favor de una acción declarativa de inconstitucionalidad interpuesta por la Asociación por los Derechos Civiles en marzo de 2012 ante el Tribunal Superior de Justicia de la ciudad de Buenos Aires⁵ (TSJ) contra los incisos e, f y g del artículo 3 del Código Electoral Nacional⁶, en un caso aún abierto.

Respecto de la exclusión del padrón electoral de los condenados por infracciones vinculadas al juego prohibido (art. 3, inc. f, CEN), el Fiscal General afirmó que esta disposición **“sólo encuentra explicación en aquellas restricciones basadas en la indignidad del votante (...) una disposición que, al menos al ser interpretada textualmente y repasarse sus antecedentes históricos, no se refiere a la posibilidad fáctica de emisión del voto por parte del elector, ni a su libertad jurídica para hacerlo, pues alcanza a sujetos que ya han cumplido su condena, ni a la capacidad intelectual para ejercer el derecho cívico (como ocurre con la exclusión de los dementes), sólo parece basarse en consideraciones de naturaleza moral que afectan el principio de universalidad del voto y se muestran como discriminaciones prohibidas a la luz de las normas constitucionales citadas...”**.

192

Seguidamente, expuso que una consideración similar es posible realizar con relación al delito de deserción agravada (art. 3, inc. g, CEN):

“La inhabilitación allí no se basa más que en una suerte de capitis diminutio de aquel que ha sido condenado por dicho delito, abarcando el supuesto normativo, inclusive, a aquel que ha cumplido totalmente su condena (pues se impone la exclusión del padrón por el doble del término de la condena). En ese sentido, aun cuando no puede desconocerse el fuerte impacto que genera la comisión de este delito respecto de los deberes cívicos y políticos más elementales de una Nación, lo cierto es que la inhabilitación electoral (no penal, cabe aclarar) presenta similar consideración ético-moral que la señalada en el acápite anterior”.

4. Juzgado de Garantías N° 8 de Lomas de Zamora, Expte. N° 00-016113-11 seguida a Edgardo Emanuel Miño, sentencia del 20 de octubre de 2011.

5. Fiscalía General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, dictamen FG N° 174 ADI/12, del 1/10/2012 emitido en la causa “Asociación por los Derechos Civiles (ADC) c/GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, Expte. N° 8730/12.

6. El CEN rige en la ciudad de Buenos Aires como norma local en virtud de la Ley N° 24.588, denominada “Ley Cafiero”. El artículo 3 del CEN, entre otros, excluye del padrón electoral a: “e) Los condenados por delitos dolosos a pena privativa de la libertad, y, por sentencia ejecutoriada, por el término de la condena; “f) Los condenados por faltas previstas en las leyes nacionales y provinciales de juegos prohibidos, por el término de tres años; en el caso de reincidencia, por seis; “g) Los sancionados por la infracción de deserción calificada, por el doble término de la duración de la sanción”.

Por último, el Fiscal General criticó también la exclusión de los detenidos en virtud de condena firme y ejecutoriada (art. 3 inc. e, CEN) por resultar una restricción *indebida* a la luz de los artículos 23 inciso 2 de la CADH y 25 del PIDCP. Así, advirtió que esta exclusión podría juzgarse justificada en razones propias del encierro y la naturaleza misma del voto, pero citó al “*Manual de Buena Práctica Penitenciaria. Implementación de las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos*”, del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, que exhorta a los Estados, no obstante, a adoptar medidas para remover las barreras al ejercicio de este derecho.

El Fiscal también analizó la cuestión a la luz de las consecuencias prácticas de un eventual permiso y concluyó que tampoco había óbices prácticos para autorizar el voto. En su apoyo, citó la Acordada Electoral N° 7/2011 del TSJ sobre el sufragio de personas en detención preventiva, y concluyó que:

“... la experiencia está indicando que la concreción de estos derechos, respecto de los privados de libertad, puede no ser tan traumática, sino generar efectos positivos (...) La afirmación de la Cámara Federal de La Plata en el fallo antes citado [se refiere al fallo “García de la Mata”, citado aquí en primer término] (...) llevan razón al menos en señalar que los presos por condenas son parte de la sociedad y, como tales, poseen también derechos, entre los cuales el de poder emitir opinión acerca de la configuración de la sociedad y de quiénes los representarán (incluso como minoría) no parece desdeñable, sino por el contrario, se acerca al ideal del voto universal. Si es posible concretar la realización de ese derecho (...) mantener una restricción resulta irrazonable” (...)

“Así las cosas, una prohibición tajante de inclusión en el padrón como la que existe actualmente en el art. 3 inc. e) del CEN, en la medida que impide la posibilidad de implementar estrategias razonables para que el voto en esos casos pueda realizarse, del modo y con los alcances que resultase factible, no parece razonable”.

El Fiscal porteño, entonces, postuló la irrazonabilidad de la prohibición del voto para los condenados por juegos prohibidos y sancionados por el delito de deserción calificada (incisos. f y g del art. 3, CEN) por basarse en consideraciones de naturaleza moral que afectan la dignidad de las personas excluidas y que tampoco es razonable “una prohibición tajante” de la inclusión de los condenados a prisión por delito doloso en el padrón. Tal como afirma la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), donde hay un derecho hay siempre un remedio legal para hacerlo valer por cuanto las garantías constitucionales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar en la Constitución e independientemente de sus leyes reglamentarias (o de las dificultades fácticas que pudieran existir para concretarlo, agregamos), cuyas limitaciones no pueden constituir obstáculo para la vigencia efectiva de dichas garantías⁷. El Fiscal porteño, en definitiva, dictaminó que las disposiciones cuestionadas del CEN resultan inconstitucionales. El TSJ deberá fallar en esta causa luego de la audiencia pública convocada para el 27 de noviembre de 2012.

7. CSJN, Fallos: 239:459; 241:291, 315:1492, entre otros.

Decisiones como las referidas, ausentes apenas un lustro atrás, muestran que existe una corriente jurisprudencial vigente, favorable a revisar la situación de exclusión actual de los condenados y sancionados por diversos delitos y faltas del padrón electoral. Todos estos magistrados reconocen que la legislación vigente afecta los derechos políticos de las personas excluidas privándolas de su capacidad de participar en las decisiones de la sociedad de la que siguen formando parte.

Ellas iluminan algunos aspectos importantes sobre el castigo y la participación política y ayudan a cimentar la necesidad de mejorar nuestras reflexiones al respecto. En esa búsqueda, los antecedentes mencionados pueden encontrar variados argumentos a favor. Si pretendemos una democracia inclusiva y plural debemos asumir sus cargas y una de ellas, sin dudas, es entablar un diálogo maduro en la comunidad que, como mínimo, se tome en serio la universalidad del voto y las razones que podrían restringirlo.

3. Nuestro enfoque: La Constitución no autoriza restricciones a la universalidad del voto⁸

Debemos definir estrictamente cuáles son las restricciones legítimas a los derechos de las personas condenadas privadas o no de su libertad en relación con la violación de una norma penal. En este caso, cuáles son las restricciones legítimas a su capacidad electoral. La respuesta a esta pregunta constitucional no puede construirse sobre la sola base del derecho internacional, ni se agota en la expansión del principio de inocencia al ámbito electoral. La pregunta obligada es si resulta legítimo denegar la capacidad electoral a las personas que recibieron una condena, por esa única razón. Y la respuesta, según creemos, sólo puede ser negativa en una democracia constitucional.

194

El artículo 37 de nuestra Constitución Nacional (CN) garantiza el pleno ejercicio de los derechos políticos, con arreglo al principio de la soberanía popular y de las leyes que se dicten en consecuencia y consagra el sufragio universal, igual, secreto y obligatorio. El derecho al voto está estrechamente relacionado con el principio de soberanía popular y supone tanto un acto individual como la conformación de la estructura gubernamental y del sistema de derechos de acuerdo con la voluntad colectiva (arts. 1 y 33, CN).

La importancia de la participación ciudadana en la formación del gobierno a través del voto es señalada desde distintos sectores. Nuestra Corte, por ejemplo, afirma desde antaño que si el deber de votar no rigiera, la existencia del gobierno estaría en peligro o éste podría no ser la verdadera expresión de la voluntad popular⁹ y ha destacado siempre un aspecto subjetivo del voto, como derecho de cada individuo, como uno colectivo, en cuanto elemento fundamental para la constitución de los órganos de poder y el funcionamiento del sistema democrático¹⁰. Este carácter dual ya había sido advertido por

8. Las ideas de estas secciones siguen lo ya presentado en Filippini, Rossi y Amette Estrada, cit. nota 1.

9. CSJN, "Esquivel, Héctor Darío", sentencia del 17/05/1933.

10. CSJN, "Mignone, Emilio F.", op. cit., voto del juez Bossert, cons. 16. En el mismo sentido se expresaron los ministros Fayt y Vázquez en el caso "Alianza Frente para la Unidad s/oficialización listas de candidatos, sentencia del 27/09/2001, cons. 8.

Sánchez Viamonte que pensaba el sufragio como una función pública y lo definía como una manifestación de voluntad individual que tiene por objeto concurrir a la formación de la voluntad colectiva, con el fin de constituir el gobierno, o de decidir algún problema trascendental para los intereses de la Nación¹¹.

Nuestra CSJN sostuvo, también, que la universalidad del sufragio

“... hace a la substancia del Estado constitucional contemporáneo. Todo otro sistema electoral niega la igualdad de los ciudadanos y, a diferencia del sufragio restringido, que clausura el acceso al poder al pueblo, su función es hacer posible el gobierno del pueblo o de una de sus mayorías, aproximando el ideal democrático a la realidad de la vida. La historia, la de nuestro país y la de muchos otros, muestra la lucha por su consagración plena y el sucesivo abandono de clasificaciones que reparaban en el sexo, estado o condición del elector, tal como disponía el art. 2 de la ley 8871, conocida como ley Sáenz Peña. El derecho a votar libremente por un candidato de su propia elección -como lo ha decidido la Suprema Corte de los Estados Unidos de América- es de la esencia de una sociedad democrática y toda restricción de ese derecho golpea el corazón del gobierno representativo (voto del Chief Justice Warren 377 U.S. 533, “Reynolds v. Sims” -1964-, punto II, primer párrafo, “in fine”)...”¹².

Otros han señalado que el sufragio es “uno de los más básicos de los derechos políticos y, como tal, derecho humano fundamental”¹³ o como sostenía Alberdi “la primera y más fundamental de las libertades”¹⁴. La Cámara Nacional Electoral, por su parte, se ha referido a él como “uno de los principios fundamentales del estado constitucional de derecho”¹⁵.

195

Este reconocimiento constitucional, ya amplio, se ha visto reforzado, además, con la incorporación de diversos instrumentos internacionales a la cúspide de nuestro ordenamiento jurídico, tales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCYP)¹⁶ y la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH)¹⁷.

11. Sánchez Viamonte, Carlos, Manual de Derecho Constitucional, Editorial Kapelusz, Buenos Aires, 1944, pág. 204.

12. CSJN, “Alianza Frente para la Unidad s/oficialización listas de candidatos”, sentencia del 27/09/2001, voto de los ministros Fayt y Vázquez, cons. 9.

13. Girotti, María Cristina, Análisis de las normas reglamentarias del artículo 37 de la Constitución Nacional, en Nuevos Derechos y Garantías, Alberto Ricardo Dalla Vía y Alberto Manuel García Lema (directores), Rubinzal Culzoni Editores, Tomo I, Pág. 249.

14. Alberdi, J Bautista, “Obras selectas”, Tomo 17, La Facultad, Buenos Aires, 1920, pág. 9.

15. Cámara Nacional Electoral, “Zarate, Marcelo A.”, sentencia del 20/05/2003.

16. Artículo 25. Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades: a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores.

17. Artículo 21. 1. Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos. 2. Toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país. 3. La voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público; esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas que habrán

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), por su parte, también garantiza con la misma amplitud el derecho al sufragio, pero menciona expresamente, en el inciso 2 de su artículo 23, supuestos en los que el Estado podría reglamentar su ejercicio¹⁸. Entre ellos, la condena impuesta por un juez competente en el marco de un proceso penal. Esta redacción aparentemente restrictiva, sin embargo, en modo alguno autoriza a restringir el alcance de los derechos consagrados en otros instrumentos de igual jerarquía, o en la CN. Mucho menos, *exige* algún tipo de restricción. En primer lugar, la norma convencional hace referencia al verbo “*reglamentar*” y no a “*restringir*”. “*Reglamentar*” significa “sujetar a reglamento un instituto o una materia determinada”, mientras que “*restringir*” implica “ceñir, circunscribir, reducir a menores límites”, de acuerdo a la Real Academia Española. Reglamentar el ejercicio de un derecho, entonces, no implica restringirlo. E incluso, claro está, una reglamentación razonable puede garantizar el derecho en cuestión a fin de hacerlo operativo.

Pero aun si en contra de esta interpretación se quiere entender que el art. 23.2 CADH en efecto habilita la restricción a votar de los condenados, ello tampoco autoriza a concluir que nuestro ordenamiento constitucional lo hace. Como cualquier norma, el 23 CADH debe ser leído a la luz del resto de sus disposiciones y de acuerdo a diversas pautas de interpretación fijadas en el art. 29 CADH, que básicamente pretenden impedir que se cercenen derechos con base en el texto de la Convención¹⁹. El art. 30 CADH, a su vez, determina que las restricciones válidas al ejercicio de los derechos sólo pueden ser aplicadas conforme a leyes dictadas por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas y el art. 32.2 CADH fija reglas para la limitación de derechos, considerando los derechos de los demás, la seguridad y las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.

Por otro lado, el art. 37 CN y el art. 25 del PIDCYP reconocen el derecho al sufragio de modo más generoso que la CADH. Y en virtud del principio *pro homine* del art. 29 CADH, debemos optar siempre por las normas que reconocen el derecho con mayor amplitud. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha dicho que “... si a una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana”²⁰.

de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto.

18. Artículo 23. 2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.

19. Artículo 29. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”.

20. Corte IDH, Opinión Consultiva N° 5-85, “La colegiación obligatoria de periodistas”, del 13 de noviembre de 1985, párr. 52.

Este argumento se ve reforzado, además, por el art. 75 inciso 22 CN que establece que los instrumentos incorporados a nuestra Constitución no derogan artículo alguno de su primera parte y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos.

En definitiva, el art. 23 CADH no sirve de fundamento para restringir el ejercicio de un derecho reconocido más ampliamente en la CN o en otro pacto internacional de su misma jerarquía. La CADH es complementaria del art. 37 CN y, como vimos, no puede justificar la prohibición de un derecho garantizado de modo irrestricto por la CN. Lo que la CADH hace es limitar las restricciones posibles en aquellos casos donde éstas se encuentran previstas por una legislación nacional. Lejos de estimular las restricciones, el derecho interamericano intenta restringir el recorte de derechos que pueda existir a nivel interno, incluso en un área predominantemente estatal, como es la regulación electoral.

La Corte IDH, en línea con lo dicho aquí, también ha resaltado la importancia de los derechos políticos y en particular, del derecho al voto, en la inteligencia de que ellos propician el fortalecimiento de la democracia y el pluralismo político. Así ha destacado que el ejercicio efectivo de estos derechos constituye un fin en sí mismo y, a la vez, un medio fundamental para garantizar la vigencia del resto de los derechos humanos previstos en la Convención²¹. Y también, que el derecho al voto es uno de los elementos esenciales para la existencia de la democracia, una de las formas en que los ciudadanos ejercen el derecho a la participación política e implica que todos ellos puedan elegir libremente y en condiciones de igualdad a quienes los representarán²².

197

4. La Constitución exige un examen riguroso de las restricciones legales al ejercicio de derechos

El artículo 19 CN, establece que “(n)ingún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe” y con ello enuncia el llamado principio de legalidad. Según Bidart Campos, cuando la CN enuncia este principio no está exigiendo únicamente una ley formal, sino una ley “constitucional”, es decir, compatible con los valores de la CN. En este sentido, sostiene que “... si la ley me manda a entregar mi propiedad sin indemnización, o me prohíbe sonarme la nariz por la calle, yo diré que la ley es arbitraria, injusta o inconstitucional, y me defenderé contra ella, y trataré de no hacer o de no omitir lo que me manda o me impide. ¿Por qué? Porque no basta la ley: es menester que el contenido de esa ley responda a ciertas pautas de valor suficientes”²³. Y agrega que es necesario “dar contenido material de justicia al principio formal de legalidad. Para ello, acudimos al valor justicia, que

21. Corte IDH, caso “Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos”, sentencia del 6 de agosto de 2008.

22. Corte IDH, caso “Yatama vs. Nicaragua”, sentencia del 23 de junio de 2005.

23. Bidart Campos, Germán, Manual de Derecho Constitucional Argentino, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1975, 4ta. Edición, pág. 197, sin destacado.

constitucionalmente se traduce en la regla o principio de razonabilidad, afirmando que la ley que manda o que prohíbe debe ser intrínsecamente justa, lo que en derecho constitucional equivale a ser razonable²⁴.

La reglamentación de los derechos de la CN encuentra su límite en el principio de razonabilidad que establece su art. 28²⁵. El Poder Legislativo, entonces, tiene una función reglamentaria de derechos que tiene tanto su origen como su límite en la CN. Lo mismo cabe decir de las legislaturas provinciales y de la Ciudad de Buenos Aires. Tal como establece la tradicional jurisprudencia de la CSJN los derechos reconocidos en la constitución “*están sujetos a las leyes que reglamenten su ejercicio, con la única limitación, para el Congreso, de no alterarlos en la regulación legislativa -arts. 14, 17 y 28-*”²⁶.

Además, nuestro Máximo Tribunal, desde antiguo, ha brindado pautas de interpretación a fin de verificar si una determinada restricción de derechos es razonable en los términos del artículo 28 CN. Ello necesariamente exige un análisis de los fines de la restricción y de los medios utilizados para alcanzarlos. En palabras de la Corte, “*lo que debe analizarse es la existencia de una proporcionalidad entre los fines perseguidos por la norma impugnada y los medios que se disponen para la utilización de dichos fines. Resulta claro además que los fines perseguidos deben ser siempre lícitos ya que en caso contrario no existirá posibilidad de restricción de derechos*”²⁷. O como dice Gelli, “*cabe examinar si el medio resulta desproporcionado, es decir, si aunque obtiene el fin perseguido, lo excede; por otro, si el medio guarda alguna relación de causalidad con el fin, aunque aquél no sea el único con el que se lo pueda alcanzar*”²⁸.

198

Las normas de la CADH y la interpretación que de ellas ha hecho la Corte IDH reclaman un examen similar. En su Opinión Consultiva 5/85, la Corte IDH estableció parámetros para la legitimidad de las restricciones a derechos²⁹, al afirmar que éstas deben perseguir una finalidad legítima, ser proporcionales al fin que persiguen y que no debe existir otra vía menos gravosa para lograr el mismo fin:

“... las restricciones autorizadas (...) deben ser las “necesarias para asegurar” la obtención de ciertos fines legítimos, es decir que no basta que la restricción sea útil (supra 46) para la obtención de ese fin, esto es, que se pueda alcanzar a través de ella, sino que debe ser necesaria, es decir que no pueda alcanzarse

24. *Ibíd.*

25. Art. 28 CN. Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio.

26. Cfr. CSJN, Fallos 172:21, entre muchos otros.

27. CSJN, “Pedro Inchauspe Hermanos vs. Junta Nacional de Carnes, sentencia de 1944. En el caso se discutía la constitucionalidad de una ley de creación de la Junta Nacional de Carnes que imponía una contribución de hasta el uno y medio por ciento sobre el precio de venta del ganado, autorizando a la mencionada junta a decidir la contribución entre esos parámetros. El objetivo del establecimiento de esta carga consistía en la protección de la industria nacional de carne.

28. Gelli, María Angélica, Constitución de la Nación Argentina Comentada y Concordada, tercera edición ampliada y actualizada, Buenos Aires, La Ley, 2006, Pág. 329.

29. Solicitada por el gobierno de Costa Rica. En el caso se discutía si la colegiación obligatoria de periodistas resultaba una restricción legítima al derecho a la libertad de expresión.

*razonablemente por otro medio menos restrictivo de un derecho protegido por la Convención...*³⁰.

Más recientemente, incluso, se ha defendido la necesidad de reorientar este control de razonabilidad hacia un control todavía más sustantivo de la calidad de las razones que podrían avalar el recorte de un derecho constitucional. En palabras de Gustavo Maurino:

“La construcción de un decente estado constitucional y democrático requiere que la supremacía constitucional chequee todo el obrar estatal y que el análisis de su razonabilidad se apoye en explícitas fundamentaciones acerca de los derechos constitucionales”³¹.

5. Las restricciones electorales vigentes no superan el escrutinio exigido por nuestra Constitución

La prohibición genérica de votar que pesa sobre los condenados y sancionados por diversos delitos y faltas resulta irrazonable e ilegítima y, por ende, inconstitucional. La disposición del artículo 3 incisos e, f, y g del CEN y el inciso 2 del artículo 19 del CP en función de lo dispuesto en el art. 12 del mismo cuerpo, no persiguen un fin legítimo. El texto de la ley electoral no echa ninguna luz y ninguna regla fija en forma expresa o implícita cuáles la finalidad del impedimento. De tal forma, el primer recurso de interpretación, el propio texto, deja vacante el interrogante.

199

Los antecedentes legislativos tampoco sirven a la identificación de una finalidad legítima. La exclusión de los condenados figuraba en el texto original de la Ley 19.945 que aprobó el CEN en 1972, durante el gobierno *de facto* del Gral. Lanusse. No hubo, entonces, un debate válido en el Poder Legislativo, ni nuestra consulta aportó documentos que acreditaran alguna discusión atinente a este punto. El antecedente inmediato anterior es la Ley Sáenz Peña de 1912, que expresamente excluía del sufragio a los detenidos por orden judicial, a los reincidentes condenados por delitos contra la propiedad por 5 años, a los penados por falso testimonio o delitos electorales también durante 5 años, y a todo aquel que se encontraba cumpliendo una pena temporal, hasta que fuera cumplida. Sin embargo, y como comprobaron los jueces Petracchi y Fayt en el caso *Mignone*, los debates de la ley 8.871 tampoco arrojan luz sobre el punto³².

Todo lo dicho sugiere que nunca nadie se ocupó con demasiado detalle en nuestro país, por lo menos durante el último siglo, de argumentar cuál era la finalidad perseguida al impedir votar a los condenados. Al igual que ocurre con otras instituciones penales infamantes, no parece imprudente asumir que se trata sin más de un resabio poco meditado

30. Corte IDH, Opinión Consultiva N° 5-85, “La colegiación obligatoria de periodistas”, del 13 de noviembre de 1985, párr. 79.

31. Gustavo Maurino, “Artículo 28 y razonabilidad”, en *La Constitución en 2020*, 48 propuestas para una sociedad igualitaria, Roberto Gargarella (comp).

32. CSJN, cit., cons. 14 del voto de los ministros Fayt y Petracchi.

de concepciones perimidas sobre la ejecución del castigo, superadas por el derecho de los derechos humanos y las nuevas normas penales. Esta hipótesis incluso es reforzada por el texto de algunas regulaciones provinciales que expresamente todavía fundan la restricción en razones de indignidad³³. El impedimento electoral posiblemente subsiste más por la atmósfera de exclusión de derechos y marginalidad que todavía rodea al mundo penitenciario, que por virtud de un acto reflexivo y eficaz en proveer a la restricción de un buen fundamento.

Otorgar al *legislador* de 1972 una voluntad educada en su decisión de prohibir el voto a los condenados supone un esfuerzo injustificadamente generoso por hallar buenas razones allí donde nada las sugiere. Tampoco existe registro histórico alguno que las avale o que siquiera indique su existencia a lo largo del siglo transcurrido desde la sanción de la ley Sáenz Peña. En suma, la restricción persiste huérfana tanto de razones como de deliberación previa que la autorice. Cualquier finalidad atribuida a la restricción del voto a las personas condenadas, en este contexto, será dudosa.

Sin perjuicio de lo expuesto, atacaremos algunas posibles razones que parecerían poder acudir en defensa del impedimento. La prohibición de votar, en primer lugar, contraría los objetivos resocializadores que normas de distinto orden y jerarquía como el PIDCyP³⁴, la CADH³⁵ o la Ley 24.660³⁶, e incluso la jurisprudencia de la propia CSJN³⁷ le atribuyen a la pena. Demostrar que la privación del derecho a voto se justifica como forma de preparar al condenado para su reinserción futura, resulta un desafío insuperable. Esta restricción no sólo no guarda relación alguna con el contenido del injusto sino que refuerza la exclusión y estigmatización del castigo penal. Tal como describe Dhimi sólo *“sirve para aumentar la distancia social entre el delincuente y la comunidad, y reafirma sus sentimientos de alienación y aislamiento”*³⁸. Nuestro sistema, en sentido contrario, busca educar en el respeto a la norma, en lugar de excluir a un grupo del goce de sus beneficios.

Nuestro máximo Tribunal, en segundo lugar, ha afirmado de forma contundente que la pena debe ser proporcional a la culpabilidad del autor y que nuestra Constitución impuso desde siempre un derecho penal de acto, rechazando toda forma de reproche ajena a dicha consideración (arts. 18 y 19 CN). En este sentido ha afirmado que *“Toda medida penal que se traduzca en una privación de derechos debe guardar proporcionalidad con la magnitud del contenido ilícito del hecho, o sea, con la gravedad de la lesión al bien jurídico concretamente afectado por el hecho, porque las previsiones legales expresan*

33. Ver, por ejemplo, el artículo 3 inc. 3 de la ley 5.109 de la provincia de Buenos Aires. Disponible en http://www.juntaelectoral.gba.gov.ar/html/texto_ley_5109.htm.

34. Ver art. 10.3 “El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados...”.

35. Ver art. 5.6 “Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.”

36. Art. 1. La ejecución de la pena privativa de libertad, en todas sus modalidades, tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad.

37. CSJN, “Maldonado”, sentencia del 7/12/2005, cons. 23; en el mismo sentido, “Gramajo”, sentencia del 5/9/2006, cons. 30, entre muchos otros

38. Dahmi, Mandeep K.; La Política de privación del sufragio a los presos ¿Una amenaza para la democracia?, publicado en Revista de Derecho, Vol. XXII, N° 2, diciembre, 2009, pág. 121/135.

tales magnitudes a través de las escalas penales”³⁹, y que “Lo contrario sería consagrar una discriminación entre los seres humanos, jerarquizarlos, considerar a unos inferiores a otros, y penar esa pretendida inferioridad de la persona, aunque con semejante consideración, en el fondo, cancelaría directamente el concepto mismo de persona”⁴⁰.

La prohibición genérica de votar constituye, por lo tanto y en términos de la CSJN, una consecuencia jurídica que no tiene relación ni proporción con el contenido del acto injusto y es, en consecuencia, una restricción de derechos inválida. Es decir que incluso otorgando que alguna finalidad legítima es atribuible a la proscripción electoral, veremos que tampoco el medio empleado para instrumentarla, esto es, la prohibición genérica, resulta válida, ya que es una herramienta completamente inadecuada y desproporcionada. Como vimos, la identificación de una finalidad no agota la revisión y corresponde examinar luego si el medio resulta proporcionado y guarda una relación de causalidad con el fin.

Por otro lado, si el derecho a votar se cercena con miras a que un miembro de la sociedad lo considere un coste al momento de optar por cometer o no un ilícito, también se hace prácticamente imposible relacionar con cierto grado de plausibilidad esa potencial pérdida de la capacidad electoral, con una disminución de la propensión a delinquir. Y en términos de prevención general positiva, finalmente, tampoco se fortalece nuestra adherencia a la democracia representativa sobre la base del improbable estímulo que supondría la exclusión de un grupo del padrón. El voto calificado no genera ni más ni mejor democracia, y el estigma electoral de la condena puede leerse sin más como la separación del cuerpo político de un sector de la población por su presunta incapacidad intelectual o moral para opinar y contribuir a formar la decisión común.

201

En todos los casos, la clave es la dignidad del hombre. El condenado no puede ser instrumento de improbables funciones sociales, ni puede ser limitado en sus derechos más elementales bajo una fraguada intención de apoyarlo en su superación. La prohibición que cuestionamos, de tal forma, perdura sólo como una secuela incapacitante y contraria a la dignidad, que, como señaló la CSJN en los casos *Arriola* y *FAL*⁴¹ es, en cambio, un fin en sí mismo.

Tampoco advertimos de qué modo la privación total e indiscriminada de un derecho a toda una clase de personas y la exclusión de la vida política de un grupo, podrían contribuir de modo significativo a la obtención de cualquiera de los fines que en defensa de esta prohibición se han ensayado. Al contrario, son la participación en el debate político y la expresión libre de las ideas, las que nos ayudarán a desarrollar los fines de la democracia. Ese estándar, sirva recordarlo, apenas constituye un cuerpo mínimo de derechos en Europa, y puede ser mejorado por las jurisdicciones nacionales. Las disposiciones del CEN y de muchas de las legislaciones electorales provinciales, en cambio, privan de modo genérico a los condenados y sancionados por diversos delitos y faltas de su derecho a sufragar y se alejan por completo de cualquier escrutinio individualizado y fundado. Resultan por ello

39. CSJN, “Gramajo”, op. cit., cons. 19.

40. CSJN, “Maldonado”, op. cit., cons. 36.

41. CSJN, caso “Arriola, Sebastián y otros s/ causa n° 9080”, sentencia del 25/08/2009, caso “F. A. L. s/ Medida autosatisfactiva”, sentencia del 13/03/2012.

manifiestamente irrazonables, tanto por la imposibilidad de asignarle un fin lícito como por su grosera desproporción para la consecución de cualquier finalidad.

6. El régimen electoral vigente discrimina a un grupo vulnerable y la condición de condenado es una “categoría sospechosa”

La prohibición de sufragar que pesa sobre las personas condenadas es un trato discriminatorio ya que no existe base objetiva alguna que justifique el recorte de derechos que sufren con respecto al resto de los ciudadanos. Las disposiciones cuestionadas del CEN y del CP afectan el principio de igualdad (arts. 16 CN, 1.1 y 24 CADH y 2.1 y 26 PIDCYP, 7 DUDH). El criterio que determina la restricción al derecho a sufragar de una clase de individuos es arbitrario y anacrónico, como ya marcamos aquí.

Pero existe, además, un elemento adicional para considerar discriminatoria la restricción legal: su impacto recae sobre una porción de la población que ha sido seleccionada por el sistema penal por su condición de vulnerabilidad y que ya experimenta una serie de restricciones en virtud de una condena y consecuencias gravísimas, además, si ella es de efectivo cumplimiento en una cárcel argentina⁴². La selectividad de nuestro sistema penal y su concentración sobre sectores en condiciones de vulnerabilidad socioeconómica no es novedosa y constituye un dato inocultable. Sin eufemismos: el sistema penal persigue mayormente a personas pobres, lo que puede ser corroborado por los niveles educativos alcanzados por la población penitenciaria y por los datos referidos a su ocupación laboral al momento de ingresar a prisión⁴³. También coinciden en el diagnóstico los informes de organismos públicos y de la sociedad civil que desarrollan su labor en el ámbito carcelario y en el sistema penal en general.

En este sentido, Zaffaroni, ha dicho que:

“Aunque la criminalización primaria implica un primer paso selectivo, éste permanece siempre en cierto nivel de abstracción, porque, en verdad, las agencias políticas que producen las normas nunca pueden saber sobre quién caerá la selección que habilitan, que siempre se opera en concreto, con la criminalización secundaria. Puesto que nadie puede concebir seriamente que todas las relaciones sociales se subordinen a un programa criminalizante faraónico (que se paralice la vida social y la sociedad se convierta en un caos, en pos de la realización de un programa irrealizable), la muy limitada capacidad operativa de las agencias

42. En general, consultar los Informes de la Procuración Penitenciaria de la Nación, del Comité contra la Tortura de la Comisión Provincial por la Memoria de la PBA y del Centro de Estudios Legales y Sociales

43. El último informe del Sistema Nacional de Estadísticas sobre Ejecución de la Pena (SNEEP) del año 2008 establece que un 7% de las personas privadas de libertad en todo el país carece de toda instrucción, el 43% sólo alcanza el primario completo y solo el 6% alcanzan un nivel de instrucción de secundario completo. A su vez, determina que la situación laboral al momento de ingreso a la cárcel, el 41% era desocupado y el 40% trabajadores de tiempo parcial. (Gráficos pág. 10 y 11 del Informe Anual 2008 del SNEEP disponible en: <http://www.jus.gov.ar/media/108979/Informe%20SNEEP%20ARGENTINA%202008.pdf>).

de criminalización secundaria no les deja otro recurso que proceder siempre de modo selectivo. Por ello, incumbe a ellas decidir quiénes serán las personas que criminalice y, al mismo tiempo, quienes han de ser las víctimas potenciales de las que se ocupe, pues la selección no solo es de los criminalizados, sino también de los victimizados. Esto responde a que las agencias de criminalización secundaria, dada su pequeña capacidad frente a la inmensidad del programa que discursivamente se les encomienda, deben optar entre la inactividad o la selección. Como la primera acarrearía su desaparición, cumplen con la regla de toda burocracia y proceden a la selección. Este poder corresponde fundamentalmente a las agencias policiales”⁴⁴.

Cualquier nueva restricción adherida a ese colectivo de personas, fundada exclusivamente en la condición de condenados, funciona, entonces como una afrenta hacia un grupo que el propio Estado ya ha seleccionado y puesto formalmente en una posición desventajosa. No perdamos de vista que la prohibición electoral se funda en la condena y no en la culpabilidad por el hecho criminal en sí.

En esta línea, la Corte Suprema de los Estados Unidos considera que existen ciertas normas, en apariencia neutrales, que devienen discriminatorias por el impacto desproporcionado que su aplicación provoca sobre minorías raciales, sexuales o grupos históricamente relegados y desaventajados. Así, por ejemplo, ha invalidado leyes laborales a raíz de su repercusión negativa sobre la población afroamericana⁴⁵. Nuestro derecho, por cierto, incluso prevé la situación económica desaventajada (pobreza) como un factor de discriminación⁴⁶.

203

Así las cosas, puede afirmarse que la política estatal que impide el ejercicio del derecho al voto a aquellas personas que se encuentran condenadas impacta directamente sobre un sector de la población compuesto de un modo comprobadamente preponderante por individuos pertenecientes a grupos económica y socialmente relegados, cuya situación de vulnerabilidad incluso ya ha sido agravada por el propio Estado. Ello justifica considerar a la práctica estatal como un trato discriminatorio, que potencia la desigualdad que estos individuos sufren respecto del resto de la población.

La exclusión del padrón de las personas condenadas se funda, además, en un criterio clasificatorio expresamente prohibido por la CADH: la *condición social o económica* del grupo. La condición de condenado, en efecto, constituye, una “categoría sospechosa”, y sobre ella pesa una presunción de inconstitucionalidad que no puede remontarse. Tal como lo indica la Corte, al defender la idea de que el principio de igualdad debe ser complementado mediante la aplicación de un examen más riguroso, cuando se trata de clasificaciones basadas en criterios específicamente prohibidos:

44. Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro, Derecho Penal, Parte General, pág. 7.

45. Corte Suprema de EEUU, Caso “Griggs v. DukePower Co.”, 401 U.S. 424, 91 S. Ct. 849, 28 L. Ed. 2d 158 (1977).

46. Ver Título III del Plan Nacional Contra la Discriminación y art. 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

“El derecho constitucional argentino contiene, en especial a partir de la incorporación de diversos tratados internacionales sobre derechos humanos, la prohibición expresa de utilizar criterios clasificatorios fundados en motivos de ‘raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social’ (art. 1° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y art. 26 del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos).

“Por ende, la interdicción de la discriminación en cualquiera de sus formas y la exigencia internacional de realizar por parte de los Estados acciones positivas tendientes a evitar dicha discriminación deben reflejarse en su legislación, de lo cual es un ejemplo la ley 23.592, y también en la interpretación que de tales leyes hagan los tribunales.

“Así, cuando esta Corte ha tenido que resolver sobre la constitucionalidad de leyes que utilizan tales clasificaciones basadas en alguno de esos criterios expresamente prohibidos, lo ha hecho partiendo de una presunción de inconstitucionalidad (Fallos: ‘Hooft’ 327:5118; ‘Gottschau’ 329:2986 y ‘Mantecón Valdez’ 331:1715). Por lo tanto, el trato desigual será declarado ilegítimo siempre y cuando quien defiende su validez no consiga demostrar que responde a fines sustanciales — antes que meramente convenientes— y que se trata del medio menos restrictivo y no sólo uno de los medios posibles para alcanzar dicha finalidad”⁴⁷.

204

La Suprema Corte de Buenos Aires⁴⁸ y el TSJ de la Ciudad de Buenos Aires⁴⁹ también han aplicado esta doctrina en diversos fallos. Este último ha ido más lejos aún y ha afirmado que los detenidos con prisión preventiva constituyen una categoría sospechosa, por lo que la prohibición de votar que sobre ellos pesaba constituía una discriminación ilegítima⁵⁰. Por las razones expresadas más arriba, entendemos que esta doctrina es enteramente aplicable a las personas condenadas.

7. El Derecho comparado

En el derecho comparado, diversos sistemas jurídicos reconocen a las personas condenadas su derecho a sufragar. Así, por ejemplo, en España la Junta Electoral Central, mediante Acuerdo del 13 de abril de 1983, reiterado el 26 de abril y el 17 de mayo de 1993 y el 26 de mayo de 1994, determinó que: a) no pueden votar quienes se encuentren

47. CSJN, caso “Partido Nuevo Triunfo”, Fallos: 332:443, sentencia del 17/3/2009, publicada en L.L. del 9/4/2009, el énfasis ha sido agregado.

48. SCBA, “Candidatura Scioli, Daniel”, sentencia del 22/10/2007.

49. TSJ, “Sandez, Carlos Armando”, Expte. 482/2000, en Constitución y Justicia (Fallos del TSJ), Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, t. II, 2000, pág. 417 y sigtes., sentencia del 29/11/2000; “Salgado, Graciela Beatriz c. GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, Expte. 826/01, en Constitución y Justicia (Fallos del TSJ), cit., t. III, 2001, pág. 688 y sigtes., sentencia del 21/11/2001; “Asociación por los Derechos Civiles (ADC) c. Ciudad de Buenos Aires”, sentencia del 31/03/2005.

50. TSJ, “Rojo, Horacio A.”, op. cit. y “Rey, Gustavo y otro”, op. cit.

cumpliendo, como pena principal o accesoria, pena de privación o suspensión del derecho de sufragio impuesta por sentencia firme; b) quienes no se encuentren afectados por la referida imposibilidad podrán votar si figuran inscriptos en el censo, bien por correo, bien personalmente, si el régimen penitenciario aplicable en cada caso lo permite; en orden al ejercicio del derecho de sufragio por los mismos, por los Servicios de Correos y los Departamentos de Justicia y Defensa, se adoptarán las medidas necesarias⁵¹.

La legislación francesa, a su vez, prevé el voto por poder de los detenidos en forma provisoria y de los condenados a penas que no llevan aparejada una incapacidad electoral⁵². La ley alemana insta a las cárceles para que dentro de ellas se aliente a los presos a votar, pero sí prevé la prohibición cuando el delito cometido socave el “orden democrático”. La República de Irlanda levantó su prohibición en 2006, al aprobar la legislación que permite a todos los presos a votar por correo en la circunscripción donde tienen su domicilio.

Por otra parte, diversos tribunales ya se han pronunciado en contra de la prohibición del voto a los condenados como clase. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), por ejemplo, y también los superiores tribunales de Canadá y de Sudáfrica han declarado la ilegitimidad de la restricción genérica al derecho al voto sólo sobre la base de una condena penal.

En el caso “Hirst v. Gran Bretaña”⁵³, el TEDH sostuvo que cualquier restricción de los derechos electorales debe tener un fundamento legítimo y que los medios empleados deben ser proporcionales a la finalidad perseguida. El gobierno británico había defendido la razonabilidad de la limitación impuesta a los condenados alegando un supuesto efecto disuasivo y sugiriendo que la prohibición producía un aumento en la responsabilidad cívica y el respeto por la ley de los penados. Si bien la restricción no fue considerada contraria por sí misma a la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH), el TEDH dejó bien en claro que una prohibición absoluta para todo condenado en cualquier circunstancia excede el margen de apreciación aceptable que posee el Estado. El TEDH, además, cuestionó la idoneidad de la medida para alcanzar los objetivos enunciados y señaló que no existen pruebas de que el poder legislativo de Gran Bretaña alguna vez haya sopesado semejantes intereses en conflicto al establecer la prohibición.

Esta doctrina fue reafirmada en el caso “Frodl v. Austria”⁵⁴, donde el TEDH resolvió que la legislación austríaca que impedía votar a los condenados era incompatible con la CEDH. En dicha oportunidad, el Estado alegó que la finalidad de la restricción era, por un lado, de prevención general negativa, para disuadir potenciales criminales; y por otro, de prevención general positiva, pues induciría a la comunidad a respetar el estado de derecho. Como había insinuado en “Hirst v. Gran Bretaña”, el Tribunal admitió la posibilidad de fijar límites a los derechos electorales, pero no restricciones absolutas de carácter general. En este sentido, señaló que este tipo de decisiones debían ser tomadas por un juez, teniendo

51. Enrique Arnaldo Alcubilla y Manuel Delgado -Iribarne García-Campero, “Código Electoral”, Ed. Abella, Madrid 1995, pág. 36.

52. Cfr. “Code Electoral”, art. L. 71, II, 9º, Ed. Dalloz, 1992.

53. TEDH, “Caso Hirst v. Gran Bretaña”, Nº 74025/01, sentencia del 6/10/2005.

54. TEDH, “Frodl vs. Austria”, Nº 20201/04, sentencia del 8/4/2010.

en cuenta las circunstancias del caso⁵⁵. Además, recalco que siempre debería existir un nexo entre la ofensa cometida y las elecciones o las instituciones democráticas. Esto implica que la restricción podría imponerse de manera legítima, únicamente, a aquellos que han sido condenados por fraude electoral o algún delito relacionado.

Recientemente, en el caso “Scoppola vs. Italia No. 3”⁵⁶, el TEDH estableció que la legislación italiana era compatible con el CEDH pero en tanto la prohibición del voto de las personas condenadas estaba vinculada con las circunstancias particulares del caso. En consecuencia, no se trataba de una privación generalizada, automática e indiscriminada como la analizada en el caso “Hirst”.

En una línea similar, la Corte Constitucional de Sudáfrica⁵⁷ entendió que cualquier limitación de un derecho inherente a todos los ciudadanos debe estar apoyada en razones claras y convincentes. De manera que si el gobierno pretende restringir los derechos de un grupo de personas tiene que presentar información que permita revisar los objetivos de esa restricción y la idoneidad de los medios empleados. El Estado sudafricano defendió su postura explicando que permitir el voto de las personas condenadas a pena privativa de la libertad hubiera significado un incremento de los costos y generado dificultades logísticas que lo habrían obligado a privilegiar a los detenidos por sobre otras personas tales como discapacitados, embarazadas o ciudadanos residentes en el extranjero. Además, señaló que utilizar estos recursos para garantizar el derecho a votar de los condenados hubiera provocado la impresión en la ciudadanía de que el gobierno era indulgente con los delincuentes. La Corte sudafricana sostuvo que no se había probado que el levantamiento de la restricción implicara privilegiar a los condenados, por sobre otras personas con dificultades para votar, y resaltó que cabía presumir que no representaría un excesivo aumento del gasto teniendo en cuenta que el gobierno ya garantizaba el derecho a votar de las personas en prisión preventiva. También remarcó que bajo ninguna circunstancia el resguardo de la imagen gubernamental podía constituir una causa legítima para la afectación de derechos individuales.

206

Por último, la Corte Suprema canadiense se pronunció en idéntico sentido, en el caso “Sauvé v. Canadá”⁵⁸, al declarar la inconstitucionalidad de un artículo de su regulación electoral que prohibía votar a los condenados a pena privativa de la libertad. De acuerdo con el gobierno, dicha norma pretendía generar un aumento de la responsabilidad cívica y fomentar el respeto de la ley, a la vez que proporcionaría un castigo adicional. En su fallo, la Corte canadiense reafirmó la obligación estatal de demostrar que toda restricción responde a un fin constitucionalmente válido y que los medios empleados para alcanzarlo son razonables y proporcionales. Además destacó que el derecho de todos los ciudadanos a votar es una de las fuentes de legitimidad del ordenamiento

55. *Ibid.*, § 82.

56. TEDH, “Scoppola vs. Italia No. 3”, N° 126/05, sentencia del 22/5/2012.

57. Corte Constitucional de Sudáfrica, Case CCT 03/04, Minister of Home Affairs vs. National Institute for Crime Prevention and the Re-Integration of Offenders (NICRO), sentencia del 3/3/2004.

58. Suprema Corte de Canadá, “Sauvé v. Canada” (Chief Electoral Officer), 2002 SCC 68, [2002] 3 S.C.R. 519, sentencia del 31/10/2002.

positivo, e incentiva la responsabilidad social y los valores democráticos, por lo que no pueden admitirse restricciones que no estén ligadas racionalmente a los objetivos que se pretenden conseguir. De acuerdo al tribunal el impacto negativo de este tipo de regulación es superior a los beneficios que puede generar y afecta el desarrollo social y la política de resocialización e integración. En particular, el voto del juez McLachlin fue contundente al afirmar que:

“La legitimidad de la ley y la obligación de obedecer la ley se derivan directamente del derecho de todo ciudadano a votar. Denegar a los reclusos el derecho a votar es perder un medio importante de enseñarles los valores democráticos y la responsabilidad social [...] La negación del derecho de voto sobre la base de atribuir indignidad moral es incompatible con el respeto de la dignidad de cada persona [...] También es contrario a la idea [...] de que las leyes exigen obediencia, ya que son hechas por aquellos cuya conducta rigen. Negar el derecho de voto no cumple con los requisitos de un castigo legítimo, a saber, que el castigo no debe ser arbitrario y debe servir a un propósito válido para el derecho penal [...] En cuanto a un propósito penal legítimo, ni el reporte ni el sentido común apoyan la afirmación de que la privación disuade a los criminales de delito o los rehabilita...”⁵⁹.

8. La prohibición de sufragar cuestionada debilita la democracia

207

Hay elementos subjetivos y colectivos que se conjugan en el derecho al sufragio y la prohibición del voto tanto en su faz individual, como en su faz colectiva, debilita el funcionamiento del sistema democrático. Nuestros constituyentes han optado por la forma representativa, republicana y federal de gobierno para la organización política del país (arts. 1 CN). Y la democracia, como elemento esencial de nuestra organización política, se ha visto reforzada en los últimos tiempos.

En 1994, por primera vez en nuestra historia constitucional, la reforma constitucional incorporó el concepto de democracia a la norma jurídica suprema. El art. 36 CN establece el imperio de la Constitución aun cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el *sistema democrático*. El art. 37 CN, garantiza los derechos políticos y el sufragio como universal, secreto y obligatorio. Y el art. 38 CN reconoce a los partidos políticos como instituciones fundamentales del *sistema democrático*. La última reforma incorporó incluso *formas de democracia semidirecta* como la iniciativa popular de leyes y consulta popular.

59. Corte Suprema de Canadá, “Sauve vs. Canadá”, sentencia de octubre de 2002. Traducción extraída del siguiente artículo: Dahmi, Mandeep K.; La Política de privación del sufragio a los presos ¿Una amenaza para la democracia?, publicado en Revista de Derecho, Vol. XXII, N° 2, diciembre, 2009, pág. 121/135.

Al mismo tiempo, distintos instrumentos internacionales como la Carta de la Organización de los Estados Americanos⁶⁰ o la CADH⁶¹ han otorgado gran importancia al factor democrático, al consagrarlo como valor fundamental en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Y también en el ámbito del MERCOSUR, se ha asumido a la democracia como un componente esencial de los procesos de integración⁶².

La democracia, entonces, es un concepto normativo y no ya meramente político, cuya jerarquización por parte del constituyente, debe ser tenida en cuenta al interpretar las normas que impugnamos aquí. Se trata de un valor receptado ampliamente por el ordenamiento jurídico nacional y regional, y que nos obliga a interpretar las normas cuestionadas bajo su luz.

En este contexto, el voto es un elemento esencial para la dignidad de las personas en tanto les reconoce la posibilidad de elegir a quienes mejor representen sus opciones y de influir, de este modo, en las decisiones colectivas que afectan su vida diaria. Y a su vez, constituye un medio para garantizar “*la libre expresión de la voluntad de los electores*”⁶³, que tal como ha sostenido la Corte IDH “*no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir; sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios...*”⁶⁴.

60. La Carta de la OEA, en su art. 2 establece como uno de sus propósitos esenciales el de promover y consolidar la democracia representativa dentro del respeto al principio de no intervención (inc. b) y el de erradicar la pobreza crítica, que constituye un obstáculo al pleno desarrollo democrático de los pueblos del hemisferio (inc. g). El mismo documento en su capítulo segundo y bajo el título de “principios”, establece que la solidaridad de los Estados americanos y los altos fines que con ella se persiguen, requieren la organización política de los mismos sobre la base del ejercicio efectivo de la democracia representativa y que la eliminación de la pobreza crítica es parte esencial de la promoción y consolidación de la democracia representativa y constituye responsabilidad común y compartida de los Estados americanos. En definitiva, mediante éstas y otras cláusulas de la Carta, la OEA, de la cual Argentina forma parte, reafirma la importancia de la consolidación democrática como uno de sus grandes propósitos.

61. La CADH en su preámbulo reafirma el propósito de los Estados signatarios “*de consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre*”. Y el art. 32 establece que los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.

62. Los estados partes del Mercado Común del Sur, conjuntamente con Bolivia y Chile, en el Protocolo Ushuaia, sobre Compromiso Democrático en el MERCOSUR, acordaron que “*La plena vigencia de las instituciones democráticas es condición esencial para el desarrollo de los procesos de integración entre los Estados Partes del presente Protocolo.*” (cfr. Art. 1). En esta misma dirección, el Tratado Constitutivo de la Unión de las Naciones Suramericanas, del cual la Argentina forma parte, ratifica en su preámbulo que la integración como la unión suramericanas se fundan, entre otros, en los principios rectores de la democracia, la participación ciudadana y el pluralismo. Al mismo tiempo que “*la plena vigencia de las instituciones democráticas y el respeto irrestricto de los derechos humanos son condiciones esenciales para la construcción de un futuro común de paz y prosperidad económica y social y el desarrollo de los procesos de integración entre los Estados Miembros*”. El art. 2 del mencionado tratado establece que la Unión de Naciones Suramericanas tiene como objetivo lograr la inclusión social y la participación ciudadana y fortalecer la democracia.

63. Ver art. 25 PIDCYP.

64. Corte IDH, OC 5-85, op. cit., párr. 31.

Siguiendo este criterio, el voto es un medio para expresarse, y resulta especialmente necesario cuando la persona está privada de su libertad, al ser uno de los pocos canales abiertos para que aquellas personas que sufren la máxima restricción que puede imponerse en un Estado de Derecho, puedan influir en la vida de la comunidad a la cual pertenecen.

La prohibición de votar a los condenados atenta contra su dignidad al excluirlos de la posibilidad de participar en el debate político, por no considerarlos como sujetos capaces de emitir una opinión válida, y a la vez constituye un agravamiento de sus condiciones de detención (arts. 18 CN, 5.2 CADH y 10.1 PIDCYP). Al igual que el resto de los ciudadanos, ellos tienen el derecho a elegir a los candidatos que mejor expresen sus preferencias e intereses, sin que podamos dudar, en modo alguno, de la calidad de los motivos con los que formularán tales elecciones, ni en su capacidad para hacerlo. Como cualquiera de nosotros, ellos pueden querer expresar algo respecto de la conducción de los asuntos públicos que afectan su futuro, sus bienes, la educación de sus hijos, sus haberes previsionales, el manejo de los medios de comunicación, o las políticas migratorias o, incluso, las políticas penitenciarias que los afectan directamente. Incontables aspectos de la vida social que no tienen que ver con el delito ni con la pena son silenciados injustificadamente por la prohibición de votar.

Esta restricción que afecta a un sector de la población, por otro lado, debilita el funcionamiento del sistema democrático, al reducir el número de electores. En *La Constitución de la Democracia deliberativa*, Nino expone su conocida posición epistemológica según la cual:

“La discusión y la decisión intersubjetivas constituyen el procedimiento más confiable para tener acceso a la verdad moral, pues el intercambio de ideas y la necesidad de ofrecer justificaciones frente a los otros no sólo incrementa el conocimiento que uno posee y detecta defectos en el razonamiento, sino que ayuda a satisfacer el requerimiento de atención imparcial a los intereses de los afectados. Sin embargo, esto no excluye la posibilidad de que a través de la reflexión individual alguien pueda tener acceso al conocimiento de soluciones correctas, aunque debe admitirse que este modo es mucho menos confiable que el colectivo, debido a la dificultad de permanecer fiel a la representación de los intereses de otros y ser imparcial.”⁶⁵.

Las decisiones tomadas en un proceso de discusión moral colectivo tienen una mayor calidad epistémica. Sin embargo, Nino se ocupa de puntualizar que dicha calidad

“varía de acuerdo con el grado de satisfacción de las condiciones que subyacen al proceso. Estas condiciones son: que todas las partes interesadas participen en la discusión y decisión; que la participación de una base razonable de igualdad y sin ninguna coerción; que puedan expresar sus intereses y justificarlos con argumentos genuinos; que el grupo tenga una dimensión apropiada que maximice la probabilidad del resultado correcto; que no haya ninguna minoría aislada, pero

65. Nino, Carlos, *Constitución de la Democracia Deliberativa*, Editorial Gedisa, España, 2003, pág. 161.

que la composición de las mayorías y minorías cambie con las diferentes materias“, entre otras. A lo que agrega que: “(c)uando las condiciones para promover el valor epistémico de la democracia no son satisfechas, esta no logra su valor. No todo proceso llamado “democrático” disfruta de los requisitos necesarios para proveerle de valor epistémico.”

Por su parte, Alf Ross, al elaborar el *tipo ideal* de democracia, manifiesta que el factor democrático, esto es, la influencia popular en el ejercicio de la autoridad pública, puede variar en relación con las siguientes variables: la intensidad, la efectividad y la latitud. El concepto que nos interesa resaltar es el de *intensidad*:

“La intensidad, o sea, la dimensión del grupo de personas que tienen derecho a participar en las votaciones y elecciones. El ejemplo más claro es el derecho de voto igual y universal de todos los adultos. Cuanto más se desvía el tipo real de esa situación, más se convierte en una democracia moderada con forma crecientemente oligárquica”⁶⁶.

Todos los argumentos mencionados, tienden a demostrar que cuanto mayor es el electorado en un proceso electivo, cuanto mayor sea la pluralidad de los puntos de vista, entonces mejor será la calidad del sistema democrático. La diversidad de voces enriquece la discusión política y las voces de los condenados, de hecho, pueden iluminar, quizá mejor que otras, el alcance de nuestras propias acciones y la extensión de nuestras reacciones sociales. Así como el ejercicio del derecho penal en contra de un individuo exige la adecuada defensa y la garantía de ser oído ante un juez, debemos admitir, e incluso estimular, que las voces de los condenados nutran también nuestras decisiones colectivas acerca de la pena, el castigo y la imposición estatal del encierro.

210

El fortalecimiento de la democracia es un propósito del ordenamiento nacional y regional y, por ende, un imperativo. El “elemento democrático” que debe guiar la interpretación de las normas aquí cuestionadas, se verá fuertemente enriquecido con la incorporación de las personas condenadas al electorado. Su exclusión, por el contrario, continuará debilitando el funcionamiento del sistema democrático.

9. La ampliación de la base electoral se inscribe en una tradición valiosa de ampliación de la aptitud electoral

La inclusión de las personas hoy excluidas al padrón no será más que otro paso, necesario y debido, en la progresiva igualación y universalización del derecho a la participación política. Toda la evolución normativa y jurisprudencial de nuestro país, muestra una tendencia irreversible hacia el reconocimiento cada vez más amplio de los derechos electorales y de la participación política, lo que refuerza el anacronismo de cualquier exclusión genérica de los condenados de su derecho a sufragar.

El primer antecedente normativo en materia electoral en nuestro país es la Ley 140. Esta norma, reglamentaba el derecho a voto haciéndolo “no obligatorio y público –o

66. Ross, A. ¿Por Qué Democracia?, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

cantado— bajo la inexistencia de padrones electorales seguros, dado que quien quería votar debía inscribirse ante las Juntas Calificadoras de las Municipalidades de cada ciudad⁶⁷.

La Ley 8871, conocida como Ley Sáenz Peña, significó un cambio trascendental y enumeró las notas esenciales del sufragio que luego serían incorporadas en la reforma constitucional de 1994: el voto universal, individual, obligatorio y secreto. Sin embargo, la universalidad no fue tal en los hechos. Las mujeres se encontraban excluidas y también los detenidos sin condena por orden de juez competente, los reincidentes condenados por delitos contra la propiedad por 5 años, los penados por falso testimonio o delitos electorales durante 5 años, y todo aquel que se encontraba cumpliendo una pena temporal, hasta que fuera cumplida.

La Ley 13.010⁶⁸ incorporó a las mujeres al establecer, en su artículo 1, que “*Las mujeres argentinas tendrán los mismos derechos políticos y estarán sujetas a las mismas obligaciones que les acuerdan o imponen las leyes a los varones argentinos*”. La Ley 24.007⁶⁹, por su parte, extendió el derecho a votar en comicios nacionales a los argentinos residentes en el exterior.

En el año 2003, y como consecuencia del ya citado fallo *Mignone*⁷⁰, se dictó la ley 25.858⁷¹ que derogó la prohibición de voto a las personas procesadas con prisión preventiva e incorporó el art. 3 bis al CEN que establece el mecanismo para su implementación. Tres años más tarde, mediante el decreto 1291/2006, se reglamentó dicha ley.

En 2009, la ley 26.572⁷² extendió los alcances del sufragio activo, al instaurar la participación de la ciudadanía en los procesos de selección partidaria de las candidaturas que luego van a competir en la elección de las máximas autoridades públicas nacionales. Por último, la reciente ley 26.774⁷³ amplió la base electoral al reducir a los 16 años la edad para votar.

En el ámbito de la ciudad de Buenos Aires, el TSJ dictó la Acordada Electoral 6/07 que fija el procedimiento para que puedan ejercer su derecho al voto las personas detenidas a disposición de los jueces con competencia en lo penal de la Ciudad de Buenos Aires. A dicha acordada se remite el Tribunal en los fallos “Rojo” y “Rey” del 2007 ya citados.

211

67. Gelli, María Angélica, op. cit., pág. 406.

68. Sancionada el 9/9/1947, publicada en el Boletín Oficial del 27/9/1947, Número: 15877.

69. Sancionada el 9/10/1991, publicada en el Boletín Oficial del 05/11/1991, Número: 27256.

70. CSJN, caso “Mignone”, op. cit. Allí, la Corte Suprema consideró que la exclusión de las personas detenidas sin condena era contraria a nuestra CN y a la CADH. En 2003, a su vez, en la causa “Zárate, Marcelo Antonio s/amparo”, la Cámara Nacional Electoral se pronunció sobre el tema destacando que “*la privación del ejercicio del sufragio para los ciudadanos que se encuentren en esta condición procesal importa vulnerar el principio de inocencia que se encuentra insito en el artículo 18 de la Constitución Nacional y expresamente previsto en los artículos 8º, párrafo 2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y párrafo 14, inciso 2º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, efectuándose así una discriminación arbitraria. No cabe sino concluir entonces que la restricción de acceder al acto electoral, impuesta al recurrente por su condición de procesado, constituye un trato incompatible con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano*”. (CNE, Fallos CNE 3142/2003).

71. Promulgada el 29 de diciembre de 2003 y publicada en el Boletín oficial del 4 de enero de 2004.

72. Sancionada el 2 de diciembre de 2009, publicada en el Boletín Oficial del 14/12/2009, Número: 31800.

73. Publicada en el Boletín Oficial del 2/11/2012, año CXX, Número: 32.514.

Tampoco puede obviarse el avance que significan las elecciones comunales y la extensión a los residentes de la aptitud electoral. Por ley 334/00, los ciudadanos extranjeros que residan en la Ciudad de Buenos Aires pueden participar de las elecciones locales, previa inscripción voluntaria en el Registro de Electoras y Electores Extranjeros, creado por dicha ley en la órbita del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad.

La evolución aquí referida demuestra una clara tendencia hacia el reconocimiento de los derechos electorales a grupos de personas antes excluidos de su derecho a sufragar. Por cierto, en el presente año se presentó un proyecto de ley en la Cámara de Diputados de la Nación que prevé la derogación de los incisos. e, f y g del artículo 3 del Código Electoral y del inciso 2 del artículo 19 del Código Penal y establece que toda persona privada de su libertad, incluyendo a los condenados, tendrán derecho a votar durante el lapso en que se encuentren detenidos, a través del mecanismo previsto para los procesados⁷⁴. La iniciativa cosechó firmas de distintas fuerzas políticas⁷⁵ y adhesiones de diversas entidades y organizaciones de la sociedad civil⁷⁶.

10. Observaciones finales

212

La exclusión electoral de los condenados no encuentra justificativos de peso. Sus posibles fines son ilegítimos y de existir alguna finalidad plausible, de todos modos, resulta desproporcionada la vía de una prohibición genérica, que colide con el principio de culpabilidad de acto y recae indiscriminadamente sobre todos los miembros de un grupo vulnerable, ya puesto en situación de vulnerabilidad por el propio poder estatal, sólo por su pertenencia a dicho grupo. Las normas electorales cuestionadas, por ende, son inconstitucionales, también, por responder a una clasificación social que no supera el examen de validez que nuestra Corte Suprema reclama.

La restricción de los derechos electorales de los condenados constituye más bien una rémora de la consideración de ciertos sectores de la sociedad como incapaces de adoptar decisiones válidas sobre la vida en común y empobrece la deliberación hacia el interior de la sociedad, privándonos de escuchar las voces de quiénes, como nadie, podrían representar el interés de aquellos que sufren la máxima restricción que un Estado de Derecho puede imponer.

74. Expediente N° 0992-D-2012. Este proyecto es idéntico a otro presentado en el año 2010 (Expediente N° 6153-D-2010) y que perdió estado parlamentario.

75. Firman Gil Lavedra (UCR), Stolbizer (GEN), Rodriguez (DIP), Albrieu (FPV), Garrido (UCR) y Alfonsín (UCR); adhiere Donda (FAP).

76. Adhieren la Procuración Penitenciaria de la Nación, la Defensoría General de la Nación y el Comité contra la Tortura de la Comisión por la Memoria de la PBA. También al Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP), la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ), Igualitaria: Centro de Estudios sobre Democracia y Constitucionalismo, el Programa de Justicia y Transparencia del Centro de Implementación de Políticas Públicas para la Equidad y el Crecimiento (CIPPEC), el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Lanús, Poder Ciudadano y la Asociación por los Derechos Civiles.

Lo mismo cabe decir de la exclusión del padrón electoral de las personas condenadas por juegos prohibidos o de las sancionadas por deserción calificada. Estas prohibiciones se basan en la indignidad del votante. Tal como afirmó el Fiscal General de la CABA sólo parecen fundamentarse en consideraciones de naturaleza moral que afectan el principio de universalidad del voto y se muestran como discriminaciones prohibidas a la luz de la Constitución.

El éxito de las experiencias que han tenido lugar ininterrumpidamente desde las elecciones de 2007 respecto del ejercicio del voto de las personas procesadas indica que las dificultades para realizar un acto eleccionario en el interior de un establecimiento del servicio penitenciario son menores y nos alientan a concluir que la posibilidad de votar podría hacerse extensiva a las personas condenadas y sancionadas con relativa facilidad.

Las decisiones judiciales favorables citadas al comienzo, por último, son auspiciosas y abren camino hacia un postergado debate legislativo, cuyo resultado necesariamente será el reconocimiento de los derechos políticos de las personas excluidas a fin de que puedan participar en las decisiones de la sociedad de la que siguen formando parte.

Normas y razones: un dilema entre la irracionalidad y la irrelevancia*

Jorge L. Rodríguez**

Resumen

Las normas generales constituyen a primera vista ejemplos paradigmáticos de razones para realizar o dejar de realizar ciertas acciones. No obstante ello, el uso de normas generales para orientar nuestras acciones nos enfrenta con un dilema que oscila entre la irracionalidad que supone la descalificación por anticipado de cualquier otro factor relevante, y la irrelevancia práctica de las normas generales en caso de que se deba evaluar en cada caso el plexo completo de razones en juego para decidir cómo actuar. Este dilema posee una estructura similar a la de varias otras paradojas discutidas en la filosofía política y moral, en particular la paradoja de la autoridad, lo que sugiere que las estrategias para la resolución o disolución de todas ellas deberían ser semejantes. En tal sentido, luego de examinar y descartar la respuesta que ofrece la teoría de Joseph RAZ al problema, y sin perjuicio de que en última instancia el dilema pone de manifiesto una oposición entre dos diversas formas de concebir la racionalidad práctica, se intentará justificar que una vez que se advierten cuáles son los presupuestos implícitos en el planteo de este presunto dilema, la opción a la que en él se nos pretende enfrentar resulta en realidad ilegítima.

127

Palabras clave: Normas – Razones – Relevancia práctica - Racionalidad

Abstract

At first sight general norms appear as paradigmatic examples of reasons for performing or not performing certain actions. However, the use of general norms to guide ours actions faces us with a dilemma between the irrationality of disqualifying in advance any other relevant factor, and the practical irrelevance of general norms in case the entire set of reasons in play in each case had to be evaluated. This dilemma has a similar structure

* El presente trabajo se ha visto enriquecido por la discusión con los participantes de una reunión de la Sociedad de Análisis Jurídico llevada a cabo en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República en Montevideo el 28 junio de 2012, donde tuve la oportunidad de exponer una versión preliminar de las ideas aquí consignadas, así como por las sugerencias de un referee anónimo, a quienes quiero agradecer profundamente.

** Universidad Nacional de Mar del Plata.

to several other paradoxes discussed in political and moral philosophy, particularly to the paradox of authority, and this suggests that the strategies to solve or dissolve all of them should be equally similar. Thus, after considering and rejecting the answer offered by Joseph RAZ's theory to the problem, and although ultimately the dilemma shows an opposition between two different modes of conceiving practical reason, I shall try to justify that once we note the implicit assumptions hidden in the way the dilemma is posed, the option it forces us to face proves illegitimate.

Key words: Norms – Reasons – Practical relevance - Rationality

Normas y razones: un dilema entre la irracionalidad y la irrelevancia

Jorge L. Rodríguez

1. Introducción

Dado que los conceptos de norma y de razón resultan filosóficamente controvertidos, me parece imprescindible efectuar al menos unas pocas precisiones iniciales respecto del alcance que voy a asignarle a ambas expresiones a los fines de la discusión a seguir.

Por una parte, asumiré que las *normas* constituyen el significado de oraciones que pueden formularse en el lenguaje para prescribir, esto es, para ordenar, prohibir o permitir genéricamente ciertas acciones. Por ende, y si bien no es ése el único núcleo de significado que posee la expresión¹, me concentraré en aquellas normas que prescriben ciertos cursos de acción. Ahora bien, considerar que las normas son el significado que asignamos a ciertas oraciones no implica necesariamente comprometerse con una tesis fuerte de vinculación entre las normas y el lenguaje, en el sentido de que una condición necesaria para la existencia de una norma sea la formulación de ciertas expresiones lingüísticas. De hecho, pienso que dicha tesis resulta insostenible, esto es, que no solo es posible sino que resulta forzoso admitir la existencia de normas que carecen de una formulación canónica en el lenguaje². Por esa razón es que señalé que entenderé por norma el significado de una oración que *puede* ser formulada en el lenguaje.

Debe aclararse, además, que sostener que las normas son *significados* de ciertas oraciones no implica tampoco descartar que para su adecuada caracterización resulte necesario tomar en cuenta los aspectos pragmáticos del lenguaje, esto es, que sea menester atender a la actitud de los hablantes. En otras palabras, concebir a las normas como significados no resulta incompatible con entender que lo que distingue a la afirmación de que *p es* el caso y la prescripción de que *p debe ser* el caso no son sus diferentes condiciones de verdad sino más bien la diferente *dirección de ajuste* entre el mundo y el lenguaje en uno y otro caso³. Finalmente, me ocuparé aquí primordialmente de las normas generales, tanto en lo que respecta a sus destinatarios como a las circunstancias a las que resultan aplicables.

1. Sobre los diferentes núcleos de significado de las expresiones *norma* o *regla*, véase VON WRIGHT 1963: 1-16; SCHAUER 1991: 1-18; SEARLE 1969: 33-42. Más adelante formularé sin embargo alguna precisión al respecto.

2. Para un argumento en apoyo de dicha tesis, véase FERRER BELTRÁN-RODRÍGUEZ 2011: 32-34.

3. De acuerdo con la conocida distinción de ANSCOMBE 1957: 56.

Por otra parte, voy a interpretar que una *razón para la acción* es cualquier factor relevante que cuenta a favor o en contra para la realización de una cierta acción. Decir que algo es una *razón para la acción* y no conferirle importancia alguna en el razonamiento práctico para decidir qué se debe hacer equivaldría a no hablar sinceramente o no usar en serio la expresión ‘razón’⁴.

Algunos autores han considerado que las razones para la acción se encuentran situadas en un punto de intersección entre la explicación y la justificación de las acciones. Ese es el criterio, por ejemplo, de Michael WOODS⁵, al que parece adherir RAZ cuando señala que las razones son hechos, y que ellas se emplean tanto para explicar como para justificar acciones⁶. Según este enfoque, las razones –todas las razones– tendrían a la vez una dimensión explicativa y una justificatoria. No comparto ese punto de vista: parece mucho más esclarecedor considerar que esta conexión de la noción de razón para la acción tanto con la dimensión de la explicación como con la de la justificación no es sino el producto de un uso ambiguo de la expresión ‘razón’. Así, por ejemplo, Michael SMITH considera que parece mucho mejor decir, sencillamente, que existen dos conceptos totalmente diferentes de razón para la acción, dependiendo de si enfatizamos la dimensión explicativa y minimizamos la justificatoria o *viceversa*⁷. La afirmación ‘A tiene una razón para hacer *p*’ sería, en consecuencia, ambigua: podría ser una afirmación acerca de una razón *motivadora* de A, o una afirmación acerca de una razón *justificatoria* de A.

130

Las razones motivadoras y las justificatorias permiten en cierto sentido hacer inteligible la conducta de un agente, pero en virtud de sus diferencias, cada una de ellas vuelve inteligibles a las acciones en sentidos distintos. Decir que alguien tiene una razón justificatoria para hacer *p* equivale a decir que existe una exigencia en virtud de la cual el sujeto *debe* hacer *p*. Para SMITH, interpretados de este modo, los enunciados que se refieren a razones justificatorias serían susceptibles de verdad o falsedad, resultando esa verdad o falsedad relativa a un cierto sistema normativo que se tome como punto de referencia. Así, podrían existir razones justificatorias racionales, prudenciales, morales, etc.

El rasgo distintivo de las razones motivadoras, en cambio, consistiría en que al tener una razón semejante para realizar cierta acción *p*, el agente se encuentra en un estado que permite explicar su acción. Por consiguiente, es natural suponer que una razón motivadora es un *estado psicológico*. Y ello porque parecería ser parte de lo que significa el que una razón tenga la aptitud de explicar el comportamiento de un agente que el tener esa razón es un hecho acerca del agente: que los objetivos que tales razones expresan son *sus* objetivos.

Si se admite esta manera de marcar la distinción entre las razones motivadoras y las justificatorias, es posible derivar algunas conclusiones de ella. En primer lugar, las razones motivadoras y las razones justificatorias pertenecerían a *categorías* diferentes: las razones motivadoras serían estados psicológicos, mientras que las razones justificatorias serían proposiciones de la forma general ‘*A debe hacer p*’. En segundo lugar, no parecer existir una conexión general entre estos dos tipos de razones: un agente podría tener una

4. Cf. REDONDO 2005: 32.

5. Cf. WOODS 1972: 189.

6. Cf. RAZ 1990: 15-17.

7. Cf. SMITH 1994: 94-96.

razón motivadora para hacer *p* sin tener ninguna razón que justifique hacer *p*, y podría tener una razón justificatoria para hacer *p* sin tener ninguna razón que lo motive a hacer *p*. Las razones explicativas estarían entonces destinadas a suministrar elementos para la explicación teórica de lo que ocurre en el mundo, mientras que las razones justificatorias, en cambio, proporcionarían argumentos justificatorios de la acción en la argumentación práctica acerca de lo que se debe hacer u omitir.

Las concepciones de las razones justificatorias varían, por su parte, según cómo se conciban los valores. Desde este punto de vista, podría decirse que hay enfoques que asimilan los valores a *deseos* de cierto tipo y enfoques que asimilan los valores a *creencias* de cierto tipo⁸. Quienes sostienen la objetividad del dominio de las razones justificatorias están comprometidos con la aceptación de una caracterización de los valores en términos de creencias. Pero aceptar que las razones justificatorias sean, en última instancia, creencias de cierto tipo, no implica necesariamente aceptar que exista objetividad en este dominio discursivo.

En lo que sigue utilizaré las expresiones ‘razón’ o ‘razón para la acción’ como circunscriptas a lo que he caracterizado como razones justificatorias, no explicativas. Y no asumiré –si bien tampoco ofreceré argumentos para descartar– que existan razones justificatorias objetivas.

2. La paradoja del seguimiento de normas y paradojas vinculadas

131

Si las normas generales tienen por finalidad básica intentar influir sobre la conducta de sus destinatarios para que hagan o dejen de hacer algo, parecen intuitivamente candidatos ideales para configurar razones (justificatorias) para la acción. Es característico de nuestros razonamientos prácticos el acudir a normas de carácter general como premisas para justificar nuestras acciones. Por ejemplo, la norma que obliga a detener la marcha de un vehículo frente a un semáforo en rojo constituye, conjuntamente con la existencia en cierto lugar de un semáforo en rojo, una razón para que detenga la marcha de mi auto (una razón que puede no ser concluyente, pero razón al fin).

No obstante esta conexión aparentemente simple y directa, el que las normas puedan constituir razones para la acción, así como las relaciones existentes entre ambas nociones, constituyen problemas que han generado fuertes controversias en el ámbito de la filosofía moral y de la filosofía jurídica. Más específicamente, el uso de normas generales para orientar nuestras acciones parece, al menos a primera vista, sujeto a un problema fundamental: el de la justificación racional para el seguimiento de normas⁹.

De acuerdo con SCHAUER, las normas generales resultarían selectivas en un doble sentido: seleccionarían un limitado espectro de propiedades como normativamente

8. Cf. SMITH 1994: 133 y ss.

9. Un examen del problema general del seguimiento de reglas se ofrece, como es sabido, en WITTGENSTEIN 1953, párrafos 199 y siguientes. Para una reconstrucción de un argumento escéptico sobre el seguimiento de reglas a partir de las ideas de WITTGENSTEIN, véase KRIPKE 1982.

relevantes y, al hacerlo, necesariamente excluirían o suprimirían otras¹⁰. El predicado fáctico de las normas generales, al tomar a los individuos como miembros de una categoría más general, escogería aquella propiedad que se estima causalmente relevante respecto de la meta u objetivo que se quiere lograr o evitar mediante el dictado de la norma, y que constituiría su *justificación subyacente*. A toda generalización contenida en una norma general subyacería un propósito o justificación. La generalización limitaría el número de propiedades que, sin su existencia, resultarían aplicables en virtud de su justificación. De manera que las normas generales operarían aplicando y especificando sus justificaciones subyacentes.

La idea de SCHAUER es que el predicado fáctico de una norma es usualmente una generalización probabilística respecto de alguna justificación, esto es, el predicado contenido en ella es verdadero para la mayoría de los casos, aunque no necesariamente para todos. Considérese el siguiente ejemplo que propone SCHAUER: una persona explota un restaurante y un cierto día sufre el siguiente problema: uno de sus clientes ingresa al local con un perro y éste hace un verdadero desastre. Corre entre las mesas, pone sus patas sobre ellas, ladra sonoramente, se roba la comida de los platos, muerde a algunos comensales, etc. Como consecuencia del lamentable episodio, el dueño del restaurante decide ese día colocar un cartel en la puerta de su negocio que reza '*No se admiten perros*', con la intención de evitar en el futuro molestias semejantes a sus clientes. Podríamos decir entonces que esa es la justificación que subyace al dictado de la norma en cuestión.

132 Ahora bien, al cristalizar en el lenguaje esta pretensión mediante el cartel '*No se admiten perros*', es posible pensar en situaciones en las que se produzcan discrepancias entre los casos comprendidos por la norma general y aquellos que resultan alcanzados por su justificación subyacente. En primer lugar, el predicado fáctico de las normas generales puede resultar, según la terminología de SCHAUER, *sobreincluyente* respecto de su justificación subyacente. Piénsese en un no-vidente que quisiera ingresar al restaurante con un perro lazarillo. Los lazarillos son perros muy bien entrenados, que suelen comportarse mucho mejor que una buena cantidad de seres humanos. O –aunque un tanto más artificioso– considérese el caso de una persona que pretendiera ingresar al restaurante con un pequeño chihuahua que, además, está embalsamado y oculto dentro de un maletín. Cualquiera de estos casos queda indudablemente comprendido dentro del alcance del predicado fáctico de la norma, pero resulta seriamente controvertible que las razones que subyacen a la colocación del cartel justifiquen la exclusión del restaurante, dado que es altamente dudoso que tales perros vayan a ocasionar molestias a los clientes. Si bien la presencia de un perro en el restaurante, como categoría o tipo, está relacionada de manera probabilística con la justificación subyacente a la norma, puede suceder que en casos particulares no se configure la consecuencia prevista por esa justificación.

En segundo lugar, el predicado fáctico de las normas generales puede resultar, según SCHAUER, *subincluyente* respecto de su justificación subyacente, esto es, no cubrir ciertos estados de cosas que en determinadas circunstancias resultarían comprendidos por su justificación subyacente. En nuestro ejemplo, es muy fácil advertir que los clientes del

10. Cf. SCHAUER 1991: 25-33.

restaurante pueden ser molestados por muchas situaciones diferentes de la presencia de un perro: imagínese que alguien pretendiera ingresar al restaurante con un oso.

Los casos de sub y sobreinclusión son, entonces, casos en los que la generalización que conforma el predicado fáctico de la norma falla respecto de la justificación que la genera. Para SCHAUER, cómo se reaccione frente a estas ‘experiencias recalcitrantes’—esto es, los casos de discrepancia entre norma y justificación— dependerá de si se asume un *modelo conversacional* o un *modelo atrincherado* de toma de decisiones. En apretada síntesis, podría decirse que en el modelo de toma de decisiones al que SCHAUER califica como ‘conversacional’, los conflictos provocados por las experiencias recalcitrantes deben resolverse siempre en favor de la justificación de la norma y no de lo que esta última expresa. En cambio, en el modelo ‘atrincherado’ de toma de decisiones, el conflicto se resuelve en favor de la norma, y el decisor ha de considerar al hecho de su existencia como constitutivo de una razón para la acción incluso cuando se presenten experiencias recalcitrantes.

Ahora bien, con independencia de cuál de estos dos modelos de toma de decisiones a partir de normas se reputa más apropiado, lo cierto es que la cuestión planteada, esto es, las posibles discrepancias entre la formulación de una norma y las razones para obedecerla, genera un serio desafío al uso de normas generales en el razonamiento práctico, que puede presentarse en la forma de un dilema. Como se dijo, una norma general destaca como relevantes ciertas circunstancias para calificar normativamente una acción como obligatoria, prohibida o permitida (*‘deténgase frente a un semáforo en rojo’*; *‘no se admiten perros’*). Pero, al hacerlo, necesariamente soslaya la relevancia de muchas otras circunstancias (¿debo detenerme frente a un semáforo en rojo si estoy llevando a mi esposa al hospital de urgencia para dar a luz?; ¿debo excluir del restaurante a un no-vidente con un lazarillo?), algunas de las cuales podrían en verdad poseer relevancia si se atiende a la justificación que subyace a la norma. Y, en términos más generales, parecería que la evaluación de lo que debemos hacer en determinada situación requiere tomar en cuenta todo posible factor que pudiese tener incidencia en la determinación de nuestras obligaciones, esto es, que debe atenderse al espectro completo de razones en juego.

Pero si las normas se interpretan y aplican como si fuesen completamente ‘transparentes’ respecto de sus razones subyacentes o, más en general, de nuestra evaluación del resultado que ofrece el balance de todas las razones en juego en cada caso, esto es, si en cada situación de posible discordancia entre lo que expresa una norma y su justificación, o el balance completo de las razones en juego, ha de estarse al resultado de esto último, las normas como tales resultarían herramientas inútiles. Así, el uso de normas para la resolución de problemas prácticos parece conducir al siguiente dilema: o aceptamos la orientación que ellas nos ofrecen, lo cual resultaría en última instancia una forma de descalificación por anticipado de ciertos factores potencialmente relevantes en la dilucidación de lo que se debe hacer y, consiguientemente, una forma de *irracionalidad*, o dejamos de lado la guía que ofrecen las normas y nos concentramos en lo particular de cada situación para decidir cómo actuar de conformidad con el plexo completo de razones en juego, con lo que las normas se tornan *irrelevantes*.

En la filosofía moral y política se han discutido varias paradojas que parecen estrechamente vinculadas con esta aparente tensión entre la irracionalidad y la irrelevancia

en el seguimiento de normas generales, cuya presentación puede ayudarnos a esclarecer la que aquí nos interesa. Entre ellas me parece relevante resaltar lo que podríamos denominar la *paradoja de la autoridad*. Ninguna explicación satisfactoria de la idea de autoridad puede omitir ofrecer algún tipo de respuesta a la siguiente dificultad fundamental: si un rasgo constitutivo de la racionalidad práctica está dado por la autonomía, esto es, por el actuar de conformidad con las razones que uno acepta, y si la aceptación de una autoridad implica deponer el propio juicio colocando en su lugar las directivas de la autoridad, entonces nunca puede estar justificada la obediencia a una autoridad. Simplificando un tanto lo que RAZ llama la *tesis de la no diferencia*¹¹ y NINO la *paradoja de la irrelevancia moral de la autoridad*¹², podría decirse que si las directivas de la autoridad no coinciden con lo que moralmente debe hacerse, dado que siempre ha de hacerse lo moralmente correcto, habría razones para no obedecer tales directivas, y si las directivas de la autoridad coinciden con lo que moralmente debe hacerse, entonces habrá razones para actuar del modo prescripto, pero que la autoridad lo haya ordenado no sería una de esas razones¹³. De modo que en ninguno de los dos casos las directivas de la autoridad servirían como justificación de las acciones, ya sea por la *irracionalidad* de su aceptación, ya sea por su *irrelevancia*.

134

Este problema no es el único que resulta muy similar en su estructura al aquí considerado. Repárese por ejemplo en la tensión que parece existir entre asignar relevancia al procedimiento y al contenido en la toma de decisiones colectivas. Por un lado, tenemos la intuición de que la legitimidad de una decisión política exige que ella haya sido tomada mediante cierto tipo de procedimiento; pero, por otro lado, nuestras intuiciones se resisten a desvincular completamente la legitimidad de una decisión política de la justicia de su contenido¹⁴. Ahora bien, aunque existen fuertes razones para tomar en consideración ambos aspectos en el examen de la legitimidad de las decisiones políticas, si una decisión política se juzga como legítima en función del procedimiento empleado para alcanzarla, cuando se sigue el procedimiento correcto la decisión debería aceptarse como legítima con independencia de su contenido, esto es, el contenido resultaría *irrelevante*. Y si en cambio no se está dispuesto a calificarla como legítima si su contenido es injusto, ello parecería indicar que seguir cierto procedimiento puede arrojar resultados *irracionales*. De todos modos, no me ocuparé aquí de esta cuestión.

La similitud estructural entre estos problemas –sobre todo entre el que aquí nos ocupa, esto es, el del seguimiento de normas generales, y la paradoja de la autoridad– es tal que sugiere la existencia de raíces comunes y, sobre todo, que las propuestas para su resolución o disolución deberían resultar análogas. No obstante ello, en un trabajo publicado hace algunos años¹⁵ intenté mostrar que en el caso de la paradoja de la autoridad lo que deberíamos afrontar no es el cargo de irracionalidad sino el cargo de irrelevancia

11. Cf. RAZ 1986: 48.

12. Cf. NINO 1989a: 370.

13. Cf., por todos, BAYÓN 1991a: 602-605.

14. Para un reciente análisis de esta paradoja, véase MARTÍ 2006: 135-153.

15. Cf. RODRÍGUEZ 2006. En dicho trabajo se efectúa un examen más amplio de las similitudes y diferencias entre las paradojas aquí comentadas y otras, como la paradoja de Sen del liberal paretiano, que por razones de brevedad no puedo aquí reproducir.

para superar la dificultad. Ello así puesto que desplazar el propio juicio y confiar en el de otro para cuestiones prácticas parece incuestionablemente irracional. Puede haber muchas razones por las que obedecemos a una autoridad, pero hacerlo exclusivamente porque fue ella quien emitió una directiva no parece racionalmente justificado, de modo tal que la forma más plausible de lidiar con esta paradoja consistiría en mostrar en qué casos no sería irrelevante desde el punto de vista práctico aceptar las directivas de una autoridad, esto es, en qué casos las directivas de una autoridad podrían introducir una diferencia práctica relevante. Por contraste, en el caso de la paradoja del seguimiento de normas generales, si en todo supuesto en que pudiera existir una discrepancia entre lo que exige la norma y su justificación subyacente –o el balance completo de razones en juego– se optara por la solución que ofrece esta última, la norma como tal se tornaría sin duda irrelevante. Por ello, la vía más plausible para salvar la dificultad consistiría en tratar de mostrar que no es irracional el uso de normas para justificar nuestras acciones y decisiones.

Sin embargo, hoy no estoy convencido de que esta asimetría en el enfoque entre los dos problemas resulte la estrategia más adecuada para su análisis. Intentaré en lo que sigue, por el contrario, mostrar que si se reflexiona un poco sobre los presupuestos implícitos en el planteo de estas dos paradojas es posible advertir que la opción a la que en cada una de ellas se nos pretende enfrentar resulta en realidad ilegítima.

3. La estrategia de Raz y sus problemas

135

Uno de los intentos más elaborados para explicar el funcionamiento de las normas como razones para la acción y para dar respuesta a nuestro problema fue ofrecido por Joseph RAZ. RAZ señala que las normas funcionan como un tipo especial de razones: como *razones protegidas*¹⁶. A su juicio, en todo proceso de toma de decisiones, además de las razones de primer orden para hacer o dejar de hacer algo, pueden hallarse razones de segundo orden, que son aquellas que suministran razones para actuar o abstenerse de actuar en virtud de una razón de primer orden. Entre esas razones de segundo orden RAZ considera que se cuentan aquellas que excluyen razones de primer orden, a las que llama *razones excluyentes*, y que obligan a dejar de lado razones que de otro modo serían aplicables. Una norma sería para RAZ una razón protegida en el sentido de que combinaría una razón de primer orden para llevar a cabo cierta acción y, al propio tiempo, una razón excluyente que exige dejar de lado otras razones de primer orden en conflicto con la primera.

De acuerdo con RAZ las razones excluyentes no entran en competencia sino que siempre desplazan a las de primer orden. Entre los ejemplos que ofrece RAZ se cuenta aquel según el cual una persona adopta para sí la norma de que siempre pasará sus vacaciones en Francia, excluyendo la posibilidad de actuar sobre la base de una razón semejante a que los hoteles en cierta otra parte del mundo ofrecen promociones especialmente atractivas en determinada ocasión¹⁷. En una situación semejante, aceptar la norma de que siempre

16. Cf. RAZ 1990: 35-48 y 73-84.

17. Cf. RAZ 1989: 1156-7.

se irá de vacaciones a Francia funcionaría para el agente como una razón de primer orden para actuar de tal modo y una razón de segundo orden para no efectuar en cada caso un balance de las razones en juego a la hora de decidir en dónde vacacionar. RAZ cree que puede justificarse satisfactoriamente que muchas veces empleemos en nuestro razonamiento práctico estrategias excluyentes de estas características, de manera que parece descartar de plano la segunda alternativa de nuestro dilema (la inutilidad práctica de las normas como razones). La pregunta que resta es si su propuesta de análisis ofrece una salida adecuada a la objeción de la irracionalidad en el seguimiento de normas.

Me parece importante señalar en primer lugar que esta estrategia de RAZ de desdoblarse el razonamiento práctico en razones de primer y segundo orden, y de considerar que una norma prescriptiva sería una razón de primer orden para hacer o dejar de hacer algo, en conjunción con una razón de segundo orden para excluir de la consideración otras razones, resulta un tanto artificiosa y no parece debidamente justificada. En una situación como la del ejemplo que acabo de comentar, la norma que establece que siempre se pasarán las vacaciones en Francia no parece por sí misma ofrecer ninguna razón para excluir de la consideración otras posibles razones en conflicto. Por cierto, puede ocurrir que en ciertas situaciones esté perfectamente justificado seguir la directiva contenida en dicha norma y no tomar en cuenta ninguna otra consideración potencialmente relevante, por ejemplo debido a escasez de tiempo para tomar una decisión o debido a los costes que ello podría implicar. Pero en tal caso, son esas características que presenta el contexto de la decisión lo que debería interpretarse como una razón para excluir de la consideración otras razones, no la propia norma de que siempre se pasarán las vacaciones en Francia.

136

Frederick SCHAUER ha cuestionado la postura de RAZ preguntándose, respecto de un ejemplo como el comentado, qué ocurriría si el veraneante toma conocimiento de que un hotel en los Alpes austríacos ofrece habitaciones a diez dólares la noche, un precio que resulta drásticamente inferior a los cien dólares que se pensaba gastar en Francia. Esta oferta podría considerarse tan obviamente ventajosa, que la exclusión de considerar factores semejantes podría ser derrotada, aún cuando en los casos normales (una diferencia de un veinte por ciento menos en el precio, por ejemplo) la norma no perdería su fuerza para excluir que cada año se determine dónde pasar las vacaciones sobre la base del balance completo de razones. Para SCHAUER, las restricciones que imponen las normas serían más presuntivas que excluyentes, pues suministrarían cierto grado de restricción, pero admitirían la posibilidad de que se las deje de lado en circunstancias particularmente exigentes¹⁸.

Frente a situaciones como ésta RAZ, en cambio, debería optar por una de entre dos alternativas de explicación, ninguna de las cuales reflejaría la verdadera naturaleza del razonamiento práctico en casos semejantes. O bien debería considerar que la exclusión debe prevalecer siempre, de manera que si en la situación descrita se opta por ir a Austria, se habrá simplemente abandonado la norma; o bien debería decirse que en realidad un

18. Cf. SCHAUER 1991: 89-91. Aunque esta objeción de SCHAUER parece certera, que la propia concepción de SCHAUER constituya una alternativa superadora respecto de la de RAZ es algo que resulta controvertible. Véase al respecto ORUNESU-RODRÍGUEZ 2004: 28 y ss.

supuesto como el considerado no se encuentra cubierto por la norma, aunque a primera vista, debido tal vez a una interpretación poco cuidadosa de ella, haya parecido lo contrario. Para RAZ, el admitir que al momento de tomar una decisión se examine incluso superficialmente la razón de primer orden para ver si ése es uno de los casos en los cuales no debería excluirse, implicaría que la razón en cuestión no ha sido excluida en absoluto.

RAZ distingue entre la *conformidad* con una norma y el *seguimiento* de una norma¹⁹. En el primer caso, se hace lo que la norma exige –se actúa *de acuerdo con ella*– cualquiera que haya sido el motivo del agente para hacerlo. En el segundo, en cambio, se hace lo que la norma exige pero, además, el agente lo hace motivado justamente por la norma –se actúa *por ella*–. Para RAZ, las razones para actuar son razones para la conformidad, no para el seguimiento, y a su criterio habría ocasiones en las que la manera de hacer más probable la conformidad con un conjunto de razones radicaría precisamente en no actuar por ellas. Ese sería el modo de entender la relación entre una razón excluyente y el conjunto de razones excluidas: las razones excluyentes servirían como vías indirectas para maximizar la conformidad con las razones subyacentes que ellas excluyen. Ahora bien, de ser esto así, las normas generales serían semejantes en su funcionamiento a lo que VON WRIGHT califica como *normas técnicas*²⁰ y SCHAUER *instrucciones o reglas de experiencia*.

Para VON WRIGHT las normas técnicas guardan relación con los medios a emplear para alcanzar determinados fines. Ejemplos de este tipo de normas serían las instrucciones de uso, con las que se presupone que la persona que las sigue aspira al resultado con vistas a cuyo logro se dan dichas instrucciones. Las normas técnicas se formulan en oraciones condicionales en cuyo antecedente se menciona alguna cosa que se desea y en cuyo consecuente se hace referencia a algo que tiene o no tiene que hacerse. Tales formulaciones no serían descriptivas, pero supondrían la verdad de un enunciado descriptivo en el cual el consecuente es condición necesaria del antecedente, al que VON WRIGHT califica como ‘proposición anankástica’. Para VON WRIGHT, las reglas técnicas no pueden ser identificadas con las proposiciones anankásticas, pero entre ellas media una conexión lógica ya que la eficacia de las primeras presuponen la verdad de las segundas.

Para SCHAUER, las reglas *de experiencia o instrucciones* poseerían una distinta presión o fuerza que las normas prescriptivas²¹. Las normas prescriptivas ejercerían presión normativa debido a su carácter de normas, mientras que las reglas de experiencia sólo ejercerían presión normativa por su utilidad indicativa en una ocasión dada. Las reglas de experiencia serían optativas en un doble sentido. En un primer sentido, porque sólo se aplicarían si un agente desea lograr el éxito en determinada tarea. En otras palabras, las reglas de experiencia serían hipotéticas pues contendrían una cláusula condicional, explícita o implícita, que limitaría su aplicación a aquellos casos en los que se persiga el éxito en alguna actividad. La existencia de esta cláusula condicional haría, según SCHAUER, que sus destinatarios piensen que existe una opción genuina entre participar o no en la tarea designada. En un segundo sentido, serían optativas porque su fuerza para

19. Cf. RAZ 1990: 178-180.

20. Cf. VON WRIGHT 1963: 9-11.

21. Cf. SCHAUER 1991: 3-5.

motivar la conducta se debería a que se estima que el resultado deseado se alcanzará si se cumple con lo que la regla prescribe. Pero si se considera que siguiendo la orientación que ofrece la regla de experiencia no se alcanzará el objetivo buscado, entonces ella no ejercería presión normativa alguna. Por ejemplo, si se considera que en un cierto caso una cabaña no será habitable con independencia de que se la caliente, entonces la fuerza de la norma '*si quiere hacer habitable la cabaña, debe calentarla*' desaparecería y el agente se sentiría libre para ignorarla.

Estos dos sentidos en los que SCHAUER considera que las reglas de experiencia son optativas coinciden con lo que VON WRIGHT dice sobre las normas técnicas: en primer lugar, en el antecedente de las normas técnicas, el objetivo deseado queda supeditado a la voluntad del destinatario de la norma. En segundo lugar, las normas técnicas son eficaces si la *proposición anankástica* que presuponen es verdadera. Si en cambio la proposición anankástica presupuesta no es verdadera, la eficacia de la norma técnica desaparece o, lo que es lo mismo, su fuerza para motivar la conducta se diluye.

138 Como señalé, si las normas generales se conciben como una combinación de una razón a favor de la realización de cierta acción con una razón para excluir razones en conflicto y, a su vez, las razones excluyentes se interpretan como vías indirectas para maximizar la conformidad con las razones que ellas excluyen, entonces ellas tendrían el mismo peso en nuestros razonamientos prácticos que las normas técnicas o las reglas de experiencia. De hecho, no ofrecerían genuinas razones para actuar, sino más bien razones para *crear*: razones para creer, en situaciones de incertidumbre, que cierto curso de conducta es, con mayor probabilidad, el que se tiene razones para ejecutar²². En otras palabras, las normas no serían razones excluyentes debido a que, si se diera una genuina discrepancia entre el curso de acción que resulta impuesto por ella y el que resulta de las razones subyacentes a ella, habría que privilegiar al primero. Por el contrario, en una situación semejante debería optarse por el resultado del balance de las razones subyacentes. Si las normas se conciben desde este enfoque como razones excluyentes es porque, en caso de discrepancia entre el curso de acción que resulta impuesto por ella y el que *creemos* que resulta de las razones subyacentes a ella, deberíamos privilegiar al primero, y ello debido a que nuestras creencias acerca de cuál sea el resultado del balance de razones podrían resultar equivocadas.

Ahora bien, las razones para creer qué es lo que se debe hacer no son razones prácticas, esto es, razones para la acción, sino razones teóricas, de manera que si esta forma de intentar sortear la opción entre irracionalidad e irrelevancia en el seguimiento de normas generales nos fuerza a considerar que las normas no suministran en realidad genuinas razones para la acción, el precio que se tiene que pagar parece demasiado alto.

4. Presupuestos implícitos y concepciones de la justificación práctica

Volvamos por un momento a considerar la paradoja de la autoridad. Según ella, como se dijo, si las directivas de una autoridad no coinciden con lo que moralmente debe hacerse,

22. Cf. BAYÓN 1991b: 25-66.

dado que siempre ha de hacerse lo moralmente correcto, habría razones para desobedecer a la autoridad, de manera que la aceptación de sus directivas resultaría irracional; mientras que si las directivas de la autoridad coinciden con lo que moralmente debe hacerse, entonces habrá razones para actuar del modo prescripto, pero que la autoridad lo haya ordenado no sería una de esas razones, de modo que esto último resultaría irrelevante.

Así presentada, esta paradoja parece plantear una dificultad seria, pero ello sólo es así siempre y cuando se admitan una serie de presupuestos que se encuentran implícitos en su formulación. En efecto, la dificultad surge de confrontar el contenido de las directivas de la autoridad con lo moralmente correcto, de lo que se seguiría necesariamente que el contenido de esas directivas o bien concuerda o bien no concuerda con lo que se reputa moralmente correcto. Ahora bien, esa confrontación sólo tiene sentido si se presupone que siempre es posible determinar objetivamente qué es lo moralmente correcto. Como lo ha señalado acertadamente Carlos NINO²³, la paradoja de la autoridad depende de la asunción de ciertos compromisos metaéticos: en primer lugar, que hay una respuesta objetiva a la pregunta acerca de qué es lo que debe hacerse desde un punto de vista moral. En otras palabras, que el dominio de la moral es un dominio de razones objetivas para actuar, las cuales resultan relativamente independientes de las preferencias o creencias de los sujetos. En segundo lugar, que esas razones morales objetivas determinan una única respuesta correcta para todos los casos posibles, en el sentido de que no hay situaciones que resulten moralmente inconmensurables, es decir, en las que puedan verificarse conflictos irresolubles entre valores morales, ni tampoco situaciones que resulten moralmente indiferentes, es decir, en las que no se disponga de calificación moral alguna entre varias alternativas. Para decirlo brevemente, que el dominio de las razones morales es consistente y completo. En tercer lugar, que es posible para los sujetos acceder al conocimiento de ese dominio moral objetivo frente a cualquier caso.

139

Por supuesto, cualquiera de estos tres presupuestos puede controvertirse y, de hecho, ha sido controvertido. No voy a intentar aquí cuestionar a ninguno de ellos, pero lo cierto es que tampoco es razonable suponerlos de manera acrítica ya que ellos están sujetos a un profundo y complejo debate en el campo de la metaética. Lo que sí es necesario señalar es que la paradoja sólo configura una objeción genuina en caso de que se los adopte sin matices. Si se considera que el dominio de la moral no es objetivo, por caso, si se interpreta que pueden existir diversos sistemas morales en competencia sin que resulte posible privilegiar a uno de ellos sobre los demás, la propia idea de que las directivas de la autoridad o bien coinciden o bien no coinciden con lo que moralmente se debe hacer no tiene sentido. Si se asume la objetividad de la moral, pero se considera que pueden existir valores morales inconmensurables, tampoco sería correcto suponer frente a cualquier posible situación en la que pudieran concurrir valores morales en conflicto que las directivas de una autoridad resultan o bien irrelevantes o bien que su seguimiento sea irracional. Si se aceptan los dos presupuestos anteriores, pero se estima que pueden

23. Cf. NINO 1989b: 111-135. NINO, no obstante, no cuestiona tales presupuestos y propone una salida a la paradoja a través de la idea de la justificación epistémica, cuya consideración crítica no puedo siquiera esbozar aquí.

verificarse situaciones moralmente irrelevantes –considérese por ejemplo un problema de coordinación, como la regulación del tránsito vehicular: parece absurdo preguntarse si moralmente se debe manejar sobre la mano derecha o sobre la mano izquierda–, seguir en tales situaciones las directivas de la autoridad no podría calificarse ni de irrelevante ni de irracional. Y, finalmente, aunque se asuma todo lo anterior, el problema epistémico del acceso al conocimiento moral parece difícil de responder: como lo ha puntualizado recientemente Jeremy WALDRON, la existencia de desacuerdos razonables respecto de nuestras concepciones morales parece constituir un hecho social innegable²⁴, y ese hecho configura un sólido indicio, si no de la falta de objetividad de la moral, sí al menos de nuestras limitaciones epistémicas a su respecto. Como puede apreciarse, una vez que se advierten las presuposiciones implícitas que le confieren sustento, la paradoja de la autoridad pierde gran parte sino toda de su fuerza.

En principio, todas estas consideraciones pueden trasplantarse sin más al análisis de la paradoja del seguimiento de normas generales. Si se piensa no ya en la justificación subyacente al dictado de una norma sino en una evaluación completa de todos los posibles factores relevantes, parece claro que la plausibilidad de este dilema entre la irracionalidad y la irrelevancia de las normas generales depende enteramente de los mismos presupuestos que examinamos respecto de la paradoja de la autoridad: que la pregunta acerca de cuál es el resultado de efectuar un balance entre todas las razones potencialmente relevantes respecto de cualquier problema práctico posee una respuesta objetiva; que esa respuesta es una y solo una para cualquier problema práctico, y que en cualquier situación práctica podemos de hecho conocer cuál es el resultado de semejante evaluación. Si falla alguno de esos presupuestos, ya no quedamos condenados a esta opción entre irracionalidad o irrelevancia. Es más, yo diría que nuestra práctica de seguimiento de normas generales, el hecho notorio de que usemos cotidianamente normas generales para justificar nuestras acciones y evaluar críticamente la conducta de los demás, constituye una demostración cabal de que todos estos presupuestos no siempre se verifican en cualquier contexto de decisión.

Si en cambio se toma en cuenta solamente la justificación que subyace al dictado de una norma, y no a todos los factores potencialmente relevantes, la idea de SCHAUER de que a toda norma subyace una justificación parece decididamente una simplificación. Por supuesto, es posible aceptar que siempre que se dicta una norma general ello obedece a alguna razón, pero de eso sería ilegítimo concluir que a toda norma subyace una y solo una razón, y no más bien que lo que justifica el dictado de cualquier norma es un conjunto complejo de razones. Por otra parte, identificar esas complejas razones muchas veces resulta difícil sino imposible. Más allá de un ejemplo tan simple como el de SCHAUER de la prohibición del ingreso de perros al restaurante, piénsese en la extendida polémica entre HART y FULLER respecto de una norma casi tan sencilla como aquella que prohibiese el ingreso de vehículos en un parque²⁵. ¿Cuál sería la finalidad de una norma semejante? En muchos contextos, como es el caso del derecho, apelar a las presuntas

24. Cf. WALDRON 1999: 210-216.

25. Cf. HART 1958 y FULLER 1958. Para una reflexión reciente sobre los alcances de la disputa, véase SCHAUER 2008.

razones o intenciones de la autoridad que ha dado a conocer ciertas normas generales creadas deliberadamente y formuladas en el lenguaje, no es más que un modo de encubrir la apelación a las propias valoraciones del intérprete. De hecho, tal como lo ha señalado MARMOR, no es una cuestión meramente accidental de los procedimientos democráticos el que den por resultado un texto con autoridad, esto es, una ley, pues uno de los objetivos primordiales que motivan que los debates parlamentarios culminen en el voto de un texto particular consiste en establecer, del modo más preciso que sea posible, qué es aquello que, habiéndose acordado, resulta suficiente para obtener apoyo mayoritario²⁶.

De todos modos, me parece importante resaltar que detrás de esta paradoja del seguimiento de normas subyace en última instancia una controversia más profunda entre dos visiones radicalmente distintas acerca de cómo operan las razones justificatorias en la deliberación práctica. Según una de ellas, que puede denominarse *concepción subsuntiva o universalista*, justificar un cierto curso de acción consiste en mostrar que ese caso es una instancia de un caso genérico al que una norma aplicable correlaciona una cierta consecuencia normativa, operación que se conoce con el nombre de *subsunción*. Todos los supuestos individuales que compartan el mismo conjunto de propiedades relevantes deberían tener la misma consecuencia normativa. Si fuera siempre posible introducir nuevas excepciones a las normas generales de acuerdo con las circunstancias particulares de cada caso, entonces la racionalidad práctica obedecería a formas arbitrarias. La noción de razón para la acción desde el punto de vista universalista hace referencia a propiedades o circunstancias *relevantes* desde un punto de vista práctico, relevancia cuya fuente está dada por normas generales²⁷.

141

Según la visión alternativa, a la que puede calificarse como *concepción particularista*, se debería atender siempre al modo en que, en cada caso individual, se presentan las circunstancias y *ponderarlas* para determinar la solución correcta. La deliberación práctica no consistiría en la subsunción de un caso en una norma general, sino que se trataría más bien de una práctica narrativa que permitiría apreciar la significación normativa de determinadas circunstancias para el caso concreto²⁸. Cualquier propiedad podría resultar relevante de acuerdo con la situación individual, es decir, podría constituir una razón, pero esa relevancia sería contextual y, consiguientemente, particular. El hecho de que una propiedad de una situación determinada sea relevante en cierto caso no significaría que lo sea en cualquier otra circunstancia. Por ejemplo, normalmente, el causar dolor de manera intencional torna incorrecta una acción; pero si mi hijo se clava en la playa una espina, entonces mi acción de causarle dolor para extraerle la espina no hace que mi acción sea incorrecta si no hay otro modo de lograr ese resultado²⁹. Por lo tanto, la corrección de una acción, para la concepción particularista, no dependería de su capacidad de ser subsumida en una pauta general, sino de cómo estén configuradas en ese caso concreto las circunstancias.

26. Cf. MARMOR 1992: 175.

27. Cf. REDONDO 2005: 34-35.

28. Cf. MORESO 2004: 473-493.

29. Cf. DANCY 1993: 65.

La dificultad fundamental que la concepción particularista debe afrontar ha sido claramente expuesta por Juan Carlos BAYÓN³⁰, quien sostiene que el particularismo debe aclarar en qué consistiría la misteriosa capacidad del ‘discernimiento’ que sería necesaria para determinar qué particularidades del caso concreto resultan normativamente relevantes, una vez que se rechaza la idea básica de que la justificación implica una inferencia a partir de una pauta general. Porque si el criterio de decisión no puede universalizarse, no resulta claro cómo es que para esta posición la respuesta se circunscribe al caso particular y, no obstante, es distinta de una mera decisión carente de fundamento.

Por mi parte, no solo considero que una decisión frente a un problema práctico exclusivamente circunscripta al caso particular considerado parece un ejemplo paradigmático de decisión arbitraria, sino que creo que la plausibilidad del particularismo se asienta en un error lógico³¹. Si lo que el particularismo objeta es que una propiedad puede a veces contar como una razón a favor y otras en contra de llevar a cabo una cierta acción, el argumento así presentado parece completamente inocuo como crítica al universalismo. Cualquier propiedad que se verifique en un caso particular puede ser presentada por el universalismo como invariablemente relevante desde el punto de vista normativo, aun cuando pueda ser vencida por razones con mayor peso. En el ejemplo antes comentado, provocar dolor es incorrecto, pero provocarle dolor a mi hijo para sacarle una espina del pie no es incorrecto. Esto, sin embargo, no conforma un argumento contra el universalismo, tal como a primera vista podría pensarse, porque el ejemplo puede explicarse sin dificultad –e incluso con mayor claridad– desde la concepción universalista: no se trata de que en este caso concreto causar dolor sea correcto; lo que hace que mi acción sea correcta es que posee una propiedad adicional: que le quita a mi hijo una espina que podría generarle una infección, algo que podría tener un resultado peor que el sufrimiento que le provocho al hacerlo. Por consiguiente, causar dolor no es una característica que a veces cuente a favor y otras en contra de realizar una cierta acción: causar dolor es siempre una razón para no realizar una acción que tenga tal cualidad, sólo que esa razón puede ser derrotada por otras razones. Hasta aquí, no hay ningún argumento interesante contra el universalismo. Porque sólo se estaría objetando que las razones que el universalismo esgrime pueden ser superadas en un caso concreto, pero siempre dentro de lo que el universalismo entiende por ‘razones’.

Como sea, la alternativa entre estas dos formas de concebir la racionalidad práctica no significa ya un desafío a las normas generales como razones para la acción, sino que, en todo caso, importa un diferente modo de concebir a las normas. En efecto, la defensa del particularismo no implica el rechazo del concepto de norma general, pero desde el particularismo todas las normas generales son concebidas como *derrotables*, esto es, sujetas a excepciones que no pueden enumerarse exhaustivamente por anticipado. La dificultad que supone esta opción entre concebir a las normas generales como inderrotables o derrotables ha sido presentada con claridad por SOETEMAN también en la forma de un dilema:

30. Cf. BAYÓN 2001. Véase asimismo la interesante polémica plasmada en MORESO 2002a y 2002b y CELANO 2002.

31. Cf. RODRÍGUEZ 2005 y 2006.

O bien aceptamos (...) que hay excepciones en las normas (tanto condicionales como incondicionales) que no se encuentran incluidas en su formulación, con la consecuencia de que ya no será posible deducir de una norma lo que tenemos que hacer bajo ciertas circunstancias concretas, o bien no aceptamos esta posibilidad de excepciones (en otras palabras: sólo aceptamos excepciones que se encuentren incluidas en la formulación de una norma); la cuestión será entonces, no obstante, si de hecho somos capaces de formular normas válidas³².

Pero éste es, como puede apreciarse, un dilema distinto y que deja a salvo la relevancia de las normas generales como genuinas razones para la acción³³.

Referencias

ANSCOMBE, Gertrude Elizabeth Margaret, *Intention*, Oxford, Basil Blackwell, 1957; traducción castellana de A. I. Stellino, *Intención*, Barcelona, Paidós, 1991.

BAYÓN, Juan Carlos, *La normatividad del derecho. Deber jurídico y razones para la acción*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991a.

BAYÓN, Juan Carlos, 'Razones y reglas: sobre el concepto de "razón excluyente" en Joseph Raz', en *Doxa - Cuadernos de filosofía del derecho*, 10, 1991b, páginas 25-66.

BAYÓN, Juan Carlos, '¿Por qué es derrotable el razonamiento jurídico?', en *Doxa - Cuadernos de filosofía del derecho*, 24, 2001, páginas 35-62.

BAYÓN, Juan Carlos y Jorge Luis RODRÍGUEZ, *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales. El debate Bayón-Rodríguez sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas*, Universidad de Externado, Colombia, 2003.

CELANO, Bruno, 'Defeasibility e bilanciamento, Sulla possibilità di revisioni stabili', en *Ragion Pratica* 18, 2002, páginas 223-239.

DANCY, Jonathan, *Moral Reasons*, Oxford, Basil Blackwell, 1993.

DAVIDSON, Donald, 'Actions, Reasons and Causes', en *The Journal of Philosophy*, Vol. LX, No. 23, 1963, páginas 685-700; reimpresso en *Essays on Actions and Events*, Oxford, Oxford University Press, 1980.

FERRER BELTRÁN, Jordi y Jorge Luis RODRÍGUEZ, *Jerarquías normativas y dinámica jurídica*, Madrid/Barcelona/Buenos Aires, Marcial Pons, 2011.

FULLER, Lon L., 'Positivism and Fidelity to Law-A Reply to Professor Hart', *Harvard Law Review*, 71, 1958, páginas 630-672.

32. Cf. SOETEMAN 1989: 196.

33. Para una amplia discusión de la derrotabilidad de las normas desde un punto de vista lógico, puede consultarse NUTE 1997; para un examen del problema con particular atención al dominio del derecho, véase BAYÓN-RODRÍGUEZ 2003.

GEACH, Peter Tomas, *Logic Matters*, Oxford, Basil Blackwell, 1972.

HARE, Richard Mervin, *Freedom and Reason*, Oxford, Oxford University Press, 1963.

HARE, Richard Mervin, *Sorting Out Ethics*, Oxford, Oxford University Press, 1997, traducción castellana de J. V. Gifra, *Reordenando la ética*, Barcelona, Ariel, 1999.

HART, Herbert Lionel Adolphus, 'Positivism and the Separation of Law and Morals', *Harvard Law Review*, 71 1958, páginas 593-629.

KRIPKE, Saul, *Wittgenstein on Rules and Private Language*, Oxford, Basil Blackwell, 1982, traducción castellana de A. Tomasini Bassols, *Wittgenstein: Reglas y lenguaje privado*, México D.F., Unam, 1989.

MARMOR, Andrei, *Interpretation and Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1992.

MARTÍ, José Luis, *La republica deliberativa: una teoría de la democracia*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2006.

MORESO, José Juan, 'Conflitti tra principi costituzionali', en *Ragion Pratica* 18, 2002a, páginas 201-221.

MORESO, José Juan, 'A propósito di revisioni stabili, casi paradigmatici e ideali regolativi: replica a Celano', en *Ragion Pratica* 18, 2002b, páginas 241-248.

144 MORESO, José Juan, 'Dos concepciones de la aplicación de las normas de derechos fundamentales', en J. Betegón, F. Laporta, J. De Páramo y L. Prieto Sanchíz (eds.), *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales, 2004, páginas 473-493.

NINO, Carlos Santiago, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Buenos Aires, Astrea, 2da. edición, 1989a (1ra. edición 1984).

NINO, Carlos Santiago, *El constructivismo ético*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989b.

ORUNESU, Claudina y Jorge Luis RODRÍGUEZ, 'Estudio preliminar' a la traducción castellana de SCHAUER 1991, Barcelona, Marcial Pons, 2004, páginas 14-47

RAZ, Joseph, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Oxford, Clarendon Press, 1979.

RAZ, Joseph, *The Morality of Freedom*, Oxford, Clarendon Press, 1986.

RAZ, Joseph, 'Facing Up: A Reply', en *Southern California Law Review*, 62, 1989, páginas 1153-1235.

RAZ, Joseph, *Practical Reasons and Norms*, London, 2da. edición, Oxford, Clarendon Press, 1990 (1ra. edición, Hutchinson & Sons Ltd, 1975).

REDONDO, María Cristina, 'Razones y Normas', en *Discusiones - Revista de Filosofía de la Universidad del Sur*, número V, 2005, páginas 29-66.

RODRÍGUEZ, Jorge Luis, 'Normas y razones: aspectos lógicos y sustantivos', introducción al volumen de *Discusiones - Revista de Filosofía de la Universidad del Sur*, número V, 2005, páginas 9-28.

RODRÍGUEZ, Jorge Luis, '¿Cómo puede el derecho obligar a quienes oprime?', en *Discusiones - Revista de Filosofía de la Universidad del Sur*, número VI, 2006, páginas 109-166.

SCHAUER, Frederick, *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Oxford, Oxford University Press, 1991, traducción castellana de C. Orunesu y J. L. Rodríguez, *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida ordinaria*, Barcelona, Marcial Pons, 2004.

SCHAUER, Frederick, 'A Critical Guide to Vehicles in the Park', en *New York University Law Review*, Vol. 89, 2008, páginas 1109-1134.

SEARLE, John, *Speech Acts: An Essay in the Philosophy of Language*, Cambridge, Cambridge University Press, 1969.

SMITH, Michael, *The Moral Problem*, Oxford, Basil Blackwell, 1994.

SOETEMAN, Arend, *Logic in Law*, Dordrecht-Boston-London, Kluwer Academic Publishers, 1989.

VON WRIGHT, G. H., *Norm and Action. A Logical Inquiry*, London, Routledge & Kegan Paul, 1963, traducción castellana de P. García Ferrero, *Norma y acción. Una investigación lógica*, Madrid, Tecnos, 1970.

145

WALDRON, Jeremy, *Law and Disagreement*, Oxford, Clarendon Press, 1999.

WITTGENSTEIN, Ludwig, *Philosophische Untersuchungen*, Oxford, Basil Blackwell, 1953, traducción castellana de A. García Suárez y U. Moulines, *Investigaciones filosóficas*, Barcelona, Instituto de Investigaciones Filosóficas UNAM - Crítica, 1988.

WOODS, Michael, 'Rasons for Action and Desires', en *Proceedings of the Aristotelian Society*, Supplementary Volumes, Vol. 46, 1972, páginas 189-201.

