

Daniel Feierstein

Juicios

Sobre la elaboración del genocidio II



Primera edición, 2015

Feierstein, Daniel

Juicios : sobre la elaboración del genocidio II . - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Fondo de Cultura Económica, 2015.

286 p. ; 21x14 cm. - (Sociología)

ISBN 978-987-719-066-3

1. Sociología. 2. Genocidio. I. Título

CDD 301

Armado y montaje de tapa: Juan Balaguer

Imagen de tapa: Balance Theme Photo. Nruboc. Dreamstime.com

Foto de solapa: Mariana Lerner

D.R. © 2015, FONDO DE CULTURA ECONÓMICA DE ARGENTINA, S.A.

El Salvador 5665; C1414BQE Buenos Aires, Argentina

fondo@fce.com.ar / www.fce.com.ar

Carr. Picacho Ajusco 227; 14738 México D.F.

ISBN: 978-987-719-066-3

Comentarios y sugerencias:

editorial@fce.com.ar

Fotocopiar libros está penado por la ley.

Prohibida su reproducción total o parcial por cualquier medio de impresión o digital, en forma idéntica, extractada o modificada, en español o en cualquier otro idioma, sin autorización expresa de la editorial.

IMPRESO EN ARGENTINA – *PRINTED IN ARGENTINA*

Hecho el depósito que marca la ley 11723

Índice

<i>Agradecimientos</i>	11
<i>Introducción</i>	15
I. Sobre el juicio y la facultad de juzgar	23
II. La confiscación de la facultad de juzgar (el juzgamiento de los crímenes de Estado y la relación entre derecho, moral y verdad)	51
III. El juzgamiento de los crímenes de Estado y los tipos penales	93
IV. Hacia un análisis criminológico de la violencia estatal	153
V. Análisis de las sentencias argentinas (2005-2013)	197
VI. Memorias, representaciones y juicios	249
<i>Bibliografía</i>	259
<i>Índice de nombres</i>	277
<i>Índice analítico</i>	283

*A mis padres, Jaime Ricardo (Tito) y Susana, quienes
construyeron mi mundo en la primera infancia, otorgándome
las herramientas para comenzar a cuestionarlo.*

*A Fabiana, sin cuya dulce guía mi criterio
moral sería hoy mucho más pobre.*

Introducción

EL CRITERIO moral es una construcción tardía de la especie humana, que requiere de procesos de memoria y representación de la realidad, pero implica un nivel de abstracción mayor y un involucramiento directo de nuestra actividad consciente y reflexiva.

En el primer volumen de esta trilogía sobre la elaboración del genocidio, *Memorias y representaciones*,¹ se buscó partir desde las determinaciones más básicas de nuestro pensamiento: la estructura cerebral; el registro inconsciente de sensaciones y sabores, olores, sonidos, visiones (todos ellos fragmentarios); la construcción imaginaria de memorias del pasado en tanto escenas y su dotación de sentido en tanto representaciones de la realidad.

Uno de los objetivos de dicho volumen fue observar cómo dichas determinaciones, y las representaciones que surgían de ellas, afectaban la acción de diversas maneras, constituyendo y reconstituyendo la identidad de la sociedad sobreviviente, los tipos de relaciones establecidos con el terror y con sus efectos en la transformación de las conductas.

En este segundo volumen, a la vez que intentar ampliar dichas hipótesis, se continúa el análisis sobre los trabajos de elaboración de las consecuencias de los genocidios. Es así que se busca analizar algunos de los modos por los que las representaciones de la realidad determinan las posibilidades de evaluación moral del pasado. Y, a la vez, se propone

¹ *Memorias y representaciones. Sobre la elaboración del genocidio*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2012.

reflexionar en profundidad sobre la propia facultad humana de juzgar, a través de una de sus expresiones predominantes: la realización de juicios penales a los autores o responsables de prácticas genocidas.

No se postulará aquí que la acción jurídica es la única posibilidad de evaluación moral, bien por el contrario. La acción jurídica es tan solo *una de las modalidades posibles de evaluación moral*, su versión institucionalizada.

Sin embargo, la elección del ámbito jurídico para analizar la evaluación moral de los efectos de un genocidio tiene dos motivos. Por una parte, el espacio jurídico es el ámbito privilegiado de articulación entre el segundo nivel de análisis de esta trilogía (la facultad de juzgar) y el tercer nivel (la asunción de responsabilidades), ya que se trata del espacio legitimado para discutir los modos de hacerse responsable por las consecuencias de las propias acciones, sean reparatorios, distributivos o a través de sanciones.

Por otra parte, al imponer acciones a futuro obligatorias, sean reparatorias o penales, el ámbito jurídico resulta aquel que cuenta con una legitimación más extendida en tanto espacio de producción de juicios morales colectivizados, los que pueden imponer marcos y determinaciones a los juicios morales individuales.

Al igual que en el primer volumen y en el conjunto de la trilogía, el eje central de análisis histórico y corroboración de los planteos conceptuales será la experiencia histórica argentina del pasado reciente y del presente. Pero el objetivo es que las reflexiones puedan ir más allá, para permitir el uso de los datos empíricos argentinos como una posible corroboración y peculiaridad de los procesos conceptuales más globales que se desarrollan en los primeros capítulos, en tanto lógicas que tienden a afectar el juicio moral de diversas experiencias colectivas de terror estatal.

En el primer capítulo de este volumen se aborda el desarrollo psicogenético de la construcción del juicio moral, como herramienta para arribar a dos hipótesis centrales:

- 1) La disyuntiva entre iusnaturalismo (la justificación natural, religiosa o racional de la norma) y el iuspositivismo (la justificación de la norma a partir de su preexistencia formal) no permite una respuesta coherente y efectiva a la necesidad ineludible de juzgar los crímenes cometidos por el propio aparato punitivo estatal;

- 2) como parte de esa misma disyuntiva, la propia facultad de juzgar de los operadores jurídicos resultó confiscada por las teorías de la pena, que reducen el proceso del juicio moral a un mero procedimiento para arribar a una condena o a una absolución, quitándole todo su sentido en tanto espacio de reflexión colectiva razonada.

Inspirado en el concepto de constructivismo ético de Carlos Nino y en la articulación de la historia del derecho con la psicogénesis del criterio moral, se propone una nueva salida ante el dilema de la justificación sustancial de la norma, a partir de un esbozo de filosofía del derecho bautizado como *iusconstructivismo* (justificación de la norma a partir del proceso de construcción de la autonomía moral).

En el segundo capítulo, además de desarrollar algo más dicha propuesta *iusconstructivista*, se lleva a cabo una crítica de la corriente hoy dominante dentro del debate en la filosofía del derecho (el iuspositivismo), a partir del cuestionamiento de dos de sus presupuestos tan fundamentales como problemáticos: la separación radical del derecho de la evaluación ético-moral y de la producción de la verdad.

Estas dos separaciones radicales, con respecto a la moral y con respecto a la verdad, fueron paradigmas fundantes del derecho positivo en su lucha contra el modelo inquisitorial (ya que precisamente este sostenía al derecho como representación directa de la moral y de la verdad). Sin embargo, en el desarrollo crítico de este segundo capítulo se busca señalar los problemas a los que condujo esta doble escisión radical entre el derecho, la moral y la verdad que, al igual que el positivismo económico o sociológico, garantiza la pervivencia de un orden de dominación, disfrazado e invisibilizado bajo el manto de decisiones “técnicas”.

Así como el mercado aparece actuando con sus propias leyes (su “mano invisible”), en el derecho esto se produce a partir del concepto de “la subsunción formal de la norma”² y de la “eficacia de la coacción”³ como

² El concepto de la subsunción formal implica que la única validez aceptable de una norma deriva de su origen en otra norma y/o de su preexistencia, lo cual diera lugar al principio fundamental del derecho del *nullum crimen sine lege* (es decir, no existe delito sin ley previa que sancione el acto).

³ El concepto de la eficacia de la coacción plantea la justificación de las normas constituyentes (aquellas que erigen el edificio normativo inicial o permiten su modificación

únicas razones aceptadas por el derecho positivista como posibilidad de validez y justificación del aparato normativo. Este desarrollo tuvo su expresión paradigmática en la obra del jurista judeoaustríaco Hans Kelsen. En este capítulo, la crítica de Kelsen se articulará con la realizada al jurista italiano Luigi Ferrajoli, precisamente por ser este uno de los puntos más altos del humanismo jurídico. De allí que constituya uno de los autores más interesantes para centrar en él la crítica, ya que, pese a dicho humanismo, Ferrajoli continúa prisionero de las dos reglas incuestionadas del positivismo jurídico: la separación radical del derecho con respecto a la moral y a la verdad.

El tercer capítulo incorpora al debate la discusión tipológica y jurisprudencial, al llevar a cabo una crítica de los dos grandes conceptos jurídicos creados en el derecho penal internacional para calificar los crímenes de Estado: crímenes de lesa humanidad y genocidio. Luego de bucear en sus tradiciones, orígenes históricos y defectos tipológicos, se analizan los aportes y los riesgos de cada una de las dos calificaciones, los debates acerca de su utilización en la experiencia jurisprudencial argentina reciente (desde la reapertura de los juicios en 2004) y sus consecuencias para los debates internacionales, tanto en las justicias nacionales de otros países (Camboya, Bangladesh, Chile, Bosnia-Herzegovina) como en la justicia internacional.

El cuarto capítulo se desplaza del campo dogmático y doctrinal, de la filosofía del derecho y el derecho penal, para relevar críticamente los escasos trabajos criminológicos sobre los crímenes de Estado, el aporte de los estudios sobre genocidio y el análisis de las otras alternativas conceptuales utilizadas por la historia o las ciencias sociales para dar cuenta de crímenes de Estado, aun cuando no hayan tenido expresión jurídica hasta el presente. Así es que se recorren los conceptos de politicidio, masacre, terrorismo de Estado y limpieza étnica, buscando elucidar sus aportes conceptuales pero, fundamentalmente, también sus problemas e incoherencias internas, que explican que no hayan llegado a transformarse en figuras jurídicas y que no hayan podido remplazar al más preciso y enriquecedor concepto de genocidio.

radical). Las condiciones de posibilidad de su cumplimiento, derivadas del monopolio de la violencia o de su aceptación fáctica, constituirían un segundo modo de validez de la norma, muy en especial para las normas constituyentes.

El quinto capítulo busca aplicar algunas de las reflexiones teóricas previas a un estudio de caso: el análisis sistemático del conjunto de sentencias producidas en la justicia argentina entre el momento de anulación de las leyes de impunidad (2004) y el 31 de diciembre de 2013, un momento de corte arbitrario establecido como modo de presentar a la discusión conclusiones provisorias que se podrán ir ratificando o rectificando con el análisis de las sentencias que se sigan produciendo en Argentina.

El corpus trabajado incluye un universo de 110 sentencias, producidas a lo largo de ocho años en 37 tribunales que abarcan casi todas las provincias del país —solo Santa Cruz y Tierra del Fuego han quedado fuera de este proceso de judicialización, producto, entre otras razones, de la escasa o nula cantidad de hechos allí cometidos—. La diversidad de causas y tribunales, muchos de los cuales además cambiaron total o parcialmente su composición de jueces entre una sentencia y otra, permite encontrar por primera vez líneas más generales que no necesariamente responden a una intencionalidad del Poder Judicial o de los funcionarios intervinientes, sino a procesos menos conscientes y determinados por las representaciones sobre el pasado analizadas en el primer volumen. O, cuanto menos, esa será otra de las hipótesis de este trabajo, que buscará sustentarse en el análisis estadístico de tendencias: que las representaciones del pasado afectan la acción de los jueces, determinando de modos sutiles e inconscientes sus maneras de valorar la prueba o de asignar los montos de pena.

Por último, en el sexto capítulo se intenta plantear un balance de la articulación entre los dos niveles de análisis desarrollados hasta el momento en la trilogía (las memorias y representaciones, los juicios morales), como introducción al tercer y último volumen sobre la elaboración del genocidio, que se centrará en el estudio de los distintos niveles de responsabilidad por las acciones cometidas y de las propuestas para lidiar colectivamente con sus consecuencias.

Proponerse una mirada de conjunto sobre el proceso de enjuiciamiento en Argentina es, simultáneamente, una necesidad y una deuda de este momento histórico. La experiencia argentina resulta bastante peculiar en una perspectiva comparada, sobre todo a partir de la reapertura de los juicios en 2004. Se produjo un proceso de juzgamiento en tribunales nacionales, respetando el principio de los tribunales “naturales” que correspondían a los delitos cometidos y buscando garantizar del modo más

amplio posible los derechos de los procesados y el derecho de las víctimas, los sobrevivientes y los familiares al esclarecimiento de los hechos. Dicho proceso de juzgamiento no fue el producto de una victoria militar (como los juicios de Núremberg y Tokio o los de Tanzania en relación con los hechos en Ruanda) ni de una intervención internacional que prescindió de la voluntad de los involucrados (como en el caso del tribunal en La Haya para la ex-Yugoslavia).

Por el contrario, los juicios en Argentina resultaron el producto de una larga y persistente lucha pacífica de la propia sociedad argentina. Lucha que contó con la participación de un potente conjunto de organismos de derechos humanos, entre una infinidad de redes sociales, acompañados por sindicatos, asociaciones barriales y partidos políticos. Esta situación tiene muy pocos equivalentes, entre los que cabe mencionar, con todas sus diferencias, los casos contemporáneos de los juzgamientos en tribunales nacionales en Bangladesh, Chile, Colombia o Bosnia-Herzegovina.

De este modo, la experiencia argentina (la primera en el tiempo de las cuatro mencionadas, con un proceso muy complejo de momentos de juzgamiento, períodos de impunidad y reapertura de juicios) resulta un caso fundamental de estudio a nivel internacional, como modo de observar la potencia teórico-política y las consecuencias psicosociales de efectivizar la facultad de juzgar, e incluso condenar, a los responsables de crímenes estatales masivos, sin que medie en ello una derrota militar.

La humanidad ha transitado un largo camino en los modos de contención de la violencia, como parte del proceso que Norbert Elias ha calificado como “civilización”. Dicho recorrido no ha sido lineal, y la violencia estatal organizada, sistemática y masiva ha implicado un retroceso fundamental, de la mano de los aparatos punitivos, en su doble faz formal y clandestina.

Con todos sus cuestionamientos y problemas, el juzgamiento a los líderes nazis implicó un paso fundamental en esta historia, al abrir la posibilidad de juzgar, e incluso condenar, a algunos de sus responsables. Y ello, más allá de que fuera el resultado de una victoria militar, que impidió incluir el juzgamiento de las violaciones cometidas por las potencias triunfantes, entre las que destacan los bombardeos sistemáticos sobre población civil alemana, las expulsiones forzadas, las violaciones masivas de mujeres o las bombas atómicas en Hiroshima y Nagasaki. Incluso más allá de que se aplicaran en dichos juicios condenas a muerte y en condiciones infamantes, como el ahorcamiento.

Pese a todas sus críticas, los juicios a los líderes nazis continúan siendo un jalón fundamental del proceso de civilización, más allá de que hayan forzado de modos discutibles (que resulta necesario revisar) la fundamentación jurídica para garantizar su realización, alterando principios como el de legalidad o el de irretroactividad de la ley penal.

El caso argentino podría constituir otro eslabón fundamental en esta cadena, al haber sido capaz de producir un juzgamiento equivalente de los responsables de prácticas genocidas, pero en este caso como producto de la acción concertada y colectiva (no de tipo militar, sino ético-política) de la propia sociedad arrasada por el terror, en tribunales nacionales, con garantías no otorgadas a los procesados en Núremberg, respetando la sacralidad de la vida humana con penas no infamantes, así como con una fundamentación jurídica de mayor solidez que la presentada para el caso alemán (si bien se discutirán también sus problemas, opciones y posibilidades de mejora).

Cada una de las particularidades argentinas será puesta en discusión en este trabajo, con el objetivo de aportar no solo a la lucha en nuestro país, sino también a su articulación con tendencias que se debaten y se hacen más o menos viables o siquiera imaginables en otros lugares del planeta.

En el primer volumen de esta trilogía el objetivo era hacer visibles los modos de determinación de nuestras representaciones de la realidad, como condición para ponerlas en cuestión y, fundamentalmente, para observar sus consecuencias.

En este segundo volumen el objetivo será recuperar la facultad de juzgar como una de las herramientas más potentes en la capacidad humana para construir un mundo más justo.

I. Sobre el juicio y la facultad de juzgar

La manifestación del viento del pensar no es el conocimiento; es la capacidad de distinguir lo bueno de lo malo, lo bello de lo feo. Y esto, en los raros momentos en que se ha alcanzado un punto crítico, puede prevenir catástrofes.

HANNAH ARENDT¹

EN ESTE primer capítulo, se buscará reflexionar sobre los componentes fundamentales de la facultad humana de juzgar y su vinculación con la tarea del juicio realizada por los jueces en el contexto del marco jurídico. Se intentará poner en cuestión la estricta delimitación que propone el positivismo² entre la capacidad humana de juzgar (que proviene del criterio moral) y la acción jurídica, ya que tal delimitación pareciera postular la posibilidad de prescindir del ejercicio de dicha facultad de juzgar a la hora de aplicar el derecho positivo.

Si se inicia la búsqueda a partir de la definición de la facultad de juzgar, se encontrará que, en el idioma español, remite a tres significados diferentes:³

¹ Hannah Arendt, *La vida del espíritu*, Buenos Aires, Paidós, 2002, p. 215.

² Carlos Nino distingue en las escuelas jurídicas como “positivismo conceptual” (donde ubica a autores como Bentham, Austin, Kelsen, Ross o Hart, entre otros) a la postulación de que los sistemas normativos no requieren derivar de principios morales previos para ser considerados válidos, sino que su propia existencia y producción normativa los valida como tales. Nino también distingue lo que llama un “positivismo ideológico”, que incluso cuestiona la existencia de principios morales. Aquí, sin embargo, se entenderá como positivismo jurídico al positivismo conceptual y será con dichas posiciones que se darán los debates fundamentales. Véanse, entre otras obras, Carlos Nino, *Ética y derechos humanos* [1984], Buenos Aires, Astrea, 2012, y *La validez del derecho* [1985], Buenos Aires, Astrea, 2012.

³ El *Diccionario de la Real Academia Española* define al vocablo “juzgar” del siguiente modo: “(Del lat. *iudicāre*). 1. tr. Dicho de la persona que tiene autoridad para ello: Deliberar acerca de la culpabilidad de alguien, o de la razón que le asiste en un asunto, y sentenciar lo procedente. 2. tr. Formar opinión sobre algo o alguien. 3. tr. *Fil.* Afirmer, previa la comparación de dos o más ideas, las relaciones que existen entre ellas”.

- 1) la valoración sobre un hecho, una realidad, una acción o conducta;
- 2) el establecimiento de relaciones entre conjuntos de ideas, en tanto operación del entendimiento, y
- 3) la deliberación acerca de la culpabilidad de alguien, el pronunciamiento de una sentencia. Esto es, la determinación y asunción de responsabilidad por las acciones desarrolladas en el pasado.

Un presupuesto fundamental de este trabajo será el intento de analizar conjunta y articuladamente estos tres niveles de comprensión de la facultad de juzgar. Se asumirá que no hay modo coherente de dividir de manera tajante las tres funciones articuladas del juicio y que, en los casos en los que se intentó, se quiebra la propia lógica de su funcionamiento, en tanto la capacidad del juicio incluye la articulación de sus tres niveles como parte de su lógica.

La construcción de una valoración, la subsunción de la realidad bajo reglas y la expresión de estos dos procesos en una propuesta de responsabilización frente a las consecuencias de las acciones constituyen una unidad inescindible en la práctica humana, y no pueden, por consiguiente, separarse tampoco en su expresión jurídica, en tanto el derecho lo ejecutan seres humanos.

El derecho positivo ha construido su concepción de la facultad de juzgar sobre la rígida separación de la capacidad de subsumir la realidad bajo reglas con respecto a la operación de valoración ético-moral. De este modo, se supone y sostiene (tanto de modo descriptivo como de modo prescriptivo, en uno de los presupuestos fundamentales del positivismo jurídico) que la determinación de culpabilidad o inocencia de un acusado debe prescindir de dicha operación de valoración ético-moral, como requisito y presupuesto básico de la acción de un juez.

Uno de los padres teóricos de esta concepción ha sido Hans Kelsen, aunque tiene antecedentes en el propio origen del positivismo jurídico y previamente en codificaciones del derecho de la Antigüedad. Apoyado en autores como el propio Kelsen, Bentham, Hart, Bobbio y otros padres del positivismo jurídico, el jurista italiano Luigi Ferrajoli llama a esta división “secularización ilustrada del derecho y de la moral”, y distingue dos características principales de dicha división:

- 1) un sentido *asertivo*, lo que implica una tesis teórica acerca de la autonomía fáctica de los juicios jurídicos respecto a los juicios ético-políticos, y
- 2) un sentido *prescriptivo*, que plantea una *necesidad* de dicha autonomía de las normas jurídicas con respecto a las normas morales, y que hace referencia al problema político de la justificación externa de la normatividad y su vinculación con la justicia.⁴

Esta rígida separación entre derecho y moral —y, en particular, su sentido asertivo, que implica un modo de comprensión del origen del derecho y de su vinculación, o falta de vinculación, con la justicia— ha dado paso a la hegemonía de lo que podríamos calificar como un derecho de la subsunción formal, paradigma básico de la visión del padre del derecho positivo, Hans Kelsen, para quien la validez de la norma deriva de su formulación previa y de su eficacia (en tanto capacidad de coacción).

Que un principio creado por un abogado judío nacido en Praga, formado en Austria y que trabajara en Alemania hubiese servido también para validar el derecho nazi que produjo la persecución y exilio de su propio creador —Hans Kelsen— debiera haber producido una reacción mayor ante este dogma constituyente y central del derecho positivo: la separación radical de derecho y moral. El derecho nazi ilustra los riesgos de caer en una valoración de la norma que excluye a la moral y se basa solo en los modos de su producción formal, al mostrar cómo pudo conducir a la creación de un derecho que legitimó la sanción efectiva de leyes discriminatorias, legalizó procesos de persecución e incluso de exterminio de grupos de población, realizados bajo el cumplimiento de los requisitos formales de producción de la norma y justificados en el doble

⁴ Véase Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* [1989], Madrid, Trotta, 2011, en especial pp. 218-231. Se verá más adelante que el propio Ferrajoli, a diferencia de Kelsen, Hart o Bobbio, ha puesto en cuestión esta división (tanto hacia el final de *Derecho y razón* como en las obras posteriores, muy en especial en *Derechos y garantías. La ley del más débil* [1999], trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 2010). Este cuestionamiento se desarrolla a partir de la delimitación entre un principio de mera legalidad (que incluye solo la validez formal de una norma, a partir de su modo de creación) y un principio de estricta legalidad (que implica la validez sustancial de la norma, derivada de su respeto a los principios fundamentales), pero lo hace de un modo tal que no termina elucidando finalmente qué tipo de vinculación se establece entre dichos principios o a qué genealogía remiten.

principio, asertivo y prescriptivo, de la separación entre derecho y moral, y por lo tanto, legítimos desde un principio de validez formal.

Sin embargo, dicha reacción no se ha producido, más allá de cierto retorno a perspectivas *iusnaturalistas*,⁵ que continúan siendo marginales en el campo de la filosofía del derecho. Es más común encontrar hoy cierto *iusnaturalismo* renovado y moderno, que no se anima a explicitarse como tal, como modo de fundar los desarrollos del derecho internacional de los derechos humanos, sobre el que se volverá repetidamente en este libro.

El silencio o la ignorancia frente a esta característica de la facultad de juzgar (el hecho de que ella implica una toma de posición frente al mundo, que es eminentemente subjetiva y por ello vinculada a la ética, a la estética y a la moral) no elimina su existencia. Apenas construye una ficción jurídica de alto peligro, ya que otorga a jueces, fiscales y abogados la ilusión de construir un *derecho neutral*, que podría permitirles prescindir de una de sus facultades humanas más preciadas: la facultad de juzgar en tanto evaluación ético-moral de las acciones humanas, en tanto posicionamiento subjetivo frente a lo bueno, lo malo, lo justo o lo injusto. Aquello que Hannah Arendt identificara como la esencia del “viento del pensar”: el criterio moral.

La argumentación positivista para justificar el quiebre entre derecho y moral ha tenido el objetivo de separar el derecho moderno del derecho inquisitorial, el cual, basado precisamente en una justificación de carácter ético-moral, utilizó la herramienta jurídica como legitimación del ejercicio de su poder punitivo. Y la derivación que sin duda alguna sí tiene sentido en dicho planteo es que no todo hecho inmoral constituye, ni debiera constituir, un delito. Es decir, el derecho no puede ni debe incluir entre sus objetivos la imposición de una moral, sino que hay infinitud de actos que, siendo inmorales, escapan a la esfera del derecho y

⁵ Se entiende por *iusnaturalismo* a la corriente ética y jurídica que postula la existencia de derechos de los seres humanos fundados en su naturaleza, universales, anteriores y superiores a cualquier codificación jurídica positiva. Tiene orígenes muy tempranos en las concepciones de derecho natural en el pensamiento griego (por de pronto aparecen tanto en Platón como en Aristóteles), en el pensamiento normativo del monoteísmo (tanto judío como cristiano y musulmán) y luego también en las corrientes racionalistas, que postulan un *iusnaturalismo* fundado en la razón o en las costumbres de los pueblos, a través del concepto de derecho de gentes.

es correcto que así sea. Esta es la crítica fundamental al procedimiento inquisitorial, y por supuesto que no puede más que acordarse con ella.

Pero que la moral no es idéntica al derecho o que el derecho no puede legislar sobre todos los hechos inmorales no puede justificar, de por sí, quebrar de cuajo la relación entre derecho y moral, independizando la validez del derecho de toda evaluación ético-moral. Ya que el riesgo de semejante separación es el de avalar un sistema tan o más aterrador que la propia lógica inquisitorial que se buscaba conjurar.

El sistema inquisitorial siempre explicitó sus principios ético-morales, por tremendos que ellos fueran. Desde esta explicitación, pudo producirse cuanto menos una confrontación contra dichos principios (el origen del Iluminismo), si bien su costo solía ser la propia vida, la persecución o la censura, bajo la acusación de contrariar el “orden natural” de las cosas. Pero estaba claro que el derecho inquisitorial se identificaba a sí mismo con la moral que provenía del propio aparato eclesiástico y que, por lo tanto, su cuestionamiento moral debía llevar al cuestionamiento de la institución de la Inquisición, facilitando de ese modo la vinculación entre el trabajo de la crítica y sus consecuencias políticas.

Por el contrario, la supuesta neutralidad del derecho positivo esconde e invisibiliza sus orientaciones ético-morales (no las elimina, por supuesto, ya que sería imposible en tanto que la neutralidad valorativa no es viable), planteando sus acciones como igualmente inapelables, pero ahora no por motivos divinos o naturales, tampoco por argumentaciones morales o históricas que se someten a discusión racional, sino por motivos “científicos” que serían inapelables y no darían lugar a crítica alguna, por resultar improcedente.⁶

Dicha modalidad positiva, en tanto “científica”, tiende a obstaculizar un cuestionamiento ético-moral y, lo que resulta más grave, desresponsabiliza a los actores (jueces, fiscales, abogados) con respecto a las consecuencias de sus acciones dentro del sistema penal no solo en la ilegitimidad escandalosa de las condenas injustas (lo cual ha sido profusamente señalado por el derecho penal crítico), sino también en la

⁶ Lejos de este trabajo, valga aclarar, ningún relativismo de tipo cognoscitivo ni de tipo ético. Sin embargo, así como el conocimiento científico de la realidad material no puede prescindir del análisis crítico de la relación con las cosas, ningún análisis de los comportamientos sociales puede prescindir de su evaluación ético-moral.

complementaria ilegítimidad escandalosa de la impunidad de los genocidas (escudada en la neutralidad del proceso, en las limitaciones formales y, por lo tanto, mucho más silenciada o justificada incluso por las miradas críticas o progresistas dentro del derecho penal).

Nunca está de más historizar los procesos sobre los que se reflexiona para recordar que las reglas bajo las cuales busca subsumirse la realidad a partir de la codificación jurídica, aun cuando aparezcan como normas o leyes, son creadas por los hombres y derivan de una opinión, de una valoración de la realidad que no por ser tal pierde su fuerza, pero que sí puede y debe ser sometida a revisión crítica.

De allí que vale retomar la distinción realizada por el propio Ferrajoli entre las prácticas de prohibir, condenar y juzgar,⁷ pero buscando devolver el orden lógico-filosófico a las tres acciones, alterado por la preeminencia otorgada por el conjunto de los pensadores del derecho penal positivo a las discusiones sobre la función de la pena como eje de comprensión del conjunto de prácticas, sea que se acepte o no una función para la solución penal. Subordinar el juicio a la pena ha sido una constante que atraviesa a todos los que plantean distintas funciones para la pena e incluso a quienes sostienen (como los abolicionistas) que la pena no tiene función, o a quienes se definen como “agnósticos” en dicho debate. Unos y otros han subordinado el análisis del juicio a su mero carácter de procedimiento para arribar a una pena.

Por el contrario, este volumen propondrá centrarse en el análisis crítico de las funciones, los sentidos y las consecuencias de la *facultad de juzgar*, entendida en la articulación de sus tres tipos de prácticas: *valorar, subsumir y actuar en consecuencia*.

Solo aclarando este punto será posible, en el próximo volumen de esta trilogía, abordar con fundamento la cuestión de la responsabilidad que surge de dicho juicio, a través de una pena o de otros modos que históricamente han existido para afrontar las responsabilidades que derivan de las acciones juzgadas, sean estos modos reparatorios, distributivos o punitivos.

El objetivo fundamental de este primer capítulo será, entonces, el intento por *liberar el análisis de la facultad de juzgar de su subordinación a las lógicas punitivas* (subordinación que produjo la transformación de la facultad de juzgar en un mero procedimiento que permite arribar a

⁷ Eje fundamental de una de sus obras más influyentes, *Derecho y razón*, *op. cit.*

una pena o a una absolución, producto derivado de la división tajante del derecho con respecto a la moral).

La liberación de la facultad de juzgar busca, por lo tanto, cuestionar la viabilidad del proyecto de una *neutralización valorativa* del derecho, ilusión positivista —heredera de un proyecto positivista filosófico hoy en decadencia en el resto de las disciplinas, tanto en las ciencias sociales como en las ciencias naturales— de separar artificialmente la capacidad de subsumir la realidad bajo reglas de la determinación valorativa que subyace en cualquier tarea de subsunción.

Pero en ningún momento se debe olvidar que el eje de análisis de este libro es muy específico: *el juicio y el castigo de los crímenes de Estado*. Y que, por lo tanto, la liberación de la facultad de juzgar no implica necesariamente desentenderse de la necesidad de sanción de estos crímenes (en tanto determinación de responsabilidades como consecuencia de las acciones desarrolladas).

Lo que se busca, en un primer objetivo, es simplemente invertir el orden de determinación de ambos procesos: *juicio y castigo a los culpables de crímenes de Estado* (primero juicio, luego castigo), tal como aparecieron formulados en el movimiento popular (expresión de su relación lógica, que proviene incluso del sentido común).

La sanción, u otra forma de responsabilización por las consecuencias de las acciones desarrolladas, no puede ser nunca un presupuesto del juicio (ni en esta ni en cualquier otra cultura, con o sin punición), sino que, lógicamente, se requiere primero ser capaz de juzgar para, una vez esclarecida la valoración ético-moral de las acciones, definir las modalidades de responsabilidad por las que los actores deben asumir y lidiar con las consecuencias de sus actos.

Por lo tanto, sin asumir ni descartar aún ninguna posición en relación con la función de la pena, se buscará avanzar sistemáticamente en la necesidad del juzgamiento de los crímenes de Estado y en las peculiaridades de este tipo específico de vulneración del lazo social (la matanza metódica implementada desde el poder punitivo estatal), a la hora de analizar las posibilidades y necesidades de dicho juzgamiento y el modo en que pone en cuestión todo el aparato de legitimación de la mirada positivista que postula la rígida separación entre derecho y moral.

Un recorrido por la psicogénesis y la sociogénesis del juicio moral podrá aportar herramientas para recuperar la función ética de la facultad

de juzgar en el desarrollo de las personas y de los pueblos, buscando liberarla de su dependencia de la pena y restableciendo el orden lógico en la cadena quebrada por el positivismo. Es importante asumir y reconocer que la facultad de juzgar debe ser *previa* a la posibilidad de sancionar y que, por lo tanto, toda discusión sobre la función de la pena no puede ignorar su dependencia y precedente determinación respecto a la facultad humana del juicio.

Muchos juristas críticos —muy en especial Zaffaroni, y la escuela a la que ha dado origen desde una mirada “agnóstica” sobre la función y origen de la pena—⁸ han destacado los modos por los que el derecho penal ha confiscado a la víctima, apropiándose de la “gestión” del daño a ella realizado y poniendo sus intereses, voluntad o expectativas por fuera de la discusión jurídica. Sin embargo, menos atención han dedicado a la confiscación de la facultad humana de juzgar, producida en el mismo proceso histórico en el que se confiscó a la víctima, pero con consecuencias de gravedad aún mayor, en tanto supresión de una de las facultades humanas más preciadas: la de distinguir el bien del mal, lo justo de lo injusto. Tal confiscación ha producido la utilización del derecho positivo como herramienta de legitimación de las clases dominantes pero, fundamentalmente, como invisibilización de las condiciones de injusticia que regulan dicha dominación.

Resulta necesario, entonces, iniciar un recorrido por la psicogénesis de la construcción del juicio moral, a fines de contar con herramientas más sólidas para proponer el cuestionamiento a uno de los presupuestos del positivismo jurídico: la separación radical (asertiva y prescriptiva) entre el derecho y la moral.

1.1. LA PSICOGÉNESIS DEL JUICIO MORAL

Jean Piaget se propuso hace ya varias décadas investigar la construcción del juicio moral en los niños. Si bien siempre le interesó la psicología infantil, estos trabajos se vinculaban mucho más a sus hipótesis

⁸ Eugenio Raúl Zaffaroni plantea una “teoría agnóstica” de la pena, esto es, que ninguna de las teorías de justificación de la pena (preventivas, resocializadoras, retributivas) ha demostrado empíricamente las funciones que postula.

epistemológicas acerca de la relación entre ontogénesis y filogénesis. Esto es, que el análisis de los modos de construcción infantil del juicio moral puede aportar elementos para comprender cómo se desarrolló la conformación de la facultad de juzgar en la especie humana, muy en especial, en la Modernidad.⁹

Con su análisis, por lo tanto, Piaget también aporta herramientas para analizar el origen del derecho como práctica social, como relación social entre seres humanos, más allá de las fundamentaciones construidas *ex post facto* por los propios juristas que, sin trabajo psicogenético ni sociogenético alguno, apenas *suponen* cómo debe haber surgido.

Si bien Piaget aborda en su obra discusiones teóricas con otros autores que reflexionaron sobre la construcción del juicio desde la psicología o las ciencias sociales —entre ellos, Durkheim, Fauconnet, Baldwin y Bovet—, lo más relevante de la obra de Piaget radica en el rastreo sobre dos problemas fundamentales: *cómo construyen los niños sus nociones sobre lo justo y lo injusto y cómo consideran que se vinculan o se deberían vincular dichas nociones con la responsabilidad por las propias acciones, a través de sanciones, reprimendas, acciones de reparación, distribución o restitución*, entre otras posibilidades. Esto es: *cuál es el origen psicogenético de la construcción del juicio y de la sanción*.

Por otra parte, como en toda obra constructivista, se analizan las transformaciones frente a estos interrogantes, intentando clasificar las respuestas en distintas etapas, que siguen un proceso de desarrollo de las funciones mentales, así como se ven influenciadas por las presiones sociales y culturales del entorno.

Si el derecho se ha propuesto históricamente una reflexión que, desde un análisis abstracto, busca derivar el ser desde un deber ser teórico, la psicogénesis aporta a la reflexión el análisis de las prácticas concretas de construcción del juicio moral, de la justicia retributiva y distributiva y, por lo tanto, de la sanción o la reparación como respuestas ante la injusticia. O, cuanto menos, el aprendizaje por el que se llega a incorporarlas en nuestro proceso mental en el presente.

⁹ Véase Jean Piaget, *El criterio moral en el niño*, Barcelona, Martínez Roca, 1984. Para la articulación entre el desarrollo de estos procesos de abstracción en los niños y la historia del pensamiento humano, véase Jean Piaget y Rolando García, *Psicogénesis e historia de la ciencia*, México, Siglo XXI, 1982.

Resulta realmente sorprendente que, a excepción del propio Kelsen (en su distinción entre los mecanismos de la causalidad y de la imputación)¹⁰ y de Carlos Nino (a partir de sus comentarios sobre la obra de Lawrence Kohlberg),¹¹ casi ninguno¹² de los otros numerosos autores jurídico-filosóficos que han reflexionado sobre las teorías de la pena se haya propuesto abordar estos dos problemas: la pena como resultado posible de la facultad de juzgar y el análisis del origen psicogenético y sociogenético de ambas prácticas (el juicio y la sanción), como herramienta fundamental para una reflexión crítica sobre su expresión posterior en el derecho penal, en tanto niveles de determinación de las racionalizaciones y prácticas posteriores una vez que aparece el derecho positivo en los ordenamientos sociales.¹³

Por supuesto que no es este el lugar para realizar un análisis global de la facultad de juzgar y de las teorías de la pena a partir de estos desarrollos. Además, siempre queda la duda acerca de si dicho análisis *global* puede tener sentido o si las funciones de la pena podrían diferir según el tipo de ruptura del lazo social que se estudie, cuestión que también ha sido ignorada en la reflexión jurídica.

En este libro se mantendrá el foco siempre en el análisis de los crímenes de Estado, dando cuenta de sus especificidades y características propias y sin pretender extender las conclusiones a otro tipo de prácticas sociales que se han constituido en delitos, las cuales resultan

¹⁰ Véase Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho* [1960], trad. de la ed. francesa (última corregida por Kelsen) de Moisés Nilve, Buenos Aires, Eudeba, 2010.

¹¹ Véase Carlos Nino, *Ética y derechos humanos*, *op. cit.*

¹² Resulta necesario mencionar aquí también a Carlos Cossio, filósofo del derecho argentino particularmente original. Debo el señalamiento de esta ausencia a Miguel Palazzani, así como la necesidad de introducirse en su obra para identificar algunos planteos lúcidos muy tempranos con respecto a esta separación positivista de derecho, moral y verdad, fundamentalmente en su concepto de “interferencia intersubjetiva” y en su teoría egológica del derecho.

¹³ Tampoco el análisis histórico del surgimiento de estas prácticas ha tenido desarrollos importantes, una de cuyas excepciones particularmente rica es la tesis de doctorado de Alejandro Alagia, *Hacer sufrir. Imágenes del hombre y la sociedad en el derecho penal*, Buenos Aires, Ediar, 2014, en la que se recurre a la antropología para rastrear diversas modalidades de construcción de la sanción a través de la historia de distintos pueblos. Se trabajará en todo este volumen con esta obra, uno de los primeros casos en los que un penalista incluye el análisis de los orígenes históricos de las prácticas sobre las que reflexiona, en lugar de suponerlas de modo mítico o abstracto.

cualitativamente distintas y que, por lo tanto, podrían requerir de un análisis específico que dé cuenta de cada una de ellas, así como aquí se hará en relación con los crímenes de Estado.¹⁴

Piaget distingue cuatro momentos en la reflexión de los niños acerca del carácter de lo injusto, momentos que pueden comprenderse como etapas en el desarrollo de la noción del juicio moral y, por lo tanto, como complejizaciones crecientes de la facultad de juzgar. Véase la conclusión a la que arriba el propio Piaget:

Las respuestas obtenidas son de cuatro tipos: [lo injusto es] 1) las conductas contrarias a las consignas recibidas del adulto: mentir, robar, romper, etc., en definitiva, todo lo que está prohibido; 2) las conductas contrarias a las reglas del juego; 3) las conductas contrarias a la igualdad (la desigualdad en las sanciones o en el trato); 4) las injusticias relativas a la sociedad adulta (injusticia de orden económico o político).¹⁵

Es así que Piaget considera que

estas respuestas [...] nos permiten llegar a la conclusión, en la medida en que podemos hablar de estadios en la vida moral, de que existen tres grandes períodos en el desarrollo de la justicia en el niño: un período que se extiende hasta los 7 u 8 años, durante el cual la justicia se subordina a la autoridad adulta; un período comprendido entre los 8 y los 11 años, aproximadamente, y que es el del igualitarismo progresivo y, finalmente, un período que se inicia alrededor de los 11 o 12 años, durante el cual la justicia puramente equitativa se ve moderada por unas preocupaciones de igualdad.¹⁶

Las reflexiones jurídicas, paradójicamente, no suelen abordar el análisis desde el cuarto nivel (equivalente a los adolescentes) para avanzar desde allí, sino que tienden a construir una representación del sentido del derecho que oscila entre un respeto irrestricto a la ley (segunda

¹⁴ Sobre las teorías de fundamentación de la pena, véase la ya citada obra de Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón*, *op. cit.*, o también la obra clásica de Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, *Derecho penal. Parte general* [2000], 2ª ed., Buenos Aires, Ediar, 2002.

¹⁵ Jean Piaget, *El criterio moral en el niño*, *op. cit.*, p. 262.

¹⁶ *Ibid.*, p. 263.