

REVISTA JURÍDICA

de la Universidad de Palermo

Año 20, N° 2 | Noviembre de 2022

- CAOS NORMATIVO: ¿SE PUEDE HABLAR DE UN DERECHO NAZI?** - Martín D. Farrell •
CIUDADANÍA Y BRECHA DIGITAL - Javier Ballina Díaz • **DERECHOS DE EXPORTACIÓN** - Leandro E. Ferreyra
• **UCRANIA: CONFLICTOS ARMADOS, LA COMUNIDAD INTERNACIONAL Y EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO** - Tatiana Chelli y María Candelaria Vito Farrapeira • **EVOLUCIÓN DE LAS ACCIONES AFIRMATIVAS. ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA Y LATINOAMÉRICA** - María Soledad Durand • **TREINTA AÑOS DE REFORMAS A LA JUSTICIA PENAL DE AMÉRICA LATINA (1989-2019) - PRESENTACIÓN TREINTA AÑOS DESPUÉS, LAS REFORMAS A LA JUSTICIA PENAL DE AMÉRICA LATINA REVISADAS. AMPLIANDO EL ENFOQUE (1989-2019)** - Juan Carlos (Jr) Ruas • **TREINTA AÑOS DE MINIMALISMO PENAL EN AMÉRICA LATINA (1989-2019) ENTREVISTA A RAÚL ZAFFARONI** • **TREINTA AÑOS DE REFORMAS PROCESALES PENALES EN AMÉRICA LATINA (1989-2019): ENTREVISTA A ALBERTO BINDER**
• **TREINTA AÑOS DE REFORMAS DE LA JUSTICIA JUVENIL EN AMÉRICA LATINA (1989-2019): ENTREVISTA A MARY BELOFF** • **REFORMA DE LA JUSTICIA PENAL E INVESTIGACIÓN SOCIAL EN AMÉRICA LATINA. PROBLEMAS Y DESAFÍOS** - Máximo Sozzo • **TRIBUNALES PENALES, REFORMAS PROCESALES Y PERSECUCIÓN DEL DELITO EN AMÉRICA LATINA** - Marcelo Bergman



Facultad de Derecho

Centro de Estudios de Posgrado en Derecho

ISSN 0328-5642
e-ISSN 2718-7063

REVISTA JURÍDICA

de la Universidad de Palermo

Año 20, Nº 2 | Noviembre de 2022

Facultad de Derecho

Centro de Estudios de Posgrado en Derecho

Universidad de Palermo

Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina

REVISTA JURÍDICA DE LA UNIVERSIDAD DE PALERMO

Dirección:

Carlos A. Calvo Costa (UBA - UP)
Eugenio C. Sarrabayrouse (UBA-UP)
Graciela Medina (UBA-UP)
Marcela Basterra (UBA-UP)

Dirección Ejecutiva:

Diego A. Dolabjian (UBA - UP)
Belén Gasparotti (UP)

Secretaría de Redacción:

Agustín M. Iglesias Díez (UBA)
Francisco Balbín (UBA)
Ian Lerner (UP)
Janice Balanian (UBA)
Juan Carlos Ruas (UBA)
Luciano Durrieu (UBA-UP)
Maia Czarny (UBA)
María Rosario Tejada (UBA)
Ricardo S. Kennedy (UBA)

Consejo Académico Editorial:

Adrián Carta (UBA - UP)
Agustina Del Campo (UDESA - UP)
Agustina Ramón Michel (CEDES - UP)
Andrea Finkelstein (UP)
Claudio Ramos Feijóo (UP)
Daniel Crovi (UBA - UP)
Diana Maffía (UBA - UP)
Eduardo Roveda (UBA - UP)
Fernando Buján (UBA - UP)
Gabriel Roller (UBA - UP)
Gustavo Beade (UBA - UP)
Gustavo Maurino (UBA - UP)
Horacio Corti (UBA)
Horacio Días (UBA - UP)
Jaime Malamud Goti (UDESA - UP)
José Luis Gargarella (UBA - UP)
José María Salgado (UBA-UNPAZ)
Juan González Bertomeu (UP)
Juan Pablo Alonso (UBA - UP)
Laura Saldivia (UBA - UP)
Leonardo Filippini (UBA - UP)

Leopoldo Godio (UBA-UP)
Marcelo Alegre (UBA - UP)
Marcelo López Alfonsín (UBA - UP)
Mariano Heller (UBA - UP)
Martín F. Böhmer (UBA - UP)
Martín Farrell (UBA - UP)
Mary Beloff (UBA - UP)
Miguel Ángel Maza (UBA - UP)
Paola Bergallo (UTDT - UP)
Pablo Hirschmann (UBA - UP)
Raúl Gustavo Ferreyra (UBA)
Ricardo Arredondo (UBA - UP)
Roberto Gargarella (UBA - UP)
Roberto Saba (UBA - UP)

Académicos correspondientes:

Brasil: Carolina Machado Cyrillo da Silva (UFRJ)
Colombia: Edgar Fuentes Contreras (UTADEO)
Ecuador: Sebastián López Hidalgo (UASB)
España: Alejandra Boto Álvarez (UNIOVI)
Italia: Alfonso Celotto (UNIROMA3)
México: Ricardo García de la Rosa (ITAM)
Perú: José F. Palomino Manchego (UNMSM)
Uruguay: Andrés Mariño López (UDELAR)

Universidad de Palermo

Mario Bravo 1050
(C1175ABT) Ciudad de Buenos Aires - Argentina
Tel.: (54 11) 5199-4500
E-mail: revistajuridica@palermo.edu

Editado por

Universidad de Palermo, Noviembre 2022

Diseño general

Departamento de Diseño
de la Universidad de Palermo

© 2022 Fundación Universidad de Palermo

ISSN 0328-5642

e-ISSN 2718-7063

Hecho el depósito que marca la Ley 11.723

Índice

Revista Jurídica de la Universidad de Palermo | ISSN 0328-5642 | e-ISSN 2718-7063

Facultad de Derecho - Centro de Estudios de Posgrado en Derecho

Universidad de Palermo

Año 20, N° 2 | Noviembre de 2022 | Ciudad Autónoma de Buenos Aires | Argentina

Artículos 5

Caos normativo: ¿Se puede hablar de un derecho nazi?

Martín D. Farrell 7-47

Ciudadanía y brecha digital

Javier Ballina Díaz 49-66

Derechos de exportación

Leandro E. Ferreyra 67-84

Ucrania: Conflictos armados, la Comunidad Internacional y el Derecho Internacional Humanitario

Tatiana Chelli y María Candelaria Vito Farrapeira 85-106

Evolución de las acciones afirmativas. Estados Unidos de América y Latinoamérica

María Soledad Durand 107-117

Dossier 119

Treinta años de reformas a la justicia penal de América Latina (1989-2019)

Presentación

Treinta años después, las reformas a la justicia penal de América Latina revisitadas. Ampliando el enfoque (1989-2019)

Juan Carlos (Jr) Ruas 121-160

Entrevistas

Treinta años de *minimalismo penal* en América Latina (1989-2019) entrevista a Raúl Zaffaroni 163-182

Treinta años de reformas procesales penales en América Latina (1989-2019):
entrevista a Alberto Binder 183-198

Treinta años de reformas de la justicia juvenil en América Latina (1989-2019):
entrevista a Mary Beloff 199-214

Investigaciones

Reforma de la justicia penal e investigación social en América Latina. Problemas
y desafíos
Máximo Sozzo 217-238

Tribunales penales, reformas procesales y persecución del delito en América Latina
Marcelo Bergman 239-283

Reseñas..... **285**

Reseña normativa..... 287-292

Reseñas bibliográficas 293-310

La Revista Jurídica de la Universidad de Palermo es una publicación de la Facultad de Derecho / Centro de Estudios de Posgrado en Derecho de la Universidad de Palermo.

La Revista Jurídica publica trabajos de académicos, investigadores, profesionales y estudiantes en una variedad de formatos que incluyen artículos, ensayos y comentarios sobre decisiones judiciales. Su contenido está dirigido a especialistas, investigadores y estudiantes de grado y posgrado.

La Revista Jurídica invita a los autores a enviar trabajos inéditos y originales a revistajuridica@palermo.edu. La Revista se organiza en base a un sistema de referato doble ciego para decidir sobre la calidad académica de los artículos enviados por los autores para su publicación, la originalidad de las ideas planteadas y la corrección de las citas.

Para obtener información, los interesados pueden dirigirse a:

Revista Jurídica de la Universidad de Palermo
Facultad de Derecho - Centro de Estudios de Posgrado en Derecho
Universidad de Palermo
Mario Bravo 1050, 7° piso (C1175ABZ) Ciudad Autónoma de Buenos Aires
República Argentina
Teléfono: +54 11 5199-4500
Fax: +54 11 4963-1560
E-mail: revistajuridica@palermo.edu

Los trabajos firmados no representan la opinión de la Universidad o de la Revista y son exclusiva responsabilidad de los autores.

La reproducción sin autorización de cualquier texto de la Revista, sea total o parcial, idéntica o modificada, viola derechos reservados. Con fines académicos podrá citarse un breve fragmento del texto de los artículos, a condición de que se de debidamente cuenta de su origen.

Artículos

Caos normativo: ¿Se puede hablar de un derecho nazi?

Martín D. Farrell

*Mis medidas no estarán limitadas por
ningún tipo de traba jurídica. Aquí
no tengo que ejercer ninguna justicia,
aquí solo tengo que aniquilar y extirpar,
nada más que eso.*
Hermann Göring

Resumen

En este trabajo se profundiza en la clásica polémica acerca de si las normas nazis eran derecho. Al respecto, frente a las conocidas posiciones que le niegan tal estatus por defectos de contenido o de forma, el texto plantea un enfoque distinto que remite a un defecto de contexto. Así, luego de recorrer los rasgos característicos del contexto nazi, se concluye que su ordenamiento no era derecho sino un “caos normativo”.

Palabras claves: Derecho – moral – positivismo jurídico – derecho natural – nazismo

Abstract

This article delves into the classic controversy about whether Nazi rules were law. In contrast to the well-known positions that deny such condition due to substantive or formal defects, this paper proposes a different approach that refers to a contextual defect. Thus, after reviewing the characteristic features of the Nazi context, it can be concluded that the Nazi order was not law but a “normative chaos”.

Keywords: Law - morality - legal positivism - natural law - Nazism

I. Introducción

El título de este trabajo menciona un ejemplo clásico, y la elección fue deliberada, puesto que era necesario encontrar un caso de horror moral, supongo que universalmente compartido ahora (digo “ahora” deliberadamente, porque en un comienzo hubo opiniones favorables al nazismo incluso fuera de Alemania) y ese caso es el nazismo. Pero creo que se trata tal vez de un ejemplo único, que difícilmente pueda repetirse con todas sus características, de donde no me parece que mis conclusiones puedan generalizarse respecto de otros sistemas normativos, puesto que —repito— el nazismo parece un caso único.

La polémica respecto de si las normas nazis eran derecho asumió siempre el mismo carácter: su contenido era tan gruesamente inmoral que no merecía dignificarse con la palabra “derecho”. Esta fue la larga —y hoy, espero, completamente superada— discusión entre el derecho natural y el positivismo jurídico, y es la discusión que no me interesa tratar aquí. La consideraré sólo de manera sumaria, para concentrarme luego en algo que sí considero importante.

8 Creo que el *contenido* del derecho nazi no ofrece un problema serio (sin duda no lo ofrece para un positivista jurídico), y tampoco lo ofrece —en general— la *forma* que adoptaban las normas, pero sí lo ofrecen ciertos rasgos de *contexto* de ese ordenamiento normativo. Lo que inquieta en especial es saber si el monopolio de la fuerza legal es un rasgo distintivo del Estado, si ese monopolio existía en el nazismo, si el Estado mismo existía durante el nazismo, y si la eventual carencia de él afecta el carácter jurídico de las normas. Aunque las dudas acerca del monopolio de la fuerza legal y el carácter del Estado no son los únicos rasgos que arrojan dudas sobre el carácter jurídico de las normas nazis, como veremos.

Voy a comenzar por la parte poco importante, por la parte formal. Seguiré luego con parte del contenido del sistema, la que tampoco consideraré un problema insoluble, y concluiré con lo verdaderamente importante, la parte del contexto.

II. Una polémica ya superada

La discusión acerca del carácter jurídico de la normativa nazi aparece en su presentación clásica en el debate entre Hart y Fuller¹. En el año 1958 Hart publica su artículo “*Positivism and the Separation of Law and Morals*”², cuya tesis central consiste en sostener que no existe una conexión necesaria entre el derecho y la moral, o entre el derecho que es y el derecho que debería ser. Hart estaba pensando

¹ Tema que voy a considerar de manera concisa, puesto que ya lo examiné en “Volviendo a lo básico: el debate Hart-Fuller”, en *Enseñando Ética*, Buenos Aires, UP, 2015.

² *Harvard Law Review*, vol. 71, págs. 593-629.

centralmente en el problema del contenido de las normas, pero la réplica de Fuller cambia de tema³, y sostiene que en el derecho tiene que existir una moralidad interna, necesaria incluso para crear un mal derecho. Fuller menciona como defectos jurídicos el castigo al inocente, las normas inaudibles o confusas, la retroactividad de las leyes y las leyes secretas y, en un libro posterior⁴, Fuller insiste en la necesidad de contar con leyes claras y coherentes. Más que el contenido moral de las normas, la crítica de Fuller se centra entonces en cuestiones formales, en cuestiones de eficiencia (aunque el castigo al inocente podría ser inmoral, al par de ineficiente).

Hart nunca objetó que un buen sistema jurídico debía ajustarse en ciertos puntos a los requerimientos de la moral, pero también recordó que existían desacuerdos respecto de los criterios morales adecuados. ¿Se trataba de la moral positiva del grupo, tal vez basada en la superstición, o de la moral basada en criterios iluminados, por ejemplo⁵? Él sugería eliminar la incertidumbre alejando al análisis del derecho de todo tipo de moral, y Fuller —desde luego— no estaba de acuerdo con esta propuesta.

Como era inevitable, el nazismo se introduce ahora en el debate. Hart cita entonces un caso ocurrido en 1944⁶: una mujer, con el propósito de librarse de su marido, lo denunció ante las autoridades por haber realizado comentarios despectivos sobre Hitler, por lo cual el marido fue arrestado y condenado. La propia esposa fue luego juzgada en el año 1949, después de la guerra, y condenada por la privación de libertad de su marido. Aquí aparece la controversia entre ambos polemistas: mientras Hart creía que la mujer debía ser condenada aplicándole una ley retroactiva, Fuller pensaba que el tribunal había obrado acertadamente al considerar que la ley nazi no era derecho. Desde luego que Hart dice claramente en *The Concept of Law*⁷ que tanto los ciudadanos como los funcionarios deben rehusarse a aplicar leyes inmorales, pero no porque no sean derecho, sino por ser —precisamente— inmorales. Porque, ¿cuál era el motivo de Fuller para considerar que esa ley nazi no era derecho? Él no objetaba el procedimiento de aprobación ni de promulgación, sino el *contenido* de la ley, contenido que consideraba injusto.

Consideremos entonces por un momento uno de los casos paradigmáticos de ley injusta durante el nazismo: las leyes de Nuremberg. El 15 de septiembre de 1935, en Nuremberg, Hitler emitió la Ley para la Protección de la Sangre y el Honor Germano, motivada “por la comprensión de que la pureza de la sangre Germana es la condición esencial para la existencia continuada del pueblo Germano”. El artículo 1 de esa ley prohibía los matrimonios entre judíos y no judíos, y el artículo 2 las relaciones extramaritales entre judíos y no judíos. El artículo 3 prohibía a los

³ LON L. FULLER, “Positivism and Fidelity to Law”, *Harvard Law Review*, vol. 71.

⁴ LON L. FULLER, *The Morality of Law*, New Haven, Yale University Press, 1969, pág.63.

⁵ HERBERT L. A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1994, pág. 205.

⁶ Aunque no lo hace con exactitud, las diferencias carecen de importancia teórica.

⁷ HART, *The Concept of Law*, cit., págs. 207-208.

judíos emplear como personal domésticos mujeres no judías menores de 45 años, y el violar cualquiera de estos artículos era castigado con pena de cárcel.

¿Injusta? ¡Obviamente sí!, pero esto no es lo que está en disputa aquí. Independientemente de su contenido, la ley parece cumplir con todos los recaudos exigidos por Fuller. La persona que desobedece a sabiendas una ley, no puede ser considerada un inocente, la ley no era confusa, distaba de ser secreta, y sólo puede entenderse retroactiva la segunda parte del inciso 1 del artículo 1, que invalidaba los matrimonios ya concluidos. Hitler respetó todas las condiciones impuestas por Fuller respecto de la moral interna del derecho. (Esto no significa, sin embargo, que las normas nazis, consideradas como un todo, respetaran las exigencias de Fuller, como luego veremos. En ese caso, Fuller habría tal vez coincidido en apoyar la tesis que aquí defiendo).

Pero esto no concluye la polémica entre los positivistas y el derecho natural con la victoria del positivismo jurídico sobre el derecho natural, desde luego, porque Fuller está invocando un derecho natural de tipo formal, mientras que la concepción clásica del derecho natural es —por supuesto— de tipo sustantivo. En este caso, el ejemplo adecuado respecto del nazismo no es Fuller sino Radbruch.

III. La postura de Radbruch

10

Ya vimos que Fuller fracasa en negar al nazismo el carácter de derecho porque se concentra en aspectos formales que son sin embargo respetados por el ejemplo clásico del derecho nazi: las leyes de Nuremberg. Pero el caso de Radbruch es muy distinto, porque él se concentra específicamente en el contenido del derecho nazi. Él defendió la tesis positivista hasta la Segunda Guerra Mundial, luego de lo cual se convirtió al iusnaturalismo, horrorizado por los crímenes nazis. Dijo entonces que el derecho positivo tiene precedencia incluso cuando su contenido es injusto y fracasa en beneficiar a la gente,

a menos que el conflicto entre la ley y la justicia alcance un grado tan intolerable que la ley, en tanto “ley defectuosa”, deba rendirse a la justicia... Cuando ni siquiera existe un intento de justicia, cuando la igualdad, que es la esencia de la justicia, es traicionada en el caso por el derecho positivo, entonces la ley no es simplemente “ley defectuosa”, sino que carece completamente de la naturaleza misma del derecho⁸.

En este tipo de teoría los nazis cualifican, sin duda alguna: si coincidimos en que la injusticia extrema no es derecho, sin duda coincidiremos en que el nazismo no es

⁸ GUSTAV RADBRUCH, “Statutory Lawlessness and Suprastatutory Law”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 26, n° 1, 2006, pág. 7.

derecho, y en realidad, el caso es más claro aún, puesto que el régimen nazi parece ser el único caso de injusticia extrema al que se refiere Radbruch. Por eso dice que el estado de derecho y la seguridad jurídica exigen la vinculación fundamental a la ley, *y solo en casos realmente excepcionales extremos esta debe retirarse, solo en casos como los que vivimos durante la era nazi y que ojalá nunca vivamos de nuevo*⁹.

En el único caso en el cual una normativa parecería como extremadamente injusta, lo que acontecía en el caso del nazismo, podríamos sostener que ella no era derecho, y este es —precisamente— el caso que estamos examinando. (En realidad, hay otro caso concreto en Occidente de injusticia extrema que examinaré enseguida: la ley de esclavos fugitivos, en los Estados Unidos antes de la Guerra Civil) ¿Ha triunfado entonces al final la posición iusnaturalista, al recurrir a los rasgos negativos de las leyes nazis? No es tan sencilla la respuesta, y hay dos aspectos más que deben ser considerados. El primero consiste en que seguir afirmando el carácter de derecho de las normas nazis no conduce necesariamente a absolver a quienes las obedecieron. Ya vimos que Hart favorecía los castigos a los nazis basados en leyes retroactivas, y Kelsen adoptaba la misma actitud. Por eso decía que los actos de los nazis

*fueron también muy ciertamente actos moralmente muy cuestionables, y que las personas que los cometieron ciertamente conocían su carácter inmoral, (de donde) la retroactividad de la ley que se les aplica difícilmente pueda ser interpretada como absolutamente incompatible con la justicia. La justicia requería el castigo de esos hombres*¹⁰.

11

Los positivistas, como puede verse, no favorecían la impunidad de los funcionarios nazis. De modo que si estamos tentados de negar el carácter de derecho a las normas nazis para poder castigar a los nazis, podemos rechazar esa tentación: no es inconsistente decir que los nazis obedecían normas jurídicas y que sin embargo debían ser castigados aplicándoles normas jurídicas retroactivas, por el carácter extremadamente inmoral de su proceder. El segundo aspecto a considerar es este: si las normas nazis no son derecho, si carecen completamente de la naturaleza misma del derecho, si —en otras palabras— Radbruch tiene razón, entonces ¿qué eran las normas nazis? Porque no basta, por supuesto, decir que *no* eran: necesitamos una caracterización positiva de ellas, y Radbruch no nos

⁹ GUSTAV RADBRUCH, “Ley y derecho”, en Stanley L. Paulson, *La filosofía del derecho de Gustav Radbruch*, Madrid, Marcial Pons, 2019, pág. 232.

¹⁰ HANS KELSEN, “Will the Judgement in the Nuremberg Trial Constitute a Precedent in International Law?”, *The International Law Quarterly*, vol. 1, n° 2, págs. 162 y 165.

proporciona ninguna, por lo que, hasta el momento el positivismo jurídico puede seguir conservando sus posiciones.

La situación no cambia si aumentamos el número de ejemplos de injusticias nazis, sin confinarnos solamente a las leyes de Nuremberg. El decreto del 28 de febrero de 1933 suspendió la protección a las libertades personales, a la libertad de expresión, de reunión y de asociación, y la inviolabilidad del domicilio y la correspondencia, al par de imponer la pena de muerte. La ley de imposición de la pena de muerte del 29 de marzo de 1933 la estableció en forma retroactiva, entre el 31 de enero y el 28 de febrero de ese año. La ley del 14 de julio de 1933 estableció al Nacional Socialismo como el único partido político de Alemania. La ley del 7 de abril de 1933 prohibió el acceso de los judíos a la profesión legal, la del 21 de mayo de 1935 los expulsó del ejército, y la del 15 de octubre de 1936 les prohibió trabajar de maestros en las escuelas públicas, de las cuales fueron expulsados los alumnos judíos mediante la orden del Ministerio de Educación del 5 de octubre de 1938. Por otra parte, todas las personas liberadas del arresto preventivo eran colocadas bajo vigilancia policial sistemática. Era más, mucho más que las leyes de Nuremberg, por supuesto, y esto no era todo. El 17 de noviembre de 1933 la Corte Superior de Berlín decidió que era legal dejar de cumplir un contrato para dirigir una película de cine porque el director era judío, mientras que el 6 de abril de 1937 el tribunal de Karlsruhe privó a un padre del derecho de custodia sobre su hijo por ser el padre Testigo de Jehová. La repugnancia aumenta, pero la solución no cambia: en lo que se refiere al primer aspecto que acabo de mencionar, el castigo a los nazis, diez jueces nazis fueron condenados al concluir la guerra, cuatro de ellos a prisión perpetua y seis a penas de prisión entre cinco y diez años. En lo que se refiere al segundo aspecto, el carácter de las normas nazis, Radbruch sigue en deuda con nosotros: si esto no era derecho, ¿entonces qué era?

Asimismo, quiero recordar que los juicios morales acerca de las normas nazis que acabo de mencionar son juicios emitidos al final de la era nacional socialista, con el panorama completo de sus horrores, pero durante el nazismo, las normas nazis no merecieron una condena moral unánime en el mundo anglosajón. Como dice Fraser, *después de las leyes de Nuremberg, después de las crisis de los refugiados de los años anteriores, y después del comienzo de la guerra en Europa, no había una idea de que las leyes de nacionalidad alemanas, con la exclusión legal de los judíos alemanes, eran otra cosa que una expresión válida de la historia política y del carácter alemán*¹¹.

¹¹ DAVID FRASER, "Perceptions of German Law in Anglo-American Legal Scholarship, 1933-1940", en Christian Joerges y Navraj Singh Ghaleigh (eds.), *Darker Legacies of Law in Europe*, Oxford, Hart Publishing, 2003, págs. 92-93.

Por asombroso que nos parezca ahora, las purgas de los judíos en la burocracia alemana y la prohibición de que los judíos poseyeran tierras, eran descriptas sin reproches en ámbitos académicos anglosajones. Veamos algunos ejemplos, donde incluso las detenciones preventivas en el ámbito penal y el abandono del principio *nullum poena sine lege*, por caso, son mencionados sin mayor cuestionamiento¹². El 7 de abril de 1933 se dictó la Ley para la Restauración del Servicio Civil Profesional, cuyo artículo 1 establecía que “los funcionarios de ascendencia no aria deben pasar a retiro”: esa era la clave de la reforma y la que debía concentrar la crítica principal supongo. No para Fritz Marx, sin embargo: él sostenía que la burocracia era la columna vertebral del estado, de donde “la burocracia alemana no podía sino reflejar la nueva ideología, y esta nueva ideología demandaba una identificación sin reservas con las metas del movimiento nacional socialista”. La exclusión de los judíos no merece ningún comentario, salvo la reflexión de que “la confiabilidad política ha reemplazado definitivamente a la neutralidad”, y que el retiro por falta de confiabilidad “abría una senda bienvenida para asegurar la homogeneidad racial”, a lo que seguía la reflexión final:

*La desaparición de partidos políticos que compiten significa, además, la salvación respecto del conflicto de lealtades compartidas. La permanencia del partido único ciertamente facilitará las dificultades de la transición en el servicio civil alemán*¹³.

13

Esta es la opinión, obviamente antisemita, que le merece a un politólogo que publica un artículo en una prestigiosa revista norteamericana en junio de 1934, artículo en el cual —además— compara al nazismo con el New Deal.

Vayamos ahora al área del derecho penal, en la cual —como acabo de decir— el nazismo había reemplazado el principio *nulla poena sine lege* por el principio *nullum crimen sine poena*. Recordemos que las leyes de Nuremberg, que no permitían disfrazar más la ideología nacional socialista, fueron dictadas en septiembre de 1935. Catorce meses después, nos encontramos en otra revista de habla inglesa con la opinión de que debíamos apreciar el punto de vista nazi para liberarlo de su “aspecto siniestro”, ya que para el nazismo era más importante asegurar la justicia sustancial que la claridad de los preceptos de la ley penal: el juez debía adherir a la ley, pero, sobre todo, adherir a lo que era justo. Los ciudadanos eran alentados a identificar al delito con las deshonestidad, lo cual —con el transcurso del tiempo— conformaría una sólida conciencia nacional. El autor afirmaba que los líderes alemanes

estaban convencidos de que el nacional socialismo ha presentado a la nación

¹² FRASER, cit., págs. 95, 99 y 105-107.

¹³ FRITZ MORSTEIN MARX, “German Bureaucracy in Transition”, *The American Political Science Review*, vol. 28, n° 3, págs. 474, 476-477 y 479.

*una visión uniforme de la vida, que surge de la conciencia nacional, y en la cual puede basarse el juez*¹⁴.

Tampoco en este caso hay reproche alguno a los excesos del nazismo en materia penal, sino un obvio intento de empatizar con sus reformas.

Agrego un ejemplo final, en este caso la Ley de Granjas Hereditarias, del 29 de septiembre de 1933. Un rasgo que debería ser central visto desde países democráticos, me imagino, es que solamente los alemanes arios podían ser propietarios de estas granjas. Veamos ahora un artículo publicado en una prestigiosa revista norteamericana, editada por la universidad de un estado agrícola en 1935. De un modo impecable, el autor analiza todos los rasgos jurídicos de la ley y sus consecuencias económicas: comienza con el derecho imperial y pasa luego a ley nacional socialista, estudiando temas tales como la extensión de las granjas y la elección del heredero, con especial énfasis en el orden sucesorio, y sus diferencias con la legislación civil. Con la misma indiferencia con la que se refiere al tipo de tierra alcanzado por la ley, el autor nos informa que el propietario debe poseer sangre alemana, y que cualquiera que tenga sangre judía de sus ancestros no posee sangre alemana, y concluye entonces diciéndonos que la ley contiene graves problemas, pero que también muestra

*en qué medida el legislador estaba preocupado por dominar esos problemas y en resolverlos de una manera inteligible y justa*¹⁵.

14

En el año en que se dictaron las leyes de Nuremberg, un artículo publicado por la revista de Universidad de Iowa celebraba así la justicia de la ley que impedía a los judíos ser propietarios de tierra. Lejos, como se aprecia, de la injusticia extrema que postulaba Radbruch. Y Henry Channon, un conocido parlamentario inglés, podía escribir con tranquilidad en su Diario el día 10 de agosto de 1936:

*Inglaterra podría aprender muchas lecciones de la Alemania Nazi. No puedo comprender la sospecha y el disgusto inglés respecto del régimen nazi*¹⁶.

Todo esto dicho sin preocupaciones a esta altura del Tercer Reich. De modo que nuestros juicios morales respecto del contenido de las normas nazis no alcanzan para privarlas de su carácter de derecho y comparto entonces aquí la posición de un iusnaturalista tan insospechable como Finnis, quien pide que nos imaginemos un sistema normativo que carezca de conexión con la moral y con la justicia, y concluye que no advierte

¹⁴ ERNEST A. M. WEDDERBURN, "Criminal Law in the Third Reich", *The Juridical Review*, vol. 48, n° 4, Diciembre 1936, págs. 373, 376 y 379-380.

¹⁵ ERIC HANS KADEN, "The Peasant Inheritance Law in Germany", *Iowa Law Review*, vol. 20, 1935, pág. 388.

¹⁶ HENRY CHANNON, *The Diaries 1918-1938*, London, Hutchinson, 2021, pág. 563.

*ninguna razón decisiva por la cual esto no debería ser un orden jurídico (y todavía menos por qué esto sería conceptualmente imposible)*¹⁷.

Resumiendo, pues: algunos autores sostuvieron que la ideología nazi pervirtió las nociones del bien y del mal, de justicia e injusticia, de un modo tan grande, que no era derecho en virtud de su contenido, aunque podía ser derecho por su forma. Esta postura conduce a veces a dividir al nazismo en períodos, con un derecho nazi aceptable como tal a comienzos del régimen, por ejemplo de 1933 a 1940, y otro período inaceptable, por ejemplo de 1940 a 1945¹⁸. Otros autores, en cambio, encontraron defectos formales en el régimen nazi. Yo encuentro un defecto diferente, más allá de la forma y del contenido, que es un defecto de contexto, el cual aparece desde el comienzo del régimen, de donde la periodización no resulta necesaria, mientras que algunos defectos formales pierden importancia frente al contexto, o no aparecen como tales en las normas nazis. Creo que esta idea enriquece la polémica, y la voy a vincular con la aparición de un argumento formulado por Dworkin.

IV. El argumento de Dworkin

Hasta ahora he considerado dos objeciones para atribuir a las normas nazis el carácter de derecho: la objeción basada en la forma y la objeción basada en el contenido, y he concluido que ninguna de ellas permite privar a las normas nazis del carácter de derecho. Ahora llegó el momento de ocuparme de la objeción más complicada, la objeción del contexto, la que constituye de alguna manera el aporte de Dworkin a la disputa. No se trata sin embargo de un aporte directo, sino de una sugerencia oblicua que podría conducir al argumento que voy a desarrollar.

Hay dos casos semejantes que Dworkin prefiere tratar de manera diferente, y su argumento para hacerlo es el que nos interesa aquí: las leyes nazis y la ley de esclavos fugitivos. Ya he explicado el alcance de la ley nazi. La ley de esclavos fugitivos, a su vez, fue dictada el 18 de septiembre de 1850, como parte de un compromiso entre el Norte y el Sur de Estados Unidos, y permitía arrestar a sospechosos de haber escapado de la esclavitud, sospechosos que carecían de derechos frente al tribunal que los juzgaba. Incluso si se encontraban en un estado libre de esclavitud, ellos debían ser restituidos a sus dueños. La ley fue declarada constitucional por la Corte Suprema en 1859, pero fue derogada en 1864. No hace falta que enfatice —supongo— el destino que esperaba a los esclavos que eran devueltos a sus dueños.

¹⁷ JOHN FINNIS, "Reflections and Responses", en John Keown y Robert George (eds.), *Reason, Morality and the Law*, Oxford University Press, 2013, pág. 538.

¹⁸ FRASER, cit., págs. 88-89.

Respecto de la ley de esclavos fugitivos, Dworkin cree que existen dos alternativas: a) la ley era derecho válido, pero demasiado injusto como para ser aplicado, y b) la ley era demasiado injusta como para ser derecho. Dworkin prefiere la alternativa a), porque ella muestra que los jueces, en esos casos, enfrentaban un dilema moral, y no solamente prudencial. En cambio las leyes nazis —dice Dworkin— no creaban derechos ni siquiera *prima facie*, porque el gobierno era completamente ilegítimo, de donde los jueces nazis enfrentaban sólo un dilema prudencial¹⁹.

De modo que para Dworkin no había derecho en la Alemania nazi, y este es el resultado al cual quiero arribar, pero sin compartir la esencia el argumento dworkiniano. Dworkin resulta útil en este caso porque llama la atención sobre la falta de carácter jurídico de las normas nazis, pero su argumento parece ser de carácter moral, parece ser un argumento de contenido, una variante del argumento de Radbruch. El gobierno nazi no era completamente ilegítimo, y —en realidad— su origen fue legítimo, puesto que fue el presidente de la república quien nombró canciller a Hitler. Es discutible la legalidad del proceso que condujo a la ley del 24 de marzo de 1933 permitiendo al Ejecutivo dictar leyes, incluso leyes que se apartaban de la constitución, pero aunque sea formalmente la Constitución de Weimar fue respetada. Aunque es interesante la mención de la ilegitimidad, en realidad el reproche que formula Dworkin, me parece, es un reproche moral, reproche que ya he rechazado, como vimos, y que no le puede resultar muy útil, porque la ley de esclavos fugitivos contiene una injusticia tan extrema como las leyes de Nuremberg.

16

El motivo del rechazo a la idea de Dworkin es —simplemente— que el argumento no funciona, puesto que desde el punto de vista del contenido, la ley de esclavos fugitivos y las leyes de Nuremberg eran igualmente injustas, de donde, o ambas eran derecho, o ninguna lo era. Pero Dworkin podría tal vez estar diciendo implícitamente otra cosa, más interesante: podría estar diciendo que ambos sistemas, el norteamericano de la preguerra civil y el nazi, se inscribían en *contextos* diferentes, lo cual le atribuía carácter jurídico a uno de ellos y se lo privaba al otro. Por cierto que no lo dijo claramente, y por eso yo voy a decirlo claramente aquí: el problema del eventual derecho nazi es el problema del contexto. Pero lo que importa del contexto nazi no es el aspecto moral, como parece sostener Dworkin; si lo fuera, Dworkin estaría tan sólo repitiendo el argumento de Radbruch. En mi opinión, son los rasgos administrativos, los rasgos de funcionamiento, los que vician el contexto nacional socialista, y esos vicios impiden que consideremos al sistema como derecho.

¿Cuáles son, entonces, los rasgos característicos del contexto nazi, que tornan problemático que las normas de ese sistema se denominen derecho? Un rasgo que debe tomarse seriamente en cuenta, para comenzar, es el juramento de lealtad. Desde el 14

¹⁹ RONALD DWORKIN, *Justice for Hedgehogs*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 2011, págs. 411-412.

de agosto de 1919, el juramento de los funcionarios públicos alemanes se refería a “la lealtad a la constitución, la obediencia a la ley, y el cumplimiento consciente de los deberes de mi función”. A partir del 20 de agosto de 1934, en cambio, el juramento se modificó y pasó a decir: “Juro que seré verdadero y obediente al Führer de la República y el pueblo alemán, Adolfo Hitler, que observaré el derecho, y cumpliré conscientemente los deberes de mi función”. La diferencia no es menor, ni es sólo verbal: en el nuevo juramento, la Constitución, que es una norma jurídica, es reemplazada por Hitler, que es un ser humano, ser humano cuya voluntad se identificaba con el estado y con el pueblo. El contexto cambia, como vemos, y la voluntad de la norma es desplazada en favor de la voluntad del Führer. El valor simbólico del juramento no pasó desapercibido para los nazis, y Rudolf Hess dijo, por ejemplo: “Mediante vuestro juramento, se han ligado ustedes mismos a un hombre que —ustedes creen firmemente— ha sido enviado a nosotros por poderes superiores... Adolf Hitler es Alemania, y Alemania es Adolf Hitler. ¡El que jura por Hitler jura por Alemania!”²⁰.

Hitler había sido claro en su discurso ante el parlamento del 30 de enero de 1937: *Hay un solo detentador del poder supremo entre el pueblo alemán, y ese detentador es el pueblo mismo. La voluntad del pueblo encuentra su expresión en el Partido, que es la organización política del pueblo. En consecuencia, hay un solo cuerpo legislativo. Hay una sola autoridad ejecutiva.*

El Poder Judicial contribuía también al cambio de contexto. El 9 de diciembre de 1936 —por caso— el presidente de la Corte Suprema se pronunció por una interpretación amplia de las leyes de Nuremberg, permitiendo a los tribunales inferiores decidir sobre el alcance del término “relaciones sexuales”. El Tribunal Laboral del Reich, en una sentencia del 7 de febrero de 1940, consideró como principios constitucionales los puntos 4 y 5 del programa del partido nazi. Por su parte, el Decreto contra los Enemigos Públicos, del 5 de septiembre de 1939, que imponía la pena de muerte, la aceptaba en casos de que fuera requerida por “el sólido juicio popular” o “por la necesidad de repudiar especialmente el acto delictivo” (artículo 4). A la inmoralidad del contenido, de la que me ocupé en la sección anterior, se añade ahora la indeterminación de ese contenido, en casos tan graves como la pena capital. ¿Se convierte entonces en derecho cualquier sentencia basada en un difuso “juicio popular”? Claramente, la guía suprema de los tribunales ya no era la ley, sino la voluntad incondicionada del Führer²¹.

Más grave aún es el caso de la orden secreta a los jueces, emitida por el Ministro de Justicia el 1 de octubre de 1942. En ella el Ministro recordaba que la prevención

²⁰ RUDOLF HESS, “The Oath to Adolf Hitler”, en Anson Rabinbach y Sander L. Gilman (eds.), *The Third Reich Sourcebook*, Berkeley, University of California Press, 2013, pág. 76.

²¹ BERND RUTHERS, *Derecho degenerado. Teoría jurídica y juristas de cámara en el Tercer Reich*, Madrid, Marcial Pons, 2016, pág. 128.

es mejor que la reparación, y que si el criminal encuadraba en la categoría de “peste”, ello debía ser expresado en la severidad del veredicto: cuando la gente arriesga su vida en el frente, no hay espacio para que los criminales destruyan la voluntad de la comunidad, dijo el Ministro. La orden citaba directamente al Führer: “No quiero que una mujer alemana regrese asustada de su trabajo, preguntándose si no habría algún daño causado por inútiles y criminales. Un soldado debería esperar que su familia, su esposa y sus parientes estén seguros en casa”. Sin conocimiento público, el Ministerio de Justicia establecía un método especialmente severo de interpretar una ley especialmente severa. (Este caso, desde luego, cae dentro de las prohibiciones establecidas por Fuller, dado su carácter secreto).

Por otra parte, los jueces ya no tenían dudas acerca de su papel después del discurso de Hitler ante el *Reichstag* pronunciado el 26 de abril de 1942:

Pido a todo el Parlamento Alemán la seguridad definitiva de que poseo toda la autoridad legal para hacer que cada individuo cumpla con su deber, y que pueda condenar a aquellos que en mi opinión no cumplen con su deber a penas de prisión, o a ser privados de sus cargos y posiciones, no importa quienes sean o que derechos puedan haber adquirido.... También espero que la jurisprudencia alemana entienda que la nación no está allí para ellos, sino ellos para la nación. Que no está permitido que el mundo entero perezca, Alemania incluida, para que exista un derecho formal, sino que Alemania tiene que vivir, sin que importe la interpretación formal de la justicia.... Me ocuparé de estos casos de ahora en más, y daré la orden a los jueces de que reconozcan como derecho lo que ordeno.

18

La actitud sumisa de los jueces data de los comienzos del régimen nazi. La Corte Laboral del distrito de Berlín debía decidir acerca de la validez de una orden de Hitler que nunca había sido publicada, de donde se dudaba si la había emitido como jefe del movimiento o del estado. El tribunal, en su decisión del 17 de noviembre de 1934, entendió que sólo dependía de Hitler decidir en qué carácter actuaba, y que era suficiente para los jueces que el nombre de Hitler apareciera en la orden. En rigor, los jueces tenían prohibido adoptar decisiones que condujeran a resultados opuestos al programa del nazismo²².

Y por si faltara algo, en la carta del 1 de abril de 1943, el Ministro de Justicia ordenó a los fiscales que los judíos liberados de una institución penal, debían ser capturados nuevamente por la policía y detenidos de por vida en los campos de concentración de Auschwitz y Lublin; esto es, después de ser liberados conforme a derecho, ¡recibían la pena de prisión perpetua!, de donde la sentencia judicial era revocada por una decisión administrativa, la cual no se fundaba en ninguna

²² ERNST FRAENKEL, *The Dual State*, Clarck, New Jersey, The Lawbook Exchange Ltd., 2010, pág. 83.

norma. Las órdenes secretas, por otra parte, eran numerosas. Secreta fue, por caso, la orden del 21 de septiembre de 1939 emitida por Reinhard Heydrich que concernía a la política respecto de los judíos en los territorios ocupados, y la orden del 6 de junio de 1941, que prohibía “mostrar misericordia o actuar de acuerdo a las leyes internacionales “en relación a los comisarios políticos rusos en el frente oriental, los cuales, si eran encontrados en batalla o en la resistencia, debían “ser liquidados inmediatamente con un arma”. Y secreto era también —desde luego— el Protocolo de Wansee del 20 de enero de 1942, el cual estableció los lineamientos de la “solución final”.

En la decisión del Tribunal que juzgó a los jueces nazis, dictada el 4 de diciembre de 1947, se dijo que los juicios en la época nazi claramente “carecían del elemento esencial de legalidad”, y que formaban parte de “un programa nacional de persecución racial”. Las persecuciones judiciales, fueran políticas, raciales o religiosas estaban sistemáticamente organizadas, y eran conducidas por, o con la aprobación de, el gobierno²³. Los jueces, por otra parte, estaban autorizados a ignorar cualquier artículo de la constitución que resultara inconsistente con los valores jurídicos del Nacional Socialismo. Esto es: los principios nazis, que podían modificarse en cualquier momento y de cualquier forma, primaban sobre lo que debía ser considerada como la norma jurídica suprema²⁴.

Como Ministro de Justicia de Hitler, Hans Frank tenía una opinión muy clara sobre el papel de los jueces: su tarea no consistía en ayudar a aplicar un orden jurídico superior a la comunidad racial, sino en salvaguardar el orden concreto de la comunidad racial. La base para interpretar todas las fuentes jurídicas era la ideología Nacional Socialista, expresada en el programa partidario y en las declaraciones del Führer. Un juez no tenía derecho a examinar una decisión del Führer, concretada en una ley o decreto: en realidad, el juez estaba también obligado por otras decisiones del Führer, que expresaban claramente su deseo de establecer derecho. En cuando a las resoluciones jurídicas emitidas antes de la revolución Nacional Socialista, ellas podían no ser aplicadas si su aplicación “violaría hoy los sentimientos saludables del pueblo”²⁵. Todas las normas, entonces, debían pasar por el tamiz de la plataforma política nazi, y todos los deseos de Hitler eran de aplicación obligatoria para los jueces. A su vez, los actos políticos del partido eran considerados actos de soberanía, por lo que los actos de los funcionarios del partido, dentro de su competencia, estaban fuera de la jurisdicción de los tribunales. Tampoco podían los jueces adoptar decisiones que

19

²³ Cfr. CHARLES M. LA FOLLETTE, “The Case Against Nazi Jurists”, *University of Georgia Law*, 1948.

²⁴ KARL LOEWENSTEIN, “Law in the Third Reich”, *Yale Law Journal*, vol. 45, pág. 803.

²⁵ HANS FRANK, “On the Position of the Judge before National Socialist Law and in the National Socialist State”, en Rabinbach y Gilman, cit., pág. 67.

condujeran a resultados opuestos al programa del partido²⁶.

Si recordamos que la ley del 24 de marzo de 1933 autorizaba al Poder Ejecutivo a dictar leyes, incluso leyes que se desviaran de la constitución, lo cual tornaba ocioso al Poder Legislativo, y le agregamos la situación del Poder Judicial que acabo de relatar, creo que la idea del contexto peligroso resulta clara. ¿Es posible describir a esa situación como “derecho”? A partir de la ley del 24 de marzo, desapareció la diferencia entre leyes y decretos, a lo que se agrega que las normas se dictaban en un lenguaje vago, metafórico e indefinido. Los decretos establecían una política de un modo general, y los detalles quedaban en manos de los poderes delegados. En rigor, el Consejo Ministerial para la Defensa del Reino era el legislador habitual²⁷. Por si no fuera suficiente, la ley del 13 de diciembre de 1934 autorizaba al Ministro del Interior a dar por concluidos todos los reclamos civiles formulados en los tribunales ordinarios, aunque se hubieran convertido en cosa juzgada, y decidirlos en favor del estado, sin apelación posible, lo cual eliminaba todo vestigio posible de justicia civil. Para garantizar aún más el control sobre la Justicia, el nazismo estableció tribunales especiales para los miembros del partido, no sólo respecto de cuestiones disciplinarias sino también sobre cuestiones civiles que involucraran a un miembro del partido, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 3 de la ley del 1 de diciembre de 1933²⁸. El nazismo se caracterizaba entonces por la multiplicidad de las agencias de coerción: a la Gestapo se agregaban, por ejemplo, los guardianes de manzana y los líderes de La Juventud Hitleriana²⁹, con capacidades para imponer determinados tipos de castigo, lo que permite por cierto dudar de la existencia del monopolio del uso de la fuerza.

Hay un obvio elemento de desorganización en el nazismo que dificulta su caracterización como derecho, lo que se ha denominado “la política sin administración”, o la sustitución de la propaganda por la política. En realidad, la sistematización y la calculabilidad eran percibidas por Hitler como una restricción, como un factor que limitaba su poder, tal como él lo entendía, de modo que prefería deliberadamente optar por la desorganización del poder político, y –especialmente– por la fragmentación del proceso de adoptar decisiones (a lo que se sumaba la conocida aversión de Hitler por la palabra escrita)³⁰.

²⁶ FRAENKEL, cit., págs. 35 y 83.

²⁷ FRANZ NEUMANN. *Behemoth. The Structure and Practice of National Socialism, 1933-1944*, Chicago, Ivan R. Dee, 2009, págs. 56-57.

²⁸ LOEWENSTEIN, cit., págs. 781, 803, 807 y 809.

²⁹ RICHARD J. EVANS, “Coercion and Consent in Nazi Germany”, *Proceedings of the British Academy*, vol. 151, 2007, págs. 69-70.

³⁰ Cfr. TIM MASON, “Intention and Explanation: A Current Controversy about the Interpretation of National Socialism”, en Herausgegeben von Hirschfeld y Lothar Kettenacker (eds.), *The “Führer State”: Myth and Reality*, Stuttgart, Klett-Cotta, 1981, págs. 24-25 y 31.

Lepsius es quien describe mejor esta situación:

La jerarquía de las normas fue desplazada. Los decretos del Führer podían suplementar, derogar o sustituir a una ley. Eventualmente, las órdenes del Führer ni siquiera siguieron publicándose. ...Hitler retenía el derecho a la decisión final. Él mismo evitaba toda fijación y decidía sobre la base del caso por caso, de donde no podía haber ningún límite prejudicial en base a las órdenes del Führer.... Era un desarrollo orientado a la destrucción de los valores y categorías jurídicas³¹.

El nazismo era la pesadilla imaginada por Fuller, más la desorganización, más el caos, más el descontrol.

V. Estado y Movimiento

Todavía más grave aún, desde el punto de vista del contexto, era la estrecha, y extraña, relación entre el estado alemán y el movimiento nazi, lo cual arroja dudas sobre la existencia misma del primero de ellos y, en todo caso, nuevas dudas sobre el monopolio del uso de la fuerza bajo el nazismo. El artículo 1 de la ley del 1 de diciembre de 1933, denominada Ley para Salvaguardar la Unidad del Partido y del Estado, establecía que “después de la victoria de la revolución Nacional Socialista, el Partido Nacional Socialista de los Trabajadores Alemanes es el portador del concepto del Estado Alemán y es inseparable del Estado. Es una corporación bajo el derecho público. Su organización será determinada por el Führer”. Es cierto que el 8 de noviembre de 1933 Goebbels declaró que el partido nazi siempre había aspirado a un estado totalitario, y que esta era la meta de la revolución, pero, avanzado el nazismo, el partido se posicionó por encima del Estado. En la edición del *Völkischer Beobachter* de Múnich del 8 de septiembre de 1934 Hitler declaró: el estado no es nuestro dueño; nosotros somos los dueños del estado.

Quedaba en claro, entonces, que el partido no estaba sujeto a ningún control³². Me resisto, sin dudar, a tomar en serio las definiciones *ad hoc* con las cuales los juristas nazis pretendían legalizar todas sus decisiones. Estoy pensando, por ejemplo, en la definición de Hans Frank: “El derecho es lo que es expeditivo para el pueblo”, y en las definiciones de Rosenberg: “El derecho es lo que el hombre ario declara que es derecho”, y “El derecho es la forma obligatoria en la cual el pueblo alemán defiende su vida dentro del Estado”³³. Comparto entonces lo que

³¹ OLIVER LEPSIUS, “The Problem of Perceptions of National Socialist Law: Was there a Constitutional Theory of National Socialism?”, en Joerges y Ghaleigh, cit., págs. 26-28.

³² NEUMANN, cit., págs. 68 y 73.

³³ Citadas por HERMAN KANTOROWICZ, *The Definition of Law*, Cambridge University Press, págs. 19-20.

Kantorowicz dice de la última ellas, y lo aplico ahora a todas ellas:

Es demasiado original como para ser compatible con el uso de algún lenguaje; demasiado subjetiva como para ser aplicable en la práctica; tan amplia que incluye hasta cañones y manteca, tan estrecha que ni siquiera cubre el derecho inglés.

¿Cuál era la relación entre el Estado, el líder y el partido durante la etapa del nazismo? Para los nazis, la autoridad no era conferida, sino algo de lo que había que apoderarse: es el efecto de un rango que no es otorgado, sino que es reconocido por el pueblo. La responsabilidad por la existencia histórica del pueblo alemán recaía en Hitler, y este proceso no sólo modificó su derecho al liderazgo, sino también al movimiento liderado por él, el cual pasó, de acuerdo a los nazis, a abarcar a todo el pueblo alemán. Es así que las funciones de liderazgo del Estado fueron asumidas por el líder del movimiento, y el orden jerárquico del Nacional Socialismo se convirtió en una parte fundamental del orden del Estado. Los nazis convirtieron a la unidad del Estado y el partido en una relación política-espiritual, en la cual la ideología Nacional Socialista y sus objetivos eran obligatorios para el estado en todos sus modos de existencia: el liderazgo se convirtió en un principio constitucional³⁴.

22

A esta altura, existe la tentación de identificar al Führer con un monarca absoluto, lo cual hubiera simplificado ciertamente mi tarea, pero los nazis no aceptaban esta comparación: el liderazgo, para ellos, no equivalía al derecho del monarca a gobernar. El monarca absoluto requiere de un estado, y concentra en su persona los tres poderes, aunque acepta compromisos entre ellos. En la Alemania nazi, el poder político residía en el líder, que no era un órgano del estado sino que constituía la personificación de la comunidad³⁵. Los nazis consideraban al liderazgo como un hecho político de la vida, un hecho abarcador, que unificaba a una multitud de hombres listos para la acción en la persona del Führer: el Führer y sus seguidores constituían una unidad, que no podía ser lógicamente capturada, sino sólo experimentada. El factor decisivo de la constitución del liderazgo, entonces, lo constituía el desplazamiento de la distinción democrática entre gobernantes y gobernados, reemplazándola por una fusión del líder con sus seguidores. Y para que quedara todavía todo más claro, el orden de liderazgo del estado Nacional Socialista era el orden de liderazgo del movimiento Nacional Socialista³⁶.

La mejor manera de interpretar este pensamiento es reconociendo que el Estado desaparecía: no se marchitaba, como en la etapa superior del comunismo, sino que se licuaba dentro del movimiento. Pero si entendemos al Estado a la manera kelseniana,

³⁴ ERNST FORSTHOFF, "The Total State", en Rabinbach y Gilman, cit., págs. 59-60.

³⁵ NEUMANN, cit., págs. 468-469.

³⁶ FORSTHOFF, cit., págs. 60-62.

como equivalente al derecho, la desaparición del Estado, ¿no implica también la desaparición del derecho? Porque los propios nazis negaban enfáticamente que el movimiento fuera el estado.

Alfred Rosenberg, el principal ideólogo del nazismo, lo dice todavía más claramente: lo que ha ocurrido no es la totalidad del Estado, sino la totalidad del movimiento Nacional Socialista. El estado ya no es algo que debería existir independientemente del pueblo y del movimiento; es una herramienta del punto de vista Nacional Socialista. El movimiento pretende el derecho a la totalidad, las generaciones futuras se concentrarán en el movimiento, y verán la relación entre el estado y el partido bajo una luz completamente a aquella que le otorga primacía al estado. El estado, piensa Rosenberg, es el instrumento de poder más potente que el movimiento tiene a su disposición, y los Nacional Socialistas deberían abstenerse de hablar en término de estado total, y hablar en cambio de la totalidad del movimiento Nacional Socialista³⁷.

Las consecuencias prácticas de este proceso se advirtieron muy rápido, y esta es una descripción adecuada de lo que ocurrió:

La corriente constante de medidas conflictivas, emitidas por funcionarios del partido y del estado, hicieron difícil saber si una decisión estaba basada en una ley existente, en algún principio de eficiencia política, o —lo que equivalía lo mismo— en las tesis de la ideología Nazi³⁸.

23

Lo que me pregunto entonces, nuevamente, es si existe entonces alguna manera convincente de dar cuenta como derecho lo que acontecía en este contexto. ¿Podría hacerlo Carl Schmitt, por ejemplo? Lo intentó, al menos, y lo intentó varias veces.

VI. La noche de los cuchillos largos

Ernst Röhm era un ex militar alemán que comandaba las milicias nazis. Los militares desconfiaban de él, porque pensaba que quería desplazar al ejército, y Hitler desconfiaba de él porque pensaba que podía ser su reemplazante. Fue acusado de complotar contra el gobierno, arrestado junto con sus colaboradores, y ejecutado sin juicio, esto es, sin que interviniera ningún tribunal. Hitler fue el único responsable de estos actos, ocurridos entre el 30 de junio y el 2 de julio de 1934, y la purga fue conocida como “la noche de los cuchillos largos”. El 3 de julio, el gobierno dictó una sucinta ley, de un solo artículo: “Las medidas tomadas el 30 de junio, el 1 de julio y el 2, para suprimir ataques traicioneros, son declaradas legales”, y el 13 de julio Hitler defendió los sucesos ocurridos, y la ley posterior, en un discurso ante el parlamento.

³⁷ ALFRED ROSENBERG, “The Total State?”, en Rabinbach y Gilman, cit., pág. 63.

³⁸ GOPAL BALAKRISHNAN, *The Enemy*, London, Verso, 2000, pág. 191.

Ningún jurista nazi quiso defender esta barbaridad moral y jurídica, o —mejor dicho— casi ninguno: Carl Schmitt fue la excepción, y lo hizo con asombrosa rapidez. Un argumento dudoso, pero inocuo, que él podría haber utilizado consistía en señalar que la ley retroactiva del caso no se proponía criminalizar una conducta que antes no era punible sino descriminalizar una conducta antes punible: siempre es mejor, podría sostenerse, la retroactividad para despenalizar que para penalizar. El propio Fuller hubiera aceptado esta forma de analizar el caso, supongo, aunque no puedo garantizar cuál hubiera sido su solución.

Pero lo más grave no era la ley retroactiva, sin embargo. Al defenderla en el Parlamento, Hitler dijo que

en esta hora, yo era responsable por el destino de la nación alemana y en consecuencia, el Juez Supremo del pueblo Alemán.

Hitler estaba anunciando, entonces, que él estaba más allá del estado de derecho, realizando acciones que no tenían su base en el derecho escrito³⁹. Era mucho más difícil defender el discurso de Hitler que defender la ley, y —sin embargo— Schmitt se concentró en el discurso. Comenzó recordando que el Führer tomaba seriamente las advertencias de la historia alemana, y de allí extraía la curiosa conclusión de que esa circunstancia le otorgaba a Hitler el derecho y el poder de fundar un nuevo orden y un nuevo estado. El Führer protegía el derecho cuando directamente creaba derecho en un momento de peligro, en tanto autoridad judicial suprema. El verdadero Führer, decía Schmitt, es siempre un juez, y de su dominio como Führer surge su dominio como juez, de modo que cualquiera que desee separar ambos dominios convierte al juez en un anti-Führer⁴⁰. Schmitt arranca con un *non sequitur*, pasando de la visión histórica del Führer a sus poderes como gobernante y de allí a sus poderes como juez, de los que —además— nadie podría privarlo. Reconstruir todo esto como derecho, como se aprecia, no es tarea fácil, aunque sí parecía fácil para Schmitt, quien dotaba a Hitler de los poderes de Midas, puesto que todo lo que hacía se convertía automáticamente en derecho.

Schmitt consideraba que el acto de Hitler en este caso era un ejercicio de jurisdicción legal, no subordinada a la judicatura, puesto que era en sí mismo un acto de judicatura suprema: el dominio judicial del Führer surgía de la misma fuente de derecho de la que provenía el derecho de todo pueblo. Todo derecho surge del derecho del pueblo a existir; toda ley, y toda decisión judicial, son justas en la medida en que surjan de esta fuente de derecho: el Führer mismo determina el contenido y el alcance de su curso de acción. Lo que está diciendo Schmitt, entonces, es que todo aquello que Hitler ordene, en el ámbito ejecutivo, legislativo

³⁹ LOEWENSTEIN, cit., pág. 811.

⁴⁰ CARL SCHMITT, "The Führer Protects the Law", en Rabinbach y Gilman, cit., pág. 64.

y judicial, es derecho porque Hitler lo ordena. No es plausible, como supongo que todos coincidirán, pero es inteligible. Schmitt lo refuerza todavía más: el Führer tiene un deber judicial particular cuya justicia intrínseca no puede ser llevada a cabo por nadie más, y debido al tipo especial de delito, el Führer se convirtió aquí en el juez supremo⁴¹. Ahora la inteligibilidad disminuye, sin embargo, porque se nos pide que creamos, no sólo que el Führer estaba autorizado (sin fuente escrita alguna) a realizar funciones judiciales, sino que creamos también que era el único que podía llevarlas a cabo. Si Schmitt consideraba que todo esto era obvio, entonces debería haberse preguntado por qué se había molestado Hitler en dictar una ley retroactiva para protegerse, declarando legal algo que todos sabían que era, no sólo su derecho, sino aparentemente también su obligación.

La tarea de Schmitt era difícil desde el punto de vista moral, y es también difícil leer su artículo sin sentir vergüenza ajena, pero no es una tarea teóricamente imposible. Se trata de identificar como derecho a algo proveniente de un poder omnímodo, y el paralelo con un monarca absoluto surge de inmediato a la mente. Si esto hubiera sido todo, supongo —como dije antes— que sería posible hablar todavía de un derecho nazi, pero esto está lejos de ser todo. Schmitt, como dije más arriba, podría —y debería— haberse concentrado sólo en defender la ley, sin referirse al discurso de Hitler ante el parlamento: eligió el camino opuesto y dificultó su panorama, pero todavía podía pretender que estaba hablando de derecho. Las cosas se le complicaron, sin embargo.

25

VII. Los comienzos del nazismo

Desde el inicio del régimen nazi, esto es, antes de publicar el trabajo que acabo de citar, Schmitt había escrito ya sobre el modelo de Hitler. En 1933 publicó su trabajo *Estado, Movimiento y Pueblo*, el cual —con caridad— podía considerarse como descriptivo, pero —con realismo— debe considerarse como justificatorio del régimen. Él consideraba que la unidad política del estado en ese momento consistía en un agregado tripartito de estado, movimiento y pueblo. La unidad política del pueblo, y con ella el orden completo de la vida pública, presenta esos tres diferentes estratos de orden: no es que los estratos estén coordinados, ni que sean cercanos, puesto que el movimiento pervade y conduce a los otros dos. Cada una de las palabras que los designan podría ser utilizada para la totalidad del orden político, pero al mismo tiempo designa un elemento específico del sistema: el estado es la parte políticamente estática, el movimiento la parte política dinámica, y el pueblo la parte no política. Pero el movimiento es tanto estado cuanto pueblo, y ni

⁴¹ SCHMITT, “The Führer Protects the Law”, cit., págs. 64-65.

el estado ni el pueblo serían imaginables sin el movimiento⁴².

Los tres estratos, entonces, se conciben de esta forma: el estado se refiere a las fuerzas armadas y a la burocracia; el partido, que abarca al estado y al pueblo, es el cuerpo político en el cual el movimiento encuentra su forma particular; el pueblo, finalmente, posee una esfera remanente de auto-administración, en el orden profesional económico y social, así como en la administración comunal⁴³.

Me parece que dos cosas quedan en claro en esta descripción. La primera es que Schmitt desea retener un papel para el estado, lo cual le traería luego dificultades con la jerarquía nazi. La segunda es que el papel del estado en su teoría es de todos modos secundario, y queda claramente subordinado al movimiento; esta es la cuestión que tornará difícil describir las normas del Tercer Reich como derecho, incluso en la descripción de Schmitt.

Adviértase ante todo el papel secundario que desempeña el pueblo en este esquema, reducido a ser un elemento no político, biológico, que depende de la protección del movimiento. El movimiento es el depositario de las decisiones políticas, no es sólo el movimiento del pueblo sino el movimiento que guía al pueblo, decide respecto de él y lo gobierna⁴⁴. Esta posición secundaria del pueblo le generaría a Schmitt muchas críticas de parte de otros juristas nazis.

26 Tal vez la parte más grave del trabajo la constituya la introducción de la idea racista, la identidad de especie adoptada como una presuposición indispensable. La identidad de especie, concebida como la pureza racial, es la que asegura aquí la articulación unificada del estado, el movimiento, el pueblo y el Führer. Schmitt la entiende como una identidad absoluta entre el líder y sus seguidores, y es la que impide que el poder del líder se convierta en arbitrario, o en tiránico: el Führer guía al movimiento en virtud de la identidad de especie⁴⁵.

¿Puede considerarse al trabajo de Schmitt como un intento descriptivo? Si lo es, hay que advertir que se trata de descripción que no formula a la vez reproche alguno. Pero me parece que es otra cosa: es un intento justificatorio. Lo más triste es que, por una parte, detrae de la fama de Schmitt, y por la otra, no ayuda ni al nazismo ni al intento de descifrar si sus normas eran derecho. Para el nazismo el trabajo es inútil, porque Schmitt trata de retener un papel para el estado: subordinado al movimiento, el estado sigue existiendo. El nazismo no quería ningún papel para el estado que pudiera comprometer la libertad de acción del movimiento: no buscaban el estado total sino el movimiento total. Y para mi intento el trabajo también es inútil, porque el estado se subordina al movimiento de una forma tal que descarta que

⁴² CARL SCHMITT, "State, Movement, Folk", en Rabinbach y Gilman, cit., pág. 58.

⁴³ SCHMITT, "State, Movement, Folk", cit., pág. 59.

⁴⁴ Cfr. GIORGIO AGAMBEN, "A Jurist Confronting Himself", en Jens Meierhenrich y Oliver Simons (eds.), *The Oxford Handbook of Carl Schmitt*, Oxford University Press, 2016, págs. 464-465.

⁴⁵ AGAMBEN, cit., págs. 465-466.

pueda hablarse del monopolio del uso de la fuerza; el derecho mismo, si existiera, estaría subordinado al movimiento, lo cual parece muy difícil de aceptar.

VIII. Continúan los intentos de Schmitt

En 1934 Schmitt hizo nuevos intentos de describir —y/o justificar— al nazismo. El más importante fue su libro *Sobre Tres Tipos del Pensamiento Jurídico*, publicado en 1934, como parte de la colección de la Academia Nazi del Derecho Alemán. Aunque sólo había transcurrido un año desde el trabajo previo, poco en la teoría expuesta en esta última obra recuerda a la teoría anterior, salvo un superficial intento —ya al final de la obra— de mostrar vinculaciones entre el estado, el movimiento y el pueblo. Pero así como en 1933 aparecía una sugerencia racista en la idea de la identidad de especie, en 1934 reaparece la insinuación antisemita cuando Schmitt recuerda que “hay pueblos que, sin territorio, sin un estado, y sin una iglesia, existen solamente en el derecho: Para ellos, el pensamiento normativista es el único pensamiento jurídico razonable”⁴⁶. Las teorías pueden ser distintas, pero la raza sigue contando.

Lo que ya no cuenta, sorprendentemente, es la teoría decisionista como la idea más adecuada para dar cuenta del derecho: el gran decisionista de la época de Weimar considera sólo a esa teoría como una parte del positivismo del siglo XIX. Aparentemente, Schmitt había advertido la diferencia entre las decisiones del presidente Hindenburg, acotado por la Constitución de Weimar, y las decisiones de Hitler, que no aceptaba estar acotado por norma alguna. Pero si el derecho no se explica ya en base a las decisiones del soberano, y tampoco la idea central consiste en las relaciones entre el estado, el movimiento y el pueblo, ¿sobre qué rasgos se basa entonces la descripción de derecho nazi? Sobre el extraño rasgo de los órdenes concretos.

Todo jurista, dice Schmitt, concibe al derecho como una regla, como una decisión o como un orden concreto; el pensamiento aristotélico-tomista del medioevo, por ejemplo, es un pensamiento de orden. El concepto de orden determina así el concepto de derecho, porque el orden no es una regla, o un agregado de reglas, sino que la regla es un componente del orden. El derecho no significa regla, ley o norma, sino —sobre todo— orden. El concepto de “juez”, por ejemplo, es un concepto del orden, el que indica una autoridad competente, la cual es miembro de un orden de autoridades. La norma no produce el orden, sino que tiene una función reguladora en el marco de un orden⁴⁷.

Hay áreas de la vida, entonces, que se forman institucionalmente, y cuya sustancia jurídica deriva sólo de un orden interior, el cual no es la suma de sus regulaciones, y cuyos ejemplos pueden ser los miembros de una familia, o de

⁴⁶ CARL SCHMITT, *On the Three Types of Juristic Thought*, Praeger, Westport, Conn., 2004, pág. 45.

⁴⁷ SCHMITT, *On the Three Types...*, cit., págs. 43, 48 y 51. RUTHERS, cit., pág. 199.

un clan, los funcionarios en un estado, o los clérigos en una iglesia. Schmitt es terminante: o el legislador acepta ese orden, o destruye la institución⁴⁸. Las reglas representan, así, el instrumento del orden jurídico. La idea de orden como prerrequisito de una decisión, piensa Schmitt, proviene de una antigua tradición cristiana, en la cual el derecho natural aristotélico-tomista es un orden viviente unificado, y el estado sólo aparece cuando colapsan los órdenes medievales, pero —piensa Schmitt— el pensamiento del orden concreto nunca cesó de existir de Alemania. La certeza institucional de la iglesia católica, por caso, siempre determinó la realidad de la vida jurídica, y Lutero defendió por su parte los órdenes internos del matrimonio, de la familia, de la persona y del oficio. Schmitt sostiene que el Código Prusiano de 1794 también legisló en términos de órdenes, en términos de iglesia, familia y matrimonio, por ejemplo e incluso la legislación laboral posterior a la Primera Guerra Mundial demostró la fuerza continuada del pensamiento del orden al distinguir entre “contrato” y “acuerdo”⁴⁹.

El pensamiento jurídico, pues, se expresa sólo en conexión a un orden concreto y total, y la sociedad misma está ajustada a un gran orden total. Hasta aquí, como puede verse, nos estamos moviendo en un terreno histórico y académico, sin referencias políticas. Pero estamos en 1934, los nazis están en poder, y el que escribe es Carl Schmitt, de donde podíamos esperar que las cosas cambien, y lo hacen. El próximo ejemplo de orden que aparece en el libro consiste en el axioma de que la verdad, la disciplina y el honor no se pueden separar del liderazgo, de donde, para hacer justicia a la naturaleza jurídica del juramento de lealtad, este debe interpretarse como lealtad absoluta al Führer⁵⁰. Es curioso que lo que ahora se puede interpretar como un obstáculo para identificar el carácter de derecho de las normas nazis para Schmitt —en cambio— sea una condición necesaria para concebirlas adecuadamente como derecho.

A partir de aquí comienzan en el libro los ejemplos nazis. Schmitt elogia las cláusulas generales en el derecho, que introducen conceptos indeterminados de todo tipo, así como criterios extralegales. Celebra que conceptos como “buena fe” y “decencia usual” no sean ya conceptos individualistas sino ligados a los intereses de toda la nación; con el cambio de significado el piensa que “todo el derecho cambia en la realidad sin que sea necesario cambiar una sola ley positiva”, y elogia incluso la introducción de los “hechos indefinidos de un caso” en el área del derecho penal. En los campos del derecho constitucional y administrativo enfatiza el principio de liderazgo, y afirma que conceptos tales como lealtad, disciplina y honor sólo

⁴⁸ SCHMITT, *On the Three Types...*, cit., pág. 54.

⁴⁹ SCHMITT, *On the Three Types...*, cit., págs. 54, 57, 60, 73 75-76 y 81.

⁵⁰ SCHMITT, *On the Three Types...*, cit., págs. 73, 78 y 83.

pueden entenderse en términos de un orden concreto⁵¹.

Al final del trabajo, llegan también directamente los elogios partidistas. Schmitt dice que solamente ha presentado una vista sumaria para que “se pueda reconocer el significado profundo y decisivo del nuevo concepto de juristas que el Nacional Socialismo ha introducido en Alemania”, imagen a la cual todos deberían prestar atención, puesto que ha reemplazado al positivismo. Estos, expresa Schmitt, son los conceptos en los que se basa la Liga Nacional Socialista de Juristas Alemanes, así como lo hace la parte del movimiento nazi que se ocupa del derecho alemán, nucleada en la Academia de Derecho Alemán. El líder, según Schmitt, era en este caso el Ministro de Justicia y presidente de la Academia, Hans Frank, el cual sostenía que la tarea de los juristas alemanes, la que se ajustaba al espíritu alemán, debía estar guiada “por las necesidades de la situación concreta”⁵².

Señalaba Schmitt que el cambio en el modo de pensar la teoría del derecho estaba ligado al cambio en la estructura del estado: ya no existía una separación entre el estado y la sociedad, sino un sistema tripartito de estado, movimiento y pueblo. (Esta es la única referencia importante a su teoría anterior) Lo decisivo es que el estado ya no tenía el monopolio de lo político, sino que era solamente un órgano del Führer del movimiento⁵³. Esta descripción de Schmitt es uno de los fundamentos de mi escepticismo sobre la existencia misma del derecho nazi.

Para dar cuenta de esta nueva situación, él sostenía la necesidad de la teoría del orden concreto, para mensurar las nuevas condiciones económicas e ideológicas, así como la nueva forma de la comunidad; esta, pensaba, es una etapa de transición a un nuevo tipo de pensamiento jurisprudencial⁵⁴. (La manera de describir las cosas por parte de Schmitt fuerza a repetir en un mismo párrafo cuatro veces la palabra “nuevo”, para permanecer fiel a su relato). Como puede verse, Schmitt no dota de ninguna precisión a la idea del orden concreto, salvo para destacar que tiene prioridad sobre las normas jurídicas, puesto que el derecho positivo, para ser real y vinculante, tiene que insertarse en el orden concreto vital, cuya función consistía en limitar, e incluso anular, la validez vinculante de la ley positiva. Ruthers entiende que en la concepción de Schmitt la idea que guiaba a cada orden concreto era el espíritu del nacional socialismo, transformando su ideario en derecho válido: era un modo de modificar el derecho vigente sin participación del legislador⁵⁵. Tal vez Schmitt fue más claro cuando escribió sobre derecho internacional. Allí el orden concreto expresa la unidad de la comunidad humana, basada en la decisión política fundamental de quién pertenece a ella, y en la cual la relación entre el orden en la

⁵¹ SCHMITT, *On the Three Types...*, cit., págs. 90-91 y 94.

⁵² SCHMITT, *On the Three Types...*, cit., págs. 97 y 114.

⁵³ SCHMITT, *On the Three Types...*, cit., pág. 98.

⁵⁴ SCHMITT, *On the Three Types...*, cit., págs. 98-99.

⁵⁵ RUTHERS, cit., págs. 89-91, 94 y 99-101.

comunidad y la tierra que habita es considerada fundamental⁵⁶.

¿Cuál es el balance de este esfuerzo de Schmitt? Bendersky llama la atención sobre el rasgo central de la teoría de Schmitt: es contraria al individualismo. Históricamente, refleja la organización medieval, de acuerdo a grupos sociales, tales como campesinos, burgueses, clero y nobleza, que constituían los órdenes concretos en los cuales las personas vivían y trabajaban. Ellos eran juzgados responsables de acuerdo al orden concreto al que pertenecían, y las reglas derivaban de un orden preexistente. Las reglas, regulaciones y decisiones provenían de un modo de vida intrínseco a esos órdenes, y el derecho debía ser flexible para reflejar una cambiante realidad social. Schmitt quería destacar que había surgido un nuevo tipo de pensamiento jurídico, y apuntar a la dirección general a la cual se encaminaba, pero sin expresar su opinión acerca de los órdenes concretos, y sin aportar ejemplos relevantes contemporáneos, creando así una sensación de incompletitud y vaguedad general⁵⁷. Por otra parte, Schmitt no volvió a referirse al tema en su producción futura.

¿Había algo en el nazismo que recordara a las organizaciones medievales? Hay un ejemplo concreto, por lo menos: la ley que regulaba la herencia de las granjas, dictada el 29 de septiembre de 1933. Todas la granjas de una superficie mayor a 125 hectáreas se convertían en hereditarias, estaban exentas de la legislación civil sobre la herencia, y pasaban hereditariamente al hijo mayor, o pariente varón más cercano. Los hijos menores podían pedir recursos a la granja, pero debían prestar servicios en ella. Bien dice Loewenstein⁵⁸ que esto los convertía en una especie de siervos de la gleba, pero estos ejemplos no abundan, y si no abundan, no veo cómo podría describirse al derecho nazi en base a órdenes concretos.

Es posible que Schmitt intentara acotar los poderes del nazismo, y no es imposible —como sostuvieron sus perseguidores en el año 1936— que quisiera subordinar el régimen a la Iglesia Católica, pero como descripción del régimen nazi el libro no parece haber sido un éxito. Los nazis no pensaban —como Schmitt— en órdenes concretos, sino que pensaban —como Hans Frank— en situaciones concretas, y querían resolverlas a su antojo, no solamente respecto del contenido de la resolución sino respecto de la persona que la emitía. Tampoco estaban interesados en el papel del estado, sino que se concentraban en el papel del movimiento. Nuevamente, advierto, esto es lo que dificulta considerarlas como derecho.

Queda por examinar un último intento relevante de Schmitt para retratar al régimen nazi, y a eso voy ahora. También en 1934, Schmitt publica en un órgano nazi

⁵⁶ Cfr. MARTII KOSKENNIEMI, "Carl Schmitt and International Law", en Meierhenrich y Simons, cit., pág. 603.

⁵⁷ JOSEPH BENDERSKY, "Introduction: The Three Types of Juristic Thought in German Historical and Intellectual Context", en *On the Three Types...*, cit., págs. 20, 23 y 30.

⁵⁸ LOWENSTEIN, cit., pág. 799.

su trabajo “Pensamiento Jurídico Nacional Socialista”, concomitante entonces con *Tres Tipos de Pensamiento Jurídico*. En este artículo hay dos partes perfectamente diferenciables: la tesis que ataca y la tesis que defiende.

La tesis que ataca, sin duda, es la aplicación del derecho romano en Alemania, y en esto Schmitt es fiel a la plataforma del Partido Nazi. El 24 de febrero de 1920, en Múnich, los nazis emitieron un programa de 25 puntos, cuyo punto 19 decía: “Exigimos que el Derecho Romano, que sirve al orden mundial materialista, sea reemplazado por un sistema jurídico para toda Alemania”. En esa línea se inscribe aquí el pensamiento de Schmitt.

El derecho romano —dice— se convierte en un sinsentido, en algo escandaloso, en la cosa más peligrosa del mundo, una vez que se lo separa de una realidad concreta y se lleva al orden del pueblo, una vez que la abstracción de sus máximas se convierten en la única sabiduría puramente jurídica y académica. No es un capricho histórico-jurídico contra el que estamos luchando cuando luchamos contra el derecho romano, agrega: luchamos contra un método de pensamiento que todavía rige en las universidades y en la práctica de los juristas, contra un método de pensamiento que es extraño a nosotros, contra un modo de pensar de los juristas que es extraño a nosotros⁵⁹.

Pero recordemos que estamos en la Alemania nazi, y que el que está escribiendo es Carl Schmitt. El ataque al derecho romano se complementa, como era de esperar, con un ataque a los judíos. El punto de vista que él combate, recuerda *fue alentado en el siglo XIX por el hecho de que el influjo del pueblo judío condujo este desarrollo todavía más en la dirección de un modo normativista de pensar el derecho... Este extranjero no pertenece a la realidad del pueblo, a la realidad en la cual vive*⁶⁰.

Ya sabemos a quienes ataca Schmitt, entonces: al derecho romano y a los judíos. ¿Y cuál es la tesis que defiende? En este caso, es similar a la que expone en *Tres Tipos de Pensamiento Jurídico*: la tesis del orden concreto. Pasamos, dice Schmitt, de un tipo de normativismo abstracto a un tipo de pensamiento de orden concreto. En todas partes, agrega, el Nacional Socialismo crea un tipo diferente de orden, empezando por el Partido hasta los numerosos nuevos órdenes: los corporativos, los de las fábricas y sindicatos, órdenes del tipo más diferente. Y él piensa que todos estos órdenes llevan con ellos su propia justicia interna, y cuando una buena porción de los juristas alemanes no lo entiende, no les haría bien refugiarse en el normativismo o en el positivismo. El nuevo orden, enuncia Schmitt, no es un andamio extraño y artificial, carente de sentido y de conexión con la situación: es

⁵⁹ CARL SCHMITT, “National Socialist Legal Thought”, en Rabinbach y Gilman, cit., págs. 135-136.

⁶⁰ SCHMITT, “National Socialist Legal Thought”, cit., pág. 135.

una expresión viva de la realidad presente⁶¹. Reconozco que en este caso Schmitt menciona más ejemplos que en el libro, pero no logra probar que las normas del sistema alemán funcionaran de la manera que él pretendía que lo hacían.

Esta idea no la limita a Alemania, sino que sostiene que alcanza a todos los buenos pueblos del mundo, y a todos los buenos intelectos: todos los pueblos buscan regresar a su suelo, y liberarse de la superestructura artificial de las ideas generales. El esfuerzo del Nacional Socialismo por la justicia y por la academia jurídica alemana, se entusiasma Schmitt, lidera este magnífico proceso de renovación que concierne al mundo entero. Y concluye con la misma grandilocuencia: “¡estamos del lado del futuro!”⁶².

Poco, muy poco, como se ve. La idea difiere algo de la expuesta en *Tres Tipos de Pensamiento Jurídico*, porque en éste los ejemplos de órdenes concretos eran tradicionales, arrancando en la edad media y concluyendo en la familia, mientras que aquí el nuevo orden nazi parece haber engendrado también nuevos órdenes. Tengo la impresión de que, incluso en 1934, estas ideas no convencían a nadie que no fuera nazi. Pero la pregunta interesante es esta: ¿convencían a los nazis, por lo menos?

IX. Schmitt polemiza con los juristas nazis

32

No, no los convencía. Simplemente, porque Schmitt describía al derecho que él quería que los nazis tuvieran, no al derecho que los nazis tenían, y querían tener. Por una parte, había una desconfianza generalizada respecto de Schmitt por parte de aquellos juristas que habían sido activistas nazis antes de la llegada de Hitler al poder, lo cual no era obviamente el caso de Schmitt, notorio opositor al nazismo por lo menos hasta 1932, y afiliado recién en mayo de 1933, cuando ya Hitler era canciller. Por otra parte, Schmitt insistía en retener un papel para el estado, tal vez el papel preponderante, mientras que los juristas nazis querían un estado subordinado al movimiento, y asignaban más valor a sus ideales revolucionarios que al diseño estatal; esto explica, aunque sólo en parte, la polémica de Schmitt con Koellreutter, como veremos. Y Schmitt era un constitucionalista, mientras algunos nazis eran renuentes a todo intento constitucional, o favorecían intentos oscuros. Schmitt se dio cuenta de sus propias carencias, y en 1936 comenzó a abogar por la preponderancia del principio racial y por la prioridad del partido, y a sostener que el estado era solo un medio para realizar la ideología nacional socialista⁶³, al par de exacerbar su antisemitismo. Entonces aparecen frases tales como “sería totalmente irresponsable citar a un autor judío como experto, o como una suerte

⁶¹ SCHMITT, “National Socialist Legal Thought”, cit., pág. 136.

⁶² SCHMITT, “National Socialist Legal Thought”, cit., pág. 137.

⁶³ RUTHERS, cit., pág. 153.

de autoridad en cualquier campo”, porque “el judío no tiene nada que decirnos a nosotros”, ya que “el judío es un parásito, táctico y mercantil”⁶⁴, pero ya era tarde.

Entre los juristas nazis rivales de Schmitt, Freisler, por ejemplo, abogaba por un estado antiformalista, basado en una concepción biológica del pueblo entendido como una entidad orgánica, natural e inmediatamente dada, sin especificar muy claramente —sin embargo— en qué consistía esta idea. Pero no era la idea de Schmitt, por cierto, ya que Freisler criticaba el término “estado total” como inadecuado para el nazismo, puesto que “tendía a elevar al estado a un fin en sí mismo”⁶⁵. Nuevamente, este es el rasgo que dificulta considerar a las normas nazis como derecho.

El principal rival de Schmitt, sin embargo, era Otto Koellreutter, quien creía —como Schmitt— en los principios básicos de nazismo: el principio del Führer y el de la unidad de la raza del pueblo alemán. La comunidad, para Koellreutter, se definía en términos del pueblo, y el pueblo formaba la base para la existencia del estado. La comunidad existía antes que el Führer, pero —a su vez— el Führer creaba a la comunidad al hacerla consciente de sus necesidades raciales. La autoridad era el resultado del liderazgo consciente de su responsabilidad, y de la disciplina de quienes estaban por debajo: era, como se ve, el resultado de unas cualidades que provenían de la mentalidad del soldado⁶⁶.

Koellreutter creía en el estado de derecho, pero también creía que la situación política concreta podía sobrepasar el valor de la seguridad jurídica en casos de emergencia. Si bien el valor primario del derecho consistía en asegurar nuestro orden de vida, el estado de emergencia se convertía en algo normal, conformando la seguridad jurídica nacional. Koellreutter creía, entonces, en el “estado dual”, y criticaba la teoría de Schmitt sobre el poder del estado, la que encontraba empantanada en el liberalismo, con el poder opuesto al individuo y donde la política distinguía entre amigo y enemigo, en lugar de reflejar la integración en una comunidad nacional. Para terminar de diferenciarse de Schmitt, Koellreutter dejó de hablar de “estado nacional de derecho” y pasó a hablar de “estado nacional-socialista de derecho”, en el cual el derecho ya no protegía la posición jurídica aislada de un individuo⁶⁷. Pero se negaba a reemplazar al estado por la comunidad, e insistía en que destruir la idea liberal francesa del estado no implicaba destruir la idea misma del estado⁶⁸.

⁶⁴ Cfr. CARL SCHMITT, “German Jurisprudence and the Struggle against the Jewish Spirit”, en Rabinbach y Gilman, cit., págs. 216-217.

⁶⁵ PETER CALDWELL, “National Socialism and Constitutional Law”, *Cardozo Law Review*, vol. 16, 1994, págs. 405 y 424.

⁶⁶ CALDWELL, cit., pág. 409.

⁶⁷ CALDWELL, cit., págs. 412-414, 418 y 425.

⁶⁸ RONALD CAR, “Community of Neighbours vs Society of Merchants: The Genesis of Reinhard Höhn’s Nazi State Theory”, *Politics, Religion & Ideology*, vol. 16, n° 1, 2’14, pág. 8.

Koellreutter no logró convencer a los nazis, es cierto, pero el destino de Schmitt fue todavía peor: no solamente no los convenció sino que fue atacado por ellos. El 3 y el 10 de diciembre de 1936 el órgano oficial de las SS publicó artículos en contra de Schmitt, acusándolo de católico, antinazi y oportunista, y el 18 de diciembre de ese año Reinhard Höhn envió una carta al líder de los estudiantes diciendo que Schmitt “no era más tolerable”. Todo esto lo condujo a perder sus posiciones oficiales, menos su cargo docente. Schmitt quería describir al nazismo como derecho, pero los nazis rechazaban airadamente la versión de Schmitt.

Como ocurre en todo extremismo, la posición que triunfó en la polémica fue una tercera, la cual era —obviamente— la posición más extrema: su autor era precisamente Höhn. A diferencia de Schmitt, caído en desgracia en 1936, aquí tenemos a un hombre exitoso con los nazis, promovido en los rangos de la SS y condecorado con la cruz al mérito en 1942, que sabía interpretar los deseos y las intenciones de los nazis. Fiero opositor a Schmitt, salvo en sus comienzos, Höhn objetaba también la posición de Koellreutter porque ésta seguía presuponiendo la separación entre el estado y el pueblo, separación que consideraba impensable en el régimen nazi. En una unidad de un regimiento, decía, no hay un problema de ajuste de los individuos frente a la sociedad, o de la seguridad jurídica del individuo frente a la sociedad. Cada uno es un miembro de la comunidad y es portador del espíritu de la comunidad⁶⁹. Una vez que se aceptan como principios básicos de la idea global de la vida del estado a la comunidad y al liderazgo, decía Höhn, el estado como persona jurídica pierde su significado⁷⁰.

Höhn se concentraba únicamente en dos cosas, y estas eran la comunidad racial y el Führer; los académicos del derecho tenían el deber de explicar a qué equivalía esta comunidad unificada. Para ello, sugería, había que abandonar todas las viejas categorías: soberanía, derechos públicos subjetivos, persona jurídica y comunidad jurídica. La teoría constitucional nazi debía rechazar completamente la tradición de la investigación constitucional, repensándola desde la base del principio del Führer y de la igualdad racial; la teoría constitucional vigente hasta la época, había concluido⁷¹. Él no rechazaba la teoría de Schmitt de los órdenes concretos, pero abogaba por sustituir la soberanía del estado por la relación entre el líder y sus seguidores, lo cual requería un derecho basado en un “lazo espiritual”, en lugar de basado en procedimientos formales. Creía también que para ser miembro de una comunidad de derecho uno debía ser miembro de la comunidad del pueblo, de modo que el derecho no protegía a los excluidos de esa comunidad, lo cual —desde

⁶⁹ CALDWELL, cit., pág. 426.

⁷⁰ CAR, cit., pág. 18.

⁷¹ CALDWELL, cit., pág. 427.

luego— reflejaba las preferencias y aspiraciones de los nazis⁷².

Reflexionemos un momento acerca del alcance de la propuesta de Höhn. Su idea acerca del estado prescindible implicaba eliminar la totalidad de los conceptos que manejaba el derecho constitucional, y hubiera tenido consecuencias similares en el ámbito del derecho privado. Tanto advertía Höhn estas consecuencias que proponía suspender por un año la enseñanza del derecho⁷³, puesto que ya no había nada para enseñar. Pero después del año, y esto es lo que Höhn se negaba a percibir, tampoco quedaba nada de derecho, sino un conjunto de caprichos coercitivos que provenían de distintas fuentes. Göering, en la cita que aparece en el epígrafe de este trabajo⁷⁴, comprendió bien el nulo papel del derecho bajo el nazismo. Höhn quiso adaptar el derecho constitucional al nazismo, pero no advirtió que en realidad estaba destruyendo el derecho constitucional.

Él rechazaba el interés por el concepto de estado y consideraba reaccionaria cualquier defensa basada en normas jurídicas: la persona jurídica del estado quedaba reemplazada por el concepto de “comunidad”. El pueblo y la comunidad tenían primacía respecto del concepto de estado, de donde no había lugar para normas jurídicas con poder de obligar, o para principios acordes con el estado de derecho. También en el derecho internacional Höhn quiso eliminar todos los elementos vinculados al estado⁷⁵. Me parece que cuando se examina el pensamiento de Höhn queda en claro que no era posible una descripción jurídica del régimen nazi.

Otro rival de Schmitt fue Helmut Nicolai, un nazi de la primera hora que trabajaba en las propias oficinas centrales del partido. Poco antes de la toma de poder por parte de los nazis, Nicolai intentó una explicación acerca de la teoría del derecho del movimiento, que él denominaba “teoría jurídica conforme a la ley de la raza”. El derecho debía ajustarse a la ley vital, en la cual el condicionamiento racial constituía el fundamento del derecho: esto implicaba la creación de un derecho para el pueblo alemán, cuyo contenido debía ser alemán y adecuado a la esencia alemana. El enemigo de esta cruzada era el derecho romano, causa de que el pensamiento judío hubiera sometido a su influencia la doctrina jurídica alemana, permitiendo que la judaización se apoderara de la vida cultural y jurídica. Para Nicolai, por ejemplo, un matrimonio sólo podía ser tal si los cónyuges eran de una misma sangre, o raza, pues esto era lo que exigía la conservación de la clase. Las limitaciones matrimoniales evitaban un cruzamiento que importaría el aniquilamiento de la valiosa masa hereditaria del pueblo. El derecho sólo podía ser impuesto por los arios, únicos autorizados a desempeñar la función de jueces,

⁷² CAR, cit., págs. 19-20.

⁷³ CALDWELL, cit., pág. 427.

⁷⁴ Que aparece en RUTHERS, cit., pág. 131.

⁷⁵ INGO J. HUECK, “Spheres of Influence and Volkisch Legal Thought: Reinard Höhn’s Notion of Europe”, en Jeorges y Ghaleigh, cit., págs. 76 y 82.

legisladores o conductores de la comunidad. También el derecho penal estaba enraizado con la idea básica de la raza, de modo que cuando alguien demostraba con sus hechos ser un degenerado, era separado de la comunidad de valores de la ley vital de la raza, ya que si un pueblo mantenía económicamente a los insanos y los disminuidos físicos y mentales, al par de proteger al criminal, sería cada vez más deficiente y peor: un derecho penal es menos útil cuanto menor sea su acción exterminadora de criminales infames⁷⁶.

Un fanático, ¿verdad? No en la cantidad suficiente, sin embargo. Como escribía antes de que los nazis gobernaran, Nicolai hacía prospectiva jurídica, y explicaba lo que él creía que los nazis iban a hacer cuando gobernaran, pero no acertó en todas sus predicciones. Entendió bien que el “el nacional socialismo no es sólo un partido, sino que es más, muchísimo más que eso, pues se trata de un movimiento”, pero insistió demasiado con la idea del derecho. Así, habló de la tradición alemana según la cual el derecho es simplemente lo correcto, que se generaba en un mundo de sentimientos de la misma naturaleza, que conservaba la conciencia jurídica y servía para la conservación de la vida de una categoría, que era lo más sagrado que un pueblo posee, expresión y vida de una idea ética⁷⁷. Demasiado papel para el derecho, pensaron los nazis una vez que llegaron al poder, y privaron pronto de su influencia a Nicolai.

36

Para reforzar mi explicación acerca de la posición de los nazis, quiero aclarar que no tengo problema alguno en considerar al fascismo como derecho. Desde ya —como liberal que soy— su contenido me parece aborrecible, pero —como positivista que soy— no hago depender el carácter de derecho de su contenido, y a forma del derecho fascista respetaba por lo general las exigencias de Fuller. Pero lo más importante, y lo que deseo destacar aquí, son las diferencias de contexto entre el nazismo y el fascismo. En el nazismo, como vimos, el movimiento desplazaba al estado, lo que no ocurría en el fascismo. En este último, el partido era principalmente un instrumento de propaganda para el régimen, y muchos de sus integrantes revistaban en el estado. Precisamente, lo que le importaba al fascismo era el estado, como lo muestra la conocida frase de Mussolini en el discurso pronunciado en La Scala de Milán en el año 1925: “Todo en el Estado, nada fuera del Estado, nada contra el Estado”, quien ya en su discurso ante el Senado del 24 de junio de 1934 había afirmado: “¡Dejemos que el estado de derecho se afirme aún más!”. El fascismo creía en el estado total, y en el estado total no hay inconveniente alguno para identificar al derecho. Por supuesto que no estoy defendiendo la terrible dictadura fascista, demostrada ampliamente en los hechos. Sólo digo que el lenguaje

⁷⁶ HELMUT NICOLAI, *La teoría del derecho conforme a la ley de las razas*, Santiago, Chile, Ediciones Olejnik, 2020, págs. 17-18, 20, 23, 28, 30, 33, 42, 50, 66 y 69.

⁷⁷ NICOLAI, cit., págs. 20, 24, 48, 51 y 79.

y la organización de los fascistas permitía identificar a sus normas como derecho, y esta conclusión se aplica tanto al fascismo temprano cuanto al fascismo posterior a 1933. El nazismo era otra cosa, puesto que creía en el movimiento total, y allí no se puede identificar al derecho: su base no estaba en el estado, sino en la unidad racial y biológica del pueblo⁷⁸. Los caprichos justificados por la identidad racial, que incluían actos del Ejecutivo, del Legislativo y del Judicial, tampoco se pueden reconstruir como derecho. Schmitt y Koellreutter eran juristas, y trataron de seguir pensando en términos jurídicos, pero el resultado fue un fracaso. El nazismo pensaba en otros términos, pensaba como lo hacían Frank, Rosenberg, Höhn, y —en alguna medida— Nicolai entre otros, y allí no hay lugar para el derecho. E incluso un fanático como Frank cometió sus errores: en agosto de 1942 Hitler lo privó de alguno de sus cargos, luego de que Frank pronunció una serie de conferencias en universidades alemanas, mostrando preocupación por el estado de derecho en el Tercer Reich, mientras Nicolai —como anticipé— fue perseguido desde 1936⁷⁹.

En realidad, la carrera de Schmitt es paradójica. Él siempre tuvo con la Constitución de Weimar una relación ambigua, que osciló entre la sospecha, la indiferencia y la hostilidad, y —sin embargo— las mejores producciones de su tarea las desarrolló comentando esa Constitución. La gran teoría decisionista (*Political Theology*, 1922), el fino análisis del poder constituyente (*Constitutional Theory*, 1928), y el sutil examen del dictador supremo y el dictador soberano (*Dictatorship*, 1921), son todos estudios de la época de Weimar. Para encontrar otras obras de calidad hay que remontarse al período previo a Weimar (*Statute and Judgement*, 1912, y *The Value of the State and the Significance of the Individual*, 1914), mientras que sus libros del período nazi son trabajos para el olvido (recordemos solo a *State, Movement and Folk*, para no insistir con la defensa de Hitler en relación a la masacre de los SA), que no convencieron a los nazis, destinatarios de ellos, porque su propio autor no estaba convencido de sus tesis. La fama de Schmitt se generó entre 1912 y 1933, y se empañó sin duda a partir de ese año.

X. Balance

La polémica que mencioné al comienzo de este trabajo nació mal encarada. Hart quería separar al derecho de la moral, como todo positivista, y Fuller exigía que el derecho tuviera un cierto contenido moral, pero no de la manera que requerían los iusnaturalistas: él pretendía que se respetaran ciertas consideraciones básicamente eficientistas. Cuando surge el ejemplo del derecho nazi, las dificultades de la polémica Hart-Fuller se hacen evidentes: Hart piensa que es derecho, porque el

⁷⁸ RUTHERS, cit., pág. 103.

⁷⁹ PHILLIPPE SANDS, *The Ratline*, London, Weidenfeld and Nicolson, 2020, pág. 94.

contenido inmoral de ese derecho no afecta su clasificación, y Fuller queda reducido en su posición al caso, no muy frecuente, de las leyes retroactivas nazis, porque la mayoría de las normas nacional socialistas cumplen con los otros recaudos de Fuller. (Aunque enseguida veremos que el conjunto de normas nazis no alcanza a satisfacerlos, lo que contribuye a mi tesis de que no había derecho en el nazismo: Fuller solo no es suficiente, pero la idea de Fuller ayuda).

Si Hart hubiera polemizado directamente con Radbruch, entonces la discusión hubiera sido la clásica entre positivistas y iusnaturalistas, la discusión acerca del contenido de las normas. Yo hubiera estado de acuerdo con Hart, y si esto hubiera sido todo, no tendría problema alguno en decir que existió un derecho nazi. Pero esto no era todo.

El nazismo se caracterizó por una suma de grandes confusiones. El estado se confundía con el movimiento, y el segundo era superior al primero. El contenido explícito de las normas se confundía con la voluntad del Führer, y la segunda primaba sobre el primero. Las decisiones de los tribunales de justicia se confundían con las decisiones de los funcionarios públicos, y las segundas eran superiores a las primeras. Las leyes y los decretos se confundían con la plataforma del movimiento nazi, y la segunda era superior a las primeras. Veamos, por ejemplo, la descripción que proporciona Sands del ejercicio del poder en Galizia por parte de los nazis: “El Gobierno General estaba dividido en dos partes: una era conducida por Hans Frank, el gobierno civil; la otra por el gobierno de la SS, bajo el control de Heinrich Himmler y sus secuaces. Dos gobiernos paralelos, con responsabilidades separadas”⁸⁰. Los nazis perseguían, sin duda, el ejercicio ilimitado del poder, lo que explica su falta de interés, e incluso su desconfianza, en el derecho. Todos los guardianes del derecho debían adherir a la ideología nazi, y lo que restaba del estado quedaba liberado de toda atadura frente a sus ciudadanos, mientras el programa del movimiento era elevado a la categoría de programa jurídico⁸¹. Y la desorganización era el rasgo central de la administración nazi, bien descrita por Stolleis:

*Como ya no había ninguna discusión parlamentaria de la nueva legislación, y puesto que las nuevas leyes eran sancionadas por los ministerios, todo el control estaba ahora en las manos de la burocracia ministerial, la que frecuentemente encontraba frustrados sus propios fines por las órdenes provenientes de los distintos centros de poder del Partido Nacional Socialista. La nueva legislación tomó de sorpresa al público y al mundo académico por igual*⁸².

⁸⁰ SANDS, cit., pág. 39.

⁸¹ RUTHERS, cit., págs. 70, 74 y 79.

⁸² MICHAEL STOLLEIS, “Reluctance to Glance in the Mirror: The Changing Face of German Jurisprudence After 1933 and Post 1945”, en Jorges y Ghaleigh, cit., pág. 11.

Fue Fraenkel quien entendió con claridad el carácter caótico del nazismo, con un poder absoluto ejercido por su líder, donde la jurisdicción de los funcionarios del partido y del gobierno era flexible, al no estar sujeta a regulaciones generales, con órdenes inaccesibles para la ciudadanía y que podían ser cambiadas en cualquier momento⁸³. Dijo que no había regulación jurídica de los organismos oficiales, que

*la esfera política en el Tercer Reich no es gobernada ni por el derecho objetivo ni por el subjetivo, ni por garantías legales ni por cualificaciones jurisdiccionales. No hay reglas jurídicas que gobiernen la esfera política. Ella está regulada por medidas arbitrarias, en las cuales los funcionarios dominantes ejercen sus prerrogativas discrecionales*⁸⁴.

Fraenkel, de todos modos, pensaba que el Tercer Reich estaba compuesto por dos estados, uno que regía las cuestiones políticas, junto con el sistema de gobierno, y el otro compuesto por un cuerpo administrativo que intentaba preservar el orden jurídico: al primero lo denominaba el Estado de las Prerrogativas y al segundo el Estado Normativo, constituyendo ambos lo que él llamaba el “estado dual”. Si esto fuera correcto, el nazismo hubiera tenido un derecho, al menos en ciertas áreas, aquellas áreas que correspondían al Estado Normativo, pero la situación, incluso en la descripción del propio Fraenkel, es más compleja, porque el llamado Estado Normativo era por completo dependiente del Estado de las Prerrogativas, incluso respecto de los límites de sus funciones. El Estado de las Prerrogativas se rehusaba a aceptar límites jurídicos, y todo el sistema jurídico se había convertido en un instrumento de las autoridades políticas: allí donde el Estado de las Prerrogativas requería el tratamiento político de cuestiones privadas, el derecho quedaba suspendido. El poder de policía quedaba exento de toda restricción legal⁸⁵.

Acepta el propio Fraenkel que la jurisdicción del Estado de las Prerrogativas no estaba jurídicamente definida, y que la existencia misma del Estado Normativo no dependía del derecho, sino de las ideas Nacional Socialistas que penetraban completamente al estado, de donde no existía ningún tema en el cual el Estado de las Prerrogativas no pudiera reclamar jurisdicción⁸⁶. Pero si esta era la situación existente, entonces el supuesto Estado Normativo se encontraba totalmente controlado por el Estado de las Prerrogativas, sin facultades para oponerse a este último y sin límites precisos para invocar en su favor. ¿Qué sentido tiene, entonces, hablar de un “estado dual”, con uno de sus dos miembros a completa merced del otro? ¿Y qué sentido tiene denominar “estado” al llamado Estado de las Prerrogativas, si no es más que un conjunto de caprichos revestido de las formas

⁸³ FRAENKEL, cit., págs. 6-7.

⁸⁴ FRAENKEL, cit., pág. 3.

⁸⁵ FRAENKEL, cit., págs. xiii, 43, 58 y 62.

⁸⁶ FRAENKEL, cit., págs. 57 y 71.

de la plataforma nazi? Fraenkel no está describiendo dos estados, en realidad, sino la ausencia de estado.

Neumann comparó con acierto al nazismo con la descripción hobbesiana de la Inglaterra del Parlamento Largo: un no-estado, una situación caracterizada por la completa ausencia de derecho⁸⁷.

Ya he dicho que si hubiera habido un estado total, como en el caso del fascismo, la situación hubiera sido más clara, pero había un movimiento total, no un estado total. Un estado que muchas veces ignoraba sus propias normas: cuando venció el plazo de vigencia de la ley del 24 de marzo de 1933 que autorizaba al Poder Ejecutivo a dictar leyes, lo cual ocurrió el 1 de abril de 1937, el Parlamento la prorrogó por otros cuatro años, luego de lo cual Hitler ni se molestó en mencionarla... y siguió dictando leyes. Ya el 1 de agosto de agosto de 1934, al morir Hindenburg, había unificado los cargos de canciller y presidente. En el fascismo había derecho, y en el apartheid había derecho, pese a sus contenidos inmorales, pero el nazismo es un caso único en este aspecto.

La prioridad del movimiento sobre el estado se muestra en un hecho simbólico cuya importancia no puede ignorarse: la bandera. Hitler diseñó la bandera del partido nazi en 1920, y tomó especial cuidado al hacerlo. Como socialistas nacionales, dijo en *Mi Lucha*, “vemos en nuestra bandera nuestro programa. En el rojo, la idea social del movimiento; en el blanco la idea nacionalista, y en la svástica la misión de luchar por la victoria del hombre ario y al mismo tiempo, por el triunfo de la idea del trabajo productivo, idea que es y será siempre antisemita”. La bandera se identificaba entonces con la ideología del movimiento, y esa bandera fue el estandarte cooficial de Alemania, junto con la bandera del imperio, a partir del 14 de marzo de 1933, y el estandarte único del estado a partir del 15 de septiembre de 1935. La bandera alemana era la bandera del movimiento nazi. Por eso, quienes insisten en hablar del estado nazi debe recordar, como lo hace Lepsius, que

*Ese estado no era un objeto adecuado para ser tratado por la ciencia jurídica. Sólo podría ser capturado en términos ideológicos, políticos, filosóficos, espirituales o psicológicos, pero no empleando los recursos del derecho*⁸⁸.

Fuller presuponía la existencia de un estado, lo que no ocurría en el nazismo, y la existencia de órganos del estado con competencia claras y definidas, lo que tampoco ocurría en el nazismo. Con las presuposiciones de Fuller, su argumento no alcanza para negar a las normas nazis su carácter de derecho, pero sin ellas, al agregar los defectos que identifica Fuller, tales como la confusión en las normas y la existencia de normas secretas, mi tesis resulta robustecida Como dije: Fuller no basta, pero Fuller ayuda.

⁸⁷ NEUMANN, cit., pág. 459.

⁸⁸ LEPSIUS, cit., pág. 40.

Veamos algunas caracterizaciones usuales del derecho para compararlas con el Nacional Socialismo. Para no hacer el ridículo, ni siquiera se me ocurre sugerir que las normas del sistema nazi contribuían a hacer justicia, a dar a cada uno lo suyo, o algo semejante. Eran normas monstruosamente injustas, y no es necesario seguir discutiendo el tema. Si arrancamos con Kelsen, entonces, claramente no hay derecho en el sistema nazi: el estado es el derecho, y los nazis se jactaban de haber reemplazado al estado por el movimiento. Si el estado es el estado de derecho, dice Neumann, negamos que el derecho exista en la Alemania nazi. Es imposible, agregaba, detectar en la estructura del sistema político nacional socialista algún órgano que monopolice el poder político, puesto que el poder político descansa en el Líder, que no es un órgano del estado⁸⁹. Él describía la situación de este modo:

Me atrevo a sugerir que confrontamos a una forma de sociedad en la cual los grupos que gobiernan controlan directamente a la población, sin la mediación del aparato racional, aunque coercitivo, conocido hasta ahora como Estado⁹⁰.

Pero, ¿podrían no ser acaso las normas del movimiento el derecho nazi? Contesto con otra pregunta: pero ¿tenía acaso el movimiento el monopolio del uso legal de la fuerza, requisito que también caracteriza al derecho? No lo creo: los funcionarios del partido podían sancionar, los SS podían sancionar, los ministros podían sancionar, ¿pero también los jueces podían sancionar? Eran tantas las fuentes de sanción legal que no puede hablarse de monopolio del uso de la fuerza. No hay estado y no hay monopolio del uso de la fuerza. ¿Podrían las normas nazis equiparse tal vez a órdenes del soberano, respaldadas por amenazas, de acuerdo al criterio benthamita? Si los nazis hubieran aceptado equiparar a Hitler con un monarca absoluto, hubiéramos podido responder que sí, pero siempre se negaron a hacerlo y lo consideraron —de un modo oscuro— un líder que se identificaba con su pueblo y que era la razón de ser de éste. ¿Era realmente Hitler la única fuente de todas las sanciones durante el gobierno nazi? La respuesta a esta pregunta es importante, porque todas esas sanciones eran consideradas legales, y la respuesta no es clara.

Pero, ¿no constituían las normas nazis un motivo para realizar ciertas conductas, o abstenerse de ellas, y no es acaso el derecho una técnica de motivación de conductas? Lo es, por cierto, pero no toda técnica de motivación de conductas es derecho: un asaltante que me amenaza de muerte para obtener mi dinero motiva mi conducta, pero el asaltante no crea derecho; la religión motiva conductas, pero la religión no es derecho.

¿El derecho es lo que los jueces dicen que es, como sostienen los realistas jurídicos? No en el sistema nazi, por cierto, en el cual los jueces recibían órdenes

⁸⁹ NEUMANN, cit., pág. 467.

⁹⁰ NEUMANN, cit., pág. 470.

estrictas acerca del contenido de sus sentencias. Para que la teoría realista tenga sentido, los jueces deben disfrutar de una libertad de acción de la que carecían por completo en el nazismo.

Exploremos entonces otra salida: he dicho que no había un monopolio del castigo legal, ni un monopolio del dictado de normas consideradas legales. ¿No será este un caso de orden jurídico descentralizado, equiparable al derecho internacional? No, por supuesto: no se trata de que el nazismo careciera de órganos, es que tenía demasiados órganos. Desde luego que, como hemos visto, los juristas nazis proporcionaron definiciones del derecho que abarcaban al nazismo, pero no veo cómo podríamos tomarlas en serio. “El derecho es lo que el hombre ario declara que es derecho” ni siquiera puede presentarse como un candidato; la vaguedad unida a la descentralización parecen ser sus rasgos principales, y no puedo dignificarla convirtiéndola en motivo de discusión. “El derecho es lo que es expeditivo para el pueblo” implica que el derecho renunciaría a ser una técnica de motivación: cualquier cosa que alguien —no sabemos quién— considerara expeditiva para el pueblo —incluso retroactivamente y sin publicidad— tendría carácter de derecho. Vuelvo a recordar que los autores de estas dos definiciones, Rosenberg y Frank, fueron condenados a la horca en Nuremberg, aunque no ofrezco este dato como argumento *ad hominem*.

42

¿Y los juristas nazis que sobrevivieron a la guerra sin condenas? ¿No cuentan acaso como académicos del derecho? No fueron condenados, es cierto, pero en parte porque fracasaron en satisfacer las exigencias nazis. Schmitt hablaba de subordinar el estado al movimiento, pero por eso mismo hablaba de estado, y los nazis se disgustaban con el término. Koellreutter hablaba de estado nacional socialista de derecho, y aun así los nazis no lo aceptaban. Aceptaban a Höhn, sí, pero para Höhn sólo existían la comunidad racial y el Führer, no el derecho, tal como existía hasta ese momento. Por las dudas, ya hemos visto que Höhn —que estuvo prófugo al terminar la guerra— sugería suspender los estudios de derecho por un año, hasta que alguien tuviera tiempo de decir qué era eso que estaban construyendo.

Supongo que todavía se puede hacer un último intento: si el movimiento había reemplazado al estado, y las normas del movimiento —su plataforma política, por ejemplo— eran las normas supremas, entonces, ¿no puede decirse que las normas del movimiento constituían el derecho nazi? No lo creo. Los puntos de la plataforma nazi inicial eran moderadamente claros, pero a ellos se agregaban vagos principios nacional socialistas, que no eran especificados con ninguna precisión, a los que —a su vez— se agregaban doctrinas de los juristas nazis, no siempre coincidentes, a lo que —por último y por encima de todo— se agregaba la voluntad del Führer, que podía prescindir de todo lo anterior. Si alguien preguntaba cuál era el contenido de los principios nazis en un momento dado del Tercer Reich, no podía haber una respuesta unívoca a esa pregunta, puesto que no había ningún procedimiento unívoco para determinar el contenido de esos principios, los cuales

—a su vez— provenían de fuentes diversas.

Supongamos entonces que tengo razón, y que no se puede hablar del derecho nazi: el nazismo es un caso único y en ese régimen no había derecho. Todavía debo contestar dos preguntas, y sólo tengo respuesta para una de ellas: ¿qué propósito tiene la tesis que acabo de mostrar? ¿Para qué sirve haber llegado a la conclusión de que en el nazismo no había derecho? Para esto tengo una respuesta, y creo que es adecuada. El nazismo es un fenómeno sociológico, psicológico, moral y político, pero no jurídico. Hay que estudiarlo desde la sociología, la psicología, la filosofía moral y la filosofía política, pero no desde el punto del derecho. Yo estoy contribuyendo a que no perdamos el tiempo orientando mal nuestras investigaciones. Supongamos que alguien piense que se puede hablar del derecho nazi, contra lo que sostuve aquí: aun así yo quiero mostrarle que —en todo caso— no es útil hacerlo. El fenómeno de las normas nazis no se puede estudiar desde la perspectiva jurídica. El papel de Hitler dentro del sistema nazi recuerda la ley de Thelema, anticipada por Rabelais en el siglo XVI y formulada por Aleister Crowley en el XX: “Haz lo que quieras será toda la ley”. ¿Alguien describiría a esto como derecho?. Pretender el encuadre del nazismo dentro del derecho es un error categorial.

La segunda pregunta es esta: si el nazismo no tenía derecho, ¿qué eran sus normas? No lo sé, no tengo respuesta para esta pregunta, y este parecería ser un defecto serio: sé lo que no eran, y no eran derecho. Habría que inventar una palabra que resumiera los rasgos nazis que acabo de describir, aunque más no sea por motivos de eficiencia pero no se me ocurre ninguna adecuada, y no hay que buscarla en el ámbito del derecho. Eran rasgos que exhibían una patología sociológica, psicológica, moral y política, pero no encuentro una palabra que permita describirlos de un modo afirmativo y no negativo. Opto por utilizar la expresión “caos normativo”, a falta de otra mejor. Bernd Ruthers lo describió en el título de uno de sus libros como “derecho degenerado”⁹¹ y el intento tiene sus ventajas y sus desventajas. Por una parte, resalta de manera adecuada los vicios de la normativa nazi, con más énfasis que la expresión “derecho defectuoso”, que hubieran empleado en cambio Finnis y —en algunos casos— Radbruch. Pero por la otra, insiste en el uso de la palabra “derecho”, la que resulta inadecuado emplear —como ya hemos visto— para esa normativa, de donde lo que he intentado mostrar es más “ausencia de derecho” que “derecho degenerado”. Acepto otras sugerencias.

⁹¹ RUTHERS, cit.

XI. Referencias bibliográficas

AGAMBEN, Giorgio, “A Jurist Confronting Himself”, en Jens Meierhenrich y Oliver Simons (eds.), *The Oxford Handbook of Carl Schmitt*, Oxford University Press, 2016.

BALAKRISHNAN, Gopal, *The Enemy*, London, Verso, 2000.

BENDERSKY, Joseph, “Introduction: The Three Types of Juristic Thought in German Historical and Intellectual Context”, en *On the Three Types of Juristic Thought*, Praeger, Westport, Conn., 2004.

CALDWELL, Peter, “National Socialism and Constitutional Law”, *Cardozo Law Review*, vol. 16, 1994, págs. 399-427.

CAR, Ronald, “Community of Neighbours vs Society of Merchants: The Genesis of Reinhard Höhn’s Nazi State Theory”, *Politics, Religion & Ideology*, vol. 16, n° 1, 2014.

CHANNON, Henry, *The Diaries 1918-1938*, London, Hutchinson, 2021.

DWORKIN, Ronald, *Justice for Hedgehogs*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 2011.

EVANS, Richard J., “Coercion and Consent in Nazi Germany”, *Proceedings of the British Academy*, vol. 151, 2007, págs. 53-81.

FARRELL, Martín D, *Enseñando Ética*, Buenos Aires, UP, 2015.

FINNIS, John, “Reflections and Responses”, en John Keowon y Robert George (eds.), *Reason, Morality and the Law*, Oxford University Press, 2013.

FORSTHOFF, Ernst, “The Total State”, en Anson Rabinbach y Sander L. Gilman (eds.), *The Third Reich Sourcebook*, Berkeley, University of California Press, 2013.

FRAENKEL, Ernst, *The Dual State*, Clarck, New Jersey, The Lawbook Exchange Ltd., 2010.

FRANK, Hans, “On the Position of the Judge before National Socialist Law and in the National Socialist State”, en Anson Rabinbach y Sander L. Gilman (eds.), *The Third Reich Sourcebook*, Berkeley, University of California Press, 2013.

FRASER, David, “Perceptions of German Law in Anglo-American Legal Scholarship, 1933-1940”, en Christian Joerges y Navraj Singh Ghaleigh (eds.), *Darker Legacies of Law in Europe*, Oxford, Hart Publishing, 2003.

FULLER, Lon L., “Positivism and Fidelity to Law”, *Harvard Law Review*, vol. 71.

_____, *The Morality of Law*, New Haven, Yale University Press, 1969.

HART, Herbert L. A., “Positivism and the Separation of Law and Morals”, *Harvard Law Review*, vol. 71, págs. 593-629.

_____, Herbert L. A., *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1994.

HESS, Rudolf, “The Oath to Adolf Hitler”, en Anson Rabinbach y Sander L. Gilman (eds.), *The Third Reich Sourcebook*, Berkeley, University of California Press, 2013.

HUECK, Ingo J., “Spheres of Influence and Volkisch Legal Thought: Reinard Höhn’s Notion of Europe”, en Christian Joerges y Navraj Singh Ghaleigh (eds.), *Darker Legacies of Law in Europe*, Oxford, Hart Publishing, 2003.

KADEN, Eric Hans, “The Peasant Inheritance Law in Germany”, *Iowa Law Review*, vol. 20, 1935.

45

KANTOROWICZ, Herman, *The Definition of Law*, Cambridge University Press.

KELSEN, Hans, “Will the Judgement in the Nuremberg Trial Constitute a Precedent in International Law?”, *The International Law Quarterly*, vol. 1, n° 2, págs. 153-171.

KOSKENNIEMI, Martii, “Carl Schmitt and International Law”, en Jens Meierhenrich y Oliver Simons (eds.), *The Oxford Handbook of Carl Schmitt*, Oxford University Press, 2016.

LA FOLLETTE, Charles M., “The Case Against Nazi Jurists”, *University of Georgia Law*, 1948.

LEPSIUS, Oliver, “The Problem of Perceptions of National Socialist Law: Was there a Constitutional Theory of National Socialism?”, en Christian Joerges y Navraj Singh Ghaleigh (eds.), *Darker Legacies of Law in Europe*, Oxford, Hart Publishing, 2003.

LOEWENSTEIN, Karl, “Law in the Third Reich”, *Yale Law Journal*, vol. 45,

págs. 779-815.

MARX, Fritz Morstein, “German Bureaucracy in Transition”, *The American Political Science Review*, vol. 28, n° 3, págs. 467-480.

MASON, Tim, “Intention and Explanation: A Current Controversy about the Interpretation of National Socialism”, en Herausgegeben von Hirschfeld y Lothar Kettner (eds.), *The “Führer State”: Myth and Reality*, Stuttgart, Klett-Cotta, 1981.

NEUMANN, Franz, *Behemoth. The Structure and Practice of National Socialism, 1933-1944*, Chicago, Ivan R. Dee, 2009.

NICOLAI, Helmut, *La teoría del derecho conforme a la ley de las razas*, Santiago, Chile, Ediciones Olejnik, 2020.

RADBRUCH, Gustav, “Ley y derecho”, en Stanley L. Paulson, *La filosofía del derecho de Gustav Radbruch*, Madrid, Marcial Pons, 2019.

_____, “Statutory Lawlessness and Suprastatutory Law”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 26, n° 1, 2006, págs. 1-11.

46 ROSENBERG, Alfred, “The Total State?”, en Anson Rabinbach y Sander L. Gilman (eds.), *The Third Reich Sourcebook*, Berkeley, University of California Press, 2013.

RUTHERS, Bernd, *Derecho degenerado. Teoría jurídica y juristas de cámara en el Tercer Reich*, Madrid, Marcial Pons, 2016.

SANDS, Phillippe, *The Ratline*, London, Weidenfeld and Nicolson, 2020.

SCHMITT, Carl, “German Jurisprudence and the Struggle against the Jewish Spirit”, en Anson Rabinbach y Sander L. Gilman (eds.), *The Third Reich Sourcebook*, Berkeley, University of California Press, 2013.

_____, “National Socialist Legal Thought”, en Anson Rabinbach y Sander L. Gilman (eds.), *The Third Reich Sourcebook*, Berkeley, University of California Press, 2013.

_____, “State, Movement, Folk”, en Anson Rabinbach y Sander L. Gilman (eds.), *The Third Reich Sourcebook*, Berkeley, University of California Press, 2013.

_____, “The Führer Protects the Law”, en Anson Rabinbach y Sander L.

Gilman (eds.), *The Third Reich Sourcebook*, Berkeley, University of California Press, 2013.

_____, *On the Three Types of Juristic Thought*, Praeger, Westport, Conn., 2004.

STOLLEIS, Michael, “Reluctance to Glance in the Mirror: The Changing Face of German Jurisprudence After 1933 and Post 1945”, en Christian Joerges y Navraj Singh Ghaleigh (eds.), *Darker Legacies of Law in Europe*, Oxford, Hart Publishing, 2003.

WEDDERBURN, Ernest A. M., “Criminal Law in the Third Reich”, *The Juridical Review*, vol. 48, n° 4, Diciembre 1936, págs. 373-382.

Ciudadanía y brecha digital¹

Javier Ballina Díaz*

Resumen

En la actualidad asistimos a profundos cambios en la relación entre los ciudadanos y los poderes públicos y, entre ellos, de forma destacada la administración. Dos aspectos coadyuvan especialmente a esa transformación: la denominada nueva gobernanza y la implementación de las nuevas tecnologías. De este modo, no solo cabe plantearse la idea de ciudadanía digital desde la perspectiva del empleo de las TIC, sino también desde el significado mismo de lo que hoy significa ser ciudadano. Sin embargo, a pesar de la evidente contribución de los nuevos medios electrónicos a una mayor realización de la ciudadanía, por ejemplo, en cuanto a las nuevas formas de participación, implica también importantes riesgos de no acometerse de la forma adecuada. Sin duda, uno de esos peligros es la brecha digital, que puede ahondar en las diferencias ya existentes e, incluso, incrementarlas.

Palabras clave: ciudadanía digital, brecha digital, gobernanza participación.

¹ Este trabajo se ha desarrollado en el ámbito de la Cátedra Rafael del Riego de Buen Gobierno y el proyecto “La ciudadanía digital y su reflejo administrativo/Digital citizenship: administrative implications”, ref. TED2021-129283B-I00. Y tiene base en el artículo publicado junto a la Profa. Eva M^a MENÉNDEZ SEBASTIÁN y titulado “Digital citizenship: fighting the digital divide”, publicado en la revista *European Review of Digital Administration & Law*, 2021, Volume 2, Issue 1, págs. 149-155. Además, puede consultarse de los dos autores su libro *Sostenibilidad social y ciudadanía administrativa digital*, REUS, Madrid, 2022.

* Profesor Asociado de Derecho Internacional Público y de las Relaciones Internacionales. Universidad de Oviedo

Abstract

We are currently witnessing profound changes in the relationship between citizens and public authorities, particularly the administration. Two aspects are particularly contributing to this transformation: the so-called new governance and the implementation of new technologies. Thus, the idea of digital citizenship can be considered not only from the perspective of the use of ICTs, but also from the very meaning of what it means to be a citizen today. However, despite the obvious contribution of the new electronic media to a greater realisation of citizenship, for example, in terms of new forms of participation, it also entails significant risks if it is not undertaken in the right way. One such danger is undoubtedly the digital divide, which can deepen existing differences and even increase them.

Keywords digital citizenship, digital divide, participatory governance.

I. Planteamiento

La revolución tecnológica en que estamos inmersos conlleva, sin lugar a dudas, avances fundamentales, pero también riesgos importantes, algunos vinculados a derechos fundamentales que han de ser protegidos. Piénsese en la protección de datos, la intimidad e incluso la dignidad humana. Y es que, como bien ha expresado el prof. De La Quadra-Salcedo, la sociedad digital puede acabar provocando la puesta a disposición de unos pocos de unos instrumentos formidables de poder, dominación y control, incompatibles con los valores y principios superiores de nuestro ordenamiento: la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político².

De ahí la necesidad de que se potencie el uso de las TIC en beneficio de los ciudadanos, pero también que se garanticen los derechos fundamentales³, así como los principios y valores fundamentales de nuestra convivencia, entre los que hay que destacar la igualdad. Un valor, principio y derecho fundamental que ha de ser preservado a toda costa y que ha de ser el faro que guie la regulación y el uso de las TIC.

Esta idea es el punto de partida de este estudio, y no tanto en cuanto al *posthumanismo* y el humano potenciado⁴, donde quizás puede resultar más evidente, sino en el ámbito de la ciudadanía digital y, en particular, de la participación del ciudadano en la vida política, democrática, social y administrativa. Es decir, de lo que se trata es de la igualdad, valor esencial del Estado Social y Democrático de Derecho, en relación con la ciudadanía digital, lo que nos lleva indefectiblemente al tema de la brecha digital.

No obstante, para llegar ahí cabe recorrer previamente un camino más o menos largo, partiendo de una reflexión más general que ya formulara el *Conseil d'État* francés en su estudio anual de 2018, nos referimos a la reflexión sobre “La citoyenneté. Être (un) citoyen aujourd’hui”⁵. Y es que el cambio que se está viviendo

² DE LA QUADRA-SALCEDO T., “Retos, riesgos y oportunidades de la sociedad digital”, en DE LA QUADRA-SALCEDO T. y PIÑAR MAÑAS J. L. (Dirs.), BARRIO ANDRÉS M. y TOIRREGROSA VÁZQUEZ J. (Coords.), *Sociedad digital y Derecho*, BOE, Madrid, 2018, pág. 65.

³ En cuanto a la necesidad de proteger los derechos fundamentales frente al avance de la tecnología y cómo la misma ha influido no solo en el ejercicio de esos derechos sino también incluso en el surgimiento de otros nuevos, cabe remitirse al estudio del Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, La Documentation Française, Paris, 2014.

⁴ En relación con este tema tan interesante resulta obligado remitirse a la obra del prof. RODOTÀ S., “Diritto, scienza, tecnologia: modelli e scelte di regolamentazione”, conferencia impartida en el Congreso *Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato*, Asociación Italiana de Derecho Comparado, Pisa, 22-24 de mayo de 2003, y recogida en las actas del congreso publicadas por la editorial Giapichelli, Turín, 2004, págs. 397-412; o “Del ser humano al posthumano”, en DE LA QUADRA-SALCEDO T. y PIÑAR MAÑAS J. L. (Dirs.), BARRIO ANDRÉS M. y TOIRREGROSA VÁZQUEZ J. (Coords.), *Sociedad digital y Derecho*, BOE, Madrid, 2018, págs. 87-93.

⁵ Conseil d'État, *La citoyenneté. Être (un) citoyen aujourd’hui*, Paris, La Documentation Française, 2018.

en los últimos años en la sociedad no es solo tecnológico, sino que responde a algo más profundo o, cuanto menos, a diversos factores, lo que a su vez enlaza con la llamada nueva gobernanza, buen gobierno y buena administración⁶. Si bien es cierto que el entorno digital ofrece enormes posibilidades para profundizar en la calidad democrática y la toma de decisiones públicas, que deben ser tenidas en cuenta.

Por lo dicho, el esquema que se seguirá en este breve análisis de la ciudadanía digital será descendente, desde qué se entiende hoy por ciudadanía, para pasar al aspecto digital de la misma, para concluir con el problema que en todo ello tiene la brecha digital.

II. ¿Qué es la ciudadanía hoy?

Como recuerda el *Conseil d'État* francés, los hombres y mujeres son seres sociales, la idea de ciudadanía se vincula con el derecho a participar en las decisiones relativas a la comunidad política y, por ende, está en el epicentro de la concepción occidental de la relación entre el individuo y la sociedad⁷.

Sin embargo, en la actualidad asistimos a la exaltación de una serie de principios, como los de transparencia, rendición de cuentas, participación, ética pública ..., que responden a una nueva relación de los poderes públicos con el ciudadano. Este cambio implica importantes transformaciones no solo de funcionamiento, sino de concepción misma de qué es la ciudadanía y de cómo hacerla efectiva, lo que no siempre se ha explicitado, pero que es importante conocer para comprender la razón misma de las transformaciones que se han ido implantando en nuestro entorno.

Para ello cabe traer a colación un concepto manejado hace ya casi veinte años por la doctrina francesa, me refiero al de “ciudadanía administrativa”⁸, puesto que, a nuestro juicio, explica de forma muy precisa e interesante la transformación experimentada en las Administraciones públicas, así como la introducción de la transparencia, la participación y la rendición de cuentas en las mismas. Y respecto del cual el *Conseil d'État* francés incluso da un paso más para hablar de la ciudadanía de la acción pública, que enriquece la ciudadanía política⁹.

A nuestro juicio, resulta relevante la idea de proyecto común a que alude el *Conseil*

⁶ Y no debe olvidarse que, como bien indicara CHEVALLIER J., “Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique”, *Revue du droit public et de la science politique*, 1998, n° 3, p. 659, es bastante obvio que el derecho, como producción social, está obligado a evolucionar en función del cambio social.

⁷ *Conseil d'État, La citoyenneté. Être (un) citoyen aujourd'hui*, pág. 11.

⁸ En relación con este concepto cabe destacar la tesis del profesor DUMONT G., *La citoyenneté administrative*, Université Panthéon-Assas Paris 2, 2002 (HAL Id: tel-01292880, <https://hal.archives-ouvertes.fr/tel-01292880>).

⁹ *Conseil d'État, La citoyenneté. Être (un) citoyen aujourd'hui, op. cit.*, pág. 63.

d'État francés, así como la desigualdad como causa destacada de la desconfianza de los ciudadanos¹⁰, pues, sin duda la solución ha de corregir esa desigualdad y no acentuarla¹¹. Tampoco es menor la importancia de la filosofía de compromiso al servicio de los demás, propia de esta noción de ciudadanía manejada por los franceses¹². Y aunque no podamos detenernos aquí en el concepto mismo de ciudadanía y la transformación que ha sufrido en los últimos años, es preciso lanzar, al menos, esta idea de compromiso, así como que junto a derechos incluye también deberes.

En fin, la ciudadanía desde esta perspectiva se ejerce a través de derechos específicos reconocidos a los ciudadanos en sus relaciones con los poderes públicos –entre los que se encuentra la Administración pública–, así como en todos los procesos consultivos en los que participan los ciudadanos en la elaboración de decisiones públicas. Participación que en la actualidad dispone de diversos instrumentos y en la que ha tenido una clara incidencia la revolución tecnológica, como se dirá en el epígrafe siguiente.

¹⁰ En relación con la cuestión clave de la confianza, cabe recordar que, como bien dijo el prof. GARCÍA DE ENTERRÍA E., *Democracia, jueces y control de la Administración*, Civitas, Madrid, 1996, págs. 102-103, “lo esencial del *trust*, a lo que alude la significación primaria de la palabra, es la confianza, la cual (como ocurre con el mandato en los Derechos romanizados) no se entrega de una vez por todas, sino que ha de mantenerse viva de forma constante y desde la cual pueden dirigirse instrucciones al fiduciario y, eventualmente, revocarlo. Nada más opuesto a esta idea de la confianza o la fiducia que imaginarla como una enajenación de facultades, bien se conciba esa enajenación como perpetua (idea central de las monarquías absolutas, renovada con fórmulas plebiscitarias por las modernas dictaduras), bien como temporal, por el periodo de la legislatura a que se refiere una elección, pasado el cual sale o una ratificación del gestor en ejercicio o un nuevo gestor alternativo, el cual pasaría a ocupar la misma posición formal que el anterior como titular incondicionado del poder. Las elecciones, que son, sin duda, capitales para la democracia, como procedimiento instrumental de la expresión de esa confianza popular, no alcanzan, sin embargo, a absorber la plenitud de ésta, la cual es imprescindible que se mantenga viva durante todo el periodo de gestión, como el nervio que vivifica y anima la actuación de los gestores y, con ella, a todo el sistema democrático”.

¹¹ Nos referimos a ello, porque precisamente el propio *Conseil d'État* francés, en su estudio de 2018, apunta a que la tecnología digital, que tiene el potencial de facilitar y ampliar el ámbito de la participación, tiene, sin embargo, a reproducir los sesgos y desigualdades observados en las consultas realizadas en la esfera administrativa y política tradicional; y además puede dar lugar a nuevos riesgos, como las noticias falsas o la piratería de procesos de consulta o votación en línea, a lo que cabe añadir la brecha digital. Tampoco cabe desdeñar la idea expuesta en el mencionado estudio respecto a la posible contribución de las redes sociales a dividir más que aunar en busca de un proyecto común.

¹² Así, en la idea expuesta por Dominique Schnapper la ciudadanía expresa un estándar de vida en común o convivencia, una comunidad de ciudadanos, de una nación, de acuerdo con los principios democráticos que se encarnan en particular, en Francia, en los tres pilares del lema de la república: libertad, igualdad y fraternidad. Véanse, a este respecto varias obras de la citada autora, como *Quést-ce que la citoyenneté ?*, Folio actuel, n° 75, Gallimard, Paris, 2000; o más recientemente *La citoyenneté à l'épreuve. La démocratie et les juifs*, Collection NRF Essais, Gallimard, Paris, 2018.

III. El paso de la administración democrática a la democracia administrativa: la importancia del concepto francés de ciudadanía administrativa

En este contexto es en el que resulta relevante analizar la transformación experimentada en el seno de la relación de los ciudadanos con la Administración pública. Y ello principalmente por dos razones, de un lado, porque la Administración es uno de esos poderes públicos, y de otro, porque no en vano en la actualidad se habla de ciudadano en el seno de esa relación y no de administrado, usuario o interesado¹³, como hace no tantos años. Lo que, como se verá, supone un profundo cambio, fuertemente vinculado con la concepción misma de la ciudadanía.

En efecto, el paso de la consideración de quien tiene una relación con la Administración o utiliza un servicio público, de administrado o usuario¹⁴ a la idea de ciudadano, ha implicado toda una transformación que se refleja en esa ciudadanía administrativa. De igual modo, es preciso tener en cuenta los cambios operados en la propia concepción clásica de ciudadanía, más apegada a la idea de nacionalidad.

Esa nueva posición que ha ido adquiriendo el ciudadano respecto de la Administración es la que justifica la introducción -desde esta perspectiva de la ciudadanía-, de los principios a que antes nos hemos referido y sobre los que en gran medida pivota la nueva gobernanza. Se trata de una profunda transformación de la relación entre Administración y los ahora ciudadanos, antes administrados, en línea con lo que se ha venido considerando el paso de la administración democrática a la democracia administrativa. El creciente uso de la noción de “democracia en la administración pública” refleja claramente este cambio. Implica la concesión de nuevos derechos para todos los ciudadanos, y también pretende implicarlos en los procesos administrativos en el marco de los mecanismos de deliberación y participación¹⁵.

El tema de la “democracia administrativa”¹⁶ refleja, en efecto, un cambio profundo en la forma en que se concebía tradicionalmente la relación entre “administración”

¹³ Se ha optado por utilizar los términos franceses “administré” y “usager”, dado que no existen desde el plano jurídico figuras equivalentes en el sistema británico, de ahí la dificultad de una traducción correcta al inglés.

¹⁴ Así, como ya advirtiera DONIER V., “Les droits de l’usager et ceux du citoyen”, *RFDA*, nº 1, 2008, p. 13, un primer paso en esta evolución se dio con la idea de usuario, demostrando así una emancipación del administrado respecto a la administración, ya que deja de estar sometido a la acción administrativa y se convierte en su beneficiario.

¹⁵ En palabras de CHEVALLIER J., “De l’Administration démocratique à la démocratie administrative”, *Revue Française d’Administration Publique*, nº 137-138, 2011, págs. 217-227.

¹⁶ Que a juicio de TESTARD CH., *Pouvoir de décision unilatérale de l’administration et démocratie administrative*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, vol. 304, 2018, es entendida como el conjunto de normas que tienden a fomentar la participación de los ciudadanos en la elaboración de las decisiones administrativas

y “democracia”; pues la administración ya no está llamada a ser democrática, sino a convertirse en la punta de lanza y el vector de una reformulación y profundización de la lógica democrática. Sin embargo, no debe perderse de vista en ningún momento que se trata de un complemento de la democracia representativa y no de un sustituto de la misma¹⁷, una participación en el poder que no concluye con el derecho de sufragio sino que se extiende de forma sostenida¹⁸. Además, todo ello conecta con la buena administración¹⁹, en el sentido de eficacia y de mejor toma de decisiones.

El cambio lo apreciamos en diversas normas en que, en efecto, se ha sustituido el empleo del término administrado, interesado o usuario por el de ciudadano, es el caso claro en Francia de la *Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations*²⁰, y más recientemente en España la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas²¹, o la Ley de Contratos del Sector Público de 2017²².

De este modo, al reconocer que el administrado es también un ciudadano, los textos vigentes consideran que la relación administrativa tiene una dimensión cívica. La administración debe proporcionar a los ciudadanos los medios para ejercer su ciudadanía y la relación administrativa es uno de los medios de acceso a la misma. Esto transforma la naturaleza de la relación administrativa, así los

¹⁷ En esta línea apuntan tanto el Conseil d'État, *La citoyenneté. Être (un) citoyen aujourd'hui*, *op. cit.*, p. 14, como CHEVALLIER J., “De l'Administration démocratique à la démocratie administrative”, *Revue Française d'Administration Publique*, *op. cit.*, p. 227; DUMONT G., *La citoyenneté administrative*, *op. cit.*, pág. 367; o DEBAETS E., “Protection des droits fondamentaux et participation de l'individu aux décisions publiques”, *Jurisdoctoria*, n° 4, 2010, p. 175.

¹⁸ Así, como indica OROFINO A. G., *La trasparenza oltre la crisi. Accesso, informatizzazione e controllo cívico*, Bari, Cacucci Editore, 2020, p. 53, la representación y la soberanía popular, que encuentra un modo de expresión a través de ella, no terminan con la manifestación del sufragio, sino que impregnan cada momento de la vida institucional, refractándose en una multiplicidad de situaciones e instituciones que caracterizan profundamente el método democrático. Una administración, por tanto, es democrática si es transparente, y si busca su legitimidad en la confrontación constante con los ciudadanos, y no sólo a través del vehículo electoral, o en el principio de legalidad, que tiene sus fundamentos dogmáticos en la representación política.

¹⁹ Tal y como ha sostenido el Conseil d'État, *Consulter autrement, participer effectivement*, La Documentation Française, Paris, 2011, pág. 92.

²⁰ Hoy debe tenerse en cuenta el *Code des relations entre le public et l'administration*, aprobado por la Ordonnance n° 2015-1341 du 23 octobre 2015 relative aux dispositions législatives du code des relations entre le public et l'administration, *JO*, n° 0248, 25 octobre 2015, p. 19872, texte n° 2, que en cierto modo viene a sustituir el término ciudadano por el de público, tal y como ha puesto de manifiesto PINEL F., *La participation du citoyen à la décision administrative*, Droit, Université Rennes 1, 2018, Français, 2018REN1G020. tel-02498451, pp. 19-20.

²¹ Así, por ejemplo, en la citada Ley se menciona el término ciudadano en veintiún ocasiones y una ciudadana, sin embargo, no se explicita el cambio indicado ni todas sus implicaciones.

²² Por ejemplo, cuando habla en el art. 312 del contrato de servicios con prestaciones directas a la ciudadanía.

ciudadanos tienen derecho a participar en la acción administrativa, tienen derecho a acceder a la administración y la administración debe rendir cuentas ante ellos.

La ciudadanía administrativa así entendida cubre dos realidades: por un lado, debido a la sustitución de términos, todos los derechos del ciudadano pueden considerarse derechos de ciudadanía; por otro lado, se afirma la dimensión cívica de la relación administrativa, como soporte de la ciudadanía política. La ciudadanía administrativa que surge entonces significa que los electores son al mismo tiempo ciudadanos de la administración y ciudadanos en la administración²³. En fin, se trata, por tanto, de hacer efectiva la ciudadanía a través de la participación de los ciudadanos en el poder administrativo por medio de una participación prolongada, hacerla efectiva a través de la relación con la administración.

IV. Ciudadanía digital

Si hemos dicho que el elemento clave de la ciudadanía es la participación en el poder, sea éste a través de derechos políticos o de forma más concreta por medio de la ciudadanía administrativa²⁴, la noción de ciudadanía digital nos lleva indefectiblemente a la idea de esa participación en el poder público a través de medios digitales²⁵.

De este modo, si el paso de la idea de administrado a la de ciudadano ha supuesto una profunda transformación de la relación en las relaciones con la Administración, otro aspecto que ha contribuido al cambio en el modo de relacionarse ha sido, sin duda, la tecnología, que ha incidido significativamente en la iteración social, extendiéndose también a la esfera pública²⁶, baste de ejemplo, la relevancia que la revolución digital ha tenido en las formas de participación. Así, es evidente la confluencia de principios y términos como transparencia, democracia deliberativa,

²³ DUMONT G., *La citoyenneté administrative*, op. cit., págs. 666-667.

²⁴ Así, la doctrina viene entendiendo que, en efecto, uno de los atributos de toda ciudadanía es el derecho a participar en la elaboración de las decisiones administrativas, como han afirmado EVEILLARD G., “La citoyenneté administrative, vecteur de nouveaux droits publics subjectifs des administrés ?”, dans *Les droits publics subjectifs de l’administré*, Association française pour la recherche en droit administratif, Jun 2011, Bordeaux, France, p. 109; o PINEL F., *La participation du citoyen à la décision administrative*, op. cit., p. 20.

²⁵ Para MOSSBERGER K., TOLBERT C. J. and McNEAL R. S., *Digital Citizenship. The Internet, Society and participation*, The MIT Press, Massachusetts Institute of Technology, 2008, p. 1, la ciudadanía digital es la capacidad de participar en la sociedad en línea. Respecto a la definición de la ciudadanía digital véase también GREFFET F. et WOJCIK S., “La citoyenneté numérique. Perspectives de recherche”, *Réseaux*, n° 184-185, 2014/2-3, págs. 125-159.

²⁶ Como principales elementos de este cambio, MANTELERO A., “Ciudadanía y gobernanza digital entre política, ética y derecho”, en DE LA QUADRA-SALCEDO T. y PIÑAR MAÑAS J. L. (Dirs.), BARRIO ANDRÉS M. y TOIRREGROSA VÁZQUEZ J. (Coords.), *Sociedad digital y Derecho*, BOE, Madrid, 2018, pág. 160, señala la comunicación, los servicios en línea y la datificación.

democracia participativa, buena administración, buen gobierno, etc, y las nuevas tecnologías de comunicación e información²⁷.

No obstante, es preciso recordar como que la participación desde la perspectiva de la ciudadanía y, particularmente, de la ciudadanía digital, se viene identificando o relacionando con la democracia administrativa, sin embargo, no es ni mucho menos la única manifestación de la participación, pues la misma responde también a otras funciones. Así, permite al ciudadano participar activamente en la definición del interés general, pero también le permite defender sus intereses particulares. Sirve tanto para mejorar la toma de decisiones como para intentar dotarla de mayor legitimidad²⁸. El ciudadano que participa lo hace desde una pluralidad de condiciones, como interesado, como particular, como integrante de la sociedad civil, a través de un grupo de interés o lobby, etc²⁹. También existe una gran diversidad de instrumentos, desde el procedimiento, la representación de intereses, procesos de referéndum y procedimientos de participación pública³⁰, etc. Y puede hablarse de diversas fases en la toma de decisiones en que esta participación tiene presencia³¹.

El empleo de las nuevas tecnologías para canalizar estas diversas formas de participación es una evidencia, y aunque resultan especialmente idóneas en

²⁷ Así, lo afirma COTINO HUESO L., “Derecho y “Gobierno abierto”. La regulación de la transparencia y la participación y su ejercicio a través del uso de las nuevas tecnologías y las redes sociales por las Administraciones públicas. Propuestas concretas”, *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, Zaragoza, 2013, p. 53, quien apunta a que la noción misma de gobierno abierto nació vinculada a la e-democracia y e-transparencia.

²⁸ Aunque recuérdese que hay autores que entienden que la legitimidad de la decisión administrativa deriva de forma indirecta de ejecutar las decisiones del pueblo, es el caso de DUMONT G., *La citoyenneté administrative*, op. cit., págs. 15 y 212.

²⁹ En definitiva, como señalará ya hace más de treinta años, el Prof. GARCÍA DE ENTERRÍA E., “Principes et modalités de la participation à la vie administrative”, dans DELPÉRÉE F. (dir.), *La participation directe du citoyen à la vie politique et administrative (Travaux des Xlles Journées d'études juridiques Jean Dabin)*, Bruylant, Bruxelles, 1986, 257, los participantes en el proceso de toma de decisiones pueden verse afectados de diversas formas, así, el individuo puede estar asociado a la acción pública como titular de derechos o intereses, como “actor interesado”, pero también como “garante y protector de un valor colectivo”, como “actor desinteresado”.

³⁰ En relación con el tema de la participación, sus funciones e instrumentos, así como las garantías de la misma, cabe destacar la tesis de FLORIAN P., *La participation du citoyen à la décision administrative*, Droit, Université Rennes 1, 2018, NNT : 2018REN1G020. tel-02498451.

³¹ Así, cabe hablar de una primera fase o incluso fase previa, donde se trataría de la fijación de lo que es interés general, donde pueden tener lugar los debates públicos, consultas u otros instrumentos similares, incluso, la iniciativa popular, y que responden más a la idea de deliberación. Sin olvidar tampoco la relevancia de la transparencia, incluso como premisa de la participación más estricta. Luego estaría la participación, en sentido más estricto, en el procedimiento de toma de decisiones, que comprende muy diversas variedades, desde la participación orgánica, hasta el referéndum. Y en una última fase hay que mencionar la participación en sentido amplio a través de la evaluación de políticas públicas o la llamada rendición de cuentas. Piénsese que, como ya sea dicho, la ciudadanía administrativa coadyuva a la extensión de la ciudadanía política.

las primeras³², piénsese en la transparencia, especialmente en cuanto ofrecer información, también pueden utilizarse con mayor o menor intensidad en las diversas fases indicadas de la participación en un sentido amplio, aunque no con siempre existe unanimidad al respecto³³.

Sin duda, las nuevas TIC son una oportunidad para el ejercicio de la ciudadanía, a través de la participación, pues puede aumentar el número de participantes³⁴; sin embargo, también pueden implicar riesgos y amenazas, como favorecer las expresiones unilaterales, los fenómenos de polarización (los ciudadanos sólo navegarían por sitios donde las ideas expresadas son afines a las suyas), así como las expresiones ciudadanas volubles e irrelevantes³⁵. De ahí, que sea relevante el uso que los representantes elegidos por el pueblo hagan de estas nuevas tecnologías para organizar procedimientos participativos institucionalizados³⁶.

Por ello también, es preciso analizar con la profundidad necesaria los diversos instrumentos de participación *on line*, con anterioridad a ponerlos en práctica, cuáles pueden ser sus ventajas e inconvenientes, cómo pueden ser empleados de forma correcta y también conocer qué peligros pueden conllevar³⁷. Pues la variedad de instrumentos de este tipo que pueden ser empleados a lo largo de las diversas fases que implica la

³² Así, recuerda COTINO HUESO L., “Derecho y “Gobierno abierto”. La regulación de la transparencia y la participación y su ejercicio a través del uso de las nuevas tecnologías y las redes sociales por las Administraciones públicas. Propuestas concretas”, *op. cit.*, p. 74, que: “de hecho, hasta hoy mismo, las mejores prácticas mundiales de democracia electrónica se centran en las primeras fases del proceso (mejor y mayor información), nunca en la fase de toma de decisiones”.

³³ Así, por ejemplo, para CARDI Q., *Les normes de la démocratie à l'épreuve de la participation citoyenne numérique institutionnalisée: une étude de l'appropriation du numérique par le politique dans le cadre des processus de participation citoyenne*, Thèse, Philosophie. Université Panthéon-Sorbonne - Paris I, 2018 (HAL Id: tel-02153331 <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-02153331>), p. 24, los procedimientos participativos en línea parecen favorecer un fenómeno de agregación, más que de *deliberación*, lo que significa que las expresiones son paralelas entre sí y que no hay intercambio; mientras que otros autores como WOJCIK S., “Prendre la démocratie électronique au sérieux.: De quelques enjeux et controverses sur la participation politique en ligne”, *La démocratie électronique*, Nov 2009, Besançon, France, (<https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00591937>), p. 11, ven en la herramienta digital un medio para desarrollar la deliberación.

³⁴ Como recuerda CARDI Q., *Les normes de la démocratie à l'épreuve de la participation citoyenne numérique institutionnalisée: une étude de l'appropriation du numérique par le politique dans le cadre des processus de participation citoyenne*, *op. cit.*

³⁵ A este respecto, véanse, entre otros, HINDMAN M., *The myth of digital democracy*, Princeton University Press, 2009.

³⁶ CARDI Q., *Les normes de la démocratie à l'épreuve de la participation citoyenne numérique institutionnalisée: une étude de l'appropriation du numérique par le politique dans le cadre des processus de participation citoyenne*, *op. cit.*, p. 22.

³⁷ Piénsese en las diferencias existentes entre el referéndum, los presupuestos participativos, los debates públicos, las consultas, las encuestas, e incluso el voto electrónico, tanto en cuanto a la posible eficacia, como respecto al grado de participación y/o deliberación e, incluso, la legitimidad de los participantes.

participación en sentido amplio en las decisiones públicas o el llamado gobierno abierto, así como la nueva gobernanza pública, es considerable, por lo que solo un conocimiento profundo de los mismos hará posible el acierto en su utilización³⁸.

Sin duda, se trata de una cuestión compleja, necesitada de reflexión y de una buena regulación, una estrategia que permita aprovechar lo bueno de las nuevas TIC, especialmente la posibilidad de abrir el debate y la participación a todos, sin menoscabar ni distorsionar la democracia representativa sino complementarla, sin vulnerar la ciudadanía sino hacerla efectiva, lo que pasa en primer lugar por un acceso efectivo de todos a esas nuevas vías de participación e incluso una labor de dar a conocerlas y fomentar su uso. Todo ello teniendo claro que el objetivo no es el empleo de las TIC³⁹, sino que a través de las mismas los ciudadanos esperan participar en un gobierno eficaz y eficiente que responda realmente a sus necesidades, en la idea de que cuando la transparencia, la participación y colaboración, así como la rendición de cuentas están presentes⁴⁰, el resultado debe ser un gobierno eficaz, eficiente y responsable, base de un buen gobierno y una buena administración.

V. La necesidad de erradicar la brecha digital: está en juego la ciudadanía

Uno de los riesgos más destacados en el empleo de las nuevas tecnologías por lo que a la participación en el poder se refiere, es, sin duda, la brecha digital. Esta cuestión es de suma relevancia, pues, si como ya apuntamos, una de las claves de la ciudadanía es la igualdad, no puede esta verse atacada con otro elemento

59

³⁸ En efecto, como indica INNERARITY D., “El impacto de la inteligencia artificial en la democracia”, *Revista de las Cortes Generales*, nº 109, segundo semestre, 2020, p. 90, “el modo como configuremos la gobernanza de estas tecnologías va a ser decisivo para el futuro de la democracia; puede implicar su destrucción o su fortalecimiento”.

³⁹ Como bien ha señalado también MARTÍN DELGADO I., “El acceso electrónico a los servicios públicos: hacia un modelo de administración digital auténticamente innovador”, en DE LA QUADRA-SALCEDO T. y PIÑAR MAÑAS J. L. (Dirs.), BARRIO ANDRÉS M. y TOIRREGROSA VÁZQUEZ J. (Coords.), *Sociedad digital y Derecho*, BOE, Madrid, 2018, pág. 180; y tal como ya se ha tenido ocasión de advertir en MENÉNDEZ SEBASTIÁN E. M^a., *Las garantías del interesado en el procedimiento administrativo electrónico: luces y sombras de las nuevas Leyes 39 y 40/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

⁴⁰ Así, como afirma GILLES W., “From the right to transparency to the right to open government in a digital era. A french approach”, *op. cit.*, p. 27, en lugar de promover la transparencia en sí misma, el enfoque moderno utiliza la transparencia como vehículo para mejorar el funcionamiento de la administración gubernamental y para hacer que los funcionarios rindan cuentas de sus decisiones y acciones. En fin, desde esta perspectiva, a su juicio, los ciudadanos tienen ahora no solo derecho a la transparencia y al acceso a la información pública en la era de Internet, sino más ampliamente un derecho a un gobierno abierto que les permite ser por lo menos un interesado parcial en la adopción de decisiones públicas, p. 28.

que introduzca una mayor fisura en la sociedad⁴¹. De ahí que sea absolutamente imprescindible luchar contra la misma, encontrando soluciones que, al menos temporalmente y hasta que dicha brecha sea corregida, no dejen a una parte de los ciudadanos fuera del proceso democrático, de la toma de decisiones públicas que les afectan, el acceso a los servicios públicos, ni ahonde en unas diferencias ya intolerables que solo vulneran y hieren una auténtica idea de ciudadanía⁴².

Las soluciones son diversas, a nuestro juicio, además de la opción apuntada por algún autor de mantener temporal y transitoriamente las dos vías de participación: la digital y la presencial⁴³, con las limitaciones que ello implica⁴⁴, puede apuntarse también a otras vías, dos a corto y otra a largo plazo. La primera, la importancia de contar con oficinas de apoyo o puntos de acceso donde los ciudadanos pudieran disponer de los medios y asesoramiento para ejercitar sus derechos digitalmente, por supuesto con todas las garantías necesarias. La segunda, la importancia de la simplificación, hacer fácil el acceso a los servicios públicos digitales, la comprensión y la ejecución. Y la tercera vía, crucial a nuestro modo de ver, la educación y capacitación en las nuevas tecnologías, así como el fomento de su utilización, y en este caso, no solo desde la perspectiva del empleo de las TIC, sino que entendemos que es primordial que los poderes públicos pongan en valor el ejercicio de la ciudadanía, es decir, que en la educación –pilar elemental de toda sociedad-, se dé a conocer y se promueva la ciudadanía administrativa, así como las nuevas vías de hacerla efectiva⁴⁵. Es imprescindible educar y capacitar a quienes están llamados a ser ciudadanos comprometidos⁴⁶.

60

⁴¹ Y es que, la desigualdad digital está arraigada en las desigualdades estructurales y aunque todavía no puede ser resuelta por la tecnología, sí puede empeorar con ella, así, a medida que nuestra vida cotidiana se vuelve más digital, es crucial incluir a todos en la sociedad digital, como indican CARMÍ E. AND YATES S. J., “What do digital inclusion and data literacy mean today?”, *Internet Policy Review*, nº 9(2), 2020, p. 1, DOI: 10.14763/2020.2.1474.

⁴² Como ha indicado TOMLISON J., *Justice in the Digital State. Assessing the Next Revolution in Administrative Justice*, Bristol, Policy Press, 2019, las tecnologías digitales tienen el potencial de ampliar el acceso a los servicios públicos, pero solo si están adecuadamente diseñados.

⁴³ Es el caso de GAMERO CASADO E., “El derecho digital a participar en los asuntos públicos: redes sociales y otros canales de expresión”, en DE LA QUADRA-SALCEDO T. y PIÑAR MAÑAS J. L. (Dirs.), BARRIO ANDRÉS M. y TOIRREGROSA VÁZQUEZ J. (Coords.), *Sociedad digital y Derecho*, BOE, Madrid, 2018, pp. 235-236.

⁴⁴ No debemos perder de vista que precisamente el uso de las TIC supone superar algunas de las dificultades que la participación clásica presenta, como la llamada inviabilidad, a la que apuntan ÁLVAREZ VÉLEZ M^a. I. y DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN F., “La democracia ante los avances de la tecnología: una perspectiva de Derecho Constitucional”, *op. cit.*, p. 287; si bien es cierto que como dicen FAURE L., VENDRAMIN P. and SCHURMANS D., “A situated approach to digital exclusion based on life courses”, *Internet Policy Review*, nº 9 (2), <https://doi.org/10.14763/2020.2.1475>, p. 15, la ausencia de posibilidad de elección forma parte de la definición de exclusión digital.

⁴⁵ Recuérdese las palabras de Víctor Hugo “La liberté commence où l'ignorance finit”.

⁴⁶ La importancia de la educación en la propia construcción de una ciudadanía se pone claramente

Las propuestas y avances de los Estados en este sentido son diversas, cabe mencionar brevemente, por ejemplo, en España el Plan Nacional de Competencias Digitales, de 27 de enero de 2021, de la misma fecha el Plan de Digitalización de Pymes y el Plan de Digitalización de las Administraciones Públicas; o por otro lado la Agenda Digital 2025, la Carta de Derechos Digitales recientemente aprobada, el Plan para la Conectividad y las Infraestructuras Digitales de la sociedad, la economía y los territorios, la Estrategia de impulso al 5G, la Estrategia Nacional de Inteligencia Artificial, etc; o la web de los Países Bajos <https://www.digitaleoverheid.nl/overzicht-van-alle-onderwerpen/archief/toegankelijkheid/digitale-inclusie/>, la francesa [oups.gov.fr](https://www.oups.gov.fr)⁴⁷, así como la particular medida en este país del derecho al error de la Loi n° 2018-727 **du 10** août 2018 pour un Etat au service d'une société de confiance.

Además, esta desigualdad digital viene afectando normalmente a grupos ya de por sí desfavorecidos⁴⁸, es decir, no se trata solo de una desigualdad en el acceso y uso de la tecnología, sino que se ha visto que reproduce problemas sociales más amplios e, incluso, refuerza las desigualdades sociales y económicas ya existentes⁴⁹. Y es que se viene hablando de una brecha digital en tres grados, el primer nivel sería el acceso, el segundo las habilidades⁵⁰ para un uso significativo aunque se

de manifiesto en Conseil d'État, *La citoyenneté. Être (un) citoyen aujourd'hui, op. cit.*, donde se aboga sin tapujos por la enseñanza de la ciudadanía en las escuelas. En España esta idea se introdujo en cierta medida con la asignatura "Educación para la ciudadanía", que se estableció por el Real Decreto 1631/2006, de 29 de diciembre, siguiendo al respecto la Recomendación del Consejo de Europa (Recomendación (2002)12 del Comité de Ministros a los Estados miembros relativa a la educación para la ciudadanía democrática); pero que desapareció completamente en 2016.

⁴⁷ A las que se refiere RANCHORDAS S., "Automation of Public Services and Digital Exclusion", *I-CONnect Blog of the International Journal of Constitutional Law*, March 11 2020, <http://www.iconnectblog.com/2020/03/automation-of-public-services-and-digital-exclusion/>.

⁴⁸ Lo que conecta con el concepto de vulnerabilidad administrativa de A. NOGUEIRA LÓPEZ, "Vulnerabilidad administrativa. Los obstáculos administrativos en el acceso a los programas de vivienda", en N. PALEO MOSQUERA (Ed.), *Políticas y derecho a la vivienda: gente sin casa y casas sin gente*, Tirant lo Blanch., Valencia, 2020, p. 241, y que como la autora afirma, atajarla es una exigencia del Estado social conectada con la buena administración.

⁴⁹ Como recuerda RANCHORDAS S., "Automation of Public Services and Digital Exclusion", *I-CONnect Blog of the International Journal of Constitutional Law*, March 11 2020, <http://www.iconnectblog.com/2020/03/automation-of-public-services-and-digital-exclusion/>.

⁵⁰ Cabe recordar lo que viene indicando la doctrina en cuanto a la necesidad de alfabetización no solo digital sino también algorítmica, pues esta última afecta a la capacidad del individuo para participar en debates sociales y políticos y para evaluar los datos de forma crítica; así, como indican RAINIE L. and ANDERSON J., "The need grows for algorithmic literacy, transparency and oversight", *Pew Research Center, Internet & Technology*, February 8, 2017, la alfabetización algorítmica significa que los individuos no solo sean conscientes de cómo se recopilan y utilizan los datos, sino también cómo pueden afectar a las decisiones que se toman sobre ellos.

tenga acceso⁵¹, y el tercero que enfatiza la forma en que la tecnología empeora las formas tradicionales de desigualdad⁵².

En fin, a nuestro juicio, cabe concluir que para que haya una buena administración y un buen gobierno, así como que la nueva ciudadanía administrativa se ponga en práctica y sea efectiva, es imprescindible ser consciente de la desigualdad que las propias tecnologías pueden introducir, así como el incremento de las existentes, adoptando medidas para erradicarlas o, en caso contrario, se vulnerará un derecho fundamental básico, la igualdad, que además se encuentra en el núcleo mismo de una comprometida y adecuada ciudadanía, la idea de proyecto común, pasando por ello de virtud o beneficio a caballo de Troya.

⁵¹ De tal modo que esta brecha de segundo grado se refiere a la diferencia entre los que pueden utilizar eficazmente las tecnologías digitales y lo que no, como indica HARGITTAI E., "Second-Level Digital Divide: Differences in People's Online Skills", *First Monday*, nº 7(4), 2002, <https://doi.org/10.5210/fm.v7i4.942>.

⁰ A este respecto, véase, entre otros, CALDERÓN GÓMEZ D., "The third digital divide and Bourdieu: Bidirectional conversion of economic, cultural, and social capital to (and from) digital capital among young people in Madrid", *New Media & Society*, <https://doi.org/10.1177/1461444820933252>.

VI. Bibliografía

- CALDERÓN GÓMEZ D., “The third digital divide and Bourdieu: Bidirectional conversion of economic, cultural, and social capital to (and from) digital capital among young people in Madrid”, *New Media & Society*, <https://doi.org/10.1177/1461444820933252>.
- CARDI Q., *Les normes de la démocratie à l'épreuve de la participation citoyenne numérique institutionnalisée: une étude de l'appropriation du numérique par le politique dans le cadre des processus de participation citoyenne*, Thèse, Philosophie. Université Panthéon-Sorbonne - Paris I, 2018.
- CARMÍ E. AND YATES S. J., “What do digital inclusion and data literacy mean today?”, *Internet Policy Review*, nº 9(2), 2020.
- CHEVALLIER J., “Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique”, *Revue du droit public et de la science politique*, 1998, nº 3.
 - “De l'Administration démocratique à la démocratie administrative”, *Revue Française d'Administration Publique*, nº 137-138, 2011, págs. 217-227.
- Conseil d'État, *Consulter autrement, participer effectivement*, La Documentation Française, Paris, 2011.
 - *Le numérique et les droits fondamentaux*, La Documentation Française, Paris, 2014.
 - *La citoyenneté. Être (un) citoyen aujourd'hui*, Paris, La Documentation Française, 2018.
- COTINO HUESO L., “Derecho y “Gobierno abierto”. La regulación de la transparencia y la participación y su ejercicio a través del uso de las nuevas tecnologías y las redes sociales por las Administraciones públicas. Propuestas concretas”, *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, Zaragoza, 2013.
- DE LA QUADRA-SALCEDO T., “Retos, riesgos y oportunidades de la sociedad digital”, en DE LA QUADRA-SALCEDO T. y PIÑAR MAÑAS J. L. (Dirs.), BARRIO ANDRÉS M. y TOIRREGROSA VÁZQUEZ J. (Coords.), *Sociedad digital y Derecho*, BOE, Madrid, 2018.

- DEBAETS E., “Protection des droits fondamentaux et participation de l’individu aux décisions publiques”, *Jurisdoctrina*, n° 4, 2010.
- DONIER V., “Les droits de l’usager et ceux du citoyen”, *RFDA*, n° 1, 2008.
- DUMONT G., *La citoyenneté administrative*, Université Panthéon-Assas Paris 2, 2002 (HAL Id: tel-01292880, <https://hal.archives-ouvertes.fr/tel-01292880>).
- EVEILLARD G., “La citoyenneté administrative, vecteur de nouveaux droits publics subjectifs des administrés ?”, dans *Les droits publics subjectifs de l’administré*, Association française pour la recherche en droit administratif, Jun 2011, Bordeaux, France.
- FAURE L., VENDRAMIN P. and SCHURMANS D., “A situated approach to digital exclusion based on life courses”, *Internet Policy Review*, n° 9 (2).
- FLORIAN P., *La participation du citoyen à la décision administrative*, Droit, Université Rennes 1, 2018.
- GAMERO CASADO E., “El derecho digital a participar en los asuntos públicos: redes sociales y otros canales de expresión”, en DE LA QUADRA-SALCEDO T. y PIÑAR MAÑAS J. L. (Dirs.), BARRIO ANDRÉS M. y TOIRREGROSA VÁZQUEZ J. (Coords.), *Sociedad digital y Derecho*, BOE, Madrid, 2018, pp. 235-236.
- GARCÍA DE ENTERRÍA E., “Principes et modalités de la participation à la vie administrative”, dans DELPÉRÉE F. (dir.), *La participation directe du citoyen à la vie politique et administrative (Travaux des XIIes Journées d’études juridiques Jean Dabin)*, Bruylant, Bruxelles, 1986.
- *Democracia, jueces y control de la Administración*, Civitas, Madrid, 1996.
- GREFFET F. et WOJCIK S., “La citoyenneté numérique. Perspectives de recherche”, *Réseaux*, n° 184-185, 2014/2-3, págs. 125-159.
- HARGITTAI E., “Second-Level Digital Divide: Differences in People’s Online Skills”, *First Monday*, n° 7(4), 2002.
- HINDMAN M., *The myth of digital democracy*, Princeton University Press, 2009.
- INNERARITY D., “El impacto de la inteligencia artificial en la democracia”, *Revista de las Cortes Generales*, n° 109, segundo semestre, 2020.

- MANTELERO A., “Ciudadanía y gobernanza digital entre política, ética y derecho, en DE LA QUADRA-SALCEDO T. y PIÑAR MAÑAS J. L. (Dirs.), BARRIO ANDRÉS M. y TOIRREGROSA VÁZQUEZ J. (Coords.), *Sociedad digital y Derecho*, BOE, Madrid, 2018.
- MARTÍN DELGADO I., “El acceso electrónico a los servicios públicos: hacia un modelo de administración digital auténticamente innovador”, en DE LA QUADRA-SALCEDO T. y PIÑAR MAÑAS J. L. (Dirs.), BARRIO ANDRÉS M. y TOIRREGROSA VÁZQUEZ J. (Coords.), *Sociedad digital y Derecho*, BOE, Madrid, 2018.
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN E. M^a., *Las garantías del interesado en el procedimiento administrativo electrónico: luces y sombras de las nuevas Leyes 39 y 40/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
 - *From bureaucracy to artificial intelligence: the tension between efficiency and guarantees*, Cedam, Milano, 2023.
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN E. M^a. and BALLINA DÍAZ J., “Digital citizenship: fighting the digital divide”, *European Review of Digital Administration & Law*, 2021, Volume 2, Issue 1, págs. 149-155.
 - *Sostenibilidad social y ciudadanía administrativa digital*, REUS, Madrid, 2022.
- MOSSBERGER K., TOLBERT C. J. and McNEAL R. S., *Digital Citizenship. The Internet, Society and participation*, The MIT Press, Massachusetts Institute of Technology, 2008.
- OROFINO A. G., *La trasparenza oltre la crisi. Accesso, informatizzazione e controllo cívico*, Bari, Cacucci Editore, 2020
- PINEL F., *La participation du citoyen à la décision administrative*, Droit, Université Rennes 1, 2018.
- RAINIE L. and ANDERSON J., “The need grows for algorithmic literacy, transparency and oversight”, *Pew Research Center, Internet & Technology*, February 8, 2017.
- RANCHORDAS S., “Automation of Public Services and Digital Exclusion”, *I-CONnect Blog of the International Journal of Constitutional Law*, March 11 2020, <http://www.iconnectblog.com/2020/03/automation-of-public-services->

and-digital-exclusion/.

- RODOTÀ S., “Del ser humano al posthumano”, en DE LA QUADRA-SALCEDO T. y PIÑAR MAÑAS J. L. (Dirs.), BARRIO ANDRÉS M. y TOIRREGROSA VÁZQUEZ J. (Coords.), *Sociedad digital y Derecho*, BOE, Madrid, 2018, págs. 87-93.
- SCHNAPPER D., *Quést-ce que la citoyenneté ?*, Folio actuel, n° 75, Gallimard, Paris, 2000; o más recientemente *La citoyenneté à l'épreuve. La démocratie et les juifs*, Collection NRF Essais, Gallimard, Paris, 2018.
- TESTARD CH., *Pouvoir de décision unilatérale de l'administration et démocratie administrative*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, vol. 304, 2018.
- TOMLISON J., *Justice in the Digital State. Assessing the Next Revolution in Administrative Justice*, Bristol, Policy Press, 2019.
- WOJCIK S., “Prendre la démocratie électronique au sérieux.: De quelques enjeux et controverses sur la participation politique en ligne”, *La démocratie électronique*, Nov 2009, Besançon, France.

Derechos de exportación

Leandro E. Ferreyra*

Resumen

En este trabajo se abordan los derechos de exportación, conocidos también como retenciones. Se expone qué implican, cómo fueron y son regulados y cuál es su vinculación con el Derecho administrativo y constitucional. Asimismo, se refiere a su incidencia presupuestaria, económica y jurídica.

Palabras clave: derechos de exportación – retenciones – delegación – Código aduanero – recaudación

Abstract

This paper deals with export duties, what they imply, how they were and are regulated and what is their relationship with administrative and constitutional law. In addition, it refers to its budgetary, economic and legal incidence.

Keywords: export duties – delegation – Customs code – revenue

* Abogado, Magister en Derecho Administrativo, docente de Derecho de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. leandroferreyra@derecho.uba.ar

I. Derechos aduaneros, de exportación y retenciones

Las retenciones forman parte de los derechos aduaneros y, dentro de estos, constituyen derechos de exportación. En rigor, se puede referir a las retenciones como un tributo aplicado sobre determinados productos a ser exportados de acuerdo con la cantidad declarada al precio internacional¹.

A su vez, se suele afirmar que las retenciones sirven para desacoplar el precio interno de alimentos de su precio internacional y así asegurar precios razonables y oferta de productos para el mercado local.

Por lo anterior, las retenciones suelen tener más que un objetivo, o bien puede afirmarse que no tienen un objetivo netamente recaudatorio.

Por otro lado, las retenciones son fijadas y recaudadas por el Estado Nacional² y lo recaudado no es coparticipable³.

II. La Constitución de 1853 y las versiones posteriores

En 1853, y sin porteños en la sala, los convencionales constituyentes debatieron acerca de atribuir o no al Estado Nacional la competencia de fijar y recaudar los derechos aduaneros.

68

Benjamín Gorostiaga remarcó que todo gobierno debe tener recursos para cumplir con sus obligaciones y que los derechos aduaneros eran entonces el único recurso efectivo para el Estado Nacional, sin perjuicio de que pronosticó varios años de déficit presupuestario.

Fue un santafesino, Manuel Leiva, quien indicó que esto dejaba a las provincias solo con la recaudación por contribuciones directas, además de contravenir el Acuerdo de San Nicolás.

Otro santafesino, Juan Bautista Seguí, apoyó la postura de Gorostiaga “en

¹ Calzada, Julio, Informe de la Bolsa de Comercio de Rosario, año XXXVII, 13/3/2020, p. 1, disponible en <https://www.bcr.com.ar/es/mercados/investigacion-y-desarrollo/informativo-semanal/noticias-informativo-semanal/algunas-4>.

² Constitución Nacional (CN), art. 75 inc. 1: “Corresponde al Congreso: 1. Legislar en materia aduanera. Establecer los derechos de importación y exportación, los cuales, así como las evaluaciones sobre las que recaigan, serán uniformes en toda la Nación”.

³ CN, art. 4: “El Gobierno federal provee a los gastos de la Nación con los fondos del Tesoro nacional formado del producto de derechos de importación y exportación, del de la venta o locación de tierras de propiedad nacional, de la renta de Correos, de las demás contribuciones que equitativa y proporcionalmente a la población imponga el Congreso General, y de los empréstitos y operaciones de crédito que decreta el mismo Congreso para urgencias de la Nación, o para empresas de utilidad nacional”.

Para más detalles sobre la coparticipación consultar: Apostolidis, Federico M., “La Ciudad Autónoma de Buenos Aires y la coparticipación federal de impuestos: el retorno del unitarismo fiscal”, *La Ley CABA*, año 14, número 2, marzo de 2021, p. 6.

nombre de los intereses bien entendidos de su provincia” y justificó su voto diciendo que el sacrificio santafesino se vería recompensado por la riqueza nacional que “derramaría a manos llenas en toda la extensión del territorio”⁴. Parecería que la teoría del derrame nunca habría sido muy efectiva.

Y así se pusieron los derechos aduaneros en la Constitución para financiar al Estado Nacional⁵.

Por cierto, Juan Bautista Alberdi refirió que en esa época la Aduana de Buenos Aires equivalía a dos terceras partes de toda la renta pública del resto del país⁶. Y al revisar su proyecto de Constitución -que inspiró el texto de 1853- nos encontramos con que el Congreso tendría atribuciones para imponer contribuciones y crear aduanas (pero no fijar los derechos aduaneros) y que podría delegar facultades al Poder Ejecutivo⁷. Es curioso que Alberdi haya previsto en su proyecto la delegación legislativa. Más curioso aún fue que el texto constitucional de 1853 haya añadido lo concerniente a derechos aduaneros y prescindido de la delegación. De haberla contemplado, quizás nos hubiéramos ahorrado bastantes discusiones.

Por otro lado, antes y después de 1853 se sabía que los derechos aduaneros servían tanto como fuente de rentas como instrumento de política económica. Asimismo, hoy en día nos quedamos con los derechos aduaneros, pero durante mucho tiempo la discusión pasaba por las aduanas propiamente dichas, los puertos y la navegación de los ríos. Por lo que aquí se comete una simplificación en honor a la brevedad.

⁴ Asambleas Constituyentes Argentinas, Instituto de Investigaciones Históricas de la Facultad de Filosofía y Letras, UBA, Emilio Ravignani (Director), tomo cuarto 1827 - 1862, Buenos Aires, Talleres S.A. Casa Jacobo Peuser LTDA, 1937, p. 506. Las citas y referencias de los dos párrafos previos se encuentran en las páginas anteriores de esta obra, las que corresponden al debate sobre el artículo 4.

⁵ Constitución Nacional, texto del año 1853, art. 4: “El Gobierno federal provee á los gastos de la Nación con los fondos del Tesoro Nacional, formado del producto de derechos de importacion y exportacion de las aduanas, del de la venta ó locación de tierras de propiedad nacional, de la renta de correos, de las demás contribuciones que equitativa y proporcionalmente á la población imponga el Congreso General; y de los empréstitos y operaciones de crédito que decreta el mismo Congreso para urgencias de la Nación ó para empresas de utilidad nacional”. Dicha versión coincide con la que aparece en Asambleas Constituyentes, p. 502. Art. 64, inc. 1: “Artículo 64.- Corresponde al Congreso: 1° Legislar sobre las Aduanas esteriore, y establecer los derechos de importacion y exportacion que han de satisfacerse en ella”. Versión disponible en http://www.infoleg.gob.ar/?page_id=3873.

⁶ Casás, José Osvaldo, “Los derechos aduaneros y su gravitación en el federalismo financiero argentino”, *El Derecho – Tributario*, tomo 253, 2/8/2013, ED-DCCLXXIV-17, p.11.

⁷ “Atribuciones del Congreso. Artículo 67. Corresponde al Congreso en el ramo de lo interior: 7. Dar facultades especiales al Poder Ejecutivo para expedir reglamentos con fuerza de ley, en los casos exigidos por la Constitución”. Ver: Proyecto de Constitución de la Confederación Argentina, Alberdi, Juan Bautista, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Buenos Aires, Losada, 2008, p.255.

Tras la batalla de Cepeda (1859), se sumó a Buenos Aires al proyecto de país y hubo que discutir otra vez varios temas. En cuanto a los derechos aduaneros, fue el derrotado Bartolomé Mitre quien en 1860 sostuvo la atribución nacional sobre aquellos para consolidar la unión argentina. También dijo que una vez vencido el plazo -porque en 1860 se ataron los derechos de exportación nacionales a un plazo de cinco años⁸- se podían sustituir por contribuciones directas⁹.

No ocurrió nada de eso. Las ideas mitristas sobre la unión nacional eran muy peculiares. También las tributarias. No por casualidad el gran historiador Milcíades Peña lo nombró el decano de la duplicidad política¹⁰.

Una vez Mitre presidente y con la Guerra de la Triple Alianza -o Triple Infamia- en curso, en 1866 se reformó otra vez el texto constitucional; se eliminó el plazo de cinco años y los derechos de exportación se asentaron en la Constitución. No tenemos ni existen actas de aquellas sesiones constituyentes, pero quien propuso la reforma, el Presidente del Senado Valentín Alsina, subrayó que por entonces los derechos de exportación representaban la tercera parte de los ingresos nacionales¹¹. La plutocracia porteña había vencido y ya consideraba conveniente llamar nacional a todo lo que estaba efectivamente bajo su control.

70

⁸ La reforma constitucional de 1860 agregó, entre otras cuestiones, que el Congreso tendría la atribución de establecer derechos de exportación “hasta mil ochocientos sesenta y seis, en cuya fecha cesarán como impuesto nacional”. Ver: Asambleas Constituyentes, p. 943.

El plazo de cinco años coincidía con lo acordado en el art. 8 del Pacto de San José de Flores entre Buenos Aires y la Confederación Argentina. A su vez, según cuenta Guillermo Raúl Moreno, “El pacto estableció que la Aduana de Buenos Aires pasaba a ser nacional. Por tal motivo, al ser privada de su principal fuente de ingreso, la Nación garantizaba a Buenos Aires el presupuesto hasta cinco años después de su incorporación”. Ver: Moreno, Guillermo Raúl, “El Pacto de San José de Flores y la Unión Nacional”, *Revista Derechos en Acción* (REDEA), número 3, 2017, Universidad Nacional de La Plata, 2017, p. 22, disponible en <https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/article/view/3457>.

⁹ Dijo Mitre, según consta en las Asambleas Constituyentes (1860): 1) “Así es que, la Comisión viendo que por lo que respecta a las Provincias habían desaparecido los inconvenientes y por lo que respecta a Buenos Aires, no era mui grave, porque fin las las rentas de esportacion representan una parte mínima y pequeña de todas las rentas, vió que para cuando llegue el caso de que cese la garantía de cinco años, era mui fácil, por un medio directo o por cualquier otro, convertir lo que hoi son derechos de esportacion en contribuciones directas” (p. 823) y 2) “Cuando se quiere la nacionalidad Arjentina, no se quiere el sacrificio de las partes, sino la mayor suma de la felicidad colectiva para la comunidad” (p. 826).

¹⁰ “Es que el patriarcal y venerable general Mitre fue desde el comienzo el decano de la duplicidad política. Con la misma impasibilidad con que se declaraba vencedor y se hacía acuñar medallas después de sufrir una derrota aplastante, el liberalismo porteño y su mayor prócer juraban por la democracia, la libertad y el pueblo mientras unificaban el país a cañón y bayoneta”. Ver: Peña, Milcíades, *Historia del Pueblo Argentino*, Buenos Aires, Emecé, 2012, p. 204.

¹¹ Casás, “Los derechos aduaneros y su gravitación en el federalismo financiero argentino”, *op.cit.*, p. 34.

Hoy los derechos de exportación equivalen a más del 8% de la recaudación total¹². Es decir que la cuestión cambió¹³, pero veamos cómo y por qué.

III. La incidencia presupuestaria y económica en el siglo XXI – Primer gráfico

Terminado el repaso histórico antiguo, debemos acercarnos al presente y para eso daremos un salto de más de cien años.

En este primer gráfico¹⁴ se puede ver la evolución de la recaudación de derechos de exportación y de todos los tributos al “comercio y las transacciones internacionales” (básicamente derechos aduaneros) en relación con el PBI (producto bruto interno) desde 2004 a 2021.



¹² En 2016 la recaudación por derechos de exportación equivalió 3,45% del total, en 2017 2,56%, 2018 3,37%, 2019 7,82%, 2020 5,83%, 2021 8,75%, 2022 8,25%. Según información publicada por la Subsecretaría de Ingresos Públicos de la Secretaría de Hacienda del Ministerio de Economía publicada aquí: <https://www.argentina.gob.ar/economia/ingresospublicos/pormesy tasa/anteriores>.

¹³ También hubo cambios vinculados a la distribución de la recaudación que aquí no serán abordados. Por ejemplo, hace no mucho tiempo existió un Fondo Federal Solidario, conocido como Fondo Sojero, que se dedicaba a repartir parte de la recaudación por ese producto. Pero, como decía Osvaldo Soriano, siempre hay algo sólido detrás del desorden y que la memoria no sabe de casualidades. Por eso el Fondo apareció en 2009 y desapareció en 2018 (creado por el decreto 206/2009, derogado por el decreto 756/2018).

¹⁴ Elaborado según datos del Ministerio de Economía, Presión tributaria en porcentaje del PBI, año base 2004, publicados en: <https://www.argentina.gob.ar/economia/ingresospublicos/recaudaciontributaria>. El Ministerio aún no actualizó los datos a 2022, por eso el gráfico llega hasta 2021. El eje vertical representa los puntos porcentuales de PBI.

Sin perjuicio de los datos allí expuestos, corresponde hacer una aclaración: estas variaciones dependen de lo que ocurre en Argentina y de los precios internacionales. No obstante, un repaso de aquellos en este periodo permite observar que la curva descendente coincidió con aumentos de precios internacionales de soja, maíz y trigo. No así la curva ascendente final, que sí coincide con marcados aumentos de precios de esos tres productos¹⁵.

En 2008 hubo un pico de 3% de recaudación de derechos de exportación en relación con el PBI. Fue el año del conflicto por la legitimidad de las retenciones móviles, sobre las que se volverá más adelante.

Luego, en 2010 caducó la delegación en cabeza del Poder Ejecutivo prevista en el artículo 755 del Código Aduanero para establecer o modificar derechos de exportación¹⁶. En paralelo, la curva de recaudación del gráfico comenzó a descender y aún no regresó al 2,5%.

En 2017 se advierte el año de menor recaudación, un 0,62%, que coincide con las políticas tributarias del gobierno del Presidente Mauricio Macri. El número fue consecuencia de la reducción y eliminación de derechos de exportación para soja, maíz y trigo, respectivamente, de fines de 2015¹⁷. Esas medidas se implementaron a través de decretos fundados en el artículo 755 del Código Aduanero, es decir

¹⁵ Monitor de precios internacionales, Centro de Estudios para la Producción, Ministerio de Desarrollo Productivo, informes disponibles en: <https://www.argentina.gob.ar/produccion/cep/estudios-de-coyuntura/monitor-de-precios-internacionales>.

En 2022, según la Oficina de Presupuesto del Congreso (OPC), "La suba de los precios internacionales de materias primas y la devaluación del peso no lograron mejorar la recaudación real de los Derechos de Exportación respecto de 2021. Los efectos del dólar soja morigeraron la caída". Ver: *Análisis de la recaudación tributaria nacional Año 2022*, OPC, Buenos Aires, p. 8, disponible en <https://www.opc.gob.ar/recaudacion-tributaria/analisis-de-la-recaudacion-tributaria-nacional-2022/>. A su vez, allí se publica un gráfico sobre variación anual recaudación de derechos de exportación y precios de materia primas.

¹⁶ Artículo 755 del Código Aduanero: "1. En las condiciones previstas en este código y en las leyes que fueren aplicables, el Poder Ejecutivo podrá: a) gravar con derecho de exportación la exportación para consumo de mercadería que no estuviere gravada con este tributo; b) desgravar del derecho de exportación la exportación para consumo de mercadería gravada con este tributo; y c) modificar el derecho de exportación establecido. 2. Salvo lo que dispusieren leyes especiales, las facultades otorgadas en el apartado 1 únicamente podrán ejercerse con el objeto de cumplir alguna de las siguientes finalidades: a) asegurar el máximo posible de valor agregado en el país con el fin de obtener un adecuado ingreso para el trabajo nacional; b) ejecutar la política monetaria, cambiaria o de comercio exterior; c) promover, proteger o conservar las actividades nacionales productivas de bienes o servicios, así como dichos bienes y servicios, los recursos naturales o las especies animales o vegetales; d) estabilizar los precios internos a niveles convenientes o mantener un volumen de ofertas adecuado a las necesidades de abastecimiento del mercado interno; e) atender las necesidades de las finanzas públicas.

¹⁷ Decreto 133/2015. Hubo otras reducciones/eliminaciones establecidas en los decretos 349, 361 y 1343 de 2016. El decreto 1343/2016 fijaba una reducción de 0,5% mensual para soja y subproductos desde enero 2018 hasta diciembre 2019 y fue derogado por el decreto 793/2018.

una delegación legislativa que había caducado. Pero la reducción tributaria al sector agroexportador no conmovió esta vez el sentimiento de legalidad del pueblo argentino. Tampoco había legitimados activos para pedirle a un juez algo como “señor, el decreto que me hace pagar menos es inconstitucional”.

Pero en 2018, como todos sabemos, pasaron cosas. Tal como Mitre echó mano de los derechos de exportación para navegar la tormenta, también lo hizo Macri y se modificaron y aumentaron las alícuotas, también por un decreto apoyado en el artículo 755 del Código Aduanero¹⁸. Claro, esta vez no había beneficiados sino perjudicados. Y esta vez hubo que pedirle al Congreso que convalide lo nulo y el Congreso accedió. Por eso en la ley de presupuesto para el año 2019 se ratificaron los decretos inconstitucionales y se prescribieron nuevas delegaciones en esta materia¹⁹. Así, hubo más recaudación y la curva nos muestra un marcado ascenso en 2019.

A su vez, a fines de 2019, recién iniciado el gobierno del Presidente Alberto Fernández, se sancionó la ley 27.541 de varias emergencias y delegaciones. Una de ellas versó sobre derechos de exportación²⁰. Esa delegación venció a fines de 2021. Es decir que ahora estamos sin delegación vigente en esta materia; estamos, si se quiere, como en 1866. Eso no impidió, por supuesto, que el actual Gobierno vuelva a hacer lo inconstitucional: en marzo de 2022 se dictó el decreto 131, basado en el artículo 755 del Código Aduanero.

De todos modos, esto permite ver de qué hablamos cuando hablamos de retenciones. En el periodo 2004-2021 hubo un promedio de recaudación de derechos de exportación en relación con el PBI de 1,9%, con picos de más de 3 puntos en 2008 y más de 2 en 2021. En el periodo 2016 y 2018 existió un promedio de menos de 0,75%²¹. En otras palabras, en términos cuantitativos se discute si algo daría menos de 1 o más de 2%. Esa es la diferencia. Esa es, para quienes prefieren términos cualitativos, la grieta.

Según información del Ministerio de Economía, las medidas de fines de 2015 sobre derechos de exportación solo en el periodo 2016-2017 tuvieron un

¹⁸ En rigor por varios decretos: 486, 487, 757 y 793 de 2018. Se aumentaron alícuotas para soja y derivados y se repusieron derechos de exportación para maíz y trigo (12%).

¹⁹ Ley 27.467, arts. 81 y 82.

²⁰ Ley 27.541, art. 52.

²¹ El promedio de alícuotas efectivas de derechos de exportación era de 15,5% en 2014, 14,6% en 2015, 8,4% en 2016, 6,7% en 2017, 6,4% 2018 y 11,1% en 2019 (primeros nueve meses). Datos provistos por la Dirección Nacional de Investigaciones y Análisis Fiscal de la Subsecretaría de Política Tributaria de la Secretaría de Ingresos Públicos del Ministerio de Hacienda, publicados en el *Informe de Política Tributaria*, Buenos Aires, diciembre de 2019, p. 49, disponible en https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/informe_de_politica_tributaria_dniaf.pdf.

Ver también variación de alícuotas en Tarricone, Manuel, “Retenciones agropecuarias: qué son, cómo variaron desde 1983 y qué modificaciones dictó el Ejecutivo”, Chequeado, 15/3/2022, disponible en <https://chequeado.com/el-explicador/retenciones-agropecuarias-que-son-como-variaron-desde-1983-y-que-modificaciones-están-en-discusion/>.

costo fiscal de 8.800 millones de dólares²². En 2018, con sequía por medio, se dejaron de recaudar otros 4.300 millones de dólares²³. Así, el total referido arroja 13.100 millones de dólares, equivalente a casi el 30% del crédito efectivamente desembolsado por el Fondo Monetario Internacional en 2018²⁴. Poco menos de los 16.857 millones de dólares invertidos en subsidios en 2015²⁵.

En paralelo, se subraya que el PBI tuvo una composición del 10% por total de exportaciones en 2015, de 11% en 2016, 10% en 2017, 12% en 2018 y 14% en 2019. Por lo que se concluye que la reducción y la eliminación de derechos de exportación no potenciaron a las exportaciones²⁶.

Pero hay algo que la grieta no reconoce: límites jurídicos. Los gobiernos de distinto color político hicieron lo inconstitucional y subieron las retenciones. Cuando existió la necesidad, dejaron la Constitución de lado.

²² A su vez, ese monto representó un 0,7% -aproximado- del PBI en cada año. Y el monto se desagrega en: 2.200 millones por soja, 2.500 a cereales y 4.100 al resto de mercaderías. Ver: *Informe de Política Tributaria*, p. 46.

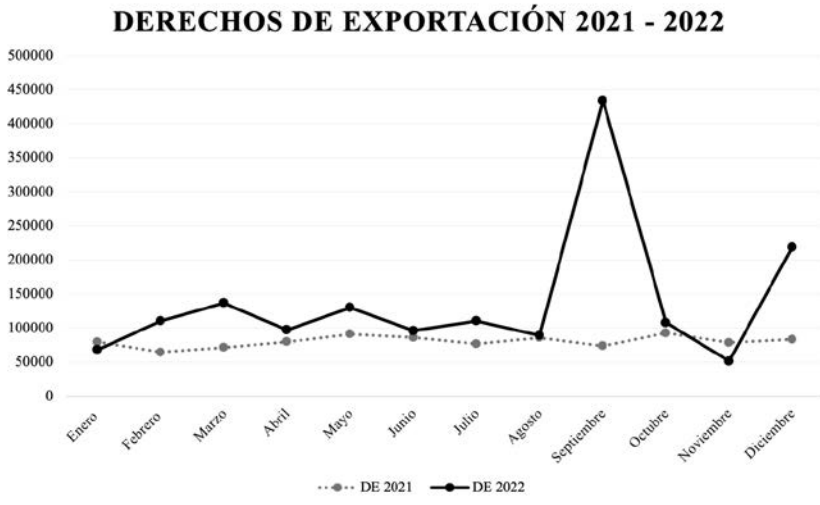
²³ 1.400 millones por soja, 1.300 millones por cereales y 1.600 millones por el resto de productos. Ver: *Informe de Política Tributaria*, p. 48.

²⁴ Otro dato: participación del complejo soja en derechos de exportación fue de 58% en 2014, 72% en 2015, 96% en 2016, 99% en 2017, 71% en 2018 y 54% en 2019. Ver: *Informe de Política Tributaria*, p. 93.

²⁵ Einstoss, Alejandro y Rojo, Julián, "Subsidios y tarifas energéticas: en camino a nueva crisis", *Instituto Argentino de la Energía "General Mosconi"*, 14/5/2021, p.4, disponible en <https://www.iae.org.ar/wp-content/uploads/2021/05/Subsidios-y-tarifas-energeticas-en-camino-a-una-nueva-crisis.pdf>.

²⁶ Tampoco en el periodo 2016-2018 se detectó mayor recaudación en relación con el PBI por impuesto a las ganancias. Ver: *Informe de Política Tributaria*, p. 96.

IV. Recaudación nominal 2021 y 2022 – Segundo gráfico



Acá tenemos la recaudación nominal de derechos de exportación de 2021 y 2022 medida en millones de pesos²⁷ y discriminada por mes.

Es fácil advertir dos cuestiones. Primero, las curvas parecen coincidir en la mayoría de su recorrido. Si se considera que hubo en 2022 una inflación interanual de más de 90 puntos, eso es alarmante. Lo fue y lo es, tanto para las finalidades recaudatorias y políticas del actual gobierno, como para el bienestar de la ciudadanía.

Segundo, ese enorme crecimiento recaudatorio que se ve en septiembre de 2022 es consecuencia del dólar soja I²⁸. Es decir que el gobierno identificó un problema

75

²⁷ Fuentes: 1) datos de recaudación de la Subsecretaría de ingresos públicos del Ministerio de Economía, disponibles en: <https://www.argentina.gob.ar/economia/ingresospublicos/recaudacion>; 2) *Análisis de la recaudación tributaria nacional octubre de 2022*, Oficina de Presupuesto del Congreso, Buenos Aires, 16/11/2022, disponible en <https://www.opc.gob.ar/recaudacion-tributaria/analisis-de-la-recaudacion-tributaria-nacional-octubre-2022/>; 3) *Análisis de la recaudación tributaria Año 2022, OPC*. Para más datos sobre recaudación y sus variaciones consultar página web de la Subsecretaría de Ingresos Públicos, aquí: <https://www.argentina.gob.ar/economia/ingresospublicos/recaudacion>.

²⁸ Implicó la posibilidad de liquidar exportaciones a 200 pesos en lugar de los 140 del dólar oficial (dólar soja I) y luego a 230 en lugar de 164 (dólar soja II). Aquí se comprarten algunas notas sobre el dólar soja: 1) “¿Qué es el dólar soja?”, Chequeado, 28/11/2022, disponible en <https://chequeado.com/hilando-fino/que-es-el-dolar-soja/>; 2) Arancibia, Mónica, “Sojaplaneros”, La Izquierda Diario, 27/11/2022, disponible en <https://www.laizquierdadiario.com/Dolar-soja-2-el-Gobierno-del-Frente-de-Todos-le-transfiere-al-campo-mas-de-100-000-millones>. Las medidas se instrumentaron a través de varias medidas, entre las que se destacan los decretos -de necesidad y urgencia- 576 y 787 (Programa de incremento exportador) de 2022.

-que se podría reducir en la retención de productos con retenciones - y lo abordó, o tuvo que abordarlo, con facilidades para los agroexportadores en dos ocasiones.

En noviembre de 2022 se detecta otro pico recaudatorio, que responde al dólar soja II.

Según la Oficina de Presupuesto del Congreso, la recaudación tributaria total de 2022 creció en un 95,6% interanual²⁹, es decir que acompañó a la inflación. Incluso la superó en términos reales³⁰. Pero la recaudación de derechos de exportación cayó en un 2% real interanual³¹. Y eso ocurrió en un contexto en el que los precios internacionales no han bajado sino que subieron³².

V. Subsidios y derechos de exportación - Tercer gráfico



76

Se ve en negro la variación de la inversión total en subsidios en energía y transporte en relación con el PBI desde 2010 a 2021. En gris, la variación de derechos de exportación, es decir la curva del primer gráfico. Y en la línea punteada, el promedio de ambas.

²⁹ *Análisis de la recaudación tributaria nacional Año 2022*, OPC, p. 3.

³⁰ Según la OPC, la recaudación tributaria 2022 creció un 5,2% a/a. Ver: *Análisis de la recaudación tributaria nacional Año 2022*, OPC, p. 4.

³¹ -2,2%. Ver: *Análisis de la recaudación tributaria nacional Año 2022*, OPC, p. 5.

³² En 2022, según la OPC, "la suba de los precios internacionales de materias primas y la devaluación del peso no lograron mejorar la recaudación real de los Derechos de Exportación respecto de 2021. Los efectos del dólar soja morigeraron la caída". Ver: *Análisis de la recaudación tributaria nacional Año 2022*, p. 8. A su vez, allí se publica un gráfico sobre variación anual recaudación de derechos de exportación y precios de materia primas.

Sacando el ya lejano 2010, el primer año en que los derechos de exportación superaron a los subsidios fue en 2019, otro síntoma de que habían pasado cosas. A su vez, podemos ver que en el periodo 2016-2018 los valores son claramente los menores para ambos rubros. Otra vez nos encontramos con dos formas de gestionar, invertir y recaudar.

Por último, si se cumpliesen las exigencias del Fondo Monetario Internacional, la curva negra debería bajar en los próximos años y la gris, seguir subiendo, como sea, con o sin delegaciones vigentes, con o sin sequía.

VI. El Código Aduanero

El Código Aduanero fue dictado en 1981. Se lo identifica como la ley 22.415, aunque no fue sancionado en una época en la que Argentina sancionaba leyes, o no la sancionaba legítimamente como tales. Eso ya es motivo suficiente para dejarlo de lado y para abandonar todo intento de defensa de su aplicación.

Además, su artículo 755 supone una alteración al principio de legalidad en materia tributaria, ya que permitiría que el Poder Ejecutivo regule sustancialmente derechos de exportación³³.

Por si fuera poco, el artículo 755 también revestía condición de norma delegante. Al ser previa a 1994, quedó en el grupo de delegaciones que caducaron en agosto de 2010.

Y se podría subrayar que, como delegación, no cumple con los parámetros del artículo 76 de la Constitución.

Invocar y ejercer funciones regulatorias por el artículo 755 implica un error histórico, jurídico y democrático. Pero la política económica argentina es a veces insensible a las desviaciones jurídicas. De hecho, se quiso justificar su aplicación por la supuesta resurrección operada gracias al Digesto Jurídico Argentino, lo que supone otro error, ya que aquel nunca pudo renovar delegaciones, ni fue consolidado³⁴.

VII. Las retenciones y el principio de legalidad en materia tributaria

La Constitución Nacional establece en sus artículos 4, 17, 52, 75 incisos 1 y 2 y 99 inciso 3 el principio de legalidad en materia tributaria³⁵. Solo a través de una ley, en sentido material y formal, se pueden establecer los elementos esenciales de las obligaciones tributarias (descripción del hecho imponible, determinación

³³ Ver texto en nota 16.

³⁴ Ferreyra, Leandro E., "El olvido del Digesto Jurídico Argentino", Palabras del Derecho, 7/12/2018, disponible en <https://www.palabrasdelderecho.com.ar/articulo.php?id=316>.

³⁵ Varias de las líneas de este apartado fueron publicadas en Ferreyra, Leandro E., "Las retenciones y el principio de legalidad en materia tributaria", *DPI*, 1/11/2017, disponible en <https://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2017/10/Ferreyra-Tributario-1.11.pdf>.

de la base de cálculo, fijación de alícuotas, etc.)³⁶. Dicho principio también debe observarse para disponer la exención de las obligaciones o la reducción de alícuotas.

Por otro lado, se ha señalado que el principio de legalidad en materia tributaria responde a que algunas cuestiones “deben ser el producto de la instancia más representativa de toda la Nación, para impedir la concentración del poder en manos de gobernante alguno”³⁷.

El artículo 755 del Código Aduanero reviste -revestiría- condición de delegación al Poder Ejecutivo³⁸. Delegación que fue prorrogada desde el año 1994 varias veces, pese a lo dispuesto en ocasión de la última reforma constitucional. La disposición transitoria octava de la CN reformada en aquel año fijaba que “La legislación delegada preexistente que no contenga plazo establecido para su ejercicio caducará a los cinco años de la vigencia de esta disposición excepto aquella que el Congreso de la Nación ratifique expresamente por una nueva ley”.

Ante el inminente vencimiento de dicho plazo de cinco años, en 1999 se dictó la ley 25.148 que ratificó de forma genérica todas las delegaciones previas a 1994 y las prorrogó por tres años. Mismo objeto, aunque distintos plazos, tuvieron las leyes 25.645 (2002), 25.918 (2004), 26.135 (2006) y 26.519 (2009). Así, las delegaciones continuaron vigentes.

78

En 2008 el Ministerio de Economía, basado en una subdelegación prevista en el decreto 2752/1991 y en el Código Aduanero, había dictado la resolución 125 que establecía un régimen de retenciones móviles a productos agropecuarios. Ante la demanda política y social por el cumplimiento del principio de legalidad, el Poder Ejecutivo envió un proyecto de ley al Congreso. Sin embargo, el proyecto recibió un voto negativo -“no positivo”- del entonces Vicepresidente y las retenciones quedaron fijadas por instrumentos de carácter legislativo emitidos por el Poder Ejecutivo o el Ministerio de Economía.

El 24/8/2010 operó el vencimiento de la última prórroga de vigencia del artículo 755 del Código Aduanero, fecha en la cual no se prorrogaron todas las delegaciones previas a 1994, que venían extendiéndose a través de sucesivas leyes ya referidas; la última de las cuales fue la ley 26.519. En esa fecha, pues, caducó la potestad del Poder Ejecutivo de dictar disposiciones de jerarquía legal sobre materia tributaria

³⁶ Sobre el carácter de reserva legal en materia tributaria y las potestades reglamentarias del Poder Ejecutivo se sugiere consultar: Balbín, Carlos F., *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2015, tomo I, p. 619 y 717.

³⁷ Casás, J. O., *Derechos y garantías constitucionales del contribuyente*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2002, p. 248.

³⁸ En función de los artículos 2 y 3 de la ley 26.519 fue creada la Comisión Bicameral Especial para el cumplimiento de la Cláusula Transitoria Octava de la Constitución Nacional. Dicha Comisión emitió un informe final sobre la normativa delegante, basado, a su vez, en un informe realizado por la Dirección de Información Parlamentaria de la Cámara de Diputados de la Nación. En este último informe, se calificó al artículo 755 del CA como norma delegante.

en ejercicio de normas como el 755 del Código Aduanero.

Por otro lado, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo “Camaronera Patagónica” (2014) defendió con singular ahínco este principio de legalidad en materia tributaria³⁹. El caso involucraba una resolución dictada en apoyo del Código Aduanero que, a su vez, establecía un derecho de exportación para determinados productos.

En aquel pronunciamiento, la Corte afirmó que “los principios y preceptos constitucionales prohíben a otro Poder que el Legislativo el establecimiento de impuestos, contribuciones y tasas”. Y que “que ninguna carga tributaria puede ser exigible sin la preexistencia de una disposición legal encuadrada dentro de los preceptos y recaudos constitucionales, esto es, válidamente creada por el único poder del Estado investido de tales atribuciones”.

Como bien apunta Carlos Balbín, en aquel fallo la Corte negó en general la delegación legislativa, pero aceptó excepciones (cuando se fijasen parámetros cuantitativos y pautas por ley) y la convalidación de normas tributarias dictadas por el Poder Ejecutivo a través de una ley posterior del Congreso (aunque solo con efectos hacia el futuro)⁴⁰.

Sin perjuicio de lo referido, entre 2010 y el presente se dictaron varios decretos delegados en materia tributaria fundados en el Código Aduanero, especialmente en su artículo 755.

En abril de 2022 fue el Tribunal Fiscal de la Nación el organismo que revivió -si es que eso es posible y válido- al artículo 755. En un plenario la mayoría del Tribunal acordó que el “Poder Ejecutivo puede establecer derechos de exportación en razón de lo dispuesto en el art. 755 del Código Aduanero” y que “no corresponde declarar la invalidez del decreto 793/2018”⁴¹. Ese el decreto dictado para sobrellevar el estado de cosas de 2018 y que, en particular para maíz y trigo, elevó las alícuotas de retenciones. El decreto fue ratificado por la ley 27.467 a principios de diciembre de aquel año, por lo que -según el criterio de “Camaronera Patagónica”- solo se discutiría lo ocurrido hasta la ratificación, que fue una convalidación de lo constitucionalmente nulo.

Pero el Tribunal Fiscal lo consideró de otra forma. El voto principal de mayoría fue firmado por Miguel Nathan Licht. En aquel voto se excusa lo sucedido en la inadecuada respuesta legislativa y en la dinámica del comercio internacional y se hacen consideraciones originales sobre la división de funciones y la delegación legislativa. A su vez, en ese voto se afirma que los derechos aduaneros no pueden

³⁹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Camaronera Patagónica S.A. c. Ministerio de Economía y otros”, 15/4/2014.

⁴⁰ Balbín, op.cit., p. 685.

⁴¹ Tribunal Fiscal de la Nación, Plenario convocado a partir expediente EX-2020-24600163- APN-SGASAD#TFN, caratulado “Petroquímica Comodoro Rivadavia SA c/DGA s/recurso de apelación”, 26/4/2022, disponible en https://drive.google.com/file/d/1F-abQlgOwW0Na-tN0sFj5_IOSvrCtzJK/view?usp=sharing.

condicionarse al artículo 76 de la Constitución y que no son materia tributaria. Concluyó Licht que “el artículo 755 del Código Aduanero, no es una norma tributaria, ni tampoco es una ley delegante”.

Fue un compañero del Tribunal, Juan Manuel Soria, quien se ocupó rebatir los argumentos de ese voto, a la par que le imputó promiscuidad, contrabando jurídico histórico, ignorancia e inutilidad⁴². Se sugiere la lectura de ambos votos, pues resulta difícil encontrar una polémica semejante en pronunciamientos jurisdiccionales.

Dicho plenario fue motivado por la causa “Petroquímica Comodoro Rivadavia”. Aquella después fue revisada y resuelta en agosto de 2022 por la Sala V de la Cámara Contencioso Administrativo Federal⁴³. En esa ocasión la Sala V revocó la decisión del Tribunal Fiscal. Fundó la decisión en el fallo “Gut Metal”⁴⁴, de la misma sala y de mayo del mismo año.

En “Gut Metal” la Sala V había determinado que la cuestión se resuelve por las consideraciones de la Corte Suprema en el fallo “Camaronera Patagónica”. Y agregó que el decreto 793/2018 regulaba materia tributaria sustancial, por si a alguien le quedaba alguna duda, y que dicha regulación es inherente a la función legislativa.

De todos modos, tanto la Corte Suprema como la Sala V siguen permitiendo la convalidación de lo nulo por leyes ratificadoras.

VII. Leyes ratificadoras y delegantes

En la ley de presupuesto para el año 2019 (27.467) se atribuyó al Poder Ejecutivo la facultad -delegada- de fijar derechos de exportación con topes de alícuotas según productos (30% soja, 12% resto de productos, artículo 81). Y se fijó un plazo: 31 de diciembre de 2020.

Aquella ley, según se comentó, también estableció que varios de los decretos dictados con fundamento en el vencido artículo 755 del Código Aduanero “mantendrían su validez”.

En diciembre de 2019, ya con otro gobierno, se sancionó la ley 27.541, cuyo artículo 1 declaró la emergencia en nueve materias. Su artículo 52 incurrió en el mismo error y renovó delegaciones “en el marco del artículo 755”. Otra vez se fijaron topes de alícuotas según los productos y se estipuló un plazo (31/12/2021). La novedad consistió en que esa ley tenía bases (artículo 2) y que se dedicó un artículo a consagrar criterios de segmentación para favorecer la competitividad de pequeños productores y cooperativas (artículo 53). Pero no más que eso. Incluso

⁴² Todas esas palabras surgen directa y expresamente del voto en cuestión.

⁴³ Cámara Contencioso Administrativo Federal, Sala V, “Petroquímica Comodoro Rivadavia SA c/DGA s/recurso directo de organismo externo”, 2/8/2022.

⁴⁴ Cámara Contencioso Administrativo Federal, Sala V, “Gut Metal SRL c/EN-AFIP s/DGA”, 5/5/2022.

el artículo 54 ratificó de nuevo los decretos ratificados por la ley 27.467. En otras palabras, se convalidó doblemente lo inconstitucional.

El tiempo pasó rápidamente y el Poder Ejecutivo a fines de 2021 quiso renovar sus atribuciones. Para lograrlo incluyó en el proyecto de ley de presupuesto para el año 2022 un artículo que prorrogaba el artículo 52 de la ley 27.541 hasta el 31 de diciembre de 2024. Pero ese proyecto de ley fue rechazado por la Cámara de Diputados en diciembre de 2021.

En 2022 el Poder Ejecutivo lo intentó otra vez: propuso prorrogar el artículo 52 pero un año menos, hasta diciembre de 2023. Sin embargo, no tuvo suerte. Ante la falta de votos para aprobar en general el presupuesto para el ejercicio 2023, debió acordar con la oposición la caída del artículo que contenía la prórroga.

Así las cosas, los derechos aduaneros siguen siendo regulados por leyes y decretos que invocan una delegación vencida. Existen mejores y peores maneras, pero todo lo que se haga con el artículo 755 del Código Aduanero será inconveniente e inconstitucional. Llegó el momento de dejarlo atrás y de regular los derechos aduaneros con mayor rigor constitucional y más legitimidad democrática.

IX. Conclusiones

El artículo 755 del Código Aduanero no está vigente y es incompatible con el artículo 76 de la Constitución. Toda aplicación actual es improcedente en términos jurídicos e históricos.

El Congreso de la Nación debe reasumir funciones regulatorias protagónicas. Para lograrlo será necesario que sus integrantes sean capaces de debatir y acordar. Si el principal órgano estatal no funciona, no se puede formular pretensión alguna en materia de satisfacción de derechos fundamentales.

Argentina debe asumir que los derechos de exportación están para quedarse, en especial sobre soja y cereales. Y que por el momento nada sugiere que sea posible ni sustentable reducir las alícuotas vigentes.

El Poder Ejecutivo debe ejercer atribuciones reglamentarias en materia de derechos aduaneros conforme a esquemas delegantes delineados con precisión constitucional, es decir con bases concretas y plazos ciertos. Los actos estatales inconstitucionalmente nulos no pueden tener efecto alguno, no pueden ser convalidados y cualquier ciudadano debería tener la posibilidad de impugnarlos en sede judicial.

Bibliografía

Alberdi, Juan Bautista, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Buenos Aires, Losada, 2008.

Apostolidis, Federico M., “La Ciudad Autónoma de Buenos Aires y la coparticipación federal de impuestos: el retorno del unitarismo fiscal”, *La Ley CABA*, año 14, número 2, marzo de 2021.

Arancibia, Mónica, “Sojaplaneros”, *La Izquierda Diario*, 27/11/2022, disponible en <https://www.laizquierdadiario.com/Dolar-soja-2-el-Gobierno-del-Frente-de-Todos-le-transfiere-al-campo-mas-de-100-000-millones>.

Asambleas Constituyentes Argentinas, Instituto de Investigaciones Históricas de la Facultad de Filosofía y Letras, UBA, Emilio Ravignani (Director), tomo cuarto 1827 - 1862, Buenos Aires, Talleres S.A. Casa Jacobo Peuser LTDA, 1937.

Balbín, Carlos F., *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2015.

Calzada, Julio, Informe de la Bolsa de Comercio de Rosario, año XXXVII, 13/3/2020, p. 1, disponible en <https://www.bcr.com.ar/es/mercados/investigacion-y-desarrollo/informativo-semanal/noticias-informativo-semanal/algunas-4>.

Casás, José Osvaldo, *Derechos y garantías constitucionales del contribuyente*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2002.

Casás, José Osvaldo, “Los derechos aduaneros y su gravitación en el federalismo financiero argentino”, *El Derecho – Tributario*, tomo 253, 2/8/2013, ED-DCCLXXIV-17.

Chequeado, “¿Qué es el dólar soja?”, 28/11/2022, disponible en <https://chequeado.com/hilando-fino/que-es-el-dolar-soja>.

Dirección Nacional de Investigaciones y Análisis Fiscal de la Subsecretaría de Política Tributaria de la Secretaría de Ingresos Públicos del Ministerio de Hacienda, publicados en el Informe de Política Tributaria, Buenos Aires, diciembre de 2019, disponible en https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/informe_de_politica_tributaria_dniaf.pdf.

Einstoss, Alejandro y Rojo, Julián, “Subsidios y tarifas energéticas: en camino a nueva crisis”, Instituto Argentino de la Energía “General Mosconi”, 14/5/2021,

p.4, disponible en <https://www.iae.org.ar/wp-content/uploads/2021/05/Subsidios-y-tarifas-energeticas-en-camino-a-una-nueva-crisis.pdf>.

Ferreyra, Leandro E., “El olvido del Digesto Jurídico Argentino”, *Palabras del Derecho*, 7/12/2018, disponible en <https://www.palabrasdelderecho.com.ar/articulo.php?id=316>.

Ferreyra, Leandro E., “Las retenciones y el principio de legalidad en materia tributaria”, *DPI*, 1/11/2017, disponible en <https://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2017/10/Ferreyra-Tributario-1.11.pdf>.

Moreno, Guillermo Raúl, “El Pacto de San José de Flores y la Unión Nacional”, *Revista Derechos en Acción (REDEA)*, número 3, 2017, Universidad Nacional de La Plata, 2017, disponible en <https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/article/view/3457>.

Oficina de Presupuesto del Congreso, *Análisis de la recaudación tributaria nacional Año 2022*, Buenos Aires, disponible en <https://www.opc.gob.ar/recaudacion-tributaria/analisis-de-la-recaudacion-tributaria-nacional-2022>.

Oficina de Presupuesto del Congreso, *Análisis de la recaudación tributaria nacional octubre de 2022*, disponible en <https://www.opc.gob.ar/recaudacion-tributaria/analisis-de-la-recaudacion-tributaria-nacional-octubre-2022/>.

83

Peña, Milcíades, *Historia del Pueblo Argentino*, Buenos Aires, Emecé, 2012.

Tarricone, Manuel, “Retenciones agropecuarias: qué son, cómo variaron desde 1983 y qué modificaciones dictó el Ejecutivo”, *Chequeado*, 15/3/2022, disponible en <https://chequeado.com/el-explicador/retenciones-agropecuarias-que-son-como-variaron-desde-1983-y-que-modificaciones-estan-en-discusion/>.

Ucrania: Conflictos armados, la Comunidad Internacional y el Derecho Internacional Humanitario

Tatiana Chelli* y María Candelaria Vito Farrapeira**

Resumen

El presente trabajo tiene como objeto analizar el conflicto entre Ucrania y Rusia -desde el 2014 hasta mediados del 2022- y su repercusión en la comunidad internacional. A su vez, se presentaran distintos episodios ocurridos en el marco del conflicto, desde la perspectiva del Derecho Internacional Humanitario. Por último, se evaluarán los posibles desenlaces en el marco del Derecho Internacional Penal.

Palabras clave: Ucrania - Rusia - Derecho Internacional Humanitario - Crímenes de Guerra - Corte Penal Internacional

Abstract

The purpose of this paper is to analyze the conflict between Ukraine and Russia -from 2014 to mid-2022- and its impact on the international community. In turn, different episodes that occurred in the context of the conflict will be presented, from the perspective of International Humanitarian Law. Finally, the possible outcomes will be evaluated within the framework of International Criminal Law.

Keywords: Ukraine - Russia - International Humanitarian Law - War Crimes - International Criminal Court

* Abogada graduada de la Universidad de Buenos Aires.

** Abogada graduada de la Universidad de Buenos Aires.

I. Introducción

Este trabajo busca en primer lugar ordenar los distintos acontecimientos que llevaron a la crisis humanitaria que al momento de la redacción del presente, se encuentra en desarrollo en Ucrania. Para esto, se tendrá en cuenta el accionar de las distintas partes en el conflicto y la respuesta de la comunidad internacional, entre las cuales se cuenta con resolutorios de tribunales internacionales. Además se analizará la aplicación del Derecho Internacional Humanitario en el conflicto y sus implicancias en el Derecho Internacional Penal.

II. Recuento histórico del escalamiento del conflicto

Si se quiere analizar el conflicto armado (en adelante, “CA”) que está teniendo lugar entre Ucrania y Rusia actualmente, no basta con mirar los eventos desencadenados en el mes de febrero de este año, sino que es necesario remontarnos hasta el año 2013, antes de la anexión de la península de Crimea por parte de Rusia.

En 2013, el entonces presidente de Ucrania, Viktor Yanukovich, comenzó negociaciones para lograr la asociación a la Unión Europea (en adelante, “UE”). Una semana antes de la fecha fijada para la firma del acuerdo – el día 29 de noviembre –, Yanukovich anunció un cambio radical de postura: reanudaría las negociaciones para ingresar a la Unión Aduanera Euroasiática. Consecuentemente y frente a este cambio imprevisto, comenzaron a ocurrir manifestaciones a nivel interno que se extendieron por más de dos meses.

En febrero de 2014, aparentemente, soldados rusos, sin las correspondientes insignias, ingresaron a Crimea y participaron de las demostraciones pro-rusia. Las cuales escalaron a enfrentamientos armados y a fines del mes, el presidente ucraniano negoció con la oposición un cese a la violencia – para entonces ya habían fallecido más de 100 personas en las protestas – y Yanukovich terminó abandonando el país rumbo a Rusia y dejó que la oposición tome el gobierno. Así, en el mes de marzo se realizó un referéndum en la península de Crimea, donde cerca del 97% de los votantes optó por anexarse a Rusia, éstos resultados fueron rápidamente desacreditados por la comunidad internacional. Asimismo, Ucrania inició investigaciones criminales por el ataque a su integridad y soberanía por parte de las autoridades de la provincia de Crimea. En un comunicado conjunto, el presidente del Consejo de Europa y la UE describieron el referéndum como ilegal e ilegítimo, y se negaron a reconocer sus resultados.¹ Finalmente, dos días después

¹ EUCO 58/14 del Consejo de Europa, Joint statement on Crimea by President of the European Council Herman Van Rompuy and President of the European Commission José Manuel Barroso (2014). Disponible en https://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_Data/docs/pressdata/en/ec/141566.pdf

del referéndum, Vladimir Putin anunció la anexión de la península de Crimea a la Federación de Rusia.

A partir de estos hechos, se engendraron nuevos movimientos separatistas, ahora en la región del Donbás. Es decir, en las provincias de Donetsk y Lugansk. A raíz de las cuales, grupos armados pro-rusos tomaron parte del territorio cercano a la frontera con Rusia. El 12 de mayo del 2014 se celebraron referéndums en ambas provincias, las cuales se auto proclamaron repúblicas independientes de Ucrania.

Luego, en noviembre de ese año, Putin reconoció la participación de las fuerzas armadas rusas en estos incidentes. Desde entonces, la región ha estado militarizada por fuerzas ucranianas y los grupos separatistas han sido apoyados por el gobierno de Moscú.

En 2019, Viktor Zelenski, actual presidente de Ucrania, ganó las elecciones. Como parte de su campaña electoral aseguró su voluntad de finalizar la guerra en el este del país. Aún más, en el mes de diciembre de ese año acordó con Putin retomar diálogos para la paz.

A principios del 2021, Rusia comenzó a desplegar nuevamente a su ejército cerca de la frontera con Ucrania, lo cual reactivó las tensiones en la región del Donbás. En el mes de diciembre las fuentes de inteligencia de Estados Unidos comenzaron a advertir que Rusia planeaba aumentar aún más su presencia militar en la frontera con Ucrania. Frente a esta situación, se comenzaron negociaciones diplomáticas entre EEUU, la UE, el Reino Unido y Rusia para evitar una escalada militar.

Las reuniones terminaron sin consenso alguno y en el mes de enero de 2022 Ucrania denunció haber sido víctima de un ciberataque ruso. Seguidamente, la tensión militar alcanzó un nuevo pico de intensidad y Rusia declaró estar en condiciones de poder movilizar a sus fuerzas. A mediados de febrero los movimientos separatistas del Donbás comenzaron a esparcir el temor por un inminente ataque de las fuerzas ucranianas, el cual fue desmentido por el país. Aún así, el 21 de febrero Putin reconoció la independencia de las dos provincias separatistas del este de ucraniano – República Popular de Donetsk y República Popular de Lugansk –. Tres días más tarde – el 24 de febrero – anunció el comienzo de una operación militar especial para mantener la paz y desnazificar Ucrania². Así, se reactivó el CA Ucrania - Rusia, que continúa hasta el día de la fecha.

² Presidente de Rusia, “Address by the President of the Russian Federation”, *Kremlin*, 24 de febrero de 2022, disponible en <http://en.kremlin.ru/events/president/news/67843>

III. Repercusión de las acciones rusas en la comunidad internacional

1. Organización de las Naciones Unidas

El inicio de éste CA ha puesto en jaque el funcionamiento de las Naciones Unidas. Al ser Rusia un miembro permanente del Consejo de Seguridad – tiene la capacidad de vetar una resolución – el organismo encargado de mantener la paz y seguridad internacionales ha quedado *de facto* estancado. Ésto se demostró al intentar aprobar una resolución que condenaba la invasión rusa a Ucrania e instaba al cese inmediato del uso de la fuerza. Se requería la retirada inmediata, total e incondicional de todas sus fuerzas militares del territorio de Ucrania dentro de sus fronteras internacionalmente reconocidas. Sin embargo, como se adelantó, la resolución no fue aprobada por el veto del gobierno de Putin.³

Luego de este fracaso, el asunto fue remitido a la Asamblea General de las Naciones Unidas (en adelante, “AGNU”). El 1 de marzo la Asamblea emitió una resolución que condenaba la violación del art. 2.4 de la Carta de las Naciones Unidas (en adelante, “Carta”) e instaba a Rusia a retirar completamente sus fuerzas armadas del territorio ucraniano de forma inmediata. La resolución además instaba al respeto del Derecho Internacional Humanitario (en adelante, “DIH”) y a recurrir a los medios pacíficos de resolución de controversias.⁴

Si bien la resolución no es vinculante, al haber sido aprobada con el voto favorable de 141 países, demuestra un consenso significativo por parte de la comunidad internacional.

2. Consejo de Europa

El Consejo de Europa decidió el día 25 de febrero de 2022 suspender inmediatamente la representación de la Federación de Rusia de acuerdo con lo establecido en el art. 8 de su Estatuto.⁵ Consecuentemente, el 14 de marzo la Asamblea Parlamentaria remitió su informe final sobre la situación, que condena las agresiones cometidas por Rusia y su falta de respeto hacia las medidas provisionales

³ “Rusia veta la resolución que condena su propia ofensiva sobre Ucrania y apoyada por la mayoría del Consejo de Seguridad”, *Noticias ONU*, 22 de febrero de 2022, disponible en <https://news.un.org/es/story/2022/02/1504652>

⁴ “La Asamblea General exige a Rusia la retirada inmediata de sus fuerzas militares de Ucrania”, *Noticias ONU*, 2 de marzo de 2022, disponible en <https://news.un.org/es/story/2022/03/1504852>

⁵ Decisión CM/Del/Dec(2022)1426ter/2.3 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, Decisión del 25 de febrero de 2022, 2.3 Situation in Ukraine – Measures to be taken, including under Article 8 of the Statute of the Council of Europe, apartados 1-2.

dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, “TEDH”).⁶ Además, la Asamblea remarcó la importancia del Consejo de Europa para promover la democracia y el respeto a los Derechos Humanos.⁷ Como conclusión, la Asamblea estableció que si la Federación de Rusia no cesaba el fuego, de conformidad con el Estatuto del Consejo corresponde expulsar al país del organismo.⁸

La Asamblea no pasa por alto las implicancias de la expulsión de Rusia, ya que significa desvincularlo de todos los tratados internacionales del sistema. Asimismo, ésto conllevaría su remoción de la jurisdicción del TEDH⁹ y dejar el cumplimiento de las medidas provisionales dictadas a la buena voluntad de Moscú. Finalmente, el día 16 de marzo el Consejo de Europa decidió cesar la participación de Rusia en la organización.¹⁰

3. Organización del Tratado del Atlántico del Norte

Por su parte, la OTAN el 25 de febrero expresó que los actos de agresión cometidos por el gobierno de Putin constituían la más grave amenaza para la seguridad euroatlántica de las últimas décadas. Se instó a Rusia a detener una guerra que no fue provocada por el pueblo ucraniano, a cesar el fuego, retirar a las tropas rusas y a retornar al camino del diálogo.¹¹ Además, se condenó también a Bielorrusia por su colaboración en el inicio de la guerra, y se adelantó que la OTAN movilizaría parte de sus fuerzas preventivamente hacia zonas cercanas al conflicto.

Un mes después, los representantes de los 30 países integrantes de la OTAN emitieron un nuevo comunicado. Aquí, se condenaron nuevamente las agresiones cometidas, se adhirieron a las declaraciones de la AGNU e instaron a Rusia a cumplir con las medidas cautelares emitidas por la Corte Internacional de Justicia el 16 de marzo. Además, se estableció que de acuerdo con la Carta, Ucrania ejercía su legítimo derecho de defensa, por lo que la OTAN continuaría proveyéndolos de apoyo político y militar.¹²

89

⁶ Decisión Doc. 15477 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, Consequences of the Russian Federation's aggression against Ukraine, apartado 8, draft opinion.

⁷ Ibid., apartado 12.

⁸ Ibid., apartados 19-20.

⁹ Ibid., apartado 79.

¹⁰ Resolución CM/Res(2022)2 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, Resolution on the cessation of the membership of the Russian Federation to the Council of Europe.

¹¹ OTAN, “Press conference by NATO Secretary General Jens Stoltenberg following the extraordinary virtual summit of NATO Heads of State and Government”, OTAN, 25 de febrero de 2022, disponible en https://www.nato.int/cps/en/natohq/opinions_192455.htm

¹² OTAN, “Statement by NATO Heads of State and Government”, OTAN, 24 de marzo de 2022, disponible en https://www.nato.int/cps/en/natohq/official_texts_193719.htm

4. Organización de Estados Americanos

El 24 de marzo se emitió un comunicado de prensa condenando los ataques iniciados por Rusia y se instó a un inmediato cese de los hostigamientos irresponsablemente iniciados.¹³

Un mes después, el Consejo Permanente de la OEA emitió una nueva resolución en la que describió como preocupante e inaceptable el deterioro de la situación humanitaria en Ucrania. Nuevamente, se instó al cese inmediato de los actos que podrían constituir crímenes de guerra.¹⁴ Además, se solicitó a Rusia que retirara sus tropas del territorio ucraniano y regresara al camino del diálogo y la diplomacia.¹⁵

Finalmente, el 21 de abril de 2022 el Consejo Permanente resolvió suspender a la Federación de Rusia de su participación como observador permanente ante la OEA, hasta que ceda sus hostilidades, retire sus fuerzas armadas de Ucrania y retome las vías de diálogo.¹⁶

5. Mercado Común del Sur

El Parlamento del MERCOSUR expresó su preocupación por los ataques rusos y el abandono de las vías diplomáticas y pacíficas de arreglo de controversias al poner en vilo a la comunidad internacional a través del uso de la fuerza. Así, se exhortó a los gobiernos del MERCOSUR a interceder en el conflicto con el objetivo de promover los arreglos amistosos e impedir que se siga agravando la situación humanitaria en Ucrania.¹⁷

IV. Decisiones de tribunales internacionales

1. Tribunal Europeo de Derechos Humanos

La potestad del TEDH de disponer medidas provisionales no está consagrada en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, sino que surge del art. 39 de las Reglas del Tribunal. Se establece que el TEDH podrá indicar a las partes la

¹³ OEA, “Comunicado de Prensa: Comunicado de la Secretaría General de la OEA sobre ataque ruso a Ucrania”, OEA, 24 de marzo de 2022, disponible en https://www.oas.org/es/centro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=C-008/22

¹⁴ Consejo Permanente de la OEA, CP/RES. 1192 (2371/22), párr. 1, Resolución sobre la crisis en Ucrania del 25 de marzo de 2022.

¹⁵ Ibid., párrafo 6.

¹⁶ Ibid., párrafo 1.

¹⁷ Parlamento del MERCOSUR, Declaración de la Mesa directiva del Parlamento del Mercosur sobre el conflicto Rusia – Ucrania (2022). Accesible en <https://www.parlamentomercosur.org/innovaportal/file/20099/1/prensa-comunicado--ucrania.pdf>

implementación de las medidas que estime útiles “con miras al interés de las partes o para la conducción apropiada del procedimiento en trámite.”

Las medidas podrán ser dispuestas por una Sala del TEDH, o el Presidente de la Sala de oficio o por petición de las partes. En caso de no haberse constituido aún una Sala para tratar el caso, las medidas podrán ser ordenadas por el Presidente de la Sección en la que la demanda fue asignada. Éstas son concedidas de manera excepcional, por lo que se debe demostrar *prima facie* el peligro de ser víctimas de una violación del CEDH o que existe una gran posibilidad de que ocurra.

En el caso entre Ucrania y Rusia, el día 1 de marzo de 2022 el TEDH emitió un comunicado oficial en el cual hacía saber que se habían dispuesto medidas provisionales para evitar que se atacaran personas y bienes civiles en el marco del conflicto.¹⁸ El tribunal consideró que los actos de agresión que iniciaron el 24 de febrero configuraban un riesgo real y serio frente a posibles nuevas violaciones a los derechos elementales de la población civil. Mencionó por ejemplo el derecho a la vida, la prohibición de padecer torturas o tratos inhumanos o degradantes y el derecho a la privacidad y la vida familiar.

Dentro de las medidas específicamente ordenadas a la Federación de Rusia, se estableció que se debían evitar los ataques militares contra población y objetivos civiles, garantizar la seguridad de los establecimientos médicos y su personal.¹⁹ Adicionalmente, el 4 de marzo se ordenaron nuevas medidas provisionales a partir de diferentes peticiones individuales iniciadas por ciudadanos ucranianos. Así, el TEDH reiteró lo dispuesto en su decisión anterior, y agregó que los países involucrados deberían respetar los caminos humanitarios, los servicios de salud, las vías de abastecimiento de alimentos y otros elementos esenciales.²⁰

El TEDH además hizo referencia a medidas cautelares de similar naturaleza libradas en el pasado debido al conflicto histórico entre los dos países. De este modo, ya en el año 2014 a raíz de la invasión a la península de Crimea, se habían abierto una serie de casos en el TEDH. Consecuentemente, el tribunal obligó a ambos Estados a respetar el derecho a la vida y la prohibición de tortura y tratos crueles en línea con el DIH.²¹ Además, en respuesta a más de 100 peticiones individuales, se obligó a los Estados a respetar los derechos de las personas privadas de su libertad o cuyo paradero se desconocía.²²

¹⁸ TEDH, Press Release: The European Court grants urgent interim measures in application concerning Russian military operations on Ukrainian territory, comunicado del 1 de marzo de 2022, disponible en <https://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-7272764-9905947>

¹⁹ Ibid.

²⁰ TEDH, Press Release: Decision of the Court on requests for interim measures in individual applications concerning Russian military operations on Ukrainian territory, comunicado del 4 de marzo de 2022, página 1, disponible en <https://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-7277548-9913621>

²¹ TEDH, Press release: European Court of Human Rights deals with cases concerning Crimea and Eastern Ukraine, comunicado del 26 de noviembre de 2014, página 2, disponible en <https://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-4945099-6056223>

²² Ibid.

2. Corte Internacional de Justicia

Luego de que Putin anunciara que había operaciones militares especiales en contra de Ucrania, el país atacado interpuso una demanda ante la Corte Internacional de Justicia (en adelante, CIJ). La demanda se basó en la interpretación y aplicación de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (en adelante, Convención de Genocidio),²³ ésto por los dichos del mandatario ruso sobre el objetivo de “desnazificar” Ucrania y detener el “genocidio” que teóricamente estaba ocurriendo en la región del Donbás.²⁴

A raíz de esta demanda, se celebraron audiencias – sin la participación de la Federación de Rusia²⁵ – y la CIJ emitió una decisión sobre medidas provisionales dado lo apremiante del CA. Ucrania había solicitado a la CIJ, entre otras cosas, que le ordenara a Rusia suspender inmediatamente las operaciones militares iniciadas el 24 de febrero y detener el accionar de cualquier grupo armado que recibiera apoyo o dirección por parte de Rusia.²⁶

Como primer punto, la CIJ remarcó su especial preocupación por las vidas perdidas desde el inicio del conflicto, y por el sufrimiento humano generado.²⁷ De este modo, reiteró que la Carta contiene obligaciones vinculantes para los Estados partes. Entre ellas, el deber de recurrir a la solución pacífica de controversias y el respeto al derecho internacional en general y al DIH.²⁸

92

Ucrania en su demanda alegó que Rusia había realizado una interpretación y aplicación deshonestas de la Convención de Genocidio.²⁹ Atento a que así justificó la legalidad de su invasión, al intentar teóricamente prevenir y sancionar el genocidio que se llevaría adelante en Ucrania.³⁰ Rusia por su parte rechazó la competencia de la CIJ, pese a ser el Estado que públicamente denunció el supuesto genocidio ucraniano.³¹ Si bien en esta instancia la CIJ no analizó en profundidad su competencia, entendió que *prima facie* la disputa entre los Estados radicaba en

²³ CIJ, “Press Release Ukraine institutes proceedings against the Russian Federation and requests the Court to indicate provisional measures”, comunicado de prensa del 27 de febrero de 2022, No. 2022/4, p. 1.

²⁴ Presidente de Rusia, “Address by the President of the Russian Federation”, *Kremlin*, 24 de febrero de 2022, disponible en <http://en.kremlin.ru/events/president/news/67843>

²⁵ CIJ, “Allegations of genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide” (Ukraine v. Russian Federation), sentencia del 16 de marzo de 2022, párrafo 16.

²⁶ *Ibid.*, párr. 5.

²⁷ *Ibid.*, párr. 17.

²⁸ *ibid.*, párr. 18.

²⁹ Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, adoptada el 9 de diciembre de 1948, *United Nations Treaty Series*, vol. 78, p. 277.

³⁰ CIJ, “Allegations of genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide” (Ukraine v. Russian Federation), sentencia del 16 de marzo de 2022, párrafo 36.

³¹ *Ibid.*, párrs. 36-42.

la interpretación y aplicación de la Convención de Genocidio.³²

En cuanto al fondo, Ucrania alegó la necesidad de defender su derecho a no ser acusado falsamente por perpetrar un genocidio y a ser el objetivo de las operaciones militares especiales basadas en el art. 1 de la Convención de Genocidio.³³ Sobre esto, si bien dicho artículo no especifica cuales deberán ser las medidas tomadas por los Estados para prevenir y sancionar el genocidio, se entiende que la Convención debe ser aplicada en base a la buena fe. Esto implica que se deben respetar las demás disposiciones del tratado y el derecho internacional en general.³⁴

Además, dado el estado preliminar del caso, la CIJ remarcó que hasta el momento no contaba con evidencias que permitieran inferir que en Ucrania se habría cometido un crimen de genocidio. A ello se suma que, de acuerdo con la interpretación de la CIJ, no sería coherente justificar un ataque armado en base al respeto a un tratado.³⁵ Por esto, la CIJ concluyó que Ucrania tenía un derecho a no ser atacada bajo el fundamento de prevenir y sancionar el presunto genocidio.³⁶

Asimismo, la CIJ consideró que los habitantes de Ucrania se encontraban en riesgo. Ya que podrían sufrir daños irreparables por las acciones militares rusas, entre ellos, la pérdida de vidas, las afectaciones a la integridad física y psíquica, los daños a la propiedad en general y al medio ambiente.³⁷

Como conclusión, la CIJ determinó que la Federación de Rusia debía suspender de forma inmediata las operaciones militares especiales. También, asegurarse que cualquier grupo armado, militar o regular, que fuera dirigido o apoyado por el Estado se abstuviera de seguir participando en las operaciones militares.³⁸

93

V. Aplicación del Derecho Internacional Humanitario

1. La calificación y el derecho aplicable

A la hora de hablar de DIH es imprescindible calificar la situación de hecho, es decir el CA, según los parámetros de derecho consuetudinario cristalizados en las Convenciones de Ginebra de 1949 (en adelante, CG)³⁹, de las cuales tanto Ucrania como Rusia son partes. Ésto es lo que determinará el derecho aplicable a

³² Ibid., párr. 47.

³³ Ibid, párr. 52.

³⁴ Ibid., párr. 56.

³⁵ Ibid., párr. 59.

³⁶ Ibid., párr. 60.

³⁷ Ibid., párrs. 74 y 77.

³⁸ Ibid., párr. 81.

³⁹ Convenios de Ginebra I al IV, adoptados el 12 agosto de 1949, *United Nations Treaty Series*, vol. 75, p. 31.

cada acción llevada a cabo en el marco del conflicto.

La calificación siempre debe basarse en la realidad fáctica de lo acontecido, es decir, que no depende de las declaraciones efectuadas por las partes o por terceros. Por ejemplo, no hace falta que haya una formal declaración de guerra entre dos estados para que se trate de un conflicto armado internacional (en adelante “CAI”)⁴⁰.

La situación en Ucrania, en este momento, comprendería tres conflictos distintos. Por un lado, se cuenta con la situación de Crimea, por el otro los enfrentamientos con los rebeldes pro-rusia y finalmente la invasión rusa que tuvo comienzo en febrero de 2022.

Crimea

Luego de la escalada de las tensiones en febrero de 2014, ha habido presencia de fuerzas armadas rusas en Crimea. Lo cual inicialmente fue negado por éste Estado, pero luego Putin lo reconoció públicamente. Si bien en marzo de 2014 luego del referéndum Rusia aprobó una ley para anexar Crimea, la AGNU rechazó la legitimidad de estos actos.⁴¹

Sin perjuicio de ello, más allá de los dichos del presidente ruso, la realidad es que Crimea se encuentra bajo el control de fuerzas armadas y autoridades rusas, sin el permiso ni consentimiento de Ucrania. Estos hechos son los que justifican la calificación de la situación como una ocupación militar, por lo que resultan aplicables los arts. 27-34 de la CG IV,⁴² arts. 47-78 del Protocolo Adicional I a las CG (en adelante “PA I”),⁴³ y los arts. 42-56 la Convención de la Haya de 1907.⁴⁴

Para hablar de ocupación, es necesario que el territorio se encuentre bajo la autoridad del ejército beligerante. Según Sassòli la ocupación armada tiene tres requisitos: 1) el Estado ocupante debe tener efectivo control del territorio, 2) el Estado ocupado debe haber perdido el control efectivo del territorio y 3) el

⁴⁰ Cfr. Convenios de Ginebra, art. 3, adoptada el 12 agosto de 1949, *United Nations Treaty Series*, vol 75, p. 31, 85, 135 y 287.

⁴¹ El 27 de marzo 2014, con 101 votos a favor, 11 en contra y 58 abstenciones, la AGNU adoptó la Resolución 68/262. La cual refiere “el referéndum realizado en la República Autónoma de Crimea y en la ciudad de Sebastopol el 16 de marzo de 2014, por no tener validez, no puede ser la justificación de cualquier alteración en el estatus de la República Autónoma de Crimea y/o de la ciudad de Sebastopol” (traducción propia). Asamblea General de las Naciones Unidas, Res. 68/262, U. N. Doc. A/RES/68/262, 26 de marzo de 2014.

⁴² Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, adoptado el 12 agosto de 1949, *United Nations Treaty Series*, vol. 75, p. 287.

⁴³ Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949: relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, adoptado el 8 de junio de 1977, *United Nations Treaty Series*, vol. 1125, p. 3.

⁴⁴ Convenio de la Haya de 1907 relativo a las leyes y usos de la guerra terrestre, adoptado el 18 de octubre de 1907.

Estado ocupado no puede haber prestado consentimiento a la presencia del Estado adversario en su territorio.⁴⁵

En el caso de Crimea, Ucrania ha perdido todo tipo de influencia y control sobre ésta parte de su territorio, ya que se encuentra con la presencia de fuerzas armadas y de seguridad rusas - tal como Putin ha reconocido -. Respecto de si Ucrania consintió la ocupación, es cierto que se cuenta con el referéndum que se llevó a cabo y del anuncio por parte de Rusia de la anexión a su territorio soberano. Sin embargo, el gobierno Ucraniano luego de la renuncia de Yanukovich ha reiteradamente rechazado la presencia de tropas rusas en su territorio. Postura que, como ya se dijo, fue apoyada por la comunidad internacional.

Rebeldes pro-rusia

Luego de la ocupación de Crimea surgieron, en la región de Donbás, demostraciones de grupos que reclamaban la anexión a Rusia. Esta situación fue aumentando en su intensidad hasta traspasar el límite de disturbios internos hasta convertirse en un Conflicto Armado No Internacional (en adelante "CANI"). Es decir un conflicto que ocurre en el territorio de un Estado, entre las fuerzas armadas y un grupo o entre distintos grupos armados no estatales.

Una situación puede ser clasificada como CANI cuando la violencia armada alcanza cierto grado de intensidad que sobrepasa las tensiones o disturbios internos. Por su parte, el grupo armado debe contar con un mínimo de organización.⁴⁶

En el caso de Ucrania, desde abril del año 2014 hombres armados comenzaron a ingresar a edificios gubernamentales en distintas ciudades y pueblos del este. Como respuesta a estos episodios, el entonces Presidente desplegó las fuerzas armadas en una "operación anti-terrorista" para recuperar el control de las áreas. Ésto desencadenó una oleada de enfrentamientos intensos, entre los cuales por ejemplo los rebeldes derribaron dos helicópteros ucranianos. Por eso, es posible sostener que a mediados de abril ya se había alcanzado el nivel de intensidad exigido para hablar de un CANI.

Los enfrentamientos continuaron hasta la invasión rusa del 2022. La oficina

⁴⁵ Sassòli, Marco, *International Humanitarian Law*. Reino Unido, Edward Elgar Publishing Limited, 2019, pág. 6.22

⁴⁶ El Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia (en adelante "TPIY") especificó factores indicativos de los umbrales de intensidad y organización: "(...) el número, duración y gravedad de las confrontaciones o enfrentamientos armados; unidades de combatientes desplegados en ambos lados y el tipo de fuerzas gubernamentales involucrada, tipos de armas utilizadas; número de víctimas militares y civiles; magnitud de daños materiales causados; efectos de la violencia en la población civil, capacidad para planificar y lanzar operaciones militares coordinadas; capacidad para reclutar, entrenar y equipar a nuevos combatientes, entre otros (TPIY, "Prosecutor v. Haradinaj", sentencia del 3 de abril de 2008, párr. 60, disponible en <https://www.icty.org/x/cases/haradinaj/tjug/en/080403.pdf>).

del Alto Comisionado de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas reportó que entre el 14 de abril de 2014 hasta el 15 de febrero de 2020, entre 13,000 y 13,200 personas fueron asesinadas. Entre los cuales se trataba de al menos 3,350 civiles, 4,100 miembros de las fuerzas armadas ucranianas y un aproximado de 5,650 miembros de los grupos armados.⁴⁷

Tanto el grupo “República Popular de Donetsk” y el grupo “República Popular de Lugansk” - los dos principales grupos armados no estatales del conflicto - cuentan con significativos niveles de organización. En ese sentido, esta organización ha ido evolucionando y consolidándose con el progreso del conflicto. Al día de hoy, ambos cuentan con estructura interna, han firmado acuerdos con el gobierno ucraniano, controlan parte del territorio y tienen una auto proclamada estructura de gobierno.

Consecuentemente, se entiende que para este CANI resulta aplicable el art. 3 común a las CG, el cual Ucrania ha ratificado. Para analizar la aplicabilidad del Protocolo Adicional II de 1977 de las CG⁴⁸ tiene que tenerse en cuenta a su vez que el grupo armado posea la habilidad de llevar a cabo operaciones militares sostenidas y concertadas, implementar disciplina y aplicar el Protocolo. Lo cual se entiende cumplido en este caso por lo ya expuesto.

Invasión rusa 2022

96

Si bien desde la ocupación de Crimea, Ucrania se encuentra en un CAI con Rusia, a fines de 2021 comenzaron a escalar las tensiones entre ambos países. Rusia ha manifestado su descontento desde el comienzo de las negociaciones por parte del Presidente ucraniano para unirse a la OTAN. A partir de esto hubo un desplazamiento de tropas rusas a la frontera, lo que puede ser considerado como una amenaza a la paz. Luego, en febrero de 2022 Putin ordenó el ingreso de sus tropas a Ucrania, lo que constituye un acto de agresión⁴⁹ que activó el DIH ya que la situación alcanzó la categoría de CAI.

El umbral para hablar de CAI es más bajo que en el caso de los CANI. En ese sentido, se ha dicho que “cualquier diferencia emergente entre dos estados que lleva a la intervención de las fuerzas armadas es un CAI (...) la duración del conflicto ni la magnitud de la matanza llevada a cabo no hace diferencia alguna, (...) [incluso] si hay un sólo soldado herido al final del conflicto, la Convención debería haber

⁴⁷ Report on the human rights situation in Ukraine 16 November 2019 to 15 February 2020, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas de Derechos Humanos, 1 de marzo de 2020, párrafos 29 y 31.

⁴⁸ Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949: relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados no internacionales, adoptado el 8 de junio de 1977, *United Nations Treaty Series*, vol. 1125, p. 609.

⁴⁹ Asamblea General de las Naciones Unidas, Res. 3314 (XXIX), 14 de diciembre de 1974.

sido aplicada”⁵⁰ (traducción de las autoras).

Es decir que el ingreso - sin autorización - de las tropas rusas en el territorio soberano ucraniano y los inmediatos ataques militares en distintas áreas del país, transformó las tensiones en un CAI, tornando aplicable las CG y el DIH.

2. Principios del Derecho Internacional Humanitario

Si bien el DIH cuenta con múltiples disposiciones específicas sobre la conducción de las hostilidades, lo cierto es que todas estas regulaciones emanan de los principios básicos. Se trata de los principios de: humanidad, distinción, proporcionalidad y necesidad militar.

Se puede decir que el DIH busca encontrar un compromiso o equilibrio entre el principio de humanidad y la necesidad militar. En este sentido la *Cláusula de Martens* declara que “las poblaciones y los beligerantes permanecen bajo la garantía y el régimen de los principios del Derecho de Gentes preconizados por los usos establecidos entre las naciones civilizadas, por las leyes de la humanidad y por las exigencias de la conciencia pública.”⁵¹ Es decir, que en los casos que no se encuentran cubiertos por las reglas ya existentes del DIH, civiles y combatientes tienen que estar protegidos por los principios derivados de la costumbre internacional, el principio de humanidad y lo que dicte la conciencia.

El principio de humanidad prohíbe la inflexión de todo sufrimiento, daño o destrucción no necesaria para lograr un propósito legítimo del conflicto⁵². El CICR estipula en su *Customary Study*⁵³ que “Las partes del conflicto deben en todo momento distinguir entre civiles y combatientes. Los ataques pueden estar únicamente dirigidos hacia combatientes, (...) no pueden ser dirigidos hacia civiles” (traducción de las autoras). Este principio cristaliza la prioridad de proteger a los civiles de los efectos de la guerra. A su vez, la CIJ lo destacó como uno de los

97

⁵⁰ CICR, “Comentario de 1952 al Convenio de Ginebra para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos y los Enfermos de las Fuerzas Armadas en Campaña (“Primer Convenio de Ginebra””, art. 2, disponible en <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Comment.xsp?action=openDocument&documentId=02A56E8C272389A9C12563CD0041FAB4>

⁰ Convenio de la Haya de 1899 relativo a las leyes y usos de la guerra terrestre (II), preámbulo, adoptado el 18 de octubre de 1907.

⁵² CICR, “What is IHL?”, *CICR*, artículo del 18 de septiembre de 2015, disponible en <https://www.icrc.org/en/document/what-ihl#:~:text=The%20principles%20of%20humanity%20forbids,legitimate%20purpose%20of%20a%20conflict>

⁵³ “El CICR, analizó la actual práctica de los Estados en relación con el DIH. El objetivo del estudio era identificar el derecho consuetudinario que se aplica a este ámbito y esclarecer la protección jurídica que otorga a las víctimas de la guerra. Se identificaron 161 normas de DIH consuetudinario que constituyen el núcleo común del DIH vinculante para todas las partes en los CA” (CICR, “Derecho Internacional Humanitario consuetudinario”, *CICR*, 29 de octubre de 2010, disponible en <https://www.icrc.org/es/doc/war-and-law/treaties-customary-law/customary-law/overview-customary-law.htm> .

“principios cardinales” que constituyen el “entretejido del derecho humanitario.”⁵⁴

De forma similar, el CICR explica que el principio de proporcionalidad “prohíbe ataques en contra de objetivos militares que sea esperable que causen pérdidas incidentales de vidas civiles, lesiones a civiles, daños a bienes de carácter civil, o una combinación de ambos, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista.” Es decir, que muertes o daños colaterales pueden ser legales únicamente si no son excesivos en relación, directa y concreta, con la ventaja militar prevista.

Finalmente, el principio de necesidad militar permite el nivel y tipo de fuerza necesaria para alcanzar un propósito legítimo en el conflicto, pero no permite tomar medidas que de otra forma sean prohibidas por el DIH.

Estos principios, en su mayoría buscan consagran prohibiciones de ataques directos a civiles, ataques con efectos indiscriminados, medios o métodos de guerra que puedan causar daño superfluo y sufrimiento innecesario y tratamientos indignos o crueles a los prisioneros de guerra, heridos y fallecidos. El DIH por su parte, al analizar si se han violado las normas que regulan la conducta de las hostilidades, se basan no en los resultados sino en qué y quién era el objeto del ataque. Por ejemplo, atacar directamente a civiles u objetos civiles está prohibido.

3. Crímenes de guerra

Los crímenes de guerra son violaciones particularmente serias del DIH, que ponen en peligro a personas u objetos protegidos, o que incumplen valores importantes, que generan responsabilidad penal individual.

Las CG y el PAI establecen que ciertas violaciones del DIH son consideradas “infracciones graves” y que no pueden ser exoneradas ninguna de las partes que las cometa. Asimismo, otras violaciones de regulaciones de tratados internacionales de DIH pueden ser consideradas crímenes de guerra.

Analizar las violaciones del DIH cuando un conflicto continúa activo claramente presenta un sinfín de complicaciones, ya que no siempre lo que se difunde es lo que sucedió y se necesita más información. Sin perjuicio de ello, a continuación se analiza un episodio que ha repercutido en los medios internacionales, que ilustra potenciales violaciones al DIH.

La ciudad de Mariupol fue uno de los objetivos principales de las fuerzas armadas rusas en las primeras semanas del CA. El 9 de marzo de 2022, un hospital y maternidad de esa localidad fue bombardeado por tropas rusas. Como consecuencia

⁵⁴ CIJ, “Opinión Consultiva sobre la licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares”, opinión consultiva del 8 de julio de 1996, I.C.J. Reports 1996, p. 226, disponible en <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/95/095-19960708-ADV-01-00-EN.pdf>.

del ataque al menos diecisiete personas resultaron heridas, tres de las cuales al día siguiente fueron declaradas muertas. Una de ellas se trataba de una niña.⁵⁵

Este ataque habría violado numerosas reglas del DIH, ya que el objetivo se trató de un hospital en cuyo interior había pacientes civiles.⁵⁶ Naturalmente, un hospital se trata de un objetivo civil, es decir, no es un objetivo legítimo. Aún más, los hospitales gozan de una protección especial. A su vez, el método de ataque elegido, bombardeo, no es adecuado para estos casos ya que pelagra la proporcionalidad.⁵⁷ Es que, de encontrarse justificado el ataque (por ejemplo si había combatientes en el interior), por tratarse de un edificio protegido con civiles también allí, un ataque terrestre sería más adecuado. De esta manera se podría identificar a las personas que pueden ser objetivos militares y proceder únicamente respecto de estas.

Por su parte el Estatuto de Roma tipifica en el art. 8.2.b como crimen de guerra violaciones graves de las leyes y usos aplicables en CAI. Específicamente, en el inciso ix hace referencia a “Dirigir intencionalmente ataques contra edificios dedicados a la religión, la educación, las artes, las ciencias o la beneficencia, los monumentos históricos, los hospitales y los lugares en que se agrupa a enfermos y heridos, siempre que no sean objetivos militares” (resaltado propio).

VI. Análisis del Derecho Internacional Penal

99

El objeto de la responsabilidad penal internacional es que personas físicas individuales puedan ser enjuiciadas y, eventualmente, condenadas por su participación en la comisión de crímenes internacionales. Éstos últimos son, en términos generales, los crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y genocidio.

Desde el fin de la Segunda Guerra Mundial se crearon diversos Tribunales Ad-Hoc para juzgar crímenes cometidos en el marco de situaciones particularmente graves en territorios específicos. Luego de un desarrollo progresivo y paulatino por parte de la comunidad internacional, en el cual hubieron diversos intentos que fracasaron, se aprobó el Estatuto de Roma⁵⁸, que creó la Corte Penal Internacional (en adelante, CPI). Esta Corte es de carácter permanente y complementario a las

⁵⁵ “Mariupol, antes y después del bombardeo ruso al hospital materno-infantil”, *El País*. 10 de marzo de 2022, disponible en <https://elpais.com/internacional/2022-03-10/el-ataque-de-mariupol-antes-y-despues-del-bombardeo.html>

⁵⁶ Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949: relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, arts. 12 y 48, adoptado el 8 de junio de 1977, *United Nations Treaty Series*, vol. 1125, p. 3.

⁵⁷ Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949: relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, art. 52, adoptado el 8 de junio de 1977, *United Nations Treaty Series*, vol. 1125, p. 3.

⁵⁸ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, adoptado el 17 de julio de 1998, *United Nations Treaty Series*, vol. 2187, p. 38544.

jurisdicciones nacionales. En base a la responsabilidad penal individual, investiga a personas y su participación criminal en atrocidades.

El Estatuto de Roma establece que la Corte tiene jurisdicción para entender en un caso cuando éste haya sido cometido en el territorio de un Estado parte –art. 12.2.a– o cuando el crimen haya sido cometido por un nacional de un Estado parte –art. 12.2.b–. Adicionalmente, estos parámetros pueden ser ampliados cuando un Estado no parte decide someterse voluntariamente a la jurisdicción de la CPI –art. 12.3– o cuando la situación bajo análisis es remitida por el Consejo de Seguridad –art. 13.b–.

Sobre la intervención de la CPI en el conflicto analizado, en primer lugar se debe aclarar que ni Ucrania ni Rusia son parte del Estatuto. Sin embargo, luego de los acontecimientos ocurridos en 2014 Ucrania le otorgó dos autorizaciones especiales a la CPI en el marco del art. 12.3. La primera declaración tenía como objetivo identificar y enjuiciar a los autores y cómplices de los actos cometidos en el territorio de Ucrania entre los días 21 de noviembre de 2013 y 22 de febrero de 2014.⁵⁹ Ésta declaración incluía desde los disturbios generados a partir de la decisión de Yanukovich de no asociarse a la UE y hasta el final de su mandato.

Más tarde, el gobierno de Ucrania extendió el marco temporal para el cual había aceptado su jurisdicción. Así, se reconoció la potestad de la CPI para identificar y enjuiciar a los autores y cómplices de los actos cometidos en el territorio de Ucrania desde el 20 de febrero de 2014 en adelante.⁶⁰

100

Para que un caso pueda avanzar en la Corte, además de pasar los controles sobre jurisdicción, ésta debe ser activada de acuerdo a lo previsto en el art. 13. De esta forma, una situación puede ser remitida por un Estado parte, lo cual incluye la opción de que un Estado remita su propia situación –art. 13.a–, que la situación sea remitida por el Consejo de Seguridad –art. 13.b– o que la misma Fiscalía de la CPI inicie de oficio la investigación –art. 13.c–.

De éste modo, la Fiscalía en su momento inició un examen preliminar de acuerdo con el art. 15 del Estatuto y en diciembre de 2020 la entonces Fiscal de la CPI, comunicó que la situación se encontraba en un estadio que permitía concluir que se habían cometido diferentes actos encuadrables como crímenes de guerra y lesa humanidad. Particularmente, en los contextos de: crímenes cometidos durante hostilidades, crímenes cometidos durante detenciones y crímenes cometidos en la península de Crimea.⁶¹ El siguiente paso sería que la Sala de Cuestiones Preliminares

⁵⁹ Carta del Embajador de Ucrania ante los Países Bajos a la CPI (2014). Disponible en <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/itemsDocuments/997/declarationRecognitionJurisdiction09-04-2014.pdf>

⁶⁰ Carta del Embajador de Ucrania ante los Países Bajos a la CPI (2015). Disponible en https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/iccdocs/other/Ukraine_Art_12-3_declaration_08092015.pdf#search=ukraine

⁶¹ “Statement of the Prosecutor, Fatou Bensouda, on the conclusion of the preliminary examination in the situation in Ukraine”, *CPI*, 11 de diciembre de 2020, disponible en <https://www.icc-cpi.int/news/statement-prosecutor-fatou-bensouda-conclusion-preliminary-examination-situation-ukraine>

autorizara investigaciones contra individuos específicos a pedido de la Fiscalía. Cabe destacar que a diferencia de las investigaciones iniciadas por remisión del Consejo de Seguridad, o por los Estados partes, las investigaciones iniciadas por la Fiscalía de oficio necesitan atravesar el control de la Sala de Cuestiones Preliminares.⁶²

En ésta línea, pocos días después del estallido del actual CA, el Fiscal de la CPI anunció que la situación de Ucrania tenía evidencia suficiente para pasar a la apertura de investigaciones contra individuos. De éste modo, Karim A. A. Khan expresó que las investigaciones futuras se enfocarían tanto en crímenes de guerra como de lesa humanidad ocurridos desde finales del 2013 hasta el conflicto que se sigue desarrollando. El Fiscal también sugirió que si los Estados partes remitieran la situación de Ucrania, para su prosecución de acuerdo con el art. 14 del Estatuto, se lograría una mejor administración de justicia a nivel internacional.⁶³ Como consecuencia, en tan solo unos días, 41 Estados remitieron la situación de Ucrania a los estrados de la Fiscalía de la CPI, demostrando una participación nunca antes vista en el tribunal.⁶⁴

La Fiscalía se unió a un grupo de investigaciones conjuntas integrado por delegados de Ucrania, Polonia y Lituania, con el objetivo de recoger todas las pruebas posibles para en el futuro colaborar con la justicia internacional.⁶⁵ Además, se ha enviado a personal de la Corte a realizar una visita *in loco* en las ciudades afectadas por el accionar ruso, donde se pudieron constatar los resultados de las violaciones al DIH.⁶⁶

Finalmente, el siguiente gran paso de la CPI sería comenzar investigaciones para en un futuro emitir órdenes de arresto contra los posibles responsables de los

101

⁶² Ambos, Kai, "La guerra en Ucrania y la Corte Penal Internacional" *En Ietra: Derecho Penal*, adelanto del número 13, 2022, pp. 2-3.

⁶³ "Statement of ICC Prosecutor, Karim A.A. Khan QC, on the Situation in Ukraine: "I have decided to proceed with opening an investigation.", *CPI*, 28 de febrero de 2022., disponible en <https://www.icc-cpi.int/news/statement-icc-prosecutor-karim-aa-khan-qc-situation-ukraine-i-have-decided-proceed-opening>

⁶⁴ "Statement of ICC Prosecutor, Karim A.A. Khan QC, on the Situation in Ukraine: Receipt of Referrals from 39 States Parties and the Opening of an Investigation", *CPI*, 2 de marzo de 2022, disponible en <https://www.icc-cpi.int/news/statement-icc-prosecutor-karim-aa-khan-qc-situation-ukraine-receipt-referrals-39-states>; "Statement of ICC Prosecutor, Karim A.A. Khan QC, on the Situation in Ukraine: Additional Referrals from Japan and North Macedonia; Contact portal launched for provision of information", *CPI*, 11 de marzo de 2022, disponible en <https://www.icc-cpi.int/news/statement-icc-prosecutor-karim-aa-khan-qc-situation-ukraine-additional-referrals-japan-and>

⁶⁵ "Statement by ICC Prosecutor, Karim A.A. Khan QC: Office of the Prosecutor joins national authorities in Joint Investigation Team on international crimes committed in Ukraine", *CPI*, 25 de abril de 2022, disponible en <https://www.icc-cpi.int/news/statement-icc-prosecutor-karim-aa-khan-qc-office-prosecutor-joins-national-authorities-joint>

⁶⁶ International Criminal Court. [@IntlCrimCourt]. (13 de abril de 2022). *Prosecutor #KarimAAKhanQC on visit to #Bucha: "#Ukraine is a crime scene. We're here because we have reasonable grounds to believe that crimes within the jurisdiction of the #ICC are being committed. We have to pierce the fog of war to get to the #truth." #JusticeMatters* [Tweet]. Twitter. <https://twitter.com/IntlCrimCourt/status/1514249090506317825?cxt=HHwWgoCz0czh2IMqAAAA>

crímenes de guerra y lesa humanidad. En ese sentido, el art. 58.1 establece la necesidad de que existan motivos fundados para creer que los acusados han cometido un crimen de competencia de la Corte. Luego de ésto, se iniciaría el proceso ordinario ante la Corte respecto de los acusados. Es decir, la emisión de la orden de arresto o comparecencia de el/los sospechoso/s –art. 58–, para arribar luego a la confirmación de los cargos presentados por la Fiscalía –art. 61– y llegar finalmente a la etapa de juicio –art. 64–.

VII. Conclusiones

Más allá de la significativa repercusión que este CA ha tenido tanto a nivel internacional como en los medios de comunicación masiva (a diferencia que respecto de otros CA vigentes), la crisis humanitaria no ha menguado.

Impresiona favorablemente observar la preocupación de la comunidad internacional plasmada en los resolutorios de los tribunales mencionados así como también en los comunicados de los organismos de integración regional. De todos modos, no se puede dejar de soslayar que en la realidad los mecanismos internacionales activados han fracasado.

Resultará interesante evaluar a futuro el impacto que esta dura realidad tendrá en la percepción y evolución de los organismos internacionales. Se espera que se encuentren formas efectivas de lograr atenuar los graves efectos de la guerra e idealmente restaurar la paz internacional.

VIII. Bibliografía

Noticias o comunicados de prensa

CIJ, “Press Release Ukraine institutes proceedings against the Russian Federation and requests the Court to indicate provisional measures”, comunicado de prensa del 27 de febrero de 2022, No. 2022/4.

EUCO 58/14 del Consejo de Europa, Joint statement on Crimea by President of the European Council Herman Van Rompuy and President of the European Commission José Manuel Barroso (2014).

“Statement by ICC Prosecutor, Karim A.A. Khan QC: Office of the Prosecutor joins national authorities in Joint Investigation Team on international crimes committed in Ukraine”, *CPI*, 25 de abril de 2022, disponible en <https://www.icc-cpi.int/news/statement-icc-prosecutor-karim-aa-khan-qc-office-prosecutor-joins-national-authorities-joint>

“Statement of ICC Prosecutor, Karim A.A. Khan QC, on the Situation in Ukraine: “I have decided to proceed with opening an investigation.”, *CPI*, 28 de febrero de 2022, disponible en <https://www.icc-cpi.int/news/statement-icc-prosecutor-karim-aa-khan-qc-situation-ukraine-i-have-decided-proceed-opening>

103

“Statement of ICC Prosecutor, Karim A.A. Khan QC, on the Situation in Ukraine: Receipt of Referrals from 39 States Parties and the Opening of an Investigation”, *CPI*, 2 de marzo de 2022, disponible en <https://www.icc-cpi.int/news/statement-icc-prosecutor-karim-aa-khan-qc-situation-ukraine-receipt-referrals-39-states>

“Statement of ICC Prosecutor, Karim A.A. Khan QC, on the Situation in Ukraine: Additional Referrals from Japan and North Macedonia; Contact portal launched for provision of information”, *CPI*, 11 de marzo de 2022, disponible en <https://www.icc-cpi.int/news/statement-icc-prosecutor-karim-aa-khan-qc-situation-ukraine-additional-referrals-japan-and>

“Statement of the Prosecutor, Fatou Bensouda, on the conclusion of the preliminary examination in the situation in Ukraine”, *CPI*, 11 de diciembre de 2020, disponible en <https://www.icc-cpi.int/news/statement-prosecutor-fatou-bensouda-conclusion-preliminary-examination-situation-ukraine>

“Mariupol, antes y después del bombardeo ruso al hospital materno-infantil”, *El País*. 10 de marzo de 2022, disponible en <https://elpais.com/internacional/2022-03-10/el-ataque-de-mariupol-antes-y-despues-del-bombardeo.html>

OEA, “Comunicado de Prensa: Comunicado de la Secretaría General de la OEA

sobre ataque ruso a Ucrania”, OEA, 24 de marzo de 2022, disponible en https://www.oas.org/es/centro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=C-008/22.

OTAN, “Press conference by NATO Secretary General Jens Stoltenberg following the extraordinary virtual summit of NATO Heads of State and Government”, OTAN, 25 de febrero de 2022, disponible en https://www.nato.int/cps/en/natohq/opinions_192455.htm.

OTAN, “Statement by NATO Heads of State and Government”, OTAN, 24 de marzo de 2022, disponible en https://www.nato.int/cps/en/natohq/official_texts_193719.htm.

Presidente de Rusia, “Address by the President of the Russian Federation”, Kremlin, 24 de febrero de 2022, disponible en <http://en.kremlin.ru/events/president/news/67843>.

“Rusia veta la resolución que condena su propia ofensiva sobre Ucrania y apoyada por la mayoría del Consejo de Seguridad”, Noticias ONU, 22 de febrero de 2022, disponible en <https://news.un.org/es/story/2022/02/1504652>.

“La Asamblea General exige a Rusia la retirada inmediata de sus fuerzas militares de Ucrania”, Noticias ONU, 2 de marzo de 2022, disponible en <https://news.un.org/es/story/2022/03/1504852>.

104

TEDH, Press Release: Decision of the Court on requests for interim measures in individual applications concerning Russian military operations on Ukrainian territory, comunicado del 4 de marzo de 2022, disponible en <https://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-7277548-9913621>.

TEDH, Press release: European Court of Human Rights deals with cases concerning Crimea and Eastern Ukraine, comunicado del 26 de noviembre de 2014, disponible en <https://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-4945099-6056223>.

TEDH, Press Release: The European Court grants urgent interim measures in application concerning Russian military operations on Ukrainian territory, comunicado del 1 de marzo de 2022, disponible en <https://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-7272764-9905947>.

Doctrina

Ambos, Kai, “La guerra en Ucrania y la Corte Penal Internacional” En letra: Derecho Penal, adelanto del número 13, 2022.

CICR, “Comentario de 1952 al Convenio de Ginebra para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos y los Enfermos de las Fuerzas Armadas en Campaña (“Pri-

mer Convenio de Ginebra”)”, art. 2, disponible en <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Comment.xsp?action=openDocument&documentId=02A56E8C272389A9C12563CD0041FAB4>.

Sassòli, M. (2019), *International Humanitarian Law*. Reino Unido: Edward Elgar Publishing Limited, pág. 6.22

Informes

Decisión Doc. 15477 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, Consequences of the Russian Federation’s aggression against Ukraine, apartado 8, draft opinion.

Report on the human rights situation in Ukraine 16 November 2019 to 15 February 2020, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas de Derechos Humanos, 1 de marzo de 2020.

Documentos en línea

Carta del Embajador de Ucrania ante los Países Bajos a la CPI (2014). Disponible en <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/itemsDocuments/997/declaration-RecognitionJurisdiction09-04-2014.pdf>

Carta del Embajador de Ucrania ante los Países Bajos a la CPI (2015). Accesible en https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/iccdocs/other/Ukraine_Art_12-3_declaration_08092015.pdf#search=ukraine

105

Convenciones internacionales

Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, adoptada el 9 de diciembre de 1951, *United Nations Treaty Series*, vol. 78, p. 277.

Convenio de la Haya de 1899 relativo a las leyes y usos de la guerra terrestre (II), preámbulo, adoptado el 18 de octubre de 1907.

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, adoptado el 17 de julio de 1998, *United Nations Treaty Series*, vol. 2187, p. 38544.

Comité Internacional de la Cruz Roja, *Convenciones de Ginebra I-IV de 1949*, 12 agosto de 1949.

Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, adoptado el 12 agosto de 1949, *United Nations Treaty Series*, vol. 75, p. 287.

Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949: relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, adoptado el 8 de junio de 1977, *United Nations Treaty Series*, vol. 1125, p. 3.

Convenio de la Haya de 1907 relativo a las leyes y usos de la guerra terrestre, adoptado el 18 de octubre de 1907.

Decisiones de organismos internacionales

Asamblea General de las Naciones Unidas, Res. 3314 (XXIX), 14 de diciembre de 1974.

Asamblea General de las Naciones Unidas, Res. 68/262, U. N. Doc. A/RES/68/262, 26 de marzo de 2014.

CICR, “What is IHL?”, CICR, artículo del 18 de septiembre de 2015, disponible en <https://www.icrc.org/en/document/what-ihl#:~:text=The%20principle%20of%20humanity%20forbids,legitimate%20purpose%20of%20a%20conflict>

CICR, “Derecho Internacional Humanitario consuetudinario”, CICR, 29 de octubre de 2010, disponible en <https://www.icrc.org/es/doc/war-and-law/treaties-customary-law/customary-law/overview-customary-law.htm>

106

CIJ, “Opinión Consultiva sobre la licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares”, opinión consultiva del 8 de julio de 1996, I.C.J. Reports 1996, p. 226, disponible en <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/95/095-19960708-ADV-01-00-EN.pdf>.

CIJ, “Allegations of genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide” (Ukraine v. Russian Federation), sentencia del 16 de marzo de 2022.

Consejo Permanente de la OEA, CP/RES. 1192 (2371/22), párr. 1, Resolución sobre la crisis en Ucrania del 25 de marzo de 2022.

Decisión CM/Del/Dec(2022)1426ter/2.3 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, Decisión del 25 de febrero de 2022, 2.3 Situation in Ukraine – Measures to be taken, including under Article 8 of the Statute of the Council of Europe.

Resolución CM/Res(2022)2 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, Resolution on the cessation of the membership of the Russian Federation to the Council of Europe.

TPIY, “Prosecutor v. Haradinaj”, sentencia del 3 de abril de 2008, disponible en <https://www.icty.org/x/cases/haradinaj/tjug/en/080403.pdf>.

Evolución de las acciones afirmativas. Estados Unidos de América y Latinoamérica

María Soledad Durand*

Resumen

El desarrollo histórico alrededor del concepto de igualdad y la incorporación que de esa evolución han recepcionado los distintos ordenamientos jurídicos de América Latina, resultan de necesario análisis para la comprensión de las acciones afirmativas en materia de género tal como las conocemos hoy. En un ejercicio de derecho comparado, resulta de nuestro especial interés el contraste entre las experiencias de Latinoamérica y de los Estados Unidos de América, cuyo proceso respecto de las cuotas o cupos ha estado orientado —y continúa hoy su debate— solo respecto de la discriminación racial. Asimismo, abordamos las consecuencias actuales a más de 30 años de la implementación de la primera acción positiva desplegada en Argentina y las consecuencias en países que carecen de esta herramienta de equidad.

Palabras clave: Igualdad - género - paridad - acciones afirmativas - constitucionalismo

* Abogada de la Universidad de Buenos Aires. Especialista en Justicia Constitucional y DDHH de la Universidad de Bolonia. Diplomada en Igualdad y no Discriminación, por la Universidad de Buenos Aires. Certificada por OEA, CEPAL y OIT en cuestiones de género y políticas de igualdad. Contacto: pupidurand@gmail.com

Abstract

This article analyzes the historical development of the concept of equality and its incorporation into the different legal systems of Latin America with the aim of understanding gender affirmative actions as we know them today. Specific attention is paid to the contrast between the experiences of Latin America and the United States, given that in the United States the discussion on quotas has been oriented -and continues today- only with respect to racial discrimination. Additionally, the paper addresses the consequences of the implementation of the first affirmative action in Argentina more than thirty years ago and the consequences of the absence of affirmative actions in other countries.

Keywords: Equality - gender - parity - affirmative actions - constitutionalism

I. Introducción

Las acciones afirmativas en materia de género han venido desarrollándose en las últimas décadas como consecuencia de la evolución que ha atravesado el principio de igualdad en diversas legislaciones a nivel mundial. Puntualmente, la década de los '90 constituyó el auge de este tipo de herramientas y su propagación, tanto en Europa como en Latinoamérica, quedó plasmada en los distintos plexos normativos, primero por medio de cuotas y luego dando paso a leyes de paridad.

La lucha de las mujeres a lo largo del siglo XX —empezando por el derecho al voto y siguiendo por la habilitación para ser electas, hasta llegar a la paridad de hoy—, no solo fue abriendo el camino para trasladar este avance hacia otros ámbitos, sino que trajo consigo la posibilidad de incluir otros colectivos, muy minoritarios en comparación, pero altamente desaventajados en cuanto a derechos, como las personas con discapacidad o las personas LGTBQ.

El paso de la igualdad formal hacia la igualdad material ha sido la base para sostener no sólo la justificación de la incorporación de las medidas positivas, sino también del desplazamiento del propio rol del Estado en tanto garante de los derechos reconocidos en su fundación, desde una posición casi testimonial hacia un papel mucho más activo. Sin embargo, al analizar esta misma evolución en distintos países de diferentes continentes, resulta altamente contrastante que, un modelo considerado fundador del constitucionalismo decimonónico y de las garantías de libertad, igualdad y fuerte raigambre de derechos individuales —esto es, Estados Unidos— no ha acompañado este movimiento en cuanto a las consideraciones de género y han rechazado históricamente la adopción de acciones afirmativas, llegando a considerarlas, incluso, ilegales.

En este trabajo nos proponemos analizar con profundidad ese contraste, esos caminos recorridos de manera tan dispar, pero también sus justificaciones, sus debates y especialmente sus resultados.

II. Cambios en el principio de igualdad

Las constituciones del siglo XIX consagraron de manera unánime el principio de igualdad ante la ley, como corolario de las luchas burguesas frente a la opresión de los privilegios de la etapa medieval previa, cristalizadas en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Se trataba de una igualdad jurídico-formal, que no incluía a la totalidad de los miembros de la sociedad, sino a los hombres, blancos, libres y ciudadanos, dejando afuera al resto: mujeres, niños, hombres de color, pobres o no considerados ciudadanos. Esta “igualdad entre iguales” sirvió de base para enervar la legislación racista desplegada en Estados

Unidos de América hasta mediados del siglo pasado por su propia Corte Suprema¹. La misma corriente inspiró a la Corte Suprema argentina hasta el año 2000².

Esta igualdad formal implica que el Estado no puede hacer diferencias entre las personas o que, en caso de hacerlas, siempre ese trato diferente debe fundarse en un criterio justificado³. La legitimidad de la distinción se determinará por la relación entre el criterio elegido y la finalidad buscada, de manera que se constituya como relevante y funcional. De allí que se conoce a esta interpretación como principio de igualdad y “no discriminación”.

Ahora bien, este precepto así entendido evidentemente no ha servido para garantizar la igualdad. Por el contrario: aplicar una vara igualadora a situaciones materialmente desiguales, no ha hecho otra cosa que profundizar las desigualdades existentes. Pretender que las mujeres y los varones sean iguales, solo porque el Estado no puede discriminarlos o, si lo hace, debe estar justificado, no soluciona ninguna desigualdad real, sino que —inversamente— ratifica que nada hay que hacer si el Estado ya los consagró iguales y no se los está discriminando con una norma concreta. Así, el Estado aparece ciego y las normas supuestamente igualitarias o neutrales terminan beneficiando a quienes detentan privilegios. El resto de las discriminaciones de la vida cotidiana, las violencias, las desigualdades estructurales⁴ quedan invisibilizadas bajo el manto de las libertades constitucionales del mundo moderno occidental.

110

Este camino recorrido por algunos países de manera individual o regional fue seguido por las instituciones del derecho internacional surgidas a lo largo del siglo XX, que, tras postular la consagración de los derechos humanos con una alta vocación universalista, entendieron que no era suficiente para corregir los enormes desequilibrios imperantes y que había grupos históricamente sometidos por relaciones asimétricas de poder, que requerían de una protección especial. De esa forma se fue modificando también el rol del Estado, que ya no debía solamente tratar igual y no discriminar arbitrariamente, sino que además debía, por un lado,

¹ Cfr. Lobato, Julieta, “Cláusula de igualdad en el ámbito laboral y perspectiva de género. Aportes desde el Derecho del Trabajo argentino a partir del caso ‘Sisnero’”, *Revista de la Facultad de Derecho*, n° 46, enero-junio de 2019. Véase el *leading case* de la Corte Suprema estadounidense “Brown v. Board of Education of Topeka”, sentencia del 17 de mayo de 1954, disponible en: <https://www.uscourts.gov/educational-resources/educational-activities/history-brown-v-board-education-re-enactment>

² En el caso “Caille”, la Corte Suprema argentina reiteró su jurisprudencia en el sentido de que “...la igualdad ante la ley establecida en la Constitución no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que en iguales circunstancias se concede a otros” (CSJN, “Caille, Eduardo”, sentencia del 26 de octubre de 1928, *Fallos*: 153:67).

³ Saba, Roberto, “(Des)Igualdad estructural”, *Revista Derecho y Humanidades*, n° 11, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2005.

⁴ Saba, *op. cit.*

proteger o reparar, y por el otro, adoptar las medidas necesarias para garantizar el goce real y efectivo de los derechos consagrados. Así el concepto de igualdad fue ganando densidad para abordar situaciones de injusticia sistemática: la igualdad como “no discriminación” nos protegía frente al capricho y la irrazonabilidad, la igualdad como “no sometimiento” se dirige a revertir prácticas sociales de exclusión y perpetuación de situaciones de inferioridad⁵.

En el caso argentino, el salto cualitativo se dio en dos momentos históricos: el primero, siguiendo al constitucionalismo social, en 1949 con una nueva Constitución —que, sin embargo, fue dejada sin efecto por un bando militar en 1955— y con la posterior incorporación, en 1957, del artículo 14 *bis* al texto constitucional anterior de 1853/60: así, otorgar rango constitucional a los derechos laborales implicó reconocer una situación de desigualdad social y económica de base⁶. El segundo, con la reforma constitucional de 1994, donde el principio de igualdad fue complementado con la incorporación de tratados internacionales de derechos humanos, con el reconocimiento del artículo 75, inc. 23, respecto de la situación de desigualdad de ciertos grupos como las mujeres y, en particular, por la constitucionalización de las medidas de acción positiva en el artículo 37.

La Corte Suprema hizo su aporte jurisprudencial, primero con el fallo “González de Delgado, Cristina y otros c/ Universidad Nacional de Córdoba”⁷ y luego, especialmente, en el caso “Sisnero”⁸ donde avanzó con una concepción de igualdad como no sometimiento, al tomar en cuenta la situación fáctica de segregación de género y la existencia de patrones estereotipados que vulneran los derechos de las mujeres.

⁵ Saba, *op. cit.*

⁶ Lobato, *op. cit.*

⁷ En el voto del juez Petracchi se distingue una idea diferente de igualdad: “... la UNC al disponer que las inscripciones fueran sin distinción de sexo, no solo ha actuado dentro de la esfera de sus atribuciones, sino que más aún, ha removido un valladar discriminatorio -que hoy resulta moral y jurídicamente abominable- que impedía la plena participación de las jóvenes cordobesas en la vida educacional y cultural de su provincia. Las categorías fundadas en el sexo no deben usarse para crear o perpetuar la inferioridad legal, social y económica de la mujer. En todo caso, las clasificaciones fundadas en el sexo pueden ser utilizadas para compensar a las mujeres por las inhabilidades que ellas han sufrido a través de la historia” (CSJN, “González de Delgado, Cristina y otros c/ Universidad Nacional de Córdoba s/ amparo”, sentencia del 19 de septiembre de 2000, Fallos: 323:2659).

⁸ CSJN, “Sisnero Mirtha Graciela y otros c/ Taldelva SRL y otros s/ amparo”, 20/05/2014, Fallos: 337:611.

III. Evolución histórica de las acciones afirmativas

1. El caso de Estados Unidos de América

Podemos rastrear la adopción de las primeras acciones afirmativas en Estados Unidos hacia mediados del siglo XIX, cuando la Universidad de Harvard implementó —por primera vez— un programa de admisiones con un enfoque en la diversidad racial, étnica y religiosa. Si bien el género no fue registrado en ese entonces como una categoría merecedora de especial tutela, lo cierto es que fue allí donde, a raíz de las enormes dificultades en el acceso a las universidades, se incurrió con distintos mecanismos de cuotas o cupos de reserva denominados “prácticas de admisión racialmente conscientes”, pensados para incorporar personas que, de otra forma, no habían tenido acceso a estas instituciones.

Estos mecanismos han sido cuestionados intensamente al punto de llegar a la Corte Suprema de ese país en reiteradas oportunidades, comenzando en 1978 en el caso “Regents of the University of California v. Bakke”⁹. El demandante, Alan Bakke, que había sido rechazado en la Facultad de Medicina, consciente de que existía una acción afirmativa que se aplicaba a los grupos subrepresentados, estaba convencido de que habría sido admitido si se le hubieran aplicado esos estándares, demandando a la universidad por discriminación racial. El argumento directo fue que, si la Constitución prohíbe que el Estado haga distinciones raciales sin justificaciones, la Facultad de Medicina de la Universidad de California en Davis estaba haciendo distinciones raciales sin justificaciones y, por lo tanto, esa acción afirmativa violaba sus derechos constitucionales. Los jueces del tribunal terminaron divididos en cuatro, cuatro, uno: con cuatro miembros uniéndose al juez Powell por la mitad de su voto y los otros cuatro por la otra mitad. El primer grupo de magistrados argumentó que la acción afirmativa violaba la Constitución (postura de Bakke) y que debía estar prohibida, esencialmente, en la inteligencia de que cualquier consideración de raza es racista. El otro grupo de jueces adoptaron el punto de vista opuesto argumentando que la “cláusula de igual protección” fue diseñada para garantizar la igualdad de trato de los grupos subordinados y discriminados y, por lo tanto, algo que fue diseñado para corregir un historial de discriminación no puede ser considerado ahora como utilizado para bloquear una política que también corrige ese historial de discriminación. Finalmente, el juez Powell concluyó que las cuotas raciales son siempre una violación de la Ley

112

⁹ *Supreme Court*, “Regents of the University of California v. Bakke”, sentencia del 28 de junio de 1978. Disponible en: <https://tile.loc.gov/storage-services/service//ll/usrep/usrep438/usrep438265/usrep438265.pdf>

de Derechos Civiles e, implícitamente, una violación de la Enmienda 14 de la Constitución, pero entendió que eran aceptables en estos términos: “...si existe una justificación adecuada para que una universidad seleccione a sus propios estudiantes, si cree que su misión educativa mejorará al tener un alumnado racialmente diverso, constituye un interés legítimo”.

Con esta postura comienza, la “doctrina de la diversidad” como un fin en sí mismo, que resulta suficiente para justificar la consideración de la “raza” por parte de una universidad en su programa de admisión. Y desde este fallo, prácticamente todas las universidades de Estados Unidos reestructuraron sus políticas de admisión para enfatizar la diversidad, pero —a la vez— también para deshacerse en muchos casos de cualquier cuota estricta. Harvard y otras universidades conservaron las acciones afirmativas, pero las tensiones con el pensamiento conservador de décadas atrás resurgen hoy al punto de que la Corte Suprema se encuentra actualmente estudiando un nuevo caso para que Harvard y otras universidades dejen de tener en cuenta a la raza en sus admisiones¹⁰.

Increíblemente para nosotros, desde Latinoamérica o desde los países europeos en los que el género ha copado este tipo de debates durante todas estas mismas décadas, en Estados Unidos no se ha logrado trasladar las cuestiones suscitadas en torno a la “raza” hacia la discriminación por género. Incluso, puede resultar difícil encontrar información con indicadores desagregados por género y raza para hacer un análisis interseccional de la discriminación en Estados Unidos (lo cual, de por sí, ya es un síntoma). No obstante, puede intentarse el siguiente ejercicio. Desde el año 2019 hasta la actualidad se constata que, de un total de 435 congresistas, 52 son afroestadounidenses¹¹. En el caso de la Cámara Baja, el porcentaje es de un 12% de participación de afroestadounidenses. A la vez, a tenor del censo de 2020, se observa que —del total de la población de ese país— el 12% son afrodescendientes. En cambio, si observamos el mapa “Mujeres en la Política: 2021” elaborado por *ONU Mujeres*¹², vemos que este país se encuentra en el ranking mundial de participación de mujeres en política, en el puesto 67 —compartido con la República de Mali—, alcanzando un 27,3% de mujeres en la composición de la Cámara Baja del Congreso y un 25% en el Senado. Pero, el asunto es que más de

113

¹⁰ Cfr. Liptak, Adam, “Supreme Court seems ready to throw out race-based college admissions”, *The New York Times*, 31 de octubre de 2022. Disponible en: <https://www.nytimes.com/2022/10/31/us/supreme-court-harvard-unc-affirmative-action.html>

¹¹ Horton, Jake, “Racismo en Estados Unidos: 6 gráficos que muestran cómo ha cambiado la situación de los afroestadounidenses desde los años 60”. *BBC News Mundo*, 19 de junio de 2020. Disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-53045291>

¹² Cfr. ONU Mujeres, *Mujeres en la política: 2021*. Disponible en: <https://www.unwomen.org/sites/default/files/Headquarters/Attachments/Sections/Library/Publications/2021/Women-in-politics-2021-es.pdf>

la mitad de la población de Estados Unidos son mujeres: 50,52%¹³.

Cabe destacar que Estados Unidos no ha incorporado a su Constitución preceptos para ampliar la participación de las mujeres, ni acciones afirmativas, ni cuotas, ni paridad. Tampoco ha ratificado la mayoría de los tratados de derechos humanos que se han firmado a nivel mundial¹⁴, ni ha incorporado la Convención Americana sobre Derechos Humanos (ni ha reconocido la competencia de la Corte Interamericana), ni ha aceptado la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer —CEDAW— (compartiendo tal negativa con países como Sudán, Somalia e Irán).

En la administración actual (Presidencia de Joe Biden), con la primera mujer en llegar a la Vicepresidencia en la historia del país (Kamala Harris), se lanzó desde la Casa Blanca un programa denominado “*National Strategy on Gender Equity and Equality*”¹⁵, donde se reconoce que, incluso hoy, muchos estados tienen leyes que inhiben a las mujeres —especialmente, a las de color— para ejercer su derecho al voto, que las mujeres ocupan solo un cuarto de las bancas del Congreso y que, en el sector privado, las mujeres representan el 8% de los puestos de liderazgo. En este documento, el gobierno de Estados Unidos se compromete a invertir y evaluar iniciativas que promuevan la paridad, diversidad, equidad e inclusión.

2. Latinoamérica

En materia de género, la lucha por el voto femenino definió al movimiento sufragista de principios de siglo XX. Fue Nueva Zelanda el primer país en conceder el voto a las mujeres (1893), seguido por Australia (1902), Finlandia (1906), Noruega (1913), Dinamarca (1915) y el Reino Unido (1918). A su vez, puede plantearse que el avance hacia las leyes de cuotas está fuertemente identificado con Latinoamérica y, en particular, con Argentina.

La figura de Eva Perón marcó un antes y un después en lo que a la participación política de las mujeres respecta. No solamente impulsó el voto femenino (y la posibilidad de ser electas), logrando en el periodo 1954-55, la elección de 23 Diputadas y 6 Senadoras a nivel nacional, sino que, además, rompió con el papel

¹³ Datos Macro, “Estados Unidos - Pirámide de Población”. Disponible en: <https://datosmacro.expansion.com/demografia/estructura-poblacion/usa>

¹⁴ Biosca Azcoiti, Javier, “Estados Unidos, ajeno a los acuerdos internacionales: solo Bután ha ratificado menos tratados de derechos humanos”. *El Diario España*, 23 de septiembre de 2000. Disponible en: https://www.eldiario.es/internacional/estados-unidos-acuerdos-internacionales-butan-ratificado-tratados-derechos-humanos_1_6241752.html

¹⁵ Casa Blanca, *National Strategy on Gender Equity and Equality*, 22 de octubre de 2021. Disponible en: <https://www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2021/10/National-Strategy-on-Gender-Equity-and-Equality.pdf>

que tradicionalmente desempeñaban las primeras damas, adoptando un estilo militante que convocó a la vida pública a miles de mujeres de todos los rincones, contando —para 1952— con 3.300 unidades básicas. Esto forzó a que los varones del Partido Peronista adoptaran una acción afirmativa: la primera de Latinoamérica —sino del mundo— por la cual se incluyó en las listas partidarias a un 33% de mujeres. No obstante, la posterior irrupción de las sucesivas dictaduras militares retiró a las mujeres de la escena política argentina.

Luego del regreso de la democracia, en 1989, una senadora radical ingresó un proyecto de ley de cupos en solitario, que logró media sanción. Un grupo de mujeres del Partido Justicialista inició un proceso de movilización, trabajando con los medios de comunicación y convenciendo al entonces presidente de la Nación (Carlos Menem). El día del tratamiento el Congreso fue “tomado” por las mujeres de todos los partidos que se habían unido transversalmente¹⁶ y, el 6 de noviembre de 1991, se consagró la primera acción afirmativa por ley: la Ley 24.012 que modificó el Código Electoral a fin de exigir que las listas partidarias incluyan mujeres en un mínimo del 30 % de los candidatos a los cargos a elegir y en proporciones con posibilidad de resultar electas. A raíz de la puesta en marcha del cupo, también hubo un 30% de mujeres constituyentes en la reforma constitucional de 1994, que, como ya se adelantó, incorporó derechos y acciones afirmativas particulares en favor de las mujeres en la cúspide del ordenamiento jurídico argentino.

115

A partir de entonces el resto de los países latinoamericanos siguieron la ruta argentina sancionando leyes de cupo y/o modificando sus Constituciones: Bolivia (1997), Brasil (1995), Chile (2015), Colombia (2011), Costa Rica (1996), Ecuador (1998), El Salvador (2013), Guyana 2001, Haití (2012), Honduras (2004), México (2002), Nicaragua (2010), Panamá (1997), Paraguay (1996), Perú (1997), República Dominicana (1997), Uruguay (2009) y Venezuela (2015).

Más cerca en el tiempo, y volviendo a Argentina, cabe destacar la Ley 27.412 (2017) que modificó nuevamente el Código Electoral a fin de reforzar la participación de las mujeres y alcanzar la paridad de género en la representación política: en tal sentido, quedó establecido que las listas partidarias deben integrarse ubicando de manera intercalada a mujeres y varones desde el/la primer/a candidato/a titular hasta el/la último/a candidato/a suplente.

IV. Conclusión

Hoy las acciones afirmativas iniciadas como cuotas o cupos continúan dando paso a la paridad. Ello significa un avance innegable en el acceso a la vida pública, a la participación política y al fortalecimiento de las democracias de los países que

¹⁶ Durrieu, Marcela, *Se dice de nosotras*, Buenos Aires, Ed. Catálogos, 1999.

las adoptaron. En efecto, ha quedado demostrado que los países que han incorporado acciones afirmativas han logrado ampliar la participación femenina de manera contundente¹⁷. Por supuesto que resta camino por recorrer, falta incorporar la paridad horizontal, también en otros ámbitos como la justicia o el sector privado. Pero, en términos de igualdad material o de resultados, las acciones afirmativas han colaborado como ninguna otra herramienta hasta la actualidad.

A la inversa, los países que no han sumado aún las cuotas o la paridad, van quedando rezagados en las brechas de género, a pesar de tratarse en muchos casos de países muy desarrollados. Así, aunque pueda llamar la atención y merecer muchas consideraciones, Estados Unidos está en el mismo puesto que la República de Malí y, a su vez, Ruanda aparece como el país número uno en el mundo en cuanto a participación política de las mujeres, relegando a Suiza al puesto 20. Tales datos incitan, desde lo simbólico, a modificar o acelerar agendas de otros ámbitos en los que las mujeres continúan aplazadas. Europa se ha colocado ahora a la vanguardia estableciendo una cuota de género en los directorios de las empresas por medio de una resolución del Parlamento Europeo.

Sin dudas vamos por el camino correcto, y las renuencias de algunos países deberán —poco a poco— dar paso a su incorporación de una u otra forma. En definitiva, el principal logro de las acciones afirmativas ha sido poder poner a la luz las relaciones asimétricas de poder que estructuran el orden social vigente. Este cuestionamiento implica correrse de la mirada limitada de la “no discriminación” y de la concepción liberal de igualdad formal “ante la ley”, para pasar a la transformación colectiva de la realidad oprimida de quienes constituyen la mitad de la población.

116

¹⁷ Así se ha afirmado lo siguiente: “En el caso argentino, en la Cámara de Diputados la participación de las mujeres pasó de 5 % a 14 % tras las elecciones legislativas de 1993 y llegó a 30 % hacia 2001. Después de las elecciones en 2015, el 34 % de los representantes son mujeres. En el Senado el cambio también fue abismal: antes de la ley, la representación femenina llenaba menos del 5 % de las bancas y pasó al 37 % en la primera elección directa. Hoy el 40 % de las bancas son ocupadas por mujeres. Pese a que esta ley fue criticada, la implementación del sistema significó un aumento real de mujeres en el Congreso que de otro modo dudosamente se hubiera alcanzado” (D’Alessandro, Mercedes y otras, *Mujeres, participación política y poder: desafíos hacia una nueva forma de construcción política*, en Ecofeminita.com, 4 de enero de 2016. Disponible en: <https://ecofeminita.com/mujeres-participacion-politica-y-poder-desafios-hacia-una-nueva-forma-de-construccion-politica/?v=5b61a1b298a0>). Tales cifras han aumentado a partir de la sanción de la Ley 27.412.

V. Referencias bibliográficas

Biosca Azcoiti, Javier, “Estados Unidos, ajeno a los acuerdos internacionales: solo Bután ha ratificado menos tratados de derechos humanos”. *El Diario España*, 23 de septiembre de 2000. Disponible en: https://www.eldiario.es/internacional/estados-unidos-acuerdos-internacionales-butan-ratificado-tratados-derechos-humanos_1_6241752.html

Casa Blanca, *National Strategy on Gender Equity and Equality*, 22 de octubre de 2021. Disponible en: <https://www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2021/10/National-Strategy-on-Gender-Equity-and-Equality.pdf>

D’Alessandro, Mercedes y otras, *Mujeres, participación política y poder: desafíos hacia una nueva forma de construcción política*, en Ecofeminita.com, 4 de enero de 2016. Disponible en: <https://ecofeminita.com/mujeres-participacion-politica-y-poder-desafios-hacia-una-nueva-forma-de-construccion-politica/?v=5b61a1b298a0>.

Datos Macro, “Estados Unidos - Pirámide de Población”. Disponible en: <https://datosmacro.expansion.com/demografia/estructura-poblacion/usa>

117

Durrieu, Marcela, *Se dice de nosotras*, Buenos Aires, Ed. Catálogos, 1999.

Horton, Jake, “Racismo en Estados Unidos: 6 gráficos que muestran cómo ha cambiado la situación de los afroestadounidenses desde los años 60”. *BBC News Mundo*, 19 de junio de 2020. Disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-53045291>

Liptak, Adam, “Supreme Court seems ready to throw out race-based college admissions”, *The New York Times*, 31 de octubre de 2022. Disponible en: <https://www.nytimes.com/2022/10/31/us/supreme-court-harvard-unc-affirmative-action.html>

Lobato, Julieta, “Cláusula de igualdad en el ámbito laboral y perspectiva de género. Aportes desde el Derecho del Trabajo argentino a partir del caso ‘Sisnero’”, *Revista de la Facultad de Derecho*, n° 46, enero-junio de 2019.

ONU Mujeres, *Mujeres en la política: 2021*. Disponible en: <https://www.unwomen.org/sites/default/files/Headquarters/Attachments/Sections/Library/Publications/2021/Women-in-politics-2021-es.pdf>

Saba, Roberto, “(Des)Igualdad estructural”, *Revista Derecho y Humanidades*, n° 11, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2005.

Dossier

Presentación del dossier: treinta años después, las reformas a la justicia penal de América Latina revisitadas. Ampliando el enfoque (1989-2019)¹

Juan Carlos (Jr) Ruas*

“[C]omo presupuesto de todo otro criterio de política criminal, es imperativo que los sistemas de justicia penal actúen respetando estrictamente los derechos fundamentales de judiciables y víctimas, por medio de un proceso penal transparente, expedito, oral y público. Con relación a esto cabe señalar la excelente labor que en materia de reforma de la justicia penal se está llevando a cabo [...] que promueve una justicia penal que nos atreveríamos a llamar revolucionaria en la región. Ojalá que los proyectos de Código Procesal Penal, Código Penal y Ley Penitenciaria sean aprobados”

ELÍAS CARRANZA (subdirector del ILANUD), “Política criminal y humanismo en la reforma de la justicia penal”, en *Revista Nueva Sociedad*, N° 116, noviembre-diciembre, 1991, p. 65.

¹ El presente dossier fue llevado a cabo en el marco del proyecto de investigación UBACyT 20020170200145BA “Punitivismo, reforma legal y actitudes punitivas en Argentina (2000-2017)”, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (Diego Zysman, Dir.).

* Abogado e investigador de la Universidad de Buenos Aires. Contacto: juancruas@gmail.com. Desde el comienzo de la elaboración de este proyecto a principios del año 2019 hasta que finalmente viera la luz, existen numerosas personas a las cuales les debo un profundo agradecimiento. En primer lugar, debo agradecerles especialmente a los entrevistados, Raúl Zaffaroni, Alberto Binder y Mary Beloff por su generosa predisposición para llevar a cabo las entrevistas en distintos momentos del 2019 y brindar sus testimonios para este proyecto. Especialmente, debo agradecerle a Mary Beloff por su reiterada ayuda, confianza y enseñanza a lo largo de todos estos años, quien supo acompañarme y guiarme durante mi paso como estudiante de grado en la Universidad de Buenos Aires hasta el día de hoy. En segundo lugar, también debo agradecerles a Máximo Sozzo y Marcelo Bergman por su generosidad para brindar algunas contribuciones especiales para este dossier, que sin dudas han enriquecido considerablemente su contenido. Por otra parte, no puedo dejar de agradecerles a mis antiguos compañeros del proyecto de investigación UBACyT en el cual se enmarca este dossier, con quienes compartí numerosas reuniones y experiencias durante los años 2018 y 2019 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. En especial, debo a agradecerle a Diego Zysman, quien como director del proyecto –y de mi beca de investigación como estudiante de grado en aquel momento–, me otorgó su apoyo y confianza en los distintos proyectos académicos que decidí encarar en aquel entonces, y a Mariano Sicardi, cuya ayuda y valiosos comentarios a lo largo de todos estos años me han permitido reformular muchas de estas ideas y someterlas a discusión. También le debo un agradecimiento especial a Máximo Langer, quien ha confiado en mí para la realización de distintos proyectos vinculados con estos temas y con quien he discutido muchas de estas ideas en los últimos años. Finalmente, debo agradecerle a Jaime Martínez, quien me ha brindado toda su ayuda y buena predisposición para identificar el contexto y las personas que se encuentran en la imagen anexa al final de esta presentación, que muy generosamente Mary Beloff compartió desde su archivo personal. Desde ya, cualquier posible error en este trabajo es de mi exclusiva autoría.

“La cooperación y asistencia internacionales en materia de desarrollo del área de justicia penal tiene hoy un objetivo político que le sirve de marco estratégico general y acerca de cuyo enunciado, al menos, no parecen existir mayores discusiones: el fortalecimiento democrático, que implica la potenciación de los derechos humanos. Referido al área de la justicia penal y en el contexto regional latinoamericano (y, por supuesto, en la actual coyuntura), puede precisarse el mencionado objetivo concretándolo en una disminución de los niveles de violencia represiva”

RAÚL ZAFFARONI (director del ILANUD), “La necesidad de elaborar un modelo de análisis para la asistencia internacional en materia de desarrollo de justicia penal en América Latina”, en *Revista Derecho Penal y Criminología*, Vol. 15, N° 49, enero-abril, 1993, p. 137.

“Volvamos a Sandro Baratta. A pesar de la hostilidad de mucha de la dogmática penal oficial, la enseñanza de Sandro ha sido acogida por muchos [...] [E]l modelo de una ciencia penal integrada ha sido acogido y desarrollado en América Latina por el prestigioso aval del máximo penalista de lengua española, Raúl Zaffaroni”

LUIGI FERRAJOLI, “Alessandro Baratta, filósofo y sociólogo del derecho penal” (Pablo D. Eiroa, trad.), en *Ídem, Escritos sobre derecho penal*, Vol. 4 (Nicolás Guzmán, Coord.), Buenos Aires, Hammurabi, 2021 (texto original del 2013), p. 159.

I. La discusión sobre la reforma de la justicia penal en América Latina no es algo relativamente nuevo en los campos académicos, técnicos, burocráticos y políticos de la región. Hace ya unas cuentas décadas –principalmente y sobre todo, a lo largo de todos los años 90’ del siglo pasado– la discusión sobre su implementación se ha visto nutrida de distintas conversaciones en estos diversos ámbitos de acción, desde las más variadas posiciones –e incluso emociones– al respecto².

No obstante, podemos decir que en la última década los estudios y discusiones sobre el fenómeno denominado como la “reforma de la justicia penal” se han ampliado exponencialmente. Y si bien incipientes, los estudios empíricos y los investigadores sociales de las más variadas disciplinas científicas preocupados por el tema en cuestión han comenzado a agruparse en distintas reuniones y congresos académicos, con la intención de compartir experiencias y saberes sobre el funcionamiento de esta nueva justicia penal en las distintas jurisdicciones de la región³.

² Ver, entre muchos otros: Beloff, Mary, “Los nuevos sistemas de justicia juvenil en América Latina (1989-2006)”, *Justicia y Derechos del Niño*, n° 8, 2006, pp. 9-49; Binder, Alberto & Obando, Jorge, *De las “repúblicas aéreas” al Estado de derecho. Debate sobre la marcha de la reforma judicial en América Latina*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2004; Carranza, Elías, “Política criminal y humanismo en la reforma de la justicia penal”, *Nueva Sociedad*, n° 116, 1991, pp. 57-65; Ganón, Gabriel, “¿La macdonalización del sistema de justicia criminal?: nuevo orden o nuevo derecho en la globalidad de la sociedad excluyente”, en Bodelón; Recasens; Rivera & Silveira (coord.), *Contornos y pliegues del Derecho. Homenaje a Roberto Bergalli*, Barcelona, Anthropos, 2006, pp. 439-457; García Méndez, Emilio, “Infancia, ley y democracia: una cuestión de justicia”, en García Méndez, Emilio & Beloff, Mary (comps.), *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*, Bogotá, Editorial Temis, 1998, pp. 55-76; Hammergren, Linn, *Envisioning reform: improving judicial performance in Latin America*, Pensilvania, The Pennsylvania State University Press, 2007; Maier, Julio; Ambos, Kai & Woischnik, Jan (coord.), *Las reformas procesales penales en América Latina*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2000; Rico, José María, “Transición democrática y justicia penal en América Latina”, *Derecho Penal y Criminología*, vol. 17, n° 54-55, 1994, pp. 235-272; Rico, José María, *Justicia penal y transición democrática en América Latina*, México, Siglo XXI Editores, 1997; Rico, José María & Salas, Luis, *La administración de justicia en América Latina: una introducción al sistema penal*, San José, Centro para la Administración de Justicia, 1993; y Zaffaroni, Raúl, “La necesidad de elaborar un modelo de análisis para la asistencia internacional en materia de desarrollo de justicia penal en América Latina”, *Derecho Penal y Criminología*, vol. 15, n° 49, 1993, pp. 135-151.

³ Ruas, Juan, “El poder del juicio abreviado en América Latina: entrevista a Máximo Langer sobre los primeros resultados de la investigación empírica”, *Derecho Penal y Criminología. Gaceta del Departamento de Derecho Penal y Criminología*, año 2, junio, 2020, pp. 1-25; Ruas, Juan, “Justicia abreviada: más allá de la eficacia y las garantías en el sistema acusatorio latinoamericano”, ponencia presentada en el Seminario Internacional “Nuevas perspectivas sobre Derecho Penal, Proceso Penal y Criminología”, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires/Universidad de California en Los Ángeles, 15 y 16 de diciembre de 2020; Sozzo, Máximo, “Negociar, acordar y castigar. Modo y práctica de la imposición de sentencias en la justicia penal reformada”, ponencia presentada en el Seminario Internacional “Justicia Penal, Abreviación y Negociación en América Latina. Los aportes de la investigación empírica”, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, Argentina, 5 y 6 de diciembre de 2019; Sozzo, Máximo, “Justicia abreviada. Reforma de la justicia penal, promesa de eficiencia y eficacia, y modo dominante de imposición de condenas”,

Principalmente, considero que es posible afirmar que los recientes estudios de carácter empírico –junto con algunos trabajos de los propios activistas detrás de estas reformas– han canalizado las distintas aristas del fenómeno de la “reforma” en cuatro lecturas distintas que, si bien pueden parecer un tanto azarosas e incluso arbitrarias en un primer momento, nos sirven como sintetizadores de las distintas posiciones sobre el tema.

En este sentido, una primera lectura puede hallarse en el espectro de los estudios y artículos que se han dedicado a analizar el fenómeno de la reforma a la justicia penal latinoamericana a través del “activismo político” y/o el “compromiso público” de quienes participaron en estas múltiples transformaciones regionales. Este tipo de investigaciones –y, en algunos casos, producciones autobiográficas– han tenido como finalidad rescatar las distintas facetas de las personas detrás de estas reformas en cuanto actores sociales y los procesos políticos y dinámicas sociales y colectivas que han coadyuvado a su instauración. Algunos de estos estudios han explicado las motivaciones democráticas y político-ideológicas detrás de los actores, sus herramientas metodológicas para el diseño y evaluación de estos programas de reforma –principalmente, a través de su exacerbado apego a los cambios legales–, los intereses y objetivos de los países latinoamericanos y de los políticos locales en su instauración, los intereses y objetivos de los organismos internacionales y de los países del norte global en su difusión a nivel regional, y las distintas estrategias de articulación, alianzas y promoción de estas reformas entre los distintos países de la región, los actores sociales detrás de las mismas, los organismos internacionales y los países del norte global, por mencionar tan sólo algunos ejemplos⁴.

124

Cuestiones Criminales, año 3, n° 5/6, 2020, pp. 549-576; Sozzo, Máximo, “Reforma de la justicia penal e investigación social en América Latina. Problemas y desafíos” (en este mismo número).

⁴ Binder, Alberto, “La fuerza de la inquisición y la debilidad de la república”, en *Elogio de la audiencia oral y otros ensayos*, Nuevo León (México), Poder Judicial del Estado de Nuevo León, 2014, pp. 43-96; Ciocchini, Pablo, “Moldeando el problema y sus soluciones: los discursos técnicos sobre la demora en la administración de justicia penal”, *Crítica Jurídica*, n° 36, 2013, pp. 95-123; de Dinechin, Philippe, “Introducción a una crítica de los derechos del niño”, *Revista Pensar*, vol. 20, n° 2, 2015, pp. 535-580; Hathazy, Paul, “Revoluciones en los campos de la justicia penal: estrategias internacionales de reformadores y cambios en la justicia penal en Argentina, Chile y más allá”, en Sozzo, Máximo (comp.), *Reforma de la justicia penal en América Latina. Promesas, prácticas y efectos*, Buenos Aires, Didot, 2020, pp. 21-40; Langer, Máximo, “Revolución en el proceso penal latinoamericano: difusión de ideas legales desde la periferia”, *Centro de Estudios de Justicia de las Américas*, 2008; Ruas, “Justicia abreviada...”, op. cit.; Ruas, Juan, “Treinta años de reformas procesales penales en América Latina (1989- 2019): entrevista a Alberto Binder” y “Treinta años de reformas de la justicia juvenil en América Latina (1989-2019): entrevista a Mary Beloff” (en este mismo número); Sozzo, Máximo, “Democratización y penalidad en la Argentina (1983-1989)”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Zaffaroni dir., año 4, n° 2, 2014, pp. 3-32; Sozzo, “Negociar, acordar y castigar...”, op. cit.; Sozzo, “Justicia abreviada...”, op. cit.; Sozzo, Máximo, “Criminología, mundo del derecho y modos de compromiso público: exploraciones sobre el caso de Argentina”, *Tempo Social*, vol. 32, n° 3, 2020, pp. 109-146; Sozzo, “Reforma de la justicia penal...”, op. cit.

Por otra parte, otros estudios recientes se han enfocado en analizar la ambivalencia del discurso de los actores sociales detrás de la promoción de estas reformas junto con las consecuencias –en términos de política pública– de estas contradicciones en sus promesas y difusión. Así, diversos estudios han analizado la promoción de estas reformas a la justicia penal desde un doble discurso centrado simultáneamente en el reforzamiento de los derechos y garantías de los acusados durante el proceso penal y en el aumento de la eficacia de la persecución de las instituciones estatales hacia la criminalidad organizada o los delitos complejos. Este tipo de trabajos usualmente han sostenido que los actores detrás de las reformas tuvieron grandes problemas al momento de cumplir con ambas promesas, inclinando el eje de la discusión en torno a la protección de los derechos y garantías constitucionales a lo largo del proceso y sin que se evidencien mayores avances en cuanto a la persecución de la gran criminalidad que aqueja a la región, aunque variando en el grado de la concreción de estos objetivos según las distintas jurisdicciones en las cuales se llevaron a cabo estas reformas⁵.

Del mismo modo, algunos de estos estudios también han sostenido que otro de los objetivos “ocultos” o implícitos de estas reformas consistió en aumentar la eficiencia en la tramitación y agilización de los casos que ingresan al sistema de justicia penal, independientemente del tipo de delito que se persiga. Varios de estos trabajos afirman, asimismo, que la meta de aumentar la eficiencia en la tramitación de los casos responde a cambios geopolíticos más amplios, que buscan importar nuevas técnicas de gerencialismo de las políticas penales o de gestión de “riesgos” bajo una lógica actuarial en las instituciones de justicia

125

⁵ Beloff, Mary, *Protección a la niñez en América Latina. Fortalezas y debilidades*, México, Consejo de la Judicatura del Estado de Nuevo León, 2014; Beloff, Mary & Langer, Máximo, “Myths and Realities of Juvenile Justice in Latin America”, en Zimring, F.; Langer, M. & Tanenhaus, D. (eds.), *Juvenile Justice in Global Perspective*, Nueva York, NYU Press, 2015, pp. 198-248; Bergman, Marcelo, *More Money, More Crime: Prosperity and Rising Crime in Latin America*, Nueva York, Oxford University Press, 2018; Bergman, Marcelo, “Tribunales penales, reformas procesales y persecución del delito en América Latina” (en este mismo número); Hathazy, Paul, “Las emergencias de la seguridad democrática en Argentina: problematizaciones públicas y políticas de seguridad en la posdictadura (1982-1992)”, *Desarrollo Económico. Revista de Ciencias Sociales*, vol. 61, n° 234, 2021, pp. 172-205; Langer, Máximo, “From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure”, *Harvard International Law Journal*, vol. 45, n° 1, 2004, pp. 1-64; Langer, “Revolución en el proceso penal...”, op. cit.; Langer, Máximo, “Plea Bargaining, Conviction Without Trial, and the Global Administratization of Criminal Convictions”, *Annual Review of Criminology*, vol. 4, n° 1, 2021, pp. 377-411; Pásara, Luis, “El impacto de la reforma procesal penal en la seguridad ciudadana”, *Derecho UCP*, n° 65, 2010, pp. 55-67; Ruas, “El poder del juicio abreviado...”, op. cit.; Ruas, “Justicia abreviada...”, op. cit.; Ruas, “Treinta años de reformas procesales penales...”, op. cit.; Ruas, “Treinta años de reformas de la justicia juvenil...”, op. cit.; Sozzo, “Democratización y penalidad...”, op. cit.; Sozzo, “Negociar, acordar y castigar...”, op. cit.; Sozzo, “Justicia abreviada...”, op. cit.; Sozzo, “Reforma de la justicia penal...”, op. cit.

latinoamericanas. De igual forma, estas transformaciones en la penalidad habrían coadyuvado en la incorporación de nuevos modelos organizacionales dentro de la justicia –principalmente, en la órbita del Ministerio Público–, en la contratación de nuevo personal con conocimiento en la implementación y evaluación de políticas públicas en la órbita de gobierno de estas instituciones, y en la introducción y en la expansión del uso de procedimientos abreviados como modo de imponer condenas penales más rápidamente. Aunque en este último caso, existen discusiones más amplias sobre si los procedimientos abreviados no pueden y deberían ser estudiados como un fenómeno separado del resto, a pesar de su introducción en el marco de las reformas a la justicia penal latinoamericana⁶.

Por último, cabe destacar que trabajos más recientes también se han enfocado en señalar los posibles réditos económicos y políticos detrás de muchas de estas

⁶ Brandariz García, José Ángel, *El gobierno de la penalidad. La complejidad de la Política criminal contemporánea*, Madrid, Dykinson, 2014; Ciocchini, Pablo, “Domando a la bestia: las reformas en la justicia penal bonaerense para eliminar la demora judicial”, *Revista Derecho y Ciencias Sociales*, n° 7, 2012, pp. 203-223; Ciocchini, “Moldeando el problema...”, op. cit.; Feeley, Malcolm, “Reflexiones sobre los orígenes de la justicia actuarial”, *Delito y Sociedad. Revista de Ciencias Sociales*, n° 26, 2008, pp. 19-36; Feeley, Malcolm & Simon, Jonathan, “The New Penology: Notes on the Emerging Strategy of Corrections and Its Implications”, *Criminology*, vol. 30, n° 4, 1992, pp. 449-474; Ganón, “¿La macdonalización del sistema de justicia criminal?”, op. cit.; González Guarda, Claudio, “La política criminal aplicada (PCA): la deriva de la política criminal hacia la política pública”, *Revista Nuevo Foro Penal*, vol. 13, n° 88, 2017, pp. 185-216; González Guarda, Claudio, *Gestión, gerencialismo y sistema penal*, Buenos Aires, B de F, 2018; Gutiérrez, Mariano, “Punitivismo y actuarialismo en la Argentina”, ponencia presentada en las V Jornadas de Sociología, Universidad Nacional de La Plata, Buenos Aires, Argentina, 10-12 de diciembre de 2008, disponible en <https://bit.ly/3ys2AWI>; Gutiérrez, Mariano, “Acusatorio y punitivismo. La triste historia de nuestras victorias garantistas (parte 1)”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Zaffaroni dir., año 4, n° 8, 2014, pp. 70-84; Gutiérrez, Mariano, “Acusatorio y punitivismo. La triste historia de nuestras victorias garantistas (parte 2)”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Zaffaroni dir., año 4, n° 9, 2014, pp. 75-88; Harcourt, Bernard, *Política criminal y gestión de riesgos*, Brandariz García e Iglesias Skulj trad., Buenos Aires, Ad-Hoc, 2013; Langer, “From Legal Transplants...”, op. cit.; Langer, “Revolución en el proceso penal...”, op. cit.; Langer, “Plea Bargaining, Conviction Without Trial...”, op. cit.; Maier; Ambos & Woischnik, “Las reformas procesales penales...”, op. cit., pp. 30-31; Ruas, Juan, “Estado penal y Ministerio Público en Argentina: hacia un análisis normativo y cultural del fenómeno punitivo (y cómo debería solucionarse)”, *Revista Crítica Penal y Poder*, n° 17, 2019, pp. 56-102; Ruas, “El poder del juicio abreviado...”, op. cit.; Ruas, “Justicia abreviada...”, op. cit.; Ruas, Juan, “Sociología de la justicia penal en Argentina. El interrogante del Ministerio Público”, ponencia presentada en las jornadas “Dimensiones sociales de la justicia penal”, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata, Buenos Aires, Argentina, 8 al 10 de septiembre de 2021; Sicardi, Mariano, “El juicio abreviado como mecanismo de gestión de casos. Una mirada a partir de las prácticas del Ministerio Público Fiscal porteño”, tesis presentada para obtener el grado de Magister en Criminología, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, Argentina, 2018; Sozzo, “Negociar, acordar y castigar...”, op. cit.; Sozzo, “Justicia abreviada...”, op. cit.; Sozzo, “Reforma de la justicia penal...”, op. cit.

reformas en la región, y cómo *su existencia permanente en el tiempo*⁷ se explicaría –al menos en parte– a raíz de este mismo rédito. En este sentido, se ha señalado que la permanencia en las reformas se explicaría a través de la creación de “problemas públicos”⁸ por parte de los distintos actores detrás de las mismas, en alianza con sectores políticos locales y regionales interesados en invertir y/o destinar recursos estatales en estos proyectos. Todo ello, como una forma de demostrar públicamente su compromiso con los problemas vinculados a la justicia penal y la seguridad ciudadana, y asegurándoles de este modo un flujo de financiamiento constante a los actores y organizaciones de la sociedad civil encargados de su diseño e implementación⁹. En definitiva, según este enfoque las reformas a la justicia penal han tenido una clara intencionalidad de clientelismo y “rosca” política¹⁰, donde los distintos actores de la política y de la sociedad civil realizan concesiones mutuas (los primeros, al necesitar justificar cierta política estatal, y los segundos, al otorgar el marco de legitimidad técnico necesario para llevar a cabo esta medida) para compartir entre sí los distintos recursos financieros nacionales e internacionales destinados al ámbito del sistema penal¹¹.

Sin embargo, a pesar de las cuatro clasificaciones principales enunciadas previamente, en torno a las cuales considero que pueden ser enmarcados los recientes estudios empíricos y trabajos que analizan los procesos de reforma a la justicia penal en América Latina (esto es, la reforma entendida desde el activismo político, sus prácticas discursivas, el gerenciamiento de las políticas penales, y los réditos económicos y políticos detrás de la misma), debemos mencionar que en los últimos

127

⁷ Binder, Alberto, “La reforma de la justicia penal en América Latina como política de largo plazo”, en Niño Guarnizo, Catalina (coord.), *La reforma a la justicia en América Latina: las lecciones aprendidas*, Bogotá, FESCOL, 2016, pp. 54-103.

⁸ Gusfield, Joseph R., *La cultura de los problemas públicos*, Teresa Arijón y Camila Nijensohn trad., Buenos Aires, Siglo XXI, 2014, obra original publicada en 1981.

⁹ Binder, Alberto, “La toma de decisiones basada en la evidencia. Los centros de análisis y su rol en la seguridad”, *Pena y Estado (Nueva Época)*, n° 2, 2021, p. 97.

¹⁰ Gené, Mariana, *La rosca política: el oficio de los armadores delante y detrás de escena (o el discreto encanto del toma y daca)*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2019.

¹¹ Gutiérrez, Mariano, “Cinco hipótesis sobre la reforma procesal penal tal como ocurrió (y una aclaración)”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Zaffaroni dir., año 11, n° 11, 2021, pp. 125-148. Del mismo modo, cabe mencionar que ya en los años 90’ del siglo pasado Raúl Zaffaroni advertía –a través de su rol como director del ILANUD– que los numerosos flujos financieros que los organismos internacionales y los Estados latinoamericanos estaban destinando en la promoción de estas reformas no tenían una auditoría adecuada sobre el tipo de proyectos en los cuales se estaban invirtiendo, y por ello era necesario establecer un modelo estandarizado que permitiera analizar la utilidad de estas inversiones en la reforma a la justicia penal de la región (Cfr. Zaffaroni, “La necesidad de elaborar un modelo...”, op. cit.). En sintonía con ello, Bergman también ha señalado con preocupación que al día de hoy se desconoce de qué modo los sistemas de justicia latinoamericanos han absorbido estos recursos millonarios (Cfr. Bergman, “More Money, More Crime...”, op. cit.; Bergman, “Tribunales penales, reformas procesales...”, op. cit.).

años también han surgido otras lecturas sobre cómo comprender estos procesos de reforma. Si bien minoritarias, estas lecturas también pueden ser de utilidad en tanto buscan expandir los marcos en los cuales estos procesos de reforma pueden ser analizados, y es por ello que también merecen una mención en este sentido.

En este aspecto, cabe mencionar en primer lugar que algunos de estos otros estudios han hecho foco en las múltiples complejidades que han presentado las diversas instituciones del sistema penal tras el retorno democrático y luego de estos procesos de reforma. A tal efecto, estos estudios han hecho énfasis en los diversos diseños y dinámicas de trabajo dentro de las distintas agencias del sistema penal reformado, cómo interactúan entre sí las distintas agencias del mismo sistema, y cómo la coordinación (o falta de) y las disputas de poder entre los distintos actores que componen este amplio “Estado penal”¹² han influido en la (des)configuración de las políticas penales del nuevo sistema penal de la democracia¹³.

Por otro lado, otros estudios también han hecho énfasis en la multiplicidad de facetas que ha cubierto el amplio espectro de lo que puede considerarse la “reforma”, incluyendo transformaciones sustanciales tanto en los ámbitos penales como no-penales de la justicia latinoamericana. Por fuera de la literatura tradicional, estos estudios han descrito los múltiples cambios generados sobre la legislación de fondo –legal y suprallegal–, los códigos procesales y los modelos de organización de los sistemas de justicia de los Estados latinoamericanos, excediendo con creces los objetivos tradicionales – eminentemente penales– que se conocen sobre estos programas de reforma¹⁴.

Por su parte, trabajos más recientes también han buscado clasificar los distintos tipos de estudios que intentan comprender las perspectivas sobre las cuales pueden analizarse estos procesos de reforma. Con una metodología similar a la descrita previamente –aunque arribando a conclusiones disímiles–, estos trabajos sostienen que los procesos de reforma pueden ser comprendidos desde una perspectiva histórica que analice sus continuidades y rupturas con el paso del tiempo, a través de los distintos modelos de organización que se fueron implementando en las instituciones de justicia, o a partir de las trayectorias políticas de los grupos y

¹² Garland, David, “Penalidad y Estado Penal”, Federico Abiuso y Máximo Sozzo trad., *Delito y Sociedad*, vol. 25, n° 42, 2016, pp. 9-48, obra original publicada en 2013.

¹³ Goodman, Philip; Page, Joshua & Phelps, Michelle, *Breaking the pendulum. The long struggle over criminal justice*, Nueva York, Oxford University Press, 2017; Hathazy, Paul, “Democratizing Leviathan: Bureaucrats, Experts and Politics in the Transformation of the Penal State in Argentina and Chile”, tesis presentada para obtener el grado de Doctor en Sociología, Universidad de California, Berkeley, Estados Unidos, 2013; –y también en cierta forma– Sozzo, “Reforma de la justicia penal...”, op. cit.

¹⁴ Villadiego Burbano, Carolina, “La multitemática y diversa reforma a la justicia en América Latina”, en Niño Guarnizo, Catalina (coord.), *La reforma a la justicia en América Latina: las lecciones aprendidas*, Bogotá, Friedrich-Ebert-Stiftung, 2016, pp. 13-46.

personas que lideraron los distintos procesos de implementación¹⁵.

Finalmente, otra lectura contemporánea sostiene que los procesos de reforma deben ser estudiados a través de las distintas líneas ideológicas o “escuelas” de pensamiento que articularon a los grupos y actores sociales detrás de las mismas y a sus diversos objetivos. Para este enfoque, las distintas escuelas de pensamiento que han servido de sostén para las reformas no se han mantenido estáticas o en un estado “puro”, sino que han profundizado en sus diálogos recíprocos entre los distintos grupos y agendas de trabajo. Del mismo modo, este enfoque sostiene que en muchos casos los distintos grupos y sus ideologías o escuelas de pertenencia han tenido que confluír articulando propuestas y herramientas para triunfar en sus objetivos políticos de reforma, compatibilizando sus discursos y realizando ciertas transacciones mutuas¹⁶.

Pero no obstante todas estas lecturas sobre el tema, cabe destacar que este dossier parte y busca expandir el análisis sobre los procesos de reforma a partir de esta última postura, vinculada con los diálogos y la articulación entre distintos grupos y escuelas de pensamiento en pos de la transformación de la justicia penal de la región. En este sentido, dado que la reforma policial y carcelaria han presentado sus propias complejidades y dimensiones en el contexto latinoamericano¹⁷, considero que esta perspectiva, por un lado, es la que mejor se adapta al momento de comprender los procesos de reforma llevados adelante en la órbita de la justicia penal, como una parte dentro del sistema penal de América Latina. En tanto sus herramientas de análisis son de difícil traslación hacia otras dimensiones del sistema –a diferencia de otros enfoques–, este tipo de estudios permiten delimitar más concretamente el campo de actores que deben ser investigados¹⁸.

Por otra parte, en tanto la criminología latinoamericana ha estado asociada históricamente a las Facultades y Escuelas de Derecho –con sus virtudes y deficiencias–¹⁹, quienes han realizado trabajo empírico en general lo han hecho

129

¹⁵ Taboga, Julieta, “Recorriendo los procesos de reforma procesales penales. Perspectivas analíticas sobre la reconfiguración de la justicia penal en América Latina”, *Delito y Sociedad*, vol. 31, n° 53, 2022.

¹⁶ Gutiérrez, Mariano, “Sobre las ideologías actuales en las reformas penales”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Zaffaroni dir., año 6, n° 5, 2016, pp. 154-165.

¹⁷ Bergman, “More Money, More Crime...”, op. cit.; Hathazy, “Democratizing Leviathan...”, op. cit.

¹⁸ Por supuesto, otro tipo de enfoques ya enunciados, como las prácticas discursivas en la promoción de estas reformas (eficacia y garantías), también podrían presentar esta delimitación en el análisis del fenómeno que dificulte su traslación hacia otras áreas del sistema penal. No obstante, dados los numerosos trabajos existentes sobre el tema, considero que es más fructífero ampliar el análisis sobre los procesos de reforma a partir de un enfoque escasamente desarrollado en la región, como lo es la articulación entre grupos y escuelas de pensamiento.

¹⁹ Anitua, Gabriel Ignacio, *Historias de los pensamientos criminológicos*, Buenos Aires, Del Puerto, 2005; Aniyar de Castro, Lola & Codino, Rodrigo, *Manual de criminología sociopolítica*, Buenos Aires, Ediar, 2013; Bergman, “More Money, More Crime...”, op. cit.; Bergman, “Tribunales

desde su proximidad con las instituciones en las cuales trabajan cotidianamente –ya sean tribunales, fiscalías o defensorías penales–²⁰. Por lo tanto, si bien incipientes, los estudios sobre la justicia penal y sus procesos de reforma son los que más han despertado interés en los últimos años por parte de estos “penalistas-criminólogos” devenidos en investigadores sociales²¹, lo que también explica –al menos metodológicamente– las dificultades para escoger un enfoque más amplio al momento de analizar estos procesos de reforma, que incorpore en su estudio otras áreas del sistema penal de América Latina.

Con motivo de ello, este dossier toma el enfoque de los diálogos y las articulaciones entre distintos grupos de trabajo y escuelas de pensamiento²² con la intención de profundizar en los estudios sociales sobre los procesos de reforma llevados adelante en la órbita de la justicia penal durante los últimos treinta años.

Dado que la construcción sobre los conocimientos de la cuestión criminal se ha realizado en la región a partir de enfoques normativos y filosóficos²³, y a través de procesos de importación y viajes entre académicos y juristas del norte y el sur global²⁴, considero que esta perspectiva es la que mejor permite expandir y “poner

penales, reformas procesales...”, op. cit.; Bustos Ramírez, Juan, “Criminología Crítica y Derecho Penal Latinoamericano”, en Baratta, A. y otros, *Criminología Crítica. I Seminario*, Medellín, Universidad de Medellín, 1984, pp. 163-176; del Olmo, Rosa, *Segunda ruptura criminológica*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1990; del Olmo, Rosa, “The Development of Criminology in Latin America”, *Social Justice*, vol. 26, n° 2, 1999, pp. 19-45; Martínez, Mauricio, “El estado actual de la criminología y de la política criminal”, *Revista Capítulo Criminológico*, vol. 27, n° 2, 1999, pp. 31-62; Ruas, “El poder del juicio abreviado...”, op. cit.; Ruas, “Justicia abreviada...”, op. cit.; Sozzo, Máximo, “Traducción, viajes culturales e historia del presente de la criminología en América Latina”, *Revista Derecho Penal Contemporáneo*, n° 9, octubre-diciembre, 2004, pp. 109-190; Sozzo, “Criminología, mundo del derecho...”, op. cit.

²⁰ Sozzo, “Reforma de la justicia penal...”, op. cit.

²¹ Kostenwein, Ezequiel, “Sociología de la justicia penal. Precisiones teóricas y distinciones prácticas”, *Delito y Sociedad*, vol. 27, n° 46, 2018, pp. 33-72; Kostenwein, Ezequiel, “En torno a la sociología de la justicia penal: un pequeño atlas”, en Kostenwein, Ezequiel (dir.), *La condición judicial. Dimensiones sociales de la justicia penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2020, pp. 19-72; Ruas, “Sociología de la justicia penal...”, op. cit.

²² Gutiérrez, “Sobre las ideologías actuales...”, op. cit.

²³ Bergman, “More Money, More Crime...”, op. cit.; Bergman, “Tribunales penales, reformas procesales...”, op. cit.; Ciocchini, “Moldeando el problema...”, op. cit.; de Dinechin, “Introducción a una crítica...”, op. cit.; Ruas, “El poder del juicio abreviado...”, op. cit.; Ruas, “Justicia abreviada...”, op. cit.; Ruas, “Treinta años de reformas de la justicia juvenil...”, op. cit.; Sozzo, “Traducción, viajes culturales...”, op. cit.; Sozzo, “Democratización y penalidad...”, op. cit.; Sozzo, “Criminología, mundo del derecho...”, op. cit.

²⁴ Aniyar de Castro & Codino, “Manual de criminología...”, op. cit.; del Olmo, “Segunda ruptura...”, op. cit.; del Olmo, “The Development of Criminology...”, op. cit.; Riera, Argenis & del Olmo, Rosa, “The view from Latin America against transnational criminology: a call for democratic international cooperation”, *Crime and Social Justice*, n° 15, 1981, pp. 61-67; Ruas, “Justicia abreviada...”, op. cit.; Ruas, “Sociología de la justicia penal...”, op. cit.; Ruas, Juan, “Treinta años

bajo la lupa” los distintos grupos y actores que confluyeron en la construcción de la justicia penal de las incipientes democracias latinoamericanas de finales de los años 80’ del siglo pasado hasta la actualidad.

En este sentido, creo que es posible afirmar que las ideas y “escuelas” que guiaron a los reformadores en aquel entonces permiten concentrarnos en la confluencia –o al menos diálogo– de tres agendas y grupos de trabajo distintos: 1) la agenda del minimalismo penal y la criminología crítica, 2) la agenda de la reforma procesal penal para adultos, y 3) la agenda de la reforma a los sistemas de justicia juvenil. Todos ellos fueron –en mayor o menor medida– los distintos actores que articularon sus intereses en pos de concretar cambios políticos significativos en el ámbito de la justicia penal de la región.

II. Hace ya treinta años se produjeron en América Latina una serie de sucesos históricos que, si bien no expresamente, permiten comprender la búsqueda de un cambio más profundo en la configuración de las políticas penales de la región.

En este sentido, en el año 1989 se publica por primera vez “*En busca de las penas perdidas*” de Raúl Zaffaroni, obra que significó un proceso de re-adaptación del modelo integrado de ciencia penal de la criminología crítica italiana²⁵ al contexto latinoamericano, inaugurando con ello una transformación cultural en los operadores de la justicia de la región, en pos de una “militancia activa” para la construcción de una política penal más “humanitaria” dentro del sistema penal, que promueva su contención y reducción a través de las políticas del minimalismo como modo de transición hacia una sociedad menos violenta²⁶.

Por otra parte, en este mismo año se funda el INECIP²⁷ de la mano de David Baigún y Alberto Binder, organización no gubernamental que luego tendrá un rol central en la difusión y promoción política de las reformas procesales penales a lo largo de la región, bajo la promesa de construir una justicia penal más republicana y respetuosa de las garantías constitucionales de los acusados, de corte “acusatorio”, que termine con la brutalidad histórica asociada a los antiguos sistemas inquisitivos de América Latina y pueda simultáneamente perseguir los verdaderos crímenes

de *minimalismo penal* en América Latina (1989-2019): entrevista a Raúl Zaffaroni”, “Treinta años de reformas procesales penales...”, op. cit. y “Treinta años de reformas de la justicia juvenil...”, op. cit. (en este mismo número); Schulte-Bockholt, Alfredo, “Latin American critical criminology”, en DeKeseredy, Walter & Dragiewicz, Molly (eds.), *Routledge Handbook of Critical Criminology*, Nueva York, Routledge, 2012, pp. 70-86; Sozzo, “Traducción, viajes culturales...”, op. cit.

²⁵ Baratta, Alessandro, “Criminología y dogmática penal. Pasado y futuro del modelo integral de la ciencia penal”, Roberto Bergalli y José Gutiérrez trad., *Papers: revista de sociología*, vol. 13, 1980, pp. 13-48, obra original publicada en 1979.

²⁶ Zaffaroni, Raúl, *En busca de las penas perdidas*, Buenos Aires, Ediar, 1989.

²⁷ Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales.

complejos que aquejaban a los distintos países tras el retorno democrático²⁸.

En sintonía con esto último, en 1989 también se aprueba la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN)²⁹, tratado internacional que dará lugar a toda una serie de transformaciones en los sistemas de justicia juvenil de la región bajo la meta de reemplazar los viejos sistemas tutelares de menores por nuevos sistemas de responsabilidad penal juvenil, más “liberales” en cuanto a la protección de sus garantías constitucionales en el proceso penal y respecto del tipo de intervenciones –o asistencialismo– que el sistema de justicia podría tener sobre las conductas de los jóvenes infractores de la ley penal³⁰. Todo ello, partiendo del mismo proceso penal “acusatorio” que se buscaba instaurar en el régimen de adultos³¹.

Sin lugar a dudas, estas tres historias nos muestran que hace ya unas cuantas décadas se comenzó a configurar una nueva justicia penal en América Latina. Ya sea a través de reformas culturales, procesales o institucionales, distintos grupos de trabajo buscaron redefinir los modos y la intensidad mediante la cual debía llevarse adelante la implementación de las políticas penales en la región, bajo un espectro compartido de liberalismo penal y reducción de la injerencia del Estado, que ya no era vista con buenos ojos tras la recuperación de la democracia³².

Hasta dónde llegó la interacción, articulación y diálogo entre estos tres grupos de reforma y sus agendas de trabajo, sin embargo, es algo que se desconoce en gran medida hasta el día de hoy, y este dossier busca responder –al menos en parte– a través de testimonios de actores relevantes en estos procesos y artículos de investigadores sociales de la región.

En el marco del proyecto de investigación UBACyT en el cual fue llevado

132

²⁸ Bergman, “More Money, More Crime...”, op. cit.; Binder, Alberto, “Testimonio y palabra. Conversaciones con el Profesor David Baigún”, en Maier, J. B., & Binder, A. (comp.), *El Derecho penal hoy. Homenaje al Profesor David Baigún*, Buenos Aires, del Puerto, 1995, pp. 599-630; Binder, “La fuerza de la inquisición...”, op. cit.; Hammergren, “Envisioning reform...”, op. cit.; Langer, “Revolución en el proceso penal...”, op. cit.; Maier; Ambos & Woischnik, “Las reformas procesales penales...”, op. cit.; Sikkink, Kathryn & Booth Walling, Carrie, “La cascada de justicia y el impacto de los juicios de derechos humanos en América Latina”, *Cuadernos Del Claeh*, vol. 31, n° 96-97, 2008, pp. 15-40.

²⁹ Aprobada el 20 de noviembre de 1989.

³⁰ Para una crítica a los antiguos tribunales de menores y su régimen de intervención, ver por ejemplo: García Méndez, Emilio, “Para una historia del control penal de la infancia: la informalidad de los mecanismos formales de control social”, *Lecciones y Ensayos*, n° 53, 1989, pp. 43-73.

³¹ Beloff, “Los nuevos sistemas...”, op. cit.; Beloff, “Protección a la niñez...”, op. cit.; Beloff, Mary, “El modelo acusatorio latinoamericano y su impacto en la justicia Juvenil”, en Martínez, Santiago & González Postigo, Leonel (dir.), *Procesos especiales y técnicas de investigación*, vol. 3, Buenos Aires, Editores del Sur, 2020, pp. 265-322; Beloff & Langer, “Myths and Realities...”, op. cit.; de Dinechin, “Introducción a una crítica...”, op. cit.; García Méndez, “Infancia, ley y democracia...”, op. cit.

³² Bohoslavsky, Ernesto, “Uso (y abuso) de Foucault para mirar a las instituciones de castigo en Argentina, 1890-1930”, *Cyber Humanitatis*, n° 35, 2005, disponible en <https://bit.ly/3cnUNeQ>

a cabo³³, este dossier comienza su recorrido en el año 1989 como una fecha simbólica, que sirve como inicio del recorte temporal en tanto intenta retratar una serie de sucesos que muestran la multiplicidad de cambios procesales, culturales e institucionales que estaban ocurriendo en pos de la consolidación de una nueva justicia penal en la región en aquel entonces. Por su parte, el año 2019 fue aquel que delimitó el recorte temporal en tanto en dicha época se realizaron las entrevistas con los actores detrás de estos procesos de reforma.

Así, se apeló a una metodología de investigación de tipo cualitativa realizando entrevistas semi-estructuradas con actores expertos en el tema³⁴, cuyos conocimientos y testimonios autobiográficos permiten reconstruir asimismo una *historia de vida* sobre su trayectoria y los distintos grupos con los que trabajaron y se articularon en la región bajo aquel recorte temporal (1989-2019)³⁵.

En este sentido, este dossier presenta en su contenido entrevistas a Raúl Zaffaroni, Alberto Binder y Mary Beloff como parte de la investigación de tipo cualitativa destinada a conocer la trayectoria y diálogos entre los distintos grupos de trabajo detrás de los procesos de reforma, e incorpora asimismo dos artículos de investigación de Máximo Sozzo y Marcelo Bergman como parte del análisis de estos procesos llevados adelante en América Latina.

Pero dado que algunos de los conceptos principales e ideas que surgen en estas entrevistas, junto con los vínculos entre los distintos grupos de trabajo detrás de las reformas ya fueron expuestos con anterioridad³⁶, en esta ocasión me interesa utilizar esta presentación para explicar brevemente el contenido de cada una de las entrevistas y artículos que integran el dossier.

En primer lugar, la entrevista a Raúl Zaffaroni³⁷ comienza relatando sus primeros encuentros con la criminología crítica a través de sus lecturas “sigilosas” –en tanto había sido expulsado de la Universidad de Buenos Aires– durante el último gobierno de facto en la Argentina. En este sentido, el autor relata que sus primeros encuentros con esta criminología se producen a través de sus lecturas de la incipiente revista ‘*La questione criminale*’ y, en particular, del trabajo de Alessandro Baratta sobre la necesidad de configurar un nuevo modelo integrado de ciencia penal³⁸.

La revista *La questione criminale* tiene una importancia crucial en este relato

³³ *Supra* nota (*).

³⁴ Batthyány, Karina & Cabrera, Mariana (coord.), *Metodología de la investigación en Ciencias Sociales*, Montevideo, Departamento de Publicaciones, Universidad de la República, 2011.

³⁵ Mallimaci, Fortunato & Giménez Béliveau, Verónica, “Historia de vida y métodos biográficos”, en Vasilachis de Gialdino, Irene (coord.), *Estrategias de investigación cualitativa*, Barcelona, Gedisa, 2006, pp. 175-212.

³⁶ Ruas, “Justicia abreviada...”, op. cit.; Ruas, “Sociología de la justicia penal...”, op. cit.

³⁷ Ruas, “Treinta años de minimalismo penal...”, op. cit.

³⁸ Baratta, “Criminología y dogmática penal...”, op. cit.

en tanto fue una de las revistas pioneras del grupo italiano de criminología crítica (también conocido como el “Grupo de Bolonia”³⁹). Bajo la dirección del propio Alessandro Baratta, la revista sirvió como faro intelectual de los criminólogos críticos italianos y de parte de la izquierda intelectual de ese país durante la década del 70’, para luego expandir su influencia cultural hacia otros países de Europa continental y de América Latina⁴⁰. Del mismo modo, la mención de Zaffaroni sobre la influencia del trabajo de Baratta también posee una relevancia trascendental, en tanto sus producciones posteriores en el ámbito de la dogmática y la criminología latinoamericana se concentrarán en re-adaptar este nuevo modelo integrado crítico al contexto regional⁴¹.

Posteriormente, el autor continúa su entrevista explicando su trabajo como juez en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires durante el marco temporal de la dictadura. En este aspecto, Zaffaroni menciona que otro de los puntos centrales para comprender sus primeros diálogos con la criminología crítica se encuentra en aquel entonces a partir de sus primeros viajes político-académicos por distintas regiones de América Latina. Allí nos explica que durante su expulsión como profesor en la Universidad de Buenos Aires y su trabajo como juez en la Ciudad, sus contactos con la criminología crítica no sólo se dan a partir de sus primeras lecturas de la criminología crítica italiana, sino también a partir de estos viajes internacionales que le permiten entablar diálogos

³⁹ Aniyar de Castro & Codino, “Manual de criminología...”, op. cit., p. 275.

⁴⁰ Ibid., pp. 275-283; Orozco Arcieri, Carlos & Molinares Hassan, Viridiana, “¿Derecho a la seguridad o seguridad de los derechos? La crítica de Alessandro Baratta a la ideología del derecho a la seguridad”, en Molinares Hassan, Viridiana & Pérez Francesch, Joan Lluís (comp.), *Seguridad humana y derechos fundamentales: en defensa del Estado de derecho*, Barranquilla, Editorial Universidad del Norte, 2019, pp. 14-18. En el caso de América Latina –y particularmente, en el caso de Argentina–, la influencia de las ideas del grupo italiano de criminología crítica quizás pueda explicarse a través de las similitudes históricas en torno a los modos construcción de saber sobre la cuestión criminal entre ambas latitudes (Cfr. Bergalli, Roberto, “Epílogo y reflexiones (de un argentino) sobre el control social en América Latina”, en Pavarini, M., *Control y dominación: teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2002, pp. 197-223, obra original publicada en 1983; Ferrajoli, Luigi, “Por una ciencia del derecho penal integrada”, Nicolás Guzmán trad., en *Escritos sobre derecho penal*, vol. IV, Nicolás Guzmán coord., Buenos Aires, Hammurabi, 2021, pp. 125-145, obra original publicada en 2015; García Méndez, Emilio, “Criminología Crítica en América Latina”, en Baratta, A. y otros, *Criminología Crítica. I Seminario*, Medellín, Universidad de Medellín, 1984, pp. 21-33; Marcó del Pont, Luis, “La criminología en Argentina y particularmente en el interior (Córdoba)”, *Revista Capítulo Criminológico*, vol. 27, n° 3, 1999, pp. 99-128; Mosconi, Giuseppe, “Traducción y evolución de la criminología crítica en la experiencia italiana. Cuestión criminal y derecho penal”, *Revista de Derecho*, n° 28, 2007, pp. 3-39; Sozzo, “Traducción, viajes culturales...”, op. cit.).

⁴¹ Ferrajoli, Luigi, “Alessandro Baratta, filósofo y sociólogo del derecho penal”, Pablo D. Eiroa trad., en *Escritos sobre derecho penal*, vol. IV, Nicolás Guzmán coord., Buenos Aires, Hammurabi, 2021, pp. 147-161, texto original del 2013; Martínez, “El estado actual...”, op. cit.; Ruas, “Justicia abreviada...”, op. cit.; Zaffaroni, “En busca...”, op. cit.

y vínculos con criminólogos críticos locales (como, por ejemplo, Lola Aniyar) y de países del norte global (entre otros, el propio Baratta).

En este sentido, los viajes internacionales de Zaffaroni deben ser comprendidos a partir de su trabajo político-institucional en el ámbito latinoamericano de las Naciones Unidas y de la OEA, que luego le permitirán acceder al cargo de director del ILANUD⁴² durante los años 90'. Estos viajes y contactos revisten especial importancia en tanto servirán no sólo para insertar al propio Zaffaroni en las discusiones de la criminología latinoamericana de aquel entonces, sino que también serán de utilidad para que Zaffaroni y varios organismos internacionales intervengan fuertemente en la agenda de estos grupos de criminología, gestionando la celebración de eventos y congresos internacionales y la realización de investigaciones empíricas que articularán el trabajo simultáneo de penalistas y criminólogos latinoamericanos⁴³.

En sintonía con esto último, Zaffaroni también menciona en su entrevista que algunos de sus primeros contactos con Luigi Ferrajoli y su obra se producen a principios de los años 90' gracias a Alberto Binder, quien lo acerca a uno de los textos del autor. Este fragmento de la entrevista refuerza lo que venimos sosteniendo en torno al rol de los viajes y diálogos sobre la cuestión criminal entre distintos grupos de trabajo de América Latina, que incluyó no sólo a penalistas-criminólogos, sino también a los actores directamente involucrados en los procesos de reforma procesal penal –tanto en el proceso penal para adultos como de menores–. En este sentido, los viajes por América Latina y el Caribe sirvieron para que estos distintos grupos de trabajo compartieran y debatieran ideas sobre el rol que debería tener el sistema penal tras la recuperación democrática, cuál debería ser el marco teórico de sus proclamas y objetivos políticos, y cómo deberían articular sus distintas agendas para conseguir promover sus objetivos en los distintos países de la región⁴⁴.

En otro orden de ideas, Zaffaroni continúa su entrevista mencionando dos elementos de su trayectoria como “jugador” en el campo penal⁴⁵ de Argentina, que

⁴² Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente.

⁴³ Aniyar de Castro & Codino, “Manual de criminología...”, op. cit.; del Olmo, “Segunda ruptura...”, op. cit.; Riera & del Olmo, “The view from Latin America...”, op. cit.; Ruas, “Justicia abreviada...”, op. cit.; Ruas, “Sociología de la justicia penal...”, op. cit.; Schulte-Bockholt, “Latin American...”, op. cit.; Sozzo, “Traducción, viajes culturales...”, op. cit.; Sozzo, “Democratización y penalidad...”, op. cit.; Sozzo, “Criminología, mundo del derecho...”, op. cit.; Zaffaroni, Raúl (coord.), *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina (primer informe)*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1984; Zaffaroni, Raúl (coord.), *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina (informe final)*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1986; Zaffaroni, Raúl, *Muertes anunciadas*, Buenos Aires, UNDAV Ediciones/Editorial Punto de Encuentro, 2016, obra original publicada en 1993.

⁴⁴ Ruas, “Justicia abreviada...”, op. cit.; Ruas, “Sociología de la justicia penal...”, op. cit.

⁴⁵ Sozzo, “Criminología, mundo del derecho...”, op. cit.

permiten explicar –al menos en parte– la consolidación y difusión de su propio modelo integrado de ciencia penal en el ámbito local. El primero de ellos, se vincula con los inicios de la difusión oral de sus ideas críticas sobre la cuestión criminal a lo largo de los años 90’ del siglo pasado mediante su rol en la docencia universitaria de grado. Difusión que luego se consolidará en la actualización bibliográfica de su cátedra en la Universidad de Buenos Aires, a través de la publicación de un nuevo *Tratado de Derecho Penal* escrito en coautoría con dos de sus docentes, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar⁴⁶. En segundo lugar y vinculado con lo anterior, Zaffaroni menciona que varios estudiantes ingresaron a trabajar a la justicia gracias a su inserción dentro de su cátedra universitaria, especialmente estudiantes provenientes del interior del país. Según Zaffaroni, este ingreso se produce con la intención de generar cierta “contraofensiva” hacia sectores más conservadores del Poder Judicial.

Esto último cobra especial relevancia en tanto muestra uno de los modos de difusión del minimalismo penal en el ámbito de la justicia: la docencia universitaria y el espacio de los claustros académicos, como delimitadores ideológicos de quienes comparten determinados postulados o consignas sobre el rol del sistema penal. Si bien este tipo de prácticas de “contraofensiva” y activismo judicial pueden parecer similares a lo ocurrido con la asociación gremial de Magistratura Democrática en Italia –en especial dada la recepción de las ideas del movimiento crítico italiano por parte de Zaffaroni–⁴⁷, restaría evaluar si estas prácticas han tenido su efectiva traducción en el contexto argentino, de qué modo, y hasta qué punto las prácticas de los operadores locales presentan similitudes con su par italiano. Por otra parte, también deja ciertos interrogantes empíricos sobre el rol del minimalismo o –también llamado popularmente– “garantismo” penal en Argentina *como posibilidad de ascenso social* de individuos provenientes de clases sociales bajas y medias a través de su trabajo en la justicia. Si bien existen algunas investigaciones empíricas sobre los modos de ingreso y trayectorias de quienes trabajan en este ámbito⁴⁸, se hacen necesarias más investigaciones en este sentido.

Finalmente, Zaffaroni termina su entrevista distanciándose de los grupos de reforma procesal penal y realiza un análisis crítico sobre el porvenir de estas

⁴⁶ Zaffaroni, Raúl; Alagia, Alejandro & Slokar, Alejandro, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2002.

⁴⁷ Ferrajoli, Luigi, “Una historia de las ideas de «Magistratura Democrática»”, Nicolás Guzmán trad., en *Escritos sobre derecho penal*, vol. I, Nicolás Guzmán coord., Buenos Aires, Hammurabi, 2013, pp. 281-312, obra original publicada en 1993.

⁴⁸ Donatello, Luis Miguel & Lorenc Valcarce, Federico, “El ascenso a la elite judicial. Una reconstrucción de los orígenes y las trayectorias de jueces a partir de entrevistas biográficas”, *Revista Argentina de Sociología*, vol. 11, n° 19-20, 2017, pp. 6-29; Sarabayrouse Oliveira, María José, “La justicia penal y los universos coexistentes. Reglas universales y relaciones personales”, en Tiscornia, Sofía (comp.), *Burocracias y violencia. Estudios de antropología jurídica*, Buenos Aires, Antropofagia, 2004, pp. 203-238.

reformas para el ámbito de las políticas penales en la región. Para el autor, el avance hiperbólico del procedimiento abreviado demuestra que los procesos de reforma no han logrado cumplir con sus objetivos sobre una justicia penal más humanitaria. Esta última afirmación pareciera ir en sintonía con las recientes investigaciones empíricas al respecto⁴⁹.

En segundo lugar, la entrevista a Alberto Binder⁵⁰ comienza explicando su participación en agrupaciones de la izquierda cristiana en sus épocas como estudiante de grado en la Universidad de Buenos Aires, en el periodo del último gobierno de facto. Binder afirma en su entrevista que esta formación política, sumado a su incipiente participación en la revista “*Doctrina Penal*” en colaboración con David Baigún⁵¹ como actividades por fuera de la universidad, influirán decisivamente en sus posteriores pensamientos críticos y humanistas sobre el sistema penal, que luego intentará trasladar en la promoción de las reformas procesales penales que difundirá varios años más tarde por toda América Latina.

Luego de esta explicación, Binder continúa su entrevista relatando su breve paso por las distintas instituciones argentinas tras la recuperación democrática. En este sentido, el autor afirma que luego de la recuperación democrática se incorpora nuevamente a la Universidad de Buenos Aires como docente de la nueva cátedra que la Facultad de Derecho le había otorgado a David Baigún, afianza su diálogo y trabajo con Julio Maier en el ámbito del Derecho Procesal Penal, y varios de los actores que trabajaban con Julio Maier o integraron el grupo de “*Doctrina Penal*” (entre ellos, David Baigún) asumen cargos en el Estado como asesores del gobierno de Raúl Alfonsín. Sin embargo, años después y con el cambio de gobierno, Binder explica que estos actores quedan nuevamente fuera de sus cargos como asesores y deciden fundar una institución –el INECIP–, que sirviera para resguardar y centralizar toda la información construida años atrás.

Es aquí donde comienza la parte más importante de su relato: luego de esta ruptura con el nuevo gobierno electo democráticamente, Binder y muchas otras personas que trabajaban con Julio Maier comienzan a principios de los años 90’ un recorrido por distintos países de América Latina, con la finalidad de impulsar la reforma procesal penal que no pudieron obtener durante el gobierno de Alfonsín en Argentina. Aquí Binder menciona que a lo largo de estos viajes el grupo de trabajo dedicado a la reforma procesal penal mantiene un diálogo fluido con Raúl Zaffaroni, en tanto éste ya ostentaba por aquel entonces el rol de director del ILANUD, y varias de las investigaciones empíricas que Zaffaroni promovía en la región, dedicadas a

⁴⁹ Entre otros: Langer, “Plea Bargaining, Conviction Without Trial...”, op. cit.; Sicardi, “El juicio abreviado como mecanismo...”, op. cit.; Sozzo, “Negociar, acordar y castigar...”, op. cit.; Sozzo, “Justicia abreviada...”, op. cit.

⁵⁰ Ruas, “Treinta años de reformas procesales penales...”, op. cit.

⁵¹ Binder, “Testimonio y palabra...”, op. cit.

un estudio crítico del sistema penal, le servían políticamente al grupo dedicado a la reforma procesal penal, en tanto les permitía persuadir a los Estados receptores sobre la brutalidad de sus sistemas de justicia y la necesidad de una reforma⁵².

Esta afirmación de Binder es importante porque reafirma cuatro de las hipótesis sostenidas en años recientes por los investigadores sociales: 1) que el diálogo sobre los saberes de la cuestión criminal –y especialmente, entre procesalistas y criminólogos– se dio esporádicamente a partir de sus encuentros en estos viajes internacionales alrededor de América Latina y el Caribe, 2) que en muchas ocasiones estos encuentros estuvieron mediados por la actividad de organismos internacionales, 3) que varias de las principales investigaciones empíricas que se generaron en este periodo también contaron con el aval de estos organismos, y 4) que estas investigaciones fueron promovidas –predominantemente– con el fin de incidir políticamente sobre el sistema penal de la región⁵³. A su vez, también deja entrever los modos de legitimidad de este conocimiento empírico, en tanto como se mencionó contaba con el aval de varios organismos internacionales y organizaciones no gubernamentales de América Latina. Una práctica que, con el paso de los años, se extenderá hacia reformas locales en distintas jurisdicciones, siendo las organizaciones de la sociedad civil quienes otorgarán el aval y legitimidad política a estos estudios⁵⁴.

138 Por otra parte, Binder también menciona que durante aquella época se vincula con los criminólogos de la región a partir de su actividad docente en el Instituto de Criminología de la Universidad del Zulia, lugar donde conoce a distintos criminólogos latinoamericanos y algunos provenientes del norte global como es el caso de Alessandro Baratta. En este punto, el autor sostiene que fue el propio Baratta quien luego lo vincula con el Grupo Latinoamericano de Criminología Crítica y le permite participar en varias de sus reuniones, con la intención de entablar una agenda en conjunto en pos de la reforma de la justicia penal de la región. No obstante, Binder se mantiene crítico en torno a las actividades y el rol que tuvo en aquel momento el Grupo de Criminología, en tanto les reprocha su desinterés y una desconexión con los procesos políticos de reforma procesal penal que su propia agenda estaba llevando a cabo en los distintos países de América Latina.

Aquí nuevamente encontramos dos afirmaciones que resultan coincidentes con

⁵² Lo curioso de esta afirmación de Binder, asimismo, es que el propio Zaffaroni por aquel entonces proponía precisamente lo opuesto: utilizar sus investigaciones empíricas para auditar y evaluar la pertinencia y utilidad de la inversión en las distintas reformas que se promovían en los países de la región (Cfr. Zaffaroni, “La necesidad de elaborar un modelo...”, op. cit.).

⁵³ Ruas, “Justicia abreviada...”, op. cit.; Ruas, “Sociología de la justicia penal...”, op. cit.; Sozzo, “Criminología, mundo del derecho...”, op. cit.

⁵⁴ Ruas, “Sociología de la justicia penal...”, op. cit.; Gutiérrez, “Cinco hipótesis sobre la reforma...”, op. cit.

algunas de las lecturas sobre el rol que tuvo en aquella época la criminología crítica en América Latina. Por un lado, su participación ambivalente –y un tanto errática– en la promoción de las reformas procesales penales, en tanto que si bien colaboró en la producción de investigaciones empíricas que sirvieron para denunciar la brutalidad de los sistemas penales latinoamericanos⁵⁵, también se recluyó en los claustros académicos y en los debates filosóficos, sin demasiado interés en participar en la elaboración de políticas públicas a pesar de que los gobiernos latinoamericanos lo demandasen⁵⁶. Por el otro, ratifica a quienes sostienen que la influencia de Alessandro Baratta en América Latina excedió el ámbito de las discusiones criminológicas, y abarcó el “campo penal” en un sentido profundamente amplio⁵⁷. Aunque en este último caso, se requieren más investigaciones históricas en este sentido.

Finalmente, Binder explica que con el paso de los años este diálogo entre el grupo de la reforma procesal penal y el Grupo Latinoamericano de Criminología Crítica se va deteriorando hasta producirse un distanciamiento, en tanto la agenda de la reforma procesal penal comienza a orientarse cada vez más en la producción de sistemas más eficaces y eficientes. Algo que va en sintonía con varias de las críticas sobre los cambios en las políticas penales de estas reformas con el paso del tiempo⁵⁸.

En tercer lugar, la entrevista a Mary Beloff⁵⁹ comienza relatando su ingreso como estudiante a la Universidad de Buenos Aires tras la recuperación democrática. Allí la autora menciona que muchos de los estudiantes de la época ingresan a la universidad con cierto compromiso por transformar las instituciones en pos del cambio político y social que se estaba gestando en aquel entonces, siendo los temas penales y el ámbito de los derechos humanos dos de los puntos principales para muchos de los jóvenes contemporáneos a su generación.

Por otra parte, Beloff también ilustra a través de ejemplos personales cómo los distintos grupos de trabajo interactuaban entre sí adentro y fuera de la universidad en aquella época. En este sentido, sus reuniones de trabajo en el INECIP –en especial, aquellas vinculadas con los temas de justicia juvenil–, su trabajo con David Baigún en proyectos de investigación de la Universidad de Buenos Aires, y su trabajo como ayudante docente en los cursos de Raúl Zaffaroni ilustran perfectamente la cuestión que venimos comentando.

⁵⁵ Y según el testimonio de Zaffaroni, en el caso de Argentina también se encontraría presente su activismo judicial a través del minimalismo penal como parte de la política criminal de los jueces (Cfr. Ruas, “Treinta años de minimalismo penal...”, op. cit.).

⁵⁶ Gabaldón, Luis Gerardo, “La criminología latinoamericana: temas, perspectivas y políticas públicas en el tránsito del milenio”, *Espacio Abierto*, vol. 19, n° 2, 2010, pp. 253-272; Ruas, “El poder del juicio abreviado...”, op. cit.; Ruas, “Justicia abreviada...”, op. cit.

⁵⁷ Ferrajoli, “Alessandro Baratta...”, op. cit.

⁵⁸ Gutiérrez, “Acusatorio y punitivismo... (parte 1)”, op. cit.; Gutiérrez, “Acusatorio y punitivismo... (parte 2)”, op. cit.; Gutiérrez, “Sobre las ideologías actuales...”, op. cit.

⁵⁹ Ruas, “Treinta años de reformas de la justicia juvenil...”, op. cit.

En otro orden de ideas, Beloff menciona un punto principal sobre el diálogo y los objetivos en conjunto de varios grupos de trabajo al unísono: tanto el grupo de la reforma procesal penal para adultos como el grupo de la reforma a la justicia juvenil partían de los mismos objetivos en pos de transformar el sistema de justicia penal de la región. Para ello, ambos grupos no sólo se retroalimentaban en su diálogo entre sí, sino que también compartían “tácticas” para promover los programas de reforma, al punto tal que en muchos casos la instauración de la reforma en uno de estos ámbitos (es decir, justicia para adultos o juvenil) servía para avanzar políticamente en el ámbito restante o más renuente a su transformación.

Precisamente, este testimonio de la autora pone de manifiesto parte de lo documentado en años recientes por los investigadores sociales y académicos legales. En este sentido, se ha sostenido que tanto la reforma procesal penal para adultos como la reforma llevada adelante en la justicia juvenil partían del mismo “modelo”, en tanto ambos tenían como pilar la instauración del sistema acusatorio en las distintas jurisdicciones de América Latina. Y esta difusión, asimismo, presentó las mismas características en ambos programas de reforma, vinculadas con la promesa del reforzamiento de las garantías a lo largo del proceso penal –tanto hacia los imputados adultos como hacia aquellos menores de edad–, la promesa de un aumento en la eficacia de respuesta del sistema penal ante los problemas del delito –crimen organizado en el caso de los adultos, y delincuencia juvenil en el caso de los menores–, una consecuente propaganda política asociando las reformas procesales con la seguridad pública de la región, y otra propaganda institucional asociando los procesos de reforma con aquellos procesos de transición democrática que estaban llevando adelante los países de América Latina⁶⁰. A su vez, cabe destacar que en ambos casos los programas de reforma contaron con el apoyo y financiamiento de múltiples organismos internacionales⁶¹.

Por otro lado, otro de los elementos mencionado por Beloff sobre las tácticas recíprocas de los reformadores del proceso penal para adultos y de la justicia juvenil para convencer políticamente a los países latinoamericanos sobre la necesidad de estas reformas, resulta coincidente con la explicación esbozada por algunos investigadores sociales en años recientes, sobre la estrategia de implementación en jurisdicciones

⁶⁰ Beloff, “Protección a la niñez...”, op. cit.; Beloff & Langer, “Myths and Realities...”, op. cit.; Bergman, “More Money, More Crime...”, op. cit.; Bergman, “Tribunales penales, reformas procesales...”, op. cit.; de Dinechin, “Introducción a una crítica...”, op. cit.; Hammergren, “Envisioning reform...”, op. cit.; Hathazy, “Las emergencias de la seguridad...”, op. cit.; Langer, “Revolución en el proceso penal...”, op. cit.; Maier; Ambos & Woischnik, “Las reformas procesales penales...”, op. cit.; Rico, “Transición democrática...”, op. cit.; Rico, “Justicia penal...”, op. cit.; Rico & Salas, “La administración de justicia...”, op. cit.; Ruas, “Justicia abreviada...”, op. cit.

⁶¹ Beloff & Langer, “Myths and Realities...”, op. cit.; Bergman, “More Money, More Crime...”, op. cit.; Bergman, “Tribunales penales, reformas procesales...”, op. cit.; de Dinechin, “Introducción a una crítica...”, op. cit.; Langer, “Revolución en el proceso penal...”, op. cit.

renuentes a partir de la reforma de otras jurisdicciones a su alrededor⁶².

En sintonía con esto último, Beloff menciona en su entrevista otros dos ejes centrales que explican gran parte de las falencias que tuvieron ambos grupos de reforma –y, en general, gran parte del espectro reformista de aquel entonces–, que tienen que ver, por un lado, con la excesiva confianza en el imperio de la ley como exclusivo motor para transformar la realidad de los sistemas penales de América Latina, sin acompañar estos cambios legales con los ajustes institucionales necesarios para su correcta adecuación; y por el otro, en la idea recurrente de construir las reformas procesales como una mera oposición al pasado –ya sea el sistema inquisitivo de adultos o el tutelar para los tribunales de menores–, sin pensar en el porvenir de los nuevos sistemas legales que se estaban instaurando en la región.

En este aspecto, cabe destacar que la explicación brindada por la autora sobre la exclusiva confianza en los cambios legales como el principal problema de muchas de estas reformas también encuentra su asidero en múltiples estudios de investigadores sociales, académicos legales y consultores internacionales. En este sentido, se ha sostenido reiteradamente que uno de los problemas centrales de este enfoque tiene que ver precisamente con que no ha permitido observar los cambios necesarios en las instituciones y en los recursos humanos para llevar adelante los objetivos declarados por estos mismos grupos de reforma. Sin nuevos diseños organizacionales y una profesionalización adecuada, las metas asociadas con la agenda de la seguridad pública en el combate al delito y la asistencia de los menores infractores (en cuanto al proceso penal para adultos y en la justicia juvenil, respectivamente) quedaron relegadas a un segundo plano, y los enfoques asociados a la tutela de las garantías en el proceso penal y el imperio de la ley fueron los que predominaron en la discusión⁶³.

Por lo demás, resulta importante señalar que la forma de construcción de estas reformas, definiéndolas “por oposición” al sistema anterior (ya sea el sistema inquisitivo de adultos, o el sistema tutelar de menores)⁶⁴, también ocurrió en aquel entonces en cuanto al modo de construcción e importación del conocimiento criminológico crítico, que buscó definirse a partir de su oposición radical a la criminología positivista de décadas previas⁶⁵. No obstante ello, resulta necesario mayor investigación empírica para determinar si es que acaso las motivaciones

⁶² Hathazy, “Revoluciones en los campos de la justicia...”, op. cit.

⁶³ Beloff, “Los nuevos sistemas...”, op. cit.; Beloff, “Protección a la niñez...”, op. cit.; Beloff, “El modelo acusatorio...”, op. cit.; Beloff & Langer, “Myths and Realities...”, op. cit.; Bergman, “More Money, More Crime...”, op. cit.; Bergman, “Tribunales penales, reformas procesales...”, op. cit.; Ciocchini, “Moldeando el problema...”, op. cit.; de Dinechin, “Introducción a una crítica...”, op. cit.; García Méndez, “Infancia, ley y democracia...”, op. cit.; Hammergren, “Envisioning reform...”, op. cit.; Ruas, “Justicia abreviada...”, op. cit.; Sozzo, “Democratización y penalidad...”, op. cit.

⁶⁴ de Dinechin, “Introducción a una crítica...”, op. cit.; Ruas, “Justicia abreviada...”, op. cit.; Sozzo, “Reforma de la justicia penal...”, op. cit.

⁶⁵ Aniyar de Castro & Codino, “Manual de criminología...”, op. cit., p. 251.

“rupturistas” de la criminología crítica latinoamericana se trasladaron hacia los grupos de reforma, cómo y en qué medida. Aunque a partir de los testimonios de los entrevistados, pareciera que hubo cierta influencia en ese sentido.

Pasando a los artículos de investigación que integran el dossier, el trabajo de Máximo Sozzo⁶⁶ comienza señalando cuatro metas declaradas sobre estos programas de reforma –aunque el autor las agrupa en tres–: una justicia más “garantista”, eficaz, eficiente y abierta a la ciudadanía, a diferencia de los enfoques tradicionales sobre la cuestión que sólo se circunscriben al estudio de los primeros dos postulados⁶⁷. Según afirma el autor, cada una de estas metas fue implementada en distinto grado en las distintas jurisdicciones, dependiendo del grupo de reforma y los intereses que se persiguieron en cada contexto.

Como vimos páginas atrás en los testimonios de los entrevistados, esto pareciera ser una coincidencia unánime en los estudios sociales sobre estas reformas, en tanto muestran la pluralidad y multiplicidad de actores impulsando cambios con agendas variadas en los distintos países de América Latina, y cuya articulación se ha generado –en mayor o menor medida– según las necesidades políticas del contexto⁶⁸.

Por otra parte, Sozzo también menciona que la investigación empírica sobre el funcionamiento de estas reformas a la justicia penal aún es escasa en América Latina, al igual que las estadísticas e información oficial sobre las mismas. Al primero de estos problemas el autor le añade el hecho de que gran parte de los investigadores sociales de la región generalmente provienen de las Facultades o Escuelas de Derecho, lo que indefectiblemente termina delimitando la agenda de investigación sobre muchos de estos temas, en tanto los investigadores “recaen” en los ámbitos en los que tradicionalmente tienen facilidad de acceso: ya sea tribunales, fiscalías o defensorías penales en las cuales trabajan profesionalmente.

En este punto encontramos una afirmación que el autor viene sosteniendo reiteradamente en varios de sus trabajos, en torno a los modos de construcción de conocimiento sobre la cuestión criminal –predominantemente, a través del pensamiento filosófico y el planteo de problemas legales– y los déficits de la investigación empírica en América Latina⁶⁹. Nuevamente, si bien esta cuestión también ha sido sostenida por otros investigadores sociales⁷⁰, en la actualidad

⁶⁶ Sozzo, “Reforma de la justicia penal...”, op. cit.

⁶⁷ Por todos, ver especialmente: Langer, “Revolución en el proceso penal...”, op. cit.

⁶⁸ Ruas, “Justicia abreviada...”, op. cit.; Ruas, “Sociología de la justicia penal...”, op. cit.

⁶⁹ Sozzo, “Traducción, viajes culturales...”, op. cit.; Sozzo, “Democratización y penalidad...”, op. cit.; Sozzo, “Negociar, acordar y castigar...”, op. cit.; Sozzo, “Justicia abreviada...”, op. cit.; Sozzo, “Criminología, mundo del derecho...”, op. cit.

⁷⁰ Bergman, “More Money, More Crime...”, op. cit.; Bergman, “Tribunales penales, reformas procesales...”, op. cit.; Ciocchini, “Moldeando el problema...”, op. cit.; Ruas, “Justicia abreviada...”, op. cit.; Ruas, “Sociología de la justicia penal...”, op. cit., entre otros.

persisten discrepancias en torno al rol de la criminología crítica durante el periodo de la primavera democrática de los países región, y si es que acaso los grupos de criminología latinoamericanos no produjeron la suficiente evidencia empírica para comprender los problemas de la criminalidad y de los sistemas penales, algo que considero aún requiere mayores estudios históricos al respecto⁷¹.

En otro orden de ideas, Máximo Sozzo lamenta que al día de hoy las discusiones sobre los problemas y el diseño de estas reformas a la justicia penal continúen siendo realizadas según la *expertise* profesional de estos mismos juristas reformadores, sin una base sólida de conocimiento empírico que permita dimensionar con claridad los problemas de cada jurisdicción de América Latina. Algo con lo cual no podemos dejar de coincidir⁷².

Finalmente –pero no menos importante–, Marcelo Bergman⁷³ explica en su trabajo varios de los elementos que venimos comentando páginas atrás. A partir de la investigación comparada y literatura sobre el tema, Bergman explica que si bien estas reformas prometieron tanto un avance en la tutela de los derechos y las garantías de los imputados en el proceso penal como un combate eficaz contra los fenómenos del crimen organizado y la criminalidad en ascenso, los reformadores cometieron un grave error al involucrarse en la segunda de estas discusiones, en tanto requería un dimensionamiento de la problemática que excedía a sus propias capacidades de transformación del sistema penal.

En este sentido, el autor explica que una de las falencias más importantes de estas reformas tiene que ver precisamente con la falta de profesionalización de sus recursos humanos, en tanto fueron pensadas por y para operadores con una formación netamente jurídica, provenientes –en casi la totalidad de los casos– de Facultades o Escuelas de Derecho latinoamericanas, que adolecen hasta el día de hoy de una formación integral sobre los fenómenos del crimen organizado.

Por el contrario, los abogados detrás de estas reformas se han formado para ser excelentes defensores de las garantías constitucionales durante la tramitación de los procesos, pero sin un correcto dimensionamiento sobre la problemática del crimen en la región. Algo que, según Bergman, también se refleja en quienes administran las oficinas ejecutivas encargadas de planificar y llevar adelante las políticas penales en los distintos países de América Latina. Por esto mismo, el autor sostiene que a pesar de los millonarios recursos financieros invertidos en estas reformas a lo largo

⁷¹ En este sentido, me refiero particularmente a las críticas que esbozara Lola Aniyar de Castro en torno a este tipo de reconstrucciones históricas sobre el rol de los grupos de criminología en aquel entonces, y su demanda por sistematizar los numerosos trabajos empíricos que se realizaron por aquellos años (Cfr. Aniyar de Castro & Codino, “Manual de criminología...”, op. cit., pp. 263-264).

⁷² Ruas, “El poder del juicio abreviado...”, op. cit.; Ruas, “Justicia abreviada...”, op. cit.; Ruas, “Sociología de la justicia penal...”, op. cit.

⁷³ Bergman, “Tribunales penales, reformas procesales...”, op. cit.

de la región, los avances en el combate al crimen organizado son prácticamente nulos y la impunidad es alta.

En este aspecto, y en cuanto a la primera de las observaciones vinculada con el tipo de formación de quienes llevaron adelante estas reformas, podemos observar que su análisis es coincidente con un patrón más amplio sobre la problemática, que ya hemos mencionado con anterioridad. Al respecto, tanto los testimonios ya descritos como la literatura sobre el tema mencionan como un problema recurrente a la composición eminentemente jurídica de quienes llevaron adelante estos procesos, ya sea al momento de diagnosticar los problemas del sistema de justicia, diseñar los programas de reforma o evaluar sus resultados, tanto en el caso de la reforma procesal penal para adultos como para el caso de la justicia juvenil⁷⁴.

Por otra parte, en cuanto a la crítica en torno a la falta de conocimiento político-criminal de los operadores de la justicia, aquí encontramos un análisis del autor poco estudiado en la literatura sobre el tema, que sin dudas debe ser destacado y requiere mayores investigaciones al respecto: la composición de quienes integran el “Estado penal”⁷⁵ latinoamericano tras la implementación de estas reformas, y cómo esta composición ha impactado en las políticas penales contra el delito. A tal efecto, si bien numerosa literatura reciente ha analizado críticamente los cambios organizacionales en las instituciones de justicia, los nuevos perfiles profesionales que demandaron estas reformas y sus consecuencias en términos de vulneración de derechos de los acusados⁷⁶, poco se ha dicho sobre el impacto de estos perfiles profesionales en cuanto a la reducción de la criminalidad.

Con toda seguridad, e independientemente de las distintas transformaciones llevadas adelante sobre las instituciones de justicia y sus recursos humanos con el paso de las décadas, aquí encontramos un punto clave que pone bajo la lupa al trabajo de los distintos grupos de reforma y sus metas para los sistemas penales de la región. Pensar si acaso una política penal más humana implica desentenderse de las políticas públicas contra la criminalidad es un fantasma que atraviesa a la criminología latinoamericana, a las reformas procesales penales para adultos y a los sistemas de justicia juvenil.

III. Tras haber explicado el enfoque de estudio de este dossier, sus motivos y su contenido, me interesa cerrar esta presentación con algunos breves comentarios en

⁷⁴ Beloff, “Protección a la niñez...”, op. cit.; Beloff & Langer, “Myths and Realities...”, op. cit.; Ciocchini, “Moldeando el problema...”, op. cit.; de Dinechin, “Introducción a una crítica...”, op. cit.; Ruas, “Justicia abreviada...”, op. cit.; Sozzo, “Democratización y penalidad...”, op. cit.; Sozzo, “Criminología, mundo del derecho...”, op. cit.

⁷⁵ Garland, “Penalidad y Estado Penal”, op. cit.

⁷⁶ González Guarda, “La política criminal...”, op. cit.; González Guarda, “Gestión, gerencialismo...”, op. cit.; Ruas, “Estado penal y Ministerio Público...”, op. cit.; Sicardi, “El juicio abreviado...”, op. cit.

torno a cuatro posibles líneas de investigación a futuro sobre estos procesos de reforma, que han quedado inconclusas o no fueron mencionadas por los entrevistados, más allá de alguna alusión en particular en los artículos de investigación de Máximo Sozzo⁷⁷ y Marcelo Bergman⁷⁸. Si bien mis análisis en este sentido parten especialmente de una lectura sobre el contexto argentino, es probable que algunas de estas reflexiones puedan trasladarse a otros contextos de la región latinoamericana –como bien han observado Sozzo y Bergman en sus contribuciones para este dossier–.

En este sentido, considero que una primera gran incógnita que perdura en la región latinoamericana –y más aún en Argentina– tiene que ver con el rol del Ministerio Público Fiscal tras estos procesos de reforma. Si bien los reformadores han centrado su atención política en esta institución⁷⁹ y se han difundido varias publicaciones de organismos internacionales en torno a sus cambios⁸⁰, existen escasas investigaciones empíricas cualitativas y cuantitativas de investigadores sociales evaluando sus transformaciones. En el caso de Argentina particularmente, las investigaciones existentes son realmente escasas y se han centrado predominantemente en el uso de técnicas de investigación de tipo cualitativas⁸¹, siendo los abordajes de tipo cuantitativo de aparición muy reciente⁸².

Por otra parte, si bien en el último tiempo se ha avanzado en algunos abordajes cualitativos y cuantitativos sobre la institución, resta evaluar de qué modo los cambios organizacionales promovidos por los reformadores en las distintas jurisdicciones⁸³ han impactado en sus tasas de eficacia luego de estas transformaciones, cuál fue la verdadera incidencia de estos procesos en la selección del personal encargado de llevar adelante sus políticas de persecución penal –dada

⁷⁷ Sozzo, “Reforma de la justicia penal...”, op. cit.

⁷⁸ Bergman, “Tribunales penales, reformas procesales...”, op. cit.

⁷⁹ Duce, Mauricio, “Criminal Procedural Reform and the Ministerio Público: toward the construction of a new criminal justice system in Latin America”, tesis presentada para obtener el grado de Magíster en Derecho, Universidad de Stanford, Stanford, Estados Unidos, 1999.

⁸⁰ Ver, por ejemplo, Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), *Desafíos del Ministerio Público Fiscal en América Latina*, Santiago de Chile, CEJA, 2005; Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), *Persecución de delitos complejos. Capacidades de los sistemas penales en América Latina*, Santiago de Chile, CEJA, 2010; Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), *Persecución de delitos complejos: experiencias en la investigación criminal*, Santiago de Chile, CEJA, 2013.

⁸¹ Ruas, “Sociología de la justicia penal...”, op. cit.

⁸² Bergman, Marcelo; Cafferata, Fernando & Pernigotti, Facundo, *Procuración de justicia en las provincias argentinas. Gasto fiscal y eficacia de los Ministerios Públicos Provinciales*, Buenos Aires, CELIV, 2021.

⁸³ Binder, Alberto, “Etapas del desarrollo organizacional del Ministerio Público”, en Fiscalía Nacional de Chile (ed.), *Ponencias del Seminario Internacional “Desafíos actuales y futuros de la persecución penal y de la atención a víctimas y testigos en Chile”*, Santiago de Chile, Fiscalía Nacional, 2014, pp. 13-22.

su promesa de conformar nuevos equipos profesionalizados en el manejo de políticas públicas⁸⁴–, o de qué modo los reformadores han intentando incidir políticamente en los procesos de designación de sus autoridades de gobierno o en el gobierno mismo de la institución⁸⁵, entre otras tantas cuestiones.

En segundo término, otro tema que fue mencionado en algunos de los trabajos ya abordados⁸⁶ pero que requiere mayor investigación al respecto tiene que ver con el destino de los fondos sobre estas reformas. En este aspecto, si bien se mencionó la multiplicidad de organismos inversores y proyectos financiados⁸⁷, los millonarios recursos destinados a estas reformas⁸⁸ o los posibles usos de clientelismo político de las mismas⁸⁹, se desconoce al día de hoy de qué modo específico los distintos proyectos de inversión se han traducido en cambios concretos en las instituciones de las distintas jurisdicciones –más allá de poder observar los aumentos en las partidas presupuestarias de la justicia⁹⁰–, qué porcentaje de estas inversiones se destinó a pagar capacitaciones para el personal de la justicia sobre el uso de los nuevos códigos e institutos procesales que se estaban introduciendo, o cuál fue el destino que le dieron a estos fondos las distintas autoridades a cargo del gobierno de estas instituciones –ya sean tribunales, fiscalías o defensorías penales–.

En otro orden de ideas, y a diferencia de lo que ocurre en la literatura norteamericana sobre el tema⁹¹, en la actualidad se conoce muy poco sobre el funcionamiento del juicio por jurados en la Argentina⁹², y es probable que esta afirmación también pueda trasladarse a otros contextos de la región latinoamericana. En este sentido, las escasas investigaciones empíricas generadas sobre su

146

⁸⁴ González Guarda, “La política criminal...”, op. cit.

⁸⁵ Alfie, Julián & Llorente, Victoria, ¿Quiénes dirigen los Ministerios Públicos Fiscales? mandatos y procesos de designación de las máximas autoridades de las fiscalías en Argentina, Buenos Aires, INECIP, 2020; Guthmann, Yanina, “Aportes conceptuales para el estudio micro político y social de organismos de Justicia en Argentina: el caso del Ministerio Público Fiscal (MPF)”, *Forum. Rev.*, n° 14, 2018, pp. 141-162; Guthmann, Yanina, “Revisión crítica de los principales debates jurídico-políticos para un estudio sobre el Ministerio Público Fiscal (MPF) en Argentina”, *Revista electrónica de estudios latinoamericanos*, vol. 17, n° 65, 2018, pp. 82-94; Guthmann, Yanina, “El Ministerio Público Fiscal (MPF) en Argentina: actores y prácticas. Apuntes de investigación”, *Revista Argentina de Ciencia Política*, vol. 1, n° 23, 2019, pp. 59-80.

⁸⁶ Bergman, “More Money, More Crime...”, op. cit.; Bergman, “Tribunales penales, reformas procesales...”, op. cit.; Gutiérrez, “Cinco hipótesis sobre la reforma...”, op. cit.

⁸⁷ Zaffaroni, “La necesidad de elaborar un modelo...”, op. cit.

⁸⁸ Bergman, “More Money, More Crime...”, op. cit.; Bergman, “Tribunales penales, reformas procesales...”, op. cit.

⁸⁹ Gutiérrez, “Cinco hipótesis sobre la reforma...”, op. cit.

⁹⁰ Bergman, “More Money, More Crime...”, op. cit.; Bergman, “Tribunales penales, reformas procesales...”, op. cit.

⁹¹ Ver por todos, Vidmar, Neil & Hans, Valerie, *American Juries: The Verdict*, Nueva York, Prometheus Books, 2007.

⁹² Sozzo, “Justicia abreviada...”, op. cit.; Sozzo, “Reforma de la justicia penal...”, op. cit.

funcionamiento se han centrado en el estudio de algunas jurisdicciones específicas del país, y varios de estos informes han sido elaborados por organizaciones de la sociedad civil interesadas en la promoción de estas mismas reformas⁹³ –aunque existen algunas excepciones en la provincia de Córdoba⁹⁴–.

Por esto mismo, se hace indispensable no sólo un análisis comparado del funcionamiento empírico del juicio por jurados en las distintas jurisdicciones⁹⁵, sino también y especialmente la existencia de investigadores sociales dispuestos a estudiar su funcionamiento en estas jurisdicciones locales. Del mismo modo, una agenda de investigación local que incluya al jurado debe no sólo evaluar su incidencia en términos de porcentajes de veredictos de culpabilidad emitidos o respecto de la totalidad de sentencias condenatorias emitidas por el sistema penal –en forma similar a lo generado en el último tiempo con el procedimiento abreviado⁹⁶–, sino también estudiar el impacto que tienen en sus decisiones su composición en número de integrantes necesarios para alcanzar un veredicto de condena⁹⁷, qué diferencias existen en sus decisiones según la composición de raza, clase social o género del jurado⁹⁸, o si es que acaso existen diferencias en sus veredictos según el tiempo de uso y “adaptación” de los operadores⁹⁹ a la legislación que los incorporó en el escenario judicial, entre otras tantas cuestiones que involucran debates locales con problemas ya estudiados en países del norte global.

Finalmente –pero nuevamente, no menos importante–, si bien se mencionó el rol de contención y reducción minimalista del sistema penal que buscó la traducción

⁹³ Porterie, Sidonie & Romano, Aldana, *El poder del jurado: descubriendo el juicio por jurados en la Provincia de Buenos Aires*, Buenos Aires, INECIP, 2018; Porterie, Sidonie; Romano, Aldana & Hans, Valerie, *El jurado neuquino: el comienzo del jurado clásico en la Argentina*, Buenos Aires, INECIP, 2021.

⁹⁴ Bergoglio, María Inés, “Nuevos caminos hacia la legitimidad judicial. Participación ciudadana en los tribunales penales en Córdoba”, *Derecho y Ciencias Sociales*, n° 1, 2009, pp. 128-148; Bergoglio, María Inés, “Jury and Judge Decisions: the Severity of Punishments in Cordoba Mixed Tribunals”, ponencia presentada en *Law & Society Meeting “Law, Power, and Inequality in the 21st Century”*, Denver, Colorado, 28 al 31 de mayo de 2009.

⁹⁵ Sozzo, “Reforma de la justicia penal...”, op. cit.

⁹⁶ Sozzo, “Negociar, acordar y castigar...”, op. cit.; Sozzo, “Justicia abreviada...”, op. cit.; Sozzo, “Reforma de la justicia penal...”, op. cit.

⁹⁷ Buckhout, R.; Weg, S.; Reilly, V. & Frohboese, R., “Jury verdicts: Comparison of 6- vs. 12-person juries and unanimous vs. majority decision rule in a murder trial”, *Bulletin of the Psychonomic Society*, vol. 10, n° 3, 1977, pp. 175–178.

⁹⁸ Anwar, S.; Bayer, P. & Hjalmarsson, R., “The Impact of Jury Race in Criminal Trials”, *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 127, n° 2, 2012, pp. 1017–1055; Flanagan, Francis, “Race, Gender, and Juries: Evidence from North Carolina”, *The Journal of Law and Economics*, vol. 61, n° 2, 2018, pp. 189-214; Fukurai, Hiroshi, “Race, social class, and jury participation: New dimensions for evaluating discrimination in jury service and jury selection”, *Journal of Criminal Justice*, vol. 24, n° 1, 1996, pp. 71-88; Hoekstra, Mark & Street, Brittany, “The Effect of Own-Gender Jurors on Conviction Rates”, *The Journal of Law and Economics*, vol. 64, n° 3, 2021, pp. 513-537.

⁹⁹ Langer, “From Legal Transplants...”, op. cit.

latinoamericana del modelo integrado crítico de ciencia penal a través de la obra y difusión cultural de las ideas de Raúl Zaffaroni en América Latina¹⁰⁰, aún se desconoce el verdadero impacto de esta política penal en la región¹⁰¹. En este sentido, si bien ya se ha explicado la complejidad que presenta medir empíricamente la “punitividad” del sistema penal en un determinado contexto¹⁰², en el caso de Argentina resulta particularmente difícil evaluar los cambios en la duración de las condenas penales en un lapso tan largo de tiempo y sobre determinados delitos, los fundamentos brindados por los tribunales para la determinación de estas condenas, y si es que acaso los tribunales citaron algún texto “crítico” –sea de Zaffaroni u otros– al momento de la determinación de la condena y bajo qué delitos.

En definitiva, todas estas cuestiones representan múltiples interrogantes para futuras investigaciones empíricas sobre el tema, ya sea como agendas independientes de investigación o como proyectos que busquen dilucidar varios de estos interrogantes en conjunto. La discusión sobre los múltiples grupos de trabajo en pos de la reforma a la justicia penal, sus agendas de trabajo y diálogos en la región ha sido planteada. Resta seguir explorando un terreno prácticamente inabarcado en nuestra realidad latinoamericana.

¹⁰⁰ Zaffaroni, “En busca...”, op. cit.; Ferrajoli, “Alessandro Baratta...”, op. cit.

¹⁰¹ Respecto a la idea del “minimalismo” o –popularmente denominado– “garantismo” penal como posibilidad de ascenso social mencionada por Raúl Zaffaroni en su entrevista (Cfr. “Treinta años de minimalismo penal...”, op. cit.), nos remitimos a lo ya dicho en el apartado anterior de esta presentación.

¹⁰² Sozzo, “Democratización y penalidad...”, op. cit.

IV. Referencias

Alfie, Julián & Llorente, Victoria, ¿Quiénes dirigen los Ministerios Públicos Fiscales? mandatos y procesos de designación de las máximas autoridades de las fiscalías en Argentina, Buenos Aires, INECIP, 2020.

Anitua, Gabriel Ignacio, *Historias de los pensamientos criminológicos*, Buenos Aires, Del Puerto, 2005.

Aniyar de Castro, Lola & Codino, Rodrigo, *Manual de criminología sociopolítica*, Buenos Aires, Ediar, 2013.

Anwar, S.; Bayer, P. & Hjalmarsson, R., “The Impact of Jury Race in Criminal Trials”, *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 127, n° 2, 2012, pp. 1017–1055.

Baratta, Alessandro, “Criminología y dogmática penal. Pasado y futuro del modelo integral de la ciencia penal”, Roberto Bergalli y José Gutiérrez trad., *Papers: revista de sociología*, vol. 13, 1980, pp. 13-48. [Obra original publicada en 1979 en *La questione criminale*, y ampliada posteriormente en su traducción al alemán; ambas versiones fueron unificadas en la traducción al español].

149

Baththyány, Karina & Cabrera, Mariana (coord.), *Metodología de la investigación en Ciencias Sociales*, Montevideo, Departamento de Publicaciones, Universidad de la República, 2011.

Beloff, Mary, “Los nuevos sistemas de justicia juvenil en América Latina (1989-2006)”, *Justicia y Derechos del Niño*, n° 8, 2006, pp. 9-49.

_____, *Protección a la niñez en América Latina. Fortalezas y debilidades*, México, Consejo de la Judicatura del Estado de Nuevo León, 2014.

_____, “El modelo acusatorio latinoamericano y su impacto en la justicia Juvenil”, en Martínez, Santiago & González Postigo, Leonel (dir.), *Procesos especiales y técnicas de investigación*, vol. 3, Buenos Aires, Editores del Sur, 2020, pp. 265-322.

Beloff, Mary & Langer, Máximo, “Myths and Realities of Juvenile Justice in Latin America”, en Zimring, F.; Langer, M. & Tanenhaus, D. (eds.), *Juvenile Justice in Global Perspective*, Nueva York, NYU Press, 2015, pp. 198-248.

Bergalli, Roberto, “Epílogo y reflexiones (de un argentino) sobre el control social

en América Latina”, en Pavarini, M., *Control y dominación: teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2002, pp. 197-223, obra original publicada en 1983.

Bergman, Marcelo, *More Money, More Crime: Prosperity and Rising Crime in Latin America*, Nueva York, Oxford University Press, 2018.

_____, “Tribunales penales, reformas procesales y persecución del delito en América Latina” (en este mismo número).

Bergman, Marcelo; Cafferata, Fernando & Pernigotti, Facundo, *Procuración de justicia en las provincias argentinas. Gasto fiscal y eficacia de los Ministerios Públicos Provinciales*, Buenos Aires, CELIV, 2021.

Bergoglio, María Inés, “Nuevos caminos hacia la legitimidad judicial. Participación ciudadana en los tribunales penales en Córdoba”, *Derecho y Ciencias Sociales*, n° 1, 2009, pp. 128-148.

_____, “Jury and Judge Decisions: the Severity of Punishments in Cordoba Mixed Tribunals”, ponencia presentada en *Law & Society Meeting* “Law, Power, and Inequality in the 21st Century”, Denver, Colorado, 28 al 31 de mayo de 2009.

150

Binder, Alberto, “Testimonio y palabra. Conversaciones con el Profesor David Baigún”, en Maier, J. B., & Binder, A. (comp.), *El Derecho penal hoy. Homenaje al Profesor David Baigún*, Buenos Aires, del Puerto, 1995, pp. 599-630.

_____, “La fuerza de la inquisición y la debilidad de la república”, en *Elogio de la audiencia oral y otros ensayos*, Nuevo León (México), Poder Judicial del Estado de Nuevo León, 2014, pp. 43-96.

_____, “Etapas del desarrollo organizacional del Ministerio Público”, en Fiscalía Nacional de Chile (ed.), *Ponencias del Seminario Internacional “Desafíos actuales y futuros de la persecución penal y de la atención a víctimas y testigos en Chile”*, Santiago de Chile, Fiscalía Nacional, 2014, pp. 13-22.

_____, “La reforma de la justicia penal en América Latina como política de largo plazo”, en Niño Guarnizo, Catalina (coord.), *La reforma a la justicia en América Latina: las lecciones aprendidas*, Bogotá, FESCOL, 2016, pp. 54-103.

Binder, Alberto, “La toma de decisiones basada en la evidencia. Los centros de análisis y su rol en la seguridad”, *Pena y Estado (Nueva Época)*, n° 2, 2021, pp. 91-109.

Binder, Alberto & Obando, Jorge, *De las “repúblicas aéreas” al Estado de derecho. Debate sobre la marcha de la reforma judicial en América Latina*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2004.

Bohoslavsky, Ernesto, “Uso (y abuso) de Foucault para mirar a las instituciones de castigo en Argentina, 1890-1930”, *Cyber Humanitatis*, n° 35, 2005, disponible en <https://bit.ly/3cnUNeQ>

Brandariz García, José Ángel, *El gobierno de la penalidad. La complejidad de la Política criminal contemporánea*, Madrid, Dykinson, 2014.

Buckhout, R.; Weg, S.; Reilly, V. & Frohboese, R., “Jury verdicts: Comparison of 6- vs. 12-person juries and unanimous vs. majority decision rule in a murder trial”, *Bulletin of the Psychonomic Society*, vol. 10, n° 3, 1977, pp. 175–178.

Bustos Ramírez, Juan, “Criminología Crítica y Derecho Penal Latinoamericano”, en Baratta, A.; García Méndez, E.; del Olmo, R.; Riera, A.; Aniyar de Castro, L.; Zaffaroni, R.; Pavarini, M.; Sandoval Huertas, E.; Bustos Ramírez, J.; Bergalli, R. & Hulsman, L., *Criminología Crítica. I Seminario*, Medellín, Universidad de Medellín, 1984, pp. 163-176.

Carranza, Elías, “Política criminal y humanismo en la reforma de la justicia penal”, *Nueva Sociedad*, n° 116, 1991, pp. 57-65.

Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), *Desafíos del Ministerio Público Fiscal en América Latina*, Santiago de Chile, CEJA, 2005.

_____, *Persecución de delitos complejos. Capacidades de los sistemas penales en América Latina*, Santiago de Chile, CEJA, 2010.

_____, *Persecución de delitos complejos: experiencias en la investigación criminal*, Santiago de Chile, CEJA, 2013.

Ciocchini, Pablo, “Domando a la bestia: las reformas en la justicia penal bonaerense para eliminar la demora judicial”, *Revista Derecho y Ciencias Sociales*, n° 7, 2012, pp. 203-223.

_____, “Moldeando el problema y sus soluciones: los discursos técnicos sobre la demora en la administración de justicia penal”, *Crítica Jurídica*, n° 36, 2013, pp. 95-123.

de Dinechin, Philippe, “Introducción a una crítica de los derechos del niño”, *Re-*

vista Pensar, vol. 20, n° 2, 2015, pp. 535-580.

del Olmo, Rosa, *Segunda ruptura criminológica*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1990.

del Olmo, Rosa, “The Development of Criminology in Latin America”, *Social Justice*, vol. 26, n° 2, 1999, pp. 19-45.

Donatello, Luis Miguel & Lorenc Valcarce, Federico, “El ascenso a la elite judicial. Una reconstrucción de los orígenes y las trayectorias de jueces a partir de entrevistas biográficas”, *Revista Argentina de Sociología*, vol. 11, n° 19-20, 2017, pp. 6-29.

Duce, Mauricio, “Criminal Procedural Reform and the Ministerio Público: toward the construction of a new criminal justice system in Latin America”, tesis presentada para obtener el grado de Magíster en Derecho, Universidad de Stanford, Stanford, Estados Unidos, 1999.

Feeley, Malcolm, “Reflexiones sobre los orígenes de la justicia actuarial”, *Delito y Sociedad. Revista de Ciencias Sociales*, n° 26, 2008, pp. 19-36.

152

Feeley, Malcolm & Simon, Jonathan, “The New Penology: Notes on the Emerging Strategy of Corrections and Its Implications”, *Criminology*, vol. 30, n° 4, 1992, pp. 449-474. [Traducido al español como: Feeley, Malcolm & Simon, Jonathan, “La nueva penología. Notas acerca de las estrategias emergentes en el sistema penal y sus implicaciones”, *Delito y Sociedad. Revista de Ciencias Sociales*, n° 6-7, 1995, pp. 33-58]

Ferrajoli, Luigi, “Una historia de las ideas de «Magistratura Democrática»”, Nicolás Guzmán trad., en *Escritos sobre derecho penal*, vol. I, Nicolás Guzmán coord., Buenos Aires, Hammurabi, 2013, pp. 281-312, obra original publicada en 1993.

_____, “Por una ciencia del derecho penal integrada”, Nicolás Guzmán trad., en *Escritos sobre derecho penal*, vol. IV, Nicolás Guzmán coord., Buenos Aires, Hammurabi, 2021, pp. 125-145, obra original publicada en 2015.

_____, “Alessandro Baratta, filósofo y sociólogo del derecho penal”, Pablo D. Eiroa trad., en *Escritos sobre derecho penal*, vol. IV, Nicolás Guzmán coord., Buenos Aires, Hammurabi, 2021, pp. 147-161, texto original del 2013.

Flanagan, Francis, “Race, Gender, and Juries: Evidence from North Carolina”,

The Journal of Law and Economics, vol. 61, n° 2, 2018, pp. 189-214.

Fukurai, Hiroshi, “Race, social class, and jury participation: New dimensions for evaluating discrimination in jury service and jury selection”, *Journal of Criminal Justice*, vol. 24, n° 1, 1996, pp. 71-88.

Gabaldón, Luis Gerardo, “La criminología latinoamericana: temas, perspectivas y políticas públicas en el tránsito del milenio”, *Espacio Abierto*, vol. 19, n° 2, 2010, pp. 253-272.

Ganón, Gabriel, “¿La macdonalización del sistema de justicia criminal?: nuevo orden o nuevo derecho en la globalidad de la sociedad excluyente”, en Bodelón; Recasens; Rivera & Silveira (coord.), *Contornos y pliegues del Derecho. Homenaje a Roberto Bergalli*, Barcelona, Anthropos, 2006, pp. 439-457.

García Méndez, Emilio, “Criminología Crítica en América Latina”, en Baratta, A.; García Méndez, E.; del Olmo, R.; Riera, A.; Aniyar de Castro, L.; Zaffaroni, R.; Pavarini, M.; Sandoval Huertas, E.; Bustos Ramírez, J.; Bergalli, R. & Hulsman, L., *Criminología Crítica. I Seminario*, Medellín, Universidad de Medellín, 1984, pp. 21-33.

_____, “Para una historia del control penal de la infancia: la informalidad de los mecanismos formales de control social”, *Lecciones y Ensayos*, n° 53, 1989, pp. 43-73.

_____, “Infancia, ley y democracia: una cuestión de justicia”, en García Méndez, Emilio & Beloff, Mary (comps.), *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*, Bogotá, Editorial Temis, 1998, pp. 55-76.

Garland, David, “Penalidad y Estado Penal”, Federico Abiuso y Máximo Sozzo trad., *Delito y Sociedad*, vol. 25, n° 42, 2016, pp. 9-48, obra original publicada en 2013.

Gené, Mariana, *La rosca política: el oficio de los armadores delante y detrás de escena (o el discreto encanto del toma y daca)*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2019.

González Guarda, Claudio, “La política criminal aplicada (PCA): la deriva de la política criminal hacia la política pública”, *Revista Nuevo Foro Penal*, vol. 13, n° 88, 2017, pp. 185-216.

_____, *Gestión, gerencialismo y sistema penal*, Buenos Aires, B de F, 2018.

Goodman, Philip; Page, Joshua & Phelps, Michelle, *Breaking the pendulum. The long struggle over criminal justice*, Nueva York, Oxford University Press, 2017.

Gusfield, Joseph R., *La cultura de los problemas públicos*, Teresa Arijón y Camila Nijensohn trad., Buenos Aires, Siglo XXI, 2014, obra original publicada en 1981.

Guthmann, Yanina, “Aportes conceptuales para el estudio micro político y social de organismos de Justicia en Argentina: el caso del Ministerio Público Fiscal (MPF)”, *Forum. Rev.* n° 14, 2018, pp. 141-162.

_____, “Revisión crítica de los principales debates jurídico-políticos para un estudio sobre el Ministerio Público Fiscal (MPF) en Argentina”, *Revista electrónica de estudios latinoamericanos*, vol. 17, n° 65, 2018, pp. 82-94.

_____, “El Ministerio Público Fiscal (MPF) en Argentina: actores y prácticas. Apuntes de investigación”, *Revista Argentina de Ciencia Política*, vol. 1, n° 23, 2019, pp. 59-80.

Gutiérrez, Mariano, “Punitivismo y actuarialismo en la Argentina”, ponencia presentada en las V Jornadas de Sociología, Universidad Nacional de La Plata, Buenos Aires, Argentina, 10-12 de diciembre de 2008, disponible en <https://bit.ly/3ys2AWI>.

_____, “Acusatorio y punitivismo. La triste historia de nuestras victorias garantistas (parte 1)”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Zaffaroni dir., año 4, n° 8, 2014, pp. 70-84.

_____, “Acusatorio y punitivismo. La triste historia de nuestras victorias garantistas (parte 2)”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Zaffaroni dir., año 4, n° 9, 2014, pp. 75-88.

_____, “Sobre las ideologías actuales en las reformas penales”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Zaffaroni dir., año 6, n° 5, 2016, pp. 154-165.

_____, “Cinco hipótesis sobre la reforma procesal penal tal como ocurrió (y una aclaración)”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Zaffaroni dir., año 11, n° 11, 2021, pp. 125-148.

Hammergren, Linn, *Envisioning reform: improving judicial performance in Latin America*, Pensilvania, The Pennsylvania State University Press, 2007.

Harcourt, Bernard, *Política criminal y gestión de riesgos*, Brandariz García e Iglesias Skulj trad., Buenos Aires, Ad-Hoc, 2013.

Hathazy, Paul, “Democratizing Leviathan: Bureaucrats, Experts and Politics in the Transformation of the Penal State in Argentina and Chile”, tesis presentada para obtener el grado de Doctor en Sociología, Universidad de California, Berkeley, Estados Unidos, 2013.

_____, “Revoluciones en los campos de la justicia penal: estrategias internacionales de reformadores y cambios en la justicia penal en Argentina, Chile y más allá”, en Sozzo, Máximo (comp.), *Reforma de la justicia penal en América Latina. Promesas, prácticas y efectos*, Buenos Aires, Didot, 2020, pp. 21-40.

_____, “Las emergencias de la seguridad democrática en Argentina: problematizaciones públicas y políticas de seguridad en la posdictadura (1982-1992)”, *Desarrollo Económico. Revista de Ciencias Sociales*, vol. 61, n° 234, 2021, pp. 172-205.

Hoekstra, Mark & Street, Brittany, “The Effect of Own-Gender Jurors on Conviction Rates”, *The Journal of Law and Economics*, vol. 64, n° 3, 2021, pp. 513-537.

Kostenwein, Ezequiel, “Sociología de la justicia penal. Precisiones teóricas y distinciones prácticas”, *Delito y Sociedad*, vol. 27, n° 46, 2018, pp. 33-72.

_____, “En torno a la sociología de la justicia penal: un pequeño atlas”, en Kostenwein, Ezequiel (dir.), *La condición judicial. Dimensiones sociales de la justicia penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2020, pp. 19-72.

Langer, Máximo, “From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure”, *Harvard International Law Journal*, vol. 45, n° 1, 2004, pp. 1-64. [Traducido al español como: _____, “De los trasplantes legales a las traducciones legales: la globalización del *plea bargaining* y la tesis de la ‘americanización’ en el proceso penal”, *Discusiones*, vol. 21, n° 1, 2018, pp. 25-134]

_____, “Revolución en el proceso penal latinoamericano: difusión de ideas legales desde la periferia”, *Centro de Estudios de Justicia de las Américas*, 2008.

_____, “Plea Bargaining, Conviction Without Trial, and the Global Administration of Criminal Convictions”, *Annual Review of Criminology*, vol. 4, n° 1, 2021, pp. 377-411.

Maier, Julio; Ambos, Kai & Woischnik, Jan (coord.), *Las reformas procesales penales en América Latina*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2000.

Mallimaci, Fortunato & Giménez Béliveau, Verónica, “Historia de vida y métodos biográficos”, en Vasilachis de Gialdino, Irene (coord.), *Estrategias de investigación cualitativa*, Barcelona, Gedisa, 2006, pp. 175-212.

Marcó del Pont, Luis, “La criminología en Argentina y particularmente en el interior (Córdoba)”, *Revista Capítulo Criminológico*, vol. 27, n° 3, 1999, pp. 99-128.

Martínez, Mauricio, “El estado actual de la criminología y de la política criminal”, *Revista Capítulo Criminológico*, vol. 27, n° 2, 1999, pp. 31-62.

Mosconi, Giuseppe, “Traducción y evolución de la criminología crítica en la experiencia italiana. Cuestión criminal y derecho penal”, *Revista de Derecho*, n° 28, 2007, pp. 3-39.

Orozco Arcieri, Carlos & Molinares Hassan, Viridiana, “¿Derecho a la seguridad o seguridad de los derechos? La crítica de Alessandro Baratta a la ideología del derecho a la seguridad”, en Molinares Hassan, Viridiana & Pérez Francesch, Joan Lluís (comp.), *Seguridad humana y derechos fundamentales: en defensa del Estado de derecho*, Barranquilla, Editorial Universidad del Norte, 2019, pp. 7-33.

Pásara, Luis, “El impacto de la reforma procesal penal en la seguridad ciudadana”, *Derecho PUCP*, n° 65, 2010, pp. 55-67.

Porterie, Sidonie & Romano, Aldana, *El poder del jurado: descubriendo el juicio por jurados en la Provincia de Buenos Aires*, Buenos Aires, INECIP, 2018.

Porterie, Sidonie; Romano, Aldana & Hans, Valerie, *El jurado neuquino: el comienzo del jurado clásico en la Argentina*, Buenos Aires, INECIP, 2021.

Rico, José María, “Transición democrática y justicia penal en América Latina”, *Derecho Penal y Criminología*, vol. 17, n° 54-55, 1994, pp. 235-272.

_____, *Justicia penal y transición democrática en América Latina*, México, Siglo XXI Editores, 1997.

Rico, José María & Salas, Luis, *La administración de justicia en América Latina: una introducción al sistema penal*, San José, Centro para la Administración de Justicia, 1993.

Riera, Argenis & del Olmo, Rosa, “The view from Latin America against transnational criminology: a call for democratic international cooperation”, *Crime and Social Justice*, n° 15, 1981, pp. 61–67.

Ruas, Juan, “Estado penal y Ministerio Público en Argentina: hacia un análisis normativo y cultural del fenómeno punitivo (y cómo debería solucionarse)”, *Revista Crítica Penal y Poder*, n° 17, 2019, pp. 56-102.

_____, “El poder del juicio abreviado en América Latina: entrevista a Máximo Langer sobre los primeros resultados de la investigación empírica”, *Derecho Penal y Criminología. Gacetilla del Departamento de Derecho Penal y Criminología*, año 2, junio, 2020, pp. 1-25.

_____, “Justicia abreviada: más allá de la eficacia y las garantías en el sistema acusatorio latinoamericano”, ponencia presentada en el Seminario Internacional “Nuevas perspectivas sobre Derecho Penal, Proceso Penal y Criminología”, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires/Universidad de California en Los Ángeles, 15 y 16 de diciembre de 2020.

_____, “Sociología de la justicia penal en Argentina. El interrogante del Ministerio Público”, ponencia presentada en las jornadas “Dimensiones sociales de la justicia penal”, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata, Buenos Aires, Argentina, 8 al 10 de septiembre de 2021.

157

_____, “Treinta años de *minimalismo penal* en América Latina (1989-2019): entrevista a Raúl Zaffaroni” (en este mismo número).

_____, “Treinta años de reformas procesales penales en América Latina (1989- 2019): entrevista a Alberto Binder” (en este mismo número).

_____, “Treinta años de reformas de la justicia juvenil en América Latina (1989-2019): entrevista a Mary Beloff” (en este mismo número).

Sarrabayrouse Oliveira, María José, “La justicia penal y los universos coexistentes. Reglas universales y relaciones personales”, en Tiscornia, Sofía (comp.), *Burocracias y violencia. Estudios de antropología jurídica*, Buenos Aires, Antropofagia, 2004, pp. 203-238.

Schulte-Bockholt, Alfredo, “Latin American critical criminology”, en DeKeseredy, Walter & Dragiewicz, Molly (eds.), *Routledge Handbook of Critical Criminology*, Nueva York, Routledge, 2012, pp. 70-86.

Sicardi, Mariano, “El juicio abreviado como mecanismo de gestión de casos. Una mirada a partir de las prácticas del Ministerio Público Fiscal porteño”, tesis presentada para obtener el grado de Magíster en Criminología, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, Argentina, 2018.

Sikkink, Kathryn & Booth Walling, Carrie, “La cascada de justicia y el impacto de los juicios de derechos humanos en América Latina”, *Cuadernos Del Claeh*, vol. 31, n° 96-97, 2008, pp. 15-40.

Sozzo, Máximo, “Traducción, viajes culturales e historia del presente de la criminología en América Latina”, *Revista Derecho Penal Contemporáneo*, n° 9, octubre-diciembre, 2004, pp. 109-190.

_____, “Democratización y penalidad en la Argentina (1983-1989)”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Zaffaroni dir., año 4, n° 2, 2014, pp. 3-32.

_____, “Negociar, acordar y castigar. Modo y práctica de la imposición de sentencias en la justicia penal reformada”, ponencia presentada en el Seminario Internacional “Justicia Penal, Abreviación y Negociación en América Latina. Los aportes de la investigación empírica”, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, Argentina, 5 y 6 de diciembre de 2019.

_____, “Justicia abreviada. Reforma de la justicia penal, promesa de eficiencia y eficacia, y modo dominante de imposición de condenas”, *Cuestiones Criminales*, año 3, n° 5/6, 2020, pp. 549-576.

_____, “Criminología, mundo del derecho y modos de compromiso público: exploraciones sobre el caso de Argentina”, *Tempo Social*, vol. 32, n° 3, 2020, pp. 109-146.

_____, “Reforma de la justicia penal e investigación social en América Latina. Problemas y desafíos” (en este mismo número).

Taboga, Julieta, “Recorriendo los procesos de reforma procesales penales. Perspectivas analíticas sobre la reconfiguración de la justicia penal en América Latina”, *Delito y Sociedad*, vol. 31, n° 53, 2022.

Vidmar, Neil & Hans, Valerie, *American Juries: The Verdict*, Nueva York, Prometheus Books, 2007.

Villadiego Burbano, Carolina, “La multitemática y diversa reforma a la justicia en

América Latina”, en Niño Guarnizo, Catalina (coord.), *La reforma a la justicia en América Latina: las lecciones aprendidas*, Bogotá, Friedrich-Ebert-Stiftung, 2016, pp. 13-46.

Zaffaroni, Raúl (coord.), *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina (primer informe)*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1984.

_____, *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina (informe final)*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1986.

Zaffaroni, Raúl, *En busca de las penas perdidas*, Buenos Aires, Ediar, 1989.

_____, “La necesidad de elaborar un modelo de análisis para la asistencia internacional en materia de desarrollo de justicia penal en América Latina”, *Derecho Penal y Criminología*, vol. 15, n° 49, 1993, pp. 135-151.

_____, *Muertes anunciadas*, Buenos Aires, UNDAV Ediciones/Editorial Punto de Encuentro, 2016, obra original publicada en 1993.

Zaffaroni, Raúl; Alagia, Alejandro & Slokar, Alejandro, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2002.



160

Foto: Mary Beloff y Alberto Binder en El Salvador a mediados de los años 90', promoviendo las reformas en el sistema de justicia penal de ese país. En la imagen se encuentran junto a Aida Luz Santos (izquierda), Atilio Ramírez Amaya (derecha), Víctor Hugo Mata Tobar (parcialmente visible) y Lila Álvarez (parcialmente visible).

Entrevistas

Treinta años de *minimalismo penal* en América Latina (1989-2019): entrevista a Raúl Zaffaroni

Juan Carlos Ruas: Profesor Zaffaroni, muchas gracias por recibirme en su casa para la realización de esta entrevista. Como adelanté en conversaciones e intercambios previos que estuvimos manteniendo, me encuentro realizando una serie de encuentros en el marco de un proyecto de investigación de la Universidad de Buenos Aires, que busca rastrear las múltiples redes y grupos de trabajo detrás del fenómeno denominado como “reforma de la justicia penal”. En este sentido, hace ya treinta años sucedieron una serie de hechos que, en cierta forma, reflejan una perspectiva poco explorada de las transformaciones a los sistemas penales latinoamericanos de las últimas décadas... A modo de ejemplo, hace ya treinta años usted publicó su reconocido libro *En busca de las penas perdidas*¹, con el cual inauguró una nueva línea de pensamiento, acción y “contención” político-criminal por parte de los actores judiciales de América Latina. Línea que en cierto modo buscó un cambio cultural de corte “humanista” sobre los recursos humanos de las instituciones penales, a través de una “militancia” constante de reducción de la violencia punitiva.

A su vez, y en sintonía con esta producción intelectual, se estaban construyendo en la región las primeras reformas procesales penales, que tenían una meta declarada sobre dejar atrás la brutalidad de los antiguos sistemas “inquisitivos” para así adoptar sistemas procesales más garantistas, republicanos y transparentes de corte “acusatorio”. Esto último, por supuesto, a la par de la fundación del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP) de la mano de David Baigún y Alberto Binder hace también treinta años²; Organización No Gubernamental (ONG) que luego sirvió como sostén operativo de muchas de estas reformas procesales en diversos países de la periferia.

En tercer lugar, cabe mencionar que en esta misma época se aprobaba la Convención de Derechos del Niño³... Tratado internacional que posteriormente facilitó que diversos

¹ Zaffaroni, Raúl, *En busca de las penas perdidas*, Buenos Aires, Ediar, 1989.

² Nota de JCR: El Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP) es una Organización No Gubernamental (ONG) fundada en el año 1989. Dicha organización se dedica hoy en día – casi exclusivamente – a la promoción y asesoramiento de reformas procesales e institucionales en Argentina y América Latina. Su sitio *web* con mayor información al respecto puede consultarse a través del siguiente enlace: <https://inecip.org/>.

³ Nota de JCR: La Convención de Derechos del Niño fue aprobada el 20/11/1989.

grupos de trabajo comenzaran a impulsar reformas en los sistemas de justicia juvenil de Latinoamérica, en paralelo a varias de las reformas procesales penales para adultos. . . Hecho que también tuvo fuertes aspiraciones liberales, en torno al alcance que debía tener la intervención estatal en materia de niñez y adolescencia.

Con todas estas cuestiones, entonces, nuestra hipótesis es que la cuestión de la *reforma* de los sistemas penales en las últimas décadas excedió lo meramente procesal, y buscó abarcar aspectos institucionales, ideológicos y culturales, en torno al rol que debería tener la cuestión penal en las incipientes democracias de la región post-dictadura. Hasta dónde alcanzó el diálogo e intercambio entre estos distintos grupos y agendas de trabajo, sin embargo, es un área poco explorada en las investigaciones al respecto. Por todo ello, el interés de este encuentro consiste en poder entrevistarlo acerca de su trayectoria, conocimiento e involucramiento personal en estos temas, con la finalidad de consolidar una serie de testimonios a tal efecto.

Eugenio Raúl Zaffaroni: Sí, no hay problema. Adelante.

JCR: Lo primero que quisiera conocer tiene que ver con dónde se encontraba usted en el ámbito académico y político una década antes de la publicación de *En busca de las penas perdidas*⁴... Es decir, estamos hablando de que si “*En busca*” fue publicado en el año 1989, una década antes aún contábamos con numerosas dictaduras militares en distintos países de América Latina. Y a partir de la información de la cual dispongo, en 1980 usted había comenzado a escribir su primer tomo del antiguo *Tratado de Derecho Penal*⁵ de cinco volúmenes...

164

ERZ: No. La realidad es que el antiguo *Tratado* –que hay que quemarlo (risas)– está basado en un concepto preventivista de la pena... Ahora lo tomo como apuntes, pero la verdad es que en 1973 publiqué la “*Teoría del delito*”⁶, y los tomos tercero y cuarto del *Tratado* virtualmente son la *Teoría del delito* un poco más desarrollada, corrigiendo algunos temas y con un poco más de bibliografía.

Los tomos primero y segundo, en cambio, los comencé escribiendo entre 1974 y 1975 en San Luis. Luego volví a Buenos Aires como juez federal, y los seguí escribiendo con alternativas, especialmente entre 1977 y 1979. Creo que recién el primer tomo se publicó en 1980, si no me equivoco. Pero lo cierto como decía antes es que cuando se publicó el primero de los tomos ya tenía los borradores de toda la colección.

De modo que lo que hice de ahí hasta que se termina de publicar –que creo fue en 1983–, fue pasar los borradores, completarlos, ponerle un poco más de

⁴ Zaffaroni, “En busca...”, op. cit.

⁵ Zaffaroni, Raúl, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Tomo I, Buenos Aires, Ediar, 1980.

⁶ Zaffaroni, Raúl, *Teoría del delito*, Buenos Aires, Ediar, 1973.

bibliografía, etcétera... Y en el medio de eso, ya con todo el *Tratado* en borrador, también publico en 1977 el viejo *Manual de Derecho Penal*⁷, porque es más difícil escribir un Manual que escribir un Tratado. En un Tratado se puede meter de todo e incluso le podés poner el número de páginas que quieras. En un Manual eso no ocurre y además tenés que ser bien claro y didáctico. De modo que cuando escribí el *Manual* ya tenía por lo menos todo el *Tratado* armado. Esa es la historia del viejo *Tratado de Derecho Penal*... Fueron prácticamente diez años de trabajo, aunque por supuesto hubo interrupciones... El lío del juzgado federal, el golpe, me degradan en la justicia y me echan de la Facultad... En fin, esas cosas...

JCR: Vinculado con su expulsión de la Facultad, durante aquellos años muchos de los que después serían vistos como “criminólogos críticos” en América Latina también se encontraban exiliados del país... Pienso, por ejemplo, en los casos de Emilio García Méndez y Roberto Bergalli durante los años 1979/80... Y a nivel teórico, incluso, había grandes discusiones sobre cuál iba a ser el futuro de esa incipiente criminología crítica en la región... Es decir, cuál iba a ser su marco teórico...

ERZ: A mí me pasó algo curioso en ese sentido. Yo me formé con la criminología etiológica, es decir, yo soy discípulo del maestro Alfonso Quiroz Cuarón. Pero en un momento dado, me empezó a hacer un ruido bárbaro todo eso: no lograba compatibilizar esa cosa de positivista, neopositivista... Todo eso de la criminología etiológica y terminé dejando la criminología, porque me dije «esto no me cierra». Así fue cómo me fui a la dogmática y cerré los libros de criminología por un tiempo.

Hasta que finalmente, durante los años 1979/80, empecé a leer los trabajos de la criminología crítica. En 1979 Baratta había publicado un artículo en *La Questione Criminale*⁸, donde prácticamente demolía a la dogmática jurídico-penal, en una línea que después continuó desarrollando en su libro *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal*⁹, que ahora acaba de ser reeditado en Italia¹⁰. Recuerdo que cuando leí por primera vez ese artículo de Baratta intenté responderlo, porque la sensación que me dio era que se estaba por venir abajo toda la dogmática. Baratta,

165

⁷ Zaffaroni, Raúl, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 1977.

⁸ Nota de JCR: Entendemos que aquí Zaffaroni hace alusión al trabajo publicado como Baratta, Alessandro, “Criminologia e dogmatica penale. Passato e futuro del modello integrato di scienza penalistica”, *La questione criminale. Rivista di ricerca e dibattito su devianza e controllo sociale*, n° 2, 1979, pp. 147-183 [publicado en español como Baratta, Alessandro, “Criminología y dogmática penal. Pasado y futuro del modelo integral de la ciencia penal”, *Papers: revista de sociología*, vol. 13, 1980, pp. 13-48.].

⁹ Baratta, Alessandro, *Criminología crítica y crítica del derecho penal: introducción a la sociología jurídico penal*, Alvaro Búnster trad., México, Siglo XXI, 1986, obra original publicada en Italia en 1982.

¹⁰ Nota de JCR: Entendemos que aquí Zaffaroni se refiere a la reedición realizada por la editorial Meltemi, del año 2019.

usando sociólogos clásicos como Merton o las teorías de las subculturas, desarmaba todo el discurso de la dogmática jurídica, sin la necesidad de apelar a otra cosa. Sin embargo, tiempo después me di cuenta que era imposible responderle (risas)... Que lo que había escrito, en realidad, era únicamente un recurso desesperado de un penalista al que se le venía todo el mundo abajo.

Luego conocí a Baratta en 1983, en Medellín, lugar donde me dedicó una copia de *Criminología crítica e crítica del diritto penale*¹¹. Así fue cómo empecé a leer con atención los escritos de Rosa del Olmo, de Lolita Aniyar de Castro, a los norteamericanos... Y con todo eso dije «no, acá se arma un lío que es tremendo»... No iba a ser nada fácil recomponer las cosas... Principalmente, porque si bien Baratta desarma la dogmática jurídico-penal, como creo que no le gustaba el tema, salta directamente a un desarrollo vinculado con la política criminal.

Pero al mismo tiempo creo que se daba cuenta que no se podía desarmar todo y, por ello, durante esos años también escribió un artículo que siempre me fue muy útil para sistematizar los principios limitadores a tener en cuenta en una reconstrucción ulterior de la dogmática. Al analizar los principios generales en el posterior desarrollo que hicimos con Alagia y Slokar, seguimos bastante el curso de ese artículo de Baratta. Pero como mencioné antes, él no reconstruyó dogmáticamente el Derecho Penal... No le gustaba. Y al final, como buen “demoledor de ruinas” daba en aquel momento un salto sin escalas a la política criminal, proponiendo que se la replantease desde las perspectivas de las “clases subalternas”, es decir, con un concepto medio frankfurtiano, que hoy ha perdido vigencia... En particular o al menos porque las actuales “clases subalternas” no son ahora las de 1982.

Fue entonces cuando comencé a pensar y a plantearme «no, un momento, no podemos destruir el Derecho Penal, renunciar a la dogmática jurídica y quedarnos sin nada. Acá hay que asignarle una función al Derecho Penal y reconstruir la dogmática». Así fue cómo salió la publicación de *En busca de las penas perdidas*¹².

Por aquel entonces yo también tenía bastante contacto con Louk Hulsman, quien venía todos los años a Buenos Aires y se quedaba un mes en mi casa. Entendía su abolicionismo, pero era una propuesta de cambio civilizatorio, no se reconstruía la teoría de la pena ni la dogmática penal. Baratta, por su parte, saltaba directamente a la política criminal y el propio Luigi Ferrajoli hacía incluso lo mismo, aunque en menor medida. Sin embargo, los jueces necesitaban un discurso... Era indispensable darles un discurso dogmático. Para eso sirve la dogmática jurídica... No era posible decirles a los jueces que esperen mientras se viene un cambio político general o civilizatorio.

En eso se me ocurrió leer a Tobías Barreto, el brasileño de la llamada “Escuela de Recife”. Allí encontré dos cosas importantes, dichas muy brevemente y en

¹¹ Baratta, Alessandro, *Criminología crítica e crítica del diritto penale*, Bologna, Il Mulino, 1982.

¹² Zaffaroni, “En busca...”, op. cit.

un trabajo muy corto a fines del siglo XIX¹³. La primera es que dice no saber si existe el derecho natural, pero afirma que hay una “ley natural del Derecho”, es decir, que el derecho tiene límites, que no es omnipotente. La segunda, es que la pena es un hecho político... No es otra cosa que un hecho político, y que quien la quiera justificar antes deberá justificar la guerra, si es que ya no la justificó. Esas dos cosas me golpearon mucho.

Lo de la ley natural del Derecho es muy cercano a las estructuras lógico-reales de Welzel, y lo de la pena como hecho político es revelador, porque puede ser que todo ejercicio de poder punitivo sea irracional y tengan razón los abolicionistas, pero en definitiva, es un hecho político. Ahí está. Y por más que lo deslegitimemos nosotros en los libritos, seguirá estando, al igual que la guerra que, pese a todos los pacifistas, ahí sigue. Entonces se me iluminó la pregunta «¿pero el poder punitivo quién diablos lo ejerce?» Y, me di cuenta de algo evidentísimo, de que lo ejercen las policías, es decir, que no lo ejercía yo como juez. «¿Entonces qué estoy haciendo acá?» – Pensé –.

Resultaba evidente que los candidatos a la criminalización me los traía la policía. Por aquel entonces yo era juez de sentencia y teníamos un procedimiento penal inquisitivo escrito tanto para la etapa de instrucción como para el juicio. Recuerdo que estaba en un altillo de la calle Viamonte y cuando no tenía escaramuzas con la dictadura me peleaba con la Cámara, pero me tenían que soportar (risas)... Ahí fue cuando caí en la cuenta de que lo que estaba haciendo con todo eso era tratar de contener el ejercicio del poder punitivo, de contener un poder que no ejercía (risas)... Es decir, los jueces no ejercen el poder punitivo, lo único que tienen es un semáforo para regularlo... Diría que es una función de limitación, de acotamiento o de reducción, que trata de que no se le vaya la mano a policía. Una función de cautela.

Y como son las policías quienes ejercen el poder punitivo, la función del Derecho Penal es la construcción de un discurso de programación del poder jurídico de contención de los jueces. En ese sentido, diría que el trabajo de los jueces tiene una analogía enorme con el de la Cruz Roja Internacional. Tobías Barreto vio esta cuestión hace un siglo y medio... Es decir, la Cruz Roja sería la agencia de contención de la violencia en el momento bélico, y nosotros seríamos la de contención de la violencia en el momento político. No sé si tenía razón Clausewitz o Foucault. Si la guerra es la continuación de la política por otros medios o viceversa, pero no se puede negar el nexo entre las dos violencias.

De allí entonces salió un poco la idea central de “*En busca*”. Nadie deslegitima a la Cruz Roja Internacional, que hace lo que puede en el momento de la guerra,

¹³ Nota de JCR: Entendemos que Zaffaroni se refiere al trabajo “Introdução ao Estudo do Direito”, publicado en Barreto, Tobias, *Estudos de Direito*, Río de Janeiro, Laemmert, 1892, pp. 5-43 [y que el propio Zaffaroni cita –con otra edición– en “*En Busca*” (Cfr. Zaffaroni, “En busca...”, op. cit., p. 197, nota 8)].

y nosotros hacemos lo mismo en el momento político. No se le puede reprochar a la Cruz Roja que no haga desaparecer la guerra, ni a nosotros que no hagamos desaparecer al poder punitivo, porque con el poder jurídico de los jueces no vamos a cambiar la sociedad ni la civilización o la cultura, lo único que podemos hacer es garantizar el espacio en que la dinámica social se ocupe de eso. Como ciudadanos podemos ir a la esquina y decir cualquier cosa, pero como penalistas no, porque hay una “ley natural del derecho”. Nuestro poder jurídico tiene límites, ese es el asunto. Aquí es que conecto la “ley natural del derecho” de Tobías Barreto con las estructuras lógico-reales de Welzel, que las sigo sosteniendo hasta el día de hoy.

En ese sentido, el tratado de Welzel parece escrito por dos manos: con una mano escribe la teoría del delito y con la otra mano escribe la teoría de la pena. Las estructuras lógico-reales las lleva hasta la teoría del delito, pero en su teoría de la pena no las menciona porque se le hubiese venido toda la estantería abajo y, obviamente, en esos años no podía hacerlo y tampoco era un revolucionario. Pero si llevás las estructuras lógico reales a las teorías de la pena te va a pasar eso y ahí tenés la puerta de entrada a toda la criminología crítica. Criminología que por cierto es sociológica y no puede dejar de ser crítica de la operatividad del poder punitivo.

Sin embargo, siempre sostuve que nuestra función como penalistas consiste en realidad en introducir los conocimientos sociológicos en la dogmática. Esto lo hablé varias veces con Baratta... Pero él siempre estaba en otra cosa... Como mencioné, no era un tema que le gustara.

168

JCR: Volviendo a su explicación del principio, entonces, podemos decir que sus primeros acercamientos con esta incipiente criminología crítica se producen aproximadamente una década antes de la publicación de *En busca de las penas perdidas*¹⁴. Tiempo marcado por un contexto regional en el que aún perduraban gran parte de las dictaduras militares latinoamericanas. Y estos primeros acercamientos, a su vez, se producen a través de la lectura de producciones teóricas provenientes del exterior...

ERZ: Los acercamientos también se producen a través de los contactos personales que fui entablando con los viajes al extranjero. Por ejemplo, en el año 1980 fuimos con David Baigún al congreso de Naciones Unidas de Prevención del Delito de Caracas, como representantes de la Asociación Internacional de Derecho Penal (AIDP), y allí conversé bastante con Lolita Aniyar. Otro ejemplo, puede ser en el año 1983 que, como te dije, fue el año en el que tomé contacto con Baratta... En fin, la época en que volví a la criminología, que previamente me había desencantado bastante, porque aunque había hecho un curso de psiquiatría clínica en México y

¹⁴ Zaffaroni, “En busca...”, op. cit.

todo eso, llegó un momento en que la dejé por completo... Fui entonces volviendo a la criminología gracias a estos contactos y a esas lecturas, porque los vínculos que mantenía en aquella época eran básicamente con ellos.

JCR: Recién mencionó que durante aquella época se produjo su expulsión de la universidad debido al golpe de Estado. Con lo cual, uno podría intuir que estos contactos y viajes con la criminología “crítica” se dan por fuera de los claustros académicos... Es decir, que aquellos vínculos tenían un carácter más político que académico. Quisiera consultarle en este sentido si es que acaso no mantuvo su actividad con otros espacios universitarios en aquel entonces...

ERZ: A mí me echaron de la UBA en el año 1976. Por entonces, estaba refugiado en la Universidad Católica de La Plata, y luego en la Universidad del Salvador en Buenos Aires.

JCR: Y respecto a su trabajo como juez por aquella época, ¿tuvo algún rol o actividad que pudiera vincularse con estos acercamientos que estaba teniendo con las ideas de la criminología crítica?

ERZ: Bueno, como juez tenía encontronazos permanentes con la Cámara. Declaré la inconstitucionalidad de la tenencia de estupefacientes para el consumo. En aquel momento habían bajado la edad de responsabilidad penal de los menores, y metían presos a chicos por tenencia de un porro, un desastre... Molestó, porque el estereotipo de la época era que el consumidor era el terrorista... Después les declaré la inconstitucionalidad de la prohibición de la opción de salida del país a los presos por estado de sitio según el artículo 23 de la Constitución. Incluso antes, en 1975, como juez federal había declarado la inconstitucionalidad de la limitación de esa opción de salida para cualquier país del continente.

También en aquel entonces me llegó el habeas corpus de una chica que había desaparecido en un colectivo, llevada por la marina, y de lo cual había como treinta testigos, que eran los pasajeros del colectivo y los que estaban en la comisaría. Me di cuenta de que eso era casi el único caso de una desaparición con testigos e identificación de los sicarios. Entonces necesitaba cubrirme mínimamente y rechacé el habeas corpus de entrada, sin investigar. Obviamente esto se fue a la Cámara y ahí pasó lo que deseaba: la Cámara me ordenó que investigue (risas)... Y así fue. Llamé a todos los testigos y cuando agoté los testimonios, mandé un oficio al jefe de la marina para que me informe quiénes integraban la patota y me respondió que no llevaban registro. Luego envié otro oficio: «Dígame quiénes son todos los que están habilitados para integrar esos grupos», y su respuesta fue: «No se lo podemos decir por razones de seguridad».

Entonces, mandé un oficio directamente a Videla contándole que su subordinado no me quería decir esto... Y ahí me llamaron de la Casa de Gobierno preguntándome qué quería que me dijeran... A lo que con ingenuidad, les respondí «que me digan que no me lo dan, así yo cierro el expediente». Y, en efecto, me dijeron que por orden del presidente no me lo daban (risas)... Y se cerró el expediente (risas)...

Sin embargo, yo sabía que había que dejar pruebas y ellos tampoco eran tan tontos. De inmediato se dieron cuenta y a la semana nos quitaron los habeas corpus y los concentraron en la justicia federal. No obstante, ese expediente sirvió luego como una de las pruebas para condenar a Videla, como prueba de plan sistemático. No sé si en aquel momento pensaron lo mismo que yo, pero era claro que se habían “apiolado” de que eso era una prueba peligrosa para el futuro.

Ahora, mentiría si dijera que con todo eso, me vino a apretar algún milico... Lo que está pasando ahora no pasó nunca. Es obvio que no me ascendieron y me quedé todos esos años en el altillo, pero nunca me amenazaron... La persecución de jueces por el contenido de las sentencias es algo inédito en la historia judicial argentina. Soy la prueba viviente.

JCR: Podemos decir entonces que esta primera época previa a la confección de “*En busca*” estuvo marcada por un fuerte exilio en la discusión y en sus vínculos con la criminológica crítica, que tenía lugar a partir de sus viajes al extranjero... Es decir, no había una genuina experiencia de construcción y diálogo universitario criminológico en el marco de la dictadura; pero al menos, podía encontrarse cierto activismo a partir del trabajo en la justicia...

170

ERZ: Y no. No tenías posibilidades de hacer eso en la universidad, de ninguna manera. Tampoco era suicida, ni iba a aparecer en el baúl de un auto (risas)... Pero era una experiencia dura, porque estabas viendo toda la burocracia judicial callando o cooperando... Era una cosa terrorífica y tremendamente decadente. Éramos pocos los que hacíamos alguna resistencia en aquel entonces y hablábamos en voz baja entre nosotros: me refiero a los muchachos que después integraron la Cámara federal para juzgar a los comandantes y unos pocos más. Julio Maier se había ido, y quedaban además de ellos Pepe Masoni y Carlitos Oliveri, quien murió al tiempo. Éramos un grupo muy chico de primera instancia los que hacíamos alguna resistencia... Soltábamos gente y ese tipo de cosas.

Como te dije antes, recuerdo que había un constante conflicto con la Cámara, y también con un fiscal ante esa instancia – que a su vez era director del Departamento de Derecho Penal de la Facultad –... Un personaje que por suerte después pasó a la justicia federal, pero que en aquella época pedía la nulidad de todas mis sentencias. Sin embargo, cuando me anularon la segunda sentencia, dije «sin perjuicio de cumplir lo dispuesto por el superior...», y escribí cincuenta páginas explicando por qué no

era nula. La tercera vez que me anularon otra sentencia, hice lo mismo y allí se detuvieron las nulidades... Por supuesto, como ya tenía escrito el tratado, me costó muy poco transcribir lo investigado para refutar los argumentos de ese fiscal (risas)...

De cualquier manera, y pese al enfrentamiento ideológico interno, no había corrupción de dinero en ese entonces. Había otro tipo de corrupción, que es la de la gente que, con el “carrerismo” judicial, quiere quedar bien con el poder de turno para que los asciendan; de eso sí había, pero corrupción de dinero, no.

JCR: Antes mencionó un asiduo vínculo con Hulsman en estos primeros contactos con la criminología crítica latinoamericana y europea. Incluso, el propio título de “*En busca*” surge como una especie de diálogo con él... Me gustaría que pudiera contarme qué conexión tenía con Hulsman previo a la publicación de este libro, y cómo llegó a entablar ese vínculo.

ERZ: Bueno, creo que yo lo conocí por primera vez a Hulsman en Siracusa en el año 1981, en el Instituto... Creo recordar que fue en un mes de enero¹⁵, y nos pusimos a charlar. A Hulsman siempre le gustaba charlar (risas)... Hablábamos en inglés. Él hablaba un inglés medio raro y yo también, claro (risas)... Hablo un inglés de Naciones Unidas (risas)... Después vino a un congreso en Buenos Aires de la Asociación Internacional de Defensa Social, y Bernardo Beiderman me preguntó si podía alojarlo en mi casa, a lo que respondí que sí, y vino hasta acá. Le gustó, y después venía todos los años. Tenía su séquito de seguidores, en su mayoría mujeres (risas)... Era un personaje sumamente querible. Se integraba, y era un gran compañero.

Después, cuando hice política, venía a los actos, lo presentaba, y en seguida entablaba relación con todos. Un tipo realmente increíble. Balbuceaba el castellano, pero muy mal (risas)... Recuerdo que un día, de repente, se le ocurrió hacer un pescado asado en la casa, y cuando regresó por la tarde, veo llegar el camioncito del verdulero que lo traía a Louk con todo lo que había comprado en el mercado. Le pregunté cómo se había dado a entender, porque esto era un barrio, y no había mucha gente que hablara inglés o alemán, y me contestó que señalaba los productos, y les decía a los comerciantes “this!” “this!” y “how much?” (risas)... Muchas veces

171

¹⁵ Nota de JCR: En este pasaje de la entrevista, entendemos que Zaffaroni hace alusión al Instituto Internacional de Justicia Penal y Derechos Humanos de Siracusa, por entonces conocido como “Instituto Internacional de Altos Estudios en Ciencias Criminales” [The Siracusa International Institute for Criminal Justice and Human Rights, *About the Institute*, disponible en: <https://www.siracusainstitute.org/app/the-institute/> (enlace consultado el 21/6/2022, la traducción nos pertenece)]. Allí tuvo lugar, durante el 4 al 9 de enero de 1981, un Seminario Internacional titulado “Perspectivas contemporáneas en la filosofía de la justicia penal”, del cual participaron Zaffaroni y Hulsman [Cfr. Beristain, Antonio, “Reunión internacional sobre ‘Perspectivas contemporáneas en la filosofía de la justicia penal’”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 35, nº 1, 1982, pp. 155-158; Zaffaroni, Raúl, *Curriculum Vitae*, recuperado de <https://bit.ly/3OsByUA> (enlace consultado el 21/6/2022)].

incluso, andando por el barrio, algunos vecinos me preguntaban «¿y el holandés? ¿Tuvo noticias del holandés?». Era un tipo muy comunicativo (risas)...

Y en cuanto a “*En busca*”, te diría que efectivamente el libro es una respuesta al abolicionismo, es una discusión con ellos. Me causa mucha gracia cuando algunos me llaman “abolicionista” (risas)... Creo que Grondona alguna vez me llamó así, cuando todo el libro en realidad es una discusión con el abolicionismo.

JCR: Otra consulta que quisiera realizarle tiene que ver con la formación religiosa en sus primeras producciones vinculadas con la criminología crítica. Así como se ha hablado y escrito de la formación y compromiso religioso de algunos de los “reformadores” del proceso penal, recuerdo que en algunos libros de criminología se han descrito los postulados de “*En busca*” como profundamente “cristianos” y “humanistas”¹⁶. Entonces, quisiera consultarle qué vinculación o influencia tuvo la formación religiosa en estos primeros pensamientos críticos.

ERZ: Yo soy un tipo laico. Toda mi carrera primaria, secundaria y universitaria la hice en el Estado. Fui profesor de universidades católicas, pero no estoy particularmente vinculado a la Iglesia, es decir, soy un católico “de la calle”, como muchos. Aunque hay un contacto, es posible... Porque la filosofía católica siempre ha sido más bien realista, y en ese sentido puedo tener una cosa... Pero nunca he mezclado lo religioso con lo jurídico. Es más, soy un profundo admirador de la religiosidad popular o, más bien, de los distintos caminos en los que los pueblos se vinculan en lo absoluto, que es una síntesis de cultura de cada pueblo... La concepción escatológica de cada pueblo, la forma en que se vinculan a eso, es una síntesis de cultura desde un punto de vista sociológico, que no se puede minimizar.

JCR: Anteriormente conversamos sobre su vínculo con Baratta y los contactos que fue entablando en el ámbito de la criminología crítica a través de sus viajes al exterior, a comienzos de los años ochenta. Quisiera ahora consultarle el motivo por el cual, al momento de pensar la producción de “*En busca*”, seleccionó como marco teórico predominantemente la línea italiana de la criminología crítica, por sobre otras corrientes de este mismo enfoque... Como podría ser el caso, por ejemplo, del realismo de izquierda británico... A su vez, me interesaría que pudiera contarme cuándo se produjo sus primeros contactos con Luigi Ferrajoli, y qué vinculación tenía con el autor previo a la publicación de su libro.

¹⁶ Nota de JCR: En la entrevista se referenció a Anitua, Ignacio, *Historias de los pensamientos criminológicos*, Buenos Aires, Del Puerto, 2005.

ERZ: Bueno, como te dije antes, con Sandro ya tenía un contacto previo a la publicación del libro. Sin embargo, con Luigi Ferrajoli esto ocurrió en menor medida, aunque después de la publicación de “*En busca*” dicho contacto se hizo más frecuente, especialmente a partir de un libro que se publicó en Italia... El vínculo para esa publicación, a la que finalmente envié un artículo que se llamaba “*La Croce Rossa Giudiziaria*”¹⁷, justamente creo que vino por Alberto Binder.

Pero insisto en que Luigi, al igual que Baratta, no reconstruyen la dogmática. En este sentido, el Derecho Penal tiene un objetivo pragmático, que es programar el funcionamiento de ese semáforo que tienen los jueces. Por eso justamente le doy vuelta a la legitimación y afirmo que no se legitima con el poder punitivo, sino con la contención y limitación de ese poder, con lo cual también se convierte en la más importante prevención del genocidio.

JCR: Entonces, ¿Binder tuvo una intersección que lo vinculó con esta línea italiana de pensamiento crítico?

ERZ: Con este libro fundamentalmente, sí. Es un libro colectivo que se publicó con motivo de *Derecho y Razón*¹⁸, pero me estoy olvidando un poco porque esto pasó hace bastantes años¹⁹...

JCR: Entiendo que esta publicación que comenta fue luego del lanzamiento de “*En busca*”, en tanto *Derecho y Razón*²⁰ salió después de su libro...

ERZ: Sí, fue después. No recuerdo exactamente la fecha, pero sin duda que fue después... Por otra parte, también fui muy amigo de Massimo Pavarini, a quien también conocí en Colombia. Después lo visité en Italia y nos encontramos en otros lugares, e incluso vino varias veces a casa... Con lo cual, también teníamos un trato bastante frecuente. La última vez lo visité en Bologna, ya enfermo.

JCR: Antes de “*En busca*” usted también publicó otro trabajo titulado como “*Criminología, aproximación desde un margen*”²¹, que adelantaba parte de la

¹⁷ Nota de JCR: En este pasaje Zaffaroni hace alusión a su publicación del año 1993, titulada “La rinascita del diritto penale liberale o la ‘croce rossa’ giudiziaria”, que fue publicada en Gianformaggio, L. (org.), *Le ragioni del garantismo: discutendo con Luigi Ferrajoli*, Torino, Giappichelli.

¹⁸ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J. C. Bayón Mohino, J. Terradillos Basoco y R. Cantarero Bandrés trad., Madrid, Trotta, 1995, obra original publicada en 1989.

¹⁹ *Supra* nota 17.

²⁰ Ferrajoli, “Derecho y Razón...”, op. cit.

²¹ Zaffaroni, Raúl, *Criminología. Aproximación desde un margen*, Bogotá, Temis, 1988.

discusión en la cual se enfocaría en los noventa, aunque en este caso, con una línea más similar a la que tenían por aquel entonces autoras como Rosa del Olmo, de crítica al positivismo criminológico...

ERZ: Sí, esa publicación fue anterior a “*En busca*”. Pero “*Criminología, aproximación desde un margen*”²² realmente son unos apuntes, no es un libro... Son los apuntes que distribuía en la Facultad de Psicología de la UBA donde fui titular de Criminología muchos años. Por eso el trabajo termina prácticamente con la exposición y crítica del positivismo, ya que son los apuntes que fui haciendo casi como reflexión de por qué me hacía ruido la criminología etiológica que me habían enseñado.

Los colombianos me pidieron que los publicase en Bogotá y lo hice, con la condición de que no se distribuyese en Argentina, porque pensaba hacer un libro más orgánico. Pero al final la editorial lo distribuyó también aquí. Primero porque me dijeron que habían despachado un paquete por error y después no sé por qué... Por otra parte, aquel libro “más orgánico” se demoró unos veinte años (risas)... Hasta concretarse en “*La palabra de los muertos*”²³.

174 **JCR:** Otra cuestión que creo importante analizar en el marco de esta entrevista, tiene que ver con los primeros modos de difusión de estas ideas en el ámbito universitario tras la recuperación democrática. Recién conversamos sobre las producciones editoriales que surgen en esta época y los vínculos intelectuales con muchos de estos pensadores críticos, incluso años anteriores durante los gobiernos militares de facto.

Sin embargo, esta apertura democrática y el retorno a las universidades no implicó *per se* un cambio inmediato en la bibliografía, en la medida que se continuaba utilizando el antiguo *Tratado* de los cinco volúmenes... Es decir, usted había recuperado su cátedra en la Universidad de Buenos Aires, pero no se contaba con el último *Tratado* colectivo escrito en coautoría con Alagia y Slokar²⁴ para el dictado de las clases...

ERZ: Bueno, yo volví a la cátedra en Buenos Aires en 1984, y en 1985 se hizo el concurso. También, en 1984 me hice cargo de la cátedra de Criminología en la Facultad de psicología, y creo que en 1987 se hizo ese concurso. Luego, en 1994 fui designado director del Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Facultad de Derecho.

²² *Ibíd.*

²³ Zaffaroni, Raúl, *La palabra de los muertos. Conferencias de criminología cautelar*, Buenos Aires, Ediar, 2011.

²⁴ Zaffaroni, Raúl; Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2000.

Y en cuanto a las clases, en realidad se utilizaba mi *Manual de Derecho Penal*²⁵. La primera edición del viejo *Manual*, más o menos actualizado que, por otra parte, también se iba editando en México, en Perú, fusilando en Ecuador y con Pierangelli en Brasil... Por lo tanto, la difusión de estas nuevas ideas se hacía un poco oralmente en aquel entonces. En las clases que yo daba y en las que daban todos los docentes de mi equipo... Cambiando un poco el discurso, porque no teníamos otros textos para dar.

Recién empezamos a trabajar a mediados de los noventa en el nuevo *Tratado*²⁶, el “ladrillo” que se publicó en el 2000... Con Alagia y Slokar nos juntábamos todos los sábados y domingos, veíamos lo que había escrito cada uno, lo empalmábamos y lo corregíamos. Todo eso nos llevó cinco años.

A su vez, creo que fue más o menos por esta época cuando se incorpora nueva bibliografía en las clases que dictábamos, cuando se publica el *Tratado* y se empieza a armar el nuevo *Manual de Derecho Penal*²⁷, que no me gusta mucho (risas)...

JCR: Vinculado con esta cuestión, otro punto interesante para analizar podría ser la traslación de estas ideas que estaban surgiendo en el ámbito universitario hacia el trabajo en la magistratura. Es decir, cómo se logró esta difusión de ideas no sólo con alumnos o docentes universitarios, sino también con funcionarios judiciales... Colegas, que no necesariamente se vinculaban con la academia...

175

ERZ: Bueno, mucho no se difundió... A la jurisprudencia no sé si han llegado estas ideas, o al menos, no sé si hasta el día de hoy llegan... Pero bueno, mucha gente va creciendo y algunos pasan de secretarios a jueces, a fiscales, creo que es un efecto natural. Nada es del todo negativo, no por eso soy funcionalista, pero el mal absoluto no existe y, por lo tanto, también el subdesarrollo tiene algunas ventajas.

La circunstancia de que uno no pueda vivir de la investigación académica y de la docencia universitaria, sobre todo en derecho, nos favorece, tiene un aspecto positivo, que es que necesitamos vivir de algo, y eso nos mantiene en un contacto más real con el funcionamiento del modelo. Por eso es que las teorías pasan más rápido a los jueces. Se podría decir que el Poder Judicial es el gran financiador de la docencia y de la investigación jurídica (risas)... En algunos países de nuestra región es posible sobrevivir de lo académico, pero entre nosotros no. De todas maneras, creo que es bastante más positivo que embarcarse en una carrera totalmente separada de la actividad profesional, como en Europa, que puede conducir a una

²⁵ Zaffaroni, “Manual de Derecho...”, op. cit.

²⁶ Zaffaroni, Alagia y Slokar, “Derecho Penal...”, op. cit.

²⁷ Zaffaroni, Raúl; Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2005.

pérdida de realidad. No me gusta el derecho penal elaborado por un tipo que se encierra en un cubículo y piensa cualquier cosa (risas)...

JCR: Por aquel entonces, es decir, entre mediados de los noventa y comienzos del nuevo milenio, además de esta difusión en los claustros académicos y los tribunales, ¿mantuvo algún vínculo con movimientos políticos y/o universitarios que lo ayudaran a divulgar estas ideas? Esto lo consulto porque incluso en la criminología crítica comparada, varios de sus pensadores tenían una historia previa de militancia y activismo político... Pienso, por ejemplo, en el abolicionismo escandinavo y en la criminología crítica italiana...

ERZ: No, pasé directamente a la política. En 1994 fui constituyente por el Frente Grande, en 1996 fui presidente de la comisión de redacción de la Constitución de la Ciudad, en 1998 fui legislador de la Ciudad, en el 2000 fui interventor del INADI, y en el 2001 me fui al diablo hasta el 2003 (risas)...

JCR: Relacionado con el financiamiento de la investigación jurídica en América Latina y, especialmente en el contexto argentino, creo que otro punto poco explorado de la difusión de estas ideas tiene que ver con su posibilidad de “ascenso” o movilidad social... Pienso en los casos de jóvenes estudiantes, varios de ellos provenientes del interior del país y sin acceso al “campo” judicial, que quizás ingresaban como ayudantes alumnos en estos cursos universitarios, colaboraban en la cátedra y, posteriormente como adultos, ingresaban a la justicia con una clara formación ideológica...

176

ERZ: Hay unos cuantos que ingresaron, sí. Algún mal hicimos (risas)... Tan inofensivos no hemos sido (risas)... Claramente no es algo que pueda cuantificar, pero por supuesto que hay casos; y en el interior, quizá más.

JCR: Al comienzo de esta entrevista mencionamos su posición de Director del Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Universidad de Buenos Aires. Cargo que, hasta donde tengo entendido, sostuvo hasta el año 2011. Aquel fue un momento que podría ser retratado como una “época de oro” para estos temas en la UBA, en el sentido de que toda la discusión sobre la cuestión criminal en Argentina, tenía una de sus “casas centrales” en la Facultad de Derecho, por así decirlo...

Pero al producirse su retiro del Departamento de Derecho Penal, lo que quizás puede observarse desde una perspectiva externa, es que en los años subsiguientes se produce cierto desplazamiento hegemónico, en tanto comienza a surgir una nueva escuela de Criminología en Santa Fe, con una línea más sociológica o empírica. Esto, a su vez, produce que muchos jóvenes investigadores de la Ciudad y la

Provincia de Buenos Aires tengan que trasladarse al interior del país para formarse en criminología, a la inversa de lo que retratamos anteriormente.

Entonces, quisiera consultarle si posee conocimiento sobre cuándo comenzó a generarse este desplazamiento, y por qué.

ERZ: Esto se produce porque el lugar quedó vacante y fue entrando a la UBA un “normativismo” muy “no quiero líos”. Se va cultivando un derecho penal que se separa demasiado de las ciencias sociales. Se subestima no sólo a la criminología, sino también a la ciencia política, a la economía, a la sociología, a casi todo menos al propio derecho penal. Con sinceridad, me pregunto si no se dan cuenta que están elaborando un programa político sin datos sociales...

Entonces, creo que está bien lo que se está haciendo. Máximo Sozzo es un tipo que está dedicado a eso. En Buenos Aires no tenemos a nadie, por lo menos en Derecho. Puede ser Pegoraro con el grupo de “Delito y sociedad”, pero en Sociales. No me llama la atención que suceda esto, porque en cualquier país del mundo, por desarrollado que sea, no disponés de veinte tipos de primera línea en una materia, no hay. Es más, en Alemania, como tienen un programa común, los muchachos van de una universidad a otra, según la materia que les interesa y así, cada universidad tiene su “geniecito” que se ocupa de algo. Así que te diría que me parece correcto, lo que hace Máximo es bárbaro. Acá en Buenos Aires no se hace.

177

JCR: Pasando al espectro de la política criminal, es interesante observar que en *En busca de las penas perdidas*²⁸ usted defiende a la política criminal desde la idea de un “modelo”. Un modelo de “ciencia penal integral”, en el sentido de que el saber y el diagnóstico criminológico, sirviera a la dogmática jurídica para trazar una especie de plan político criminal, «de contención ante el genocidio en marcha». Sin embargo, diez años después, en el *Tratado* escrito en coautoría con Alagia y Slokar²⁹, se reconoce a la política criminal como una disciplina con su especificidad propia, argumentando que debería ser administrada por gente vinculada a la ciencia política; incluso, se menciona la propuesta de crear un Consejo de Política Criminal.

Pareciera, entonces, que en esta nueva concepción la política criminal es reconocida como una política pública, como pueden serlo la economía o la salud, en un sentido similar a lo que plantea Binder hoy en día³⁰. Lo que me interesaría consultar en este aspecto, se vincula con los motivos detrás de ese radical cambio de pensamiento.

²⁸ Zaffaroni, “En busca...”, op. cit.

²⁹ Zaffaroni, Alagia y Slokar, “Derecho Penal...”, op. cit.

³⁰ Nota de JCR: Aquí se referenció a Binder, Alberto, *Análisis político criminal*, Buenos Aires, Astrea, 2011.

ERZ: No sé si cambié tan radicalmente en eso. Quizás entendí más lo que podía ser la ciencia política, nada más. La política criminal es política y no la podemos manejar los abogados, porque no sabemos nada. Así es como te sale un fiscal que lo sacan de acá y lo ponen de ministro de seguridad en la Provincia de Buenos Aires y nunca vio un policía. Obviamente no tenía la menor idea, porque no es lo mismo decir frases impactantes por TV que mandar fuerzas de seguridad.

Lo que pasa es que cada vez que se habla de la cuestión criminal se mira a la Facultad de Derecho, y en la Facultad de Derecho no es donde están los que saben más o menos de política criminal o de criminología.

JCR: Retornando brevemente a la historia de la criminología crítica en América Latina, y las reflexiones teóricas que se producen en los ochenta, es importante señalar que hoy en día quienes hacen un revisionismo histórico de aquel entonces –especialmente, los criminólogos de las nuevas generaciones–, mencionan que una de las mayores adversidades que presentó la criminología latinoamericana de aquella época se vincula con una especie de “huida” sobre el estudio empírico.

Incluso en “*En busca*”, se aclara que no era necesario demostrar empíricamente muchas de las descripciones que se realizan sobre el sistema penal, en tanto eran “auto-evidentes”; es decir, que las cárceles están súper pobladas, o que solamente se detienen a los “ladrones de gallinas”. Recién después, en su paso por la Corte Suprema argentina, pareciera que se produce cierto “reencuentro” con el momento empírico, en tanto a finales de la primera década del nuevo milenio se crea un instituto de investigaciones de homicidios, dentro de la superintendencia del propio tribunal.

Entonces, lo que quisiera conocer sobre la cuestión, tiene que ver precisamente con el momento en el cual se produce este “reencuentro” con la investigación empírica en su abordaje de la cuestión criminal y, por supuesto, los motivos detrás de ello.

ERZ: Nunca lo dejé de lado. Lo que pasa es que no se puede hacer todo, y apenas cuando estuve en la Corte vi la posibilidad de hacer algo de campo, bastante elemental, por cierto. No lo logré terminar, porque la idea era que hiciéramos acuerdos con todos los tribunales superiores de Provincia para poder llevar la investigación de homicidios en todo el país, pero tuvimos dificultades, sobre todo con la Provincia de Buenos Aires, con la obtención de datos.

Si bien no lo logré, la idea era poder hacer un instituto que centralizara toda la información de homicidios del país. Elegimos homicidios porque son los delitos más graves, pero también porque son los más fáciles de investigar, porque son cifras duras, mientras que los delitos contra la propiedad no los podés investigar sin disponer de un presupuesto más o menos grande, porque tenés que hacer encuestas de victimización. Con los homicidios no hay problema, porque por suerte

no tenemos un país tan caótico que hacés un pozo y salen huesos. De modo que, por lo general, en cada homicidio queda un cadáver y los podemos contar.

También no hay que olvidar que por aquellos años ochenta se hizo una cosa importante, con la investigación sobre *Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina*³¹, del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Hubo dos reuniones: la última fue en San José, donde por primera vez, después del surgimiento de la criminología crítica, logramos juntar penalistas con criminólogos críticos. Fue interesante, y de ahí surgió un debate entre Lolita y Novoa Monreal, el debate del “jardín de al lado”³². Creo que esa investigación me reforzó la necesidad de buscar una nueva respuesta, que posibilitase un nuevo modelo integrado de derecho penal y criminología, como contracara del positivista.

Por otra parte, en aquellos años hubo una investigación empírica posterior, que hicimos en el mismo ámbito del Instituto Interamericano de Derechos Humanos y que popularmente lo llamamos “el proyecto muertos”. Se llama *Muertes anunciadas: ejecuciones policiales*³³. Es una investigación comparada que se reeditó hace poco por la Universidad de Avellaneda³⁴.

En nuestro país hubo un periodo, inmediatamente posterior al final de la dictadura, que duró hasta 1987 y que costó unos mil muertos, unas mil ejecuciones. Se lo ignora normalmente... Eso era algo mucho peor que el gatillo fácil y lo podíamos seguir por los diarios, porque lo mostraban como un éxito policial en la “guerra contra el crimen”. Seguía la policía de Camps y tampoco la federal había cambiado mucho. Y sí, juntó unas mil ejecuciones. Se terminó cuando asumió como gobernador Antonio Cafiero, en 1987.

179

³¹ Nota de JCR: Ver en este sentido las publicaciones de Zaffaroni, Raúl (coord.), *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina (primer informe)*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1984; y Zaffaroni, Raúl (coord.), *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina (informe final)*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1986.

³² N.E: Si bien el debate conocido como el “jardín de al lado” incluyó intervenciones de distintos criminólogos, que excedieron a Lola Aniyar y al propio Novoa Monreal, las contribuciones de ambos autores en aquel debate fueron: Novoa Monreal, Eduardo, “¿Desorientación epistemológica en la criminología crítica?”, *Revista Doctrina Penal*, n° 30, Buenos Aires, Depalma, 1985; Aniyar de Castro, Lola, “El jardín de al lado, o respondiendo a Novoa sobre la criminología crítica”, *Revista Doctrina Penal*, n° 33/34, Buenos Aires, Depalma, 1986; Novoa Monreal, Eduardo, “Lo que hay al lado no es un jardín: mi réplica a Lola Aniyar”, *Revista Doctrina Penal*, n° 33/34, Buenos Aires, Depalma, 1986; Novoa Monreal, Eduardo, “En procura de una clarificación”, *Revista Doctrina Penal*, n° 36, Buenos Aires, Depalma, 1986; Aniyar de Castro, Lola, “Un debate sin punto final”, *Revista Doctrina Penal*, n° 44, Buenos Aires, Depalma, 1988.

³³ Zaffaroni, Raúl, *Muertes anunciadas*, Bogotá, Editorial Temis/Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1993.

³⁴ Zaffaroni, Raúl, *Muertes anunciadas*, Buenos Aires, UNDAV Ediciones/Editorial Punto de Encuentro, 2016, obra original publicada en 1993.

JCR: Yéndonos a la actualidad, creo que es interesante observar que cuando usted escribió el último *Tratado* en coautoría con Alagia y Slokar³⁵, se hizo en un periodo en el cual las reformas procesales penales de corte “acusatorio” aún no se habían extendido lo suficiente en las provincias argentinas; incluso, en América Latina recién comenzaban a introducirse las primeras experiencias piloto. Con lo cual, es probable que en muchas de estas jurisdicciones los roles de la defensa y la acusación estuvieran un tanto “difuminados”, en el sentido de que gran parte de las actuaciones dentro del proceso estaban a cargo de los jueces.

Hoy en día, sin embargo, estas reformas se han expandido considerablemente en muchas partes de América Latina; y esta expansión, asimismo, trajo consigo una nueva distribución de “poderes procesales”³⁶, siendo el Ministerio Público Fiscal el encargado de desplegar la política criminal sobre los potenciales infractores —esto último incluso puede ir en contra de la visión que se tiene en el *Tratado*, sobre el juez que contiene al poder punitivo y simultáneamente debe filtrar lo que ingresa al sistema penal—³⁷. Entonces, quisiera consultarle, a partir de este nuevo panorama, cuál cree que puede ser la perspectiva para las políticas penales de Argentina y de la región, en un futuro no muy lejano.

ERZ: La perspectiva, desgraciadamente, es que estamos haciendo desaparecer el plenario, y estamos cambiando presos sin condena por condenados sin juicio. Estamos siguiendo el camino del *plea bargaining* de Estados Unidos.

JCR: Entonces, usted considera al “procedimiento abreviado” como uno de los desafíos más grandes que va a tener América Latina con estas reformas procesales...

ERZ: Y sí, mientras no seamos un poco conscientes y volvamos a Napoleón, vamos a hacer eso. Si vos creés que alguien que hurtó una botella de Coca-Cola en Londres lo llevan y le hacen un juicio con jurados, estamos jodidos (risas)... No sé, necesitamos distinguir, más o menos lo que pergeñaba un poco el proyecto del 2013³⁸.

Es decir, distinguir entre lo que son crímenes, delitos y contravenciones, con

³⁵ Zaffaroni, Alagia y Slokar, “Derecho Penal...”, op. cit.

³⁶ Nota de JCR: En este caso se referenció al trabajo de Langer, Máximo, “From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure”, *Harvard International Law Journal*, vol. 45, n° 1, 2004, pp. 1-64.

³⁷ Nota de JCR: Si bien en este pasaje se menciona el *Tratado de Derecho Penal* de Zaffaroni, Alagia y Slokar (Cfr. Zaffaroni, Alagia y Slokar, “Derecho Penal...”, op. cit.), en realidad se está haciendo alusión al *Manual de Derecho Penal* de los mismos autores, en tanto allí es donde realmente se encuentra presente la analogía entre el rol del juez penal y el dique de contención y filtro de las aguas (Cfr. Zaffaroni, Alagia y Slokar, “Manual de Derecho...”, op. cit., pp. 62-67, de la edición de 2007).

³⁸ Nota de JCR: Aquí entendemos que se hace referencia al anteproyecto de Código Penal de la Nación Argentina, que contó con la dirección del profesor Zaffaroni (Decreto PEN 678/12).

otros nombres. No le pongamos esos nombres, pero, graduar los contenidos de injustos y adecuar un proceso a cada contenido injusto es indispensable. A una contravención no se le puede hacer un proceso formal, a un delito de mediana gravedad tampoco del todo.

Todo esto sin ceder garantías, pero comenzar a hacer procedimientos que sean más baratos, porque de otra forma no hay presupuesto en el mundo que alcance para procesar formalmente todo, es una locura. Se crean códigos procesales sin ninguna investigación empírica sobre cuál es el universo que se va a procesar. Entonces eso genera un embudo. El código penal es gratis, cualquier estúpido puede poner un artículo, el código procesal por el contrario depende del presupuesto que tengas.

JCR: El tema sin dudas es interesante. Recuerdo incluso que hace unos años usted habló del presupuesto en las cárceles, y mencionó que uno de los problemas de estas políticas penales, es que Argentina no cuenta con los abultados recursos que tienen los países centrales como Estados Unidos, que pueden gastar doscientos mil millones de dólares al año.

ERZ: Y es que tampoco lo gasta, porque se manda todo por *plea bargaining*... Noventa y pico por ciento en los Estados Unidos... Entonces, ni es el modelo tampoco. Antes pasaba otra cosa con el juicio oral, en Córdoba y también en otras provincias que tenían el juicio oral, como había dificultades en los juicios orales, porque más de dos juicios orales o tres por semana no se podían hacer.

Yo empecé como juez de tribunal de juicio oral en San Luis. San Luis no tenía esos problemas, pero Córdoba sí, porque ya el universo procesal en Córdoba era más grande, entonces los procesos de delitos menores los dejaban prescribir. Si el tipo aparecía procesado por otro delito, juntaban los dos y le hacían el juicio oral. En realidad, era eso lo que pasaba. Era una solución práctica, en última instancia, una especie de “probation” de hecho. Pero ahora eso ha cambiado, y sí, ahora tenemos todo por juicio abreviado, y no hay otra, porque sino se colapsa todo y no funciona más nada. Por eso estamos cambiando presos sin condena por condenados sin juicio.

JCR: Adoptando el discurso de la reforma, podemos decir que esto estaría dentro de la contradicción entre la eficacia y las garantías... El problema, creo yo, es que pareciera que nos estamos yendo más por el lado de la eficacia, y las garantías las estamos dejando de lado...Habría que evaluar empíricamente, no obstante, las causas detrás de la elección de estos mecanismos por parte de los operadores judiciales, por encima de las vías procesales tradicionales.

ERZ: Es que el problema es que por un lado no tenés que ceder garantías, pero por el otro hacer un procedimiento más sencillo. Lo que pasa es que también en

la Argentina el inconveniente grave que existe, por el cual podés llegar a ceder garantías, es que no tenés una jurisprudencia casatoria a nivel nacional. Yo no sé para qué citamos jurisprudencia, si siempre vas a encontrar a alguien que haya dicho una estupidez en una sentencia y a un iluminado que haya dicho alguna genialidad. Para lo que quieras sostener vas a encontrar a alguien que lo dijo. Acá un tipo puede ser delincuente de un lado de un puente, y del otro lado del puente, por la misma conducta regida por el mismo código, le dan una medalla y es un héroe nacional.

Si tuviéramos una jurisprudencia casatoria, aunque fuese autoritaria, por lo menos lo sabríamos, pero en nuestro país no es previsible lo que puede resolver cualquier tribunal, o es previsible sabiendo quiénes son quienes lo integran, pero no porque haya una doctrina que baje línea desde algún tribunal alto y con criterio único para todo el país.

Por suerte, entre nosotros no pasa lo que en algún otro país de nuestra región, que los fiscales negocian como forma de recaudación autónoma, que es mi nueva forma de denominar lo que otros llaman “corrupción”. Pero estoy seguro que prefieren el juicio abreviado, primero porque el defensor puede tirar para abajo y le conviene, el fiscal porque no tiene que prepararse para ir a la audiencia, y los jueces, te digo, como experiencia personal, no hay cosa más aburrida en el mundo, que ser juez de juicio oral...

182

Tenés que estar ahí poniendo la cara, escuchando que se lean documentos, las cosas que dice el fiscal, los testigos que mienten, se te repite el hurto, el robo, etc... Yo me especialicé en los años que estuve en Villa Mercedes en abigeato, porque como los viernes venía a Buenos Aires a dar clases, toda inspección ocular que había que hacer de vacas robadas iba yo, y había aprendido las marcas, las contramarcas, si el pelo está crecido, si está cicatrizada, todo, los peritos me explicaban todo, los veterinarios. Puedo ser un especialista en abigeato, mostrame una vaca marcada y te digo (risas)... Cuando llegaba un homicidio era toda una noticia, pura deformación profesional (risas)... Y por eso te digo que es terriblemente aburrido; ni al tribunal, ni al fiscal, ni al defensor, les conviene ir al juicio oral, salvo excepciones.

Sin dudas sería muy bueno que se investigue el juicio abreviado más a fondo, pero de todas formas, lo cierto es que el plenario se convierte en una conversación de “pichincheros”, donde se pide descuento y se retacea, como si estuvieran vendiendo algo en una tienda.

Treinta años de reformas procesales penales en América Latina (1989-2019): entrevista a Alberto Binder

Juan Carlos Ruas: Alberto, muchas gracias por recibirme en el INECIP¹ para este encuentro. Como bien conversamos antes del mismo, solicité esta entrevista en el marco del proyecto de investigación que estamos realizando, en torno a las distintas redes y grupos que tejieron las reformas de la justicia penal hace ya unos cuantos años. No por nada, hace treinta años sucedieron una serie de hechos que, de distintas aristas, permiten entrever que la “reforma” a la justicia penal trascendió lo meramente procesal, y tuvo aspiraciones que buscaron incidir en distintos aspectos culturales e institucionales, muchos de ellos interrelacionados y poco explorados al día de hoy.

En este sentido, cabe mencionar que hace treinta años el profesor Zaffaroni publicaba el famoso libro conocido como *En busca de las penas perdidas*², promoviendo una militancia “humanista” y de resistencia o “contención” en las esferas de los operadores de la justicia penal, ante la violencia y arbitrariedad del sistema penal. Se fundaba el INECIP – del cual entiendo tuviste una gran participación junto con David Baigún –, con una meta declarada de “transformar” la justicia penal latinoamericana hacia un modelo liberal, más garantista y republicano, mientras que en la misma época tenían lugar las primeras reformas procesales penales en la región, en sintonía con esta fundación institucional. Y, a su vez, se aprobaba la Convención de Derechos del Niño³, instrumento internacional que luego dio paso a que varios grupos de activistas impulsaran una serie de reformas en la justicia juvenil de los distintos países de América Latina.

Así que, con todo este panorama, me gustaría realizarte una serie de preguntas sobre tu trayectoria personal en los procesos de reforma, y sus posibles diálogos

¹ Nota de JCR: El Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP) es una Organización No Gubernamental (ONG) fundada en el año 1989 y dedicada a la promoción, difusión y asesoramiento en la instalación de reformas procesales penales en las distintas jurisdicciones de América Latina, siendo Alberto Binder su presidente. Su sede central se encuentra en la Ciudad de Buenos Aires (Argentina) y su sitio *web* oficial puede consultarse en el siguiente enlace: <https://inecip.org/>.

² Zaffaroni, Raúl, *En busca de las penas perdidas*, Buenos Aires, Ediar, 1989.

³ Nota de JCR: Aprobada el 20/11/1989.

y vinculaciones con otras agendas de trabajo, como forma de consolidar una serie de testimonios sobre la cuestión.

Alberto Binder: Buenas tardes, Juan Carlos. ¡Por supuesto! Adelante con ello.

JCR: Lo primero que quisiera es que pudieras contarme *dónde* te encontrabas una década antes de la fundación del INECIP y de las primeras reformas procesales penales en la región. Asimismo, y en relación con esta pregunta, me interesaría que profundizaras sobre los *vínculos académicos y políticos* que mantenías por aquel entonces.

AB: Para ser honestos con relación a tu pregunta, el inicio sobre el pensamiento de las reformas en la justicia penal comienza en realidad hace un poco más de treinta años porque, por ejemplo, el caso de Argentina empieza cuando Maier en el año 84' comienza a redactar el proyecto de *Código Procesal Penal*, y ahí es cuando yo me sumo a trabajar ayudándolo, siendo por aquel entonces bastante joven. Así que, si en realidad partiéramos de esa fecha, retroceder una década antes significaría adentrarnos en mi adolescencia, porque estamos hablando de cuando tenía dieciséis años y no creo que eso sea tan significativo (risas)...

184 Más significativo es, sin ninguna duda, ubicarnos unos años después de esa fecha, ya en el año 79' – que entiendo es la fecha que en realidad me estás consultando –, porque es cuando de alguna manera vuelvo, empiezo a estudiar Derecho y me vinculo con la universidad, que por aquel entonces era la universidad de la dictadura. En ese entonces yo era un militante político de un sector que se llamaba *Humanismo y Liberación*⁴, donde estaba Augusto Conte y otras tantas figuras conocidas, y hacíamos militancia universitaria aún cuando no estaba permitida.

Pero creo que lo más significativo y relevante de esa época, vinculado con tu pregunta, es que debido a que la universidad no daba ningún tipo de “contención” en aquel entonces, porque en general los profesores que habían en la Facultad no eran muy buenos o tenían una ideología de derecha, y los profesores que uno podría considerar como “buenos” habían sido expulsados, me empiezo a

⁴ Nota de JCR: “Humanismo y Liberación” fue una corriente de centro-izquierda dentro del amplio espectro del Partido Demócrata Cristiano. Dentro de las distintas líneas del partido, *Humanismo y Liberación* representó uno de los sectores más radicalizados en oposición política e ideológica con el gobierno de facto durante la última dictadura cívico-militar (1976-1983). Ver, al respecto, el trabajo de Ferrari, Marcela, “La Democracia Cristiana argentina durante la dictadura cívico-militar y la transición temprana (1976-1985)”, *Revista Historia* (Pontificia Universidad Católica de Chile), vol. I (enero-junio), n° 50, 2017, pp. 49-77.

vincular con *Doctrina Penal*, la revista que habían fundado los discípulos de Jiménez de Asúa⁵.

Ahí estaban Baigún, Maier, Tozzini y muchos otros, formando parte de un fenómeno que se conocía como la *universidad de las catacumbas*⁶, donde muchos de los mejores profesores estaban fuera de la universidad y debías vincularse con ellos de otra forma. Así fue cómo empecé a trabajar en ese espacio. Allí se comentaban libros, se colaboraba con la revista, se mandaban cartas y nos vinculábamos con el exterior... Realmente, es aquí donde me empiezo a vincular con el pensamiento penal, aunque mis primeras preocupaciones estaban mucho más orientadas a la dogmática penal, ya que es con lo que empiezo estudiando.

Recién años después es que comienzo a vincularme con el proceso penal, cuando tomo contacto con Julio Maier en 1983... *Básicamente, cuando empieza la democracia*. Esa es la historia previa a mi comienzo en el ámbito de las reformas a

⁵ Nota de JCR: La revista *Doctrina Penal* fue una publicación trimestral lanzada en el año 1977 bajo la dirección de Ricardo Núñez, e impresa en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires por la editorial Depalma. Dentro de sus miembros del Comité Editorial, Carlos Tozzini y David Baigún ocuparon el cargo de Secretarios de Redacción. Asimismo, y dada su intrínseca conexión con la anterior Revista *Nuevo Pensamiento Penal* de Jiménez de Asúa, Zugaldía Espinar decía en 1978 que “[l]os únicos cambios apreciables [de esta nueva revista] [...] pueden reducirse a dos. En primer lugar, han desaparecido del consejo de redacción un plantel de profesores argentinos (Bacigalupo, Righi, Gladys Romero y Schiffrin, por mencionar sólo unos pocos) íntimamente vinculados al magisterio de Luis Jiménez de Asúa. Y han desaparecido del consejo consultivo internacional (por mencionar sólo unos cuantos nombres) las figuras de Baratta, Barbero Santos, Cerezo Mir, Gimbernat Ordeig, Armin Kaufmann, Claus Roxin y Wolfgang Schöne). Se trata, pues, de la misma revista, pero en otras manos. Sorprendente mutación, que en buena medida deja de serlo si se piensa en la situación política argentina en general” (Zugaldía Espinar, Agustín, “Doctrina Penal: «Teoría y práctica de las Ciencias Penales». Revista trimestral. Año 1. Julio-diciembre 1977. Núm. 0. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1977”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XXXI, Fascículo III (septiembre- diciembre), 1978, p. 830). En este sentido, David Baigún ha mencionado que el surgimiento de la revista *Doctrina Penal* responde a una división dentro del grupo de los antiguos discípulos de Jiménez de Asúa, articulados bajo “Nuevo Pensamiento Penal”: tras el último golpe de Estado, una parte del grupo consideró necesario suspender la anterior publicación en forma de denuncia ante la comunidad internacional sobre los sucesos acaecidos en Argentina; otra parte, consideró necesario sostener una publicación en serie con un fuerte espíritu crítico, que permitiera denunciar la feroz represión del gobierno de facto en el país. Quienes se enrolaron en esta última postura decidieron escindir el grupo y publicar una nueva revista, bajo el título de *Doctrina Penal* (Cfr. Binder, Alberto, “Testimonio y palabra. Conversaciones con el Profesor David Baigún”, en Maier, Julio y Binder, Alberto (comps.), *El Derecho Penal hoy. Homenaje al Profesor David Baigún*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1995, pp. 621-622).

⁶ Nota de JCR: La expresión “universidad de las catacumbas” es utilizada habitualmente para describir a los grupos de estudio y discusión que se generaron en distintas carreras universitarias por fuera de la cursada tradicional, ante las restricciones ideológicas y culturales imperantes en las universidades durante la última dictadura cívico-militar argentina. Ver, al respecto, Maffia, Diana, “El análisis filosófico y la universidad de las catacumbas”, presentado en el XV Congreso Nacional de Filosofía, AFRA (Asociación Filosófica de la República Argentina), Buenos Aires, Argentina, 6-10 de diciembre de 2010, disponible en <https://bit.ly/3GliAyk>.

la justicia penal, donde había una crítica muy profunda al Derecho Penal autoritario, a la dictadura, y había un pensamiento acerca de cómo debería ser el Derecho Penal que tendría la democracia... Podría decirse que todo esto es lo que me fue “preparando el camino” para que luego estuviera más receptivo con el proceso penal, y me metiera en los procesos de reforma.

JCR: Entonces, tus primeros vínculos con el grupo Maier serían en esta especie de “exilio” – afuera de la universidad –, a raíz de la censura promovida por la última dictadura *cívico-militar*.

AB: Así es, porque como dije antes, todos los grandes profesores estaban afuera de la universidad: Zaffaroni, Maier, Baigún... Todos los que conformaban el grupo de Jiménez de Asúa se encontraban exiliados – como puede ser el caso de Bacigalupo y Righi –, o estaban en una especie de “exilio interno”, ya que ninguno tenía peso en la universidad ni nada por el estilo. Eran grupos marginales pero que seguían en contacto fuertemente. Y si bien en algún momento hubo una especie de “crisis” entre los exiliados “externos” e “internos” de *Doctrina Penal*, siempre se seguía trabajando sobre las mismas ideas.

186 Afortunadamente unos años antes había comenzado un proceso de transición democrática en España, lo que también comenzó a generar una renovación del pensamiento penal... No tanto del procesal penal, pero sí del pensamiento penal en lo sustancial. Así que, esa es la universidad en la que me formé: una universidad donde te vinculabas con autores de mucha calidad en términos de producción teórica desde el afuera, pero, al mismo tiempo, estos grupos tenían una visión muy clara de que ya no se podía seguir con el Derecho Penal de la dictadura.

JCR: Justamente, podría decirse que una vez que retorna la democracia en Argentina el ámbito universitario vuelve a abrirse en términos “ideológicos”, junto con el acceso en general a las universidades. Y ya por aquel entonces, vos comenzaste a vincularte con la cátedra de David Baigún en la Facultad de Derecho, si mal no recuerdo...

AB: Exacto. Por aquel entonces, yo estaba vinculado con la cátedra de David Baigún, ya que era con quien más trabajaba, entre otras cosas, porque era un hombre de izquierda y por ende teníamos más afinidad ideológica. Recién en el año 84’ empiezo a vincularme *más directamente con Julio Maier, porque a su vez comienzo a trabajar en un estudio jurídico del cual Maier formaba parte.*

JCR: Entonces, tu primer vínculo se inicia con David Baigún de la mano de la militancia política y tu formación ideológica, y una vez que retorna la democracia, también comienza tu trabajo con Julio Maier...

AB: Sí, pero no solamente por la militancia política. Mi vínculo con David Baigún también se explica porque como mencioné antes, yo comencé estudiando dogmática penal, y dentro de la dogmática penal, Baigún era un hombre que siempre trató de vincularla con sus ideas políticas de izquierda. Era uno de los pocos que hacían ese tipo de trabajos y, además, ponía mucho esfuerzo en *Doctrina Penal*. Tiempo después, en el año 84' empiezo a trabajar en el ámbito de las reformas a la justicia penal con Julio Maier.

Mientras que Baigún, por su parte, comienza a darle más consistencia a la persecución de la criminalidad económica, creando un centro de investigaciones de este tipo en el Banco Central... Ese es el origen de lo que luego tratamos de conservar a través del CIPCE⁷.

Y como aún no existía el INECIP, todos trabajábamos en distintos ámbitos: la universidad, el Ministerio de Justicia, el Banco Central o en el Consejo para la Consolidación de la Democracia, ya que también teníamos mucho contacto con el grupo Nino en aquella época... Con lo cual, puede decirse que pasó mucha historia antes de llegar a la consolidación del INECIP. En este sentido, la creación del INECIP tiene que ver con una historia que en parte ya relatamos con David Baigún en una larga entrevista que le realizo para el libro homenaje que armamos con Maier⁸.

Allí Baigún explica que todo este grupo que alguna vez se había acercado a Jiménez de Asúa, había tenido una larga historia de inestabilidad institucional: primero lograban ingresar a la universidad, luego eran expulsados, y así sucesivamente. Y durante casi veinte años o más, se habían estado reuniendo en

187

⁷ Nota de JCR: Al igual que en el caso del INECIP, el Centro de Investigación y Prevención de la Criminalidad Económica (CIPCE) es otra Organización No Gubernamental (ONG) creada en el año 2003 que funciona dentro de su mismo ámbito (siendo también Alberto Binder su presidente), pero con un enfoque orientado al estudio y persecución de los delitos económicos. Según se consigna en su sitio web oficial, “[e]n 1989 Tute fue echado del Banco Central, donde dirigía el Centro de Asuntos y Estudios Penales, una unidad encargada de perseguir los delitos de los bancos. Ese mismo año se creó el INECIP, para buscar una Justicia más justa. Años más tarde, en 2003, se fundó el Centro de Investigación y Prevención de la Criminalidad Económica (CIPCE). Ésta fue una forma de continuar ese proyecto iniciado en el Banco Central, para seguir uniendo esfuerzos contra la criminalidad económica. El CIPCE se gestó como una ‘trinchera’ en la sociedad civil, desde donde se puedan formar profesionales e incidir sobre las políticas públicas en materia de prevención y persecución de los delitos de los poderosos, sin importar cuál sea el Gobierno de turno. [...] Actualmente, el CIPCE funciona dentro de la órbita y la personería jurídica del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales. En síntesis, somos una organización no gubernamental dedicada a contribuir a la planificación e implementación de políticas de prevención y persecución de la criminalidad económica, con especial énfasis en el desarrollo de mecanismos de recuperación de activos” (Centro de Investigación y Prevención de la Criminalidad Económica, *Quiénes somos*, <http://www.cipce.org.ar/quienes-somos>, enlace consultado el 27/2/2022).

⁸ Binder, Alberto, “Testimonio y palabra. Conversaciones con el Profesor David Baigún”, en Maier, Julio y Binder, Alberto (comps.), *El Derecho Penal hoy. Homenaje al Profesor David Baigún*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1995, pp. 599-630.

distintas casas, en la Asociación de Abogados, sacando revistas... Ellos ya traían en sus “genes”, por así decirlo, esta idea de inestabilidad.

Luego, cuando vuelve la democracia, Bulygin es designado como el primer decano interventor, lo que nos hace creer que con ello se iba a acabar esta inestabilidad institucional e íbamos a poder trabajar armónicamente en la universidad. De hecho, allí es cuando Baigún inaugura su cátedra de Derecho Penal, a la cual todos nos incorporamos. A su vez, yo también trabajaba y ayudaba a Julio Maier, quien por esa época era el director del Departamento de Derecho Penal. Otros estaban en el departamento de posgrado, y demás. Era una época en la que todos pensábamos que finalmente se iba a construir un ámbito de trabajo en la universidad o en el Ministerio de Justicia, y por ende nadie pensaba en la necesidad de la creación de un instituto como el INECIP.

Ahora bien, ¿qué ocurrió luego de ello? Ocurrió que con la crisis económica e institucional que vivió el país en el año 89’, y luego con el cambio de gobierno, nos damos cuenta que estábamos todos “afuera” otra vez. Así es cómo se pierde el Ministerio de Justicia, la universidad y muchos otros espacios institucionales... Y entonces, allí es cuando decidimos reunirnos nuevamente. Recuerdo especialmente una reunión que tuvimos en un bar, donde estaban los más viejos – Maier, Baigún y otros –, y los más jóvenes – yo, y personas incluso más jóvenes, como Marcos Salt o Rusconi –.

188 Ahí fue cuando reflexionamos que esta situación de inestabilidad institucional parecería ser una característica central de la Argentina y, entonces, debíamos formar nuestra propia “casa”, de tal manera que, salvo que nos expulsaran del país – (risas) –, tuviéramos un refugio que nos permitiera preservar todo lo construido cuando se perdieran espacios en el ámbito institucional, para luego, frente a otra “ola” política favorable, poder volver al ámbito público... Y así sucesivamente, ya que así funcionaban los ciclos institucionales de la Argentina. Luego Baigún dona cierto dinero para poder comprar el primer espacio físico de la futura institución, juntamos plata y aportes de los demás, y así fue cómo nace el INECIP. Nace con la idea de servir como un “fortín”: un lugar donde nos íbamos a poder refugiar ante cualquier contingencia política e institucional. Ese es el objetivo que tuvo la creación del INECIP en 1989... Diría que los treinta años posteriores muestran que esa función se cumplió con éxito, ya que después nos expandimos por América Latina y otros tantos lugares. Entonces, de acá van saliendo equipos de trabajo que, según las distintas épocas, entran en distintos sectores del Estado argentino o se van a trabajar a otros países, pero siempre volviendo acá.

Del mismo modo, como sabemos que esto es una lucha muy larga que lleva muchos años, tenemos la tradición histórica de formar permanentemente nuevas generaciones de jóvenes para ello. Al INECIP no le interesa que se queden acá para siempre, sino que salgan al ámbito público – pero comprometidos con una determinada idea –, y en un futuro puedan seguir trabajando acá.

En ese sentido, desgraciadamente el sistema universitario argentino en estos treinta años – y sobre todo la UBA, pero también el resto de las universidades nacionales y las privadas –, no ha tenido todavía la capacidad de “retener” a la gente: no tenés profesores *full time*, ni centros de investigación... Es decir, son muy pocos en el país los que pueden insertarse allí, y por eso creo que el INECIP ha sido lo que en otros países sería el departamento de una universidad, pero con la diferencia de que esto lo hemos financiado nosotros mismos, cuando lo correcto sería que esté en una universidad y pudiéramos hacer estas mismas cosas en ese marco.

JCR: Anteriormente mencionaste tu vínculo y compromiso con la militancia política cristiana previo al retorno de la democracia. Incluso, algunos autores como Máximo Langer te han descrito en algunos trabajos como un *jesuita de izquierda*⁹. Quisiera consultarte si esta formación religiosa tuvo alguna influencia en tus primeros pensamientos críticos y, asimismo, en las producciones y reformas que hiciste luego.

AB: Esa afirmación siempre me resultó graciosa (risas)... Pero lo cierto es que siempre pertencí a la izquierda cristiana desde muy joven, y he sido formado por los jesuitas. Quizás Langer menciona el tema porque ese tipo de formaciones permiten observar una cierta impronta de trabajo acerca de cómo construir redes, cómo sostener proyectos de largo plazo o la tenacidad en mantener ideas durante el tiempo, con voluntad intelectual y teórica. Posiblemente, lo que le llamó la atención a Máximo Langer es que esos componentes, que son muy típicos de la educación jesuita, sí los tengo.

Sin embargo, en cuanto a mis intervenciones posteriores en el *ámbito público* diría que lo estrictamente religioso no ha tenido relevancia, porque estamos hablando de instituciones estatales. No obstante ello, las críticas que realicé al sistema penal, a su ensañamiento con los más pobres... De la crueldad hecha rutina... Toda esta visión de que la desigualdad del sistema es intolerable, sin dudas tiene que ver con una formación moral y religiosa que tuve previamente. Incluso, durante el año 77’/78’, antes de empezar a trabajar en los temas teóricos, trabajé en una institución de ayuda a los presos, donde íbamos a las cárceles, editábamos una revista que hacían los propios reclusos, los esperábamos cuando salían y los ayudábamos a reinsertarse en la sociedad los primeros días, en tener una casa y demás...

Es decir, mi primer contacto con el Derecho Penal es de solidaridad y muy influenciado por lo religioso, por ese mandato evangélico de “estuve preso y me viniste a visitar”. Pero en un determinado momento, cuando el trabajo en las cárceles se volvió agotador, comienzo con el trabajo teórico y empiezo a pensar en la idea

⁹ Langer, Máximo, “Revolución en el proceso penal latinoamericano: difusión de ideas legales desde la periferia”, *Centro de Estudios de Justicia de las Américas*, 2008.

de que lo teórico tiene que estar al servicio de esa humanización o transformación del sistema penal.

JCR: Recién conversamos sobre el retorno a la democracia y sus implicancias para el acceso y la apertura en las universidades. Asimismo, mencionamos tu participación como profesor de grado de la Facultad de Derecho en la cátedra de David Baigún. Sin embargo, con el paso de los años te alejaste del ámbito universitario y te reclinaste en la capacitación de los operadores judiciales, la consultoría de reformas y en los cursos de posgrado... Me gustaría que pudieras contarme los motivos de este distanciamiento.

AB: No. En realidad, hay muchas circunstancias que tienen que ver con eso que mencionás. Así que, sin dudas creo que es una buena oportunidad para explicarlo de una vez por todas. En primer lugar, en el año 1990 salgo del país para trabajar en la reforma de Guatemala, lo cual me hizo residir en ese país durante dos años... Luego viví un tiempo en el Salvador, en Ecuador... Es decir, hay por lo menos cinco años en los que no estuve viviendo en Argentina. A su vez, ahí es cuando me doy cuenta de que se venía una época de reformas en todos los países de América Latina, a la cual decido dedicarme con toda mi energía posible. Así que durante casi dos décadas estoy viajando permanentemente.

190

A estas dos circunstancias se le agrega el hecho – que ya tengo bastante internalizado y del cual en cierto modo me ufano –, de que soy el único que tiene que dar las clases (risas)... Siempre las clases las doy yo. Nunca he tenido un curso donde aparezco un rato y después aparece otro docente por el resto de la cursada. Si está mi nombre como docente a cargo del curso, es porque soy el *único* que tiene que dar las clases, siempre. Entonces, estas dos circunstancias – de vivir afuera del país, o estar viajando casi permanentemente por las reformas –, hacen que no pueda dictar correctamente clases de grado, ya que te obligan a estar por lo menos un par de días a la semana en ese lugar.

Es por ello que me traslado hacia el *ámbito del* posgrado, donde se pueden organizar cursos y planificar que, por ejemplo, un mes estaré en Buenos Aires y podré dar las clases, porque esa siempre es mi intención. En este sentido, es muy común en la UBA que alguien quiera ser titular de cátedra pero después no dé clases. Incluso, esta situación también pasa con los docentes adjuntos, terminando la clase en manos del secretario del secretario, y así sucesivamente... Esto siempre me pareció una práctica inadmisibles, al menos en el plano ético, porque no se puede concursar en una universidad pública por una especie de “ranking” teórico, sino que se debería concursar para dar clases.

En segundo lugar, otra explicación es que disfruto de dar clases y, por lo tanto, no veo la razón de estar enviando a otras personas a “cubrirme”. Entonces, ese

conjunto de cosas son las que llevaron a que me fuera imposible dar clases de grado. Cuando me correspondió quizás en aquel momento... Cuando Baigún dejaba la cátedra y yo iba a tener que concursar por la titularidad, recuerdo haber mantenido una conversación con él donde le dejé muy en claro que no podía asumir las clases de grado porque, además, era la época donde la cuestión de la reforma en América Latina se había vuelto algo muy demandante.

Por aquel entonces yo cumplía una función de articulador de muchos grupos de trabajo en distintos países, lo que hacía que siempre estuviera viajando. Esa es la razón de mi distanciamiento de las clases de grado, si se quiere... No hubo otro motivo “de fondo”, por así decirlo...

JCR: Justamente, la década del noventa podría ser caracterizada por los viajes y encuentros académicos en distintos países de Centro América con motivo de la reforma a la justicia penal, que incluyó a diversos actores e investigadores de todo el mundo. Pienso por ejemplo en los informes que dirigieron Elías Carranza y Raúl Zaffaroni en el ILANUD¹⁰, o el Código Procesal Penal modelo para Iberoamérica¹¹.

De hecho, Zaffaroni mencionó que te vinculaste durante un tiempo con la línea de la criminología crítica en el marco de los “viajes culturales”¹² que compartieron. Incluso, que vos fuiste quien lo acercó a uno de los trabajos de Ferrajoli, generando los primeros contactos con el autor¹³. Me gustaría que me contaras sobre tu vínculo con esta criminología en la región.

191

AB: Te diría que cuando comenzamos a trabajar en el ámbito de la reforma a la justicia penal en Latinoamérica, durante un tiempo coincidimos en bastantes encuentros con Raúl Zaffaroni, porque en ese momento él era el director del ILANUD, y nosotros trabajábamos sobre diagnósticos de la justicia penal. Por

¹⁰ Nota de JCR: El Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente (ILANUD) es una organización internacional dedicada al estudio y reforma de los sistemas penales de América Latina, con especial énfasis en la prevención del delito. Ver sobre dichos informes, por ejemplo, Carranza, Elías y otros, *El preso sin condena en América Latina y el Caribe. Estudio comparativo, estadístico y legal de treinta países y propuestas para reducir el fenómeno*, San José, ILANUD, 1983.

¹¹ Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, *Código Procesal Penal modelo para Iberoamérica: historia, antecedentes, exposición de motivos y texto del proyecto*, Buenos Aires, Hammurabi, 1989.

¹² Nota de JCR: La expresión de “viajes culturales” es utilizada por Máximo Sozzo en el contexto de los diálogos y viajes que mantenían distintos actores y pensadores de la cuestión criminal durante los siglos XIX y XX en América Latina. Ver, al respecto, Sozzo, Máximo, “Traducción, viajes culturales e historia del presente de la criminología en América Latina”, *Revista Derecho Penal Contemporáneo*, n° 9, octubre-diciembre, 2004, pp. 109-190.

¹³ Cfr. “Treinta años de *minimalismo penal* en América Latina (1989-2019): entrevista a Raúl Zaffaroni” (en este mismo número).

ese entonces había dos tipos de diagnósticos sobre la cuestión: uno de índole administrativo, y otro de corte más humanista, que era el que utilizábamos nosotros.

Este último era el informe sobre *Sistemas Penales y Derechos Humanos*¹⁴, una investigación que dirigió el propio Zaffaroni desde el Instituto Interamericano de Derechos Humanos a partir del año 82', y que tuvo un gran impacto. El informe tenía una metodología, un enfoque, un análisis e integración de los distintos problemas policiales, de la justicia penal y de la dogmática penal... Todo ello girando alrededor de la selectividad y en diálogo con la criminología, lo que lo hacía algo realmente importante para la región. Nosotros tomamos mucho de esa metodología y enfoque, para sacar de allí los diagnósticos que nos permitirían luego hacer las acciones de reforma sobre la justicia penal.

Por otra parte, mi vínculo en aquel entonces con la gente de la criminología crítica se produce porque empiezo a dar clases en el Instituto de la Universidad del Zulia en Venezuela, que dirigía Lolita Aniyar de Castro¹⁵. Entre los años 92'/93' me encuentro allí dando clases y empiezo a generar vínculos y diálogos entre la criminología y la reforma de la justicia penal. Aquí es cuando comienzan mis primeros vínculos con Alessandro Baratta.

192 A su vez, como nosotros necesitábamos que el grupo de criminología crítica entendiera lo que estábamos haciendo, empiezo a participar en muchas de las reuniones de este grupo sin pertenecer a ellos (risas)... Gracias a Alessandro Baratta, que sirvió en cierta forma de enlace con el grupo. Él siempre decía que yo tenía que formar parte, porque era una especie de criminólogo por "analogía" (risas)... Así que, a partir de todos estos vínculos, con Raúl Zaffaroni, el grupo venezolano de Lolita Aniyar, y alrededor de los distintos lugares donde se encontraba este grupo de criminología – aunque después dejó de reunirse –, mantuvimos un diálogo bastante fluido, que duró unos cuantos años.

Aunque sin lugar a dudas, éste no era un vínculo sencillo, porque nosotros necesitábamos que la gente del grupo de criminología crítica – respecto de la cual teníamos una gran afinidad ideológica –, entendiera la importancia de la política pública de la reforma, y las transacciones que se tienen que hacer para poder realizar un proceso de cambio. En ese sentido, nosotros le criticábamos al grupo de criminología crítica de aquel entonces el hecho de que cuando América Latina se estaba lanzando a hacer cambios en sus sistemas de justicia, cuyo norte todavía no teníamos claro – y eso estaba ocurriendo tanto en la justicia penal juvenil como en la reforma de la justicia penal para adultos –, los criminólogos críticos seguían hablándose a sí mismos como si nada de esto estuviera ocurriendo.

¹⁴ Ver, al respecto, Zaffaroni, Raúl (coord.), *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina (primer informe)*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1984; Zaffaroni, Raúl (coord.), *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina (informe final)*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1986.

¹⁵ Nota de JCR: Aquí Binder se refiere al Instituto de Criminología de la Universidad del Zulia.

Cosa que, por otra parte, era bastante difícil, porque uno podía reconocerlo fácilmente, es decir, que si querías hacer cambios, tenías que hacer transacciones políticas... Esto no era un mundo ideal... Pero *más allá* de estos escollos, diría que éste fue un diálogo muy fructífero, que llevó a que mantuviéramos reuniones en Venezuela, Colombia, Perú y El Salvador, sumamente interesantes. Después, el grupo y sus reuniones se fue extinguiendo, y yo me dediqué aún más a seguir sosteniendo y alimentando fuertemente la red de reforma de la justicia penal en la región. De hecho, tiempo después también perdemos un poco el vínculo con esta misma red de reforma de la justicia penal, pero no por ninguna razón de disidencia, sino por cuestiones más circunstanciales.

JCR: Vinculado con esto último que mencionabas, creo que otro punto que podría señalarse de estos “diálogos” entre la criminología crítica y los procesos de reforma puede rastrearse a través de las producciones que sacó a la calle el propio INECIP... Vale la pena mencionar que en la primer década y media de su funcionamiento, muchas de sus publicaciones se relacionaban con esta temática de la criminología y la sociología del castigo o la prisión. Luego, sin embargo, sus producciones paulatinamente se centraron en darle cada vez más lugar a los expertos de la ciencia política y las políticas públicas, con una fuerte agenda institucional. Quisiera consultarte a qué se debió este cambio.

AB: En realidad, eso no fue por una decisión particular, sino porque van apareciendo nuevos problemas, y nos vamos concentrando en la construcción de una eficacia que no sea “tosca” – como dice el mismo Zaffaroni –, y eso nos obliga a pensar en otro tipo de eficacia.

Ahí es cuando empezamos a tener variaciones respecto del pensamiento de Raúl, ya que él naturaliza este funcionamiento tosco del sistema penal, y pareciera que no hay forma de salirse de él. Sin embargo, con Baigún siempre tuvimos la idea de que la política criminal es un ámbito de lucha política, de debates políticos, donde la orientación no está definida, sino que se va definiendo en base a las concepciones políticas. La otra visión es una especie de ontologismo de la selectividad del sistema. Pero la selectividad es un producto político... Y creo que este pensamiento es más fiel a las ideas de la criminología crítica.

Pero lo cierto es que hay que prepararse para que una política eficaz y distinta sea posible. Así fue cómo empezamos a orientarnos cada vez más hacia eso, hasta que posteriormente aparecerán los estudios del *Análisis Político Criminal*¹⁶ en el INECIP. En ese sentido, te diría que la preocupación político criminal nace primero con Baigún, y después yo me encargo de retomarla con muchísima claridad. De hecho, mi tesis tiene que ver precisamente con eso...

¹⁶ Ver, al respecto, Binder, Alberto, *Análisis Político Criminal*, Buenos Aires, Astrea, 2011.

Y respecto al sistema de garantías, te diría que si bien hubo un gran avance en términos de fijación de la doctrina constitucional, se ha observado que las garantías han quedado totalmente despreciadas por problemas organizativos y administrativos. Así fue cómo nos dimos cuenta de que nadie tomaba en serio la idea de gestión judicial, al menos en un sentido políticamente significativo, y nos metimos a trabajar en eso.

Entonces, creo que la cuestión se centró más en tratar de ocupar áreas de vacancia. La criminología argentina, por su parte, siempre contó con el programa de *Delito y Sociedad*¹⁷, que sigue estando hasta el día de hoy... Ahora está con el grupo que lidera Máximo Sozzo, quien está vinculado con estos temas y con quien también tenemos un diálogo fluido. Con lo cual, no hay ningún tipo de giro ideológico del INECIP en este sentido. Más bien, hay una especie de trabajo ordenado... Moviéndose a áreas de vacancia en la construcción de políticas institucionales.

JCR: Vinculado con esta idea de la eficacia en la política criminal y las transformaciones institucionales que tiene el INECIP al compás de las reformas procesales, creo que es interesante analizar el hecho de que a partir de la segunda década de este siglo XXI, pareciera que comienzan a confluir dos tendencias no relacionadas entre sí en la pulseada política de la reforma. Por un lado, y como ya mencionaste, se expande la idea de una política criminal más “macro”, de análisis de las organizaciones y estructuras sociales, y de nuevos “roles” que debería tener la administración de justicia penal, que excedan a los clásicos empleados judiciales.

Por otra parte, y al unísono de ello, pareciera expandirse una meta más “histórica” de la reforma procesal, vinculada con la ampliación del sistema de garantías a través de los juicios por jurados... Es decir, se produce una expansión política y discursiva, por un lado, de metas vinculadas con el gerenciamiento de las políticas penales, preocupadas por la eficacia y la eficiencia en la gestión del sistema penal; por otra parte, se busca difundir modelos de enjuiciamiento que parecieran tensionar estas mismas metas de gobierno.

Quisiera consultarte, entonces, cómo se produjo este acercamiento político hacia dos modelos que, en el ámbito de las reformas, parecieran contraponerse.

¹⁷ Nota de JCR: En el año 1987 Juan Pegoraro funda la cátedra de “*Delito y Sociedad*” en la Facultad de Ciencias Sociales de la UBA. Cinco años después, funda la revista con el mismo nombre, y en el año 2006 Máximo Sozzo asume como director del programa “*Delito y Sociedad*” de la Universidad Nacional del Litoral, para luego, diez años después, asumir como director de la revista (Cfr. Oyhandy, Ángela y otros, “Los ricos, esos sí que son peligrosos. Entrevista a Juan Pegoraro”, *Cuestiones de Sociología*, n° 10, septiembre, 2014, disponible en <https://bit.ly/3pph8Sn> [enlace verificado el 28/2/2022]; Sozzo, Máximo, *Curriculum Vitae*, 2020, <https://bit.ly/3vrXP3w> [enlace verificado el 28/2/2022]).

AB: Sin dudas son modelos que no van de la mano. Sin embargo, en uno de mis primeros libros, titulado *Política Criminal: de la formulación a la praxis*¹⁸, ya se señalaba la preocupación por la construcción de un aparato teórico alrededor de la política criminal. Los años sucesivos me van mostrando que la política criminal no tiene una formulación clara y posee fuertes arrastres históricos... Esto es, lo que Baratta llamaba el *Código Penal histórico*.

A su vez, hay una enorme confusión que proviene de la idea de que se puede pensar la política criminal bajo categorías juridiformes. Esto, que hace el Derecho Penal y el Derecho Procesal Penal, me parece que es un grave condicionamiento a la hora de poder identificar la política criminal como política pública, que moviliza cada vez más recursos públicos predominantemente estatales, y que no está acompañada de un saber y un aparato conceptual que le pueda permitir ser transparente, ordenar los debates y tener mayor capacidad técnica.

Esta preocupación se va a materializar en ese libro que mencioné, donde también trato de demostrar cómo la dogmática penal y procesal penal, e incluso la criminología moderna, no poseen el aparato conceptual que necesita la política criminal. Sí lo tiene, en cambio, el análisis de las políticas públicas. Por esto mismo, allí realizo un traslado bastante simple de algunas de las categorías centrales de las políticas públicas. Eso es todo el libro a grandes rasgos, que tiene impacto porque hace nacer preocupaciones de ese estilo.

Por otra parte, te diría que *Jurados* es una preocupación histórica del instituto, porque siempre tuvimos un programa sobre el tema. Ya desde el proyecto de la primera ley de organización de los tribunales que hacemos con Maier en el '86, aparecen los jurados... Esto siempre fue una pelea histórica que tuvo sucesivas épocas, y de la cual seguimos insistiendo en base a esta "técnica" que tenemos, donde siempre estamos presionando (risas)... Hasta que, por variables que uno no conoce del todo, se abre el espacio político y ahí es cuando finalmente logramos su implementación.

Al comienzo de la reforma tratamos de imponerlo en muchos códigos de América Latina: Venezuela, Bolivia, Guatemala, El Salvador... Y, en general, se habían perdido esas batallas, porque el paso hacia el sistema acusatorio era un cambio de por sí muy fuerte, lo que tornaba muy difícil avanzar con las dos cosas al mismo tiempo, o no había energía política para hacer las dos cosas a la vez.

Pero a partir de un determinado momento, decidimos elaborar un programa especial de jurados con la finalidad de separarlo de las peleas por la implementación del sistema acusatorio. Ellos son los que seguirán empujando fuertemente esa cuestión... Luego aparece Andrés Harfuch dirigiendo ese programa, que es el que finalmente va a tener éxito.

¹⁸ Binder, Alberto, *Política criminal: de la formulación a la praxis*, Buenos Aires, Ad Hoc, 1997.

JCR: Recién conversamos sobre la influencia que tuvo la criminología crítica y las ideas de izquierda en tu inserción en el ámbito de la reforma a la justicia penal. Asimismo, mencionaste la idea de construir un sistema penal o un Derecho Penal más “humano” tras el retorno a la democracia, como guía que orientó los cambios a los sistemas de justicia en América Latina durante los años 80/90’.

Sin embargo, una vez instaladas estas reformas a lo largo de los 90’ y principios del 2000, muchas de las críticas giraron en torno a que estos procesos incorporaron mecanismos que, lejos de ser más “humanos”, agilizaron la imposición de condenas sobre las personas que pasan por el sistema penal, reforzando la idea del *proceso penal como trámite*¹⁹. Pienso por ejemplo en mecanismos como el *régimen de flagrancia* o el *procedimiento abreviado*... Mecanismos que, lejos de cambiar la orientación político-criminal hacia la persecución de los delitos de los “poderosos”, han servido para acelerar las condenas de delitos menores. Quisiera saber tu opinión al respecto.

AB: Te diría que esa crítica no solamente se dio en Buenos Aires, sino que también se dio en Costa Rica y en distintos lugares de América Latina. Sin duda sigue siendo un problema sin resolver... Porque si bien uno puede observar que los diseños de los nuevos programas pilotos se los está tratando de utilizar para propiciar un uso muy fuerte de la *suspensión del juicio a prueba* o de la *suspensión condicional* – y esto también se está produciendo, ya que hay muchos lugares donde la *suspensión a prueba* ha aumentado considerablemente –, el punto está en que se han deteriorado mucho las condiciones sociales o en ese sector de delitos la reincidencia es inmediata. Con lo cual, el pasar a tener una condena condicional hace que la próxima sea de cumplimiento efectivo.

De todos modos, la carencia de una persecución penal orientada político-criminalmente es notoria... Vamos a necesitar muchos años más, y que América Latina se plantee el problema de la orientación político-criminal de la persecución penal. Te diría que recién una década después de estas reformas, cuando empezamos a hablar de *reformas de tercera generación*²⁰, de análisis de mercados y de persecución penal, se empezó a hablar de ello. Hasta ese entonces, hablábamos de flexibilización o de disponibilidad de la acción penal, que de por sí había sido un debate inmenso.

¹⁹ Ver, al respecto, Binder, Alberto, “El derecho procesal penal como ideología del trámite”, en *Derecho procesal penal. Tomo I*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2013, pp. 79-98.

²⁰ Nota de JCR: Binder utiliza la distinción de reformas de *primera, segunda o tercera* generación para hacer alusión a las distintas etapas de enmiendas y adiciones que fueron realizando en los distintos procesos de reforma en América Latina. La última etapa de estas reformas – según el autor – sería en la cual se comienza a hablar de los problemas político-criminales de los sistemas de justicia en la región. A su vez, esta etapa estaría transcurriendo en la actualidad y sería la más inconclusa dentro de las enmiendas realizadas (Cfr. Binder, Alberto, “La reforma de la justicia penal en América Latina como política de largo plazo”, en Niño Guarnizo, Catalina (coord.), *La reforma a la justicia en América Latina: las lecciones aprendidas*, Bogotá, FESCOL, 2016, pp. 54-103).

La verdad es que los Ministerios Públicos de la región carecían y siguen careciendo hasta el día de hoy de una orientación político-criminal. Es decir, yo creo que cada época nos plantea problemas distintos y ninguno se ha solucionado a fondo... Y las ideas tampoco abundaron en aquel entonces. En ese sentido, nuestra producción técnica y teórica estaba bastante más atrás de estos problemas y de la capacidad para resolverlos.

Así que te diría que las críticas siempre han sido ciertas y nunca las desestimamos, pero de ahí en más existen muchas variedades al respecto. Luego, también es cierto que una parte de la política rutinaria y un tanto autoritaria se ha expresado a través de estas flagrancias. A modo de ejemplo, podemos pensar en el modelo de flagrancia que sacó este gobierno en Argentina²¹, que es un modelo antiguo y con fines netamente reductibles en términos políticos.

Pero de todos modos, son tendencias que existen siempre en la justicia penal, que no están resueltas y todavía no tenemos una política adecuada para resolverlo. No es que no se conozcan las críticas, lo que ocurre es que la ingeniería institucional para resolver esos problemas no es para nada sencilla.

JCR: Justamente con esto que mencionás, creo que podría decirse que si bien es cierto que el problema de las condenas abreviadas ha sido una crítica histórica desde el comienzo de las reformas procesales en la región – al menos en términos dogmáticos y de principios constitucionales –, también lo es el hecho de que en los últimos años los criminólogos latinoamericanos y otros científicos sociales han centrado muchas de sus investigaciones en el uso de estos procedimientos... En algunos casos incluso, en la relación que tendrían con el aumento exponencial de la población penitenciaria en América Latina.

Sin embargo, y vinculado con tu respuesta anterior, pareciera que las preocupaciones de los reformadores hoy en día giran en torno a la orientación político-criminal del sistema penal... Es decir, tienen una preocupación declarada por perseguir el crimen organizado, sin que necesariamente exista un balance sobre lo que estaría ocurriendo con el delito común luego de estas reformas en los sistemas de justicia. Entonces, me gustaría consultarte sobre tu perspectiva a futuro para las políticas penales de América Latina, en sintonía con estas problemáticas que mencionamos.

AB: Te diría que lo que mencionás no son visiones contrapuestas, porque si nos juntáramos a conversar con todos ellos sin dudas estaríamos de acuerdo respecto de las problemáticas que aquejan a la región. Lo que ocurre es que operamos a través de estrategias distintas. En este sentido, la estrategia que siempre hemos

²¹ Nota de JCR: Aquí Binder se refiere al gobierno del por entonces presidente Mauricio Macri (2015-2019).

sostenido desde el INECIP ha sido la de pensar mecanismos de persecución penal de los poderosos en lugar de los vulnerables. Incluso, todos los trabajos que venimos haciendo acerca de la perspectiva de los mercados criminales es para fortalecer esta mirada *aún en los casos de criminalidad común*.

Las otras estrategias, que consisten en fortalecer el sistema de garantías, me parecen correctas y sin dudas hay que apoyarlas. Sin embargo, no creo que las pulsiones que existen en la política criminal, sus necesidades o el daño que sufre la sociedad con ciertos casos, se pueda resolver solamente fortaleciendo el sistema de garantías... También hay que dar una pelea dentro del ámbito de la política criminal.

Con lo cual, yo no creo que ambas estrategias sean absolutamente contrapuestas. Lo que sucede – y esto lo hemos hablado mucho con los criminólogos –, es que no hay que confundir fenómenos... El aumento de las tasas de criminalización no tiene que ver estrictamente con los procesos de reforma. A modo de ejemplo, Brasil ha aumentado notoriamente sus tasas de criminalización y es un país que no tiene nada que ver con los procesos reforma. De hecho, el propio Máximo Sozzo me comentó que hoy en día los investigadores de la región no tienen claridad absoluta sobre las razones por las cuales han aumentado las tasas de criminalización.

198

Por esto mismo, yo creo que todavía no tenemos sistemas estabilizados, y tampoco hemos encontrado razones absolutamente claras que nos digan por qué se da un aumento en todo el mundo en las tasas de criminalización, o si eso tiene que ver con sociedades violentas, con cambios culturales, o con otras cuestiones.

Entonces, yo no creo que haya que negar la realidad, pero tampoco hay que hacer correlaciones fáciles. Yo estoy en contra de ese tipo de correlaciones, porque en última instancia terminan dándole argumentos a favor a los sectores más conservadores. Pero, repito, no hay que negar el problema.

Nadie dice que no tengamos problemas que no hemos podido resolver, pero lo cierto es que hay otras realidades en América Latina. De hecho, también hemos tenido aumentos muy fuertes en la persecución penal de la criminalidad económica, de la corrupción y de otros delitos de los poderosos que están conviviendo con esas cosas.

De modo que, lo que le estamos pidiendo a los sectores de la criminología o a quienes hacen trabajo empírico, es que profundicen sobre estos temas. Yo nunca he sido de los que creen que hay que enamorarse de los productos institucionales, sino que mantengo una permanente actitud crítica.

Treinta años de reformas de la justicia juvenil en América Latina (1989-2019): entrevista a Mary Beloff

Juan Carlos Ruas: Dra. Beloff, muchas gracias por recibirme en la Fiscalía General de Política Criminal, Derechos Humanos y Servicios Comunitarios¹ para poder realizarle una serie de preguntas en el marco de nuestro proyecto de investigación. Así como comenté brevemente antes de mantener este encuentro, nuestro objeto de estudio consiste en explorar las reformas a la justicia penal llevadas a cabo en América Latina hace treinta años que, tanto desde aspectos culturales, como procesales e institucionales, continúan teniendo grandes repercusiones en las políticas públicas contra el delito que tienen lugar en la región.

No por nada, hace ya treinta años Raúl Zaffaroni publicaba su famoso libro *En busca de las penas perdidas*² – inaugurando una línea de pensamiento que podría ser considerada como “activista” en las políticas penales llevadas a cabo por los actores judiciales de América del Sur, con un enfoque prominente en garantizar el respeto de los derechos humanos de quienes pasaban por el sistema penal –, se fundaba el Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP) de la mano de David Baigún y Alberto Binder – con metas declaradas de establecer una justicia más “garantista” y republicana³, mientras que en sintonía con ello se estaban llevando a cabo las primeras reformas procesales penales en la región – con un discurso público y político de obtener mayores garantías para los

¹ Nota de JCR: Fiscalía dependiente de la Procuración General de la Nación, órgano de gobierno del Ministerio Público Fiscal de la Nación (Argentina).

² Zaffaroni, Raúl, *En busca de las penas perdidas*, Buenos Aires, Ediar, 1989.

³ Nota de JCR: El Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP) es una ONG dedicada actualmente a promover y participar en los procesos de reforma procesales penales llevados a cabo en la región. En su sitio *web* se consigna: “El Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP) es una fundación que inició sus actividades en el año 1989 en Buenos Aires, Argentina, con la misión de contribuir a la consolidación y el progresivo fortalecimiento del Estado de Derecho en los países de América Latina y del Caribe. Para ello, ha trabajado intensamente en el campo específico de los procesos de transformación de los sistemas judiciales y de los sistemas penales ligados a la transición democrática, promoviendo –desde una perspectiva científica- la defensa de los derechos fundamentales de las personas” (Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales, *Institucional*, <https://inecip.org/institucional/>, enlace consultado el 27/2/2022).

acusados y mayor eficacia en la persecución penal de la criminalidad compleja –, y se aprobaba la Convención de Derechos del Niño⁴, dando lugar posteriormente a una serie de reformas en los sistemas de justicia juvenil de toda América Latina, en sintonía con esta ola “reformista” para adultos.

Entonces, pareciera que estas transformaciones que estaban ocurriendo al unísono en diferentes aspectos de las instituciones penales de América Latina, eran algo más que simples diálogos ocasionales entre distintos grupos de colegas universitarios o de la profesión en la justicia.

Y siendo usted una de las principales actoras en esta serie de reformas, me interesaba mantener esta entrevista con la finalidad de realizarle una serie de preguntas sobre su vida y trayectoria personal sobre estos temas, como forma de consolidar una serie de testimonios de esta cuestión.

Mary Beloff: La agradecida soy yo, Juan Carlos, por el interés y por la invitación a contribuir, de alguna manera, con el trabajo de investigación que llevan adelante. Es muy necesario que se lleven adelante indagaciones rigurosas sobre la historia de la justicia penal de nuestros países en esos años, desde el campo de actividad al que pertenecemos en tanto juristas y académicos dedicados al Derecho Penal y Procesal Penal; esa reconstrucción probablemente también arroje alguna luz acerca de nuestras historias individuales, como personas con considerable involucramiento en estos procesos durante muchos años, así que, nuevamente, muchas gracias por darnos el espacio.

200

JCR: La primera pregunta que quisiera realizarle tiene que ver con dónde se encontraba en el ámbito académico y político en el año 1989, cuando se aprueba la Convención de Derechos del Niño. Esto se lo consulto, dado que en base a la información de la cual dispongo, en 1990 usted aún era una estudiante de grado, colaboraba en la revista *No hay Derecho* con otras personalidades que al día de hoy siguen siendo figuras destacadas en el ámbito de la justicia penal, y a su vez era una revista que concentraba debates con profesores reconocidos de la Facultad de Derecho de la UBA⁵. Y en 1992, dos años después de esto, usted publica su

⁴ Nota de JCR: Convención aprobada el 20 de noviembre de 1989.

⁵ Nota de JCR: La revista “No hay Derecho” fue publicada durante los años 1990 a 1995 en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y digitalizada recientemente por la entrevistada, siendo cargada en el Archivo Histórico de Revistas Argentinas (Ahira) para su consulta. En el repositorio *web* de dicho sitio se consigna que “[a] fines de 1990, *No Hay Derecho* apareció en la ciudad de Buenos Aires como ‘revista bimestral’. [...] *No Hay Derecho* ensayó una mirada crítica sobre el derecho público y sus prácticas e instituciones, inscribiéndola desde el primer número en el campo de los estudios sociales. Por eso, tanto aquellas contribuciones que podrían haber tenido solo un altísimo nivel de tecnicismos (por ejemplo, el análisis de fallos judiciales) como las que podrían haberse limitado a la actualización teórica (por ejemplo, los anticipos de libros) fueron también, sin dejar de cumplir

primer artículo sobre derechos del niño en esa misma revista⁶. Entonces me interesaría, con este primer pantallazo general, saber dónde se encontraba usted específicamente en 1989.

MB: Me maravilla cómo, con su investigación, me ayuda a recordar y a reconstruir esos años (risas)... ¡Pasó mucho tiempo! Me siento privilegiada y estoy agradecida por la época en la que me tocó estudiar. Se dieron muchas coincidencias propicias, en particular, importantes cambios legales, institucionales y en los planes de estudio de la carrera de Abogacía de la UBA, que generaron un clima ideal para la aparición de nuevas publicaciones. No sé qué fue primero en el sentido de qué motivó qué, pero sin dudas fue una época muy productiva para el debate académico riguroso en la Facultad. Egresada del “Nacional” (Colegio Nacional de Buenos Aires), llegué a la Facultad con muchas expectativas de no sólo estudiar Derecho, sino también de pensar cómo contribuir a que la democracia argentina se fortaleciera, puesto que si bien ya habían pasado algunos pocos años desde el inicio de la recuperación democrática, el proceso no había estado exento de terribles complicaciones y riesgos de retrocesos, con lo que ese compromiso—pasión diría— por pensar cómo asegurar el Estado de Derecho era fundamental en mí y en mis compañeros de clases. En el año 1989 ya tenía una considerable actividad académica en la Facultad como estudiante (era muy importante para mí; entonces no tenía definido si quería desarrollar exclusivamente la carrera académica, la judicial o ambas), y además estudiaba Ciencias Antropológicas en la Facultad de Filosofía y Letras. Si bien no existían todas las oportunidades con las que cuentan los estudiantes hoy, de todos modos trataba de aprovechar al máximo las que había, dentro de mis posibilidades.

201

Sobre su pregunta respecto de por qué elegí y me involucré en el tema de la justicia juvenil y los derechos del niño, creo que fue un poco por oportunidades concretas que surgieron, y otro poco porque, a partir de lo que estudiaba y veía,

esos cometidos, posicionamientos políticos que buscaban dialogar con un público amplio. [...] Víctor Abramovich, Martín Abregú, Mary Beloff, Alberto Bovino, Christian Courtis, Manuel Garrido, Viviana Krsticevic, Adrián Lerer, Martín Moncayo, Dafne Palopoli, Ale Rúa, Roberto Saba, Miguel Sama y Marcelo Sgro participaron de la reunión fundacional de la revista. Cuando comenzó a publicarse *No Hay Derecho*, quienes la hacían eran jóvenes estudiantes de la carrera de Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires; mientras se iban publicando, con frecuencia irregular, los doce números de la revista —que cerró en 1995—, se fueron convirtiendo en profesionales, docentes e investigadores que iniciaban sus carreras, al tiempo que sumaban a la redacción, a partir del número 9, algunos nuevos integrantes aún más jóvenes” (Cfr. Roman, Claudia, “Presentación”, *Archivo Histórico de Revistas Argentinas*, <https://ahira.com.ar/revistas/no-hay-derecho/>, enlace consultado el 27/2/2022).

⁶ Beloff, Mary, “No hay menores de la calle”, *No Hay Derecho*, año 2, n° 6 (junio), 1992, pp. 36-37.

era un área en la que me parecía que quedaban más en evidencia las injusticias, las contradicciones e inconsistencias entre la dimensión normativa y la empírica de la actividad penal del Estado que sí sabía entonces que era el campo del Derecho al que me quería dedicar. Mi interés fue, digamos, más externo, porque no llegué al tema desde el ámbito de menores, sino desde mi preocupación por los límites al *jus puniendi* estatal, por las explicaciones sobre la desviación, y por mirar al Derecho Penal y sus garantías desde los Derechos Humanos. Ahora que lo recuerdo, esos temas también interesaban, desde diferentes campos, a mi grupo de compañeros y amigos con los que cursábamos muchas materias (sobre todo las del Ciclo Profesional Orientado; fuimos la primera generación del llamado “Plan Nuevo” y era realmente extraordinario aprender con los Profesores Titulares que eran quienes enseñaban esas materias orientadas, además de ser figuras públicas ultra reconocidas) y también de “Lecciones Ensayos”⁷, la revista de los estudiantes que tienen promedio mayor a ocho, los “buenos estudiantes” digamos (risas)...

JCR: Sí, sin lugar a dudas creo que podemos decir que *Lecciones y Ensayos* (LyE) es una revista que ha marcado a generaciones de estudiantes con intereses académicos a lo largo de su carrera de grado —dentro de los cuales me incluyo—. En este sentido, podría merecer un estudio autónomo como formador de cierta parte de la juventud universitaria de la Facultad de Derecho de la UBA.

202

MB: Teníamos conversaciones muy interesantes a partir de los artículos sobre prácticamente todo el espectro de temas que pueden relacionarse con el Derecho (al estilo de los *Law Journals* de las Universidades norteamericanas) que llegaban a la Revista (pero también a partir de nuestra cotidianeidad en la Facultad); a veces eran discusiones políticas muy intensas, con diferencias muy marcadas, las que sin embargo no impidieron la consolidación de grandes amistades. En ese contexto nos recomendábamos cursos, profesores, trabajos, diferentes oportunidades para transitar por la Facultad y por ese momento de la vida en el que todos nos encontrábamos. Estoy casi segura que el primer artículo que publiqué fue en “Lecciones y Ensayos”.

Fue un artículo que escribí como estudiante, sobre determinación judicial de la pena. Me parece que fue el texto editado como artículo de una ponencia que preparé para el Primer Congreso de Estudiantes de Derecho Penal y Criminología

⁷ Nota de JCR: “Lecciones y Ensayos” es una revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires fundada en la década del 50’ del siglo pasado por el Departamento de Publicaciones de dicha casa de estudios. La particularidad de dicha revista consiste en que su integración y conducción editorial está gestionada exclusivamente por estudiantes de grado, más allá de su dependencia institucional con las autoridades de la Facultad. Su sitio *web* puede consultarse a través del siguiente enlace: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/>.

que lanzamos entonces, también con el mismo grupo de compañeros. Le digo esto porque acabo de darme cuenta de que acá es donde tempranamente surge clara mi preocupación por los límites al *jus puniendi*. En mi práctica en los tribunales (primero como meritoria y luego ya como auxiliar) proyectaba sentencias—había aprendido a redactar bien en el Colegio y era buena estudiante, entonces los jueces me pedían que lo hiciera, más allá de que tuviera el cargo más bajo (risas)...—, pero la parte de la determinación de la pena siempre la dejaba abierta para que la completara el juez. Allí comencé a advertir que no se daban fundamentos para justificar el monto de la pena, cuestión que me llevó a investigar un poco el tema y a escribir ese artículo para “Lecciones y Ensayos”.

Creo recordar que en algún momento un compañero de la Revista me propuso integrar un equipo de investigación que estaba a cargo de la profesora Lucila Larrandart, sobre la evolución de los Tribunales de Menores en la Argentina en el marco de un proyecto comparado latinoamericano del UNICRI⁸ y el ILANUD⁹ (a la distancia, este proyecto ya ponía en evidencia la forma y la narrativa con las que la cuestión de los derechos del niño y la justicia de menores se iban a reorientar en América Latina). Ahí fue cuando conecté—dentro de mi preocupación por los temas penales en general—, específicamente con la justicia juvenil, y empecé a advertir sus problemas y tensiones. Fui auxiliar en esas investigaciones—¡trabajamos muchísimo!—cuyos resultados después se publicaron en dos libros de los que fui editora (un poco mi inicio también en este ámbito, más allá de alguna incursión editorial durante el secundario).

203

Tiempo después me enteré de que se había abierto una convocatoria para lo que hoy son los denominados “proyectos UBACyT” (la primera vez que se abría para estudiantes) y me presenté para el único lugar que le correspondía a la Facultad de Derecho, bajo la dirección de quien era considerado “el maestro” para muchos de nosotros, David Baigún, quien generosa y pacientemente me dirigió por casi cuatro años, en dos proyectos sobre la justicia juvenil que marcaron mi inicio como investigadora de la UBA en el tema.

Mencioné la importancia de “Lecciones y Ensayos” en mis tiempos de estudiante, pero hay otra revista que también influyó decisivamente en mis años de formación

⁸ Nota de JCR: El Instituto Interregional de las Naciones Unidas para Investigaciones sobre la Delincuencia y la Justicia (UNICRI), fue fundado en el año 1968 como un instituto de investigación internacional dedicado a la formulación de políticas penales de control del delito y afianzamiento de la justicia. Su sitio *web* puede consultarse en: <http://www.unicri.it/about-unicri>.

⁹ Nota de JCR: El Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente (ILANUD), fue fundado en el año 1975 como un instituto para el asesoramiento y formulación de políticas de prevención del delito y reforma de la justicia penal en el ámbito de los países de América Latina y el Caribe. Su sitio *web* puede consultarse en: <https://www.ilanud.or.cr/aspectos-de-la-institucion/>.

como estudiante y joven graduada. Me refiero a la revista “No hay Derecho”. Bajo el extraordinario liderazgo y la enorme generosidad de Alberto Bovino, hicimos “No hay Derecho” con los compañeros de “Lecciones y Ensayos” y otros amigos de la Facultad. La hicimos por diferentes razones, una de ellas relacionada con la propia LyE. El Decano de entonces se había molestado mucho con el contenido de algunas actividades que hacíamos como miembros de LyE (por ejemplo, invitamos al primer profesor abolicionista que vino a América Latina, Nils Christie, y no nos dejaron ingresar al aula que habíamos reservado, fue estresante aunque recuerdo que bastante divertido; más tarde, cuando mis compañeros me eligieron Directora de “Lecciones y Ensayos”, el Decano intervino la Revista y designó a estudiantes que nunca habían participado en ella, con lo que todos nos retiramos, quizás por eso todavía me dedico al tema de Publicaciones en la Facultad –risas–...).

Así que, con toda esa historia, complicada y estimulante a la vez, fundamos “No hay Derecho”, con la idea de introducir nuevas perspectivas, para abrir el debate jurídico, para difundir autores de otros países que aquí no circulaban mucho, para interpelar a todos, críticos y *establishment* por igual, para pensar el Derecho con libertad, pero sobre todo, para divertirnos. La pasábamos genial en las reuniones de “No hay Derecho”. La edición especial de Derecho Penal y Criminología que preparamos con Alberto Bovino y Christian Courtis, *Cuadernos de la Cárcel*, en septiembre de 1991¹⁰, fue una compilación antológica, que muestra también que los temas penales monopolizaban el debate, con independencia de que los integrantes nos dedicáramos a diferentes ramas del Derecho.

204

Por otro lado, en esos años el Dr. Baigún había fundado el INECIP con la idea de que fuera una especie de Max Planck latinoamericano. Allí nos reuníamos semanalmente en grupos de estudio. Recuerdo especialmente el grupo de lectura y análisis de *En busca de las penas perdidas*¹¹, que se reunió durante un año apenas publicado el libro en la sede de la calle Pueyrredón, donde también estaba la sede del CEI dirigido por Carlos Nino. Diferentes grupos académicos interactuábamos mucho en esos años.

JCR: Vinculado con estos procesos de transformación y reorientación que mencionaba en la justicia penal juvenil de América Latina, en 1998 usted publica su primera obra en co-autoría con Emilio García Méndez¹², quien ya había escrito con esa perspectiva crítica por aquel entonces bajo la dirección de Alessandro Baratta —especialmente, sobre las dictaduras latinoamericanas cuando estudiaba

¹⁰ Beloff, Mary; Bovino, Alberto y Courtis, Christian (comps.), *Cuadernos de la cárcel: edición especial de “No hay derecho”*, Buenos Aires, No Hay Derecho, 1991.

¹¹ Zaffaroni, “En busca...”, op. cit.

¹² Beloff, Mary y García Méndez, Emilio (comps.), *Infancia, ley y democracia en América Latina*, Bogotá, Temis, 1998.

en el exterior—, para luego dedicarse al tema de menores. Quisiera consultarle cómo comenzó su vínculo con esta persona y, especialmente, su experiencia en transformar estas instituciones en diferentes países de la región.

MB: Mi involucramiento original en lo que fueron después las reformas en materia de derechos del niño, o como me gusta llamarlo a mí, de incorporación de la Convención sobre Derechos del Niño y de todo el amplio *corpus juris* de protección de derechos de niños y niñas a las diferentes legislaciones nacionales latinoamericanas, se remonta a una recomendación que hizo una compañera del equipo de la profesora Larrandart, Verónica Guagnino, para un proyecto binacional (Uruguay y Argentina) de Naciones Unidas llamado, en cada país, “Gurises Unidos/ Pibes Unidos”. Ese proyecto duró varios años y estuvo a cargo en la Argentina de María del Carmen Bianchi, con quien trabajé varios años y de quien aprendí muchas cosas. Ingresé *para cumplir* tareas administrativas y de secretaría, pero enseguida, por las dinámicas propias de los proyectos, empecé a asumir funciones de investigación, a escribir y a involucrarme con diferentes dimensiones de la cuestión de los derechos del niño en América Latina.

Así fue cómo conocí al Dr. García Méndez —director del proyecto a nivel binacional—, quien me contrató a partir de la recomendación de mi amiga. Luego se trasladó a Brasil y posteriormente a Colombia como funcionario de UNICEF, pero seguimos conectados académicamente en varios proyectos a lo largo de los años y, como producto de esa colaboración, surgieron muchas posibilidades de colaboración, incluida la investigación que dio origen al libro que usted menciona, cuyo propósito fue evaluar los cambios legales ocurridos a diez años de la aprobación de la CDN, además de otras oportunidades por las que le estoy agradecida, de participar en procesos de reformas legales e institucionales en diferentes países.

En relación con el tema de la investigación, creo que vale mencionar que en esos años hubo una confluencia entre una demanda para realizar actividades vinculadas con los derechos de los niños, con otra vinculada con la reforma procesal penal que apuntaba (al menos en la teoría) a sustituir los sistemas de enjuiciamiento criminal de matriz inquisitiva por otros de matriz acusatoria “al uso latinoamericano” como me gusta llamarla. La cooperación internacional y los actores institucionales se superponían en muchas ocasiones. En mi caso, la coincidencia fue absoluta, porque durante muchos años trabajé en reformas de los Códigos Procesales Penales, de leyes de justicia juvenil, y/o de protección de derechos del niño en un marco más general, a veces en los mismos países, a veces en diferentes, pero eran reformas que se alimentaban recíprocamente. De pronto en un lugar se lograba sustituir la ley de menores por otra en la que se introducía un proceso acusatorio para adolescentes infractores, sin que éste fuera aceptado para adultos. La justicia penal de adultos observaba cómo funcionaba el proceso de menores, y ello, no digo que fuera

decisivo, pero sin dudas contribuyó a una mejor implementación de las reformas generales (en El Salvador, por mencionar un caso).

Ese trabajo lo desarrollé centralmente bajo la guía de Alberto Binder, quien vivía entonces en Centroamérica, junto con otras personas también cercanas, integrantes de la *Cátedra* de la que formaba parte en la Facultad, a cargo de Julio Maier. David Baigún era mi director del proyecto en el área de justicia juvenil, y Julio Maier mi maestro en los temas vinculados con la reforma procesal penal. Alberto Binder, que trabajó con ambos, llevó las teorías de estos maestros a la práctica, en este enorme proceso de reformas legales, y muchos de nosotros lo acompañamos en diferentes momentos: José Cafferata Nores también formó parte del grupo en *algún momento del proceso de reformas* (y siempre se interesó por el tema de menores); Alberto Bovino, Maximiliano Rusconi, Alejandro *Álvarez*, Christian Courtis, Daniel Pastor, por nombrar a algunos de ellos con los que coincidimos en diferentes etapas.

Como mencioné recién, creo que algo que facilitó nuestra circulación por diferentes países de la región fue el que se contara entonces con muchos recursos de la cooperación internacional para hacer actividades; pero hay que reconocer que muchas veces se lo hacía de forma solidaria, por el compromiso con los temas y con las y los colegas que conocíamos en los diferentes países. Recuerdo que una vez cuando estábamos en el INECIP, junto con Laura Giuliani y Christian Courtis fuimos hasta Asunción en un micro que tardó siglos en llegar porque paraba en un montón de ciudades, para colaborar con la discusión de la reforma y dar un curso de capacitación. De alguna forma nos las arreglábamos para hacer las cosas que había que hacer (risas)... Nos alojábamos en las casas de conocidos, de amigos, había mucha “mística” en esa época en las dos áreas (niñez y reforma procesal penal).

En esa época también el INECIP implementó grupos temáticos y yo asumí la coordinación del área de justicia juvenil. Con el tiempo todo tendió a profesionalizarse, con las ventajas y desventajas que eso implica. Cuando un proceso comienza a burocratizarse, a volverse tecnocrático, tal vez se gane en resultados concretos o en eficiencia, pero probablemente también se pierda cierta mística o compromiso de los actores involucrados, más allá de la dimensión del trabajo en sí mismo.

Usted me preguntaba sobre lo académico y lo “político” de mi vida en aquel entonces, y si quiere ponerlo en esos términos, lo “político” en mí, en aquella época, era eso: esa convicción, ese deseo y entusiasmo por hacer de los sistemas penales latinoamericanos algo que, si bien no se puede decir “mejor” porque estamos hablando de Derecho Penal, por lo menos algo lo menos “malo” posible. Piense también que en aquel entonces mis compañeros de la Facultad y de “No hay Derecho” estábamos fascinados por lo que eran los movimientos abolicionistas, y frente al conocimiento de la historia reciente de Argentina, estábamos convencidos de que el Derecho Penal no tenía remedio en esos años; entonces queríamos, si es que iba a seguir existiendo, aportar nuestro “granito de arena” para contribuir

a que fuera lo menos injusto posible. Para mí la cuestión de los niños infractores era un territorio ideal para estudiar y aportar en ese sentido.

JCR: Adentrándonos ahora con mayor profundidad en su formación académica, usted realizó una maestría en la Universidad de Harvard y un doctorado en la Universidad de Buenos Aires. A su vez, en una reciente entrevista realizada a otro de los discípulos de Julio Maier¹³, se menciona que en los años noventa era frecuente la influencia de los titulares de *cátedra* para que sus estudiantes realizaran maestrías en el exterior y luego volvieran para doctorarse en la Universidad de Buenos Aires. Lo que quisiera consultarle al respecto, es si usted recuerda cómo fue su decisión de realizar una maestría en el extranjero, si acaso hubo algún profesor en la Facultad que tuviera influencias en ello y, por supuesto, la época en que realizó sus estudios fuera del país.

MB: Julio Maier tenía la idea que menciona respecto de sus discípulos. En mi caso, desde muy joven pensé hacer todos mis estudios de posgrado en el extranjero, incluido el Doctorado. Las *Cátedras* funcionan con esquemas muy diferentes, y también están a cargo de personas muy diferentes. Aquél era un sistema un poco más ordenado que el actual, en el sentido de que los profesores titulares de Derecho Penal —entiendo que de todas las materias—, sobre todo cuando tuvo lugar la gran reforma del Plan de Estudios, eran personalidades ya consagradas que pasaban mucho tiempo en la Facultad, muy preocupadas por generar un “nuevo Derecho Penal argentino”. Todos ellos—o al menos la gran mayoría—, como mencioné, además eran jueces o funcionarios de mucho prestigio social (prácticamente todos los jueces del Juicio a las Juntas eran profesores de la Facultad). Nosotros interactuábamos regularmente con Raúl Zaffaroni, con Julio Maier, con David Baigún, con Andrés D’Alessio, entre otros.

Comencé a enseñar como estudiante en Teoría del Estado, en la Cátedra de Carlos Strasser, en una Comisión a cargo de la Profesora Aurora Sánchez —grandes profesores—, y luego ingresé al ámbito del Derecho Penal y Procesal Penal en la cátedra de Julio Maier, si bien por algún tiempo trabajé con el profesor Zaffaroni directamente. La *Cátedra* hacía unos seminarios que entonces fueron muy importantes; de hecho algunas publicaciones sobre la reforma procesal penal salieron del ámbito del Seminario. Como le dije hace un momento, la inspiración e idea de Julio Maier era que todos sus discípulos estudiáramos algún tiempo en Alemania, más allá de que defendiéramos nuestras tesis en la UBA. Algunos lo hicieron. Sus discípulos recorrimos diferentes caminos, por diferentes motivos. Uno de ellos que conecta con el tema más general que venimos conversando, es que en realidad en la *Cátedra* —como en “No hay Derecho”— había gente con intereses y perfiles muy diferentes.

¹³ Zysman, Diego, “Entrevista a Máximo Langer”, *Enfoques penales*, n° 6, mayo, 2018.

El grupo de “No hay Derecho” eligió, centralmente, ir a estudiar a los Estados Unidos, probablemente también por influencia de Carlos Nino cuyo discípulo, Roberto Saba, también integraba la revista. Yo no tenía mucha idea de cómo era el sistema norteamericano. Conocía más el sistema europeo, pero en ese entonces ya había ganado un concurso para ser secretaria de un Tribunal Oral, y por la sugerencia, la invitación y también la idea de que tenía que estudiar afuera, seguí el camino de mis compañeros Alberto Bovino, Martín Abregú, Roberto Saba y Christian Courtis, y apliqué para estudiar en los Estados Unidos a mediados de 1995.

Aquí se ve la confluencia de los grupos que mencioné antes. Si bien por razones generacionales los llamados “Nino boys” no participaron de “No hay derecho” —recuerde que éramos compañeros de estudios—, el más joven entre ellos, Roberto Saba, sí fue parte del equipo. Así que ahora que lo pienso ello explica en parte por qué hice mi maestría en Estados Unidos. Estoy feliz de haberlo hecho. Fue una experiencia extraordinaria y estoy muy agradecida por haber podido hacerlo, por las oportunidades que me dieron las instituciones de la Argentina y Harvard al haberme becado. Después decidí regresar al país. Terminé mi Doctorado en la Argentina bajo la dirección de mi maestro, Julio Maier, y, orgullosamente, en la Universidad de Buenos Aires, mi casa académica, a la que le debo todo lo que soy profesionalmente y mucho más.

208

JCR: Vinculándonos especialmente con el ámbito de las reformas a la justicia juvenil en sus comienzos, varios de sus impulsores en la década del noventa – entre ellos, el propio García Méndez –, hablaban reiteradamente del valor intrínsecamente positivo que podían tener las reformas legales que se estaban realizando en la región, independientemente de si las transformaciones institucionales no se producían al unísono de estas nuevas leyes. Varios de estos actores confiaban en que estas reformas legislativas realmente incidirían en nuevas políticas públicas... Es decir, había una fe muy grande en lo que podía decir el derecho positivo al respecto. Entonces, me gustaría que pudiera contarme, desde su perspectiva, qué ha quedado hoy en día de esta fe en la ley como transformador social y, particularmente, en el ámbito de las reformas sobre la infancia y los derechos humanos.

MB: Fue realmente así. De hecho, en su tesis doctoral presentada en París, Philippe de Dinechin habla sobre los “juristas utópicos latinoamericanos” en relación con la Convención de los Derechos del Niño¹⁴. Nosotros fuimos su objeto de estudio etnográfico (risas)... Y justamente este autor dice que el fracaso de las

¹⁴ de Dinechin, Philippe, “La réinterprétation en droit interne des conventions internationales sur les droits de l’homme: le cas de l’intégration de la convention des droits de l’enfant dans les droits nationaux en Amérique latine”, tesis presentada para obtener el grado de Doctor en Derecho, Universidad Sorbona Nueva (París III), Francia, 2006.

reformas fue por nuestra mirada “liberal”, en el sentido de que sobrevaloramos la función que la ley tiene para generar cambio social, por ponerlo en un lenguaje más cercano a mi perspectiva. Por supuesto hay muchos factores que están en juego a la hora de explicar las motivaciones de cada persona que participó de este proceso y cómo cada cosmovisión impactó en él, pero esas razones son subjetivas. Exteriorizar y objetivar esos factores sería una tarea inabordable.

Para intentar tener una aproximación científica, creo que es posible decir que el discurso que estaba instalado en esos años era el de la relevancia, aún más, de la prevalencia y la centralidad de la ley para generar cambio social. ¿Por qué? Por muchas razones, pero centralmente, por el efecto de la recuperación democrática. Como fuera que se hubiera dado en el Cono Sur —con diferentes características a partir de la finalización de los conflictos armados en Centroamérica, o de democracias débiles o complejas como fueron algunas del norte de Sudamérica—, claramente este énfasis en la reafirmación del Estado de Derecho y del valor de la ley venía dado en un sentido “clásico” liberal y, ciertamente, tuvo efectos importantes para mí, pero esto lo pude evaluar después, de hecho lo analizo en mi tesis doctoral. Si se comparan mi tesis de maestría y mi tesis doctoral —demoré un poco (risas)...— se puede advertir la evolución de mi pensamiento.

Me alegra no haberlas escrito una inmediatamente a continuación de la otra precisamente por esta razón, porque pude problematizar, si se quiere, esta mirada casi “idealizada” de la posibilidad performativa de la ley para generar cambio social. De hecho, dentro de lo hipotético —y aunque quizás sea un poco arriesgado afirmarlo— la evidencia empírica demuestra que ese enfoque produjo el efecto contrario, en el sentido de que la gente deja de confiar en la institucionalidad democrática cuando se pone tanta carga en que es la ley la que resuelve los problemas y no otras cosas, otras dimensiones, con lo que no se presta suficiente atención a otras cuestiones o los actores sociales se quedan sin energía para ellas, las que para mí básicamente son las centrales que aseguran la estabilidad democrática y la garantía de los derechos.

Como me enseñó el profesor Mangabeira Unger, se trata de asegurar todos los arreglos institucionales que sean necesarios para que lo que establece la ley se pueda cumplir. De otra forma, si nos quedamos sólo en el plano del cambio legal y no hacemos nada más, sin avanzar sobre las transformaciones institucionales imprescindibles para que la nueva legalidad funcione, evidentemente los cambios legales no van a generar impactos satisfactorios, la sociedad se va a sentir frustrada, y va a reclamar otra cosa, en general con un enfoque más represivo. Y ahí los riesgos de los retrocesos democráticos que se ven en la actualidad, con lo que una posible explicación a la hegemonía de esa perspectiva podría ser esa.

Otra lectura, más jugada, economicista, es que las características y la narrativa del proceso de reformas se relacionan con el hecho de que los Estados

latinoamericanos se estaban reconfigurando, a partir del llamado “Consenso de Washington” y con una reformulación que debía garantizar la seguridad jurídica en sentido general, para incluir la actualización de los modelos de justicia que eran modelos obsoletos, antiguos o ineficaces, pero también para cumplir otros fines en términos económicos o geopolíticos.

En lo personal, como académica me genera cierto desasosiego que todos esos temas no hayan sido estudiados con mayor profundidad, con lo que sólo aparecen lugares comunes, narrativas propias de informes de organismos internacionales (que vinieron a suplir a los que solían hacer los países cuando contaban con recursos para ello), mucha obviedad y mucho eslogan, sin ahondarse con espíritu crítico y constructivo, por qué el proceso tuvo las características que tuvo, por qué hicimos lo que hicimos, si se logró algún resultado satisfactorio o no, etc... No sé si respondí a su pregunta con esto (risas)...

JCR: Sí, a grandes rasgos podría decirse que sí (risas)... Sin embargo, y en cierta forma a modo de respuesta a la pregunta que estábamos discutiendo, durante los primeros años de las reformas en la justicia juvenil latinoamericana, uno de los principales argumentos de sus impulsores era que quizás no se estaban implementando correctamente las nuevas leyes debido a las antiguas prácticas “tutelares” de los propios operadores de la justicia, que debían aplicar este incipiente modelo... Curiosamente, este argumento presenta grandes similitudes a lo que algunos actores de la reforma procesal penal para adultos – entre ellos, el propio Alberto Binder – han instalado al momento de explicar los problemas de implementación del sistema acusatorio en la región, cuando se argumenta en torno a la resistencia de la “cultura inquisitiva” de los operadores judiciales.

210

Lo que me interesa consultarle en este punto, es si observa en la actualidad la persistencia de este tipo de argumentos a la hora de hablar de los problemas de la justicia juvenil de la región y, en el caso de ser así, si los considera válidos para explicar la dificultad de la implementación de muchas de las legislaciones en América Latina.

MB: Es una pregunta interesante que precisamente muestra el punto que trato de señalar. Ese enfoque es parte del problema. Creo que lo que sucedió, sucedió porque se utilizó un enfoque que hoy podemos ver que estuvo errado, pero que tenía sentido en el marco de las discusiones políticas de entonces. Es difícil plantear una reforma importante con sutilezas o con matices. Se proponen modelos ideales y uno intenta acercarse lo más posible a ellos; pero a la hora de la implementación, toda esa narrativa binaria, maniquea, tan confrontativa y de tono tan fundacional, no sólo es falsa jurídicamente —como he escrito en muchas ocasiones, a partir del día que leí una sentencia que decía que los niños recién habían comenzado a

tener derechos con la CDN—, sino que confunde enormemente lo que era cierto discurso y narrativa digamos, de difusión, con la dimensión jurídica y su aplicación a lo que sucede en la realidad.

Sin dudas se trata de una pregunta muy compleja que requeriría un desarrollo mucho más extenso de mi parte que no puedo hacer ahora; sí puedo decir sintéticamente que se aplicó el mismo modelo binario, con las ventajas circunstanciales pero también con los problemas de fondo que trajo aparejado. Frente al enorme poder performativo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos al inicio del restablecimiento de los Estados de Derecho latinoamericanos —cuestión vinculada con la pregunta anterior sobre la fuerza de la ley para cambiar la realidad, para que la gente viva mejor—, creo que el método que se utilizó no acertó al plantear el futuro (y con él la lectura de ese Derecho Internacional) a partir de una mirada puesta en el espejo retrovisor; al interpretarlo de una manera maniquea y dicotómica, que me gusta llamar de “reduccionismo legal”, lo vació de poder performativo, y por tanto, privó a las reformas de contenido propio con el foco puesto en el futuro.

¿Por qué ocurrió esto? Ésa es otra característica compartida con las reformas procesales penales de adultos, pero voy a concentrarme en lo que se refiere a las de los adolescentes infractores de la ley penal. Creo que se explica porque el futuro se pensaba en aquel entonces, no en términos ideales como una utopía hacia la que había que llegar —o a la que se quiere alcanzar en un sentido positivo, como creo que definió al Derecho Internacional de los Derechos Humanos uno de mis compañeros de “No hay Derecho”, Christian Courtis—, sino como una reacción al modelo anterior, con lo que siempre que se pensaba cómo y en qué sentido tenía que modificarse algo, se lo definía a partir de la observación de cómo funcionaba antes para proponer lo contrario.

En este contexto, si bien en un primer momento la Convención sobre los Derechos del Niño fue presentada como una herramienta de ampliación de la ciudadanía justamente por la época que atravesaba el continente latinoamericano —como señalé, caracterizada por el fortalecimiento del proceso democrático que tenía lugar en los diferentes países y la introducción de los tratados de derechos humanos a los sistemas jurídicos nacionales— con el tiempo y debido, en parte, a la resistencia al cambio que presentaban los sistemas de menores a los que me gusta llamar “tutelares clásicos” (también para no demonizar la palabra “tutelar” que es nuclear en el campo de los Derechos Humanos), la Convención se redujo a ser el sustituto estructural del “complejo tutelar”¹⁵, en el sentido de que fue utilizada para administrar el mismo segmento de la población infantil, aquélla considerada antes como “peligrosa” o “en peligro”.

¹⁵ Donzelot, Jacques, *La policía de las familias*, Valencia, Pre-Textos, 1979.

De forma tal que sin imaginación para pensar lo nuevo en sí mismo sino limitado a ser la oposición total a lo que antes existía, lo “viejo/anterior” condicionó lo “nuevo”: si la ley tutelar era parte del problema, una ley que se opusiera radicalmente a la anterior debía ser parte de la solución. Ello explica, entre muchas cosas, por qué en América Latina se presentó a la CDN como un instrumento que venía a romper radicalmente con las ideas de protección existentes hasta su aparición a comienzos de la década de 1990, interpretación que no se hace en otras partes del mundo, donde se considera al tratado un hito más, un avance cuantitativo sustancial en términos de exigibilidad, dentro de un largo y gradual proceso de reconocimiento de derechos de niños y niñas que tuvo lugar en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. A esta interpretación suelo denominarla la “traducción latinoamericana” de la Convención.

212

Justamente, el reduccionismo legal que mencionaba antes puede explicarse por razones históricas –como reacción al tutelarismo clásico para el cual lo legal era accesorio de las cuestiones relacionadas con la intervención psico-social, socio-educativa o como se prefiera denominarlas— pero ello resulta problemático, ya que no hace más que reducir los Derechos Humanos a un tema legal que, además, es monopolizado por las prácticas y saberes jurídico/judiciales. En América Latina además el foco estuvo puesto en la cuestión penal –lo que he denominado “reduccionismo penal”—, ya que las viejas técnicas de control social eran consideradas ineficaces, lo que requería inventar nuevas formas de intervención. Lo “nuevo” que pretendió construirse desde una posición radicalmente diferente a lo existente en todo sentido, quedó reducido a considerar que el principal problema era la ley que regulaba la cuestión y que, dentro de las leyes, el problema principal eran las leyes penales.

Este enfoque no fue útil para incorporar todo el amplio *corpus juris* internacional de protección de derechos humanos ni para la implementación de las reformas legales que se sucedieron en consecuencia. Explica también en buena parte los déficits que ha tenido la justicia juvenil latinoamericana para ser una justicia *nueva*, diferente y mejor en términos de reducción de la violencia. Ahora que lo recuerdo, creo que el primer artículo que publiqué en “No hay Derecho” fue sobre derechos del niño, “*No hay menores de la calle*”¹⁶...

JCR: Sí, fue el trabajo que se mencionó a comienzos de esta entrevista, publicado específicamente en el año 1992, en sus años de juventud...

MB: Me parece que más allá de ser un texto de juventud, muestra con claridad la confianza, fe diría, que teníamos en el poder de la ley para el cambio social.

¹⁶ Beloff, “No hay menores...”, op. cit.

Decía allí, influenciada por la época y las lecturas de aquel entonces de Enrique Marí y otros grandes maestros y pensadores, que el sujeto “menor” se constituía a partir del momento que era atravesado por el dispositivo legal-institucional puesto que, si los mismos chicos estaban en la calle, no eran “menores” sino niños, “niños de la calle”. Se trataba de la paradoja de la libertad de quien se encuentra en la más absoluta situación de vulnerabilidad. El razonamiento era el siguiente: lo fundamental es la ley, de forma que si el sujeto se encuentra en una situación de privación de derechos por disposición legal, una vez que se modifica la ley, la situación del niño va a cambiar, va a mejorar. La ley así entendida tenía un carácter emancipatorio, pero ello se veía contrastado con el hecho de que sin ley (o al margen de la ley y del Estado), el chico recuperaba su ser *niño*, en una situación de máxima vulnerabilidad, como el vivir en la calle. Otra vez, todo se reducía a una cuestión de enfoques antes que a algo más sustancial.

A mediados de la década de 1990, la experiencia comparada demostraba que la relación entre el Derecho y cambio social sobre la que se depositaban las esperanzas instaladas en la Convención como herramienta transformadora de la durísima realidad que vivían gran parte de los niños del continente, no iba a generarse a partir de un enfoque limitado a las libertades negativas y metodológicamente reducido simplemente a cambiar las leyes (sobre todo penales). En América Latina se desconoció esa información o no se la tuvo en cuenta; y así por varios años se insistió con una perspectiva que, en definitiva, estuvo concentrada en cuánto el Estado debe abstenerse de intervenir, pero no se focalizó en todos aquellos supuestos en los que el Estado tiene intensos deberes de prestación positiva hacia los niños.

Por entonces todavía no había adquirido ni las herramientas conceptuales, ni contaba con la experiencia y madurez como para comprender y procesar adecuadamente la profunda contradicción que caracterizó al proceso de reformas, que es que el precio que pagó la infancia por ser reconocida en sus derechos de libertad básicos (derechos de defensa) —no digo una autonomía completa porque si no sería ponerlos en el mismo lugar que a los adultos— fue la pérdida de los derechos de protección, sobre todo de protección especial, tal como lo regulan todos los tratados de derechos humanos. En la práctica y como una especie de victoria pírrica del proceso de reformas en *pos* de garantizar los derechos de los niños, en razón de la pérdida de sus derechos de protección, se los comenzó a tratar como adultos (incluida la reducción de la edad mínima de responsabilidad penal y la incorporación de todas las instituciones procesales del sistema de mayores cuyo propósito es la eficiencia, no la justicia).

Pero en aquellos años no lo tenía tan claro (risas)... Es una elaboración que hice después al darme cuenta de que, en el fondo, el enfoque legal y penal se explicaba porque los que tuvimos incidencia en el proceso éramos abogados penalistas (bien específico), y por tanto las preocupaciones que teníamos se referían a cómo evitar

los excesos estatales, los abusos institucionales, etc... Nuestras preocupaciones eran sobre cómo activar las garantías y todos los derechos derivados del debido proceso legal, no sobre *cómo exigir al Estado que cumpliera* con sus obligaciones positivas, lo cual es central en materia de derechos de los niños porque la estructura normativa de los derechos que surgen del amplio *corpus juris* internacional está invertida respecto de los adultos: los derechos de los niños son primero derechos de protección, y los derechos de defensa son una derivación de los primeros, no compiten de forma autónoma con ellos porque ello implicaría darles el mismo contenido que tienen respecto de los adultos.

Cómo se resuelve esa relación es una asignatura pendiente en América Latina, aún cuando la Corte Interamericana de Derechos Humanos gradualmente haya comenzado a avanzar en la línea de la determinación específica del contenido y alcance de estos derechos.

Investigaciones

Reforma de la justicia penal e investigación social en América Latina. Problemas y desafíos*

Máximo Sozzo**

Resumen

Este trabajo pretende mapear sintéticamente los desarrollos en los últimos años en la investigación social que han intentado abordar los procesos de reforma de la justicia penal que se han venido desarrollando en América Latina desde los años 1980s en adelante, y que se describen sintéticamente como el pasaje de un modelo inquisitorial a un modelo acusatorio/adversarial. Se trata de identificar las estrategias metodológicas que se han venido eligiendo y mostrar sus alcances y límites, así como describir las dimensiones que han sido abordadas y aquellas que aún permanecen poco exploradas. Se pretende de este modo contribuir a una agenda para la investigación social futura, así como simultáneamente argumentar acerca de los beneficios que este tipo de mirada aporta al debate público sobre estas reformas de la justicia penal, sus promesas y efectos.

Palabras clave: Reforma procesal penal – investigación social – justicia penal – modelo acusatorio – criminología

* Una versión anterior de estas ideas fue presentada en Sozzo, Máximo, “Reforma de la justicia penal en América Latina: promesas, prácticas y efectos. A modo de introducción”, en Sozzo, Máximo (comp.), Reforma de la justicia penal en América Latina. Promesas, prácticas y efectos, Buenos Aires, Didot, 2020, pp. 9-20.

** Abogado y Doctor en Derecho (Universidad Nacional del Litoral). Profesor Titular Ordinario de Sociología y Derecho y Criminología y Director de la Maestría en Criminología de la Universidad Nacional del Litoral. Contacto: msozzo80@gmail.com.

Abstract

This article aims to synthetically map the developments in recent years in social research that have tried to address the criminal justice reform processes that have been unfolding in Latin America from the 1980s onwards, and that are synthetically described as the passage from an inquisitorial model to an accusatorial/adversarial model. It intends to identify the methodological strategies that have been chosen and showing their scope and limits, as well as describing the dimensions that have been addressed and those that still remain little explored. In this way, it is intended to contribute to an agenda for future social research, as well as simultaneously to argue about the benefits that this type of view brings to the public debate on these criminal justice reforms, their promises and effects.

Keywords: Criminal procedure reform – social research – criminal justice – accusatorial model – criminology

I. Durante los últimos treinta años se han producido en América Latina una serie de reformas de la justicia penal que han tratado de cambiar drásticamente la dinámica de su funcionamiento. Comúnmente han sido definidas, tanto por sus impulsores como por sus observadores, como el pasaje de un “modelo inquisitivo” a un “modelo adversarial” o “acusatorio”¹. Ahora bien, de un modo complejo, este tipo de proceso ha tenido diversas encarnaciones particulares en las distintas jurisdicciones.

En general, considero que persistentemente estas mutaciones se han alentado reivindicando tres objetivos en torno a la justicia penal: a) generar una mayor capacidad de respetar y proteger las garantías y derechos de los imputados, pero también de las víctimas, esto último presentado como una novedad frente a su completa falta de consideración en el pasado; b) incrementar la celeridad de su funcionamiento, produciendo mayor eficacia y eficiencia, en términos de mayor cantidad de casos resueltos en menor tiempo y con menor gasto; c) aumentar la transparencia de estas instituciones estatales, en relación con la oralidad y apertura de sus procedimientos y la posibilidad, por tanto, de que los ciudadanos presencien directamente los mismos y los resultados a los que arriban.

En torno a cada uno de estos objetivos se estructuró un “programa”², entendido como una amalgama discursiva compleja que definió no sólo porqué y para qué la reforma de la justicia penal, sino también el qué y el cómo de la misma. Cada uno de estos programas contenía una promesa de lograr un ideal para la nueva justicia penal, en relación con su objetivo específico: una justicia “garantista”, una justicia “eficaz y eficiente” y una justicia “transparente”. A su vez, estos distintos objetivos e ideales, han sido traducidos en el marco de cada programa, en toda una serie de

219

¹ Entre los múltiples ejemplos recientes de esta forma de presentar los procesos de reforma de la justicia penal en América Latina, desde una mirada partisana, a partir de una organización internacional –el Centro de Estudios de Justicia de las Américas– que ha cumplido un rol importante en su promoción y monitoreo (Cfr. Langer, Máximo, “Revolución en el proceso penal latinoamericano: difusión de ideas legales desde la periferia”, Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), 2008, pp. 1-60; Langer, Máximo, “Reconstruyendo los cambios en los procesos penales en América Latina: implantaciones y disputas”, en Kostenwein, Ezequiel (dir.), *Sociología de la Justicia Penal*, Buenos Aires, Ediar, 2017; Hathazy, Paul, “Revoluciones en los campos de la justicia penal: estrategias internacionales de reformadores y cambios en la justicia penal en Argentina, Chile y más allá”, en Sozzo, Máximo (comp.), *Reforma de la justicia penal en América Latina: promesas, prácticas y efectos*, Buenos Aires, Didot, 2020, pp. 21-40), ver Fuchs, Marie-Christine; Fandiño, Marco y González, Leonel (dir.), *La justicia penal adversarial en América Latina. Hacia la gestión del conflicto y la fortaleza de la ley*, Santiago de Chile, CEJA y Konrad Adenauer, 2018. Para una exploración profunda de los sentidos de estas categorías –modelo inquisitorial y modelo adversarial o acusatorio– y sus roles y limitaciones en el debate académico acerca del funcionamiento de la justicia penal en términos comparativos, ver Langer, Máximo, “La larga sombra de las categorías acusatorio-inquisitorio”, *Revista de Derecho Público*, n° 32, 2014, pp. 1-34.

² Garland, David, *Castigar y Asistir. Una historia de las estrategias penales y sociales del siglo XX*, Elena Odriozola trad., Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2018, obra original publicada en 1985.

propuestas de medidas particulares para su realización -el qué y el cómo- en la justicia penal reformada³.

En los procesos de cambio de la justicia penal realmente existentes que se han sucedido a lo largo de este período en las distintas jurisdicciones estos tres programas -con sus objetivos, ideales y medidas- han coexistido, en el marco de unas combinaciones cuyos balances han tenido un alto nivel de variación. Estas variaciones han tenido que ver con las diversas orientaciones de los distintos actores que han venido luchando en los campos académico, político y judicial en favor de estos procesos de cambio. Cada uno de los actores, con toda su diversidad -desde un profesor de derecho procesal penal a una organización internacional-, han propuesto su propio balance de estos programas. Pero esto no ha impedido que ciertas combinaciones recurrentes se vuelvan dominantes en tiempos y espacios específicos.

Podemos tomar aquí el caso de Argentina, un escenario que puede ser considerado clave en el nacimiento de estos procesos de cambio en la región⁴. Es posible afirmar con razonable certeza que en los años 1980s y comienzos de los años 1990s en Argentina los discursos reformistas con respecto a la justicia penal desplegaron con particular intensidad el programa de la “justicia garantista”, en un contexto signado por el legado del autoritarismo y la transición a la democracia.

220

³ A su vez estos programas de reforma articulan modos de pensar que entrelazan complejamente elementos de racionalidades gubernamentales más amplias, como el “liberalismo” o el “neoliberalismo”. Sobre una aproximación que considero crucial a estas categorías teóricas generales, herederas del trabajo de Michel Foucault y de los “estudios sobre la gubernamentalidad”, ver O’ Malley, Pat, Riesgo, neoliberalismo y justicia penal, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2006; y O’ Malley, Pat, “Repensando la penalidad neoliberal”, Delito y Sociedad, año 24, n° 40, 2015, pp. 11-30 –sobre mi propia incursión al respecto, en relación a objetos de indagación muy diferentes, ver Sozzo, Máximo (dir.), Policía, violencia, democracia. Ensayos sociológicos, Santa Fe, UNL Ediciones, 2005, pp. 161-166; y Sozzo, Máximo, Locura y crimen. Nacimiento de la intersección entre los dispositivos penal y psiquiátrico, Buenos Aires, Didot, 2015, pp. 46-55-. Sin embargo, es preciso eludir la tentación de un análisis simplista al respecto. Por ejemplo, no toda la preocupación actual por la “eficacia” y la “eficiencia” de la justicia penal puede atribuirse a una traducción exclusiva de un ethos “neoliberal”, pues se trata de un elemento presente en la idea de “modernización” de la administración pública, al menos desde el siglo XIX en adelante, por lo que también están presentes allí ciertas continuidades. Los tonos “neoliberales” de esta preocupación actual –que implica crucialmente su preordenación frente a otros objetivos e ideales– deben ser, por tanto, aislados y comprendidos sobre ese telón de fondo. En forma exploratoria se podrían apuntar: tomar a la empresa privada como modelo organizativo de la justicia penal, traducir la idea de efectividad en la búsqueda de la producción de “productos” (outputs) internos al funcionamiento de la justicia penal en lugar de “resultados” (outcomes) externos al funcionamiento de la misma o el imperativo de medir meticulosamente sus operaciones a través de indicadores estadísticos y la promoción de la auditoría y la evaluación.

⁴ Langer, “Revolución en el proceso penal...”, op. cit.; Langer, “Reconstruyendo los cambios...”, op. cit.; Hathazy, “Revoluciones en los campos...”, op. cit.; Mira, Julieta, “La fuerza de la transnacionalización de Julio Maier. Desde su trayectoria a la reforma de la justicia penal en América Latina”, en Kostenwein, Ezequiel (dir.), El imperio de castigar. Contribuciones desde la sociología de la justicia penal, Buenos Aires, Editores del Sur, 2020, pp. 269-302.

Esto no impidió, en ese tiempo y espacio específicos, la presencia de los otros programas de cambio en los discursos de los actores reformistas, aunque en cierta medida subordinados a aquél⁵. En este contexto nacional, este balance parece haberse modificado a lo largo del tiempo, creciendo significativamente la fuerza del programa de la “justicia eficaz y eficiente”, con fuertes tonos manageriales y gerenciales⁶.

Existen importantes evidencias de esto en las exploraciones sobre la reforma de la justicia penal en la Provincia de Buenos Aires⁷. Pero también se han observado

⁵ Langer, “Revolución en el proceso penal...”, op. cit.; Langer, “Reconstruyendo los cambios...”, op. cit.; Binder, Alberto, “La política judicial de la democracia argentina. Vaivenes de la reforma judicial”, URVIO, n° 3, 2008, pp. 48-66; Binder, Alberto, “La reforma de la justicia penal en América Latina como política de largo plazo”, en Niño Guarnizo, Catalina (coord.), La reforma a la justicia en América Latina: las lecciones aprendidas, Bogotá, Friedrich-Ebert-Stiftung, 2016, pp. 54-103; Sozzo, Máximo, “Transición a la democracia, política y castigo legal en Argentina”, en Amarel Machado, Bruno (coord.), Justicia criminal y Democracia, San Pablo, Marcial Pons, 2013, pp. 195-238; Gutiérrez, Mariano, “Acusatorio y punitivismo: la triste historia de nuestras victorias garantistas (parte 1)”, Revista de Derecho Penal y Criminología, año 4, n° 8, 2014, pp. 70-84; Gutiérrez, Mariano, “Acusatorio y punitivismo: la triste historia de nuestras victorias garantistas (parte 2)”, Revista de Derecho Penal y Criminología, año 4, n° 9, 2014, pp. 75-88; Gutiérrez, Mariano, “Sobre las ideologías actuales en las reformas penales”, Revista de Derecho Penal y Criminología, año 6, n° 5, 2016, pp. 154-165; Mira, Julieta, “‘Humanizar la justicia penal’. Argumentos cosmológicos en la lucha por la reforma del proceso penal federal”, en Sozzo, Máximo (comp.), Reforma de la justicia penal en América Latina: promesas, prácticas y efectos, Buenos Aires, Didot, 2020, pp. 41-56; Mira, Julieta, “Jueces que dicen el derecho: Levene y Maier reformadores de la justicia penal argentina”, Temas sociológicos, n° 26, 2020, pp. 121-162; Mira, “La fuerza de la transnacionalización...”, op. cit.; Hathazy, “Revoluciones en los campos...”, op. cit.

⁶ Para exploraciones detalladas de las ideas de managerialismo y gerencialismo relacionadas con las reformas de la justicia penal, ver Brandariz García, José Ángel, El modelo gerencial-actuarial de penalidad. Eficiencia, riesgo y sistema penal, Madrid, Dykinson, 2016; y González Guarda, Claudio, Gestión, gerencialismo y sistema penal, Montevideo, B de F, 2018.

⁷ Ganón, Gabriel, “¿La macdonalización del sistema de justicia criminal? Nuevo orden o nuevo derecho en la globalidad de la sociedad excluyente”, en Rivera, I.; Silveira, H. C.; Bodelón, E. y Recasens, A. (coord.), Contornos y Pliegues del Derecho. Homenaje al Profesor Roberto Bergalli, Barcelona, Antrophos, 2006, pp. 439-457; Ciocchini, Pablo, “Domando a la bestia. Las reformas en la justicia penal bonaerense para eliminar la demora judicial”, Revista de Derecho y Ciencias Sociales, n° 7, 2012, pp. 203-223; Ciocchini, Pablo, “Tiempo de Justicia. Un análisis de los cambios ocurridos en pos de erradicar la demora judicial en la Provincia de Buenos Aires”, tesis presentada para obtener el grado de Doctor en Sociología Jurídica, Universidad del País Vasco, Oñati, 2013; Ciocchini, Pablo, “Cambiano todo para no cambiar nada. Las reformas en el proceso penal bonaerense”, en Kostenwein, Ezequiel (dir.), Sociología de la Justicia Penal, Buenos Aires, Ediar, 2017, pp. 307-366; Ciocchini, Pablo, “Reformers’ Unfulfilled Promises: Accountability Deficits in Argentinean Criminal Courts”, International Journal of Law in Context, vol. 14, n° 1, 2018, pp. 22-42; Kostenwein, Ezequiel, “La velocidad y las formas jurídicas: prisión preventiva en tiempos de flagranza”, Revista Pensamiento Penal, n° 137, 2012, pp. 1-48; Kostenwein, Ezequiel, La cuestión cautelar, Buenos Aires, Ediar, 2016; Kostenwein, Ezequiel, “Apresurando decisiones. La justicia penal ante las exigencias de celeridad”, en Kostenwein, Ezequiel (dir.), Sociología de la Justicia Penal, Buenos Aires, Ediar, 2017, pp. 367-412; Kostenwein, Ezequiel, “Respuesta judicial a la demanda de celeridad: la flagranza en

recientemente síntomas en la misma dirección en los casos de la Ciudad de Buenos Aires y de la Provincia de Santa Fe⁸. Sin embargo, en qué medida esto es cierto en otras jurisdicciones argentinas es algo que permanece inexplorado.

La existencia de combinaciones específicas de estos programas de reforma que se vuelven dominantes en un tiempo y un espacio no anulan la existencia de luchas constantes acerca de la dirección y contenido del cambio. Actores que se consideran y son considerados reformistas pueden tener visiones antagónicas en torno a ciertas decisiones y medidas claves y pujar por orientarlas en sentidos distintos. Además, los actores reformistas enfrentan resistencias de actores de los campos político, académico y judicial que se oponen a los procesos de reforma con distintas intensidades y modalidades.

Esto da lugar a una serie de transacciones y compromisos en torno a lo que resulta posible. Algunas veces ha implicado la adopción de decisiones y medidas que son etiquetadas como “contra-reformistas” por algunos observadores y jugadores. Esto también constituye una fuente de variación a través del tiempo y del espacio⁹. En esta

la Provincia de Buenos Aires”, *Temas sociológicos*, n° 26, 2020, pp. 163-195; Kostenwein, Ezequiel, “El imperativo de la celeridad para la justicia penal. Autoridades políticas y ONG’s en el surgimiento del procedimiento de flagrancia en la Provincia de Buenos Aires”, en Kostenwein, Ezequiel (dir.), *El imperio de castigar. Contribuciones desde la sociología de la justicia penal*, Buenos Aires, Editores del Sur, 2020, pp. 359-392; Gutiérrez, “Sobre las ideologías actuales...”, op. cit.; Gutiérrez, Mariano, “Coyuntura y frentes de tormenta. La política criminal de la Provincia de Buenos Aires 1996-2014”, en Kostenwein, Ezequiel (dir.), *Sociología de la Justicia Penal*, Buenos Aires, Ediar, 2017, pp. 261-304; Museri, Anabella, “El impacto del sistema de flagrancia en las prácticas judiciales sobre el uso de la prisión preventiva en la provincia de Buenos Aires”, tesis presentada para obtener el grado de Magíster en Criminología, Universidad Nacional del Litoral, Argentina, 2019; Bessone, Nicolás; Bombini, Gabriel y Rajuan, Christian, “El procedimiento de flagrancia, promesas reformistas y efectos reales: celeridad o severidad judicial”, en Sozzo, Máximo (comp.), *Reforma de la justicia penal en América Latina: promesas, prácticas y efectos*, Buenos Aires, Didot, 2020, pp. 175-204.

⁸ Sicardi, Mariano, “El juicio abreviado como mecanismo de gestión de casos. Una mirada a partir de las prácticas del Ministerio Público Fiscal porteño”, tesis presentada para obtener el grado de Magíster en Criminología, Universidad Nacional del Litoral, Argentina, 2018; Sozzo, Máximo y otros, *La reforma de la justicia penal. Las voces de los defensores públicos. Primer Informe*, Santa Fe, Universidad Nacional del Litoral, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Observatorio sobre la Reforma de la Justicia Penal, 2015; Sozzo, Máximo y otros, *La reforma de la justicia penal. Las voces de los fiscales. Segundo Informe*, Santa Fe, Universidad Nacional del Litoral, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Observatorio sobre la Reforma de la Justicia Penal, 2015; Sozzo, Máximo y otros, *La reforma de la justicia penal. Las voces de los jueces. Tercer Informe*, Santa Fe, Universidad Nacional del Litoral, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Observatorio sobre la Reforma de la Justicia Penal, 2016; Sozzo, Máximo; Somaglia, Maialén y Truchet, Rocío, “Cautela negociada: acuerdos entre fiscales y defensores en torno a las medidas cautelares en la justicia penal reformada”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, año 9, n° 3, 2019, pp. 63-81; Sozzo, Máximo, “Justicia abreviada. Reforma de la justicia penal, promesa de eficiencia y eficacia, y modo dominante de imposición de condenas”, *Cuestiones Criminales*, año 3, n° 5/6, 2020, pp. 549-576.

⁹ Para precedentes teóricos que enfatizan para pensar el cambio penal, en general, el rol de las

dirección, el importante ejemplo de Brasil sobresale en la región, pues pese a todos los intentos de producir una reforma estructural de la justicia penal que pretenda seguir los lineamientos generales de un “modelo acusatorio” o “adversarial”, aun este cambio no se ha producido, si bien han existido algunas mutaciones parciales que pueden asociarse a este movimiento reformista en la región¹⁰.

En este sentido, la descripción general y simple de un pasaje de un “modelo inquisitorial” a un “modelo acusatorio” o “adversarial” de justicia penal puede resultar equívoca, enfatizando una uniformidad que nos hace perder de vista el importante grado de diversidad persistente en la justicia penal en América Latina. Incluso este importante grado de variación puede existir en el interior de un mismo contexto nacional. Este es claramente el caso de Argentina, en donde las competencias en materia procesal penal se encuentran divididas entre la esfera federal y las esferas provinciales y esto ha dado lugar a diversos procesos de reforma que tienen características y temporalidades específicas en 25 jurisdicciones.

II. La investigación social sobre los programas, prácticas y efectos de estos procesos de reforma de la justicia penal en América Latina aún se encuentra en su infancia. En algunos países de la región existió un cierto desarrollo de la investigación social sobre el funcionamiento de la justicia penal de la mano del interés más general por la cuestión criminal que comenzó a edificarse en los años 1990s, atravesando las fronteras disciplinarias y en relación con la centralidad que este conjunto de problemas sociales comenzó a adquirir en el debate público y político.

Un caso muy relevante en esta dirección es el de Brasil en donde los investigadores

luchas, resistencias y compromisos entre actores de diverso tipo (no sólo estatales sino también no estatales) situados en coordinadas y espaciales concretas, ver Goodman, Philip; Page, Joshua y Phelps, Michelle, *Breaking the Pendulum: The Long Struggle over Criminal Justice*, Nueva York, Oxford University Press, 2017; Sozzo, Máximo, “La penalidad contemporánea en tensión. Una exploración de los aportes recientes a la sociología del castigo de Massimo Pavarini”, *Studi Sulla Questione Criminale*, vol. 12, n° 1-2, 2017, pp. 111-136; Sozzo, Máximo, “¿Más allá de la cultura del control? Interrogantes, aportes y perspectivas”, en Sozzo, Máximo (dir.), *¿Más allá de la cultura del control? Debates sobre delito, pena y orden social* con David Garland, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2018, pp. 405-444; y Sozzo, Máximo, “The renaissance of the political economy of punishment from a comparative perspective”, en Melossi, Dario; Sozzo, Máximo y Brandariz García, José Ángel (eds.), *The Political Economy of Punishment Today. Visions, Debates and Challenges*, Londres, Routledge, 2018, pp. 37-64.

¹⁰ Ver al respecto, entre otros, Ghiringhelli de Azevedo, Rodrigo, “Prisión preventiva y audiencias de custodia en Brasil: la mentalidad punitiva en acción”, en Sozzo, Máximo (comp.), *Reforma de la justicia penal en América Latina: promesas, prácticas y efectos*, Buenos Aires, Didot, 2020, pp. 57-78; y Ribeiro Júnior, Humberto; Cypriano Machado, Nara Borgo y Dorneles Júnior, Heitor Brandão, “Impactos de las audiencias de custodia en Espírito Santo, Brasil. Reflexiones sobre el cumplimiento de las garantías judiciales, la reducción del encarcelamiento y la lucha contra la tortura”, en Sozzo, Máximo (comp.), *Reforma de la justicia penal en América Latina: promesas, prácticas y efectos*, Buenos Aires, Didot, 2020, pp. 79-116.

sociales se acercaron desde ese momento en adelante a diversas dimensiones del funcionamiento de la justicia penal, desde perspectivas teóricas y metodológicas diferentes, generando una amplia literatura sobre diversos temas, que ha crecido aún más en los últimos años¹¹. Pero, por la misma obstaculización de un proceso de reforma de carácter general en este contexto nacional al que hicimos referencia más arriba, esta literatura solo ha podido desenvolver indagaciones sobre mutaciones puntuales como el nacimiento de las audiencias de custodia, la creación de los “juzgados especiales criminales” o la creación de medidas cautelares alternativas a la prisión preventiva¹². Ahora bien, el volumen de investigación social sobre la justicia penal en Brasil sigue siendo completamente excepcional en la región. Hay escenarios nacionales en que es inexistente o se reduce a un puñado de trabajos recientes. Y si esto sucede en general con respecto a la justicia penal, es mucho más marcado con respecto a sus procesos de reforma.

En el caso de Argentina los desarrollos en este sentido han sido bastante moderados. Algunos investigadores sociales se han dedicado a la reconstrucción de la emergencia y desarrollo de algunos procesos de reforma de la justicia penal, para explorar los actores y dinámicas involucrados entre los mundos académico, judicial, político y de la sociedad civil. Otros investigadores sociales se han interesado más específicamente en ciertos aspectos del funcionamiento de la justicia penal una vez reformada: desde la prisión preventiva al tratamiento de los casos de flagrancia, desde el procedimiento abreviado a las presiones políticas y mediáticas sobre los actores judiciales, desde la participación de los jurados –en las pocas jurisdicciones que lo incluyen– al acceso a la justicia de los ciudadanos.

Ciertamente, el escenario más estudiado desde las ciencias sociales ha sido el de la Provincia de Buenos Aires¹³. Ha habido también algunos pocos trabajos sobre la

224

¹¹ Ghiringhelli de Azevedo, Rodrigo y Sinhoretto, Jacqueline, “O sistema de justiça criminal na perspectiva da antropologia e da sociologia”, *Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais*, n° 84, 2017, pp. 188-215.

¹² A su vez, el amplio nivel de desarrollo de la investigación social sobre la justicia penal en general en el contexto brasileño no impide que su volumen resulte limitado en relación al mayor interés que ha despertado la indagación por parte de las ciencias sociales de otras instituciones estatales dedicadas al control del delito, como las policías y las prisiones (Cfr. Ghiringhelli de Azevedo y Sinhoretto, “O sistema de justiça...”, op. cit., p. 188). Este desbalance se reproduce también en otros contextos latinoamericanos.

¹³ Ganón, “¿La macdonalización del sistema de justicia criminal?”, op. cit.; Ciocchini, “Domando a la bestia...”, op. cit.; Ciocchini, “Tiempo de Justicia...”, op. cit.; Ciocchini, “Cambiano todo...”, op. cit.; Ciocchini, “Reformers’ Unfulfilled Promises...”, op. cit.; Kostenwein, “La velocidad y las formas...”, op. cit.; Kostenwein, “La cuestión cautelar”, op. cit.; Kostenwein, “Apresurando decisiones...”, op. cit.; Kostenwein, “Respuesta judicial a la demanda...”, op. cit.; Kostenwein, “El imperativo de la celeridad...”, op. cit.; Costantino, Gabriel, “Reforma acusatoria y acceso a la justicia en la Provincia de Buenos Aires (Argentina)”, *Política Criminal*, vol. 10, n° 20, 2015, pp. 528-542; Costantino, Gabriel, “Ministerio Público y acceso a la justicia. El caso de la Provincia de Buenos Aires”, *Revista Crítica*

esfera federal/nacional¹⁴, la provincia de Córdoba¹⁵ y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires¹⁶. Por mi parte, he desarrollado una serie de indagaciones sociológicas sobre el proceso de reforma en la Provincia de Santa Fe¹⁷. El grado incipiente de desarrollo de este tipo de estudios en el país se revela en la completa ausencia de investigaciones comparativas a través de las jurisdicciones, a pesar de lo evidente que resulta su necesidad en un contexto nacional atravesado por múltiples jurisdicciones.

Penal y Poder, n° 9, 2015, pp. 326-347; Gutiérrez, “Acusatorio y punitivismo... (parte 1)”, op. cit.; Gutiérrez, “Acusatorio y punitivismo... (parte 2)”, op. cit.; Gutiérrez, “Sobre las ideologías actuales...”, op. cit.; Gutiérrez, “Coyuntura y frentes de tormenta...”, op. cit.; Bombini, Gabriel, “El desafío judicial de ‘conocer’ el impacto de sus prácticas. Problematicando las registraciones judiciales en torno al uso del encarcelamiento por la desfederalización de la Ley de estupefacientes en la Provincia de Buenos Aires”, en Kostenwein, Ezequiel (dir.), *Sociología de la Justicia Penal*, Buenos Aires, Ediar, 2017, pp. 413-452; Bombini, Gabriel, “Políticas de drogas, tensiones judiciales y castigo penal. Actitudes de la justicia penal en la aplicación de la ley de desfederalización en materia de drogas prohibidas. Estudio de casos en la ciudad de Mar del Plata”, en Kostenwein, Ezequiel (dir.), *El imperio de castigar. Contribuciones desde la sociología de la justicia penal*, Buenos Aires, Editores del Sur, 2020, pp. 531-555; Porterie, Sidonie y Romano, Aldana, *El poder del jurado: descubriendo el juicio por jurados en la Provincia de Buenos Aires*, Buenos Aires, INECIP, 2018; Museri, “El impacto del sistema...”, op. cit.; Bombini, G. y otros, “Las visiones profesionales de los abogados defensores sobre el juicio por jurados: ¿democracia o punitividad?”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, año 10, n° 2, 2020, pp. 141-157; Bessone, Bombini y Rajuan, “El procedimiento de flagrancia...”, op. cit.; Rengifo, Andrés F.; Piechestein, Ana Clara y Sicardi, Mariano, “Discurso y castigo en una muestra de audiencias de excarcelación de dos departamentos judiciales de la Provincia de Buenos Aires”, en Sozzo, Máximo (comp.), *Reforma de la justicia penal en América Latina: promesas, prácticas y efectos*, Buenos Aires, Didot, 2020, pp. 117-140.

¹⁴ Mira, “Humanizar la justicia penal...”, op. cit.; Mira, “Jueces que dicen el derecho...”, op. cit.

¹⁵ Bergoglio, María Inés, “Citizens views on punishment. The difference between talking and deciding”, *Oñati Socio-Legal Series*, vol. 6, n° 2, 2016, pp. 216-234; Bergoglio, María Inés, “The Dissemination of Jury Trials: A Reading from Argentina”, *Law & Society Review*, vol. 51, n° 3, 2017, pp. 510-516; Bergoglio, María Inés; Gastiazoro, María Eugenia y Viqueira, Sebastián (eds.), *En el estrado: La consolidación de las estrategias participativas en la justicia penal*, Córdoba, Advocatus, 2019; Gastiazoro, María Eugenia, “Conceptualizaciones sobre la violencia de género en sentencias con jurados en la Provincia de Córdoba, Argentina”, *Temas sociológicos*, n° 26, 2020, pp. 197-226.

¹⁶ Sicardi, “El juicio abreviado como mecanismo...”, op. cit.; Sicardi, Mariano, “Reformas del proceso penal en Latinoamérica, gerencialismo y juicio abreviado. Aproximaciones desde la Ciudad de Buenos Aires”, en Kostenwein, Ezequiel (dir.), *El imperio de castigar. Contribuciones desde la sociología de la justicia penal*, Buenos Aires, Editores del Sur, 2020, pp. 303-322.

¹⁷ Sozzo y otros, “La reforma... Primer Informe”, op. cit.; Sozzo y otros, “La reforma... Segundo Informe”, op. cit.; Sozzo y otros, “La reforma... Tercer Informe”, op. cit.; Sozzo, Somaglia y Truchet, “Cautela negociada...”, op. cit.; Sozzo, Máximo y Somaglia, Maialén, “Reforma de la justicia penal y prisión preventiva. Una exploración sobre el caso de la provincia de Santa Fe”, en Sozzo, Máximo (comp.), *Reforma de la justicia penal en América Latina: promesas, prácticas y efectos*, Buenos Aires, Didot, 2020, pp. 141-174; Sozzo, “Justicia abreviada...”, op. cit.; Sozzo, Máximo, “Reforma de la justicia penal e imagen y confianza pública”, en Kostenwein, Ezequiel (dir.), *El imperio de castigar. Contribuciones desde la sociología de la justicia penal*, Buenos Aires, Editores del Sur, 2020, pp. 323-358.

En este sentido, se puede decir que en términos generales la justicia penal en la región, aun cuando atravesada por estas dinámicas de reforma, sigue siendo relativamente opaca para las ciencias sociales¹⁸. Muchas veces los actores estatales que se mueven en el mundo judicial colocan obstáculos frente a la intención de explorar sus discursos y prácticas por parte de los investigadores sociales que son definidos como “extraños” al provenir del mundo académico. Aquí juega el viejo antagonismo entre teoría y práctica que está presente en los esquemas de interpretación que componen la cultura de los operadores judiciales –cuya uniformidad, sin embargo, no debe ser exagerada–.

Esta reticencia se vuelve más marcada cuando quienes pretenden llevar adelante estas exploraciones no provienen del mundo académico ligado al derecho. En cambio, los investigadores basados en las Facultades de Derecho tienen toda una serie de vías a su disposición para establecer contactos y relaciones con los operadores judiciales, precisamente por su ubicación institucional. Una condición muy relevante es la presencia, en muchos contextos nacionales –por ejemplo, en Argentina–, de profesores de las Facultades de Derecho que son simultáneamente jueces penales, fiscales o defensores públicos.

226

Los encuentros cotidianos con estos “colegas” en el ámbito académico puede servir como puertas para el ingreso a las organizaciones de la justicia penal. A esto se suma que quienes han desarrollado una trayectoria académica en el terreno de la investigación social pero han desenvuelto una parte de su formación ligada al derecho –estén o no radicados en una Facultad de Derecho– tienen una mayor familiaridad con los lenguajes y rituales de la justicia penal y esta resulta útil en el acceso y el trabajo de campo, pues facilita y agiliza los diálogos con los operadores judiciales. A su vez, esta familiaridad impulsa a que estos investigadores definan como problemas relevantes para las ciencias sociales, dimensiones del funcionamiento de la justicia penal y de los procesos de cambio por los que ha atravesado recientemente. Por eso no resulta casual que sean este tipo de investigadores sociales –ya sea que se definan a sí mismos como sociólogos del derecho, antropólogos del derecho o criminólogos– los que han realizado mayor cantidad de contribuciones en esta dirección en la región.

Al mismo tiempo, considero que muchos de los obstáculos a una mirada externa acerca del funcionamiento de la justicia penal se han vuelto más difíciles de colocar y sostener en el contexto de los procesos de reforma. Un ejemplo particularmente importante al respecto es la posibilidad que tienen los investigadores sociales de asistir a las audiencias públicas que se han vuelto un componente fundamental de su funcionamiento. La apertura al público de estas instancias del proceso penal hace que

¹⁸ Kostenwein, Ezequiel, “Presentación. La opacidad exterior del derecho”, en Kostenwein, Ezequiel (dir.), *La condición judicial*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2020, pp. 11-18.

puedan desarrollarse todo un conjunto de observaciones fértiles sin tener que contar con un explícito permiso de una autoridad judicial para desenvolver el trabajo de campo.

Y, de hecho, existen trabajos contemporáneos que emplean fructíferamente esta técnica de investigación generando resultados cuantitativos y cualitativos¹⁹. Sin embargo, hay muchas cosas extraordinariamente cruciales que pasan en la justicia penal reformada que no suceden en las audiencias públicas. Un ejemplo muy relevante, en función del predominio absoluto que tienen en la producción de sentencias condenatorias en la actualidad, son los mecanismos de acuerdo entre fiscal y defensor/imputado que producen el evitamiento del juicio público y la imposición de una sanción penal.

Estos mecanismos, herederos con distintos niveles de adaptación del *plea bargaining* de la tradición estadounidense, tienen distintos nombres en las diversas jurisdicciones –por ejemplo, en el caso argentino, se denominan “procedimiento abreviado” o “juicio abreviado”–. Si bien esos acuerdos se exponen en audiencias públicas delante de un juez penal, se construyen previamente en espacios reservados en el que se desenvuelven las negociaciones entre fiscales y defensores/imputados. De este modo, observar dichas audiencias públicas resulta útil para comprender algunos aspectos de la dinámica de su funcionamiento, pero muchos otros que son centrales requieren otras estrategias y técnicas de indagación²⁰.

En algunas jurisdicciones es posible afirmar que, como consecuencia de los procesos de reforma de la justicia penal, se ha verificado una mayor apertura de los actores judiciales a ser entrevistados en el marco de investigaciones sociales. La promoción de la transparencia que –como decíamos más arriba– con distinto nivel de intensidad en los distintos escenarios, ha sido parte de estos procesos parece estar impactando en la cultura de los operadores judiciales y en sus decisiones al respecto. En nuestra propia experiencia, en el caso de la Provincia de Santa Fe (Argentina), hemos contado con el apoyo de las autoridades superiores provinciales y regionales, tanto del Ministerio Público de la Acusación como del Servicio Público de la Defensa, pero también con la predisposición positiva de la mayor parte de los operadores judiciales –salvo unas pocas excepciones– que abordamos a los fines de desenvolver entrevistas en distintos momentos y finalidades a lo largo de estos últimos cinco años –la implementación de la reforma se inició en este contexto en los inicios de 2014–.

Esto ha dado lugar a resultados de diferente riqueza, en donde han jugado seguramente las actitudes y opiniones personales de los operadores judiciales entrevistados que revelan mayor o menor nivel de apertura a la hora de referirse a sus modos de pensar y actuar en el campo de la justicia penal, pero sobre una

¹⁹ Por ejemplo, en el caso argentino: Rengifo, Piechestein y Sicardi, “Discurso y castigo...”, op. cit.; o Sozzo, Somaglia y Truchet, “Cautela negociada...”, op. cit.

²⁰ Sozzo, “Justicia abreviada...”, op. cit.

base común de aceptación de la participación en estos procesos de investigación social que resulta innegable y debe ser subrayada²¹. Es posible decir que esta ha sido la herramienta fundamental –con sus variantes– en la indagación empírica de los procesos de reforma de la justicia penal en la región²².

Sin embargo, aún quedan en pie en diversas jurisdicciones de la región obstáculos importantes para el desarrollo de la investigación social sobre la justicia penal reformada. Uno de carácter estructural en muchos contextos es la ausencia o deficiencia de las estadísticas oficiales sobre aspectos claves de las decisiones y acciones judiciales. En el caso de Argentina, a pesar de la promesa de transparencia que ha acompañado las reformas de la justicia penal, las autoridades judiciales siguen sin producir información estadística oficial sobre las dimensiones centrales de su funcionamiento. Los escasos datos cuantitativos que efectivamente se generan están ligados a la cantidad de casos iniciados y finalizados y en todo caso, al tiempo de su resolución, respondiendo a una clara orientación managerial, gerencial.

Por ejemplo, no se genera información sobre la cantidad y tipos de casos en los que se decide la imposición de una prisión preventiva u otra medida cautelar. Pese a que en este contexto nacional la lucha contra el exceso de la utilización de la prisión preventiva, asociada al “modelo inquisitorial” de la vieja justicia penal, fue una parte importante de las justificaciones de los procesos de cambio, ninguna de las autoridades de las diversas estructuras judiciales existentes en las distintas jurisdicciones argentinas, han juzgado útil producir este tipo de datos estadísticos y mucho menos

228

²¹ Sozzo y otros, “La reforma... Primer Informe”, op. cit.; Sozzo y otros, “La reforma... Segundo Informe”, op. cit.; Sozzo y otros, “La reforma... Tercer Informe”, op. cit.; Sozzo, Somaglia y Truchet, “Cautela negociada...”, op. cit.; Sozzo y Somaglia, “Reforma de la justicia penal...”, op. cit.; Sozzo, “Justicia abreviada...”, op. cit. Es importante subrayar que no ha cumplido un rol importante hasta aquí en el desarrollo de las indagaciones empíricas que se han fundado en la entrevista como técnica, la búsqueda por recoger la mirada de los ciudadanos –salvo, en una medida limitada, en su rol de jurados– acerca de la justicia penal reformada en América latina, sea que se vean involucrados en un proceso penal –como imputados, víctimas o testigos– o no.

²² Un paso ulterior en esta dirección es el de realizar un trabajo etnográfico de acompañamiento de los actores judiciales a lo largo de su trabajo cotidiano durante un período prolongado, lo que permitiría al investigador desarrollar diálogos de carácter más espontáneo con sus informantes, así como observar directamente sus interacciones con otros actores judiciales, así como con los imputados y las víctimas (ejemplos de trabajos que se aproximan a esta estrategia en Argentina, son: Museri, “El impacto del sistema...”, op. cit.; Mira, Julieta, “Follow the Actors: Ethnographic Keys for Understanding Legal Activism for Criminal Justice Reform in Argentina”, *The Age of Human Rights Journal*, n° 13, 2019, pp. 63-74; Mira, “Humanizar la justicia penal...”, op. cit.; Mira, “Jueces que dicen el derecho...”, op. cit.; Mira, “La fuerza de la transnacionalización...”, op. cit.). Es posible que los niveles de apertura por parte de los actores judiciales que se han registrado recientemente, hagan viable la multiplicación de esta forma prometedora de indagación, pero requiere de un esfuerzo sostenido a lo largo del tiempo, que lo vuelve más difícil de poner en práctica y requiere el financiamiento necesario. Sin embargo, se trata seguramente de una frontera metodológica a atravesar en el futuro para mejorar nuestra comprensión de la justicia penal reformada en la región.

emplearlos para evaluar la implementación de las mutaciones planteadas.

Este rasgo sorprende por su uniformidad y contundencia y genera un interrogante muy importante²³. Este último es también un ejemplo de un fenómeno más amplio y extremadamente preocupante. En este contexto nacional –pero también esto ha sucedido en otros escenarios de América Latina– hubo una lamentable falta de interés de parte de las autoridades políticas y judiciales involucradas en los procesos de reforma en torno a la producción de datos estadísticos sobre las diversas dimensiones cruciales del funcionamiento de la “vieja” justicia penal, lo que vuelve extraordinariamente difícil evaluar si lo que se anunció en su momento como un cambio lo ha sido realmente y en qué medida. Los investigadores sociales que se plantean este tipo de preguntas acerca de las continuidades y discontinuidades se enfrentan entonces con el inconveniente, difícil de superar, de tener que producir de la nada información válida y confiable no solo acerca del presente sino también acerca del pasado²⁴.

Estas deficiencias de las estadísticas oficiales sobre el funcionamiento de la justicia penal han obligado a diversos investigadores a tratar de sortear este obstáculo produciendo información cuantificada a partir de ejercicios de muestreo, tanto recurriendo a las observaciones de audiencias públicas como al análisis documental, especialmente de sentencias judiciales²⁵. Estas aproximaciones resultan comprensibles y significativas, pero contar con datos estadísticos oficiales claves sobre la totalidad de los universos involucrados en cada caso sería un camino mucho más seguro para la comprensión de los fenómenos abordados.

De allí que el reclamo por la construcción de estadísticas oficiales adecuadas debe ser firmemente planteado desde el mundo académico –aunque, por supuesto, no solo desde allí– ante las autoridades políticas y judiciales en las diversas jurisdicciones, como una asignatura pendiente para la realización de la promesa de transparencia que ha acompañado constantemente a los procesos de reforma de la justicia penal.

Finalmente, en la literatura producida en América Latina acerca de los procesos de reforma de la justicia penal casi no tiene presencia la utilización de la encuesta como una herramienta de investigación empírica destinada a producir datos cuantitativos, tanto orientada a recabar las percepciones y opiniones de los agentes de la justicia penal como de los ciudadanos²⁶. Evidentemente, conseguir los recursos necesarios

²³ Sozzo y Somaglia, “Reforma de la justicia penal...”, op. cit.; Sozzo, Somaglia y Truchet, “Cautela negociada...”, op. cit.

²⁴ Sozzo y otros, “La reforma... Primer Informe”, op. cit.; Sozzo y otros, “La reforma... Segundo Informe”, op. cit.; Sozzo y otros, “La reforma... Tercer Informe”, op. cit.

²⁵ Entre otros ejemplos recientes al respecto en Argentina son: Bessone, Bombini y Rajuan, “El procedimiento de flagrancia...”, op. cit.; Sozzo, “Justicia abreviada...”, op. cit.; Sozzo y Somaglia, “Reforma de la justicia penal...”, op. cit.; Sozzo, Somaglia y Truchet, “Cautela negociada...”, op. cit.; Museri, “El impacto del sistema...”, op. cit.; y Kostenwein, “La cuestión cautelar”, op. cit.

²⁶ Para un ejemplo, el único que conocemos al respecto en el caso argentino, ver: Sozzo, “Reforma de la justicia penal e imagen...”, op. cit.

para encarar investigaciones empíricas como esta en el campo académico no resulta sencillo por sus altos costos. Pero es un camino que resulta muy importante –aunque no por ello autosuficiente–, especialmente a la hora de debatir la construcción de generalizaciones acerca de lo que la justicia penal reformada hace y logra.

En general, el hecho de que los actores estatales directamente involucrados en el diseño e implementación de estos procesos de reforma de la justicia penal en América Latina –en el plano ejecutivo, legislativo y judicial– incluyan en su agenda la necesidad de financiar este tipo de indagaciones sociales, recurriendo a diversas técnicas de investigación (desde las observaciones y las entrevistas al análisis documental y la encuesta) sería crucial. Pese a las importantes cantidades de recursos públicos invertidos en los procesos de reforma en la región, conocer qué es lo que sucede realmente con las prácticas de la justicia penal reformada y sus efectos no ha ingresado aún en las prioridades de los actores reformistas y las pocas veces que lo ha hecho, se ha traducido en estudios estrechamente definidos en un marco managerial y gerencial. Ir más allá de ese marco y avanzar en este sentido sigue siendo una inmensa asignatura pendiente.

230 **III.** En los inicios de los procesos de reforma de la justicia penal en América Latina, desde los años 1980s en adelante, el debate público y político sobre estas propuestas se estructuró a partir de un fuerte predominio de un lenguaje del “deber ser”, en torno a principios y reglas, propio de los juristas especializados en el derecho procesal penal. En aquel momento, el plano del “ser” se refería al “modelo inquisitorial”, a la “vieja” justicia penal, que se pretendía abandonar radicalmente y sobre el que se cargaban toda una serie de vicios y defectos cuya superación reivindicaban los programas de reforma con sus ideales y objetivos. Este plano del “ser” se incorporaba a ese debate público y político a partir de las experiencias y percepciones de los actores que impulsaban los procesos de reforma que eran o habían sido operadores del mundo judicial (jueces penales, fiscales y defensores).

Pese a que han transcurrido más de treinta años y se han producido numerosos procesos de reforma en la región, el debate público y político sigue estando estructurado prevalentemente de un modo semejante. Las experiencias y percepciones de los operadores judiciales siguen siendo el camino preferido para incorporar el plano del ser a la discusión sobre la justicia penal reformada. La utilización de información sistemática y ordenada, válida y confiable, acerca de cómo la nueva justicia penal funciona y qué consecuencias genera es una excepción. Considerando la reconocida distancia que siempre ha existido entre el “derecho en los libros” y el “derecho en los hechos”²⁷, resulta indispensable incorporar una

²⁷ Sozzo, Máximo, *La inflación punitiva. Un análisis comparativo de las mutaciones del derecho penal en América Latina (1990-2015)*, Buenos Aires, FLACSO Ecuador, IDRC-Canadá y Café de

mirada más profunda y aguda acerca de lo que la nueva justicia penal es y hace, utilizando las herramientas teóricas y metodológicas de las ciencias sociales e instalando preguntas y respuestas sobre los resultados sustanciales de los procesos de reforma. De este modo, se podría renovar radicalmente el debate público y político y al mismo tiempo hacer que el mismo se centre en lo que realmente sucede.

Para ilustrar lo que este pasaje implica, me gustaría plantear para cerrar un ejemplo vinculado a mi propio trabajo reciente de investigación en el escenario de la Provincia de Santa Fe (Argentina)²⁸. El proceso de reforma fue lanzado en esta jurisdicción –como ha sucedido frecuentemente– movilizándolo promesas ligadas a los ideales de una justicia penal “garantista”, “transparente” y “eficaz y eficiente”, con un cierto nivel de equilibrio. En buena parte de los discursos reformistas, contrapuesto al secreto y la falta de respeto de los derechos del imputado típicos de una justicia penal fuertemente anclada en el modelo inquisitorial –como la que existió en esta jurisdicción hasta 2014–, la figura del “juicio oral y público” cumplía un rol crucial. Se trataba del mecanismo de cierre de los casos judiciales que serviría simultáneamente a las promesas de protección de las garantías y de transparencia.

Sin embargo, a partir de nuestra indagación empírica que consistió en el análisis documental de todas las sentencias condenatorias producidas desde 2014 a 2019 –inclusive– en la Primera Circunscripción Judicial que tiene su sede en la ciudad de Santa Fe, pudimos comprobar que el 98% de las mismas no se produjo a través de ese mecanismo, sino por medio del “procedimiento abreviado” en tanto compleja traducción del “plea bargaining” de la tradición procesal penal estadounidense.

Esto demuestra que en lo que hace a la imposición de condenas, la nueva justicia penal es una “justicia abreviada”. “En los hechos” la preocupación por la eficiencia y eficacia ha arrasado a la búsqueda de una justicia penal “garantista” y “transparente”, pues el procedimiento abreviado como mecanismo –como otras tareas de campo a través de observaciones y entrevistas lo evidencian en el marco de la misma investigación– presenta por su misma dinámica altos niveles de secreto y de vulneración de derechos de los imputados.

Estas evidencias deberían impulsarnos a modificar el debate público y político, instalando como problema central la discusión acerca de cómo enfrentar esta deriva de la práctica de la justicia penal reformada y sus múltiples efectos negativos, que se llevan puestas promesas fundacionales que hicieron nacer este proceso de transformación y ponen severamente en duda su legitimidad, al menos en lo que hace a la imposición de condenas, aunque difícilmente se pueda encontrar otro momento más relevante, tanto simbólica como materialmente, en el funcionamiento de la justicia penal en la sociedad contemporánea.

las Ciudades, 2017, pp. 8-9.

²⁸ Sozzo, “Justicia abreviada...”, op. cit.

IV. Referencias

Bergoglio, María Inés, “Citizens views on punishment. The difference between talking and deciding”, *Oñati Socio-Legal Series*, vol. 6, n° 2, 2016, pp. 216–234.

_____, “The Dissemination of Jury Trials: A Reading from Argentina”, *Law & Society Review*, vol. 51, n° 3, 2017, pp. 510-516.

Bergoglio, María Inés; Gastiazoro, María Eugenia y Viqueira, Sebastián (eds.), *En el estrado: La consolidación de las estrategias participativas en la justicia penal*, Córdoba, Advocatus, 2019.

Bessone, Nicolás; Bombini, Gabriel y Rajuan, Christian, “El procedimiento de flagrancia, promesas reformistas y efectos reales: celeridad o severidad judicial”, en Sozzo, Máximo (comp.), *Reforma de la justicia penal en América Latina: promesas, prácticas y efectos*, Buenos Aires, Didot, 2020, pp. 175-204.

Binder, Alberto, “La política judicial de la democracia argentina. Vaivenes de la reforma judicial”, *URVIO*, n° 3, 2008, pp. 48-66.

232 _____, “La reforma de la justicia penal en América Latina como política de largo plazo”, en Niño Guarnizo, Catalina (coord.), *La reforma a la justicia en América Latina: las lecciones aprendidas*, Bogotá, Friedrich-Ebert-Stiftung, 2016, pp. 54-103.

_____, “La comprensión de la justicia penal como espacio político. Notas para un avance en la crítica al funcionamiento de la justicia penal”, en Kostenwein, Ezequiel (dir.), *Sociología de la Justicia Penal*, Buenos Aires, Ediar, 2017, pp. 213-234.

Bombini, Gabriel, “El desafío judicial de ‘conocer’ el impacto de sus prácticas. Problematizando las registraciones judiciales en torno al uso del encarcelamiento por la desfederalización de la Ley de estupefacientes en la Provincia de Buenos Aires”, en Kostenwein, Ezequiel (dir.), *Sociología de la Justicia Penal*, Buenos Aires, Ediar, 2017, pp. 413-452.

_____, “Políticas de drogas, tensiones judiciales y castigo penal. Actitudes de la justicia penal en la aplicación de la ley de desfederalización en materia de drogas prohibidas. Estudio de casos en la ciudad de Mar del Plata”, en Kostenwein, Ezequiel (dir.), *El imperio de castigar. Contribuciones desde la sociología de la justicia penal*, Buenos Aires, Editores del Sur, 2020, pp. 531-555.

Bombini, G.; Guzzo, D.; Massari, L. y Palacios, L., “Las visiones profesionales de los abogados defensores sobre el juicio por jurados: ¿democracia o punitividad?”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, año 10, n° 2, 2020, pp. 141-157.

Brandariz García, José Ángel, *El modelo gerencial-actuarial de penalidad. Eficiencia, riesgo y sistema penal*, Madrid, Dykinson, 2016.

Ciocchini, Pablo, “Domando a la bestia. Las reformas en la justicia penal bonaerense para eliminar la demora judicial”, *Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, n° 7, 2012, pp. 203-223.

_____, “Tiempo de Justicia. Un análisis de los cambios ocurridos en pos de erradicar la demora judicial en la Provincia de Buenos Aires”, tesis presentada para obtener el grado de Doctor en Sociología Jurídica, Universidad del País Vasco, Oñati, 2013.

_____, “Cambiano todo para no cambiar nada. Las reformas en el proceso penal bonaerense”, en Kostenwein, Ezequiel (dir.), *Sociología de la Justicia Penal*, Buenos Aires, Ediar, 2017, pp. 307-366.

_____, “Reformers’ Unfulfilled Promises: Accountability Deficits in Argentinean Criminal Courts”, *International Journal of Law in Context*, vol. 14, n° 1, 2018, pp. 22-42.

Costantino, Gabriel, “Reforma acusatoria y acceso a la justicia en la Provincia de Buenos Aires (Argentina)”, *Política Criminal*, vol. 10, n° 20, 2015, pp. 528-542.

_____, “Ministerio Público y acceso a la justicia. El caso de la Provincia de Buenos Aires”, *Revista Crítica Penal y Poder*, n° 9, 2015, pp. 326-347.

Fuchs, Marie-Christine; Fandiño, Marco y González, Leonel (dir.), *La justicia penal adversarial en América Latina. Hacia la gestión del conflicto y la fortaleza de la ley*, Santiago de Chile, CEJA y Konrad Adenauer, 2018.

Ganón, Gabriel, “¿La macdonalización del sistema de justicia criminal? Nuevo orden o nuevo derecho en la globalidad de la sociedad excluyente”, en Rivera, I.; Silveira, H. C.; Bodelón, E. y Recasens, A. (coord.), *Contornos y Pliegues del Derecho. Homenaje al Profesor Roberto Bergalli*, Barcelona, Anthropos, 2006, pp. 439-457.

Garland, David, *Castigar y Asistir. Una historia de las estrategias penales y so-*

ciales del siglo XX, Elena Odriozola trad., Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2018, obra original publicada en 1985.

Gastiazoro, María Eugenia, “Conceptualizaciones sobre la violencia de género en sentencias con jurados en la Provincia de Córdoba, Argentina”, *Temas sociológicos*, n° 26, 2020, pp. 197-226.

Ghiringhelli de Azevedo, Rodrigo y Sinhoretto, Jacqueline, “O sistema de justiça criminal na perspectiva da antropologia e da sociologia”, *Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais*, n° 84, 2017, pp. 188-215.

Ghiringhelli de Azevedo, Rodrigo, “Prisión preventiva y audiencias de custodia en Brasil: la mentalidad punitiva en acción”, en Sozzo, Máximo (comp.), *Reforma de la justicia penal en América Latina: promesas, prácticas y efectos*, Buenos Aires, Didot, 2020, pp. 57-78.

González Guarda, Claudio, *Gestión, gerencialismo y sistema penal*, Montevideo, B de F, 2018.

Goodman, Philip; Page, Joshua y Phelps, Michelle, *Breaking the Pendulum: The Long Struggle over Criminal Justice*, Nueva York, Oxford University Press, 2017.

Gutiérrez, Mariano, “Acusatorio y punitivismo: la triste historia de nuestras victorias garantistas (parte 1)”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, año 4, n° 8, 2014, pp. 70-84.

_____, “Acusatorio y punitivismo: la triste historia de nuestras victorias garantistas (parte 2)”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, año 4, n° 9, 2014, pp. 75-88.

_____, “Sobre las ideologías actuales en las reformas penales”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, año 6, n° 5, 2016, pp. 154-165.

_____, “Coyuntura y frentes de tormenta. La política criminal de la Provincia de Buenos Aires 1996-2014”, en Kostenwein, Ezequiel (dir.), *Sociología de la Justicia Penal*, Buenos Aires, Ediar, 2017, pp. 261-304.

Hathazy, Paul, “Revoluciones en los campos de la justicia penal: estrategias internacionales de reformadores y cambios en la justicia penal en Argentina, Chile y más allá”, en Sozzo, Máximo (comp.), *Reforma de la justicia penal en América Latina: promesas, prácticas y efectos*, Buenos Aires, Didot, 2020, pp. 21-40.

Kostenwein, Ezequiel, “La velocidad y las formas jurídicas: prisión preventiva en tiempos de flagrancia”, *Revista Pensamiento Penal*, n° 137, 2012, pp. 1-48.

_____, *La cuestión cautelar*, Buenos Aires, Ediar, 2016.

_____, “Apresurando decisiones. La justicia penal ante las exigencias de celeridad”, en Kostenwein, Ezequiel (dir.), *Sociología de la Justicia Penal*, Buenos Aires, Ediar, 2017, pp. 367-412.

_____, “Presentación. La opacidad exterior del derecho”, en Kostenwein, Ezequiel (dir.), *La condición judicial*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2020, pp. 11-18.

_____, “Respuesta judicial a la demanda de celeridad: la flagrancia en la Provincia de Buenos Aires”, *Temas sociológicos*, n° 26, 2020, pp. 163-195.

_____, “El imperativo de la celeridad para la justicia penal. Autoridades políticas y ONG’s en el surgimiento del procedimiento de flagrancia en la Provincia de Buenos Aires”, en Kostenwein, Ezequiel (dir.), *El imperio de castigar. Contribuciones desde la sociología de la justicia penal*, Buenos Aires, Editores del Sur, 2020, pp. 359-392.

Langer, Máximo, “Revolución en el proceso penal latinoamericano: difusión de ideas legales desde la periferia”, *Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA)*, 2008, pp. 1-60.

_____, “La larga sombra de las categorías acusatorio-inquisitorio”, *Revista de Derecho Público*, n° 32, 2014, pp. 1-34.

_____, “Reconstruyendo los cambios en los procesos penales en América Latina: implantaciones y disputas”, en Kostenwein, Ezequiel (dir.), *Sociología de la Justicia Penal*, Buenos Aires, Ediar, 2017.

Mira, Julieta, “Follow the Actors: Ethnographic Keys for Understanding Legal Activism for Criminal Justice Reform in Argentina”, *The Age of Human Rights Journal*, n° 13, 2019, pp. 63-74.

_____, “‘Humanizar la justicia penal’. Argumentos cosmológicos en la lucha por la reforma del proceso penal federal”, en Sozzo, Máximo (comp.), *Reforma de la justicia penal en América Latina: promesas, prácticas y efectos*, Buenos Aires, Didot, 2020, pp. 41-56.

_____, “Jueces que dicen el derecho: Levene y Maier reformadores de la

justicia penal argentina”, *Temas sociológicos*, n° 26, 2020, pp. 121-162.

_____, “La fuerza de la transnacionalización de Julio Maier. Desde su trayectoria a la reforma de la justicia penal en América Latina”, en Kostenwein, Ezequiel (dir.), *El imperio de castigar. Contribuciones desde la sociología de la justicia penal*, Buenos Aires, Editores del Sur, 2020, pp. 269-302.

Museri, Anabella, “El impacto del sistema de flagrancia en las prácticas judiciales sobre el uso de la prisión preventiva en la provincia de Buenos Aires”, tesis presentada para obtener el grado de Magíster en Criminología, Universidad Nacional del Litoral, Argentina, 2019.

O’ Malley, Pat, *Riesgo, neoliberalismo y justicia penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2006.

_____, “Repensando la penalidad neoliberal”, *Delito y Sociedad*, año 24, n° 40, 2015, pp. 11-30.

Porterie, Sidonie y Romano, Aldana, *El poder del jurado: descubriendo el juicio por jurados en la Provincia de Buenos Aires*, Buenos Aires, INECIP, 2018.

236

Rengifo, Andrés F.; Piechestein, Ana Clara y Sicardi, Mariano, “Discurso y castigo en una muestra de audiencias de excarcelación de dos departamentos judiciales de la Provincia de Buenos Aires”, en Sozzo, Máximo (comp.), *Reforma de la justicia penal en América Latina: promesas, prácticas y efectos*, Buenos Aires, Didot, 2020, pp. 117-140.

Ribeiro Júnior, Humberto; Cypriano Machado, Nara Borgo y Dorneles Júnior, Heitor Brandão, “Impactos de las audiencias de custodia en Espírito Santo, Brasil. Reflexiones sobre el cumplimiento de las garantías judiciales, la reducción del encarcelamiento y la lucha contra la tortura”, en Sozzo, Máximo (comp.), *Reforma de la justicia penal en América Latina: promesas, prácticas y efectos*, Buenos Aires, Didot, 2020, pp. 79-116.

Ruas, Juan Carlos, “Estado penal y Ministerio Público en Argentina: hacia un análisis normativo y cultural del fenómeno punitivo (y cómo debería solucionarse)”, *Revista Crítica Penal y Poder*, n° 17, 2019, pp. 56-102.

Sicardi, Mariano, “El juicio abreviado como mecanismo de gestión de casos. Una mirada a partir de las prácticas del Ministerio Público Fiscal porteño”, tesis presentada para obtener el grado de Magíster en Criminología, Universidad Nacional del Litoral, Argentina, 2018.

_____, “Reformas del proceso penal en Latinoamérica, gerencialismo y juicio abreviado. Aproximaciones desde la Ciudad de Buenos Aires”, en Kostenwein, Ezequiel (dir.), *El imperio de castigar. Contribuciones desde la sociología de la justicia penal*, Buenos Aires, Editores del Sur, 2020, pp. 303-322.

Sozzo, Máximo (dir.), *Policía, violencia, democracia. Ensayos sociológicos*, Santa Fe, UNL Ediciones, 2005.

Sozzo, Máximo, “Transición a la democracia, política y castigo legal en Argentina”, en Amaral Machado, Bruno (coord.), *Justicia criminal y Democracia*, San Pablo, Marcial Pons, 2013, pp. 195-238.

_____, *Locura y crimen. Nacimiento de la intersección entre los dispositivos penal y psiquiátrico*, Buenos Aires, Didot, 2015.

_____, “La penalidad contemporánea en tensión. Una exploración de los aportes recientes a la sociología del castigo de Massimo Pavarini”, *Studi Sulla Questione Criminale*, vol. 12, n° 1-2, 2017, pp. 111-136.

_____, *La inflación punitiva. Un análisis comparativo de las mutaciones del derecho penal en América Latina (1990-2015)*, Buenos Aires, FLACSO Ecuador, IDRC-Canadá y Café de las Ciudades, 2017.

_____, “¿Más allá de la cultura del control? Interrogantes, aportes y perspectivas”, en Sozzo, Máximo (dir.), *¿Más allá de la cultura del control? Debates sobre delito, pena y orden social con David Garland*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2018, pp. 405-444.

_____, “The renaissance of the political economy of punishment from a comparative perspective”, en Melossi, Dario; Sozzo, Máximo y Brandariz García, José Ángel (eds.), *The Political Economy of Punishment Today. Visions, Debates and Challenges*, Londres, Routledge, 2018, pp. 37-64.

_____, “Justicia abreviada. Reforma de la justicia penal, promesa de eficiencia y eficacia, y modo dominante de imposición de condenas”, *Cuestiones Criminales*, año 3, n° 5/6, 2020, pp. 549-576.

_____, “Reforma de la justicia penal e imagen y confianza pública”, en Kostenwein, Ezequiel (dir.), *El imperio de castigar. Contribuciones desde la sociología de la justicia penal*, Buenos Aires, Editores del Sur, 2020, pp. 323-358.

Sozzo, Máximo y otros, *La reforma de la justicia penal. Las voces de los defen-*

sores públicos. Primer Informe, Santa Fe, Universidad Nacional del Litoral, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Observatorio sobre la Reforma de la Justicia Penal, 2015.

Sozzo, Máximo y otros, *La reforma de la justicia penal. Las voces de los fiscales. Segundo Informe*, Santa Fe, Universidad Nacional del Litoral, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Observatorio sobre la Reforma de la Justicia Penal, 2015.

Sozzo, Máximo y otros, *La reforma de la justicia penal. Las voces de los jueces. Tercer Informe*, Santa Fe, Universidad Nacional del Litoral, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Observatorio sobre la Reforma de la Justicia Penal, 2016.

Sozzo, Máximo; Somaglia, Maialén y Truchet, Rocío, “Cautela negociada: acuerdos entre fiscales y defensores en torno a las medidas cautelares en la justicia penal reformada”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, año 9, n° 3, 2019, pp. 63-81.

Sozzo, Máximo y Somaglia, Maialén, “Reforma de la justicia penal y prisión preventiva. Una exploración sobre el caso de la provincia de Santa Fe”, en Sozzo, Máximo (comp.), *Reforma de la justicia penal en América Latina: promesas, prácticas y efectos*, Buenos Aires, Didot, 2020, pp. 141-174.

Tribunales penales, reformas procesales y persecución del delito en América Latina*

Marcelo Bergman**

Resumen

El presente trabajo estudia el desempeño de los tribunales y fiscalías penales de América Latina en la lucha contra el crimen organizado y la disuasión del delito, analizando sistemáticamente uno de los aspectos más críticos y menos estudiado de estas cuestiones en la región: la impunidad. En este sentido, el trabajo sostiene que mientras que numerosas reformas penales y procesales penales han fortalecido los derechos y libertades de los acusados en la región, éstas han tenido escaso éxito en el desarrollo de una persecución y administración de justicia penal eficaz que pueda reducir la criminalidad. Para ello, se analizan las estadísticas de los sistemas de justicia penal en América Latina y los datos de encuestas realizadas a la población penitenciaria. Se utiliza la información aportada por alrededor de 6000 presos en toda la región (la “voz” de los condenados), para documentar los procesos llevados a cabo por las fiscalías y tribunales penales, contrastando esta perspectiva con la “voz oficial” del sistema penal.

Palabras clave: impunidad, reforma procesal, corrupción, persecución penal, América Latina.

* Publicado originalmente en inglés como Bergman, Marcelo, “Courts, Criminal Procedures, and Deterrence”, en *More Money, More Crime: Prosperity and Rising Crime in Latin America*, Oxford, Oxford University Press, 2018, pp. 239-270. Traducción al español de Juan Carlos (Junior) Ruas (UBA), con la posterior revisión y notas aclaratorias de Marcelo Bergman. Previamente, este trabajo fue presentado por el autor en el seminario permanente de lectura “Fundamentos del Derecho Penal” de la Cátedra de la Prof. Dra. Mary Beloff en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, el 9 de septiembre de 2021, bajo el tema “El crecimiento del delito en América latina: el rol de la persecución penal”. Una versión resumida del libro “More Money, More Crime” se encuentra en proceso de publicación en idioma español por parte de la editorial Fondo de Cultura Económica.

** Doctor en Sociología por la Universidad de California en San Diego. Profesor y director del Centro de Estudios Latinoamericano sobre Inseguridad y Violencia (CELIV) de la Universidad Nacional de Tres de Febrero (UNTREF). Contacto: marcelobergman@hotmail.com

Abstract

This article studies the performance of Latin American criminal courts and prosecutor offices in fighting crime and instilling deterrence, and it systematically analyzes a critical and understudied topic in the region: Impunity. In this work I argue that while numerous penal reforms in the region have launched strong protections of individual rights, they had limited success in developing effective prosecution and administration of justice to curtail criminality. To examine this, criminal justice statistics and inmate survey data are analyzed. This article uses survey information from 6000 inmates, the “voice” of the indicted, to document the court and prosecutorial processes and contrasts this perspective to the “official voice” of the courts of law.

Keywords: impunity, justice reform, corruption, criminal prosecution, Latin America.

I. Introducción

El distrito de Comayagua, justo al norte de la capital de Honduras – Tegucigalpa –, sufrió alrededor de 391 homicidios entre los años 2010 y 2012 (es decir, una tasa de 75 homicidios cada 100 000 habitantes); a pesar de ello, sólo se pudo recuperar los cuerpos de las víctimas en 308 de estos casos. Asimismo, los fiscales sólo pudieron llevar exitosamente a audiencias preliminares a los sospechosos de estos crímenes en 32 casos, y sólo 14 alcanzaron la etapa de juicio. La tasa de acusación de los fiscales fue de un 85% (considerando sólo los casos que llegaron a los tribunales), con una tasa de condena de un 79%. A fin de cuentas, los fiscales tuvieron un desempeño impresionantemente exitoso en las audiencias preliminares y en los juicios, pero los sospechosos de estos crímenes sólo fueron condenados en 11 de los 391 homicidios (3%)¹.

Este caso permite ejemplificar una tendencia aún mayor en la región: hiperbólicas tasas de impunidad. A pesar de las múltiples reformas e inversiones realizadas en las fiscalías² y en los tribunales penales, muy pocos delincuentes son llevados hasta la justicia. Las investigaciones penales son pobres, la probabilidad de una condena es muy pequeña y las pandillas criminales rara vez son desmanteladas. Por todo ello, el presente trabajo estudia el rol de los jueces y los fiscales en la contención de la criminalidad en América Latina, resaltando su falta de eficacia.

En este sentido, las reformas a la justicia penal implementadas durante las últimas décadas en América Latina promovieron mayor transparencia y redujeron la arbitrariedad del sistema penal, pero fallaron en reducir la criminalidad en tanto que las escasas investigaciones penales sólo tuvieron un impacto limitado en la seguridad pública. Es así que este artículo analiza la incapacidad de los tribunales penales y las fiscalías para mejorar la disuasión del delito.

En las democracias, los tribunales penales juegan dos papeles importantes: en primer lugar, protegen derechos individuales al asegurar el debido proceso a los sospechosos, resguardándolos de los abusos del Estado. En segundo lugar, evalúan casos y determinan responsabilidades cuando se cometen crímenes, sancionando a quienes violaron la ley. Tanto la protección de derechos como la imposición de sanciones se encuentran en el corazón de la función judicial. Sin embargo, durante las últimas dos décadas en América Latina los tribunales penales han incrementado su rol como protectores de derechos individuales, pero se han rezagado severamente en su capacidad para castigar de manera eficaz a los grandes delincuentes y para desmantelar organizaciones criminales.

241

¹ Alianza por la Paz y La Justicia, *Combatiendo la impunidad en Comayagua: éxitos y obstáculos*, 2014, <https://bit.ly/3Adax2V>.

² En América Latina, las oficinas del Fiscal incluyen tanto a los fiscales como al Ministerio Público (departamento de los fiscales).

Consecuentemente, en las próximas páginas se estudiará este doble rol que poseen los tribunales penales y se examinarán múltiples motivos para el menoscabo de la eficacia de los tribunales y las fiscalías en la persecución penal.

Un argumento central de este trabajo es que la impunidad reduce la disuasión del delito, que es, asimismo, sólo efectiva cuando los delincuentes son detectados y las sanciones son impuestas. Los jueces y los fiscales tienen una función limitada cuando se trata de la detección del delito, pero son la piedra angular para la imposición de sanciones. Este artículo muestra que los países que han tenido aumentos en los niveles de criminalidad también han tenido altas tasas de impunidad. La disuasión del delito ha sido escasa en tanto que los delincuentes, en particular los líderes y organizadores del crimen, rara vez han sido sancionados. La impunidad ha reducido la capacidad de las agencias de aplicación de la ley para disuadir a los potenciales infractores.

La distinción entre *Entornos de Baja Criminalidad* (EBC) y *Entornos de Alta Criminalidad* (EAC) es crucial para analizar el desempeño de los tribunales penales³. En los Entornos de Baja Criminalidad, una carga balanceada de casos permite a los tribunales castigar a un considerable número de delincuentes, reforzando con ello la disuasión del delito. Sin embargo, cuando la densidad o el número de delincuentes dentro de una población es demasiado grande, esta tasa de condena se reduce drásticamente, la impunidad aumenta y la disuasión disminuye. El impacto disuasorio de la capacidad de condena de los tribunales penales en EBC ya no funciona correctamente en EAC.

242

En las próximas páginas, se presenta evidencia sobre los méritos de este enfoque y sobre el rol radicalmente distinto que cumplen los tribunales penales en los diferentes equilibrios delictivos. Sin embargo, este enfoque no debe pasar por alto un problema adicional de los EBC en América Latina: muchos jueces y fiscales han minimizado su papel como aplicadores de la ley, produciendo altas tasas de impunidad. Consecuentemente, la criminalidad también ha aumentado en países con relativamente bajos niveles de delito.

En el próximo apartado, se reseña brevemente la composición del Poder Judicial, se describen las características más importantes de las instituciones de Derecho Penal y se presentan datos descriptivos básicos para su comparación internacional.

Seguidamente, se reseñan las principales reformas a la justicia penal ampliamente promovidas en la región, que fueron, en parte, dirigidas a obtener una mayor eficacia en la lucha contra el crimen. En este sentido, se presentan algunos datos y evidencia empírica que sostienen una mirada cautelosamente pesimista

³ Se utiliza el término “entorno” de baja o alta criminalidad como aproximación a los términos originales en inglés “High Crime Equilibrium” o “Low Crime Equilibrium”. En el resto de este trabajo se utilizará indistintamente los términos entorno y equilibrio.

sobre el rol desempeñado por estas agencias e instituciones en su aporte hacia la reducción del crimen en la región.

Posteriormente, se examina el argumento principal sobre el rol de las sanciones y la impunidad dentro de un equilibrio determinado, partiendo de varias fuentes de datos para mostrar las altas tasas de impunidad en los homicidios y en otros delitos. Desde un clásico enfoque Weberiano, se sostiene que las prerrogativas burocráticas de los jueces y fiscales superaron las buenas intenciones de los reformadores, haciendo que las reformas a la justicia penal no cumplieran con sus promesas.

II. Tribunales penales y fiscalías en América Latina

1. Recursos, estructura y eficacia

Los tribunales penales son entendidos en términos generales como las instituciones de justicia penal encargadas de llevar a los acusados ante la justicia. Estas instituciones abarcan distintos modos de organización que pueden variar entre los distintos países. A continuación, se presenta información básica sobre la administración de la justicia penal en la región. Dado que no es posible dimensionar completamente la amplia gama de organizaciones, la información se concentrará en dos de los pilares de la justicia: jueces y fiscales.

243

En todos los países de América Latina, los jueces se encuentran constitucionalmente separados de los otros dos poderes del Estado, aunque en la práctica el verdadero nivel de autonomía es motivo de debate⁴. Para garantizar su independencia, la mayor parte de los países de la región ofrecen a los jueces permanencia vitalicia en el cargo y protección salarial. En la **Tabla 1**, el nivel percibido de independencia judicial es evaluado en la columna 2.

Por otra parte, las estructuras judiciales varían considerablemente entre los países. A modo de ejemplo, la policía de investigaciones (también conocida como *policía judicial*) puede estar bajo la órbita del Poder Ejecutivo, el Ministerio Público o el Poder Judicial. De manera similar, numerosas oficinas relacionadas con la administración de justicia pueden estar bajo diferentes jurisdicciones. Por ejemplo, los departamentos forenses y las morgues, las unidades especiales de investigación tales como los departamentos de lavado de dinero, la policía ambiental y las defensorías públicas poseen diferentes estructuras, organizaciones y responden a diferentes autoridades. En términos de resultados, la estructura organizacional de estas instituciones hace diferencias.

Del mismo modo, la estructura organizacional de los Ministerios Públicos también varía entre los distintos países: algunos responden al Poder Ejecutivo

⁴ Helmke, Gretchen y Ríos-Figueroa, Julio (eds.), *Courts in Latin America*, Nueva York, Cambridge University Press, 2011.

mientras que otros son independientes. Más aún, dentro de las distintas fiscalías, los fiscales individuales pueden gozar de altos niveles de autonomía (incluida la permanencia vitalicia en el cargo y la protección salarial) o pueden estar sujetos a despido por parte de autoridades superiores. En América Latina los fiscales no son electos, y su rendición de cuentas generalmente está ligada a instituciones dentro de los propios Poderes Ejecutivos, el Congreso o Comisiones mixtas.

La **Tabla 1** sintetiza las principales características de los tribunales y las fiscalías, con una dimensión evaluativa de su autonomía y fortaleza basada en la literatura disponible sobre el tema y en las consultas personales con expertos. Dado que la administración de justicia sigue el armado constitucional de los países federales o centralizados, la estructura de los tribunales es similar a la de la policía.

Tabla 1. Jueces, fiscales y presupuestos en América Latina

País	Gobierno (federal o centralizado)	Autonomía de los jueces (Alta, Media, Baja) ^a	Jueces (cada 100 000 habitantes) ^b	Jueces (cada 100 000 habitantes) ^c	Fiscales (cada 100 000 habitantes) ^d	Fiscales (cada 100 000 habitantes) ^e	Casos por fiscal ^f	Variación del presupuesto del MP (% de aumento) ^g	Presupuesto (% del PIB) ^h
Argentina	F	M	12,31	1,61 (2006)	-	0,86 (2006)	671	285	-
Bolivia	C	B	8,45	10,3 (2006)	-	4,08 (2006)	-	51	1,51
Brasil	F	M-A	8,24	8,39 (2009)	-	4,86 (2004)	-	-	-
Chile	C	A	7,46	50,41 (2008)	3,9	3,29 (2009)	2001	-	11,38
Colombia	C	A	9,97	9,8 (2010)	7,93	8,43 (2005)	231	123	5,61
Costa Rica	C	A	23,19	23,88 (2011)	8,48	7,7 (2007)	419	380	7,51
Ecuador	C	M-B	6,55	1,02 (2004)	3,03	-	-	139	-
El Salvador	-	M-B	10,53	5,36 (2006)	-	4,78 (2006)	-	99 (2003-2013)	7,11
Guatemala	C	B	4,97	0,67 (2009)	8,99	-	277	130	5,82
Honduras	C	B	9,41	-	-	-	-	161	-
México	F	M	0,96	4,36 (2010)	-	-	690	22 (2007-2009)	-
Nicaragua	C	M-B	7,23	1,17 (2010)	4,58	-	-	N/A	1,96
Panamá	C	M	7,73	8,11 (2009)	2,53	-	394	94	9,45
Paraguay	C	M-B	16,25	-	-	4,72 (2006)	-	199	7,03
Perú	C	M-A	7,96	8,41 (2009)	8,77	9,4 (2008)	245	206	7,51
República Dominicana	C	M-B	-	5,93 (2009)	9,22	-	44	192	7,73
Uruguay	C	A	14,23	-	3,8	-	-	-	-
Venezuela	F	B	6,58	6,86 (2005)	-	2,47 (2010)	277	-	3,83

245

Nota: las celdas en blanco denotan que no hay datos disponibles al respecto. El año de los datos originales se consigna en paréntesis. Los datos de Guatemala incluyen tanto a los fiscales como a los fiscales asistentes. Los datos de los fiscales chilenos están actualizados hasta el año 2010.

^a Fuente: estimación de autores y consultas con expertos.

^b Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos (COMJIB), *Estadísticas e Indicadores Armonizados de los Sistemas de Justicia. América Latina*, 2012, p. 37, <https://bit.ly/3E8YUeC>.

^c OEA. "Jueces o magistrados" abarca tanto a los profesionales de tiempo completo como de tiempo parcial, al 31 de diciembre de un determinado año, autorizados para impartir justicia en casos civiles, penales y otros, incluyendo los tribunales de apelación, y a establecer precedentes en un tribunal de justicia. También incluye jueces asociados y magistrados autorizados. Algunos países con menos de 100 000 habitantes tienen sus tasas presentadas a fines comparativos. La tasa es estimada de manera similar a la tasa de los fiscales. <https://bit.ly/3trMAB6>.

^d Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), *Reporte sobre la justicia en las Américas 2008-2009*, Santiago de Chile, CEJA, 2008, <https://bit.ly/3EuA3Dp>.

^e OEA. Un fiscal es un oficial de gobierno que conduce la persecución penal en nombre del Estado en países que poseen el sistema adversarial del *common law* o el sistema inquisitivo del *civil law*. La tasa es estimada como $TF = (NF/PT) * 100\ 000$; TF = Tasa de Fiscales, NF = Número total de Fiscales, PT = Población Total. <https://bit.ly/3hCWnSi>.

^f Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), *Persecución de Delitos Complejos: Capacidades de los Sistemas Penales en América Latina*, Santiago de Chile, CEJA, 2010.

^g Para todos los casos excluyendo México: Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), "Persecución de Delitos Complejos...", op. cit., p. 33. Para México: Bergman, Marcelo y Cafferata, Fernando, "Procuración de justicia en las entidades federativas. Gasto fiscal y eficacia de las procuradurías estatales", *Gestión y Política Pública*, vol. XXII, 2013, p. 163. El período reportado para Argentina, Bolivia, Colombia, Ecuador, Paraguay, Perú y República Dominicana es el de 2002-2008. Para Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá, 2005-2012.

^h Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), "Reporte sobre la justicia...", op. cit.

La eficacia judicial depende de la capacidad de los tribunales para manejar los casos y condenar a los delincuentes de una forma transparente, relativamente rápida y efectiva. Para alcanzar estas metas, se requiere una infraestructura básica diseñada para asegurar el desempeño institucional. Si bien es difícil medir efectivamente esta capacidad (de jueces, fiscales, presupuestos y demás), está claro que debe existir un piso mínimo de recursos para garantizar el desempeño básico; de lo contrario, las instituciones judiciales serían percibidas como *tigres de papel*. Una vez que se ha alcanzado este piso mínimo, subsiste la pregunta de si los recursos adicionales mejoran el desempeño.

En la actualidad, no hay buenos datos comparados sobre los funcionarios de justicia en la región. La *Tabla 1* sintetiza las características principales de los tribunales y las fiscalías. Estos datos han sido recolectados de diferentes fuentes para proveer al lector con información descriptiva para cada país. Para ello, se presenta información sobre el número de fiscales y jueces penales cada 100 000 habitantes (una “tasa” estimada) así como los presupuestos, sin que se observe un patrón claro sobre el tema⁵.

En términos de desempeño, sin embargo, existe una variación considerable. Por ejemplo, el número de fiscales y jueces (cada 100 000 habitantes) de Chile se encuentra entre los más bajos de América Latina. A pesar de ello, el sistema judicial de Chile es uno de los que mejor reputación tiene en la región. Por otra parte, El Salvador tiene un número relativamente alto de jueces, pero sus tasas de delito se mantienen muy altas (y presumiblemente su disuasión del delito es baja).

En este sentido, el análisis de estos datos ofrece algunas ideas al respecto. Por ejemplo, el número de robos denunciados por país⁶ y el número de jueces arroja un coeficiente de correlación de 0,32, mientras que la asociación de robos de automóviles⁷ y el número de jueces arroja un coeficiente de correlación de 0,18⁸. Ambos coeficientes sugieren una débil asociación positiva entre la carga de casos y el número de jueces, denotando que más jueces se correlacionan débilmente con más robos. Sin embargo, los coeficientes se vuelven negativos cuando se miden a

⁵ Esto puede deberse a una falta de precisión en los datos, en términos de clasificación y procesamiento de la información en cada país.

⁶ N.T: aquí Bergman se remite a los datos extraídos de la Tabla 2.8 de su libro “*More Money, More Crime*” (Cfr. Bergman, Marcelo, *More Money, More Crime: Prosperity and Rising Crime in Latin America*, Nueva York, Oxford University Press, 2018, pp. 51-52).

⁷ N.T: aquí Bergman se remite a los datos extraídos de la Tabla 4.8 de su libro “*More Money, More Crime*” (Cfr. Bergman, “*More Money, More Crime...*”, op. cit., pp. 133-135).

⁸ Los coeficientes de correlación fluctúan entre -1 y 1 e indican el tipo de asociación entre dos variables. Si el coeficiente es negativo (entre 0 y -1) señala que cuando una variable aumenta, la otra disminuye (por ejemplo, cuanto más crecen los ingresos hay menos pobreza). Cuando el coeficiente es positivo (entre 0 y 1) las variables van en la misma dirección (por ejemplo, a mayor escolaridad, mayor ingreso en el futuro). Cuanto más cerca de 0, el coeficiente denota una relación débil, y cuanto más cerca de 1 denota una relación más fuerte.

través de tasas de criminalidad más confiables, tales como los homicidios (-0,20) y las encuestas de victimización (-0,15), o sea, aunque sea una relación débil, a mayor cantidad de jueces menor cantidad de homicidios y de victimización⁹.

De manera similar, el coeficiente de correlación entre los presupuestos judiciales como porcentaje de los gastos totales y los robos denunciados es 0,21, pero se vuelve negativo (-0,42) para la tasa de victimización (es decir, a mayor presupuesto, menos victimización)¹⁰. En resumen, y a pesar del número limitado de casos y la información incompleta, no existen indicios de una fuerte relación entre la asignación de recursos hacia el Poder Judicial y la criminalidad.

Los primeros indicios muestran que los países que relativamente asignan mayor presupuesto hacia el Poder Judicial y contratan más oficiales de justicia también poseen menores tasas de criminalidad. Como muestra la *Tabla 1*, Argentina, Paraguay, Uruguay, Costa Rica y Nicaragua poseen más jueces/fiscales y/o más presupuesto en comparación con otras naciones, y también cuentan con las tasas de criminalidad más bajas de la región (en este caso, incluyendo a Chile), dando con ello cierto apoyo a una hipótesis central de Bergman¹¹, sobre que *el crimen y el sistema de justicia penal operan en equilibrio*.

La baja tasa de criminalidad significa que los recursos son invertidos de manera más efectiva, lo que a su vez permite reducir el delito. De manera opuesta, los países con más delito no pueden cambiar su rumbo fácilmente, sugiriendo que en estos casos más jueces y presupuestos no necesariamente reducirán el delito cuando la criminalidad ya es muy alta. En definitiva, y este es un primer indicio crítico, pareciera que la misma cantidad de recursos tiene un efecto diferente en países con *Entornos de Baja Criminalidad (EBC)* y *Entornos de Alta Criminalidad (EAC)*. El vínculo entre los recursos y el delito, sin embargo, es débil y probablemente esté mediado por el tipo de entorno delictivo.

247

2. Una perspectiva internacional

¿Cómo se comporta la administración de justicia penal en América Latina en comparación con otras regiones? ¿Los tribunales y los fiscales de otras partes del mundo son más eficaces en la disuasión del delito? Esta sección presenta brevemente datos comparados sobre indicadores básicos del desempeño internacional.

Los jueces y los fiscales deben ser evaluados por la calidad de sus decisiones en lugar de la cantidad de imputaciones y sentencias. Sin embargo, la productividad

⁹ Datos obtenidos de Bergman, "More Money, More Crime...", op. cit., cap. 2., pp. 37-70.

¹⁰ Estos datos requieren una interpretación cuidadosa en tanto que el porcentaje de gastos representa una parte del total de gastos que varía significativamente entre países.

¹¹ Bergman, "More Money, More Crime...", op. cit.

del sistema en su conjunto está atada al nivel general de desempeño judicial. En este sentido, la evidencia muestra que los países donde los fiscales imputan más cargos y los jueces emiten más sentencias también tienen menores tasas de delito. Lejos de ser una asociación espuria, pareciera que semejante supervisión intensiva que ejerce el sistema de justicia penal se correlaciona con una menor criminalidad.

Utilizo dos tablas de información descriptiva para sostener esta afirmación. Los datos recolectados por la encuesta de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) (*Crime Trends Survey* [CTS]), a pesar de sus numerosos problemas (ver Apéndice I al final de este trabajo), arroja algunos resultados tentativos pero muy reveladores que son consistentes con la hipótesis de este artículo, es decir, que la fortaleza institucional sí afecta las tasas de delito, a pesar de que este efecto varía según el equilibrio presente en cada país.

Utilizando la información disponible, la *Tabla 2* muestra los números de procesados o detenidos por presunta participación delictiva en varias regiones, estimando una tasa mediana cada 100 000 habitantes (el número de países para cada región se consigna en paréntesis). Los datos no se refieren, estrictamente hablando, a individuos imputados y/o sentenciados por los tribunales, sino a los que fueron sujetos a una vigilancia policial intensiva. Estos reflejan “[e]l número total de personas puestas en contacto con la policía o contactadas por el sistema de justicia penal de cualquier otra forma – personas sospechadas, arrestadas o multadas – [...] excluyendo las infracciones menores del tránsito y otras contravenciones o delitos insignificantes”¹².

248

Tabla 2. Sospechosos cada 100 000 habitantes (mediana)

Supervisión Intensiva		Supervisión No Intensiva	
América del Norte (2)	3300	América Latina y el Caribe (18)	700
Sudáfrica (3)	2600	Sudoeste de Asia y Medio Oriente cercano (11)	650
Oceanía (2)	2500	Asia del Sur (5)	550
Europa Central y Occidental (27)	2200	Europa del Este (4)	500
África del Norte (3)	1000	Asia oriental y sudoriental (9)	450
Sureste de Europa (9)	800	Países de Asia central y Transcaucasia (7)	200
		África Oriental (3)	180

Nota: los números de países en cada región son consignados en paréntesis.

Fuente: Harrendorf, Heiskanen y Malby (eds.), “International Statistics...”, op. cit., p. 32. Procesado del último año disponible de UNODC-CTS.

¹² Harrendorf, Stefan; Heiskanen, Markku y Malby, Steven (eds.), *International Statistics on Crime and Justice*, Helsinki, European Institute for Crime Prevention and Control y United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC), 2010, p. 32, <https://bit.ly/3USNW3m>.

Las regiones cuyos países tienen un alto número mediano de personas perseguidas por la policía, imputadas, procesadas y/o sentenciadas son referidas como aquellas que poseen una supervisión intensiva y son puestas del lado izquierdo de la Tabla¹³. Estos también son los países con baja criminalidad. Con la excepción de Sudáfrica (donde el delito ha sido medianamente controlado), todas las otras regiones de este grupo tienen una criminalidad que fluctúa de moderada a baja.

Las regiones del lado derecho de la *Tabla 2* tienen dos resultados diferentes. Aquellas que evolucionaron recientemente desde sociedades tradicionalistas estables (el Medio Oriente, el Sudeste de Asia) no se apoyan en una fuerte supervisión para controlar el delito (presumiblemente porque están funcionando otros mecanismos informales de control social tales como la religión y los lazos sociales). Por otro lado, las regiones con una supervisión de baja intensidad y que tienen una criminalidad más alta (América Latina, África y otros). Las medianas, por supuesto, ocultan variaciones significativas dentro de las propias regiones; sin embargo, éstas indican que la aplicación activa de la ley tiende a estar asociada con una baja criminalidad.

La mediana de América Latina es un quinto de la de Estados Unidos y Canadá, cerca de un cuarto de la de Oceanía y un tercio de la de Europa Occidental. Se debe resaltar que América Latina es comparable con países que poseen democracias muy fuertes. Algunas de sus diferencias pueden ser explicadas por la disparidad en los registros (los departamentos de estadística penal de América Latina pueden estar subregistrando casos), pero aun así las diferencias siguen siendo muy significativas. Esto apoya la presunción general de que la baja criminalidad y los sistemas de justicia penal que son efectivos se complementan el uno con el otro y operan en un círculo virtuoso.

Sin embargo, una mejor medición de la actividad judicial se obtiene a partir de los datos sobre las condenas penales. A los fines de comparar a las naciones de América Latina con otras democracias, se utilizaron los datos de la Encuesta de las Naciones Unidas sobre Tendencias Delictivas (*Crime Trends Survey* [CTS]) sobre las tasas de condena de numerosos países a lo largo de ocho años (2003– 2010)¹⁴. La *Tabla 3*

¹³ El corte entre la supervisión intensiva y no-intensiva es meramente instrumental y a los fines de la presentación de la información. De hecho, como muestran los datos, estos podrían ser fácilmente resumidos como una variable continua desde una baja a una alta intensidad. Esta Tabla muestra los datos de una forma que permite comparar a América Latina con Europa Central y Occidental, Oceanía y América del Norte.

¹⁴ La Encuesta sobre Tendencias Delictivas define a las personas condenadas como “personas que fueron encontradas culpables por cualquier cuerpo legal autorizado para pronunciar una condena bajo el Derecho Penal local, tanto si esa condena fue posteriormente apelada o no. El número total de personas condenadas incluye personas condenadas por delitos especialmente graves pero excluye a las personas condenadas por delitos menores de tránsito”. Adicionalmente, se debe tener en cuenta una importante consideración: la mayor parte de los países que reportan sus datos a la Encuesta sobre Tendencias Delictivas de las Naciones Unidas son aquellos que mantienen registros estadísticos sobre el sistema penal y son más proclives a tener un mejor

muestra los promedios de cada país con al menos dos años de observaciones (datos).

En este sentido, los países de América Latina poseen aproximadamente la mitad de la tasa de condena de los países de Asia oriental. Las naciones de Europa del Este tienen alrededor de cuatro veces la tasa de condenas que las de América Latina, y los países de Europa Occidental entre cuatro a diez veces las tasas de América Latina. En definitiva, el número de condenas en los países desarrollados denota tribunales muy activos que generalmente están asociados con una baja criminalidad. Aunque aquí no se establece una causalidad clara, los datos apuntan a una fuerte correlación entre las condenas emitidas por los tribunales y los niveles de criminalidad¹⁵.

La comparación internacional pareciera sugerir que las instituciones y los Estados sí importan. Cuando los países son golpeados por olas delictivas, aquellos que poseen instituciones judiciales sólidas tienen mayores recursos para mantener el delito bajo control, mientras que aquellos con instituciones judiciales ineficientes o pobres usualmente fallan en contener o reducir el impacto del delito.

III. Administración de justicia y criminalidad

1. Proceso penal y crimen organizado

250

Las instituciones de justicia enfrentan severos desafíos cuando se les pide que reduzcan la criminalidad. Los tribunales no pueden lidiar adecuadamente con las grandes olas de delito, dando lugar así a grandes tasas de impunidad. Este apartado introduce este dilema conceptual.

Los tribunales naturalmente son instituciones reactivas: los jueces y los fiscales entran en escena una vez que los delitos han sido cometidos. Su objetivo es identificar delincuentes, probar su involucramiento en el delito y aplicar las medidas que parezcan apropiadas – es decir, permitir que el castigo se ajuste al crimen cometido –. Por su propia naturaleza, el Derecho Penal lidia con individuos y no con organizaciones o redes. Cuando los delitos se cometen, el Derecho Penal determina responsabilidades individuales y dicta medidas correctivas.

desempeño institucional. En resumen, las comparaciones se realizaban con países de América Latina que presumiblemente poseen instituciones encargadas de hacer cumplir la ley más fuertes.

¹⁵ Esta sería una correlación negativa, o sea a mayor número de condenas, menor tasa de criminalidad.

Tabla 3. Número promedio de condenas cada 100 000 habitantes (2003-2010)

América Latina		Europa del Este y Asia		Europa occidental y Oceanía	
Bolivia	31,3	República de Corea	574,2	Dinamarca	1514,7
Chile	126,2	Malasia	369,4	Noruega	351,4
Colombia	253,9	Filipinas	10,7	Finlandia	4974,2
Costa Rica	141,0	Tailandia	1231,5	Suecia	1372,3
República Dominicana	50,9				
Ecuador	28,8	Albania	297,0	Austria	587,1
Guatemala	27,8	Bielorrusia	842,9	Francia	1266,7
México	207,8	Bosnia-Herzegovina	565,2	Alemania	1100,6
Nicaragua	198,2	Bulgaria	476,4	Italia	447,2
Panamá	221,6	Croacia	2670,0	Países Bajos	839,9
		República Checa	820,6	Portugal	773,8
		Estonia	737,9	España	1389,7
		Hungría	1054,2	Suiza	726,8
		Letonia	533,6	Reino Unido (Inglaterra y Gales)	3212,8
		Lituania	470,6	Reino Unido (Escocia)	1106,1
		Polonia	1474,0		
		República de Moldavia	369,6	Australia	1652,2
		Rumania	285,8	Nueva Zelanda	2683,7
		Federación Rusa	693,5		
		Serbia	482,0		
		Eslovaquia	609,4		
		Eslovenia	483,3		
		Ucrania	411,3		

251

Nota: países con al menos dos observaciones anuales.

Fuente: estimaciones del autor a partir de la Encuesta sobre Tendencias Delictivas (CTS) Nro. 10.

Por el contrario, el crimen organizado opera bajo una lógica completamente diferente. Los negocios y las redes que se apoyan en las amenazas o el uso explícito de la violencia y que generan ingresos infringiendo la ley crean incentivos hacia sus miembros para que estos continúen violando las leyes. De manera más importante aún, y aunque algunos individuos dentro de esas organizaciones no se involucran de lleno en la carrera criminal, es muy probable que otros sí entren en ella. Tómese, por ejemplo, el negocio de las drogas ilegales: las ganancias son lo suficientemente altas como para atraer a personas para vender drogas. Estos distribuidores podrían ser vistos como simples “desviados” o delincuentes, pero cuanto mayor sea la

potencial ganancia, más personas se involucrarán en el negocio. Llevado esto al extremo, en mercados ilegales muy grandes quienes violan la ley no son simples desviados, sino que son parte de la regla en sí misma.

El gran incremento del delito en América Latina asociado con la demanda de bienes ha implicado un desafío para los jueces y los fiscales. Se les ha solicitado a los tribunales y a la policía que contengan una amenaza delictual que ha excedido ampliamente su escala tradicional. Lo que funcionó antes para unos pocos casos “desviados” dejó de ser efectivo cuando las olas de delito, producidas por la demanda de bienes ilícitos, ha explotado.

El Derecho Penal no está bien equipado para lidiar con grandes olas de criminalidad. Los académicos del Derecho Penal argumentarán que la Política Criminal, y no los tribunales, es la que debe lidiar eficazmente con los mercados ilegales y las condiciones que alimentan la criminalidad. Sin embargo, en América Latina la Criminología ha sido enseñada en las Escuelas de Derecho durante generaciones, y los tribunales y las fiscalías son administradas por expertos legales que hoy en día están bien entrenados para la protección de los derechos individuales y el debido proceso, pero nunca fueron entrenados para luchar contra las ascendentes olas de criminalidad¹⁶.

252

Hasta hace no mucho tiempo, el crimen organizado no era considerado una preocupación importante¹⁷. Durante el retorno a la democracia en los años 80' y 90' del siglo pasado, los jueces y los fiscales enfocaron su trabajo en controlar a la policía vigilando sus posibles abusos y disuadiendo cualquier complacencia que pudieran tener con la comisión de delitos. Como resultado de este proceso, se ha realizado un esfuerzo muy escaso para investigar a los líderes del crimen organizado.

Las oficinas del poder ejecutivo encargadas de planificar la Política Criminal estaban integradas por jueces y fiscales con poco entrenamiento o conocimiento sobre las cuestiones logísticas y económicas que son específicas del crimen organizado. Más aún, los jueces y los fiscales tienen una tendencia natural a desconfiar de la vigilancia y de las tareas de inteligencia, usualmente asociadas con violaciones sobre los derechos

¹⁶ Zaffaroni, Raúl, *En Torno de la Cuestión Penal*, Buenos Aires, Editorial B de F, 2005; Binder, Alberto y Obando, Jorge, *De las “Repúblicas aéreas” al Estado de derecho. Debate sobre la marcha de la reforma judicial en América Latina*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2004.

¹⁷ Incluso hasta el día de hoy, en la mayor parte de los países de América Latina, los delitos de tráfico de drogas son manejados por jueces que usualmente tienen que tomar decisiones basados en una investigación pobre e información limitada obtenida por la policía u otra fuente. Los jueces supervisan los procedimientos desde un punto de vista legal, pero son muy pobres las investigaciones de todo el proceso como ocurre en el caso de las redes criminales, donde cada delito en particular es sólo un eslabón en una gran cadena. Dada la naturaleza del crimen organizado, un “caso” es parte de un mercado más grande y, como tal, debería lidiarse con él en coordinación con múltiples agencias. El objetivo no sólo debería ser encontrar quién es culpable, sino desbandar el mercado criminal y, más importante aún, disuadir a potenciales delincuentes de impulsar una carrera delictual.

individuales, pero también claves para combatir las sofisticadas redes de criminalidad.

En resumen, la tradición del Derecho Penal en la región, junto con el rol dominante de los abogados y académicos del derecho en las agencias encargadas de hacer cumplir la ley, ha obstaculizado el desarrollo de oficinas profesionales para combatir el crimen organizado. Para hacer frente a los desafíos de la inseguridad pública, el nuevo *establishment* legal promovió reformas procesales penales en la región. A continuación, se expone una breve reseña de estas reformas a la justicia penal y luego se realiza una evaluación de su eficacia sobre el control del delito.

2. El nuevo enfoque legal: jueces, fiscales y delito

A lo largo de las últimas dos décadas se han introducido en toda la región latinoamericana importantes reformas a la justicia penal¹⁸, que prometían mayor seguridad pública a cambio de apoyo social y político. En este sentido, los reformadores ataron tácitamente la necesidad de las reformas con el aumento del delito, asumiendo que las investigaciones penales en manos de departamentos de policía corruptos, junto con la existencia de oficinas ejecutivas que no rendían cuentas por su trabajo, eran el centro del problema vinculado con la criminalidad.

Así, entonces, trasladaron la carga de las investigaciones penales de los jueces de instrucción hacia los fiscales independientes, e introdujeron otras reformas importantes que permitieron ampliar aún más la protección de los derechos individuales. Luego de dos décadas, estas reformas han logrado avances significativos en el fortalecimiento del debido proceso legal, pero han fallado en su mayor parte en reducir la criminalidad. Vincular las reformas procesales penales a la lucha contra el delito ha sido un error crítico, en tanto que implicó que el éxito de tales reformas se mediría por el nivel de seguridad pública alcanzado¹⁹.

La nueva legislación se centró principalmente en incrementar el prominente rol de los fiscales, modernizar los tribunales al incrementar sus recursos y fortalecer

253

¹⁸ Pásara, Luis, *Una reforma imposible. La justicia latinoamericana en el banquillo*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2014; Hammergren, Linn, "Quince años de reforma judicial en América Latina: dónde estamos y por qué no hemos progresado más", en Fuentes Hernández, Alfredo (ed.), *Reforma judicial en América Latina. Una tarea inconclusa*, Bogotá, Corporación Excelencia en la Justicia, 1999, pp. 3–33; Hammergren, Linn, *Envisioning Reform: Improving Judicial Performance in Latin America*, Pensilvania, The Pennsylvania State University Press, 2007; Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), *La Reforma Procesal Penal en Colombia*, Santiago de Chile, CEJA, 2006, www.cejamericas.org.

¹⁹ El nuevo y prominente rol asignado a los fiscales fue acompañado por una promesa de una lucha más eficaz contra el crimen. El objetivo declarado era el de "... hacerse cargo de responder algunas de las demandas ciudadanas más importantes [...] como son, por ejemplo, la de contribuir a reducir las tasas de criminalidad" [Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), *Desafíos del Ministerio Público Fiscal en América Latina*, Santiago de Chile, CEJA, 2005, p. 14].

el rol de la investigación judicial²⁰. Fiscales poderosos en procesos penales adversariales en lugar de inquisitivos se convirtieron en la norma en la mayor parte de los países de América Latina. Sin embargo, el delito no pareciera haberse reducido con estas nuevas reformas. Cabe preguntarse, entonces: ¿acaso los nuevos tribunales y fiscales hacen la diferencia?

Las reformas estuvieron influenciadas por los precedentes políticos en la región. Los duros legados del autoritarismo y las violaciones de los Derechos Humanos durante las dictaduras latinoamericanas hicieron reenfocar el rol del Poder Judicial²¹. Jueces, fiscales, abogados y académicos cuestionaron el rol pasivo e incluso permisivo de los *establishments* judiciales durante las dictaduras militares, en las cuales los dictadores habían ordenado asesinatos, desapariciones y encarcelamientos sin juicio, entre las tantas violaciones flagrantes al debido proceso.

Luego de las transiciones a la democracia comenzó rápidamente una revisión crítica del rol de la justicia en la protección de los derechos fundamentales. De acuerdo con este nuevo enfoque legal, los jueces y los fiscales ya no eran vistos como asistentes técnicos del Poder Ejecutivo sino como protectores activos de derechos individuales²². Así, los estándares de prueba para aplicar una condena se incrementaron, y las sentencias se volvieron más indulgentes²³.

254 Sin embargo, y a pesar de que esta revisión interna tiene un enfoque humanístico que debe ser bienvenido en el proceso penal, otras instituciones del sistema de justicia no han podido adaptarse a los cambios. Estas reformas incrementaron el número de disfunciones estructurales que han obstaculizado la capacidad de los tribunales para ser más eficaces en reducir la criminalidad.

Del mismo modo, los costos financieros de estas reformas también han sido significativos. Sólo en préstamos y donaciones del BID (Banco Interamericano de Desarrollo) y el Banco Mundial, la región recibió 1500 millones de dólares en

²⁰ La mayor parte de los países (con la excepción de Brasil, Panamá y Uruguay) introdujeron reformas constitucionales y estatutarias para reformar los procedimientos penales.

²¹ Hilbink, Lisa, *Judges beyond Politics in Democracy and Dictatorship: Lessons from Chile*, Nueva York, Cambridge University Press, 2007; Helmke y Ríos-Figueroa, "Courts in Latin America...", op. cit.; Ginsburg, Tom y Moustafa, Tamir (eds.), *Rule by Law: The Politics of Courts in Authoritarian Regimes*, Nueva York, Cambridge University Press, 2008; Domingo, Pilar y Sieder, Rachel (eds.), *Rule of Law in Latin America: The International Promotion of Judicial Reform*, Londres, Institute of Latin American Studies, University of London, 2001.

²² Binder y Obando, "De las 'Repúblicas aéreas'...", op. cit.; Duce, Mauricio y Pérez Perdomo, Rogelio, "Citizen Security and Reform of the Criminal Justice System in Latin America", en Frühling, Hugo y Tulchin, Joseph (eds.), *Crime and Violence in Latin America: Citizen Security, Democracy, and the State*, Washington D.C., Woodrow Wilson Center Press, 2003, pp. 69-92; Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), *Justicia y Gobernabilidad Democrática*, Santiago de Chile, CEJA, 2003, www.cejamericas.org.

²³ Esto también se debe a que el abolicionismo, la criminología crítica y otras corrientes de la academia jurídica ganaron influencia entre los profesionales del Derecho.

ayuda²⁴. Los países extranjeros y las fundaciones han aportado recursos adicionales, aunque no hay datos disponibles sobre estas erogaciones. Sin embargo, la mayor parte de estos gastos provino de los presupuestos nacionales, que han aumentado considerablemente desde la década de 1990²⁵.

Todas las fiscalías independientes, los nuevos juzgados y los miles de empleados judiciales recién contratados han incrementado drásticamente los gastos presupuestarios. A modo de ejemplo, la columna nueve de la *Tabla 1* muestra que los presupuestos nacionales se han duplicado solamente para las fiscalías, o incluso se han triplicado o cuadruplicado en un lapso de seis a ocho años. Por el contrario, y, como indica este trabajo, el estado de la seguridad pública aún no refleja del todo la cantidad de recursos invertidos.

2.1 Reformas a la justicia penal

Las reformas a la administración de justicia han sido diversas y abarcadoras^{26,27}. Éstas han incluido cambios significativos en la asignación de recursos, en los procedimientos y en nuevos diseños institucionales. Cada país adaptó estas reformas para que encuadraran en sus propias estructuras locales y, consecuentemente, los resultados han variado con ello. A continuación, se reseñan las reformas más destacadas que fueron introducidas en la mayor parte de los países²⁸:

255

1) Cambio de un sistema inquisitivo a uno de tipo acusatorio (*adversarial*)²⁹.

²⁴ Pásara, Luis, *International Support for Justice Reform in Latin America: Worthwhile or Worthless?*, Washington D.C., Woodrow Wilson Center, 2012, <https://bit.ly/3tv97Na>.

²⁵ Bergman, Marcelo y Cafferata, Fernando, "Procuración de justicia en las entidades federativas. Gasto fiscal y eficacia de las procuradurías estatales", *Gestión y Política Pública*, vol. XXII, 2013, pp. 157–194; Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), *Persecución de Delitos Complejos: Capacidades de los Sistemas Penales en América Latina*, Santiago de Chile, CEJA, 2010.

²⁶ Estoy en gran deuda con Máximo Langer por muchas de las ideas presentadas en esta sección. En un artículo que escribimos juntos, me vi beneficiado significativamente con sus contribuciones, que pueden observarse en los resúmenes y metas que desarrollé en torno a la reforma detallada en esta sección.

²⁷ Se han publicado numerosos estudios sobre la temática. Para un resumen de estas ideas, ver: Baytelman, Andrés y Duce, Mauricio, *Evaluación de la reforma procesal penal: estado de una reforma en marcha*, Santiago de Chile, CEJA y Universidad Diego Portales, 2003; Langer, Máximo, "Revolution in Latin American Criminal Procedure: Diffusion of Legal Ideas from the Periphery", *The American Journal of Comparative Law*, vol. 55, n° 4, 2007, pp. 617–676; Tiede, Lydia, "Chile's Criminal Law Reform: Enhancing Defendants' Rights and Citizen Security", *Latin American Politics and Society*, vol. 54, n° 3, 2012, pp. 65–93; y Pásara, "Una reforma imposible...", op. cit.

²⁸ Para un examen exhaustivo de las reformas establecidas en diferentes países, se recomienda ver las publicaciones del CEJA (Centro de Estudios de Justicia de las Américas), el *Think Tank* que promovió las reformas penales en América Latina desde la década de 1990. Sitio web: www.cejamericas.org.

²⁹ En América Latina el proceso penal heredó el sistema continental de corte inquisitivo, donde un juez de instrucción conduce la investigación penal y luego pasa el caso hacia otro tribunal para la

Esta reforma eliminó la figura del “juez de instrucción” y liberó al juez de las tareas de investigación, que fueron transferidas a los fiscales. En este sentido, las reformas buscaron una nueva y clara división entre la persecución y el enjuiciamiento³⁰.

- 2) *Establecimiento de procedimientos orales*. Se pensó que las audiencias públicas serían un mecanismo efectivo para reducir la corrupción, la arbitrariedad y fortalecer la transparencia.
- 3) *Consolidación del Ministerio Público Fiscal*. Esta institución se convirtió en la más importante en términos de la investigación y persecución penal³¹.
- 4) *Prisión preventiva (PP)*. Los reformadores buscaron reducir el encarcelamiento de los presos sin condena.
- 5) *Selección de casos*. Se les permitió a los fiscales desestimar casos y concentrarse estratégicamente en los criminales más peligrosos³². Este es un instrumento crítico para la disuasión del delito.
- 6) *Salidas Alternativas al proceso penal*. Se introdujeron métodos alternativos más flexibles para la resolución de casos, tales como la mediación y la conciliación entre las partes.
- 7) *Juicios sumarísimos*. Que tuvieron diferentes formatos, incluyendo a veces al *plea bargaining*.
- 8) *Nuevos roles de la víctima en apoyo de la persecución (constitución de la querrela)*. Los nuevos códigos permitieron que las víctimas tengan un rol más activo en la persecución de los casos. Bajo el viejo procedimiento penal el Estado era el único que podía perseguir a presuntos delincuentes.
- 9) *Nuevas oficinas de gestión judicial*. Se esperaba que un nuevo y poderoso departamento introdujera nuevos sistemas gerenciales para hacer que los procesos fuesen más eficientes.

Estas reformas resultaron en cinco promesas principales (u objetivos):

- 1) *Reducir el lapso de tiempo desde el arresto hasta la condena*. Que se lograría a través de la introducción de: a) un procedimiento penal menos formal y más flexible; b) nuevos criterios de oportunidad; y c), nuevos mecanismos para resolver los casos a través de procedimientos simplificados.

celebración de un juicio si encuentra evidencia suficiente para acusar a un imputado. Sin embargo, ningún Poder Judicial de América Latina era enteramente inquisitivo en la época en la cual tuvieron lugar estas reformas (Cfr. Hammergren, “Envisioning Reform...”, op. cit.).

³⁰ Para una buena reseña de los sistemas acusatorio e inquisitivo *vis-à-vis* en el contexto latinoamericano, ver: Langer, “Revolution in Latin American...”, op. cit.; y Maier, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal. Tomo II. Sujetos Procesales*, Buenos Aires, Editores Del Puerto, 2003.

³¹ Al mismo tiempo iba a ser creada una fuerte Defensa Penal Pública.

³² Este principio de oportunidad le permite al sistema evadir la sobrecarga rutinaria.

- 2) *Mejorar la calidad de las investigaciones penales.* Esto se lograría fortaleciendo los Ministerios Públicos Fiscales y concentrándose en los casos más importantes.
- 3) *Reducir las prisiones preventivas (PP) y el número de presos sin condena.* Las nuevas regulaciones legales impusieron plazos más cortos para la resolución de los casos. Esto reduciría el número de personas que esperan un juicio.
- 4) *Mejorar el debido proceso.* Esto se alcanzaría con mejores investigaciones penales junto con una defensa más robusta en un juicio oral, público y contradictorio en frente de un tribunal imparcial.
- 5) *Aumentar la transparencia del sistema de justicia penal.* Las audiencias orales y públicas en las fases preliminares y de juicio harían que todo el proceso sea más transparente, se mejore el escrutinio del poder judicial y se reduzca la corrupción.

Para mejorar la seguridad pública, la reforma más importante consistió en confiarle al Ministerio Público Fiscal la investigación penal – un intento de los reformadores de quitarle poder a la policía tradicional y ponerla bajo la supervisión directa de los fiscales –³³.

En resumen, los reformadores buscaron mejorar la lucha contra el delito introduciendo reformas que apuntaron a por lo menos tres objetivos declarados: A) otorgándoles a los fiscales más discrecionalidad legal en la decisión de qué casos perseguir, los reformadores esperaban *mejorar la selección de los casos* y concentrarse en aquellos con mayor impacto social. B) Al permitir que los fiscales aceptasen el *plea bargaining* y otros acuerdos, se buscó diseñar un procedimiento para *desatascar un sistema congestionado* y así concentrarse en la criminalidad de alto impacto. C) Al empoderar a los Ministerios Públicos e incrementar sus presupuestos, se esperaba que *las investigaciones penales estuvieran mejor coordinadas y ejecutadas*. Con todo, se observa con claridad que los reformadores intentaron otorgarle más poder a los fiscales y convertirlos en la figura central de la Política Criminal.

257

3. ¿Las reformas redujeron la criminalidad?

A continuación se presentan hallazgos de numerosos estudios para evaluar el impacto sobre el delito que tuvieron las reformas a la justicia penal. La evidencia es bastante indirecta, debido a que no existen estudios que hayan evaluado de manera

³³ En numerosos países se establecieron dos departamentos diferentes de policía (en algunos países, tales como el caso de México, estos departamentos ya existían): uno para la prevención del delito (mediante el patrullaje), y un segundo, que consistió en una unidad investigativa bajo la supervisión del MPF.

independiente el efecto que tuvieron tales reformas sobre la seguridad pública en la región. La escasa evidencia de las investigaciones disponibles indica que las reformas tuvieron tan sólo un impacto menor en la impunidad, un tema que será examinado en las próximas páginas.

3.1 Recientes investigaciones sobre el tema

Sólo algunos pocos estudios han evaluado empíricamente si acaso las reformas a la justicia penal han alcanzado sus objetivos. Un estudio realizado por Pásara³⁴, basado en un análisis de la carga de casos de Chile, Ecuador, Perú y Costa Rica, concluyó que las reformas han impedido que los tribunales lidiaran con el tipo de casos que de todos modos nunca avanzaban a través del sistema. Los fiscales ahora tienen el poder para desestimar los casos que antes permanecían archivados durante años hasta su prescripción³⁵. En la mayoría de los casos (96% en Ecuador), los fiscales nunca iniciaron una investigación judicial activa.

Del mismo modo, la selección de los casos no ha producido las transformaciones deseadas. De acuerdo con Pásara, la tasa de resolución judicial de los crímenes que llegaron a conocimiento de los tribunales chilenos debido a una persecución activa fue de un 80% para los homicidios, 58% para los delitos de estupefacientes y 30% para las agresiones sexuales³⁶. Tasas similares fueron halladas en Ecuador³⁷. A partir de entrevistas personales con los fiscales en Chile y Costa Rica, Pásara concluyó que la selección de los casos no estaba basada en la severidad del delito sino en la percepción que tuviesen los operadores de la justicia sobre la probabilidad de una condena, que depende a su vez del acceso a buena evidencia.

En este sentido, otras investigaciones se han hecho eco de estos hallazgos. Así, por ejemplo, un exhaustivo estudio realizado en Chile³⁸ – quizás el país líder en la reforma procesal penal de la región –, examinó la persecución de delitos complejos, especialmente de robos violentos a gran escala, y permitió ejemplificar con claridad el poder de la inercia en el trabajo judicial. En 2011, de 110 000 casos de robo, sólo

³⁴ Pásara, Luis, “¿Qué impacto tiene la reforma procesal penal en la seguridad ciudadana?”, en Basombrío, Carlos (ed.), *¿A dónde vamos? Análisis de políticas públicas de seguridad en América Latina*, Washington D.C., Woodrow Wilson Center, 2013, pp. 203-225.

³⁵ El número de casos en los cuales los fiscales decidieron no continuar con la persecución penal (aproximadamente, dos de cada tres casos) fue similar al número de casos que previo a estas reformas nunca avanzaron por el sistema penal, debido a que los jueces de instrucción nunca los investigaban o imputaban delitos por ello (Cfr. Pásara, “¿Qué impacto tiene...?”, op. cit., pp. 206-210).

³⁶ Pásara, “¿Qué impacto tiene...?”, op. cit., p. 213.

³⁷ *Ibid.*, p. 214.

³⁸ Alcaíno Arellano, Eduardo, “Persecución penal de delitos complejos: Chile”, en Centro de Estudios de Justicia de las Américas, *Persecución de delitos complejos: experiencias en la investigación criminal*, Santiago de Chile, CEJA, 2013, pp. 11-209.

11 900 (10,8%) obtuvieron un veredicto de culpabilidad y 1200 de no culpables (la proporción de condenas por robo fue de 9 a 1).

La mayor parte de los casos restantes (88%) fueron a un archivo provisional, donde es más probable que expiren. Asimismo, se admitieron 11 750 casos en los tribunales con presuntos acusados, pero en 82 500 casos no se acusó a ningún sospechoso. De manera más importante aún, los datos agregados indican que en 10 200 casos los arrestos fueron realizados en flagrancia. En resumen, los fiscales procesaron a un gran número de casos de robos violentos y complejos, pero se concentraron en aquellos casos en los cuales los presuntos acusados fueron arrestados en la escena del crimen.

A través de visitas y entrevistas en profundidad, Arellano muestra que la abrumadora mayoría de las investigaciones por delitos graves consiste en requerimientos escritos de información por parte de los fiscales hacia la policía, y de respuestas devueltas sin información adicional. Estos casos carecen de una seria evidencia forense o experta y describen un análisis criminal muy pobre. El estudio concluye que: 1) el Ministerio Público chileno no posee una política o programas efectivos para imputar delitos en casos de robo. El trabajo de los fiscales, quienes principalmente “impulsan el papeleo”, es rutinario, pero no existe un esfuerzo real para perseguir delincuentes. 2) No existe una política eficaz para el manejo de la carga de casos. 3) Hay una falta de coordinación entre el MPF y los departamentos de policía.

259

En Colombia, por su parte, un estudio en profundidad de los homicidios – revisando cientos de casos en cuatro ciudades³⁹ –, indica que incluso en el caso del delito de homicidio, las fiscalías mostraron deficiencias estructurales. Entre 2005 y 2012 se registraron más de 202 000 homicidios, pero sólo se imputaron cargos en un 10,4% de estos casos, de los cuales sólo la mitad terminó en un veredicto de culpabilidad. Como el ejemplo de Comayagua mencionado al comienzo de este artículo, hubo condenas solamente en alrededor del 5% de todos los homicidios – esta tasa se mantuvo estable a lo largo de los siete años que cubrió el estudio –.

Al igual que en Chile, los autores observaron ciertos problemas tales como una falta de coordinación institucional con la policía y otras agencias investigativas, una escasez de recursos humanos y logísticos y una falta de incentivos para resolver casos más allá de aquellos en los cuales se posee un “interés especial” (ya sea por la atención de los medios o por la importancia política de los mismos).

En definitiva, y aunque el objetivo de la discreción de los fiscales fue diseñado por los reformadores para minimizar el daño social, los análisis indican que los fiscales seleccionan los casos según la disponibilidad de evidencia (ya sea testimonios, documentación disponible, testigos, etc.). No hay evidencia empírica

³⁹ La Rota, Emilio y Bernal, Carolina, *Esfuerzos irracionales. Investigación penal del homicidio y otros delitos complejos*, Bogotá, Colección Dejusticia, 2014.

que permita sostener que las reformas a la justicia penal derivaron en una mejor selección de la persecución penal.

3.2 *Prisión preventiva*

Otra meta importante destinada a fortalecer el debido proceso y mejorar la calidad de la investigación penal fue la de abandonar la práctica de encerrar sospechosos durante años sin un juicio de por medio. En este sentido, los reformadores hicieron mucho hincapié en la reducción de las prisiones preventivas (PP). Los juicios sumarísimos (o juicios rápidos), el *plea bargaining* y otros acuerdos similares permitieron un mayor número de resolución de casos penales y redujeron los plazos⁴⁰.

Sin embargo, la meta de reducir las prisiones preventivas ha tenido resultados dispares hasta la fecha. Aunque pareciera haber cierto progreso al respecto⁴¹, se debería sostener un enfoque más matizado. A tal efecto, en la *Tabla 4* presento datos sobre los números de las prisiones preventivas y su porcentaje respecto del número total de la población penitenciaria en la mayoría de los países, antes que iniciaran las reformas comparándolas con los resultados de diez a quince años después de las mismas⁴². Para la primera medida se tomaron principalmente los datos del CEJA⁴³, mientras que para la segunda se tomaron los datos de la CIDH⁴⁴, complementándolos a partir de otras fuentes.

260

⁴⁰ Pásara, “Una reforma imposible...”, op. cit.; Baytelman y Duce, “Evaluación de la reforma...”, op. cit.

⁴¹ Lorenzo, Leticia; Riego, Cristián y Duce, Mauricio (eds.), *Prisión Preventiva y Reforma Procesal Penal en América Latina: Evaluación y Perspectivas. Vol. 2*, Santiago de Chile, CEJA, 2011.

⁴² En los casos de Brasil, Panamá y Uruguay sólo se incluyeron datos recientes debido a que estos países aún no han realizado reformas significativas a sus procesos penales. El CEJA condujo un estudio similar en algunos países, pero sólo midió el efecto de las reformas dos a tres años después de su implementación.

⁴³ Duce, Mauricio, “Visión Panorámica sobre el uso de la prisión preventiva en América Latina en el contexto de los sistemas procesales penales reformados”, en Centro de Estudios de Justicia de las Américas, *Prisión Preventiva en América Latina: Enfoques para Profundizar el Debate*, Santiago de Chile, CEJA, 2013, pp. 13–92.

⁴⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas*, 2013, <https://bit.ly/3UUxQGq>.

Tabla 4. Prisiones Preventivas (PP): antes y después de las reformas

	Año de la reforma	Nro. de PP antes de la reforma	% de PP	Nro. de PP después de la reforma	% de PP	Diferencia en el Nro. de PP
Buenos Aires	1997	8164	84	16 681	59	8517
Bolivia	1999	3050	64	11 196	82	8146
Brasil				193 176	38	
Chile	1999	7994	51	11 166	21	3172
Colombia	2004	12 256	42	35 304	31	23 048
Costa Rica	1995	326	28	3254	25	2928
Ecuador	1999	3982	70	9397	49	5415
El Salvador	1998	4776	72	6452	24	1675
Guatemala	1993	N/A	N/A	7464	51	N/A
Honduras	1999	8421	88	6079	49	-2341
México	2008	6038	38	7584	33	1547
Nicaragua	1999	687	31	1192	13	505
Panamá				9439	65	
Paraguay	1996	3192	95	5768	73	2576
Perú ^a	2004	24 798	68	34 622	59	9824
Rep. Dom.	2002	7430	67	8803	44	1373
Uruguay				6065	65	
Venezuela	1997	12 176	69	18 843 ^a	52	6666

261

Nota: las celdas en blanco implican que no hay datos disponibles al respecto.

Los números antes de la reforma son el número de presos un año antes o durante el año en el cual la reforma entró en vigencia. El último año que se tomó como recuento de la población penitenciaria es 2012 para la mayoría de los países excepto para la República Dominicana (cuyo último año es 2011), El Salvador, Honduras y Buenos Aires (cuyos últimos años tomados fueron el año 2013).

^a El número y la tasa de presos con prisión preventiva para el último año sólo incluye aquellos que fueron asistidos por la defensoría pública oficial. Desafortunadamente, no pudo hallarse otra información confiable al respecto. Por lo tanto, las diferencias con el período anterior a las reformas están lejos de ser precisas y se subestiman los cambios entre periodos.

Datos del año 2006. En Perú, las reformas fueron implementadas en fases y 21 distritos tuvieron sus reformas en vigor por el año 2010 cuando este proceso se detuvo. Cuatro distritos (Callao, Lima, Loreto y Ucayali) operan bajo el viejo sistema penal. Por lo tanto, alrededor del 35% de la población penitenciaria en el año 2012 estuvo sujeta al viejo procedimiento penal.

Fuente: año de la reforma y nro. de PP antes de la reforma: Duce, Mauricio, "Visión Panorámica sobre el uso de la prisión preventiva en América Latina en el contexto de los sistemas procesales penales reformados", en Centro de Estudios de Justicia de las Américas, Prisión Preventiva en América Latina: Enfoques para Profundizar el Debate, Santiago de Chile, CEJA, 2013, pp. 45–48. Población penitenciaria al día de hoy y % de PP: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas, 2013, pp. 21–22, <https://bit.ly/3UUXQGq>. Datos sobre México (2006): Azaola, Elena y Bergman, Marcelo, "Cárceles en México: Cuadros de una Crisis", URVIO. Revista Latinoamericana de Seguridad Ciudadana, n° 1, 2007, p. 75; y Azaola, Elena; Bergman, Marcelo y Magaloni, Ana Laura, Delincuencia, marginalidad y desempeño institucional. Resultados de la segunda encuesta a población en reclusión en el Distrito Federal y el Estado de México, México, Centro de Investigación y Docencia Económicas, 2006. Datos sobre Buenos Aires: Dirección Nacional de Política Criminal de la República Argentina, Sistema Nacional de Estadísticas sobre Ejecución de la Pena. Informe Anual República Argentina, 2013, <https://bit.ly/3WVb6YS>. República Dominicana: Fundación Institucionalidad y Justicia (FINJUS), Segundo Censo Penitenciario, Santo Domingo, FINJUS, 2012, <http://www.finjus.org.do/>.

Se observa que antes de estas reformas, un promedio de aproximadamente el 57% de la población penitenciaria se encontraba detenida como resultado de la prisión preventiva. Varios años después de la implementación de estas reformas, este promedio se redujo al 47%. En numerosos países – Chile, Ecuador, Honduras y Argentina – la reducción ha sido notable⁴⁵. Esto sugiere que las reformas fueron muy exitosas, en la medida que la prisión preventiva se redujo significativamente.

Con la excepción de Honduras, sin embargo, todos los países de la región han tenido muchos más presos con prisión preventiva en el último recuento. En este sentido, la mayoría de los países *redujo el porcentaje* de prisiones preventivas dentro del total de la población penitenciaria a lo largo de los últimos diez a quince años, aunque ha habido un *incremento significativo* en el número absoluto de presos sin condena. Esta diferencia puede explicarse a través del incremento hiperbólico del encarcelamiento a lo largo de América Latina en las últimas décadas: el sistema de justicia penal está procesando a muchos más sospechosos a pesar de que produce menores tasas de prisión preventiva, debido a que está resolviendo un mayor número de casos más rápidamente.

Este análisis confirma otros estudios y sugiere que, de hecho, en la actualidad existe un ascendente número de presos que son rápidamente condenados. Esto explica por qué la tasa de prisiones preventivas está descendiendo, a pesar del hecho de que en términos absolutos hay más presos sin condena debido al aumento de las tasas totales de encarcelamiento⁴⁶.

La prisión preventiva no se había convertido en la *ultima ratio* del proceso penal, sino que en su lugar era en los hechos la norma misma, es decir, era una decisión casi mecánica adoptada por los jueces. Con las reformas, la prisión preventiva se vio afectada por el uso de otros mecanismos promovidos por los reformadores, tales como los juicios abreviados, el *plea bargaining*, los procedimientos orales y otros métodos más rápidos de imposición de una condena penal. En este sentido, el sistema de justicia penal aún sigue sobreutilizando a la prisión como un castigo preventivo. Una fuerte evidencia de esta afirmación puede observarse en las

⁴⁵ En Argentina, un intento de reformar el proceso penal a nivel federal fue realizado en 2014, pero algunas provincias, tales como Buenos Aires, han aprobado estas reformas mucho antes.

⁴⁶ De la Jara, Ernesto y otros, *La prisión preventiva en el Perú: ¿medida cautelar o pena anticipada?*, Lima, Perú, Instituto de Defensa Legal, 2013, <https://bit.ly/3g2qFxx>; Pásara, “Una reforma imposible...”, op. cit.; Vintimilla, Jaime y Villacís, Gabriela, “Independencia judicial insuficiente, prisión preventiva deformada: Informe Ecuador”, en Fundación para el Debido Proceso, *Independencia judicial insuficiente, prisión preventiva deformada. Los casos de Argentina, Colombia, Ecuador y Perú*, Washington D.C., Fundación para el Debido Proceso, 2013, pp. 115–145; Duce, Mauricio; Fuentes, Claudio y Riego, Cristián, “La reforma procesal penal en América Latina y su impacto en el uso de la prisión preventiva”, en Riego, Cristián y Duce, Mauricio (eds.), *Prisión Preventiva y Reforma Procesal Penal en América Latina: Evaluación y Perspectivas*, Santiago de Chile, CEJA, 2009, pp. 13-72; Duce, “Visión Panorámica...”, op. cit.

encuestas realizadas a la población penitenciaria: de los 4500 encuestados que fueron procesados por el nuevo sistema acusatorio, un 98% ya se encontraba en prisión al momento de ser condenados⁴⁷.

3.3 El impacto de las reformas sobre las personas

La encuesta a la población penitenciaria en Argentina permite realizar un experimento cuasi-natural sobre el impacto de las reformas⁴⁸. La mitad de la muestra fue tomada de la provincia de Buenos Aires, que implementó un nuevo código procesal penal en el año 1998; la otra mitad fue tomada de la Ciudad de Buenos Aires y de una jurisdicción federal donde los presos fueron procesados y juzgados bajo el sistema inquisitivo tradicional⁴⁹. En definitiva, Argentina en 2012 poseía dos muestras de poblaciones penitenciarias muy similares que fueron “tratadas” por diferentes sistemas y procedimientos penales⁵⁰.

Del mismo modo, los resultados para cada jurisdicción son similares. Los números de las detenciones de delincuentes en flagrancia y los abusos policiales son ligeramente mejores para la provincia de Buenos Aires (que posee un sistema reformado), indicando que las reformas pueden estar produciendo un ligero impacto en mejorar el debido proceso. Sin embargo, las diferencias entre los dos grupos son pequeñas y no significativas estadísticamente.

El estudio indica, no obstante, que los fiscales no parecieran ser capaces de erradicar el abuso y la corrupción policial, y tampoco ha mejorado cualitativamente la investigación de los delitos (la mitad de todos los arrestos aún siguen siendo en flagrancia). En resumen, un experimento natural con poblaciones penitenciarias similares tratadas por diferentes procedimientos penales no muestra diferencias significativas en términos de la investigación criminal, el debido proceso, la corrupción y la selección de casos para su persecución.

263

⁴⁷ Esta muestra, sin embargo, excluyó dos submuestras: la de los presos de San Pablo (Brasil) y Buenos Aires (Argentina), debido a que fueron procesados por los viejos sistemas inquisitivos.

⁴⁸ Bergman, Marcelo y Langer, Máximo, “El Nuevo Código Procesal Penal Nacional Acusatorio: Aportes Empíricos para la Discusión en Base a la Experiencia en Provincia de Buenos Aires”, *Revista de Derecho Procesal Penal*, Donna dir., n°1, 2015, pp. 51-80.

⁴⁹ Las reformas introducidas durante la última década permitieron audiencias orales y públicas y juicios abreviados.

⁵⁰ Los estudios experimentales o cuasi-experimentales comparan dos poblaciones similares. Uno de esos grupos tuvo un tratamiento (en este caso las personas privadas de su libertad fueron juzgadas por el nuevo sistema acusatorio), y el otro grupo un “placebo” o un no-tratamiento (en este caso los privados de su libertad fueron juzgados por el sistema inquisitivo tradicional). Los modelos experimentales analizan si hay diferencias y si son adjudicables al “tratamiento”.

3.4 El caso especial de México

México presenta un contraste interesante para los reformadores del proceso penal debido a que históricamente ha tenido un sólido Ministerio Público establecido en su Constitución de 1917. Un Ministerio Público tan fuerte se asemejaba a los que se buscaban crear a través de la reforma penal latinoamericana, a pesar de que el movimiento reformista buscaba otorgarle mayor autonomía al MPF que la que proporcionaba México. En México, las (débiles) policías de patrullaje dependen directamente de los alcaldes, mientras que las investigaciones policiales son llevadas a cabo por (fuertes) unidades de detectives y funcionarios que responden directamente al MPF e indirectamente a los gobernadores y al presidente. En democracia, este sistema claramente no ha logrado proteger los derechos individuales ni disuadir el delito.

Otros países no parecieran haber aprendido de la lección de México. El MPF era la institución más fuerte (y, dentro de ella, la policía judicial), y usualmente los jueces ponían el sello sobre la documentación acusatoria sin mayor escrutinio al respecto (incluyendo la falta de revisión sobre errores alfabéticos)⁵¹. El sistema se transformó en una “máquina de sentenciar” personas (pobres) que tenían acceso limitado a una buena defensa legal. Incluso, los policías judiciales coaccionaban y amenazaban a los sospechosos para obtener sobornos. Hoy en día el MPF de México tiene alrededor de 40 000 empleados; 33% son detectives o investigadores policiales (también conocidos como *judiciales*)⁵². No hay pruebas de que el sistema haya cambiado significativamente, aunque hay esperanzas de que se introduzcan gradualmente las reformas a la justicia impulsadas por una reforma constitucional en 2008.

3.5 En resumen

Las reformas a la justicia penal buscaron alcanzar cinco objetivos principales: 1) reducir el tiempo de los procedimientos; 2) mejorar la calidad de la investigación penal; 3) disminuir el número de prisiones preventivas; 4) fortalecer el debido proceso; y 5), aumentar la transparencia del sistema de justicia penal. Los pocos estudios empíricos y la poca información disponible, incluyendo los datos presentados en este trabajo, muestran resultados dispares. Por un lado, el debido proceso ha mejorado levemente, y las tasas de prisiones preventivas han caído debido a una adjudicación penal más rápida. Sin embargo, no se han producido avances significativos en la

⁵¹ Pásara, Luis, “Cómo sentencian los jueces de México, D.F. en materia penal”, *Revista Penal*, n° 14, 2004, pp. 141–173.

⁵² Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática de México (INEGI), *Boletín de Prensa*, 552 (14), 2014, p. 6.

calidad y la cantidad de las investigaciones penales ni en el control de la policía. Esta es una dimensión realmente importante para la disuasión del delito y, hasta ahora, la evidencia disponible indica que las reformas han fallado en este sentido. Resta ver si estos objetivos pueden alcanzarse en el futuro.

3.5.1. A modo de síntesis: el efecto de las reformas sobre la criminalidad

Los jueces y los fiscales no han contribuido con avances significativos en el fortalecimiento de la disuasión del delito en América Latina. En este sentido, se esperaba que las nuevas reformas penales a lo largo de las últimas dos décadas debieran haber dado comienzo a una persecución y adjudicación más efectiva de los delitos. Sin embargo, estas expectativas aún están pendientes de convertirse en medidas concretas que permitan mostrar un sistema de justicia penal más eficaz. No es casualidad que las tasas de delito sean muy altas o se encuentran en ascenso en la mayor parte de los países de la región.

Como se observará, las tasas de impunidad son asombrosas, y los delincuentes no parecieran ser disuadidos por los sistemas de justicia de la región. Las garantías sobre los derechos individuales han ayudado a proteger a las personas de abusos evidentes por parte de la policía, pero persisten fuertes signos de corrupción y brutalidad, y las desigualdades en la administración de justicia no se han erosionado. Aún no hay buenas respuestas sobre por qué todos los esfuerzos y recursos destinados a estas reformas penales no han producido un éxito mensurable en la región.

Esta es una pregunta importante que trasciende el alcance de este artículo. Sin embargo, pareciera ser que numerosas fuerzas han frustrado las reformas realizadas para mejorar la disuasión. En primer lugar, las reformas siempre son más fáciles de diseñar que de implementar. Los fiscales, los jueces y el amplio *establishment* que trabajó efectivamente durante décadas en el viejo sistema inquisitivo no se han adaptado fácilmente a estos drásticos cambios. En segundo lugar, la inercia burocrática parece haber jugado un rol importante: los grandes montos que fueron invertidos en los sistemas judiciales para financiar estas reformas fueron absorbidos por “maquinarias judiciales” protegidas de la rendición de cuentas públicas.

En tercer lugar, una mayor y bienvenida atención a los derechos humanos y al debido proceso inadvertidamente mitigó la persecución de delitos graves y revirtió la carga de la prueba sobre las instituciones públicas. Instituciones débiles (desde la policía hasta equipos forenses y organismos auditores) fallaron de manera consistente en proveer evidencias para imputar delitos y asegurar las condenas. En cuarto lugar, el *establishment* judicial no se ve a sí mismo como parte de un aparato de disuasión del delito. Aunque “sobrevendió” las reformas penales como esenciales para combatir el delito a los fines de obtener apoyo público, rara vez ha considerado que la lucha contra el crimen haya sido uno de sus objetivos.

En quinto lugar y quizás más importante, se ha desarrollado una contradicción inherente en estas reformas. Por un lado y como se observó en las comparaciones internacionales, la vigilancia judicial de los sospechosos y los delincuentes requiere de una acción intensiva por parte de los sistemas judiciales. Por otro lado, la necesidad de remediar abusos del pasado en la región ha incrementado los estándares de prueba para proteger efectivamente los derechos individuales. Esta tensión ha producido altas tasas de impunidad especialmente aprovechada por los ricos y los poderosos, y generó un castigo sistémico hacia los pobres y los marginalizados. Esta última cuestión será desarrollada con mayor detalle en el resto de este trabajo.

En resumen, el legado de las dictaduras latinoamericanas, por un lado, y la crecientemente pobre rendición de cuentas del *establishment* judicial por el otro, ha inhibido el desarrollo de un poderoso cuerpo judicial sancionador que pudiera disuadir a muchos delincuentes potenciales. Los tribunales y los Ministerios Públicos Fiscales han hecho muy poco para reducir el crimen en la región.

IV. Tribunales, persecución penal y disuasión del delito: el problema de la impunidad

Impunidad y entornos de criminalidad

266 La débil capacidad de sanción de la justicia penal y el limitado efecto de las reformas penales en América Latina ha producido más impunidad. En este sentido, en América Latina la administración de justicia penal ha tenido un bajo impacto sobre las capacidades estatales para disuadir a los delincuentes. Los tribunales y los fiscales, en su mayor parte, han fallado en adaptarse a la nueva realidad, o no han estado a la altura de los actuales desafíos de la gran criminalidad.

En esta sección se desarrolla el tema de la impunidad y sus efectos sobre la criminalidad. Se sostiene que cuando existe una percepción de que un gran número de delincuentes no son castigados se producen dos procesos sociales bastante perversos. En primer lugar, los ciudadanos se ven desanimados de reportar los delitos a las autoridades, dado que creen que los delincuentes, incluso si fuesen arrestados, entrarán por una “puerta giratoria” y serán liberados rápidamente⁵³.

En segundo lugar, la impunidad motiva a delincuentes potenciales para que emulen y sigan los pasos de otros criminales que ya han cometido delitos, dado

⁵³ Los países con altos niveles de confianza institucional también poseen tasas de criminalidad relativamente bajas. Los ciudadanos reportan más delitos, aumentando la probabilidad de que los delincuentes sean castigados y mejorando la eficacia y la confianza en el sistema. Ocurre lo opuesto con la desconfianza pública, donde se reduce la eficacia policial y la criminalidad aumenta. En el capítulo 7 de “*More Money, More Crime*” se desarrolla este argumento para el caso de la policía, y se proveen abundantes referencias de la literatura sobre la relación entre la confianza y el desempeño institucional (Cfr. Bergman, “*More Money, More Crime...*”, op. cit., pp. 205-238).

que perciben que el sistema de justicia penal es un “perro que ladra, pero no muerde”. Por ello, la impunidad fortalece el contagio. Una vez que las tasas de delito en América Latina han alcanzado un nivel crítico, la eficacia del sistema penal disminuye drásticamente y se expande un mayor sentido de impunidad, nutriendo endógenamente un equilibrio vicioso y perverso de alta criminalidad.

1. Homicidios e impunidad

Los crímenes sin resolver en Comayagua, Honduras y en Colombia ejemplifican una tendencia que ocurre a lo largo de la región. Las altas tasas de impunidad persisten incluso para los crímenes más serios, con persecuciones despiadadas tan sólo en los pocos casos que producen arrestos. Con la excepción de Chile, donde en 2009 de 1545 homicidios registrados 1245 casos terminaron con una condena (80%)⁵⁴, todos los demás países de América Latina han tenido una tasa de condena para los homicidios menor al 50%.

Numerosos estudios en la región confirman esta tendencia. En Argentina, por ejemplo, un estudio dirigido por el Ministerio de Justicia ha encontrado que sólo un 46% de los homicidios registrados terminaron con al menos una condena⁵⁵. Como se mencionó antes, en Colombia menos de un 12% de los homicidios han obtenido una condena penal a lo largo de un periodo de seis años⁵⁶. En México, la ONG México Evalúa – a partir de un análisis de Guillermo Zepeda – estima que se han resuelto menos de un 16% de los homicidios perpetrados en el año 2010⁵⁷. En Venezuela, por su parte, el Observatorio Venezolano de la Violencia (OVV) estima que sólo un 9% de los homicidios concluyeron en por lo menos una acusación⁵⁸. En Guatemala, entre el año 2005 y 2013 hubo un promedio de 5500 víctimas de homicidio por año, y sólo un 3,1% de estos casos, sobre el promedio anual, obtuvieron una condena⁵⁹.

Los datos incompletos de los ingresos a prisión en Perú y Brasil arrojan resultados similares. En Perú, se estima que fueron sancionados menos de un 35% de aquellos

⁵⁴ Fiscalía Nacional de Chile, *Ministerio Público. Boletín Estadístico. Año 2009 (enero a diciembre 2009)*, 2010, <https://bit.ly/3Ac3A1S>.

⁵⁵ Dirección Nacional de Política Criminal de la República Argentina, *Sistema Nacional de Información Criminal. Informe total país*, 2008, <https://bit.ly/3hF8COc>.

⁵⁶ La Rota y Bernal, “Esfuerzos irracionales...”, op. cit.

⁵⁷ México Evalúa, *Seguridad y Justicia Penal en los estados: 25 indicadores de nuestra debilidad institucional*, 2012, <https://bit.ly/3TwiKpy>; México Evalúa, *Indicadores de Víctimas Visibles e Invisibles de Homicidio*, 2012, <https://bit.ly/3Trzezr>.

⁵⁸ Moreno, Alejandro, “¿Impunidad cero?”, *Observatorio Venezolano de la Violencia*, 28 de octubre de 2014, disponible en <https://bit.ly/3E55AKE>. El OVV estima que, del total de los 16 047 homicidios registrados en el año 2009, sólo hubo 1497 acusaciones en ese año.

⁵⁹ Magoga, Aldo, nota de opinión, “Condenas que liberan”, *Plaza Pública*, 27 de mayo de 2014, Gráfico 2, disponible en <https://bit.ly/3GffXOM>.

que han cometido homicidios⁶⁰. Para el caso de Brasil, si bien no pudo encontrarse ninguna tasa oficial sobre impunidad, los datos de las prisiones permitieron estimar una tasa de impunidad de alrededor del 80% para los homicidios⁶¹. Si bien es muy probable que existan variaciones significativas entre los Estados dentro de Brasil, la tasa real no puede ser estimada a partir de los registros públicos disponibles. En resumen, la mayor parte de los países de la región no pueden llevar hasta los estrados a la gran mayoría de los asesinos, quienes cometen el crimen más grave.

Por otra parte, los datos disponibles a nivel estatal en México muestran otro patrón muy importante: cuanto mayor es el número de homicidios, mayor es la tasa de impunidad. Los cinco Estados de México que tuvieron las tasas más altas de impunidad para el delito de homicidio en el año 2010 (Durango 0,75%, 66 cada 100 000 habitantes; Chihuahua 1,1%, 182 cada 100 000 habitantes; Sinaloa 1,7%, 85 cada 100 000 habitantes; Morelos 1,9%, 27 cada 100 000 habitantes; Guerrero 2,1%, 45 cada 100 000 habitantes) también están dentro de los siete Estados mexicanos

⁶⁰ Esto, por supuesto, es un cálculo imperfecto, pero es la mejor estimación a partir de los datos disponibles. Se añadieron los reportes mensuales de ingresos a prisión para el año 2012 del INPE (oficina penitenciaria <http://www.inpe.gob.pe/contenidos.php?id=532&np=1&direccion=1>), esto es, un total de 1002 ingresos entre homicidio calificado y homicidio simple (que son los delitos que más se aproximan al homicidio en primer y segundo grado en los Estados Unidos). Dado que hubo 2865 homicidios en el año 2012 (<http://www.datosmacro.com/demografia/homicidios/peru>), la tasa sería de un 34,9%. Estas no son condenas sino ingresos a prisión por homicidios y, por supuesto, muchas personas podrían ser acusadas por el mismo homicidio. La tasa real, por lo tanto, es probablemente más baja o cercana a esta estimación.

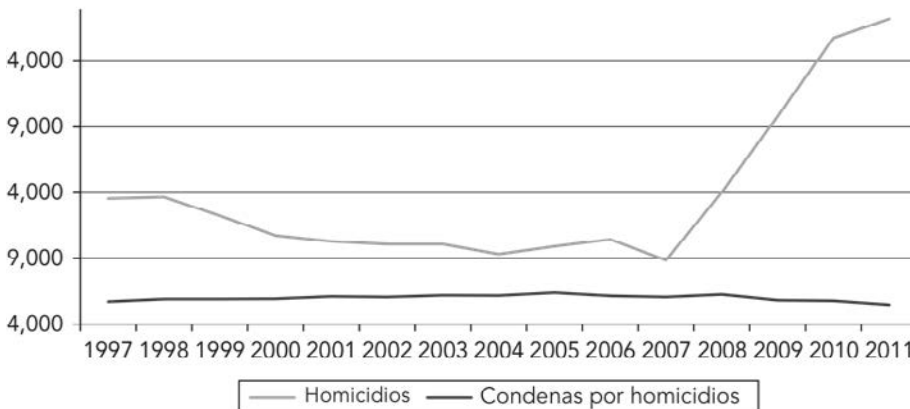
⁶¹ En 2012, hubo 52 198 homicidios en Brasil (Cfr. Waiselfisz, Julio, *Homicidios e Juventude no Brasil. Mapa da Violência 2014*, Brasilia, Secretaría General de la Presidencia de la República de Brasil, 2014, p. 27). Al comienzo de ese año, había 59 045 presos por homicidio, mientras que al final del 2012 había 63 066, es decir, una diferencia de 4021 (Cfr. Execução Penal, *Relatórios Estatísticos / Analíticos do Sistema Prisional Brasileiro*, Estadísticas do Sistema Prisional, Ministerio da Segurança Pública, 2014). La misma base de datos indica que menos de un 60% del total de la población penitenciaria ya había sido condenada, con la mitad de ellos cumpliendo entre 9 y 50 años de prisión. Mientras que aquellos que fueron condenados por homicidios son proclives a cumplir una pena de entre 15 a 50 años de prisión; por lo tanto, el recambio entre este grupo suele ser muy pequeño. Se puede estimar con seguridad que no más del 10% de las personas condenadas por homicidio fueron liberadas o murieron en prisión cada año. Por ende, es probable que en 2012 los egresos de prisión por homicidio no excedieran los 6000 presos. En resumen, en el año 2012 se puede asumir con seguridad que no se registraron más de 10 000 nuevos ingresos por homicidios en las prisiones de Brasil, a partir del número de presos liberados (6000) y el incremento en el número de los presos por homicidio (4021). Asumiendo que cada preso responde por un homicidio (que no es siempre el caso), esto arroja una tasa de condena menor a un 20% (10 021/52 198). Por lo tanto, la tasa de impunidad excede el 80%. La diferencia con las estimaciones para Perú es que, en ese país, hay información por flujos de acuerdo con el tipo de crimen cometido mientras que, en Brasil, la información es sólo de stocks (número de presos de acuerdo al tipo de crimen al final de un año determinado).

con las tasas más altas de homicidios⁶². En este sentido, se correlacionaron las tasas de homicidios estatales y las tasas de impunidad de los 32 Estados de México y se alcanzó un fuerte coeficiente de correlación (r de Pearson) de $-0,65$, lo que implica que cuanto mayor es la tasa de homicidios, menor es la tasa de condenas.

Otros datos disponibles sobre México apoyan una hipótesis sostenida en este artículo: la aplicación de la ley está atada a un equilibrio en los niveles de criminalidad. Para la totalidad del país, se rastrearon los números de homicidios y el número de condenas aplicadas a homicidas a lo largo de quince años (ver *Figura 1*), mostrando que en la medida que aumenta el número de homicidios, el número de condenas se mantiene igual o incluso desciende (no obstante, la escala del Gráfico puede ocultar la verdadera magnitud de esta tendencia tan importante). En el año 2005 hubo 9921 homicidios y 6372 condenas, mientras que en el año 2011 hubo 27 213 homicidios y 5487 condenas. Es decir, mientras que los homicidios se incrementaron en un 174%, las condenas descendieron en un 15%. En definitiva y, como predijo esta teoría, en los entornos con altos niveles de criminalidad desciende la capacidad de los tribunales para sancionar a los delincuentes. Esto disminuye la disuasión del delito y expande un círculo vicioso de alta criminalidad y menos castigos. En síntesis, las tasas de impunidad están estrechamente asociadas con los homicidios.

Figura 1. Homicidios y condenas en México

269



Fuente: Inegi (ver nota al pie n° 62).

⁶² Estimación basada en los datos obtenidos de www.inegi.org.mx ("consulta interactiva de datos/estadísticas de mortalidad/defunciones por homicidio" [año y Estado]).

1.2 Delitos con fines de lucro

La impunidad en los delitos contra la propiedad es mucho mayor que en los homicidios. Se presentan aquí los datos originales de las encuestas y otras fuentes para mostrar que los sistemas de justicia penal en la región han sido muy efectivos a la hora de condenar delitos fáciles de detectar, pero han quedado muy rezagados en su capacidad para castigar a delincuentes “profesionales”, produciendo indirectamente altas tasas de impunidad. Tómese, por ejemplo, el caso de Chile, donde un estudio realizado en el año 2011 estimó que un 85% de las condenas por robos violentos fueron producto de delitos flagrantes. Los tribunales penales han procesado 14 778 casos de robos violentos con al menos un autor identificado, lo que representa menos de un 5% de todos los robos violentos⁶³. Como se indicó, los tribunales y las fiscalías actúan principalmente de manera reactiva, es decir, sólo sancionan delincuentes fácilmente identificables.

La mayor parte de los casos que son perseguidos son seleccionados según la evidencia recolectada, y muchos no son llevados hasta los tribunales debido a que se los consideran delitos de bagatela o insignificantes (robos de celulares, bicicletas, etc.). Efectivamente, si se los considera de manera separada estos delitos son insignificantes, pero como se argumentó en el libro⁶⁴, los robos de este estilo abastecen grandes mercados ilegales. No hay indicios de ningún esfuerzo serio para acusar a delincuentes reincidentes por encima de los ladrones ocasionales y, más importante aún, no hay indicios de que los arrestos por hurto sirvieran como un trampolín para investigar a los organizadores de rango medio o alto que abastecen a estos mercados⁶⁵. En resumen, parecería que los fiscales no utilizan a los eslabones más débiles de la cadena para ir detrás de los líderes de estas bandas criminales.

En las siguientes páginas, se utilizan datos de las encuestas a la población penitenciaria para mostrar la ineficacia de la persecución y los arrestos de ladrones que cometieron delitos con fines de lucro. Posteriormente se analiza cómo esto podría haber afectado la disuasión del delito. Se presentan datos sobre las condenas actuales junto con informes propios de personas que se involucraron previamente en el delito.

⁶³ Alcaíno Arellano, “Persecución penal...”, op. cit., p. 48.

⁶⁴ Bergman, “More Money, More Crime...”, op. cit.

⁶⁵ En su trabajo basado en entrevistas con los fiscales y la examinación de casos, Pásara observa que estos ladrones reincidentes regularmente se benefician de las medidas alternativas al proceso penal, permitiéndoles evadir las sanciones que estipula el sistema acusatorio (Cfr. Pásara, Luis, “El impacto de la reforma procesal penal en la seguridad ciudadana”, *Derecho PUCP*, n° 65, 2010, p. 66). Los “criterios de oportunidad” que los fiscales utilizan habitualmente para desestimar casos de este estilo rara vez involucran algún examen serio de contactos previos que tuvieran estos delincuentes con el sistema de justicia penal. “El fiscal parecía ver solo el caso en sí y no a la persona involucrada, que era un delincuente habitual” (Cfr. Pásara, “El impacto de la reforma...”, op. cit., p. 66).

Participación previa en el delito

Los delincuentes de la región se sienten relativamente “seguros” cuando cometen delitos. Esta sensación de impunidad es especialmente notoria en los delitos contra la propiedad. Las encuestas a la población penitenciaria muestran que los delincuentes arrestados cometieron un gran número de delitos previo a su detención⁶⁶. Aproximadamente el 50% de los encuestados reconoció haber tenido un involucramiento previo en delitos similares⁶⁷. Los delincuentes cometen un gran número de delitos con fines de lucro, pero, más importante aún, este número indica una alta tasa de impunidad previo a su detención actual⁶⁸.

La evidencia inicial presentada en la *Tabla 5* indica que entre las personas arrestadas existen, por lo menos, dos poblaciones: 1) ladrones ocasionales o *dealers* de drogas que cometieron pocos delitos; y 2), delincuentes reincidentes o, en palabras de Pásara, delincuentes *habituales*, que cometieron numerosos delitos y presumiblemente hicieron una carrera con el tráfico de drogas o con los robos. Estas tasas, como bien explica la nota al pie n° 68, deben ser pensadas como un umbral o una línea de base.

Tabla 5. Delitos cometidos antes de la detención actual

	Argentina	Brasil	Chile	El Salvador	México	Perú
Número promedio de robos cometidos seis meses antes de la detención (mediana entre paréntesis)	21 (7)	17 (6)	44 (14)	10 (2)	47 (5)	17 (5)
Drogas: % de presos que vendían o transportaban drogas más de una vez a la semana (% por día en paréntesis)	54 (32)	73 (55)	54 (32)	N/D	83 (0)	44 (20)
Promedio de ventas mensuales por persona (en \$USD)	1273	6435	5110	69	14 626	402

Pregunta: “¿aproximadamente cuántas veces estuviste involucrado en robos (o venta/tráfico de drogas) durante los seis meses previos a tu detención?”

Fuente: Encuestas a la población penitenciaria (2013).

⁶⁶ Esta muestra no pudo medir el nivel de criminalidad de aquellos que evadieron la detección del sistema. Presumiblemente fueron más “profesionales” en la comisión de los delitos.

⁶⁷ Es difícil estimar esta tasa sub-registrada con precisión, debido a que muchos presos se negaron a responder a la pregunta.

⁶⁸ Dado que el sistema de justicia penal muy rara vez sentencia con pena de prisión a delincuentes que cometen su primer delito por drogas o contra la propiedad, es muy probable que la vasta mayoría de presos haya cometido delitos similares previo a su detención, a pesar de que se rehúsen a reconocerlo. Este análisis se basa en aquellos que informaron un número de crímenes y las ganancias que obtuvieron con ello.

Los *dealers* de droga reportaron una fuerte participación en el tráfico de drogas antes de su arresto. Más de la mitad lucró con las ventas de droga al menos una vez a la semana, y en Argentina, Chile y San Pablo (Brasil), al menos un tercio de este grupo lo hizo diariamente. Y si bien los ingresos mensuales en promedio son muy grandes, el valor más exacto de la mediana denota que, excluyendo a un puñado de grandes narcotraficantes, los *dealers* pequeños o medianos son los que terminan arrestados⁶⁹.

De manera similar, dentro de los que informaron un involucramiento previo en delitos contra la propiedad, el promedio para los seis meses anteriores a su detención sugiere un involucramiento muy intenso (que, de todas formas, debería ser visto como una línea de base). Curiosamente, en países o Estados con bajas tasas de criminalidad (Chile, Argentina, San Pablo y Perú) la ratio entre el promedio y la mediana es de alrededor de tres; para El Salvador, es de cinco y, para México, es casi de diez. Probablemente sea más difícil arrestar a delincuentes habituales en EAC que en países con tasas más bajas de delito. En otras palabras, los sistemas de justicia penal pueden perseguir más eficazmente a delincuentes de alta frecuencia en EBC (baja criminalidad).

1.4 Criminalidad real

272

Una medición indirecta del desempeño de los operadores judiciales puede obtenerse a partir del análisis de las condenas perseguidas por los fiscales y los veredictos emitidos por los jueces. Las encuestas a la población penitenciaria proveen información clave acerca de los delitos que derivaron en una sentencia condenatoria. En este sentido, los datos confirman que la mayor parte de los delincuentes cometieron crímenes de poca cuantía, ya que, si bien los promedios generales son en cierta forma altos en cuanto a la ganancia obtenida, la mediana sugiere con claridad que la abrumadora mayoría de los detenidos por delitos vinculados a las drogas y contra la propiedad no son líderes de organizaciones criminales. Para toda la muestra, un delito con fines de lucro que estaba valuado en \$10 000 dólares estadounidenses representa el percentil 79 para los criminales de delitos contra la propiedad, y el percentil 86 para los criminales por delitos vinculados con las drogas⁷⁰.

Del mismo modo, sólo 113 individuos (es decir, el 1,8% de la muestra) cometieron crímenes valuados en \$USD 100 000 o más. Analizados según el tipo de delito, menos del 1% de los criminales vinculados a delitos contra la propiedad, el 6% de

⁶⁹ Por ejemplo en Perú, un solo caso muy grande incrementó el promedio general, a pesar de que la mayoría de los casos son ventas de drogas muy pequeñas.

⁷⁰ Esto quiere decir que, para toda la muestra, el 79% de los delitos contra la propiedad y el 86% de los delitos por drogas que terminaron en una condena involucran montos menores a \$USD 10 000.

los traficantes de drogas y el 12% de los secuestradores han cometido crímenes con ganancias mayores a \$USD 100 000. Como bien se observa en las *Tablas 6* y *7*, Chile tiene un mayor porcentaje de presos que cometieron crímenes de alta valor económico, mientras que este porcentaje resulta ser mucho menor en países como Perú y México. Pareciera que Chile se concentra en criminales levemente más serios, mientras que los otros dos países tienen un mayor porcentaje de delincuentes de bajo nivel.

Por otra parte, los Crímenes de Alto Valor (CAV) usualmente terminan con sentencias más duras. En esta muestra la duración promedio de las sentencias por CAV fue de 14,2 años (con una sentencia mediana de 10 años), mientras que la duración promedio de los crímenes valuados en menos de \$USD 100 000 fue de 9,8 años (con una mediana de 7,1)⁷¹. Sin embargo, y dado que este es un cálculo estimado que está basado en el stock y no en el flujo, el número de CAV procesados por el sistema de justicia penal durante un año determinado es bastante menor.

En efecto, esta muestra incluye a 952 individuos que fueron arrestados en 2011 y 990 que fueron arrestados en 2010. Pero sólo 21 (2,2%) en 2011 y 14 (1,5%) en 2010 fueron condenados por crímenes cuyo valor excedía los \$USD 100 000⁷². En resumen, esta evidencia sugiere que los fiscales y los jueces imponen condenas para los delincuentes cuyos crímenes exceden los \$USD 100 000 en menos de un 3% del número total de casos procesados en un año determinado.

En síntesis, los datos de las encuestas muestran que los jueces y los fiscales no persiguen delincuentes profesionales o de CAV. Si bien más de la mitad de los presos cumplieron condenas por delitos con fines de lucro, éstos usualmente cometieron crímenes con un valor de mercado relativamente bajo. Resulta cuanto menos intrigante el hecho de que países que enfrentan grandes olas de hurtos y robos e importantes delitos vinculados con las drogas y los secuestros logran capturar abrumadoramente a los “peces pequeños” de la cadena.

273

⁷¹ El verdadero tiempo cumplido por estos presos puede ser menor dado que usualmente las sentencias pueden reducirse por buen comportamiento y otras medidas de salida anticipada. La mayoría de los presos, sin embargo, cumplió entre 2/3 y el tiempo completo de su sentencia.

⁷² Cuando el monto se establece en \$USD 10 000, la tasa de condena alcanza el 8,8% para el año 2011.

Tabla 6. Valor de los delitos que terminaron en una condena (en \$USD)

		Valor de lo robado	Valor de la droga	Valor del rescate (secuestros)
Argentina	Promedio	12 912,76	39 585,95	55 290,59
	Mediana	2546,74	1320,53	10 823,65
	N	341	38	14
Chile	Promedio	23 532,08	40 919,17	86 058,21
	Mediana	2107,55	3512,58	86 058,21
	N	388	102	2
Brasil	Promedio	30 601,56	40 429,60	38 876,68
	Mediana	2889,69	343,24	22 203,65
	N	236	141	7
El Salvador	Promedio	466,42	863,99	2075,35
	Mediana	34,95	16,69	959,96
	N	113	98	19
México	Promedio	14 681,28	137 768,67	267 757,59
	Mediana	878,95	311,67	18 926,63
	N	724	22	58
Perú	Promedio	36 131,43	328 040,49	3888,30
	Mediana	692,78	1800,00	1800,00
	N	387	109	8
Total	Promedio	20 746,13	103 897,37	153 983,64
	Mediana	1273,37	429,06	7570,65
	N	2189	482	110

274

Pregunta: "¿Cuál es el monto que las autoridades dicen que obtuviste (por robo, venta de droga o secuestro) o intentaste obtener?" (los montos fueron convertidos a dólares estadounidenses según el tipo de cambio del año del arresto).

Fuente: elaboración del autor a partir de las encuestas a la población penitenciaria.

Tabla 7. Porcentaje de presos que cometieron CAV dentro de cada país

	Argentina	Chile	Brasil	México	Perú
% mayor de 10 000	23,2	29,7	24,8	21,5	15,5
% mayor de 100 000	4,1	6,9	6,5	3,4	3,2

Fuente: elaboración del autor a partir de las encuestas a la población penitenciaria.

1.5 Corrupción

Otro factor que impacta fuertemente en la impunidad es la corrupción, que a su vez facilita a los delincuentes evadir las sanciones. Los transgresores que frecuentemente se involucran en actividades delictivas creen que pueden "salirse con la suya" si están dispuestos a sobornar a la policía y/o a los agentes judiciales. Como bien se muestra en la Tabla 7.6 del libro⁷³, el 28% de los presos en Argentina,

⁷³ Bergman, "More Money, More Crime...", op. cit., p. 216.

el 45% de los presos en México y el 37% de los presos en Perú reportaron haber sido intimidados a sobornar a los agentes encargados de la efectiva aplicación de la ley. En contraste, esa tasa resultó ser mucho menor en Chile, donde sólo un 13% denunció el pedido de sobornos. Dadas estas tasas de corrupción, es plausible que un gran número de delincuentes hayan evadido los castigos y ser arrestados debido a que fueron capaces de sobornar a las autoridades; particularmente, quienes cometieron CAV y tenían los recursos para evadir la persecución penal y la condena. En resumen, la corrupción contribuye a altos niveles de impunidad.

1.6 Resumen

La impunidad en América Latina es muy alta, y está asociada con altos niveles de criminalidad. Los fiscales y los jueces llevan hasta los tribunales a relativamente pocos delincuentes, y en su mayoría a quienes son fácilmente arrestados. Pareciera que el progreso ha sido muy escueto para desarticular eficazmente a las redes criminales. La disuasión del delito es débil debido a que son pocos los delincuentes detectados y sancionados por el sistema y, quienes terminan siéndolo, son fácilmente reemplazados por nuevos eslabones de la cadena, mientras que los líderes y los organizadores de las redes criminales han sido capaces de burlar al sistema de justicia penal. La evidencia presentada en este trabajo sostiene la hipótesis de que una débil disuasión del delito está asociada a un bajo rendimiento del sistema de justicia penal.

275

V. Conclusión

Los sistemas de justicia en América Latina enfrentan un dilema trascendental: cómo mejorar la seguridad pública cuando la escala de crímenes continúa en ascenso. El enfoque del doble equilibrio utilizado en este artículo provee una respuesta parcial. En este sentido, la naturaleza reactiva del sistema de justicia penal produce inercia y baja productividad. Está diseñado para funcionar moderadamente en EBC, pero colapsa íntegramente bajo EAC.

En unos pocos casos ejemplares, una persecución penal exitosa puede fortalecer la disuasión cuando la escala del delito es baja, pero su contagio y la disminución de la capacidad de aplicación de la ley arrojan resultados muy pobres en ambientes de alta criminalidad. En resumen, el rol tradicional de los jueces y los fiscales se ajusta a entornos donde los delincuentes pueden ser considerados como “desviados” – es decir, unos pocos *outsiders* en una sociedad que ampliamente respeta las reglas –.

Los EAC representan un obstáculo difícil de superar. Cuando el número de delincuentes es muy grande y continúa en aumento, un enfoque reactivo hacia el delito deja de ser efectivo. En estos entornos la efectiva aplicación de la ley se persigue agresivamente, forzando en ocasiones a los fiscales y a los jueces a tomar

medidas que ponen en peligro la protección de las garantías individuales. En este sentido, los operadores judiciales han sido entrenados para reaccionar, evaluar un caso y hacer juicios en base a responsabilidades individuales.

El crimen organizado, la criminalidad a gran escala y las instituciones corruptas operan bajo una lógica completamente diferente, donde los mercados ilegales, las pandillas criminales y las organizaciones poderosas se consolidan antes de que los fiscales y los jueces puedan llevar un caso hasta los tribunales. Este es el motivo por el cual los pobres – o el último eslabón de la cadena – son los más perseguidos por el sistema. Estos son los casos que sobrecargan a los tribunales, pero no resuelven los desafíos impuestos por las redes de criminalidad. El crimen organizado fácilmente toma ventaja de estos sistemas judiciales ineficaces.

Las pocas situaciones en donde el crimen ha disminuido significativamente (Bogotá y Medellín, en Colombia; Río de Janeiro y San Pablo, en Brasil; Ciudad Juárez, en México) pueden ser explicadas tanto por un decrecimiento natural a partir de una tasa anormal de criminalidad epidémica (la tasa de homicidios de Medellín, de 300 cada 100 000 habitantes a mediados de los años 90', es tan anormal que algunas medidas iniciales de pacificación naturalmente derivarían en una reducción asombrosa de los homicidios, un proceso similar a lo que pasó en algunos Estados de México), como por una activa y agresiva aplicación de la ley (en combinación con otras políticas sociales), donde no sólo la policía, sino también los fiscales y los jueces, intervienen activamente.

Finalmente, este trabajo ha mostrado con claridad que los fiscales y los jueces han acusado y sentenciado, abrumadoramente, a delincuentes pobres y marginales. Esta “máquina de condenas” persigue en su mayoría a los sectores de clases bajas y ha fallado en asestar cualquier golpe serio a los organizadores del crimen, a los grandes depredadores del delito y a los delincuentes poderosos.

¿Por qué estos países continúan con esta política tan débil? ¿Por qué no se han producido cambios en esta “máquina de condenas” a la luz de sus magros resultados? ¿Por qué a los países de la región les importa tan poco la disuasión del delito? Todos estos interrogantes pueden ser motivo de otro estudio. No obstante, sugiero que una posible respuesta puede hallarse dentro de un marco teórico weberiano. En este sentido, los Ministerios Públicos Fiscales y los tribunales penales constituyeron una fuerte burocracia judicial que recibió recursos significativos, especialmente luego del retorno a la democracia, pagando salarios por cargos que requieren muy poco en términos de productividad.

En el nombre de los derechos individuales, los países optaron porque los fiscales y los jueces no tuvieran que rendir estrictamente cuentas sobre su trabajo. En definitiva, se les otorgó recursos y poder sin mayores requisitos en términos de rendición de cuentas. Una falla recurrente de los Estados latinoamericanos.

Apéndice I. Adultos condenados por la comisión de delitos (cada 100 000 habitantes)

	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010
Rep. Dominicana			42,4	59,3				
Costa Rica	135,5	149,9	127,7	122,7	124,3	124,9	156,9	186,1
Guatemala		13,1	24,7	24,6	26,6	37,0	40,5	
México	216,9	218,9	218,1	208,0	208,7	203,0	196,0	192,9
Nicaragua								198,2
Panamá			184,3	194,7			285,8	
Bolivia			29,0	33,6				
Chile	232,2		47,8	95,9	122,0	129,5	129,2	127,0
Colombia		335,1	243,7		277,5	238,8	217,1	210,9
Ecuador	28,5	29,0						
República de Corea	544,1	585,7	544,3	503,9	551,5	603,8	686,2	
Malasia			348,7	390,0				
Filipinas			10,7	10,6				
Tailandia			1202,6	1260,4				
Bielorrusia	760,8	874,9	925,4	924,4	839,9	816,7	758,0	
Bulgaria	390,0	410,9	427,0	433,8	439,2	525,7	601,4	583,0
República Checa		790,0	764,7	798,5	888,3	858,7	827,2	816,7
Hungría	1075,7	1129,2	1120,7	1109,1	997,8	959,3	987,9	
Polonia	1399,7	1713,8	1670,6	1522,5	1392,6	1365,2	1339,3	1388,3
Moldavia	547,5	388,0	432,7	394,1	322,6	245,4	257,1	
Rumanía	406,5	364,9	339,2	289,5	234,4	188,8	177,5	
Federación Rusa		608,5	677,7	715,3	726,4	729,7	714,6	682,3
Eslovaquia	593,8	589,9	608,5	565,4	582,7	610,0	659,1	665,6
Ucrania	474,2	482,3	420,2	387,8	374,4	362,7	366,8	421,9
Estonia	566,9	908,9						
Finlandia	4688,9	5040,8	5099,6	5008,6	5490,3	5364,7	4568,6	4532,3
Islandia	1135,8	1141,3						
Letonia	634,0	616,0	534,5	471,6	490,2	524,8	522,2	475,3
Lituania	574,8	515,7	471,7	438,1	422,1	429,7	436,2	476,3

Dinamarca	1517,1	1618,7	1703,9	1609,5	1311,6	1354,0	1488,0		
Noruega	357,6	332,9	404,1	372,4	350,9	330,2	308,1	355,0	
Suecia	1294,9	1286,9	1289,6	1319,7	1357,7	1448,2	1516,9	1464,2	
Reino Unido (Inglaterra y Gales)	3402,9	3515,7	3340,0	3178,6	3134,8	3009,4	3109,4	3011,3	
Reino Unido (Escocia)	1007,5	1099,8	1077,7	1159,0	1165,5	1152,7	1100,8	1085,6	
Albania	280,0	304,9	297,1	304,7	256,9	338,4			
Bosnia y Herzegovina				604,3	588,2	532,7	558,1	542,7	
Croacia	643,8	668,2	608,2	676,4	682,0	674,0	707,0	680,3	
Italia	451,5	489,8	448,8	398,7					
Portugal	724,4	712,8	683,2	709,8	853,7	902,6	802,2	802,0	
Serbia			484,6	543,5	505,9	548,4	529,7	280,0	
Eslovenia	417,2	488,1	469,4	490,4	521,6	522,2	478,1	479,7	
España				460,0	479,3	603,9	632,8	603,3	
Austria	592,6	637,3	645,3	607,6	596,5	520,7	509,4		
Francia	1117,0	1172,4	1226,1	1303,0	1338,0	1333,2	1325,4	1318,1	
Alemania	1016,0	1063,7	1064,8	1017,0	1217,6	1183,8	1140,1	1101,9	
Países Bajos	906,9	919,8	872,4	870,8	904,7	794,9	796,1	653,6	
Suiza	1361,6	643,8	641,6	643,1	583,6	624,1	649,7	666,8	
Australia		1443,9	1484,0	1505,9	1795,6	1818,1	1790,8	1727,2	
Nueva Zelanda	2567,2	2587,4	2483,9	2543,8	2705,3	2686,1	2989,7	2906,1	

Nota: las celdas en blanco denotan que no hay información disponible al respecto.

Fuente: <https://www.unodc.org/unodc/en/data-and-analysis/statistics/data.html>

VI. Referencias

- Alcaíno Arellano, Eduardo, “Persecución penal de delitos complejos: Chile”, en Centro de Estudios de Justicia de las Américas, *Persecución de delitos complejos: experiencias en la investigación criminal*, Santiago de Chile, CEJA, 2013, pp. 11-209.
- Alianza por la Paz y La Justicia, *Combatiendo la impunidad en Comayagua: éxitos y obstáculos*, 2014, <https://bit.ly/3Adax2V>.
- Azaola, Elena y Bergman, Marcelo, “Cárceles en México: Cuadros de una Crisis”, *URVIO. Revista Latinoamericana de Seguridad Ciudadana*, n° 1, 2007, pp. 74-87.
- Azaola, Elena; Bergman, Marcelo y Magaloni, Ana Laura, *Delincuencia, marginalidad y desempeño institucional. Resultados de la segunda encuesta a población en reclusión en el Distrito Federal y el Estado de México*, México, Centro de Investigación y Docencia Económicas, 2006.
- Baytelman, Andrés y Duce, Mauricio, *Evaluación de la reforma procesal penal: estado de una reforma en marcha*, Santiago de Chile, CEJA y Universidad Diego Portales, 2003.
- Bergman, Marcelo, *More Money, More Crime: Prosperity and Rising Crime in Latin America*, Nueva York, Oxford University Press, 2018.
- Bergman, Marcelo y Cafferata, Fernando, “Procuración de justicia en las entidades federativas. Gasto fiscal y eficacia de las procuradurías estatales”, *Gestión y Política Pública*, vol. XXII, 2013, pp. 157-194.
- Bergman, Marcelo y Langer, Máximo, “El Nuevo Código Procesal Penal Nacional Acusatorio: Aportes Empíricos para la Discusión en Base a la Experiencia en Provincia de Buenos Aires”, *Revista de Derecho Procesal Penal*, Donna dir., n°1, 2015, pp. 51-80.
- Binder, Alberto y Obando, Jorge, *De las “Repúblicas aéreas” al Estado de derecho. Debate sobre la marcha de la reforma judicial en América Latina*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2004.
- Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), *Justicia y Gobernabilidad Democrática*, Santiago de Chile, CEJA, 2003, www.cejamericas.org.
- _____, *Desafíos del Ministerio Público Fiscal en América Latina*, Santiago de Chile, CEJA, 2005.

_____, *La Reforma Procesal Penal en Colombia*, Santiago de Chile, CEJA, 2006, www.cejamericas.org.

_____, *Reporte sobre la justicia en las Américas 2008-2009*, Santiago de Chile, CEJA, 2008, <https://bit.ly/3EuA3Dp>.

_____, *Persecución de Delitos Complejos: Capacidades de los Sistemas Penales en América Latina*, Santiago de Chile, CEJA, 2010.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas*, 2013, <https://bit.ly/3UUxQGq>.

Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos (COMJIB), *Estadísticas e Indicadores Armonizados de los Sistemas de Justicia. América Latina*, 2012, <https://bit.ly/3E8YUeC>.

Decker, Klaus; Möhlen, Christian y Varela, David, *Improving the Performance of Justice Institutions. Recent Experiences from Selected OECD Countries Relevant for Latin America*, Documento del Banco Mundial n° 63725, Washington D.C., Banco Mundial, 2011, <https://bit.ly/3E1zBuO>.

280 De la Jara, Ernesto y otros, *La prisión preventiva en el Perú: ¿medida cautelar o pena anticipada?*, Lima, Perú, Instituto de Defensa Legal, 2013, <https://bit.ly/3g2qFxx>.

Dirección Nacional de Política Criminal de la República Argentina, *Sistema Nacional de Información Criminal. Informe total país*, 2008, <https://bit.ly/3hF8COc>.

Dirección Nacional de Política Criminal de la República Argentina, *Sistema Nacional de Estadísticas sobre Ejecución de la Pena. Informe Anual República Argentina*, 2013, <https://bit.ly/3WVb6YS>.

Domingo, Pilar y Sieder, Rachel (eds.), *Rule of Law in Latin America: The International Promotion of Judicial Reform*, Londres, Institute of Latin American Studies, University of London, 2001.

Duce, Mauricio, “Visión Panorámica sobre el uso de la prisión preventiva en América Latina en el contexto de los sistemas procesales penales reformados”, en Centro de Estudios de Justicia de las Américas, *Prisión Preventiva en América Latina: Enfoques para Profundizar el Debate*, Santiago de Chile, CEJA, 2013, pp. 13–92.

Duce, Mauricio; Fuentes, Claudio y Riego, Cristián, “La reforma procesal penal en América Latina y su impacto en el uso de la prisión preventiva”, en Riego, Cristián

- y Duce, Mauricio (eds.), *Prisión Preventiva y Reforma Procesal Penal en América Latina: Evaluación y Perspectivas*, Santiago de Chile, CEJA, 2009, pp. 13-72.
- Duce, Mauricio y Pérez Perdomo, Rogelio, “Citizen Security and Reform of the Criminal Justice System in Latin America”, en Frühling, Hugo y Tulchin, Joseph (eds.), *Crime and Violence in Latin America: Citizen Security, Democracy, and the State*, Washington D.C., Woodrow Wilson Center Press, 2003, pp. 69-92.
- Execução Penal, *Relatórios Estatísticos / Analíticos do Sistema Prisional Brasileiro*, Estatísticas do Sistema Prisional, Ministerio da Segurança Pública, 2014.
- Fiscalía Nacional de Chile, *Ministerio Público. Boletín Estadístico. Año 2009 (enero a diciembre 2009)*, 2010, <https://bit.ly/3Ac3A1S>.
- Fundación Institucionalidad y Justicia (FINJUS), *Segundo Censo Penitenciario*, Santo Domingo, FINJUS, 2012, <http://www.finjus.org.do/>.
- Ginsburg, Tom y Moustafa, Tamir (eds.), *Rule by Law: The Politics of Courts in Authoritarian Regimes*, Nueva York, Cambridge University Press, 2008.
- Hammergren, Linn, “Quince años de reforma judicial en América Latina: dónde estamos y por qué no hemos progresado más”, en Fuentes Hernández, Alfredo (ed.), *Reforma judicial en América Latina. Una tarea inconclusa*, Bogotá, Corporación Excelencia en la Justicia, 1999, pp. 3–33.
- _____, *Envisioning Reform: Improving Judicial Performance in Latin America*, Pensilvania, The Pennsylvania State University Press, 2007.
- Harrendorf, Stefan; Heiskanen, Markku y Malby, Steven (eds.), *International Statistics on Crime and Justice*, Helsinki, European Institute for Crime Prevention and Control y United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC), 2010, <https://bit.ly/3USNW3m>.
- Helmke, Gretchen y Ríos-Figueroa, Julio (eds.), *Courts in Latin America*, Nueva York, Cambridge University Press, 2011.
- Hilbink, Lisa, *Judges beyond Politics in Democracy and Dictatorship: Lessons from Chile*, Nueva York, Cambridge University Press, 2007.
- Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática de México (INEGI), *Boletín de Prensa*, 552 (14), 2014.
- Langer, Máximo, “Revolution in Latin American Criminal Procedure: Diffusion

of Legal Ideas from the Periphery”, *The American Journal of Comparative Law*, vol. 55, n° 4, 2007, pp. 617-676.

La Rota, Emilio y Bernal, Carolina, *Esfuerzos irracionales. Investigación penal del homicidio y otros delitos complejos*, Bogotá, Colección Dejusticia, 2014.

Lorenzo, Leticia; Riego, Cristián y Duce, Mauricio (eds.), *Prisión Preventiva y Reforma Procesal Penal en América Latina: Evaluación y Perspectivas. Vol. 2*, Santiago de Chile, CEJA, 2011.

Magoga, Aldo, nota de opinión, “Condenas que liberan”, *Plaza Pública*, 27 de mayo de 2014, disponible en <https://bit.ly/3GffXOM>.

Maier, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal. Tomo II. Sujetos Procesales*, Buenos Aires, Editores Del Puerto, 2003.

México Evalúa, *Seguridad y Justicia Penal en los estados: 25 indicadores de nuestra debilidad institucional*, 2012, <https://bit.ly/3TwiKpy>.

_____, *Indicadores de Víctimas Visibles e Invisibles de Homicidio*, 2012, <https://bit.ly/3Trzezr>.

282

Moreno, Alejandro, “¿Impunidad cero?”, *Observatorio Venezolano de la Violencia*, 28 de octubre de 2014, disponible en <https://bit.ly/3E55AKE>.

Pásara, Luis, “Cómo sentencian los jueces de México, D.F. en materia penal”, *Revista Penal*, n° 14, 2004, pp. 141–173.

_____, “El impacto de la reforma procesal penal en la seguridad ciudadana”, *Derecho PUCP*, n° 65, 2010, pp. 55–67.

_____, *International Support for Justice Reform in Latin America: Worthwhile or Worthless?*, Washington D.C., Woodrow Wilson Center, 2012, <https://bit.ly/3tv97Na>.

_____, “¿Qué impacto tiene la reforma procesal penal en la seguridad ciudadana?”, en Basombrío, Carlos (ed.), *¿A dónde vamos? Análisis de políticas públicas de seguridad en América Latina*, Washington D.C., Woodrow Wilson Center, 2013, pp. 203-225.

_____, *Una reforma imposible. La justicia latinoamericana en el banquillo*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2014.

Tiede, Lydia, “Chile’s Criminal Law Reform: Enhancing Defendants’ Rights and Citizen Security”, *Latin American Politics and Society*, vol. 54, n° 3, 2012, pp. 65–93.

Vintimilla, Jaime y Villacís, Gabriela, “Independencia judicial insuficiente, prisión preventiva deformada: Informe Ecuador”, en Fundación para el Debido Proceso, *Independencia judicial insuficiente, prisión preventiva deformada. Los casos de Argentina, Colombia, Ecuador y Perú*, Washington D.C., Fundación para el Debido Proceso, 2013, pp. 115–145.

Waiselfisz, Julio, *Homicídios e Juventude no Brasil. Mapa da Violência 2014*, Brasília, Secretaría General de la Presidencia de la República de Brasil, 2014.

Zaffaroni, Raúl, *En Torno de la Cuestión Penal*, Buenos Aires, Editorial B de F, 2005.

Reseñas

Reseña normativa

Janice Balanian

Durante el segundo semestre del 2022 el Congreso de la Nación aprobó 27 leyes, entre las cuales sobresale la sanción del Presupuesto General de la Administración Nacional para el ejercicio 2023. También se aprobaron un conjunto de normas de materia productiva, como la modificación de la Ley de Inversión, Construcción y Producción Argentina; la modificación a la Ley de Promoción del Desarrollo y Producción de la Biotecnología Moderna y Nanotecnología; y la Ley de Promoción de Inversiones en la Industria Automotriz-Autopartista y su cadena de valor.

Además, el Legislativo aprobó la Ley de Cuidados Paliativos, la Ley de Abordaje Integral de Personas Víctimas de Violencia de Género, y le otorgó jerarquía constitucional a la Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores.

En efecto, en el período en curso, el Congreso Nacional dictó las siguientes Leyes:

- Ley 27.678 – Ley de Cuidados Paliativos.
- Ley 27.679 – Incentivo a la Inversión, Construcción y Producción Argentina.
- Ley 27.680 – Ley de Prevención y Control de la Resistencia a los Antimicrobianos.
- Ley 27.681 – Día Nacional del Pistero Socorrista.
- Ley 27.682 – Transferencia a título gratuito de un inmueble propiedad del Estado Nacional a la Municipalidad de San Fernando, Provincia de Buenos Aires.
- Ley 27.683 – Institución del Día y Semana Nacional del Árbol.
- Ley 27.684 – Declara Día Nacional del Síndrome de Dravet.
- Ley 27.685 – Modificación a la Ley de Promoción del Desarrollo y Producción de la Biotecnología Moderna y Nanotecnología.
- Ley 27.686 – Ley de Promoción de Inversiones en la Industria Automotriz-Autopartista y su cadena de valor.
- Ley 27.687 – Aprobación del Consejo Fiscal suscripto el 27 de diciembre de 2021.
- Ley 27.688 – Autorización de la entrada de tropas extranjeras al territorio nacional y de la salida de fuerzas nacionales para participar en los ejercicios contemplados en el Programa de Ejercitaciones Combinadas.

- Ley 27.689 – Aprobación del Acuerdo por el que se crea la Fundación Internacional UE-ALC celebrado en la Ciudad de Santo Domingo el 25 de octubre de 2016.
- Ley 27.690 – Nuevo plazo de ejecución del Programa Nacional de Entrega Voluntaria de Armas de Fuego.
- Ley 27.691 – Modificación de Declaración de utilidad pública y expropiación de inmueble ubicado en la provincia de Mendoza.
- Ley 27.692 – Modificación de la Ley 20.655, artículo 20, Ley del Deporte y sus modificatorias.
- Ley 27.693 – Prórroga sobre determinados gravámenes y asignaciones específicas hasta el 31 de diciembre de 2072.
- Ley 27.694 – Régimen de Regularización Dominial para la Integración Socio Urbana.
- Ley 27.695 – Declaración de utilidad pública y sujeto a expropiación los inmuebles popularmente conocidos como República de Cromañón sitios en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
- Ley 27.696 – Abordaje integral de personas víctimas de violencia de género.
- Ley 27.697 – Cesión de jurisdicción de inmuebles al Estado nacional por la provincia de Tucumán.
- Ley 27.698 – Adhesión al Fondo Multilateral de Inversiones III del Banco Interamericano de Desarrollo.
- Ley 27.699 – Protocolo Modificatorio del Convenio para la Protección de las Personas con respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal.
- Ley 27.700 – Otorga jerarquía constitucional a la Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores aprobada por Ley 27.360.
- Ley 27.701 – Presupuesto General de la Administración Nacional para el Ejercicio 2023.
- Ley 27.702 – Prórroga impositiva hasta el 31 de diciembre de 2027.
- Ley 27.703 – Transferencia a título gratuito a la municipalidad de Río Turbio de la provincia de Santa Cruz el dominio de inmuebles propiedad del Estado Nacional.
- Ley 27.704 – Transferencia a título gratuito a la Municipalidad de Larroque, provincia de Entre Ríos el dominio de un inmueble destinado a la construcción y funcionamiento del anexo de la Municipalidad de Larroque.

Tras la enumeración anterior, a continuación, se ofrece una síntesis del contenido de algunas de esas Leyes..

Ley 27.678¹

Cuidados Paliativos

El 5 de julio de 2022 el Congreso Nacional sancionó la Ley de Cuidados Paliativos, cuyo objetivo es asegurar el acceso de los pacientes a las prestaciones integrales sobre cuidados paliativos en sus distintas modalidades. A su vez, busca promover el acceso a las terapias disponibles para la atención paliativa, tanto farmacológicas como no farmacológicas, que estén basadas en evidencia científica.

De acuerdo con la norma, los cuidados paliativos son entendidos como “un modelo de atención que mejora la calidad de vida de pacientes y familias que se enfrentan a los problemas asociados con enfermedades que amenazan o limitan la vida, a través de la prevención y alivio del sufrimiento por medio de la identificación temprana, evaluación y tratamiento del dolor y otros problemas, físicos, psicológicos, sociales y espirituales”.

Con relación a sus principios, la norma se sustenta en el respeto por la vida y el bienestar de las personas, en la equidad en el acceso oportuno de las prestaciones, en el respeto a la dignidad y autonomía del paciente en las decisiones sobre sus tratamientos y los cuidados que debe recibir a lo largo de su enfermedad, y en la interculturalidad.

Para cumplir con el objetivo de la ley, la autoridad de aplicación tiene un conjunto de funciones, entre las cuales sobresale la de propiciar el acceso a medicamentos esenciales en cuidados paliativos, especialmente a los analgésicos en distintas formulaciones.

Además, la ley establece que las obras sociales, las entidades de medicina prepaga y todos los agentes que brinden servicios médicos asistenciales a sus afiliados están obligados a brindar cobertura en cuidados paliativos a las personas que lo necesiten, incluyendo como mínimo las prestaciones que determine la autoridad de aplicación.

Por último, cabe señalar que las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires fueron invitadas a adherirse a la norma.

289

Ley 27.679²

Incentivo a la Inversión, Construcción y Producción Argentina

El 10 de agosto de 2022 el Congreso Nacional aprobó la norma que extiende por 360 días el incentivo a la inversión, construcción y producción previsto por

¹ La Ley 27.678 fue promulgada por el Poder Ejecutivo el 20 de julio de 2022 (Decreto N° 471/2022, Boletín Oficial N° 34.966).

² La Ley 27.679 fue promulgada por el Poder Ejecutivo el 19 de agosto de 2022 (Decreto N° 522/2022, Boletín Oficial N° 34.987).

el Título II de la Ley 27.613. Además, prevé la creación del “Puente al Empleo” para facilitar la transformación de planes, programas sociales y prestaciones de la seguridad social en trabajo para el sector de la construcción.

Con relación al primer punto, la norma restablece el programa de normalización de ingreso de la tenencia de moneda nacional y extranjera para la realización de inversiones en desarrollos inmobiliarios, con un impuesto que se abona por los montos de tenencias no declaradas oportunamente y se determina según la fecha de adhesión al programa.

Al respecto, indica que el impuesto especial que establece el artículo 9° de la Ley 27.613 se determina en base a la fecha de ingreso de la tenencia conforme a las siguientes alícuotas: a) ingresados desde los 90 días desde la entrada en vigencia: 5%, b) ingresados en los siguientes 90 días: 10%, c) ingresados en los siguientes 180 días: 20%.

En cuanto al segundo punto, la ley establece que los titulares de programas sociales y de empleo vigentes -o que se instituyan en un futuro- que sean contratados en el marco de la Ley 27.613 y que cumplan con la capacitación y los cursos de formación que se establezcan, podrán seguir percibiendo los beneficios y prestaciones que otorgan dichos programas por 360 días.

Por último, la norma invita a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y a las provincias para que establezcan exenciones en el impuesto de sellos y promuevan que sus municipios otorguen incentivos tributarios en el marco del régimen de incentivo a la inversión, construcción y producción argentina.

290

Ley 27.696³

Abordaje Integral de Personas Víctimas de Violencia de Género

El 27 de octubre de 2022 el Congreso Nacional aprobó la Ley 27.696 que tiene por objeto incorporar al Programa Médico Obligatorio (PMO) de las obras sociales nacionales un protocolo para el abordaje integral de personas víctimas de violencia de género a través de la cobertura total e integral de las prácticas preventivas y terapéuticas.

La norma incluye las terapias médicas, psicológicas, psiquiátricas, farmacológicas, quirúrgicas y toda otra atención que sea necesaria. En ese sentido, establece que las obras sociales deberán articular con las instancias nacionales, provinciales y/o locales que provean programas para la atención de la violencia de género a los fines de garantizar que la atención integral de las víctimas se realice con los parámetros y las indicaciones adecuadas.

A su vez, toma la definición de violencia de género prevista por la Ley Nacional

³ La Ley 27.696 fue promulgada por el Poder Ejecutivo el 9 de noviembre de 2022 (Decreto N° 759/2022, Boletín Oficial N° 35.044).

26.485 de Protección Integral de las Mujeres en sus artículos 4°, 5° y 6°. De acuerdo con esta norma, constituye violencia contra las mujeres cualquier conducta, acción u omisión, basada en una relación desigual de poder, que afecte su vida; libertad; dignidad; integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal.

Ley 27.699⁴

Protocolo Modificadorio del Convenio para la Protección de las Personas con respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal

El 9 de noviembre de 2022 el Congreso Nacional aprobó el Protocolo Modificadorio del Convenio para la Protección de las Personas con respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal (en adelante, “el Protocolo”) suscripto en la Ciudad de Estrasburgo, República Francesa, el 10 de octubre de 2018.

El Convenio es un instrumento multilateral de carácter vinculante que obliga a los Estados miembros a garantizar el tratamiento adecuado de los datos personales. El Protocolo actualiza el Convenio mediante la ampliación de sus definiciones, la incorporación de principios y el reconocimiento de nuevos derechos a los titulares de datos.²⁹¹

Respecto al primer punto, incorpora la figura de “encargado del tratamiento” a la cual define como la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio, organismo o cualquier otro órgano que de tratamiento a datos personales en nombre del responsable del tratamiento. También incluye en la definición de categorías especiales de datos a los datos genéticos y biométricos, cuyo tratamiento solo está permitido cuando la ley establece salvaguardas adecuadas que complementen al Convenio.

En materia de seguridad de los datos, el Protocolo prevé que el responsable de los datos debe notificar sin demora, al menos a la autoridad de supervisión, sobre toda filtración de datos que pueda afectar gravemente los derechos y libertades fundamentales de los titulares de datos. A su vez, amplía la información que el responsable de los datos debe brindar a los titulares, incluyendo los fundamentos legales del tratamiento y las categorías de los datos personales tratados.

Por otro lado, determina que cada persona tiene derecho a no estar sujeto a una decisión, sin considerar sus opiniones, que lo afecte significativamente sobre la base exclusiva de un tratamiento automatizado de datos y a conocer el razonamiento subyacente al tratamiento de datos cuando sus resultados se le apliquen.

Finalmente, establece la creación de un Comité del Convenio que tendrá entre

⁴ La Ley 27.699 fue promulgada por el Poder Ejecutivo el 29 de noviembre de 2022 (Decreto de Promulgación N° 16.542/2022, Boletín Oficial N° 58.056).
Revista Jurídica de la Universidad de Palermo (ISSN 1668-5642) y el ISSN 2718-7063 | pp. 287-292 | Año 20, N° 2 | Noviembre de 2022

sus facultades la de evaluar, ante solicitud de un Estado u organismo internacional, el nivel de protección de datos personales proporcionados por un Estado para determinar si cumple las disposiciones del Convenio y, cuando fuera necesario, ofrecer recomendaciones para lograr dicho cumplimiento.

Reseñas bibliográficas



***Tomando las consecuencias en serio. Ensayos en homenaje a Martín Diego Farrell*, AA. VV., Joaquín Millón Quintana y María Paula Saulino (coords.), Buenos Aires, La Ley, 2022, pp. 512.**

Reseña por Elisabeth Inés Berra y Leandro Abel Martínez*

En 2022, la Universidad de Palermo y la editorial Thomson Reuters-La Ley publicaron la obra “Tomando las consecuencias en serio. Ensayos en homenaje a Martín Diego Farrell”, coordinada por Joaquín Millón Quintana y María Florencia Saulino. El texto comienza con unas palabras preliminares de Owen Fiss y cuenta con la participación de veinticinco autores. Se encuentra dividido en cuatro partes en torno a las ideas y las contribuciones de Martín Diego Farrell (en adelante, MDF): *Ética*, *Filosofía política*, *Teoría del Derecho* y *Teoría Constitucional*. Los trabajos exponen y discuten con rigurosidad y sentido crítico, pero también

* Coordinadores de la maestría en “Teoría del Derecho y argumentación jurídica aplicada” de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, dirigida por los Prof. Dres. Martín Diego Farrell y Leandro Vergara.

con afecto, el pensamiento de uno de los filósofos y juristas más importantes e influyentes de la Argentina. A continuación se ofrece una breve reseña de cada uno de los aportes que conforman la obra, cuya lectura integral permite dar cuenta del enorme magisterio de MDF.

* * *

Palabras preliminares

Owen Fiss - Un filósofo que resulta ser también abogado

Recuerda que MDF integraba el grupo de “filósofos” que conversaba con el presidente Raúl Ricardo Alfonsín sobre temas del proceso de la transición democrática. Lo define como un filósofo moral, cuya capacidad de análisis está a la altura del trabajo de los mejores abogados del mundo. Repasa el itinerario de la generación del homenajeado y de sus seguidores. Cierra sus palabras destacando la intervención de MDF en el último encuentro, en 2019, del Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política (SELA) con su ponencia “La autonomía como valor constitucional”.

294

I. Ética

1. Eduardo Rivera López - El bienestar como único valor y la Máquina de Nozick

Sostiene que el talento de MDF se revela mejor en sus ensayos breves y específicos. Analiza el artículo “La satisfacción de las preferencias y los límites del utilitarismo”¹ y la réplica que le formula Juan Rodríguez Larreta. Se concentra en la teoría axiológica del utilitarismo y en cómo MDF compatibiliza sus argumentos con el “Principio de Sidwick” y la objeción de la “Máquina de Experiencias” de Robert Nozick. Según Rivera López, la versión de MDF combina el bienestarismo de estado mental y el hecho objetivo correlativo de satisfacción de deseos o de preferencias.

¹ Farrell, Martín Diego, “La satisfacción de las preferencias y los límites del utilitarismo”, *Telos. Revista Iberoamericana de Estudios Utilitaristas*, vol. 4, nº 1, 1995, pp. 41-50.

2. Horacio Spector - Las tribulaciones del profesor Demorón y la terapia de Martín Farrell

Analiza el artículo “Mostrando vínculos: actualismo y posibilismo”², en donde MDF menciona el caso hipotético del profesor Demorón. Argumenta, en desacuerdo con MDF, que el deontologismo moral brinda respuestas más satisfactorias al dilema consistente en la elección de opciones, descartando la bondad de las consecuencias y privilegiando las normas y los principios morales. Explica que MDF pregona un utilitarismo ético pluralista y limitado por los principios del Estado liberal neutral. Asimismo, describe que MDF en su ensayo utiliza dos teorías éticas: el deontologismo y el consecuencialismo. Señala que MDF prefiere el consecuencialismo (subjetivista) y su tendencia al actualismo (en vinculación con el internalismo metaético), en contraposición con el deontologismo que se inclina por el posibilismo. Entonces, según Spector, para MDF el actor debe elegir la opción que obtendrá el mayor valor moral esperado, teniendo en cuenta la probabilidad de éxito en su realización.

3. Jaime Malamud Goti - Martín Farrell y un heroico sentido de la vida

Toma dos cuentos de Borges, “Deutsches Requiem” y “Emma Zunz”, referidos a héroes y traidores, para destacar que MF —no utiliza su segundo nombre, para no confundirlo con otros Farrell (s)— nos enseña a razonar en términos éticos a fin de que nuestros actos redunden en cambios ventajosos. Enfatiza que, en el ejercicio de su magisterio, MF invirtió un gran esfuerzo, sacrificio y heroísmo.

295

4. Hugo Omar Seleme - Experiencia y Teoría Moral

El análisis parte de dos principios que, a criterio del autor, guían las reflexiones morales del pensamiento de MDF. El primero, dirigido a determinar la filosofía moral correcta, plantea que para definir la corrección o incorrección de una acción debe ponerse el foco en sus consecuencias. Si estas son valiosas, su realización es correcta y su omisión está prohibida. El segundo, se orienta a precisar cuál es la manera correcta de hacer filosofía moral, exige dejar de lado los propios prejuicios y convicciones para centrarse exclusivamente en argumentos racionales. Seguidamente, decide ahondar en esta última regla con el objeto de demostrar la incorrección del utilitarismo. A tal fin, expone que el problema principal reside en que el utilitarismo comienza en la experiencia moral, pero no culmina en esta. Concluye que cuando se deja de lado la idea equívoca que resulta irreflexiva una

² Farrell, Martín Diego, “Mostrando vínculos: actualismo y posibilismo”, en *Filosofía Moral, Política y del Derecho*, Buenos Aires, La Ley, 2019.

creencia moral particular si no existe un principio general que la avale, se desdibuja la falsa conexión entre generalidad e importancia o profundidad.

5. Rodrigo Sánchez Brígido - Internalismo, externalismo y la naturaleza de la normatividad

Aborda el debate teórico sobre la naturaleza de las razones morales y su relación con la normatividad. Expone, asimismo, el pensamiento de MDF en el capítulo “¿Son las razones morales internas o externas?”³. Señala que el autor en la disputa entre internalismo y externalismo argumenta en favor de la primera de las teorías. Explica que MDF define al internalismo como la tesis que afirma que son los deseos del agente los que provocan la existencia de las razones (morales, jurídicas, etc.). La tesis externalista, en cambio, concibe la existencia de las razones con independencia de las motivaciones. Sánchez Brígido reseña los problemas advertidos por MDF y evalúa las tensiones de su preferencia por el internalismo, a pesar de que esa teoría no puede dar cuenta de la normatividad de las razones morales.

6. Agustina Ramón Michel - Si tan solo fuera una decisión: La autonomía en la eutanasia

296

El artículo profundiza sobre dos cuestiones: la primera, la importancia de analizar qué es lo que efectivamente sucede en la práctica frente a las decisiones al final de la vida (DFV), en particular, respecto de los cuidados paliativos y la eutanasia activa, para repensar las nociones liberales clásicas de la autonomía; y la segunda, la necesidad de incorporar las “relaciones” en las reflexiones jurídicas. A tal fin, distingue los conceptos de cuidados paliativos, eutanasia —activa y pasiva—, así como el suicidio asistido remarcando que en la práctica las fronteras entre estos pueden desdibujarse, aun cuando persisten en los desarrollos jurídicos. A continuación, expone que MDF señala que la permisón de la eutanasia encuentra sustento en un principio moral: la autonomía⁴. Desde la teoría liberal clásica, la autonomía es concebida como la capacidad de un individuo racional de darse su propia ley. Sin embargo, anticipa que en la práctica la cuestión se presenta de manera más compleja y menos nítida, lo que la lleva a reconceptualizar la autonomía a través de un enfoque relacional.

³ Farrell, Martín Diego, “¿Son las razones morales internas o externas?”, en *Entre el derecho y la moral*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012, pp. 261-321.

⁴ Farrell, Martín Diego, “¿Qué implica morir con dignidad? Miradas éticas sobre la eutanasia”, conferencia organizada por *Criterio*, 8 de julio de 2021.

7. Sonia Ariza Navarrete - La ética clínica: Del paternalismo fiduciario a la autonomía relacional

El propósito del trabajo es dejar de lado la perspectiva liberal hegemónica que rige las relaciones de profesionales de la salud y pacientes, denominada “utilitarismo de mercado” y alcanzar una ética estructurada sobre la autonomía más allá del individualismo. Manifiesta que aun las mejores versiones del utilitarismo liberal —como la desarrollada por MDF en “Utilitarismo: ética y política”⁵— chocan con una mercantilización del concepto de individuo liberal. Ello ocurre dado que, si bien el utilitarismo de satisfacción de preferencias —postulado por el autor— demanda un contacto con la realidad, se mantiene neutral al momento de valorar el tipo de preferencia escogida. En esta línea de pensamiento, Ariza Navarrete considera que el individualismo —útil para superar el paternalismo médico— ha instalado un modelo de cooperación social basado en el utilitarismo de mercado que resulta problemático en el ámbito clínico. Entonces, promueve una nueva concepción de la autonomía que contribuya a edificar una relación médico-paciente permeable a los contextos sociales, estructurales e institucionales.

II. Filosofía política

8. Roberto Gargarella - Martín Farrell, marxista

297

El ensayo toma como punto de inflexión el libro de MDF titulado “Análisis crítico de la teoría marxista de la Justicia”⁶ dirigido a repensar el marxismo a la luz de la filosofía analítica. La obra comienza con la caracterización del marxismo analítico y su diferencia con la tradicional doctrina marxista. Retomando la descripción de Roemer, MDF fundamenta esa distinción en tres principios fundamentales: 1) la abstracción, 2) la búsqueda de fundamentos y 3) la falta de dogmatismo. Puntualmente, el objeto central de estudio —relata Gargarella— es reflexionar acerca de la existencia o no de una “teoría de la justicia” en el pensamiento marxista. Luego de hacer un recorrido por las distintas posiciones que al respecto se recopilan, MPF concluye —a criterio del autor— que el resultado es un final “abierto”. Sin perjuicio de la ambigüedad de esa conclusión, resalta el papel trascendental que tuvo el análisis, dado que permitió a muchos jóvenes el estudio del marxismo desde una visión más crítica, desafiante y desprejuiciada.

⁵ Farrell, Martín Diego, *Utilitarismo: ética y política*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1983, pp. 52-60.

⁶ Farrell, Martín Diego, *Análisis crítico de la teoría marxista de la Justicia*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

9. Julio Montero - ¿Es la igualdad un valor opaco? Una discusión sobre la estructura de los valores

Reflexiona sobre el texto de MDF titulado “La igualdad y el contrato social”⁷. Indica que el autor objeta el monismo igualitario distributivo y concibe la igualdad como un valor opaco, en contraposición a los valores transparentes. Montero propone distinguir entre los valores abstractos y las concepciones de sus contenidos. Analiza la relación del mono- valor de la igualdad con las posturas liberales y utilitaristas pregonadas por MDF. Finaliza reflexionando sobre la maximización de la felicidad, su vinculación con la igualdad y la posición de MDF al respecto.

10. Mariana Garreta Leclercq - Democracia, relativismo y riesgo

Aborda la concepción epistémica o crítica y la relativista de la democracia. A partir del trabajo “La filosofía del liberalismo”⁸, enrola a MDF en un relativismo ético. Postula que, si bien ambas concepciones resultan incompatibles, pueden combinarse algunos de sus aspectos si se los analiza desde un trasfondo conceptual diferente. Luego de un análisis crítico de diferentes posturas, concluye que las discrepancias en la actitud frente al riesgo ponen de manifiesto la existencia de varias opciones racionales para los diferentes sujetos. Ello la lleva a pronunciarse a favor de la regla de la mayoría, con argumentos similares a los propuestos por Kelsen y Farrell. Agrega, que en estos casos —posturas relativistas— debe tener prioridad la satisfacción de las preferencias de una mayor cantidad de sujetos frente a una minoría con mayor conocimiento.

298

III. Teoría del Derecho

11. Carlos Rosenkrantz - La obligación de las jueces de aplicar el derecho: una réplica kantiana a Martín Farrell

Indaga la relación de las reglas con las teorías deontológicas y las teorías consecuencialistas, como también las visiones de MDF sobre la moralidad. Cataloga a MDF, por un lado, como un filósofo consecuencialista y, por otro, como un jurista deontológico. Explica que para MDF el juez al resolver debe atenerse a las reglas, en tanto sean ejecutables, sin importar las consecuencias. Sin embargo, Rosenkrantz

7 Farrell, Martín Diego, “La igualdad y el contrato social”, en *Ética en las relaciones internas e internacionales*, Barcelona, Gedisa, 2003, pp. 137-154.

8 Farrell, Martín Diego, *La filosofía del liberalismo*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

considera que el deontologismo de MDF es intermitente, pues en algunos casos las reglas no deben ser aplicadas, basándose en el “Principio de Kahn” y sus dos corolarios. Ejemplifica los modos jurídicos y no jurídicos de justificar una decisión judicial. Rechaza la teoría de la adjudicación de MDF, ya que considera “legal” apartarse de la aplicación del derecho sin norma jurídica habilitante.

12. José Sebastián Elías - Reflexiones sobre la teoría de la decisión judicial en la obra de Martín Farrell

Analiza la teoría de MDF sobre la decisión judicial. Para ello utiliza tres textos: “La Corte Suprema y los planes económicos”⁹, “Disidencia del juez Martín D. Farrell”¹⁰ y “Carl Schmitt, Hans Kelsen y la Corte Suprema”¹¹. Comienza explicando que para MDF los jueces actúan deontológicamente en la normalidad y consecuencialmente en la emergencia. Señala que MDF sostiene que, en situaciones de excepción, cuando se producen colisiones entre derechos de igual jerarquía, debe prevalecer el que apareja mejores consecuencias fundadas en la utilidad general. Explica que de la polémica entre Schmitt y Kelsen, MDF extrae un principio, al que llama “Principio de Khan” (de corte decisionista) y dos corolarios (de naturaleza normativista). Con relación a ellos, trae a colación la mirada de MDF sobre la jurisprudencia acerca de la emergencia económica y la noción del buen cálculo consecuencialista para apreciar las sentencias. Reflexiona también sobre el rol de los jueces en la teoría de MDF.

299

13. Eduardo, Stordeur (h) - La ética de la función judicial y las consecuencias. Algunas consideraciones

Comienza haciendo referencia al trabajo titulado “La ética de la función judicial”¹² donde MDF concluye que la ética en la función judicial es principalmente de naturaleza deontológica, en tanto el juez no debe sacrificar derechos para alcanzar la maximización de la utilidad. No obstante, tal principio reconoce dos excepciones en las que el juez podría emplear cálculos de tipo utilitarista, a saber: 1) la colisión

⁹ Farrell, Martín Diego, “La Corte Suprema y los planes económicos”, en *Filosofía del Derecho y Economía*, Buenos Aires, La Ley, 2006, pp. 1-18.

¹⁰ Farrell, Martín Diego, “Disidencia del juez Martín D. Farrell”, en Elías, J. S., Rivera J. C. (h.) y Azrak, D. (coords.), *¿Cómo podría haber sido decidido el caso “Peralta”? Repensando la jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2013, pp. 170-177.

¹¹ Farrell, Martín Diego, “Carl Schmitt, Hans Kelsen y la Corte Suprema” en *Enseñando ética inclusiva*, Buenos Aires, Universidad de Palermo, 2015, pp.209-235.

¹² Farrell, Martín Diego, “La ética de la función judicial”, en *Filosofía del Derecho...*, op. cit.

entre derechos de igual jerarquía o 2) los casos en los que la protección de derechos puede llevar a consecuencias desastrosas. Por su parte, Stordeur (h) sostiene que la ética de la función judicial, cimentada en la protección de derechos, es deontológica en su faceta operativa, pero podría estructurarse en consecuencias en su aspecto fundamental, buscando la utilidad de manera indirecta. En consonancia con ello, afirma que cuando los jueces cumplen con el mandato clásico de defender los derechos tradicionales, indirectamente están promoviendo el bienestar social —aun cuando no lo sepan o no sea su propósito—. Señala que también existen variables que permiten considerar las consecuencias en la elección de una regla; concretamente, se concentra en la ambigüedad relativa de la solución legal prevista, o bien en supuestos de lagunas del derecho y casos de alto impacto en el bienestar de un gran número de personas. A su criterio, la combinación de estas variables permite confeccionar una guía para la decisión judicial basada en consecuencias. En suma, el propósito central del ensayo es demostrar que en determinadas condiciones los derechos constituyen “cartas de triunfo” sobre la utilidad directa, pero que hay otros supuestos donde media una presunción a favor de esta última.

14. Leonardo Gabriel Pitlevnik - ¿Por qué cuesta tanto acordar una decisión conjunta? Algo más sobre la conformación de mayorías en los tribunales colegiados

300

Toma el trabajo de MDF “¿Cómo deben argumentar los jueces en los tribunales colectivos?”¹³, en donde señala que la mayoría de un tribunal puede decidir de dos formas: caso por caso o punto por punto. El primer modelo pone el acento en la decisión y el segundo, en las razones. MDF se inclina por el último esquema decisional proponiendo que las discrepancias sean resueltas mediante la división en cuestiones. Pitlevnik analiza las implicancias del método sugerido por MDF: el deber de fundamentación, la necesidad de deliberación, la coincidencia en las razones, la distinción entre el *obiter* y el *holding*, el orden temático, el narcicismo judicial y el criterio de lectura de las sentencias revisadas, entre otras cuestiones.

15. Hugo R. Zuleta - ¿Son prima facie las obligaciones jurídicas?

Inicia sus reflexiones tomando como punto de partida “Las obligaciones jurídicas como obligaciones prima facie”¹⁴ de MDF, donde se sostiene que todas

¹³ Farrell, Martín Diego, “¿Cómo deben argumentar los jueces en los tribunales colectivos?”, en *Entre el derecho...*, op. cit., pp. 15-38.

¹⁴ Farrel, Martín Diego, “Las obligaciones jurídicas como obligaciones prima facie”, en E. Bulygin (coord.), *El lenguaje del derecho. Homenaje a Genaro Carrió*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1983.

las obligaciones jurídicas son obligaciones *prima facie*, con una sola excepción: la obligación del juez de escuchar al acusado, que constituye una obligación pura que no puede dejarse de lado. Pone de manifiesto que la expresión deber *prima facie* no está delimitada con claridad. A continuación, analiza la noción de derrotabilidad como problema teórico y práctico. Con esa base, deduce que la noción de obligación puede ser entendida de diversas maneras y se propone determinar en qué sentido utiliza MDF el concepto. Entiende que para MDF la característica definitoria de las obligaciones se vincula con la tesis general fuerte de derrotabilidad, por lo que distingue entre excepciones a la regla y excepciones en la regla. Crítica, entonces, el uso de la expresión *prima facie* en dos sentidos: como razones no concluyentes y como obligaciones aparentes.

16. Martin Böhmer - El Farrell que nos perdimos

Reflexiona sobre la obra “Hacia un criterio empírico de validez”¹⁵ de MDF, anclada en las enseñanzas del positivismo lógico, donde propone equiparar la verdad con la validez, dado que estas no son propiedades de las cosas, sino de las relaciones. Repasa minuciosamente las diferentes teorías analizadas por MDF y destaca el entusiasmo del autor por la temática en estudio, plasmado en su tesis doctoral publicada bajo el título “La metodología del positivismo lógico. Su aplicación al derecho”¹⁶. Sin embargo, afirma Böhmer, no continuó delimitando su posición filosófica sobre la que cimienta su teoría jurídica en trabajos posteriores. Por otro lado, destaca la relevancia de las obras de Rawls y de Dworkin en la teoría del derecho, que provocaron nuevas discusiones sobre la filosofía moral y la política; específicamente, sobre el rol de los jueces y el derecho en las democracias constitucionales. En este contexto, sostiene que MDF abandona su línea de estudio anterior para volcarse a la discusión moral y política. Concluye que ese desvío de MDF no permitió que se centrara en una línea de trabajo pragmática, atravesada por la sociología, enfocada en el cumplimiento de la ley, los presupuestos de la legitimidad y otras preocupaciones centrales para el desarrollo de la teoría del derecho.

301

17. Joaquín Millón Quintana - Desacuerdos en el modelo de reglas

Analiza el artículo “Positivismo jurídico: dejen que herede Palmer”¹⁷ donde MDF sostiene que la postura mayoritaria en “Riggs” no es ajustada a derecho y detalla

¹⁵ Farrell, Martín Diego, *Hacia un criterio empírico de validez*, Buenos Aires, Astrea, 1972.

¹⁶ Farrell, Martín Diego, *La metodología del positivismo lógico. Su aplicación al derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1979.

¹⁷ Farrell, Martín Diego, “Positivismo jurídico: dejen que herede Palmer”, *Lecciones y Ensayos*, nº 93, 2014, pp. 63-84.

minuciosamente las líneas argumentativas que sirvieron de sostén a esa decisión para ponerlas en perspectiva con las objeciones de Dworkin. En este contexto, Millón Quintana se propone evidenciar que las respuestas formuladas a Dworkin por Hart y Carrió resultaron inadecuadas, y que lo mismo ocurrió con las de MDF. Asimismo, describe la resistencia de MDF a validar la invocación de estándares que no poseen reconocimiento en una fuente legislativa. Agrega que su rechazo al principio empleado en “Riggs” en realidad se basa en el tenor iusnaturalista que ostenta y no en la ausencia de reconocimiento jurisprudencial previo. Aquí es donde se advierten las mayores dificultades que enfrenta para responder a las observaciones de Dworkin.

Millón Quintana concluye, siguiendo a Dworkin, que el derecho se trata de un ejercicio argumentativo donde solo mediante la práctica puede distinguirse un buen argumento de otro que no lo es. Desde su perspectiva, lo que el positivismo debería rechazar es la posibilidad de identificar el contenido del derecho a través de la simple corroboración de una convención entre operadores jurídicos.

18. Roberto Saba - Integridad moderada:

Entre el diálogo con el pasado y el arrepentimiento

302

El ensayo hace referencia al trabajo que MDF realiza en “El papel de la integridad en la decisión judicial”¹⁸. Señala que este adopta una noción de integridad en la decisión judicial en su versión más débil, y la entiende como una integridad moderada que exige a los jueces actuales tomar en consideración el pasado, lo que no equivale a seguir los precedentes, sino a dialogar con estos. En tal sentido, añade que el concepto central en la tesis de la integridad moderada de MDF es el arrepentimiento, que también tiene sus límites. Sin ellos, se produciría la desintegración del derecho. Ahora bien, para que esta opción sea viable se exige un fundamento; en otros términos, el cambio de criterio debe estar basado en alguna teoría del error o en cualquier tesis que permita identificar las respuestas correctas en materia interpretativa. Por tanto, concluye que, para MDF, también hay respuestas correctas sobre el significado de una norma y se pregunta de qué circunstancias dependen estas si el seguimiento de los precedentes no puede justificarse en la mera autoridad del pasado, como tampoco en las preferencias morales ni en los principios universales.

19. Marcelo Alegre - Nuestro Dworkin: Por qué leer a Martín Farrell

El autor comienza mencionando su orientación objetivista y deontológica, se define como un liberal igualitario, deliberativista e interpretativista en contraposición a las

¹⁸ Farrell, Martín Diego, *El papel de la integridad en la decisión judicial*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, 2005.

ideas que defiende MDF; es decir, el escepticismo, la búsqueda de la utilidad general y un liberalismo más clásico que igualitario. Destaca, a su vez, las críticas de MDF al deliberativismo y la lectura moral del derecho. Luego de repasar el compromiso y las virtudes académicas, como también la trayectoria profesional, concluye que MDF es escéptico y utilitarista, y eso lo diferencia de las ideas de Dworkin.

IV. Teoría constitucional

20. María Florencia Saulino - En defensa de un derecho individual al ambiente sano

Este trabajo retoma la posición de MDF en relación con los derechos colectivos. A tal fin, recuerda que en 1998, en su libro “El derecho liberal”¹⁹, MDF advierte las dificultades que ostenta esta tipología de derechos para el constitucionalismo liberal. En tal sentido, MDF puntualiza lo difícil que resulta separar los intereses de la comunidad de los propios de sus miembros, que encuentran tutela a través de los derechos individuales. Con ello pretende demostrar que no existen impedimentos teóricos para considerar al derecho al ambiente sano como un derecho individual. Saulino repasa la concepción del derecho a un ambiente sano como derecho colectivo, desarrollada por la CSJN, excluyente de la existencia de derechos individuales sobre el ambiente en tanto lo considera un bien público. Analiza pormenorizadamente el derecho al ambiente con base en las categorías propuestas por Hohfeld, así como la definición de la noción “derecho subjetivo” desde las teorías de la voluntad y del interés. Seguidamente, confronta estas posturas con las teorías de Raz, Reaumé y Waldron sobre los derechos a la existencia de bienes públicos. Con base en los postulados de la teoría del interés, colige que no existen impedimentos para que el derecho a un ambiente sano sea considerado un derecho individual. En este orden de ideas, pone de manifiesto que la inclusión de este derecho en el catálogo de derechos colectivos deja en una posición desventajada a los miembros, y especialmente a los más vulnerables, ya que el estándar de calidad de vida que se utilice como parámetro no será el de estos, sino el del conjunto. Finalmente, concluye que la titularidad individual del ambiente es la única compatible con el texto constitucional y, además, la que asegura mayores niveles de protección ambiental.

303

¹⁹ Farrell, Martín Diego, *El derecho liberal*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998.

21. Lucas S. Grosman - Entre la espada y la balanza: una reflexión sobre la eterna incomodidad del jurista normativo

Analiza dos trabajos de MDF: “La filosofía del liberalismo”²⁰ y “¿Existe un derecho constitucional a la tenencia de estupefacientes?”²¹. Ambos versan sobre la punición de la tenencia de estupefacientes para consumo personal e indagan el alcance de la protección constitucional. En el primero, MDF formula una réplica a un trabajo de Norberto Spolansky titulado “El delito de tenencia de estupefacientes y las acciones privadas de los hombres”²². En el segundo, MDF se transforma en Mr. Hyde para construir argumentos en contra de la decisión de la CSJN en “Arriola” y en sus antecesores “Bazterrica” y “Capalbo”. Luego, Grosman confronta las interpretaciones de MDF (cercasas al positivismo) y de Carlos Santiago Nino (afines a Dworkin), a quienes cataloga como juristas normativos, en torno al artículo 19 de la Constitución Nacional. Con relación a las interpretaciones posibles, realiza un juego hipotético de roles, distinguiendo entre abogados, jueces y juristas. Finaliza llamando la atención acerca de las miradas antagónicas entre MDF y Nino, a pesar del compromiso moral de ambos con el liberalismo.

22. Ezequiel Malarino - Arriola, Dr. Farrell y Mr. Hyde.

304 El art. 19 de la Constitución Nacional y dos lecturas del principio del daño

Toma como punto de partida el trabajo de MDF denominado “¿Existe un derecho constitucional a la tenencia de estupefacientes?”²³ para criticar el caso “Arriola” de la CSJN. Malarino, al igual que MDF en el artículo citado, escribe como Mr. Hyde. Principalmente, reflexiona sobre el Principio de Prevención del Daño y el Principio de la Inmoralidad del Daño como justificadores de la criminalización de conductas, en vinculación con el artículo 19 de la Constitución Nacional y la sentencia en análisis.

23. Diego Botana - La religión en la obra de Martín Farrell

Comenta que, en el texto inédito “El papel de la religión en un estado liberal”, para MDF es posible la convivencia entre el Estado y la religión, en tanto y en cuanto las iglesias acepten las reglas de un Estado liberal neutral. Enumera las referencias religiosas

²⁰ Farrell, Martín Diego, *La filosofía...*, op. cit.

²¹ Farrell, Martín Diego, “¿Existe un derecho constitucional a la tenencia de estupefacientes?”, en *Entre el derecho...*, op. cit. p. 112.

²² Spolansky, Norberto, “El delito de tenencia de estupefacientes y las acciones privadas de los hombres”, *Revista Jurídica de Buenos Aires*, n° 1, 1987, p. 57.

²³ Farrell, Martín Diego, “¿Existe un derecho constitucional a la tenencia de estupefacientes?”, en *Entre el derecho...*, op. cit., p. 112.

en el texto constitucional argentino y luego realiza un *racconto* histórico sobre el tema, como así también sobre las ideas liberales de la época. Finaliza refiriéndose al texto “La existencia del mal como argumento para la inexistencia de Dios”²⁴, en donde MDF interpela la regla de que Dios es omnipotente, omnisciente y completamente bueno.

24. Andrés Rosler - Tres cuestiones schmittianas en el neoconstitucionalismo de Robert Alexy

Relaciona las ideas de Robert Alexy con las de Carl Schmitt. Puntualmente, enrola a Alexy en la corriente neoconstitucionalista y analiza algunos aspectos schmittianos de su pensamiento que repercuten en la forma de entender el razonamiento judicial. Uno de ellos opera en situaciones excepcionales de injusticia extrema y manifiesta; otro, en situaciones ordinarias en donde el derecho por su textura abierta es dudoso. En ambos escenarios, para Alexy la relación entre el derecho y la moral es directa y necesaria. En contraposición, Rosler sostiene que un juez farrelliano no se tiene que sentir reflejado con el contenido sus sentencias. Aquí recuerda la frase de MDF: “Un juez que nunca dicte una sentencia cuyo resultado le desagrade no es un buen juez”. Por último, refuta la supuesta neutralidad axiológica del positivismo.

305

25. Máximo Lanusse Noguera - Deber, poder y querer. El conatus de Spinoza y esos tres registros sobre el filo de la autonomía y la heteronomía

Primeramente, menciona que en la obra “Carl Schmitt, Hans Kelsen y la Corte Suprema”²⁵. MDF abordó el debate surgido entre estos dos teóricos en el marco de la República de Weimar. Narra la tesis de MDF, según la cual, en situaciones de normalidad, la teoría de Kelsen describe perfectamente el derecho como normatividad, pero en estados de excepción es más acertada la teoría de Schmitt que coloca las decisiones del soberano por fuera y encima de todo marco legal. Agrega que, frente al interrogante sobre el mejor guardián de la Constitución, MDF se inclina por el enfoque de Kelsen. Sin embargo, resalta que normas y excepción son dos caras de un mismo fenómeno, por lo que los tribunales tienen que guiarse con un máximo de prudencia. Por tal motivo, para MDF hay que preservar, en la medida de lo posible, y resguardar la autoridad del derecho, pero también reconocer situaciones extraordinarias donde solo es posible apelar a la soberanía y, en todo

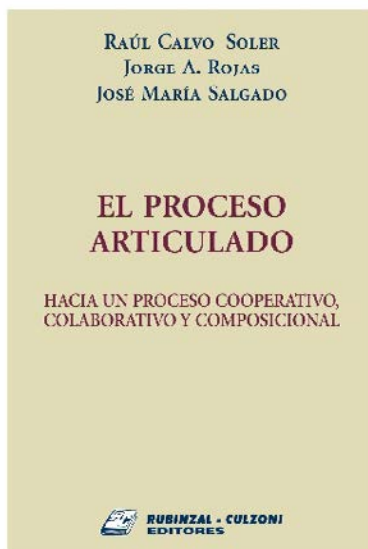
²⁴ Farrell, Martín Diego, “La existencia del mal como argumento para la inexistencia de Dios”, en *Filosofía moral...*, op. cit., pp. 289-322.

²⁵ Farrell, Martín Diego, “La existencia del mal como argumento para la inexistencia de Dios”, en *Enseñando Ética...*, op. cit., pp. 209-305.

caso, velar por los límites jurídicos que puedan reconocerse. El autor adiciona un elemento más al análisis: quién decide la excepción y qué lugar ocupan los jueces. Eso lleva a introducir al estudio el enigma de la democracia. MDF, por su parte, concibe lo político y la democracia como un sistema para agregar preferencias. Lanusse Noguera le critica a MDF la racionalidad instrumental de su teoría, como también la neutralidad y la presunción de bondades de la estabilidad y el orden.

* * *

El recorrido por los temas y los problemas que se desarrollan en la presentación y en los veinticinco trabajos reunidos en homenaje a MDF releva un sistema de pensamiento extraordinario en cuestiones de Ética, Filosofía política, Teoría del Derecho y Teoría Constitucional. En todos los tópicos, los aportes de MDF son siempre una muestra excelsa de razonamientos claros, precisos, coherentes, rigurosos, eruditos, profundos, sofisticados, elegantes, provocadores, valientes. Sin dudas, MDF es un genio imprescindible.



Calvo Soler, Raúl - Rojas, Jorge A. - Salgado, José María
El Proceso Articulado: hacia un proceso cooperativo, colaborativo
y compositivo, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2022, pp. 220

Reseña de María Eugenia Gómez

¿Contamos con un proceso judicial y un derecho acorde a la sociedad del siglo XXI? El servicio de justicia: ¿brinda soluciones a los complejos y dinámicos conflictos de la sociedad actual?

Imagino que todos nos podemos poner de acuerdo en que el sistema de justicia, como está concebido, no sólo no funciona, sino que no brinda satisfacción al justiciable. De modo cotidiano, nos encontramos con ciudadanos que ingresan al proceso judicial con una conflictiva y, años después, salen con una sentencia que resuelve el caso jurídico, pero el conflicto con el que entraron se mantiene, o incluso, ha empeorado.

Hace tiempo hablamos de la necesidad de una reforma del proceso judicial, a fin de ajustar los esquemas legales a la realidad. Lamentablemente, esas propuestas de reformas, en su mayoría, constituyen parches al sistema actual y

versan únicamente sobre el cambio de la letra de la ley.

En el libro comentado, no solo se plantean dichos interrogantes y problemáticas sino que los tres grandes autores asumen el reto de proponer soluciones integrales que van más allá de una reforma del código procesal.

Calvo Soler, Rojas y Salgado avanzan en el diseño de un modelo nuevo y omnicomprendivo. Firman los tres a la vez sin distinguir capítulos, puesto que todos se sienten corresponsables en su conjunto del texto. Es evidente que han trabajado en equipo, toda la obra en su integridad es clara, interesante y no padece altibajos en su desarrollo ni en su profundidad de investigación.

Al ser preguntados los autores sobre el título del libro, es decir, porqué la denominación de *proceso articulado*, refieren que articular es vincular una cosa con otra de manera adecuada, y actualmente, no hay una vinculación adecuada entre el conflicto, sus soluciones y el proceso. Y para ello proponen comenzar a mirar la justicia desde un punto de vista sistémico, dado que la construcción del sistema justicia no es sólo un código, es una construcción colectiva, en la cual el eje es resolver el conflicto al justiciable.

Los autores plantean la creación de un sistema con menos rivalidad entre las partes y más colaboración entre todos los sujetos que lo integran. Los ejes principales del libro son: recopilar los principios sobre los que debe asentarse del diseño de un nuevo proceso; y cambiar el concepto sobre la defensa de los derechos en el proceso: ¿tenemos que seguir peleando dentro de un sistema adversarial agotado o podemos hacer algo distinto?

La obra posee cuatro capítulos. En el primer capítulo titulado, *Conflicto, Derecho y Proceso Legal*, los autores reflexionan sobre los dos aspectos característicos de las relaciones humanas del siglo XXI, que son la complejidad y el dinamismo. Entonces, evidencian que en esta sociedad donde las relaciones se configuran desde la complejidad y el dinamismo, el Derecho y el proceso judicial presentan serios inconvenientes para cumplir con sus objetivos soñados. Afirman, muy acertadamente, que el derecho viene detrás de la realidad.

Consideran que tenemos un proceso estático y rígido que crea rechazo, incompreensión e insatisfacción en los ciudadanos. En virtud del cual, se produce un desfase entre el conflicto y el caso. Se preguntan: ¿Qué tipo de proceso permitiría solventar de una mejor manera el desfase entre resolver un caso y resolver un conflicto? ¿Cómo diseñamos un proceso judicial que tenga ductilidad, adaptabilidad y proporcionalidad? ¿Cómo diseñamos un proceso judicial que ayude a las partes y profesionales que las representan a sentirse protagonistas de la construcción de respuesta y soluciones jurídicas al conflicto que los convoca?

Para diseñarlo correctamente, parten del estudio de la noción de debido proceso legal y la distinción entre los principios y los sistemas. ¿Qué principios deben cobrar vida en este nuevo sistema?

A su vez, en esta visión y reforma sistémica del servicio de justicia, se preguntan: ¿Los operadores están adecuadamente preparados para el manejo del sistema que pretendemos diseñar? ¿Cómo se prepara a los abogados y jueces para negociar? ¿Cómo se prepara al sistema para habilitar la negociación a cualquier tipo de solución compositiva?

En este comentario, solo me dedicaré a transmitirles los interrogantes, y los invito a leer la obra para encontrar las respuestas de los autores. Prometo que se encontrarán con una propuesta totalmente innovadora y muy valiosa.

En el segundo capítulo, que titulan “*Hacia un proceso cooperativo colaborativo y compositiva*”, refieren que hace mucho tiempo se debate sobre los problemas de eficacia que presenta el proceso judicial y el derecho. Situación que genera una gran insatisfacción en los ciudadanos sobre la justicia como un camino adecuado para la resolución de sus conflictos.

Para ello, proponen el diseño de un proceso Cooperativo (dimensión relacional vinculada a la interacción de los sujetos dentro del proceso según el modo en el cual está estructurado) Colaborativo (dimensión actitudinal que refiere a la forma en que se comportan los profesionales dentro del proceso) y Compositiva (dimensión final que refiere a los modos de conclusión del proceso judicial), en oposición al actual y tradicional sistema confrontativo y adversarial.

Entienden que la incorporación de lo cooperativo, colaborativo y compositiva en la lógica del proceso va a ser útil con relación a evitar que la solución de los casos discrepe o se aparte de la solución de los conflictos.

¿En qué consiste? ¿Cómo lo hacemos? ¿Cómo logramos que las partes se relacionen de un modo colaborativo en el proceso? ¿Cómo logramos que el proceso finalice de modo compositiva? El libro no es solo una expresión de deseos ni una propuesta abierta sino que modo muy concreto da respuestas a todos esos interrogantes, explicando porqué un proceso colaborativo, cooperativo y compositiva es el adecuado para resolver los conflictos de la actualidad.

En el tercer capítulo, denominado *La insostenible levedad del proceso*, los autores parten de la inconveniencia que presenta la vigencia del formalismo extremo dentro del proceso judicial, dado que en las legislaciones actuales impera el principio de legalidad de las formas que excluye a las partes la posibilidad de disponer de ellas. En el otro extremo, se encuentra el principio de la libertad de las formas. ¿Libertad de formas es igual que adaptabilidad? ¿Cuándo una forma puede adaptarse? ¿En qué contexto puede hacerse? ¿Cuáles serían los beneficios de diseñar un sistema de adaptabilidad de las formas?

Refieren los autores que el formalismo ciego conduce a la pérdida de razón del molde legal y que es tiempo de romper los moldes históricos heredados en aras de crear regulaciones más amigables para el justiciable, tomando enseñanzas del Derecho Comparado.

Finalmente, en el cuarto y último capítulo, se encuentran las preciadas propuestas y pautas básicas para el diseño del proceso articulado.

En conclusión la obra constituye un aporte muy valioso, novedoso y concreto en clave de reformas, que busca mejorar el servicio de administración de justicia.

Recomiendo enormemente, a todos los operadores jurídicos, la lectura de este libro que no sólo hace pensar y reflexionar sobre puntos esenciales del cambio que el sistema justicia necesita, sino que marca un cambio de paradigma en el Derecho Procesal argentino.