

E

EN LETRA

DERECHO PENAL

Año X, N.º 20
Mayo 2025
ISSN: 2469-0864



Queda hecho el depósito previsto por la ley 11.723.



Esta obra está disponible bajo una licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional. Se permite la copia o redistribución total o parcial de

la presente obra por cualquier medio exclusivamente bajo el cumplimiento de la totalidad de las siguientes condiciones: (a) atribución: debe constar claramente: (a.i) la referencia a EN LETRA: DERECHO PENAL, con indicación del nombre de la publicación, volumen, año de publicación, nombre del autor citado o referido, número de páginas de referencia, nombre del artículo; (a.ii) contener un hipervínculo operativo a esta obra; y (a.iii) dejar constancia de si se han introducido cambios respecto del texto original; (b) uso no comercial: esta obra no puede ser total ni parcialmente reproducida con fines comerciales; y (c) forma originaria: la copia o redistribución total o parcial de la presente obra no estará autorizada si su contenido hubiera sido modificado.

ISSN: 2469-0864

Publicación confeccionada en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, República Argentina, por la **ASOCIACIÓN CIVIL CENTRO DE ESTUDIOS INTERDISCIPLINARIOS DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES (CEICJUS)**.

Editor responsable / correspondencia epistolar:

Leandro Díaz

La Pampa 2670, 2.º piso

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, República Argentina

Correspondencia digital:

leandroalberto.diasleston@uni-wuerzburg.de

Las ideas y términos expresados en esta obra pertenecen exclusivamente a sus autores. EN LETRA: DERECHO PENAL, el CENTRO DE ESTUDIOS INTERDISCIPLINARIOS EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES y sus miembros no necesariamente los comparten, ni se responsabilizan por ellos.

Ningún contenido de EN LETRA: DERECHO PENAL debe interpretarse como un intento de ofrecer o proporcionar asesoramiento profesional. En caso de dudas o necesidad de asesoramiento profesional, consulte a un profesional matriculado en la materia correspondiente.

DIRECCIÓN

Leandro A. DIAS (UNIVERSITÄT WÜRZBURG)

SUBDIRECCIÓN

José R. BÉGUELIN (UBA)

Noelia T. NÚÑEZ (UBA/CEPDAL)

Pablo LARSEN (UTDT/UBA)

SECRETARÍA DE REDACCIÓN

Agustina SZENKMAN (UBA)

Lara BENÍTEZ (UIDESA)

COMITÉ EDITORIAL

Antonella DONNES (UBA)

Carla SALVATORI (UBA)

Ezequiel JIMÉNEZ (MIDDLESEX UNIVERSITY)

Thomas WOSTRY (UNIVERSITÄT DÜSSELDORF)

Diana VELEDA (UTDT)

Lucía SOLAVAGIONE (UNIVERSITÄT BONN)

Tomás FERNÁNDEZ FIKS (UN. MAR DEL PLATA)

Magdalena LEGRIS (LEIDEN UNIVERSITY)

M^a. Belén RODRÍGUEZ MANCEÑIDO (UBA)

CONSEJO ACADÉMICO

Kai AMBOS (UNIVERSITÄT GÖTTINGEN)

Marina LOSTAL BECERRIL (THE HAGUE UNIVERSITY)

María Laura BÖHM (LMU MÜNCHEN)

Ezequiel MALARINO (UIDESA/ CONICET)

Hernán BOUVIER (UNC/ CONICET)

María Laura MANRIQUE (CONICET)

Alejandro CHEHTMAN (UTDT/ CONICET)

Juan Pablo MONTIEL (CRIMINT)

Luis CHIESA (SUNY BUFFALO LAW SCHOOL)

Héctor OLÁSOLO ALONSO (UIROSARIO)

Fernando J. CÓRDOBA (UBA)

Daniel PASTOR (UBA)

Julieta DI CORLETO (UTDT)

Nuria PASTOR MUÑOZ (UPF)

Marcelo FERRANTE (UTDT)

José Milton PERALTA (UNC)

George P. FLETCHER (COLUMBIA LAW SCHOOL)

Gabriel PÉREZ BARBERÁ (UNC)

Luis GRECO (HUMBOLDT-UNIVERSITÄT ZU BERLIN)

Ricardo ROBLES PLANAS (UPF)

Hernán GULLCO (UTDT)

Marcelo A. SANCINETTI (UBA)

Alejandro KISS (THE HAGUE UNIVERSITY)

Eugenio SARRABAYROUSE (UBA)

Máximo LANGER (UCLA)

Jesús-María SILVA SÁNCHEZ (UPF)

Marcelo D. LERMAN (UBA/UIDESA)

Alejandra VERDE (UIDESA/ UTDT)

Eric HILGENDORF (UNIVERSITÄT WÜRZBURG)

Patricia ZIFFER (UBA)



“EN LETRA: DERECHO PENAL” es una publicación semestral fundada en 2015 y su premisa es ofrecer una revista de excelencia, guiada por los estándares internacionales de referato doble ciego.

Tres declaraciones y garantías:

1. “EN LETRA: DERECHO PENAL” está diseñada de manera hipervinculada para facilitar su navegación interna y a destinos externos (fuentes referenciales on-line, EnLetra.com, correos electrónicos, etc.).

2. “EN LETRA: DERECHO PENAL” garantiza la publicación de todas las réplicas a los artículos publicados en la edición anterior, siempre que cumplan con una extensión máxima de 30 páginas y se ajusten a los estándares y requisitos de publicación.

3. “EN LETRA: DERECHO PENAL” es un espacio abierto, por lo que los autores podrán enviar sus contribuciones libremente, siempre y cuando se cumplan los requisitos de estilo. La evaluación de los artículos se basará exclusivamente en su contenido.

EDITORIAL: NÚMERO ESPECIAL – “CONTRA LA CORRIENTE” DE FEDERICO MORGENSTERN

COLUMNA: PRESENTACIÓN DEL NÚMERO ESPECIAL

Una introducción contra la corriente, Andrés Rosler, 7

ARTÍCULOS

Si fuéramos naturalmente desiguales, la legalidad no tendría que ser la misma para todos. A propósito de un libro claro en tiempos oscuros, Juan Antonio García Amado, 24

Jaime Malamud Goti, el juicio a las juntas y los procesos de lesa humanidad, Leonardo Filippini, 44

El humanismo trágico como aporte al debate jurídico-político sobre nuestra historia reciente (y no tan reciente), Máximo Lanusse Noguera, 55

Una defensa kantiana a “los filósofos”, Lucía Solavagione, 82

Juicios de lesa humanidad, teorías interpretativas, y disputas penales, Roberto Gargarella, 98

TRADUCCIONES

Jaime, las víctimas y la CPI, George P. Fletcher, 115

RECENSIONES

“Contra la corriente” de Federico Morgenstern, Daniel R. Pastor, 122

PAUTAS DE PUBLICACIÓN

PROCEDIMIENTO DE EVALUACIÓN

EDITORIAL: SPECIAL ISSUE – “CONTRA LA CORRIENTE”, BY FEDERICO MORGENSTERN

COLUMNS

“Contra la corriente” – An introduction, Andrés Rosler, 7

ARTICLES

If We Were Naturally Unequal, Then the Law Should Not Be the Same for Everyone, Juan Antonio García Amado, 24

Jaime Malamud Goti, the “Juntas” Trial, and Crimes Against Humanity, Leonardo Filippini, 44

Tragic Humanism as a Contribution to the Legal-Political Debate on Our Recent (and Not So Recent) History, Máximo Lanusse Noguera, 55

A Kantian defense of the “philosophers”, Lucía Solavagione 82

Trials for crimes against humanity, theories of legal interpretation, and criminal law disputes, Roberto Gargarella, 98

TRANSLATIONS

Jaime, the Victims and the International Criminal Court, George P. Fletcher, 115

BOOK REVIEWS

“Contra la corriente” by Federico Morgenstern, Daniel R. Pastor, 122

GUIDELINES FOR SUBMISSION OF ARTICLES

EVALUATION PROCEEDINGS

Editorial: “Contra la corriente”, de Federico Morgenstern

Este número de En Letra: Derecho Penal está dedicado exclusivamente a la discusión académica sobre el nuevo libro de Federico Morgenstern, “Contra la corriente”. En este libro se desarrollan no solo algunos aspectos biográficos sobre Jaime Malamud Goti, sino que además esboza una crítica importante a la forma de hacer derecho (penal) en Argentina: se piensa la solución más conveniente para llegar a un determinado fin mediado ideológicamente y luego se crea una fundamentación *ad hoc*. Por esa razón, el libro ha generado una importante discusión en el ámbito público, en especial en la Revista Seúl, pero no solamente. Nuestra idea es trasladar esa discusión pública al ámbito científico a partir de distintas contribuciones a cargo de penalistas argentinos y extranjeros. Esperamos que este número contribuya a mejorar la ciencia del derecho penal argentina.

Columna: Presentación del número especial

UNA INTRODUCCIÓN CONTRA LA CORRIENTE

Andrés ROSLER¹

Hasta donde sé, los siete autores que han contribuido a este *dossier* verdaderamente internacional sobre *Contra la corriente* —el nuevo libro de Federico MORGENSTERN— no habían acordado la distribución de los temas que iban a tratar. Sin embargo, el panorama de las cuestiones que abordan los diferentes comentarios es bastante variado. A continuación voy a seguir un orden de presentación que, dentro de lo posible y siempre en aras de hacer las cosas más fáciles a los lectores, parte de un punto de vista internacional y general (GARCÍA AMADO, FLETCHER) para luego tratar cuestiones más específicas, sea de derecho local (PASTOR, FILIPPINI), de la historia del pasado reciente argentino (LANUSSE NOGUERA), sea de filosofía del derecho penal (SOLAVAGIONE) y dejando para el final las críticas de GARGARELLA al planteo de MORGENSTERN.

Juan Antonio GARCÍA AMADO se refiere a *Contra la corriente* como un “libro claro en tiempos oscuros”. Los tiempos oscuros se deben a los resultados contraproducentes de la aplicación al derecho de lo que a primera vista es un recurso saludable como la filosofía política. Los epígonos de la racionalidad común inspirada en “Rawls, Habermas, Apel y compañía”, que a su vez trata de “fundamentar las reglas de un diálogo imprescindible para la convivencia razonable entre los diversos”, terminaron convirtiéndose en “etiquetadores a sueldo y descalificadores enfebrecidos. De pronto, aquel meritorio universalismo, tan ansiado, se topó con el enemigo íntimo, los de otros bandos, y decidió que, en democracia, los que en igualdad dialogan no pueden ser tan distintos y que a los diferentes del todo hay que mandarlos con la música a otra parte”. Por alguna razón, suele pasar con los que defienden el diálogo y la deliberación que solo están dispuestos a dialogar y deliberar con quienes les dan la razón. En todo caso, sostiene GARCÍA AMADO, merced a este desarrollo abundan “los férreos defensores de los derechos humanos que los vulneran sin mala conciencia” (p. 27).

¹ Abogado (UBA), Máster en Ciencia Política (FLACSO), Doctor en Derecho (Oxford). Investigador del CONICET, Profesor de Filosofía del Derecho, Facultad de Filosofía y Letras, UBA, y Universidad de San Andrés. Contacto: andres.rosler@gmail.com.

La filosofía política deliberativista de “Rawls, Habermas, Apel y compañía” en el fondo es ética aplicada, ya que se propone dar razones para actuar con las cuales todo agente razonable debería estar de acuerdo y por lo tanto no puede sorprender que “la ocusión actual de la filosofía política por causa del imperio de la ética y los ‘éticos’” tenga “efectos devastadores para el orden social, pues se da por sentado que las razones para la obediencia solo pueden ser las que de la conciencia de cada cual emanen, y a los ciudadanos se les está insinuando que se agrupen por tribus en razón de los ideales morales de cada grupo particular, en lugar de sentirse leales con el Estado que les permite vivir en igualdad en tanto que moralmente diversos e idénticamente dignos” (p. 27). La apelación del derecho a la ética del discurso produjo la emergencia de un tribalismo ético que debería llamar la atención de los antropólogos.

Para entender estos tiempos oscuros GARCÍA AMADO no solo recurre a la historia y a la filosofía política, sino que me animaría a decir también a la teología política del positivismo jurídico, bastante olvidada no solo por los adversarios del positivismo sino también por sus muy pocos seguidores. De ahí que se refiera a la “genialidad filosófico-política de Bodino”, la cual “pergeña el Estado moderno, que será filosóficamente sustentado por Hobbes más tarde, también en un contexto de violencia política, miedo y necesidad de erigir un poder pacificador entre los que se matan por sus respectivas convicciones religiosas, políticas o morales”. Es entonces que surge la idea extraordinaria de “un poder estatal que no sea de ninguno y que no se deba a ninguna fe, sino a su misión secular de imponer la paz mediante la fuerza”: “allí donde antes los individuos tenían políticamente por encima de todo a Dios, ahora solamente tienen al Estado” (p. 29).

No mucho después, continúa GARCÍA AMADO, las semillas del Estado de derecho que figuran en el *Leviatán* de HOBBS florecerían en diverso grado en las obras de LOCKE, ROUSSEAU y KANT, cuando “las normas principales del derecho” no fueron hechas “a su antojo” por “quien tiene el gobierno, sino [por] un soberano que ya no coincide con él: el pueblo” (p. 30). Precisamente, de “la mano de Kant y de la libertad moral como atributo humano esencial, llegamos a la formalidad de lo jurídico” (p. 31), ese logro extraordinario de la jurisprudencia europea, tan abominado por los iusmoralistas.

Yendo ahora al derecho penal, GARCÍA AMADO se ve obligado a recordarnos que: “Si la legalidad es única, bajo la legalidad estamos todos, no solo los justos, no solo los amigos, no solo los de nuestra tribu, no solo los que se tienen por moralmente superiores, no solo los que respetan o propugnan los derechos humanos. Porque defender los derechos humanos a base de excepcionar las garantías penales para los malos es la forma más paradójica, peligrosa y cruel de invalidar los derechos humanos” (p. 32). En otra época hubiera llamado la atención que alguien tuviera que aclarar que: “No hay delitos naturales ni delitos en sí, el tipo penal es de configuración exclusivamente legal” (p. 36). Sin embargo, lamenta GARCÍA AMADO, estamos viviendo la era de lo que “se puede ya denominar derecho constitucional del enemigo”, lo cual no deja de tener su

gracia ya que “estos creadores del constitucionalismo de enemigos eran los que se rasgaban las vestiduras con las tesis de G.JAKOBS” (p. 35).

GARCÍA AMADO también nos advierte sobre los peligros de la “novedad relativamente reciente” que “consiste en justificar la pena por consideración a la víctima del delito” (p. 39). Se trata de una verdadera involución desde los tiempos del Estado moderno de derecho a la situación precisamente pre-moderna, por no decir pre-estatal, con la salvedad de que no se elimina el Estado sino que se lo pone a disposición de la “sed de venganza” (p. 39).

Finalmente, advierte GARCÍA AMADO, si “al asesino más cruel, al torturador más infame, al tirano más sanguinario le decimos que sus derechos son menos porque él es peor moralmente, enemigo políticamente”, “en verdad nos igualamos con él en lo peor y seguramente él en el fondo así nos percibe” (p. 42). Los “Estados justicieros” que proceden de este modo en el fondo son “Estados sin control, sin medida, y las masas que jalean a la autoridad para que se salte la norma cuando trata con los malos acabarán siendo víctimas de ese Estado, que terminará por tildar de inhumano y por tratar en consecuencia y como enemigo al meramente desobediente, al heterodoxo, al díscolo, al alternativo, al rebelde, al simplemente autónomo y libre, al que se siente con derechos e intenta con propiedad de ejercitarlos” (p. 42).

George P. FLETCHER, por su parte, en “Jaime, las víctimas y la CPI”, no solo ofrece una perspectiva externa sobre este “nuevo y brillante libro de Federico Morgenstern” (p. 116), sino que además entiende al libro desde el punto de vista del “desarrollo del derecho penal internacional”. La tesis de FLETCHER es que Argentina fue clave en el cambio de enfoque experimentado por el derecho penal, que dejó de concentrarse en los derechos del acusado (tal como suelen figurar en las constituciones y legislaciones nacionales, por ejemplo la Declaración de Derechos de los Estados Unidos) para girar alrededor de la presunta víctima (tal como ocurre en el derecho penal internacional de los derechos humanos, por ejemplo el Estatuto de Roma), y de hecho FLETCHER considera que “Jaime Malamud Goti fue uno de los actores clave en este cambio de orientación” (p. 116).

Obviamente, explica FLETCHER, “el acusado, sea culpable o no, quiere un juicio equitativo (*fair*). Las víctimas quieren justicia. Salen a la calle para exigirla. Como las Madres y Abuelas en Argentina, golpean cacerolas y sartenes hasta que se les escucha” (p. 116). Mientras que un acusado quiere un juicio equitativo conforme a las reglas preexistentes, las cuales por lo general incorporan el así llamado derecho penal liberal con todo su botiquín de derechos y garantías, las víctimas (y/o obviamente sus familiares, allegados, etc.) están mucho más interesadas en conseguir justicia sin tener que atenerse necesariamente a las reglas penales preexistentes, que no pocas veces son un obstáculo que tiene como resultado la impunidad, es decir, la falta de castigo. Cabe recordar que esto último es siempre una posibilidad, en la medida en que estemos hablando de un juicio penal en sentido estricto, es decir un proceso según las reglas del Estado de derecho.

FLETCHER termina su breve contribución invocando a su “viejo amigo Jaime Malamud, así como a Carlos Nino y Carlos Rosenkrantz” y haciendo votos para que en el futuro podamos “encontrar una manera de honrar a las víctimas y, al mismo tiempo, proteger todos los derechos procesales de los acusados en un proceso penal” (p. 121). En otras palabras, FLETCHER espera poder encontrar la cuadratura del círculo, ya que —como explica Daniel PASTOR—: “Resulta evidente que, en materia penal, no se puede servir a dos objetivos al mismo tiempo, de modo que resulta imposible atender a la vez a los intereses punitivos (o de la víctima) y a los del imputado. La formulación de una teoría de los derechos fundamentales no admite esta bipolaridad debido a que, o bien se recuesta el interés permanentemente sobre el lado del individuo acusado, o bien se lo hace para siempre en interés del castigo”.²

Hablando de Daniel PASTOR, en su largo y detallado comentario a *Contra la corriente*, “el extraordinariamente atractivo libro de Federico Morgenstern” (p. 123), opina que la obra es muy oportuna debido a su “asunto” y a su “estilo confrontativo”: “Morgenstern examina un tema que es necesario afrontar y se las ve con las ideas que hay que contraponer hasta promediar un resultado que es fruto de la seriedad de su emprendimiento. No es un libro para ganar amigos” (p. 125). De hecho, el libro es algo “fuera de lo común por varias características adicionales. Es antidisciplinario, tanto porque se nutre de muchas fuentes, muy concernientes a su investigación algunas de ellas metajurídicas. Es un texto innovador escrito en un estilo expositivo bastante impropio de las publicaciones usuales de derecho. El libro está documentado con una exhaustividad implacable”.

PASTOR enfatiza la búsqueda de la verdad en la que se embarca MORGENSTERN, “algo que actualmente se echa de menos en la mayoría de los profesionales de la investigación y de la enseñanza del derecho, más preocupados por agradar a quien sea (que tenga poder), para progresar en el desempeño no académico del oficio, que en ser creadores críticos de conocimiento nuevo”. Asimismo, la “erudición de Morgenstern” —agrega PASTOR— consiste en “formar un equipo para entrar en el infierno de Dante, no en la sala en la que se rinde una oposición para un cargo o a esas aulas donde se aplaude todo lo que sea *mainstream* o en las cuales se tolera que lo expuesto no tenga la menor relevancia” (p. 125).

El tema central del libro de MORGENSTERN, explica PASTOR, “es el pensamiento y el comportamiento de Malamud Goti enfrentado a la situación más ingrata a la que se puede ver expuesta una persona de derecho íntegra y erudita: procesar desde un Estado legítimo, sin salirse

² PASTOR, Daniel R., *El poder penal internacional. Una aproximación jurídica crítica a los fundamentos del Estatuto de Roma*, Barcelona, Atelier, 2006, p. 184.

del derecho, atrocidades cometidas por quienes tenían todavía mucho poder, formal y clandestino, y un gran apoyo de amplios sectores de la sociedad” (p. 123).

Habiendo descripto el libro en general en la primera sección de su comentario, en la segunda PASTOR menciona las enormes dificultades jurídicas que tienen los juicios penales iniciados por crímenes de Estado. Por ejemplo: “¿De cuánta destreza actuarial debe disponer una persona de derecho para disimular una sonrisa cínica cuando pronuncia la palabra *juicio* refiriéndose al de Núremberg? ¿Cómo compatibilizar el derecho humano de todo imputado a ser juzgado por un tribunal predeterminado por la ley con los tribunales *ad hoc* de la ONU para Ruanda y la antigua Yugoslavia?” (p. 127).

En el procesamiento de crímenes masivos, agrega PASTOR, “no hay forma de evitar efectos jurídicamente indeseados” debido a que: (a) muchos hechos —a veces todos— quedan sin castigo debido a leyes de impunidad (por ejemplo, en Alemania e Italia después de la Segunda Guerra Mundial, para no hablar de España después de Franco) y (b) los crímenes que sí resultan castigados “suelen serlo con lesión de algunos derechos fundamentales de los sospechosos (tribunales especiales, no estrictamente imparciales, violación del principio de legalidad, proscripción de toda gracia admitida por la legislación [amnistía, indulto, prescripción], prisión preventiva automática y de larga duración, relajamiento de los rigores probatorios, utilización de imputación de responsabilidad objetiva prohibidos en el derecho penal, y condenas a penas infamantes [de los ahorcamientos, de Núremberg a la ejecución de Sadam Husein] o de cumplimiento en condiciones crueles e inhumanas)”. Por si hiciera falta una aclaración “para distraídos y malintencionados”, PASTOR añade que la descripción previa “no equivale a justificar las atrocidades de los estados dictatoriales ni respalda las violaciones de derechos humanos de los acusados que son cometidas por el aparato de represión penal del Estado democrático que investiga los crímenes, los juzga y los castiga sin poder evitar sus propias ilicitudes en esa labor. Solo constato hechos” (p. 127).

Luego, en la tercera sección, PASTOR se refiere en primer lugar a “la primera etapa de la experiencia argentina, que va desde 1983 a los indultos de 1991” (p. 128), la cual se mantuvo fundamentalmente dentro de la legalidad, y luego en la cuarta sección la “reapertura de la persecución penal de todos los crímenes de la dictadura” es descripta como “un festival de incompatibilidades con los derechos humanos de los acusados” (p. 133). Aquí PASTOR destaca la reconstrucción hecha por MORGENSTERN del debate entre MALAMUD GOTI y Marcelo SANCINETTI, quienes tuvieron “un desacuerdo casi contencioso, pero lo hicieron desde su ciencia y sus convicciones, queriendo ambos ser útiles a la fundación, por medio del ejercicio del poder de castigar en lo que toca a este, de un Estado constitucional y democrático de derecho. Y pagaron por ello” (p. 128).

La gran cuestión, sostiene PASTOR finalmente, es “cómo *juzgar el juzgamiento* de esos hechos en lo que va del siglo XXI, con la metodología académica de aplicar pensamiento crítico a la

búsqueda de la verdad, no para conseguir reconocimiento público o un ascenso en la carrera judicial. Desafortunadamente, la prueba indica que es aplicado un aparato represivo estatal que funciona casi siempre en modo derecho penal del enemigo y de manera bastante antagónica con el modelo de ejercicio del poder de castigar en un Estado constitucional y democrático de derecho” (p. 128).

PASTOR llega finalmente a la conclusión de que “Morgenstern ha puesto en valor a un Malamud Goti envuelto durante cuatro décadas en acciones y reflexiones respecto del difícil problema” de cómo tratar “en democracia crímenes aberrantes y masivos perpetrados por un Estado ilícito” (p. 139).

Leonardo FILIPPINI, en su comentario “Jaime Malamud Goti, el juicio a las juntas y los procesos de lesa humanidad”, formula un considerable número de preguntas acerca de lo que plantea MORGENSTERN. Por ejemplo, FILIPPINI expresa sus dudas acerca de si, como cree MORGENSTERN, el debate acerca del juicio a las Juntas y los procesos de lesa humanidad realmente se ha “empobrecido” y de si MALAMUD GOTI fue verdaderamente contra la corriente, esto es, acerca de si “hay material suficiente para presentar a Malamud Goti —a su trabajo, a sus contribuciones académicas, a sus intervenciones en el debate público— como a un disidente, un real *outsider*, o algo de este estilo”, como si “la extraordinaria figura de Jaime [MALAMUD GOTI] reverbera[ra] solitaria y disidente ante las tendencias dominantes de su época” (p. 46). Según FILIPPINI, por el contrario, “*Contra la corriente* parece ofrecer la descripción de otro tipo de entidad: una *rara avis*, una mente lúcida, un funcionario responsable, un intelectual crítico y creativo, pero no al portavoz de una disidencia” (p. 47).

Asimismo, FILIPPINI se pregunta: “Si Petracchi, luego de ‘Camps’, ha ofrecido argumentos *decepcionantes* como dice el libro, ¿deberíamos calificar igual a la posición de la jueza Argibay en ‘Simón’? ¿En qué sentido su disidencia en ‘Mazzeo’ respecto de la cosa juzgada repararía el daño fatal a las garantías infligido en ‘Simón’?” (p. 52). Cabe recordar que MORGENSTERN sostiene que fue “*decepcionante* que Petracchi formara parte de la mayoría del tribunal” que “fue partidaria de desconocer los derechos y garantías fundamentales de los acusados” en los casos “Arancibia Clavel” y “Simón” (de lesa humanidad), ya que eso implicó que PETRACCHI dejara de lado “sus impecables credenciales liberales, exhibidas en fallos como ‘Bazterrica’ y ‘Sejean’, cuando de él se esperaba precisamente una defensa vigorosa del derecho penal liberal”.³ Asimismo, MORGENSTERN sostiene que las posiciones de PETRACCHI en los fallos de lesa humanidad de la Corte son “el mejor

³ MORGENSTERN, Federico, *Contra la corriente. Un ensayo sobre Jaime Malamud Goti, el juicio a las Juntas y los procesos de lesa humanidad*, Buenos Aires, Ariel, 2024, p. 15, énfasis agregado.

ejemplo” de decisiones inspiradas en “factores que exceden las estrechas consideraciones legales al decidir en la segunda ola de juicios”.⁴

Es en este contexto que, a la luz de la defensa irrestricta de las garantías penales que hace la jueza Carmen ARGIBAY al atenerse a la cosa juzgada en el fallo “Mazzeo”, FILIPPINI se pregunta por qué la posición de la misma jueza en el fallo “Simón” de la Corte Suprema (que aplica leyes penales retroactivas más gravosas) no es tan “decepcionante” como la de PETRACCHI: “¿En qué sentido su disidencia en ‘Mazzeo’ respecto de la cosa juzgada repararía el daño fatal a las garantías infligido en ‘Simón’?” (p. 52). Parafraseando la expresión inglesa, lo que es salsa para la jueza también es salsa para el juez. Las acrobacias de PETRACCHI deberían ser tan decepcionantes como las de ARGIBAY. De otro modo, teme FILIPPINI, nuestra opinión sobre las sentencias terminaría dependiendo no tanto de la cara del cliente, sino de la cara del juez.

Pasando a las largas reflexiones de Máximo LANUSSE NOGUERA sobre “El *humanismo trágico* como aporte al debate jurídico-político sobre nuestra historia reciente (y no tan reciente)”, al principio de su trabajo el autor declara que su intención está bastante lejos “de cualquier pretensión esquemática” aunque, BORGES mediante, está cerca de la poética “esperanza de que *la fuga secular del agua desde los hielos a la arena última* ofrezca acaso un *Rhin* por el que navegar, *correr o ser*” (p. 56).

De este modo, se trata de una contribución bastante personal en la que LANUSSE NOGUERA no solo cita una generosa cantidad de trabajos de otros autores, sino que demuestra su gran conocimiento personal de Jaime MALAMUD GOTI (por no decir de Jaime, Jaimito y el “Jaime tardío”, “su admirable sentido del humor, lo que disfruta de compartir los chistes de Gary Larson, el cine de Mel Brooks y de Monty Python”, (pp. 70 s.) y de su obra. Esto explica por qué LANUSSE NOGUERA no puede evitar mencionar la perplejidad y la curiosidad que genera MALAMUD GOTI, alguien que habiéndose dedicado a la dogmática penal, defendió presos políticos en los 70 e incluso los protegió de sus perseguidores, fue uno de los arquitectos del juicio a las Juntas, asesoró a múltiples organizaciones en situaciones de conflicto en todo el mundo, enseñó en Little Rock (Arkansas), realizó investigaciones de campo sobre la lucha contra las drogas en Bolivia, ha meditado sobre la identidad, la culpa, la vergüenza, la suerte, la normatividad, el mal, el infinito, la lealtad, la traición, etc.: “Si a eso le sumamos que difícilmente un estudiante jamás se sienta tan escuchado por un profesor como por Jaime, los efectos son estrafalarios” (p. 70). LANUSSE NOGUERA asimismo confiesa que: “Imposible comentar un libro sobre Jaime sin dispersarse” (p. 78).

⁴ MORGENSTERN, *supra* nota 2, p. 150.

LANUSSE NOGUERA, con mucha razón, sostiene que MORGENSTERN está interesado en “la aplicación neutral de los principios jurídicos” (p. 78) y no en la aplicación de principios neutrales, como alguien podría llegar a creer desprevénidamente. Entre las varias distinciones que hace LANUSSE NOGUERA entre MORGENSTERN y MALAMUD GOTI, hay una que merece ser particularmente tenida en cuenta. Mientras que MORGENSTERN se concentra en la aplicación neutral de los principios *a priori*, MALAMUD GOTI hace hincapié en la “performatividad o la autoridad ex post de la palabra que emana de instituciones autoritativas como los tribunales”. Mientras que el primero “quiere resguardar los principios sin importar las consecuencias”, el segundo “quiere cuidar la autoridad cuando no puede garantizar el significado social que finalmente tendrán las acciones institucionales” (p. 78).

Por su parte, y también a propósito del libro de MORGENSTERN, Lucía SOLAVAGIONE incursiona en la filosofía del derecho penal en aras de proponer una original defensa kantiana de “los filósofos” (como Carlos NINO, Jaime MALAMUD GOTI o incluso el utilitarista Martín FARRELL), así llamados por su asesoramiento al presidente ALFONSÍN en los inicios de la última restauración democrática con relación al juicio a las Juntas. Cabe recordar que por lo general es la posición consecuencialista a la que se le suele atribuir esa decisión y se suele creer que el camino kantiano para llegar a dicho juicio estaba fuera de cuestión, ya que un verdadero kantiano tendría que haber tomado el camino de llevar a juicio a absolutamente todos los involucrados en los crímenes cometidos durante la dictadura militar.

En apoyo de la defensa kantiana del juicio a las Juntas, entonces, SOLAVAGIONE distingue entre una versión fuerte y otra débil del principio *ultra posse nemo obligatur*, es decir del principio de que deber implica poder. La versión fuerte implica que ante un dilema genuino ambas alternativas deben ser posibles para el agente. No podemos exigirle a alguien que haga algo si no existe la posibilidad fáctica de hacerlo. Según la versión débil de este principio, no solo importa qué puede ocurrir, sino qué es lo que los agentes podían prever racionalmente sobre las consecuencias de sus actos.

De este modo, SOLAVAGIONE propone una lectura bastante original de la ética kantiana, según la cual: “La moralidad, ..., no depende de la mirada de un espectador omnisciente, sino de la capacidad racional del agente para deliberar y actuar según el deber. Si cree racionalmente que no puede, entonces no debe”. En otras palabras, incluso desde un punto de vista kantiano, para “comprender un acto histórico no basta con reconstruir y analizar ‘lo que fue hecho’, sino también lo que el sujeto histórico creía posible hacer en ese momento específico, es decir su horizonte de posibilidades” (p. 94). Es por eso que, explica SOLAVAGIONE, “son esenciales las circunstancias condicionantes que menciona Morgenstern en su libro [...]: las limitaciones del sistema judicial y la inestabilidad democrática. A partir de ello, existe una presunción fuerte de que los filósofos hicieron pronósticos racionales a partir de condiciones que evidenciaban un escaso margen para el *poder* en la estricta vía del *deber*” (p. 94).

Por lo tanto, concluye SOLAVAGIONE, con independencia de la perspectiva que usemos en relación con el principio de que deber implica poder, no tiene sentido reprocharle a los “filósofos” de ALFONSÍN el curso de acción que aconsejaron seguir en el juicio a las Juntas. Si adoptáramos una versión fuerte de dicho principio no habría razones para formular un reproche moral a los “filósofos” ya que: “La solución total habría sido, con una probabilidad cerca a la certeza, *imposible* de llevar a cabo. A partir de esta probabilidad, no puede hablarse de reproche moral alguno en sentido kantiano: no hay violación de un deber si su cumplimiento es fácticamente imposible”.

Lo mismo ocurriría si tomáramos la versión débil del principio, ya que SOLAVAGIONE explica que “incluso si se negara que un curso de acción más drástico fuera materialmente imposible, puede sostenerse que, cuando menos, es razonable suponer que los actores intervinientes *creyeran racionalmente* en esa imposibilidad”. Finalmente, “aun asumiendo que otro curso de acción era efectivamente posible y que, además, la creencia de los filósofos sobre la imposibilidad de otra solución no era racional, estaríamos, de todas formas, frente a un *genuino dilema moral*. Aun en ese escenario, no correspondería formular un reproche moral: cualquier elección habría sido trágica, en tanto implicaba la renuncia a algún valor fundamental” (p. 95).

Hemos llegado finalmente al último comentario al libro, cuya autoría corresponde a Roberto GARGARELLA. En este comentario se puede encontrar una clara demarcación entre el debe y el haber del libro de MORGENTERN. En la columna del haber se encuentran, dice GARGARELLA, “el emprendimiento y los logros de su autor, y su obra”, particularmente su estilo: “se trata de un texto muy bien escrito, ameno, muy divertido, con vocación de excéntrico, [...]” (p. 99). En la columna del debe de *Contra la corriente* se hallan en cambio fundamentalmente las cuatro páginas del libro en las que MORGENTERN se refiere a GARGARELLA, y que GARGARELLA trata en tres secciones a su vez.

En una primera sección (“¿Principios neutrales?”), GARGARELLA formula varias críticas al anuncio de MORGENTERN de que en un futuro libro va a estudiar la teoría de Herbert WECHSLER de los principios neutrales en el razonamiento judicial. En las otras dos secciones, GARGARELLA expresa su disconformidad con la posición de MORGENTERN tanto respecto del fallo “Muiña” (“¿El derecho ‘conforme a la cara del cliente’?”) como del fallo “Batalla” (“Sobre leyes y teorías interpretativas”), tal vez los dos fallos más importantes sobre casos de lesa humanidad de la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema.

Dado que estoy completamente de acuerdo con GARGARELLA en que la lectura de un texto tiene que partir de “la mejor buena fe posible” y que hay que evitar la “construcción de un

enemigo de paja” (p. 102),⁵ al igual que en la famosa escena de *Dos extraños amantes* de Woody ALLEN en la que Marshall MCLUHAN sale detrás de un biombo en la fila de entrada a un cine a raíz de lo que un profesor universitario dice de su pensamiento, quisiera aprovechar esta oportunidad para hacer algunas precisiones sobre lo que GARGARELLA dice con relación a por lo menos algunas de mis opiniones sobre filosofía del derecho aplicada fundamentalmente a casos de lesa humanidad.

Inspirado tal vez por la ansiedad de la influencia, como la llama Harold BLOOM, GARGARELLA sostiene que “Rosler” es uno de los “mentores” y una de las “principales referencias académicas” (p. 101) de MORGENSTERN, y es por eso que casi figuro como co-protagonista del relato que narra GARGARELLA en su comentario, que se supone es sobre el libro de MORGENSTERN. Mucho me temo, sin embargo, que GARGARELLA me atribuye un honor del cual bien me gustaría presumir pero lamentablemente no tengo, a menos que sigamos a BORGES cuando sostiene que “cada escritor crea sus precursores”.⁶ Por las mismas razones que no deberíamos aplicar leyes penales retroactivas (al menos si son más gravosas), mal puedo ser mentor de MORGENSTERN ya que este último se enteró de mi existencia como consecuencia de algo que yo había escrito en 2017 sobre el fallo “Muñña”. Exactamente lo mismo se aplica al hecho de que el texto que GARGARELLA cita para ilustrar el hecho de que soy “una referencia académica principal” de MORGENSTERN es *Si quiere una garantía compre una tostadora*, un libro publicado cinco años después de “Muñña”.

En realidad, alguien podría decir que la situación es exactamente la inversa, es decir que MORGENSTERN es mi mentor, ya que de él fue la idea que yo escribiera un paper sobre el punitivismo de lesa humanidad, que terminó convirtiéndose en “Si Ud. quiere una garantía,

⁵ Llama la atención entonces que GARGARELLA —quien inicialmente sostiene con razón que el tema del futuro libro de MORGENSTERN en gran medida es “la aplicación estricta o ‘neutral’ del derecho” (p. 101)— sostenga, por ejemplo, que MORGENSTERN esté interesado en encontrar “principios neutrales” para resolver los conflictos jurídicos. En efecto, a MORGENSTERN lo que le interesa no es el *contenido* neutral del principio, es decir el principio neutral en sí mismo, sino la *aplicación* neutral de los principios. Por ejemplo: “los principios neutrales son solo un resultado negativo, no es la fórmula mágica para decidir casos. *La neutralidad de los principios, según Wechsler, es neutralidad en la aplicación del principio, no neutralidad del principio en sí mismo*; no es una fuente de contenido sustantivo” (MORGENSTERN, *supra* nota 2, p. 44, énfasis agregado). Asimismo, MORGENSTERN se refiere a “la cara del cliente”, pero no porque su tesis consista en que este tipo de jurisprudencia o razonamiento judicial está inspirado en motivos pecuniarios (como lo sugiere GARGARELLA cuando dice que “la moneda de cambio es el dinero, no la justicia”, p. 110), sino que MORGENSTERN utiliza la expresión popular para referirse a que los jueces subordinan el derecho vigente al resultado que ellos quieren alcanzar en la sentencia con independencia del derecho vigente. De este modo, según MORGENSTERN se utiliza la cara del cliente cuando los jueces subordinan el derecho a sus propias preferencias, ideologías, etc., sin que intervengan necesariamente el dinero o incluso el auto-interés en general.

⁶ BORGES, Jorge Luis, “Kafka y sus precursores”, en *Obras completas*, Buenos Aires, Emecé, 2010, tomo II, p. 81.

compre una tostadora”, que a su vez se convirtiera en el primer capítulo del libro casi homónimo.⁷ Por otro lado, es una gran satisfacción para mí que un penalista como MORGENSTERN esté de acuerdo conmigo en muchos temas, particularmente en la manera de entender el derecho y el razonamiento judicial. En esto GARGARELLA tiene razón.

GARGARELLA, además, cree por ejemplo que: (a) “[Rosler] trivializa el conflicto interpretativo en juego declarando, simplemente, que el Congreso se equivocó al dictar la ley interpretativa, y que la Corte se equivocó también, en ‘Batalla’, al reconocerle valor a esa ley” (pp. 110 s.); (b) “[Rosler formula] el tipo de afirmaciones *arrogantes* que *no podemos hacer*: frente a un caso difícil, que nos exige *un enorme esfuerzo interpretativo*, y en el que intervienen la ciudadanía, todo el Congreso y la Corte, con posiciones compartidas” y, finalmente, “[Rosler afirma] que, en verdad, *el que lleva la razón soy yo*” (p. 111, énfasis agregado). Es por eso que “frente a tales dichos”, GARGARELLA me reclama “un poco de *modestia constitucional—alguna duda sobre la fortaleza y ‘verdad’ de la propia posición*” (p. 111, énfasis agregado).⁸

En respuesta a esta acusación de GARGARELLA, lo primero que me viene a la mente es que da la impresión de que GARGARELLA participa en discusiones incluso cuando no está seguro de la fortaleza de su propia posición, es decir cuando tiene dudas de si lo que sostiene es verdad o no sabe si “el que lleva la razón es él”. Al mejor estilo de John CLEESE en *La Clínica de la Discusión* de Monty Python, GARGARELLA participa en una discusión no porque tiene la arrogancia de creer que tiene razón, sino para modestamente llevarle la contra al arrogante que sí cree tener razón.

Lo segundo que me viene a la mente es que ante semejante acusación no tengo defensa ya que confieso haber cometido el delito de arrogancia. Como dice el tango: “arrésteme sargento y póngame cadenas”. Soy absolutamente culpable de haber cometido una verdadera *hubris* o inmodestia constitucional, la de apartarme de las “posiciones compartidas” —como dice GARGARELLA—, del *consensus omnium fidelium*, el sentido común de todos los fieles representado

⁷ La autoría intelectual del delito de compilar los artículos sobre lesa humanidad en un libro en lo que terminó siendo *Si quiere una garantía compre una tostadora* le corresponde a Lisi TREJO.

⁸ GARGARELLA, probablemente sin saberlo, repite lo que el oficial del obispo de Tréveris le hizo saber a Martín LUTERO luego de haber examinado su alegato en la Dieta de Worms, cuando el Emperador intentó lograr su retractación: “Martín, has contestado *con más inmodestia* de lo que corresponde a tu persona” (LUTERO, Martín, *Obras reunidas: I. Escritos de reforma*, edición de Pablo Toribio, Madrid, Trotta, 2018, p. 381, énfasis agregado). La arrogancia luterana es proverbial: LUTERO es consciente de que arremetía contra el pensamiento que estaba “apoyado en el uso de los siglos y aprobado por el consenso de todos” (p. 240, énfasis agregado) y sin embargo se pregunta: “¿Qué me importa el número y la importancia de los que yerran? Más poderoso que todo es la verdad” (pp. 250-251). En este mismo sentido: “Aquí seré wiclefista y hereje de seiscientos nombres. ¿Y qué?” (p. 235). No puede sorprender entonces que a LUTERO se le atribuya el cierre siguiente de su alegato en Worms: “No puedo hacer otra cosa. Aquí me planto. Que Dios me ayude” (v. p. 381, n. 6).

por “todo el Congreso y la Corte”, toda la ciudadanía (al menos la parte que expresa en público su opinión) y obviamente lo que sostiene (aunque dubitativa y modestamente) GARGARELLA.

En los inicios de la modernidad fueron los herejes quienes encarnaron la insolencia de creer que tenían razón mientras debatían contra el consenso o sentido común de su época. Para los jesuitas del siglo XVI —cuya orden había sido creada especialmente para combatir la herejía protestante— era proverbial creer que la soberbia era “el padre y la madre de todas las herejías [*Omnium haereseon parens ac procreatrix superbia*]”. Y, como muy bien señalaban asimismo los jesuitas, “*Ubi haeresis ibi superbia. Ubi superbia ibi dissensio* [Donde hay herejes hay soberbia. Donde hay soberbia hay disenso]”.⁹ Sin embargo, para fines del siglo XVIII, debido a la influencia de la Ilustración, la arrogancia de creer que uno tiene razón en contra de lo que opina el consenso de todos los fieles se convirtió en una virtud. En el acto I, escena 3 de *La flauta mágica* de MOZART, ante la pregunta de Papageno: “¿qué es lo que diremos ahora?”, Pamina responde: “¡La verdad! La verdad, aunque fuera delito”.¹⁰

Ciertamente, GARGARELLA alega que: “no estoy afirmando que la interpretación correcta de una norma controvertida es la que surge del otro lado de la ecuación, esto es, la que ocasionalmente (‘en la plaza’) recibe respaldo mayoritario”. Por el contrario, GARGARELLA dice estar “simplemente resistiendo la postura elitista” (p. 111) de creer que uno tiene razón y que precisamente la gran mayoría (al menos de los que se expresan públicamente sobre estos temas) se equivoca. Sin embargo, al oponer el “elitismo” a la gran mayoría (a los tres poderes del Estado y a toda la ciudadanía que se expresa públicamente al respecto) está haciendo exactamente lo contrario de lo que afirma ya que la idea de una élite mayoritaria es una contradicción en sus términos.

Por lo demás, no se entiende qué puede tener de malo ser elitista (es decir, pertenecer a un grupo selecto y minoritario), sobre todo en una disciplina como la nuestra. Si ser elitista fuera un

⁹ HÖPFL, Hasso, *Jesuit Political Thought. The Society of Jesus and the State, c.1540–1630*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, pp. 69, 72. En cambio, para el modesto y humilde cristiano las verdaderas discusiones, los únicos diálogos que valen la pena, son los que tienen lugar adentro de la Iglesia. Como explica Juan DONOSO CORTES: “solo la Iglesia tiene el derecho de afirmar y de negar” y “no hay derecho fuera de ella para afirmar lo que ella niega, para negar lo que ella afirma”. De este modo, “la Iglesia, y la Iglesia sola, ha tenido el santo privilegio de las discusiones fructuosas y fecundas” (DONOSO CORTES, Juan, *Ensayo sobre el catolicismo, el liberalismo y el socialismo*, Madrid, Editora Nacional, 1978, pp. 112-113).

¹⁰ La Ilustración, entonces, toma partido por la diabólica serpiente cuando esta última tienta fatalmente a Eva en el paraíso para que coma del fruto del árbol del conocimiento, a pesar de la prohibición divina: “¿Y dónde reside el crimen de que el hombre / Logre así el conocimiento?” (MILTON, John, *El paraíso perdido* [trad. Esteban PUJALS], Madrid, Cátedra, 1986, p. 380, traducción ligeramente modificada, énfasis agregado).

problema, entonces todo hereje, todo autor que fuera contra la corriente, todo juez que votara en disidencia, se transformaría automáticamente en un arrogante elitista que cree tener razón, cuando en una sociedad como la moderna, heredera de la Ilustración —es decir una sociedad que valora el disenso—, las disidencias deberían ser bienvenidas. En todo caso, ser elitista o ser una mayoría son simplemente hechos, cantidades, y tanto una élite como una mayoría pueden tener razón o equivocarse. Si nos interesa la verdad no deberíamos entonces prestar atención a que una opinión es elitista o mayoritaria, sino solamente a sus argumentos.

GARGARELLA no solo reprocha mi arrogancia, sino que asocia mi elitismo con no haber realizado el “enorme esfuerzo interpretativo” que requiere un caso difícil. Al respecto debo confesar que muy probablemente la acusación tenga razón nuevamente. No sé si tengo la fuerza que sí posee GARGARELLA (junto a la enorme mayoría de la sociedad aparentemente) para hacer semejante esfuerzo. En mi defensa puedo decir que es por eso que he tratado de abstenerme de participar en discusiones sobre casos difíciles y me limito a los casos fáciles, es decir, casos cuya dificultad no es inherente al derecho aplicable al caso sino a las consecuencias morales o políticas del caso.

Por otro lado, las afirmaciones de GARGARELLA en el fondo son bastante más arrogantes de lo que parecen, ya que GARGARELLA da a entender que no piensa realmente que el caso Muiña sea tan “difícil” o que requiera un “enorme esfuerzo interpretativo”. En efecto, según él, una vez que tenemos en cuenta que “i) el legislador dictó la ley del 2 x 1 consciente de que los beneficios que dicha ley reconocía no iban a aplicarse sobre los delitos de lesa humanidad, entonces amnistiados; ii) el delito en cuestión (desaparición de personas) es un delito ‘continuo’, que por lo tanto el acusado ‘lo seguía cometiendo’ (el Código Penal y el principio de ley más benigna aludiría en cambio a delitos ya terminados)”, y “iii) los crímenes de lesa humanidad siempre ‘corrieron por cuerda separada’ en relación con los demás delitos, tanto por su gravedad, como por las exigencias de la comunidad internacional en la materia” (p. 111), entonces salta a la vista cuál debe ser la solución del caso. En otras palabras, si aceptamos la tesis de la imprevisión legislativa, si concedemos que se trata de un delito continuo y si entendemos que los delitos de lesa humanidad “corren por cuenta separada”, entonces no hace falta ser un *rocket scientist* para entender cómo debió haber sido el fallo “Muiña”.¹¹

¹¹ Como en otro lugar ya he tratado la teoría de la imprevisión legislativa y la idea de que en Argentina coexisten dos derechos penales, uno común y otro Infinita (o V-Power) (v.g., v. ROSLER, Andrés, *Si quiere una garantía compre una tostadora. Ensayos sobre punitivismo y Estado de derecho*, Buenos Aires, Editores del Sur, 2022, pp. 61-93), aquí solo quisiera agregar con relación a que el delito en cuestión es “continuo”, que no solo se trata de una cuestión dogmática antes que estrictamente jurídica, sino que además esto supone que el acusado o condenado todavía tenía a la víctima en su poder y

Alguien podría sostener asimismo que en este caso estamos en presencia de un debate o desacuerdo acerca de si casos como el de Muña son fáciles o difíciles. De hecho, tal vez el punto de GARGARELLA sea que se trata de casos fáciles pero de segundo orden: es *fácil* percibir que se trata de casos *difíciles*, en cuyo caso GARGARELLA también, nuevamente, cae en la tentación de la arrogancia de creer que tiene razón, los efectos de la trivialización, etc., y entonces —como se suele decir en inglés— el zapato estaría en el otro pie, o como dice el poeta latino Horacio: *de te fabula narratur*.

El propio “test de la mirada” al que recurre GARGARELLA para resolver lo que considera “un caso difícil” (p. 111) y a veces incluso “muy difícil” (p. 111), indica que en el fondo él cree que el caso es mucho más fácil de lo que parecería a primera vista. En primer lugar, la idea misma de que una mirada de frente (realmente existente o hipotética) puede resolver un caso muestra que este último no es tan difícil —y mucho menos “muy difícil”— como parece. En segundo lugar, si lo que ocurre en un caso difícil es que existen “muchas formas razonables de pensar y resolver los desacuerdos jurídicos que tenemos” (p. 113), en un caso realmente difícil es normal esperar que *todos* quienes defienden las posiciones involucradas en el debate estén en condiciones de mirar de frente a quienes defienden las *otras* formas razonables de resolver el desacuerdo jurídico.¹²

estaba especulando con el paso del tiempo para beneficiarse de la posible sanción de una ley más benigna. No parece ser el caso en cuestión.

¹² Después de todo, los casos difíciles son aquellos en los cuales hay más de una solución posible conforme al derecho vigente. De otro modo no serían tan difíciles (v., v.g., FINNIS, John, “On Reason and Authority in *Law’s Empire*”, en *Law and Philosophy*, VI, 1987, pp. 371-372). GARGARELLA reconoce que toma el “test de la mirada” de la obra de Philip PETTIT (p. 107 s.), aunque le da un uso no solo totalmente diferente sino exactamente opuesto al de PETTIT. Mientras que PETTIT emplea el test para poner a prueba si alguien se siente intimidado o dominado por otros (v., v.g., PETTIT, Philip, *Just Freedom: A Moral Compass for a Complex World*, New York, Norton, 2014, p. 82) —lo cual es incompatible con toda forma genuina de republicanismo—, GARGARELLA lo usa para pronunciarse a favor de la restricción del alcance de una garantía penal, lo cual es precisamente una forma de intimidación o dominación. De ahí que si usáramos el test en su formulación originaria le daríamos la razón al acusado en un juicio penal (la violación de una garantía penal no puede ser entendida como una contribución a la libertad), jamás a la acusación. En realidad, el uso que le da GARGARELLA al test de la mirada es republicano pero en el sentido clásico de la expresión. Si bien giraba alrededor de la libertad como no dominación, la república clásica no solo incluía a la esclavitud como una parte constitutiva del régimen, sino que además ella es en gran medida la fuente de la que proviene el derecho penal del enemigo ya que estaba fuertemente interesada en defender a la república de sus enemigos internos y externos (v., v.g., ROSLER, Andrés, *Razones públicas. Seis conceptos básicos sobre la república*, Buenos Aires, Katz, 2016, pp. 272-288; *supra* nota 10, pp. 43-47). En cambio, según el republicanismo moderno defendido por el propio PETTIT, “los agentes del derecho penal representan fuerzas potenciales de dominación que son difíciles de mantener a raya incluso para el régimen republicano más concienzudo”, y de ahí el principio de “parsimonia” o “frugalidad” penal que defiende PETTIT (v. PETTIT, Philip, *Republicanism. A Theory of Freedom and Government*, Oxford, Oxford University Press, 1997, pp. 154-155). En lo que atañe al derecho penal, entonces, el republicanismo de PETTIT no

Finalmente, si bien GARGARELLA afirma que “las garantías constitucionales son incondicionales”, él propone someter dichas garantías incondicionales a un test de la mirada.¹³ Es natural que semejante propuesta despierte curiosidad ya que da la impresión de que en realidad las garantías solo serán incondicionales si aprueban el test. ¿Para qué, de otro modo, proponer un test que no hace diferencia alguna? GARGARELLA podría responder que, así y todo, el test de la mirada puede ser reconciliado con la naturaleza incondicional de las garantías debido a que “el problema consiste en delimitar los alcances precisos de su extensión” (p. 107). Semejante idea equivale a sostener que el derecho de libertad o el de la propiedad privada son “incondicionales” incluso si como resultado de haber delimitado “los alcances precisos de la extensión” de dichos derechos alguien está en prisión (que consiste en una pena privativa de la libertad)¹⁴ o ha sido privado de su propiedad mediante una confiscación (o algo parecido).

Lo mismo se aplicaría al caso de quien comprara un electrodoméstico con garantías “incondicionales” y se enterara al momento de exigir el cumplimiento de la garantía de que el desperfecto que sufría el aparato bajo garantía no estaba cubierto por dicha garantía incondicional. En casos como estos sería mucho más certero reconocer que incluso las garantías penales no son incondicionales. Y si quisiéramos insistir en que las garantías constitucionales son incondicionales y en todo caso el problema es delimitar los alcances precisos de su extensión, habría que sostener entonces que la protección de los derechos y garantías (incluyendo la de los electrodomésticos) se extiende *sobre todo* a la “delimitación de los alcances precisos de su extensión”. De nada le sirve a un acusado contar con garantías incondicionales si a la hora de interpretarlas se puede quedar sin ellas.

es sino una forma de liberalismo bajo otro nombre, ya que PETTIT parece ser consciente de los peligros que se corren al entender a la libertad en términos morales como la ausencia de dominación, como por ejemplo creer que alguien sigue estando libre a pesar de que se encuentra en prisión, siempre y cuando la pena hubiera sido aplicada justificadamente.

¹³ No queda del todo claro si el test de la mirada es moral o jurídico, no solo porque GARGARELLA dice que debe ser usado para cuestiones de “interpretación jurídica” aunque no por los jueces, sino que además la formulación mezcla cuestiones jurídicas (v.g. regía una amnistía) con cuestiones extra-jurídicas (MUIÑA estuvo prófugo o cuánto tiempo estuvo en vigencia la ley del 2 x 1, v. p. 107 s.). Además, si realmente se tratara de un test moral sería completamente redundante: la moral solo es relevante en una discusión jurídico-penal si el derecho mismo la invoca o si estamos decidiendo si vamos a obedecer el derecho.

¹⁴ En una nota al pie de su *Contrato social*, ROUSSEAU describe precisamente este estado de cosas: “En Génova se lee delante de las prisiones y en los grilletes de los galeotes la palabra *Libertas*. Esta aplicación de la divisa es hermosa y justa. En efecto, solo los malhechores de toda condición impiden al ciudadano ser libre. En un país en que todas estas gentes estuvieran en galeras se gozaría de la libertad más perfecta” (ROUSSEAU, Jean-Jacques, *Del Contrato social* [trad. Mauro ARMIÑO], Madrid, Alianza, 1980, p. 295).

Decir entonces que hay que dialogar sobre (o ponderar o interpretar) las garantías, o que existen garantistas “que lee[n] el derecho de modo diferente” (p. 107), sólo es una manera de postergar la decisión, ya que en derecho penal las alternativas siguen siendo garantismo (*nullum crimen sine lege*) o punitivismo (*nullum crimen sine poena*).¹⁵ Las ponderaciones, “las lecturas diferentes” y/o los diálogos serán garantistas o punitivistas, liberales o anti-liberales, según cuál sea el resultado de la ponderación, la interpretación o el diálogo. De ahí que incluso un diálogo puede ser anti-liberal o punitivista si como consecuencia de dicho diálogo terminamos violando las garantías penales.

Para terminar, coincido con GARGARELLA en que el “último giro que trajo ‘la saga Muiña’” fue un “giro interesantísimo”, a saber la así llamada “ley interpretativa” 27362 que, como dice GARGARELLA, “fue aprobada de forma unánime (menos un voto) por el Congreso de la Nación, luego de una multitudinaria movilización popular, y dispuso la inaplicabilidad [retroactiva] del cómputo del ‘2 x 1’ a los crímenes de lesa humanidad” (p. 108), aunque la razón por la cual me parece un “giro interesantísimo” es diferente creo a la de GARGARELLA. La ley penal retroactiva 27362 me parece interesantísima porque nos retrotrae a la situación de Alemania en 1933 en ocasión de la tristemente célebre *Lex van der Lubbe*, la ley penal retroactiva más gravosa sancionada para castigar el incendio del Reichstag con la pena de muerte,¹⁶ con la siguiente diferencia: mientras que en Argentina dicha ley penal retroactiva fue sancionada casi unánimemente por el Congreso a propuesta del Poder Ejecutivo y convalidada por la Corte Suprema de Justicia en el fallo “Batalla” (que contiene la histórica disidencia de Carlos ROSENKRANTZ), al menos en el gabinete de HITLER se manifestaron voces de resistencia por parte del Ministro Franz GÜRTNER y del Secretario de Justicia Franz SCHLEGELBERGER a la sanción de la *Lex van der Lubbe*.¹⁷

La similitud parcial entre lo que ocurre en Argentina en democracia y lo que ocurría en la Alemania de HITLER no termina aquí. Los juristas alemanes que entre fines de septiembre y principios de octubre de 1933 participaban en Leipzig de las Jornadas de Juristas Alemanes —las primeras bajo el nuevo régimen—, a comienzos de octubre de 1933 organizaron una marcha hacia el Tribunal del Reich en apoyo de la ley penal retroactiva mientras se sustanciaba el juicio a VAN DER LUBBE. Preocupado por la multitudinaria movilización popular, el presidente de la sala penal del Tribunal —Wilhelm BÜNGER— salió en defensa de la independencia del poder judicial al dar a conocer públicamente que: “Sólo lo que se trata en esa sala, no lo que ocurre afuera de parte

¹⁵ V. ROSLER, Andrés, *supra* nota 10, cap. 1.

¹⁶ Sobre el caso van der Lubbe, v. ROSLER, Andrés, “Quien dice Estado de derecho quiere engañar. Carl Schmitt y el antipositivismo jurídico nacionalsocialista (1934-1936)”, en *Prohistoria*, 40, 2023, pp. 12-17.

¹⁷ V. KOENEN, Andreas, *Der Fall Carl Schmitt. Sein Aufstieg zum ‘Kronjuristen des Dritten Reiches’*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1995, p. 480.

desautorizada, tiene importancia para la justicia alemana”.¹⁸ Para el presidente del tribunal, entonces, durante un juicio penal, una movilización popular —máxime si es multitudinaria y abrumadora— no solo es jurídicamente irrelevante sino que además puede terminar siendo extremadamente peligrosa. Parafraseando a Obdulio VARELA (“el Negro Jefe” como dice Jaime ROOS), en un juicio penal conforme al Estado de derecho, “los de afuera son de palo”.

A continuación, por lo tanto, los lectores encontrarán un variado abanico de temas y perspectivas sobre *Contra la corriente*, el último libro de Federico MORGENSTERN. Solo resta desearles buen apetito.

¹⁸ SCHENKEL, Silvan, *Der Deutsche Juristentag 1933. Die kumulative Selbstmobilisierung der juristischen Professionselite in der Formierungsphase des NS-Regimes*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2023, p. 35.

SI FUÉRAMOS NATURALMENTE DESIGUALES, LA LEGALIDAD NO TENDRÍA QUE SER LA MISMA PARA TODOS. A PROPÓSITO DE UN LIBRO CLARO EN TIEMPOS OSCUROS

Juan Antonio GARCÍA AMADO*

Fecha de recepción: 28 de abril de 2025

Fecha de aceptación: 29 de septiembre de 2025

Resumen

Este ensayo, a partir de una lectura del libro “Contra la corriente”, critica la degradación del Estado constitucional contemporáneo que se produce cuando la moral social y los supuestos defensores de los derechos humanos socavan la universalidad de las garantías jurídicas. El autor sostiene que la sustitución de la obligación política por exigencias morales particulares y la elevación de la víctima o del “moralmente superior” como criterio penal conducen al punitivismo selectivo, al derecho penal del enemigo y a la acción negativa: tratos desiguales que fracturan la igualdad jurídica. Se defiende un retribucionismo mínimo kantiano compatible con la dignidad igual de todas las personas y se aboga por mantener el equilibrio entre razones retributivas y preventivas dentro de los límites democráticos y constitucionales. Por último, en el ensayo se reclama recuperar la distinción entre obligación moral, política y jurídica y se reivindican las garantías procesales y la legalidad como límites contra la tiranía y la arbitrariedad estatal.

Palabras clave: derechos humanos, garantías legales, obligación política, moral, Estado de Derecho

Title: If We Were Naturally Unequal, Then the Law Should Not Be the Same for Everyone.

* Catedrático de Filosofía del Derecho, Universidad de León.

Abstract

This essay, based on a reading of “Contra la corriente,” criticizes the degradation of the Rule of Law when social morality and the supposed defenders of human rights undermine the universality of legal rights. The author argues that replacing political obligation with particular moral demands and elevating the victim or the “morally superior” as criminal criteria leads to selective punitivism, enemy criminal law, and negative action—unequal treatment that fractures legal equality. The essay defends minimal Kantian retributivism, which is compatible with the equal dignity of all persons, and it advocates maintaining a balance between retributive and preventive reasons within democratic and constitutional limits. Finally, the essay calls for a return to distinguishing between moral, political, and legal obligations, defending procedural guarantees and legality as limits against state tyranny and arbitrariness.

Keywords: Human Rights, legal rights, political obligation, morality, Rule of Law

Sumario: I. Introducción II. Algo de filosofía política y unas pocas historias bien conocidas II. Cuando los buenos también son malos. O de cómo negar y anular el Estado constitucional, democrático y social de derecho a base de premiar a los justos con derechos y castigar a los injustos arrebatándoselos IV. Bibliografía

I. Introducción

A este breve escrito mío le da pie el libro de Federico Morgenstern titulado *Contra la corriente*.¹ No tengo autoridad de ningún tipo ni conocimientos suficientes para entrar en análisis detallados o en valoraciones precisas sobre la peripecia social, política y jurídica que en esta obra magistralmente se relata. He aprendido mucho con esta lectura y, sobre todo, me he ratificado en la vieja convicción de que la perspectiva académica solo es compatible con la pluralidad de puntos de vista, el debate bien temperado y la actitud personal que sea capaz de elevarse un tanto sobre bandos, bandos y banderías. La deliberación social sobre los temas cruciales de interés común necesita de la aportación de profesores y profesionales expertos de toda clase, pero esa contribución la omitimos muchas veces por causa de nuestras guerras gremiales, nuestras disputas doctrinales de poca monta o nuestros tortuosos temperamentos.

¹ MORGENSTERN, Federico, *Contra la corriente. Un ensayo sobre Jaime Malamud Goti, el Juicio de las Juntas y los procesos de lesa humanidad*, Buenos Aires, Ariel, 2024.

En relación con la apasionante temática de este libro, solamente me siento mínimamente legitimado para plantear algunas hipótesis generales o hacer un diagnóstico muy amplio, pero tomo pie en el caso argentino, tan bien relatado en el libro, y aspiro a que mis modestas consideraciones puedan aportar alguna luz para ese caso o para otros y para muchos de los asuntos en los que el sereno debate jurídico y la atención a la Constitución y sus presupuestos están siendo desplazados por moralinas de cuestionable peso y por politiquerías de cínica impronta. Corren malos tiempos para el derecho constitucional no metafísico y manipulable al antojo de las ideologías de baratillo, para la ecuanimidad como actitud adulta y para un debate público no condicionado por inquisidores, censores, canceladores y zascandiles. Es lo que en el fondo siento y desearía firmemente estar bien equivocado.

II. Algo de filosofía política y unas pocas historias bien conocidas

En la actualidad, no es fácil ubicar la filosofía política y explicar su cometido. Como rama de la filosofía, va perdiendo fuelle y empuje, por razones que no me compete averiguar, pero que tal vez tengan que ver con un extraño movimiento de acción y reacción que cruza la filosofía del siglo XX y llega hasta hoy.

Por una parte, los planteamientos del positivismo filosófico más duro y de la filosofía analítica más etérea tienden a ver como pseudoproblemas o como alucinaciones intelectuales las grandes cuestiones y las tesis principales de la filosofía política. Pero ese positivismo filosófico que hace voto de castidad social ha tenido su contrapunto en una llamada “rehabilitación de la razón práctica” que, a la postre, ha significado la remoralización extrema de todo lo relacionado con el derecho y el Estado. En otras palabras, primero la filosofía política fue expulsada del templo filosófico y luego, cuando parecía que, vía RAWLS, se iba a tener un renacimiento, fue colonizada por moralistas no siempre ilustrados que se pasan el día pontificando a pelo sobre lo bueno y lo malo, lo decente y lo indecente, lo digno y lo indigno, de manera tal, que las etiquetas morales se reparten para todo con el celo y la minucia con que en los tatuadores nos marcan la piel con dibujitos.

So pretexto de un objetivismo moral de corte constructivista, el profesorado más pugnaz y menos leído (solo ese, no digo todo el profesorado o todos los profesores de tal o cual orientación doctrinal) clasifica a los colegas y ciudadanos como buenos y malos de modo similar a como el dueño del rancho marca a fuego a los terneros en su hacienda. La cosa pintaba bien en el inicio, pues los RAWLS, HABERMAS, APEL y compañía andaban buscando los patrones normativos de la racionalidad común y tratando de fundamentar las reglas de un diálogo imprescindible para la convivencia razonable entre los diversos, pero los epígonos se tornaron en etiquetadores a sueldo y descalificadores enfebrecidos. De pronto, aquel meritorio universalismo, tan ansiado, se topó con el enemigo íntimo, los de otros bandos, y decidió que, en democracia, los que en igualdad

dialogan no pueden ser tan distintos y que a los diferentes del todo hay que mandarlos con la música a otra parte.

Y vino a ser así como la filosofía política fue bastante olvidada también en las facultades de derecho y sus doctrinas quedaron reemplazas por las prédicas banales de quienes hacen del sermón moral oficio y sienten que el señalamiento de malos y el acoso a enemigos es parte sustancial de su compromiso con la razón práctica de todos y con los derechos humanos que nos parecían comunes y por igual compartidos y que, al fin, acaban siendo rentabilizados y apropiados discursivamente por los que son más dados al dogmatismo y a la discriminación que al diálogo serio y a la tolerancia.

Pero, ay, sin filosofía política dejamos de entender el Estado en que vivimos y nos convertimos en esto que tantísimo abunda a estas alturas: férreos defensores de los derechos humanos que los vulneran sin mala conciencia. Así que permítase un somero y elemental repaso a las cuestiones filosófico-políticas primeras y al tipo de Estado en que parecía que vivíamos y que desde aquellas filosofías se justificaba.

Dos son, creo, los grandes asuntos de los que se ocupa la filosofía política. Uno es el de los repartos sociales, lo que se viene llamando la justicia distributiva. Se quiere discernir cuál es la más adecuada y racional distribución de beneficios y cargas dentro del grupo social, por expresarlo con lenguaje cercano al de RAWLS, su gran tratadista en el último tercio del siglo XX. El otro es el problema de la legitimidad, la cuestión sobre qué condiciones debe reunir el poder político para ser razonablemente merecedor de la obediencia de los gobernados a las normas que dicta y las órdenes que emite.

En realidad, si bien se piensa, la filosofía política tiene la llamativa tarea de marcarnos cuándo hay o no hay razones para que colectivamente nos rebelemos, sea contra la distribución social de la riqueza, sea contra la distribución social del poder. Tal vez por eso, la oclusión actual de la filosofía política por causa del imperio de la ética y los “éticos” tiene efectos devastadores para el orden social, pues se da por sentado que las razones para la obediencia solo pueden ser las que de la conciencia de cada cual emanen, y a los ciudadanos se les está insinuando que se agrupen por tribus en razón de los ideales morales de cada grupo particular, en lugar de sentirse leales con el Estado que les permite vivir en igualdad en tanto que moralmente diversos e idénticamente dignos, pese a tal diversidad a la hora de imaginar qué sea lo bueno y lo justo. Desplazada la obligación política por la obligación puramente moral emanada de la conciencia de cada uno y condicionada la naturaleza de lo jurídico por su compatibilidad con lo que le parezca justo a cada cual y crea cada uno que deberían todos pensar si fueran racionales (las paradojas del constructivismo), queda sin sustento el Estado constitucional y quedan las normas jurídicas de todos sometidas al albur de cada cual, que ahí solamente puede ser el albur de la voluntad de quienes eligen a los jueces. En el Estado constitucional de derecho y de derechos, la ciudadanía

sabe diferenciar y combinar en su razonamiento la obligación moral, la obligación política y la obligación jurídica. Cuando esa capacidad analítica es hurtada al pueblo y combatida por los profesores, la alienación hace estragos y encuentra la tiranía su terreno mejor abonado. Hoy tenemos ejemplos por docenas, aunque apenas haya académicos dispuestos a pedir disculpas por haber sido compañeros de viaje del autoritarismo o por haber hecho de ingenuos quintacolumnistas del despotismo poco ilustrado.

No me ocuparé aquí de la justicia distributiva, solo trataré la cuestión de la legitimidad del poder. Y no resulta ocioso recordar primero que en las organizaciones políticas premodernas el poder legítimo era el que servía a la verdad, verdad que por entonces solo podía ser a fin de cuentas una, la verdad religiosa. El orden social medieval era visto como directamente querido y creado por Dios mismo y ponerlo en duda o tratar de sustraerse de las normas resultantes era simultáneamente blasfemia y delito, pecado supremo y gravísimo ilícito jurídico.

Ese orden medieval incuestionable era naturalmente desigual. Dios había puesto a cada cual en su sitio y no pueden regir para todos *por igual* las mismas normas, ya que no es el mismo el poder que a cada estamento le corresponde. Unos tienen, por razón del grupo en el que nacen, cualidades morales más altas que otros y, en consecuencia, habrá de corresponderles un estatuto político y jurídico más elevado. Y, en el origen de todo, la razón y voluntad de Dios, cuyo acatamiento será para el humano garantía de pasar por esta vida sin percance realmente grave y de alcanzar en la otra la beatitud de los justos.

Pero llegó LUTERO y mandó a parar. Con la Reforma protestante estallan las guerras de religión y cada bando contendiente, católico y protestante, se dedica a matar por amor a Dios. Ya no hay un derecho natural común² y la cuestión de cuál es el orden por Dios querido no puede resolverse mientras no quede por las malas claro cuál es el Dios que manda, que será el Dios verdadero. Si el Dios de cada bando es distinto, por definición será verdadero el Dios del que en la guerra gane y extermine a los que siguen al otro Dios, pues en su suprema sabiduría y su supremo poder, no dejará el Dios de verdad que los suyos pierdan y que los suyos mueran a manos de infiel.

Y es aquí donde la genialidad filosófico-política de Bodino pergeña el Estado moderno, que será filosóficamente sustentado por HOBBS más tarde, también en un contexto de violencia

² Por eso el gran mérito del racionalismo, tal como en Grocio se expresa, consistió en buscar un derecho natural exento ya de su base teológica y expuesto como presente por igual en cada persona, al margen de su fe, y cognoscible por todos en tanto que poseedores de una razón común que puede ver más allá de las contingencias individuales y las coyunturas colectivas.

política, miedo y necesidad de erigir un poder pacificador entre los que se matan por sus respectivas convicciones religiosas, políticas o morales. Para evitar el exterminio de un grupo a manos del otro es necesario un poder estatal que no sea de ninguno y que no se deba a ninguna fe, sino a su misión secular de imponer la paz mediante la fuerza, de usar su temible coacción para evitar que las personas se maten entre sí. Nace, pues, la idea definitoria del Estado moderno, la de soberanía, y allí donde antes los individuos tenían políticamente por encima del todo a Dios, ahora solamente tienen al Estado. Y puesto que el Estado ha de ganarse la obediencia y evitar la rebelión, y ya que contra la rebelión de todos no hay fuerza que resista, el Estado tendrá que legitimarse ante sus súbditos aportándoles algo que necesitan y quieren: la seguridad. Ha nacido, pues, el Estado moderno, justificado por su misión de imponer la paz por medio de la violencia o de su amenaza. A eso se llamará en adelante el monopolio legítimo de la violencia o la coacción por el Estado.

Así pues, caída la homogeneidad religiosa y ante el terror de las guerras de religión, el poder político se seculariza y tiene que procurarse razones de respeto que no sean las del respeto a Dios, pues cada cual tendrá su Dios, pero hace falta un poder político capaz de mantener el orden entre los que creen distinto. La unidad política como contrapartida a la pluralidad religiosa. O matamos o “inocuízamos” a los otros, a los que se acogen a ideales distintos de los nuestros, para honrar así la Verdad, o separamos el poder de la Verdad, convertida ahora en verdad, y lo ponemos al servicio de finalidades de este mundo, seculares y que podamos compartir, aunque discrepemos sobre el bien, la justicia y el más allá.

HOBBS terminó de darle forma a la idea y el Leviatán, sin dejar de ser terrible, se nos hizo necesario, pues sin él serían insoportables el miedo y el sufrimiento en este mundo. De tal manera, la seguridad, entendida como garantía de la paz y proscripción de la guerra y la agresión entre los súbditos, se tornó en el primer criterio de legitimidad del Estado moderno, por el momento como Estado absolutista, como Estado identificado todavía con la persona misma del monarca, sin freno jurídico y ante el que no se entenderá admisible resistencia ninguna, mientras asegure que los vecinos no nos van a matar, violar, robar, torturar, secuestrar...

Pero ¿y si es el Estado mismo el que, de mano de sus agentes, nos inflige tales males máximos? El monopolio de la violencia legítima lo tiene ahora el Estado y ese monopolio no es ya meramente simbólico o teórico, sino que se ha vuelto efectivo, porque ya del Estado y de nadie más son los soldados, las armas, las cárceles y las normas jurídicas. Aquí es donde aparecerán en escena los KANT, ROUSSEAU y LOCKE, y sentarán los cimientos de lo que todavía, y seguramente por poco tiempo, conocemos como Estado de derecho. Si el miedo a la guerra permitió construir el Estado absoluto como primera expresión del Estado soberano, ahora va a ser el miedo al Estado mismo el que propicie las filosofías que darán fundamento a un modelo de legitimidad nuevo para el Estado, al fin como Estado de derecho.

Recordemos que había perdido su justificación la desigualdad entre los seres humanos³ como desigualdad natural en cuanto querida por Dios. Pero una nueva desigualdad radical se había asentado: la que se da entre los que mandan y los que obedecen. Si antes el abuso de quienes mandaban era posible por razón de su más alta entidad, ahora cabe que el que gobierna abuse simplemente porque puede, porque tiene cómo, porque maneja las armas y ordena a sus tropas. ¿Solución? Que el más alto poder no sea el de la política y los políticos, el del gobernante, sino el del derecho, y que las normas principales del derecho no las haga a su antojo quien tiene el gobierno, sino un soberano que ya no coincide con él: el pueblo. Pero esto tuvo varios pasos y tomó su tiempo.

En nuestro origen sigue KANT, porque para que el derecho controlara el poder político y para que el pueblo pudiera ser soberano, debíamos ser todos iguales en lo que más importa y tendría que saberse que el que manda no solo lo hace por delegación del pueblo, sino con los límites sentados en las normas que el pueblo soberano pone.

¿Iguales en qué? En dignidad. Y eso es KANT. Por diferentes que seamos en tantísimas cosas, a los humanos nos es común ese dato unificador que, a la vez, nos distingue de las bestias: la conciencia moral. Es mi conciencia la que me dice si hago bien o hago mal, la que, así, me hace ver que siempre tengo alternativas para mi conducta y que mis acciones son propiamente mías porque yo las elijo, en lugar de estar por completo determinado por la causalidad y los instintos, por pulsiones y reacciones que no controlo. De este modo quedó kantianamente fundada y fundamentada la libertad, la autonomía personal como atributo definitorio del hombre moderno. Soy libre porque tengo conciencia moral y la posesión de esa conciencia, que nos hace ontológicamente únicos a los humanos, es una posesión igual para todos, sean cuales sean los contenidos con que esté cargada la conciencia de cada uno. El que hace lo uno y el que hace lo otro, el que sigue unas ideas o el que se atiene a otras son en su libertad iguales, por cuanto que ellos pueden elegir y eligen. No es la verdad la que nos hace libres, es la libertad la que nos permite buscar la verdad. La verdad, en lo que la verdad sea, es la misma para una vaca o una trucha, pero a ellas la verdad nada les importa y a ellas en nada las afecta, porque ellas no son libres y hacen lo que hacen sin remisión ni alternativa. No son libres porque no pueden elegir, ya que no tienen conciencia moral ni necesidad de elegir con conciencia y deliberación. Antes, lo cierto era el mundo creado por Dios como realidad inmutable, y lo misterioso o difícil de encajar era esa libertad nuestra, libertad que era condición del pecado. Ahora lo misterioso es el mundo y

³ Habría que decir más bien entre los “hombres”, porque la mujer siguió durante más de un siglo viéndose como naturalmente desigual.

lo cierto es que somos libres y el mayor pecado es obrar sin reflexión, anulando la conciencia que nos vuelve autónomos.

De la mano de KANT y de la libertad moral como atributo humano esencial, llegamos a la formalidad de lo jurídico, y por eso yerran quienes hoy tanto insisten en que el formalismo que define el derecho es incompatible con la calidez y la humanidad profunda de lo ético. KANT hizo ver que en eso que más importa somos todos iguales, a esa igualdad la llamó dignidad y recordó que la dignidad como sujeto libre se le arrebató al que es tratado como un puro objeto, como un instrumento al servicio meramente de otros, de los ideales ajenos o de la sociedad entera.⁴

Si el poder nos quita la libertad, nos deja sin nuestra humanidad, nos deshumaniza. Por eso el Estado puede mandarnos, castigarnos, poner de mil maneras en la sociedad orden, pero con un límite absoluto: nuestra libertad constitutiva, esencial: nuestra dignidad. Y para que el Estado se frene allá donde la dignidad le pone sus límites, no han de bastar las apelaciones a la ética política, sino que se necesita el derecho. Hay que someter a los gobernantes a cortapisas que solo pueden ser reales y eficaces si son jurídicas.

Pero para que el poder tenga límites y esos límites puedan ser los que el derecho instaure, hay que romper el poder, hay que construir un Estado suficientemente complejo como para que, dentro de él, unos poderes puedan controlar y contrapesar a otros. Solo sembrando el enfrentamiento entre partes distintas del Estado se podrá mantener el dominio unitario de lo jurídico sobre lo político. Bien vemos por ese lado la huella de Montesquieu.

Y llega el turno de Rousseau. Hacer las leyes es ejercicio supremo de poder, pues son esas leyes las que van a controlar nada menos que al Estado y en todas sus manifestaciones y formas de actuar. ¿Solución? La democracia como vía procedimental para el ejercicio de la soberanía popular. Para que la ley no sea de nadie (su dueño sería el verdadero soberano personal), sino de todos, y esto únicamente se alcanza si de hecho la ley es elaborada entre todos. Porque, además, si en lo más relevante, en eso que llamamos dignidad y tiene su esencia en la libertad, somos todos iguales, nadie tiene más derecho que nadie a que la ley sea suya y refleje su personal preferencia: ninguna persona, ninguna familia, ninguna iglesia, ningún partido, ninguna creencia moral, ningún grupo de ninguna clase tiene tal derecho, y por eso la ley legítima, que pueda engendrar la obligación política de todos esos que piensan diferente y mantienen intereses contrapuestos, es la

⁴ Por aquí podemos engarzar con el retribucionismo penal de KANT. KANT insistió en que la pena es homenaje que la sociedad rinde a la dignidad del delincuente, pues al castigarlo se le reconoce que actuó con libertad, que escogió hacer lo que hizo y que lo que con la pena se retribuye no es el mal en sí o el daño que con su acción pudo el que delinquirió causar, sino el mal uso de su libertad. Volveré más adelante sobre ese tema.

ley democráticamente creada. Tanto más legítima, cuanto más puro el cumplimiento de los pasos procedimentales y de los presupuestos sustantivos para el ejercicio de la democracia.

De vuelta a KANT. Si en la dignidad, lo que más importa, todos somos iguales, en lo esencial para la vida de todas las normas han de ser para todos las mismas.⁵ Si nadie es, en sí y en tanto que persona, superior o inferior a nadie, no puede haber un derecho contractual, un derecho de propiedad, un derecho penal o un derecho procesal por categorías o estamentos, sino el mismo para cada quien. Ha nacido la justificación para la igualdad ante la ley, lo que es tanto como decir el fundamento de la prohibición de la discriminación legal. En el Estado de derecho, basado en la igual libertad como idéntica dignidad de cada cual, las personas pueden ser distintas porque son igualmente libres, pero esas diferencias nunca tienen que verse como jerárquicas, y por eso la legalidad ha de ser para todos la misma y ha de ser una sola, en lo que a la dignidad de todos y cada uno importe. Así que, bajo lo que es, a la vez, el amparo y el límite de la legalidad están por igual los ricos y los pobres, las mujeres y los hombres, los flacos y los gordos y, para lo que hoy nos importa, los buenos y los malos, los decentes y los indecentes, las víctimas y los victimarios.

Naturalmente que la ley no va a tratar igual a las víctimas y a los victimarios, y en ese sentido la ley penal diferencia, pero diferencia por la distinta conducta de uno y otro y por las consecuencias para uno y otro, no porque víctima y victimario pertenezcan a categorías humanas ontológicamente diferentes que los hagan naturalmente merecedores de un estatuto legal diverso. Si la legalidad es única, bajo la legalidad estamos todos, no solo los justos, no solo los amigos, no solo los de nuestra tribu, no solo los que se tienen por moralmente superiores, no solo los que respetan o propugnan los derechos humanos. Porque defender los derechos humanos con base en excepcionar las garantías legales para los malos es la forma más paradójica, peligrosa y cruel de invalidar los derechos humanos. Los derechos humanos no son un privilegio moral o legal de los ángeles frente a los demonios, son el impedimento para que la sociedad se estructure estableciendo una fractura completa entre ángeles y demonios.

Ya tenemos, por tanto, al Estado moderno legitimándose como garante de la seguridad y de la libertad. De una libertad que, en cuanto patrimonio común de cada ser humano, solo puede ampararse en igualdad, bajo una legalidad única y no con una legalidad diferente para cualquier grupo social (incluido el grupo de los moralmente buenos o moralmente malos) o que permita excepciones en lo que igualmente nos es esencial. Pero nos faltan dos detalles para completar el panorama.

⁵ Esto es compatible con que las normas jurídicas tomen en cuenta lo que, en lo no fundamental, hay de diferente en cada uno y en cada grupo. Nadie por ser alto o bajo, negro o blanco, albañil o profesor merece un trato penal distinto por un delito, pero todos pueden ser beneficiados penalmente si se prueba que obraron por miedo insuperable, por error, etc.

Por un lado, no debemos olvidarnos de MARX y el socialismo originario, especialmente el socialismo democrático, el no leninista. Bien nos dijo el MARX de *La cuestión judía* que la igual libertad está muy bien, pero que para que la libertad nominal y jurídicamente formal no se vuelva escarnio, hace falta también que los ciudadanos puedan vivir efectivamente esa vida libre que ya es jurídicamente libre. Ese Estado que se legitima por la seguridad, la libertad (incluida la libertad política) y la igualdad ante la ley, tiene que legitimarse también a base de hacer posible que los ciudadanos puedan efectivamente hacer lo que el derecho por igual les permite hacer. Y eso, en síntesis, significa que el Estado debe también, mediante servicios públicos, satisfacer las necesidades básicas de quienes no puedan pagar sus costes. Y así como de la seguridad como condición de legitimidad nace el Estado soberano y de la libertad como condición de legitimidad surge el Estado liberal de derecho, del servicio estatal a las condiciones sustantivas que permitan que los ciudadanos puedan materialmente ser autónomos emana la legitimidad del Estado como Estado social de derecho.

Con todo esto hemos ido viendo los vínculos ineludibles entre la filosofía política y el derecho, pues todo mecanismo de legitimidad exige unas estructuras de legalidad. Para que el Estado de la seguridad se implantara, hubo que hacer a los sistemas jurídicos funcional o estructuralmente autónomos; para que el Estado liberal de derecho se asentara, fue necesario hacer lo principal de los contenidos de lo jurídico resistentes a la voluntad política de los actores políticos, y para que el Estado social pudiera ser efectivo, hubo que reconocer como titulares de derechos a nuevos sujetos sociales colectivos y que dotar al aparato estatal de nuevas vías de acción, siempre jurídicamente controladas, pero de más difícil control también.

Y en todo esto es donde cobra su sentido otro calificativo del Estado actual, el de Estado constitucional. Si la teoría jurídica y política colocaron las constituciones en la cima de los ordenamientos jurídicos, no fue por una pasión arquitectónica, sino porque todos esos requisitos sucesivos de legitimidad únicamente pueden hacerse efectivos si se insertan en un cuerpo normativo que sea el más alto, que tenga normas resistentes frente a todas las otras normas jurídicas y, también, frente a las normas provenientes de otros sistemas normativos (religiosos, morales). La garantía de esa superioridad de la constitución como caja que guarda las joyas de la corona, nuestros derechos, está en manos de órganos e individuos que pueden velar por el tesoro bajo los siguientes presupuestos ineludibles de su estatuto legal y personal: son independientes y nadie los puede condicionar o tentar eficazmente; son modestos, y saben que más importante que sus muy necesarias convicciones morales personales es una metaconvicción fundante, la de que ninguna creencia ni idea moral suya ni de nadie vale más que las normas de la constitución misma; saben lo que hacen, para lo que necesitan una experiencia y una formación excepcionales; y están defendidos frente a la presión o a la agresión de cualquier tipo por parte de quienes los prefieran personalmente dóciles o institucionalmente débiles.

Sin eso, todo lo demás es mentira y es mentira la Constitución también.

III. Cuando los buenos también son malos. O de cómo negar y anular el Estado constitucional, democrático y social de derecho a base de premiar a los justos con derechos y castigar a los injustos arrebatándoselos

Me he permitido el elemental repaso del apartado anterior porque lo considero conveniente para situar en sus debidos términos las tesis que al fin voy a defender y que versan sobre la situación que, en lo moral, lo político y lo jurídico, viven tantos de nuestros países actuales, y también Argentina. Pero, insisto, lo que pretendo ahora señalar no digo que valga (en lo que valga) solamente para Argentina y casi todo ello se aplica por igual en mi propio país, España.

En el libro que motiva estas líneas se nos presenta un enfrentamiento aguerrido entre kantianos y utilitaristas, que, llevado a lo penal, es la disputa entre retribucionistas y defensores de la función preferentemente preventiva del castigo penal. No cuestiono el sentido ni el valor explicativo de esas contraposiciones, pero, al ampliar el foco a otros temas y a más países, me permito extender las hipótesis y radicalizar la discusión sobre lo que está en juego. Y mi hipótesis es que nos hallamos ante una negación en toda regla de ese Estado moderno que acabamos de ver progresivamente revestido de Estado constitucional, democrático y social de derecho.

Lo muy particular de esta situación actual y lo que pone sobre la mesa la paradoja es que los fundamentos filosófico-morales, filosófico-políticos y filosófico-jurídicos de este Estado que pensábamos suprema conquista civilizatoria no están siendo atacados ni a caballo y con armas ni desde los campanarios de alguna iglesia ultramontana ni desde algún nacionalismo feroz que reniegue expresamente de los derechos humanos y su universalidad, sino que el ataque se produce desde las personas, organizaciones y grupos que se autoproclaman defensores de los derechos humanos.

Desde una moral universalista los derechos humanos, en tanto que derechos morales, fueron traspuestos a las constituciones de la segunda mitad del siglo XX como derechos fundamentales, cuya titularidad pertenecía a todos los ciudadanos sin distinción; y desde ese mismo propósito universalista se configuró el derecho internacional de los derechos humanos. Lo chocante es el papel que en las últimas décadas ha pasado a jugar la moral, la cual últimamente se pone como base argumental nada más y nada menos que para negar la universalidad de los derechos fundamentales y su igual disfrute por todos los ciudadanos. La presunción de inocencia, por ejemplo, era un derecho de todos y cada uno de los penalmente investigados o acusados, se trataba de unos o de otros delitos, pero va en camino a convertirse en un privilegio de cada vez menos personas, pues aumenta la lista de delitos en los que la culpabilidad se presume, las garantías se

acortan y la pena de prisión se paga antes del juicio, debido a que la ontológica maldad del sospechoso no necesita prueba propiamente dicha y por el mero hecho de que la denuncia e investigación criminal ya se merecen muchos años de cárcel, cárcel de la que ni los jueces mismos los pueden librar.⁶ Y qué decir de los matices a la baja y las excepciones a la titularidad universal de derechos como el derecho a la legalidad penal, a la irretroactividad de las disposiciones penales desfavorables, a no ser detenido ni encerrado sin base legal y con control de jueces independientes, a no ser torturado...⁷

Y nada menos que a algunas constituciones llega expresamente esta ruptura de la universalidad de los derechos, este que indudablemente se puede ya denominar *derecho constitucional del enemigo*. Tiene su triste gracia el cuento, porque estos creadores del constitucionalismo de enemigos eran los que se rasgaban las vestiduras con las tesis de G.JAKOBS.

El que sea en nombre de la moral verdadera, la política justa y los derechos humanos la acometida a los requisitos mínimos del Estado constitucional, democrático y social de derecho nos coloca a los defensores de ese Estado en una situación complicada y curiosa, pues es a nosotros, ¡a nosotros!, a los que se califica de reaccionarios, traidores, vendidos, superficiales e insensibles, mientras el que vocea contra las garantías constitucionales y a favor la desigualdad de los derechos o de la cancelación de los heterodoxos anda con la conciencia muy tranquila, se tiene como parte solvente de una élite de moralmente elegidos y pasea con la cabeza muy alta a la orilla de las cárceles rebosantes, la villas de miseria o las corruptas casas de gobierno.⁸

Intento al fin concretar mis tristes y pesimistas tesis.

Todo comienza por separar donde la filosofía del Estado constitucional iguala. Señalé resumidamente cómo el orden jurídico moderno, correspondiente al Estado de derecho democrático y social, pone una ley única para que, sin perder la seguridad, puedan los ciudadanos ser fuertemente distintos. El estatuto ciudadano es idéntico para todos y los derechos que lo

⁶ Basta recordar la regulación actual, nada menos que constitucional, de lo que en México se llama prisión preventiva oficiosa.

⁷ Por si algún despistado lector se extraña de esta mención del derecho a no ser torturado, invito a la lectura del artículo en el que nada menos que R. ALEXI nos dice que la norma constitucional que prohíbe la tortura es derrotable como todas, vía ponderación, y echa cuentas de cuántas veces ocurrirá eso de que la tortura de alguien no resulte constitucionalmente vedada, sino constitucionalmente legítima. Véase ALEXI, Robert, "La dignidad humana y el juicio de proporcionalidad", en *Parlamento y Constitución*, n.º 16, 2014, pp. 9-28.

⁸ Cuidado, no estoy diciendo que así sean (seamos) los que quieran defender los derechos humanos y los derechos y garantías constitucionales, sino que así se presentan y así fingen quienes, con deliberación o por inconsciencia, están poniendo de su parte tanto para que retornemos a la Edad Media y a las verdades sagradas como fuente de toda juridicidad y de cualesquiera derechos. Del agua mansa me libre Dios...

configuran son los mismos, y solamente así pueden ser todos libres y autónomos y convivir en esa diversidad sin riesgo. Para el que peca, el que discrepa o el que delinque, ese estatuto igual, determinado por la ley común, se mantiene, y esto obliga a tomar muy seriamente en consideración el delito y su tratamiento legal en este Estado.

Para empezar, el delincuente no es un pecador en un reino de seres virtuosos, por lo que cuando la ley lo señala como responsable de un ilícito penal, no lo califica como persona de menor valor o menor dignidad. El delincuente, sea el que sea su delito, vale moralmente lo mismo que el que no delinque, y constitucionalmente su ciudadanía es idéntica.⁹ Por tanto, sus derechos han de ser los mismos que los del ciudadano más cumplidor con todas las normas.

Y el delito no es pecado, su estatuto no es religioso ni moral,¹⁰ su estatuto es legal. Son muchas las conductas que podemos calificar como inmorales o, bajo una óptica religiosa, pecaminosas y que no son jurídicamente señaladas como delictivas. El derecho penal también pone orden entre sujetos moralmente iguales, no trata ni de “inocuizar” ni de descalificar a quienes nos parezcan de vida más disoluta o de motivos menos nobles. Pero la autonomía conceptual y práctica de lo jurídicamente ilícito, en general, y de lo penalmente ilícito, en particular, nos fuerza a preguntarnos cuáles son las bases de la sanción y de la pena, ya que no es la deficiencia personal en el cultivo de la virtud debida lo que se castiga.

Puede que sea ese el punto adecuado en que se sitúa la noción de bien jurídico-penal. No hay delitos naturales ni delitos en sí, el tipo penal es de configuración exclusivamente legal y el sistema jurídico debe ser internamente congruente para poder ser externamente eficaz. Quiero con esto decir, un tanto luhmannianamente, que lo que el derecho de nuestro tiempo tiene que asegurar son las condiciones de su propia función y de su funcionamiento, lo que, con más claridad expresado, significa que los bienes que el derecho penal resguarda son aquellos que conforman este modelo de Estado y de ciudadanía y son los mismos que otorgan al propio Estado su legitimidad: la seguridad de los individuos, que abarca su vida y su integridad física y moral, la

⁹ Y en lo que su ciudadanía sea limitada, p. ej., mediante ciertas penas, ha de regir la norma general y abstracta, no el personal y particularista señalamiento social o político. En el Estado moderno, la ley reemplaza a las turbas que acuden al barrio de los perversos a tomarse la justicia por su mano.

¹⁰ Aunque los sistemas normativos de base religiosa o moral también califiquen por su lado y en su función, pero sin que se confundan. Si avance fue, primero, que la calificación moral se hiciera “sistémicamente” autónoma frente a la calificación religiosa como pecado o no pecado, avance resultó, luego, que la calificación de las conductas como jurídicas o antijurídicas se independizara conceptual o sistemáticamente también de su etiqueta de morales o inmorales. El camino de vuelta es el mismo: se empieza por tildar de antijurídico lo inmoral por ser inmoral y se termina calificando como inmoral lo pecaminoso porque va contra la verdadera fe o la iglesia de los justos. Vuelven los Estados a ser confesionales y se apaga la luz de la Ilustración.

libertad, en sus muy diversas variantes, sus condiciones de ejercicio¹¹ y los resultados de su ejercicio que no mermen la libertad de los demás y las condiciones básicas de la vida digna en común.

Dentro de ese marco que cuasitrascendentalmente justifica la acción penal del Estado como salvaguarda de un esquema de convivencia que es el que a la vez justifica al Estado en cuanto útil y conveniente para los ciudadanos, los alcances precisos de lo punible y de su pena los ha de fijar la sociedad misma a través de los mecanismos de legitimación democrática de la ley. Cuando las constituciones exigen que los tipos penales sean establecidos en normas de rango plenamente legal, no es ni por fetichismo de la ley ni en homenaje a muy formales jerarquías, es porque le corresponde al pueblo determinar lo punible y los alcances de la pena, dentro de un marco delimitado por dos líneas: lo que la Constitución declara intangible y lo que para la eficacia de la Constitución y sus derechos resulta imprescindible.

Con todo eso quiero ir a parar a la disputa entre retribucionismo y utilitarismo penal, terreno minado y muy necesitado de matices. La dogmática alemana y sus peculiares raíces filosóficas y políticas han hecho que se equipare retribución penal a venganza. La pena es venganza social contra el malvado y hasta placer con que se pretende que la víctima ha de verse moralmente compensada. Así concebido, el retribucionismo sí cuadra con los propósitos de quienes quieren que el derecho dé cuenta de una constitutiva y esencial división entre los moralmente buenos y los moralmente malos. El malo merece el castigo por lo que hizo y, sobre todo, por lo que es y lo que de su ser mostró al cometer su ilícito. Pero, sorpresa, no es ese el retribucionismo de KANT, para quien el castigo no es venganza frente al réprobo ni afirmación del grupo contra el individuo discordante, sino homenaje a la libertad del delincuente mismo y reconocimiento de su idéntica humanidad, de su dignidad igual en tanto que persona libre y dueña de sus acciones. Y tampoco, dicho sea de paso, es aquel de la dogmática alemana de hoy el retribucionismo que abunda entre los filósofos anglosajones del derecho penal.

En cuanto al utilitarismo penal, que se expresa en las justificaciones preventivas de la pena, su idea central es que el que la hace tiene que pagarla, pero no porque ese sea el precio inapelable de su congénita maldad, de su deficiente moral, sino por la cuenta que nos tiene a todos que algunos paguen por lo que hacen y que a todos nos perjudica o nos pone en riesgo. Se trata de que, al padecer el delincuente las consecuencias penales de su acción, escarmiente (prevención individual negativa) y aprenda la lección (prevención individual positiva) o de que sea la sociedad toda la que se atemorice ante esas consecuencias de ciertas acciones (prevención general negativa) o aprenda a

¹¹ Incluyendo la propiedad, y aquí habría que añadir a LOCKE a los filósofos antes citados que ponen los pilares del Estado moderno.

costa del penado (prevención general positiva). Pero si así son los fundamentos de la pena, dos problemas se destacan: que no hay razón de ser para la pena cuando nadie va a escarmentar con ella o a aprender de ella y que no tiene la pena más límite que el que el cálculo utilitario marque. Es decir, que el patrón para aplicar penas menores o mayores es la utilidad y que cuando una pena desproporcionadamente alta o baja sea más útil, vistas todas las cosas, es esa pena más útil la que en verdad está justificada.

Pensemos en dos construcciones a estos efectos problemáticas. Por un lado, el jakobsiano derecho penal del enemigo rebasa la pena misma y le quita todo límite proporcionado porque se trata de delincuentes incapacitados para aprender de la pena y que por su pertinacia transmiten a la sociedad el mensaje de que es posible desconocer la norma y negar su vigencia, razón por la que hay que destruirlos a ellos para que la norma socialmente se mantenga. Por otro lado, en las situaciones llamadas de justicia transicional se desconecta la pena de todo cálculo de merecimiento subjetivo, a fin de que la sociedad salga ganando a base de conceder ámbitos o márgenes de impunidad. Son dos caras de la misma moneda, el derecho penal del enemigo exagera la pena y le quita toda garantía y todo límite, en pro de la mayor conveniencia de la sociedad, mientras que el derecho penal de la denominada justicia transicional minimiza la pena en lo que a la sociedad beneficie y en función del daño que los grupos delictivos puedan hacer todavía si no deciden someterse a cambio de esa atenuación o supresión de su castigo.

Hace un tiempo sostuve¹² que solo un retribucionismo mínimo es compatible con nuestros fundamentos constitucionales y nuestro modelo de Estado de derecho. Mi posición se resume en que ninguna pena tiene sentido si socialmente no sirve para nada, pero que, a la vez, ninguna pena puede ir más allá del merecimiento de su autor, quien no puede ser tratado como incorregible indecente, sino como persona que decide hacer de su libertad un uso que no le podemos tolerar, aunque no deje de merecer su dignidad nuestro respeto.

Creo que el debate sobre la pena para ciertos delitos y en determinadas y muy graves situaciones está irremisiblemente dañado porque se han reintroducido diferencias allá donde nuestro kantiano y constitucional derecho penal las suprimía. Dos son las diferencias dañinas y que descoyuntan los propios derechos humanos cuando, seguramente de buena fe, se pretende defenderlos: la diferencia entre víctima y victimario y la diferencia entre los moralmente muy malos y los otros.

¹² GARCÍA AMADO, Juan Antonio, "Retribución y justificación del castigo penal", en PORTILLA CONTRERAS / VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ (dir.), *Un juez para la democracia: libro homenaje a Perfecto Andrés Ibáñez*, Madrid, Dykinson, 2019, pp. 323-340.

Una novedad relativamente reciente consiste en justificar la pena por consideración a la víctima del delito. Según tal punto de vista, no solo es deplorable la impunidad porque deja a la víctima sin su compensación moral, sino que esa compensación moral para la víctima puede ser razón bastante para aligerar las garantías procesales y los derechos del reo de según qué delitos. Semejante planteamiento tiene, a mi modo de ver, algunos inconvenientes graves.

En primer lugar, degrada a las víctimas mismas, cuya sed de venganza da la pauta para justificar la pena. Así que allí donde la víctima renuncie a la venganza, no tiene ya o no tiene apenas justificación el castigo penal. Esto marca una curiosísima dialéctica actual entre consideración decisiva de la víctima y justicia restaurativa, pues cuando la víctima se mantenga en sus trece, corresponde aplicar mano dura, pero donde la víctima se avenga al perdón, lo correcto será reemplazar la pena por ciertos gestos morales o determinados reconocimientos simbólicos. Y, sea por un lado o por el otro, la legalidad penal deja de ser criterio determinante y se hace mero acompañamiento auxiliar. Con el agravante de que a la víctima se la pone en la tesitura de quedar como poseída por una malsana sed de retaliación o como generoso agente moral virtuoso y abierto al perdón y la reconciliación, lo que también entre las víctimas acaba introduciendo etiquetas diferenciadoras que nuestros sistemas no deberían fomentar.

En segundo lugar, si la cesura se establece entre la constitutiva maldad del delincuente y la presupuesta bondad de la víctima, no debería haber delito posible entre los igualmente injustos, pues qué homenaje va a hacer la pena a la víctima cuya conducta era tan reprochable como la de su victimario: cuando se tortura al torturador, se mata al asesino y se atenta contra el terrorista, la pena se queda sin su justificación principal si esta consiste en hacerle a la víctima justicia.

En tercer lugar, el presentar la pena como compensación necesaria y hasta suficiente para la víctima contribuye a privar de su vital importancia a los mecanismos jurídicos de responsabilidad civil por delito. Es perverso convertir la pena en una satisfacción simbólica que vuelve ociosa o de importancia secundaria la compensación económica de las víctimas. Cuando cierto punitivismo eleva las penas y, al mismo tiempo, calcula sumamente a la baja las indemnizaciones civiles por delito (y en general), se acaba haciendo de la víctima puro escarnio, aunque se la haya puesto en un pedestal aparente.

En cuarto lugar, al situar a la víctima en el centro del sistema penal y de la justificación de la pena se deja al derecho penal sin su fundamento social. Los bienes individuales pueden ser jurídicamente protegidos de diversas maneras, empezando por la mentada de la responsabilidad civil, mientras que la explicación del castigo penal se halla en que socialmente sabemos que nuestra convivencia en comunidad no se mantiene si ciertas conductas no son atajadas. El derecho penal no puede ser ni un mecanismo mediante el que el Estado compensa a las víctimas, ni una vía para que el Estado vele por la santidad, la moralidad o las buenas intenciones de los ciudadanos, sino una herramienta de defensa de los bienes individuales, herramienta que, si no funciona,

provoca la activación de mecanismos defensivos, individuales y grupales, socialmente muy dañinos. Y, en democracia, entre todos habremos de decidir lo que colectivamente nos daña, lo que entraña mayor peligro de vuelta al estado de naturaleza y lo que para cada individuo hay que defender para que a cada individuo la vida social le salga a cuenta.

La otra diferenciación nociva para el sistema penal propio de un Estado constitucional democrático de derecho y de derechos es la que se hace entre buenos y malos como titulares de derechos distintos y de garantías de diferente grado. Y es en esto donde me parece que está abundando, en estos tiempos, un retribucionismo fofo que traiciona a KANT y a las raíces filosóficas de nuestros Estados constitucionales.

Para empezar, el retribucionismo kantiano no se basa ni se puede basar en una fractura social entre perversos y virtuosos, entre irredentos y redimibles, en cuanto algo así como estamentos morales a los que los derechos se reparten diferentemente o de manera que a los de un grupo los derechos se les niegan y a los otros se les otorgan en plenitud. Por eso, dicho sea de paso, cuando JAKOBS despliega su doctrina del derecho penal del enemigo, sus fundamentos no son kantianos, y tampoco luhmannianos, sino que son hegelianos.

El retribucionismo de KANT está de raíz reñido con cualquier forma de derecho penal de autor. El delincuente y la víctima no forman parte de dos grupos humanos moralmente diferenciados, por muy cruel que el victimario sea y por muy inocente y bondadosa que la víctima resulte. Lo que sucede es que, siendo igual el estatuto moral básico, la dignidad del uno y de la otra, reconociéndose a ambos de partida como igualmente dotados de libertad y poseedores de la conciencia moral rectora de sus actos, el que elige el delito debe ser tratado como responsable de sus elecciones y de las consecuencias de sus actos, y la víctima no debe tampoco cargar con las consecuencias de la acción de otro que para nada merece. Así que la sociedad, a través del Estado, debe tomar cartas en el asunto para que el ejercicio igual de las libertades de cada uno no descomponga el equilibrio entre la libertad de todos. No se puede ser más libre a base de arrebatar a los otros la base empírica y las condiciones del ejercicio de su libertad, y por eso tal retribucionismo no supone pasional venganza, sino restauración de la igualdad moral y de derechos entre los libres. No se trata de que el que lo hizo lo pague por ser ontológicamente indecente, sino de que cada persona sea reconocida como responsable de sus actos, en cuanto que sean en verdad suyos y los controle, y que como responsable sea compensado él con su merecimiento y la víctima con el suyo; lo primero por la vía penal; lo segundo por la vía civil.

El utilitarismo penal y el retribucionismo tienen su necesario espacio en nuestros sistemas constitucionales, el equilibrio imprescindible entre ellos es siempre inestable y cambiante y a los mecanismos democráticos e institucionales ha de corresponder fijar en cada coyuntura ese equilibrio muy tentativamente. Con lo que vengo aquí manteniendo no pretendo juzgar a los grandes protagonistas de este libro ni dar ni quitar razones. Mi cuestionamiento lo es únicamente

de un cierto contexto y trataré, para acabar, de explicarme sobre esto último y de aclarar qué es lo que quiero poner en solfa.

El punitivismo selectivo sigue siendo punitivismo, el retribucionismo de la pura venganza contra los muy injustos tachados de moralmente inferiores sigue siendo incompatible con nuestros Estados constitucionales bien entendidos, y el en teoría tan denostado derecho penal del enemigo¹³ sigue siendo eso mismo aun cuando veamos como enemigos auténticos a esos que queremos castigar por encima de los derechos que tienen y de las garantías que, como a todos, los amparan.

A lo mejor podemos hablar de *acción negativa*, en paralelo al viejo e interesante discurso sobre la acción afirmativa. Esta pone límites a la igualdad ante la ley en ámbitos originariamente no previstos en nuestros sistemas constitucionales, pero en aras de igualar mejor en los hechos lo que socialmente es muy injusta desigualdad. En cambio, la acción negativa vendría a ser este actual intento de introducir tratos desiguales en lo que formalmente la ley iguala y de hecho venía siendo respetado como igual, sobre la base de que la igualdad jurídica, aquí igualdad en derechos y garantías, no se corresponde con el merecimiento objetivo, en tanto que merecimiento moral. Tratar bien a los malos vendría a parecer a algunos un despropósito tan hondo como tratar mal a los buenos. O, dicho de otra forma, los derechos iguales nadan más que para los que los que personalmente los merezcan.

Esto que digo no es la expresión de ninguna forma de relativismo moral, sino exactamente lo contrario. Relativismo moral es el de quienes hacen depender la tenencia de derechos y garantías del estatuto moral diferente de los sujetos, desconociendo lo que la Modernidad parecía haber impuesto de una vez por todas: que moralmente no hay humanos de primera y de segunda, que en dignidad somos iguales y que la ciudadanía es independiente de las opciones vitales de los unos y de las calificaciones a cargo de los otros. No hay personas de un estatuto jurídico naturalmente superior ni de una naturaleza moral esencial más alta o más baja, sino sujetos iguales, en tanto que humanos y libres, que optan por vías de acción que individualmente podemos descalificar y que colectivamente podemos castigar, pero desde la ley igual igualmente aplicada y desde una legalidad única que a todos en cuenta iguales nos abarque. Porque el pacto tácito al que nuestros Estados constitucionales de raigambre liberal y humanista responden no es solamente el que se expresa en las teorías del contrato social (vemos ahí a casi todos los autores antes citados), sino también el que se manifiesta en este dicho bien popular: o jugamos todos o rompemos la baraja.

¹³ Y el derecho constitucional del enemigo.

Cuando al asesino más cruel, al torturador más infame, al tirano más sanguinario le decimos que sus derechos son menos porque él es peor moralmente, enemigo políticamente, aparentemente lo hacemos de menos, pero en verdad nos igualamos con él en lo peor y seguramente él en el fondo así nos percibe. El derecho es fuerza, por supuesto, y no puede dejar de serlo, pero nos había tocado una civilización que quería que esa fuerza estuviera guiada por la razón, en todo lo que la razón nos es común y nos pertenece a todos en tanto que sujetos iguales en lo más decisivo. Cuando para ciertos delincuentes, por muy atroces que se puedan y se deban juzgar moralmente sus delitos, hacemos valer la fuerza del derecho por encima de las razones por las que limitamos esa fuerza, en el fondo les damos la razón y les reconocemos que hay individuos con dignidad y otros que no la tienen, ciudadanos de primera y ciudadanos de segunda. A partir de ahí, el combate entre los unos y los otros se vuelve político y versa sobre a qué individuos o grupos colgamos cada una de esas dos etiquetas.

No digo todo eso con un ánimo moralizante ni como llamada emotiva a alguna forma de ética mejor, sino desde la preocupación por las consecuencias. Curiosamente, en estos tiempos repletos de principios y principialismo vamos perdiendo de vista los fundamentos de lo jurídico. Frente a la generalidad de la ley que nos iguala, porque como iguales nos presupone, hay muchos que abogan por la justicia del caso concreto, por la equidad como suprema norma contra todas las demás normas, por la ponderación particularista que nos acabará retrotrayendo a la tiranía. Porque sin derecho no hay Estado de derecho y fuera del Estado de derecho el Leviatán se libera y se descontrola.

Los Estados justicieros son Estados sin control, sin medida, y las masas que jalean a la autoridad para que se salte la norma cuando trata con los malos acabarán siendo víctimas de ese Estado, que terminará por tildar de inhumano y por tratar en consecuencia y como enemigo al meramente desobediente, al heterodoxo, al díscolo, al alternativo, al rebelde, al simplemente autónomo y libre, al que se siente con derechos e intenta con propiedad de ejercerlos. Porque en un Estado de la moralidad y sin legalidad o con una legalidad provisional, renuente, decadente y fingida, delincuentes somos ya todos y no los que el tipo penal describa. En esos Estados hacia los que tan aprisa caminamos, curiosamente en nombre, a veces, de los derechos humanos, delincuente es el que sencillamente hace lo que se considera malo, y lo que por malo haya de tenerse en cada ocasión y momento lo dirán el Estado y sus agentes, lo impondrá la élite social de los creyentes, de los virtuosos, de los elegidos.

Con el garantismo penal del Estado de derecho se había alcanzado la improbable utopía. Con la lucha de tantos moralistas que abominan del formalismo de las instituciones, la formalidad de las garantías y la insensibilidad de las normas generales y abstractas ante la variedad infinita de las circunstancias de cada conducta y cada sujeto, caminamos a buen paso hacia la distopía. Si no me

creen, miren alrededor ahora mismo. Sí, miren alrededor en su propio país o los de al lado y díganme de qué clase de polvos doctrinales vienen estos lodos prácticos.

IV. Bibliografía

ALEXY, Robert, “La dignidad humana y el juicio de proporcionalidad”, en *Parlamento y Constitución*, n.º 16, 2014, pp. 9-28.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio, “Retribución y justificación del castigo penal”, en PORTILLA CONTRERAS / VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ (dir.), *Un juez para la democracia: libro homenaje a Perfecto Andrés Ibáñez*, Madrid, Dykinson, 2019, pp. 323-340.

MORGENSTERN, Federico, *Contra la corriente. Un ensayo sobre Jaime Malamud Goti, el Juicio de las Juntas y los procesos de lesa humanidad*, Buenos Aires, Ariel, 2024.

JAIIME MALAMUD GOTI, EL JUICIO A LAS JUNTAS Y LOS PROCESOS DE LESA HUMANIDAD

Leonardo FILIPPINI*

Fecha de recepción: 11 de junio de 2025
Fecha de aprobación: 29 de septiembre de 2025

Resumen:

Este ensayo se centra en la figura de Malamud Goti y propone una lectura crítica de su papel en la transición democrática argentina. El autor sostiene que la imagen de Malamud Goti como disidente que presenta el libro de Federico Morgenstern debe matizarse ante el protagonismo institucional del homenajeado: asesor presidencial, participe en la designación judicial y en estrategias de gobierno. Además, se analizan las disidencias jurisprudenciales en casos emblemáticos (Arancibia Clavel, Simón) y la resonancia política de los indultos de los años noventa para cuestionar si las decisiones judiciales y gubernamentales configuran rupturas o variaciones dentro de un consenso republicano. Finalmente, el autor reivindica la necesidad de abrir debates sobre la responsabilidad política, la memoria y la escritura de la historia reciente.

Palabras clave: democracia, dictadura, indultos, justicia, memoria, historia

Title: Jaime Malamud Goti, the “Juntas” Trial, and Crimes Against Humanity

Abstract:

This essay focuses on Malamud Goti, offering a critical analysis of his role in Argentina's democratic transition. The author argues that Federico Morgenstern's portrayal of Goti as a dissident should be reconsidered given his institutional prominence as a presidential advisor, as

* Profesor de Derechos Humanos y Garantías (Facultad de Derecho, UBA). Contacto: leonardo.filippini@gmail.com.

well as his involvement in judicial appointments and government strategies. The essay also analyzes case law dissents in notable cases such as Arancibia Clavel and Simón and the political implications of the pardons of the 1990s. Through this analysis, the author questions whether judicial and governmental decisions constitute ruptures or variations within a republican consensus. Finally, the author emphasizes the importance of opening debates on political responsibility, memory, and the writing of recent history.

Keyboards: democracy, dictatorship, pardons, justice, memory, history

Sumario: I. Introducción II. Protagonistas y disidentes III. La escritura de la historia IV. Las disidencias en la Corte V. Bibliografía.

I. Introducción

Jaime MALAMUD GOTI aprecia la discusión abierta y la belleza de las palabras bien dichas, las dos enriquecen sin enemistad ni subordinación.¹ Los cuarenta años del juicio a las juntas, algunos homenajes recientes a su trayectoria y libros en parte celebratorios como el que me han invitado a comentar sirven para provocar un provechoso reencuentro con su figura e ideas. Nunca está de más, asimismo, recordar cómo perdimos la democracia y pensar si la hemos recuperado del todo.

En mi contribución a *Política Criminal y Derechos Humanos*,² conté que en distintos momentos de mi vida profesional —y del país, en sus variantes respuestas ante las violaciones a los derechos humanos— leí *Terror y Justicia en la Argentina* y otros de los trabajos de Jaime. Coincidí en reuniones con él, conversé y lo entrevisté en el marco de alguna investigación, sobre todo durante su tiempo en la Universidad de Palermo. Siempre ha sido muy generoso con su tiempo, honesto y directo en sus ideas ingeniosas.

En estas líneas, animado por el interés de seguir explorando zonas de su trabajo y de reconocer sus aportes voy a sumar algunas notas, sin mucha formalidad, naturalmente. *Contra la corriente* parte de la frustración de su autor ante un debate que cree empobrecido y ante el cual,

¹ “Entrevista al profesor Jaime Malamud Goti”, en *Lecciones y Ensayos*, n.º 103, 2019, pp. 199-212.

² RUSCONI/PITLEVNIK/BEADE (eds.), *Política Criminal y Derechos Humanos*, Hammurabi, Buenos Aires, 2024.

con vocación revisionista, intenta intervenir para enmendar un pedazo de historia que juzga mal editado. Ofreceré algunos apuntes tentativos y sueltos luego de su lectura.

II. Protagonistas y disidentes

El libro, nos dice, emula el título de uno de Isaiah BERLIN donde éste retrata a intelectuales disidentes y solitarios, preocupados ante las tendencias dominantes de sus tiempos. Esta caracterización la extiende al perfil de Jaime. También siguiendo a BERLIN, *Contra la Corriente* pone en discusión enfoques encontrados sobre el enjuiciamiento de los crímenes de estado en Argentina, en la inteligencia de que siempre es mejor aprender y pensar en la confrontación con los opuestos. De modo central, presenta la obra de Marcelo SANCINETTI frente a la de Jaime MALAMUD GOTI, en la imaginación posible de un debate que no fue del todo. Como en el drama *Copenhague* que cuenta el encuentro de los físicos Niels BOHR y Werner HEISENBERG, es el interés por la discusión, dice el autor, el centro de su preocupación.

Confrontemos, pues, algunas cosas desde el vamos: ¿En qué sentido posible la extraordinaria figura de Jaime reverbera solitaria y disidente ante las tendencias dominantes de su época? IBSEN, en *Un enemigo del pueblo*, nos presenta al doctor Thomas Stockmann enfrentando a su comunidad luego advertir que la sanidad del agua en la ciudad balnearia donde residía estaba comprometida. Jaime, sin embargo, podría parecer bien otro en los años ochenta. Al menos, según es retratado: Trabajó en la conformación de la Corte Suprema y en la designación de los jueces de la Cámara Federal de Apelaciones en lo Penal. Participaba en reuniones de gabinete, con el jefe de estado a la cabeza y los ministros y algunos secretarios alrededor. Fue, de hecho, un protagonista destacado de las estrategias jurídicas de la transición, como dice Martín FARRELL en el Prólogo. Jaime mismo recuerda que ALFONSÍN le había encomendado “el contacto permanente con la Cámara Federal de Buenos Aires y con la Corte” para “saber cuándo iban a aprobar decisiones porque sabía que eso iba a traer un coletazo inmediatamente”.³

Sus dudas y reflexiones sobre los efectos de las medidas que se adoptaban, sobre las repercusiones y resistencias esperables y acerca de cómo gestionarlasp tampoco son suyas exclusivas o a contrapelo de las de otros funcionarios. Horacio JAUNARENA, contemporáneo en el ministerio

³ Entrevista a Jaime MALAMUD GOTI, disponible en <https://seul.ar/jaime-malamud-goti/>.

de defensa describe preocupaciones parecidas en *La Casa está en Orden* igualmente nutrido del contacto directo con las fuerzas.⁴

El Jaime más *tardío*, digamos, posterior a los indultos de 1989 y 1990, tampoco parece aislado en una reflexión solitaria. ¿No es esperable preguntarse si tuvo sentido el recorrido en un momento de adversidad o retroceso? ¿Si todo, al fin, valió la pena o si algo debió hacerse de otro modo? Nunca lo sabremos del todo. Pero no luce inesperado que actores de una administración revisen críticamente lo hecho luego de que una subsiguiente reforma —o destruye— el sendero trazado. Aun habiendo actuado con esfuerzo y convicción la duda es inexorable ante el revés. ¿No es acaso también una pregunta parecida a la que se pueden haber hecho los acusados en 1985?

Contra la corriente concluye que “la visión de Jaime sobre los efectos del Juicio a las Juntas en la memoria colectiva y en la cultura política es demasiado pesimista” y que se puede sostener que, en cambio, fue “uno de los puntos más altos de la historia institucional argentina” (p. 147). La conclusión del exasesor presidencial acerca de la futilidad del intento, su mirada fatalista, sencillamente, es exagerada. El autor no parece persuadido por su protagonista.

Tal vez el “excesivo pesimismo” de Jaime sea un giro de cordial contradicción. Una forma de expresar, simplemente, que su evaluación es incorrecta, que existen evidencias o argumentos plausibles respecto del impacto positivo del Juicio a las Juntas sobre la conciencia social, incluso a pesar de los indultos. Los trabajos de Kathryn SIKKINK, por ejemplo.⁵ O la voz de Martín FARRELL, que no por ser su amigo sino porque lo cree así, dice al inicio de *Contra la Corriente* que “Si hoy estamos celebrando los cuarenta años de democracia ese festejo es posible porque los autores de crímenes durante la dictadura aprendieron que el que las hace las paga”.

En definitiva, ¿hay material suficiente para presentar a MALAMUD GOTI —a su trabajo, a sus contribuciones académicas, a sus intervenciones en el debate público— como a un disidente, un real *outsider*, o algo de ese estilo? *Contra la Corriente* parece ofrecer la descripción de otro tipo de entidad: una *rara avis*, una mente lúcida, un funcionario responsable, un intelectual crítico y creativo, pero no al portavoz de una disidencia. Funcionario de rango en la justicia, asesor

⁴ JAUNARENA, *La casa está en Orden*, Tadea, Buenos Aires, 2011.

⁵ SIKKINK, *Evidence for Hope*, Princeton University Press, New Jersey, 2017.

presidencial, académico, autor, y, en definitiva, intelectual celebrado, un querido profesor de muchas personas. Protagonista, todavía, de debates importantes.

Contra la Corriente destaca, asimismo, que Jaime “no elude la interrogación sobre la responsabilidad propia en el derrumbe moral y político argentino...”. Es decir, que el homenajeado asume su propia centralidad y reconoce su intervención en un programa oficial de enorme impacto social. Si esto es así, una lectura posible del libro no concedería tan rápidamente que la voz desafiante del momento resulte la misma que departe con el presidente y participa en la designación de jueces.

El meollo puede deberse a una tensión de difícil resolución en la caracterización elegida: El retrato buscado de un profeta en el desierto, pero ubicado en un entorno encumbrado de escenografías ministeriales. En un sentido, por supuesto, esto es irrelevante. La forma de presentar al protagonista es una herramienta más en el imaginario de un libro que busca ofrecerse atractivo a un público amplio y funcionará mejor o peor, según quien lea. Y eso es todo.

Pero, en otro sentido, la intención declarada por la revisión histórica justifica algún escrutinio: ¿Las ideas de MALAMUD GOTI hicieron carne en la política de la transición o fueron, en cambio, el desafío en solitario a la corriente dominante de entonces? Según FARRELL, Jaime se parece más al asesor brillante y honesto del primer gobierno democrático que fue, que al doctor Stockmann de IBSEN. Ni uno ni otro papel le quitan o ponen virtud. Pero ubicar a Jaime entre los hacedores del momento quizá marida mejor con los sucesos ocurridos y enriquece, en definitiva, las posibilidades de interpretación de su papel y del de sus némesis.

III. La escritura de la historia

Una pretensión expresa del libro es revisar un pedazo de historia “mal editado”. Tal vez sea una de esas “derivas exuberantes” que el propio autor anuncia. Pero es lo que dice: “busco refutar la idea de que ALFONSÍN fue un político que defeccionó y traicionó la causa de la justicia”. En un tono más subjetivo comparte que él mismo había considerado a ALFONSÍN “un cobarde y un traidor”, antes de entender que Jaime y el expresidente “merecen otro lugar en la historia”.

Esta intencionalidad explícita se presenta junto a alguna nota biográfica de quien la ejerce. *Contra la Corriente* trabaja bastante en torno a esos vínculos entre las experiencias, percepciones y emociones de algún individuo y los hechos de interés común. Hay bastantes menciones al carácter,

actitudes, emociones o sensaciones de alguien y sus posibles conexiones con un hecho o episodio. Una suerte de ejercicio novelado de historia reciente, donde la indagación en torno a las notas de algunas personas se anudada a argumentos morales, jurídicos o sucesos trascendentes. La vergüenza, el ego, el miedo, la cobardía, el orgullo, el goce, la alegría, la traición, o el heroísmo son referencias presentes.

Veíamos algo de esto recién, en torno al “pesimismo” de Jaime. ¿Jaime está equivocado en su observación o es demasiado pesimista? ¿Su juicio es fatalista, o él es así y esto se refleja en sus juicios? El ida y vuelta de Jaime con “los penalistas” opera parecido: ¿Los penalistas son de cierta manera, o el problema es la forma en la que discutían el derecho penal? La mención a la posible ingratitud de un crítico frente al cual Jaime, según se cuenta, había actuado generosa y desinteresadamente también es parte de la exposición. La condición humana, al fin, trayectos vitales, encuentros, roces, peleas, gestos de afecto. Así se conforma algo de la arcilla con la que *Contra la Corriente* moldea su propia narración explicativa. Y esto incluye al proceso de producción del libro del propio autor. Las dudas, la posible reacción del retratado en caso de no participar de un libro en su honor, la eventual la reacción de los editores del primer libro, etcétera.

Este formato, tipo *storytelling*, aparece en otros libros. Por ejemplo, en los de Philippe SANDS *Calle Este Calle Oeste*, o *Londres 38*, donde el escritor y profesor de derecho internacional recorre varias vidas, documenta y reconstruye episodios para presentar el desarrollo de algunas instituciones jurídicas o los debates y cuestiones implicadas. Es un modo que posiblemente seguirá desarrollándose entre nosotros, con sus hallazgos y fracasos. Al cabo, la estrategia hace pie en nuestra curiosidad sobre la vida de (algunas) otras personas para ayudarnos a pensar sobre nosotros o nuestra comunidad.

El camino elegido tiene sus bemoles según la sustancia de la trama, el atractivo de cada personaje, la gracia con la que nos son presentados, o las reacciones que nos despierten. Volviendo al asunto de la cobardía de ALFONSÍN, por ejemplo, la clave biográfica —el recuerdo adolescente de un traidor falto de coraje— podrá así parecer un ejercicio sensato, o un devaneo irrelevante y sin ningún interés para quienes ya tengan ideas sobre el asunto. Algo parecido puede ocurrir frente a la pretensión anunciada, ambiciosa ciertamente, de ubicar en la historia a cada uno donde se merece.

En *La explicación del comportamiento social* Jon ELSTER dice que existen mecanismos causales que explican la acción humana, distintos de las leyes sociales. Estos patrones causales, de aparición frecuente, serían fáciles de reconocer. Nos permitirían explicar un comportamiento, pero no predecirlo, y muchas veces se reflejan en proverbios o máximas del saber común que implican explicaciones inmediatas y plausibles sobre la producción de un suceso.⁶ ELSTER nota que muchas veces estos refranes pueden aparecer de a pares, indicando posibles cursos de acontecimientos contrapuestos, lo que resalta la compleja tarea de la explicación del comportamiento social y la pluralidad de miradas posibles en torno a la causas de algo (v. gr. “no por mucho madrugar se amanece más temprano”, pero, “tanto va el cántaro a la fuente, que al final se rompe”, entre otros pares contradictorios posibles).

La necesidad o pertinencia de refutar una *tesis* sobre el papel de ALFONSÍN (y de Jaime) respecto de ciertos ideales o promesas y de calibrar su lugar en la historia, podría ser uno de esos asuntos susceptibles de ser alcanzados por el refranero popular. El actual presidente incluso ha dicho que si bien muchos “... lo muestran como el padre de la democracia... fue partidario de un golpe de estado”⁷, lo que justificaría la vigencia de la tesis. Otros, en cambio, pensarán que esto es pólvora en chimangos, que lo que Pedro diga de Juan, más dice de Pedro que de Juan y que la historia, por sí sola, como el carro al andar, acomoda a los melones sin necesidad de ninguno de nosotros. En fin, creo que solo puedo esbozar aquí que la narrativa matizada por tantas historias personales puede resultar porosa y esquiva a las definiciones tajantes buscadas.

IV. Las disidencias en la Corte

Contra la Corriente también repone la conocida crítica según la cual, a partir de los casos “Arancibia Clavel” (Fallos: 327:2312) y “Simón” (Fallos: 328:2056), la corte habría desmantelado “todas” las garantías que proporciona el derecho penal liberal en los casos por delitos de lesa humanidad, tales como la irretroactividad de la ley penal, la cosa juzgada o los efectos de los indultos. De modo esperable, se destacan el valor de las disidencias de BELLUSCIO, FAYT,

⁶ ELSTER, *La explicación del comportamiento social*, trad. de Horacio Pons, Gedisa, México, 2010.

⁷ <https://www.lanacion.com.ar/politica/milei-contra-alfonsin-lo-muestran-como-el-padre-de-la-democracia-y-fue-partidario-de-un-golpe-nid30102024/>.

ARGIBAY, o ROSENKRANTZ. En *Contra la Corriente* los magistrados disidentes resuelven sin dejarse llevar por las pasiones colectivas, no decepcionan.

Carmen ARGIBAY acompañó la decisión en “Simón” (Fallos: 328:2056), no obstante, con afirmaciones bastante contundentes respecto del del derecho internacional y la imprescriptibilidad de la acción penal en casos por crímenes contra la humanidad. Las reiteró en “Mazzeo” (Fallos: 330:3248) donde explicó, además, que los indultos a personas procesadas habían sido inconstitucionales “porque implican una injerencia del Poder Ejecutivo en la jurisdicción exclusiva del Poder Judicial”. Y también escribió que “La única posibilidad de extender la imputación de delitos de lesa humanidad a personas que no son agentes estatales es que ellas pertenezcan a un grupo que ejerce el dominio sobre un cierto territorio con poder suficiente para aplicar un programa, análogo al gubernamental, que supone la ejecución de las acciones criminales” (cons. 10º de “Simón”).

Para esta jueza, sin perjuicio de su disidencia en “Mazzeo” (Fallos: 330:3248), los instrumentos internacionales que establecen la categoría de delitos contra la humanidad y el consiguiente deber estatal de individualizar y enjuiciar a los responsables “no admiten, que esta obligación cese por el transcurso del tiempo, amnistías o cualquier otro tipo de medidas que disuelvan la posibilidad del reproche”: Cuando se trata de procesos penales por delitos de lesa humanidad, “las personas imputadas no pueden oponerse a la investigación de la verdad y al juzgamiento de los responsables a través de excepciones perentorias, salvo cuando el juicio sea de imposible realización (muerte del acusado), o ya se haya dictado una sentencia de absolución o condena (cosa juzgada)” (cons. 14º). En otras palabras, los imputados “no cuentan con un derecho constitucional a cancelar la continuación del proceso por prescripción o amnistía” (*id.*).

ARGIBAY agregó que “Tampoco hay frustración de la confianza en el derecho (...) porque la prescripción de la acción penal no es una expectativa con la que, al momento del hecho, el autor de un delito pueda contar, mucho menos con el carácter de una garantía constitucional. El agotamiento del interés público en la persecución penal, que sirve de fundamento a la extinción de la acción por prescripción, depende de la pérdida de toda utilidad en la aplicación de la pena que el autor del delito merece por ley. Es absurdo afirmar que el autor de un delito pueda adquirir, al momento de cometerlo, una expectativa garantizada constitucionalmente a esa pérdida de interés en la aplicación de la pena (...) tampoco ha habido un desconocimiento del principio de legalidad

como protección de la objetividad, entendida como ‘no manipulación’, que previene contra las decisiones parciales oportunistas” (cons. 16°).

¿Cómo editar las disidencias jurisprudenciales heterogéneas? Si PETRACCHI, luego de “Camps” (Fallos: 310:1160), ha ofrecido argumentos *decepcionantes* como dice el libro, ¿deberíamos calificar igual a la posición de la jueza ARGIBAY en “Simón” (Fallos: 328:2056)? ¿En qué sentido su disidencia en “Mazzeo” (Fallos: 330:3248) respecto de la cosa juzgada repararía el daño fatal a las garantías infligido en “Simón” (Fallos: 328:2056)? ¿O es acaso solo una variación respecto de la doctrina mayoritaria? ¿Y si hay decisiones que pueden variar según la cara del cliente, hay algo que exima a sus comentaristas de sesgarse según la cara del juez?

A grandes trazos, alguien podría observar que desde 1983 la violencia política no es respaldada, que los crímenes de la dictadura se consideran injustificados entre quienes creen en el estado de derecho y que es importante mantener ciertos niveles de gobernabilidad democrática. ¿Son las disidencias en la jurisprudencia esfuerzos mayúsculos a contracorriente o hacen parte de los desacuerdos razonables en una comunidad que acuerda em torno a esos trazos gruesos?

Más cerca en el tiempo, alguien podría considerar que “Muiña” (Fallos: 340:549) y “Batalla” (Fallos: 341:1768) son el experimento crucial de nuestro compromiso cívico. Pero, alternativamente, también podría notarse que, en definitiva, son decisiones que discuten el cómputo de una pena, sin revisar ninguna de las demás discusiones saldadas en “Arancibia Clavel” (Fallos: 327:2312) y “Simón” (Fallos: 328:2056). ¿Estamos ante un *Aleph* de todas nuestras conversaciones sobre el pasado reciente, o son dos casos entre otros centenares que no ponen en discusión la afirmación de los hechos, la reprochabilidad, el merecimiento de una pena y el deber y justificación estatal de seguir investigando?

En todo este trayecto, además, hay una década que puede merecer más atención. En algún punto la política respaldó activamente la cancelación de todo proceso penal, también con aparente respaldo popular, a pesar de los cambios en el tiempo. El expresidente Carlos MENEM aseguró que no estaba arrepentido, pues “fue una medida tendente a conseguir la pacificación que hemos logrado. Con esa medida se acabó la subversión en Argentina y la actitud golpista de muchos

sectores de las Fuerzas Armadas”.⁸ Rodolfo BARRA también dijo que el indulto es un acto legítimo de gobierno⁹ y varios más, y desde distintos sectores, acompañaron la decisión.

En los considerandos del decreto 2741/90 del 29 de diciembre de 1990, que dispuso el indulto de Jorge Rafael Videla, Emilio Eduardo Massera y otros altos mandos condenados, presidente entonces señaló que “una profunda reflexión sobre la situación imperante en la República” hacía necesarios los indultos “respecto de los actos de violencia y de los desencuentros habidos” como contribución “para afianzar el proceso de pacificación en que están empeñados los sectores verdaderamente representativos de la Nación”. Los fundamentos mismos explican que “esta medida es sólo un mecanismo político, constitucionalmente previsto para crear las condiciones de la pacificación nacional” y que solo es una medida más entre las muchas que el gobierno estaba dispuesto a propiciar “para la lograr la pacificación de la República”, aun “sacrificando convicciones obvias, legítimas e históricas”.

En la lógica de entonces, los indultos pretendían “crear las condiciones y el escenario de la reconciliación, del mutuo perdón y de la unión nacional. Pero son los actores principales del drama argentino, entre los cuales también se encuentran quienes hoy ejercen el Gobierno, los que con humildad, partiendo del reconocimiento de errores propios y de aciertos del adversario, aporten la sincera disposición de ánimo hacia la reconciliación y la unidad”. ¿Cómo identificar si las “pasiones colectivas” han variado respecto de consideración de estos asuntos en el tiempo, o si han sido otras circunstancias cambiantes las que han ido provocando distintos reajustes, fallos y disidencias? ¿Fueron los '90 la década a contracorriente?

Las disidencias posteriores a los fallos de respaldo a la reapertura de los procesos están circunscriptas a ciertos asuntos, sin haber llegado a reeditar de modo integral posiciones como las del ministro FAYT. Y, en los hechos, una discusión como la de “Muiña” (Fallos: 340:549) convive junto los rechazos de recursos defensoristas y la consecuente firmeza de fallos condenatorios. Apuntes sueltos, apenas. La trayectoria de Jaime invita a una conversación abierta, asumiendo la posibilidad de cometer errores y considerando las consecuencias de nuestras decisiones. Podemos

⁸ AZNÁREZ, “Menem justifica el indulto en 1990 a los condenados por la guerra sucia”, disponible en https://elpais.com/diario/1995/05/05/internacional/799624808_850215.html.

⁹ Diario Clarín, 29 de diciembre de 1995.

ser los mejores jueces de nuestras preferencias. Pero Jaime nos agrega el interrogante acerca de si somos también los mejores jueces del valor de nuestras propias intervenciones.

V. Bibliografía

ELSTER, Jon, *La explicación del comportamiento social*, trad. de Horacio Pons, Gedisa, México, 2010.

JAUNARENA, Horacio, *La casa está en Orden*, Tadea, Buenos Aires, 2011.

RUSCONI, Maximiliano/PITLEVNIK, Leonardo/BEADE, Gustavo (eds.), *Política Criminal y Derechos Humanos*, Hammurabi, Buenos Aires, 2024.

SIKKINK, Kathryn, *Evidence for Hope*, Princeton University Press, New Jersey, 2017.

EL HUMANISMO TRÁGICO COMO APORTE AL DEBATE JURÍDICO- POLÍTICO SOBRE NUESTRA HISTORIA RECIENTE (Y NO TAN RECIENTE)

Máximo LANUSSE NOGUERA*

Fecha de recepción: 9 de junio de 2025

Fecha de aceptación: 29 de septiembre de 2025

Resumen

A partir del libro *Contra la corriente* de Federico Morgenstern, este trabajo propone una reflexión sobre el “humanismo trágico” como una clave para repensar el debate jurídico y político argentino, en torno a la justicia transicional y la memoria. A través de la figura de Jaime Malamud Goti, se examina la tensión entre la exigencia de imparcialidad de los principios y la fragilidad de sus condiciones de aplicación en contextos atravesados por el conflicto y la polarización. El análisis propone que la prudencia y la sensibilidad trágica pueden ofrecer una vía para comprender los límites del derecho penal liberal frente a los dilemas éticos y políticos de la posdictadura.

Palabras clave: humanismo trágico, derecho penal, justicia transicional, Jaime Malamud Goti, Federico Morgenstern

Title: Tragic Humanism as a Contribution to the Legal-Political Debate on Our Recent (and Not So Recent) History

Abstract

Based on Federico Morgenstern’s book *Contra la corriente*, this paper explores “tragic humanism” as a key to rethinking the Argentine legal and political debate on transitional justice and collective memory. Through the figure of Jaime Malamud Goti, it examines the tension between the demand for impartiality inherent in legal principles and the fragility of their conditions of application in contexts marked by conflict and polarization. The analysis suggests that prudence

* Docente y diirector de la carrera de abogacía (IUPFA). Contacto: maximolanusse@yahoo.com.ar.

and a tragic sensibility may offer a way to understand the limits of liberal criminal law when confronted with the ethical and political dilemmas of the post-dictatorship period.

Keywords: tragic humanism, criminal law, transitional justice, Jaime Malamud Goti, Federico Morgenstern.

Sumario: I. Preludio; II. La autoridad de los principios (o acerca de una tensión latente en el enfoque de Morgenstern); III. Un arco voltaico imposible de domar, pero que nos exige comprender; IV. La fuente trágica; V. *Jaime, Jaimito y el Jaime tardío*; VI. Contra la sobre simplificación de la historia; VII. Los nuevos demonios; VIII. Construir comunidad con palabras; IX. Bibliografía

I. Preludio

Siempre es un desafío atravesar el primer umbral, empezar la tarea de un comentario. La vasta promesa de la hoja vacía —luego de una lectura que te ha dejado hiperventilado, pensando, inquieto, ávido, lejos de la digestión rápida de la era *infocrática*— puede resultar abrumadora. Recuperar la sobriedad después de la embriaguez, para decir algo que sea más que el mero entusiasmo de una revelación. De modo que, fiel a ese pulso, me alejaré de cualquier pretensión esquemática, con la esperanza de que *la fuga secular del agua desde los hielos a la arena última* ofrezca acaso un *Rhin* por el que navegar, *correr o ser*.¹

En una Argentina atravesada por los dolores traumáticos del pasado y las disputas por la memoria, habitualmente acelerados por las circunstancias de la revolución y/o transición digital, fracasan las posibilidades del *yo-tú* que supone una genuina conversación, condición necesaria para la emergencia de un *nos-otros*. Con ello, sucumbe la oportunidad de un compromiso común con la acción política, haciéndonos cargo de nuestros desacuerdos y conflictos intestinos —condición de posibilidad de la experiencia democrática—, sin recurrir al —siempre arcaico— chivo expiatorio de un *ellos*. En nombre del *como si* de la transparencia y el consenso, tierra fértil para los discursos tan simplificadores como polarizantes, se prohíbe un debate genuino que nos permita construir una relación más responsable con quienes somos y quienes queremos ser, con lo que hacemos y lo que queremos hacer, con lo que nos pasa o sentimos que nos pasa, como comunidad política. Así,

¹ BORGES, *Obra poética 1923-1966*, Emecé, Buenos Aires, 1966 (“*Correr o ser*”).

el decir y el hacer en el medio del ruido se alienan de cualquier chance de autenticidad y de institución de un sentido que podamos reconocer como un poco más propio.

Recuerdo una lectura de adolescente, *La rebelión de las masas*, de Ortega y Gasset. También, las distopías de Orwell y Huxley. Me impresionaron mucho como síntomas de una época, porque, al igual que obras como *Psicoanálisis de la sociedad contemporánea* o *El miedo a la libertad* de Eric Fromm, acompañan la intuición de Castoriadis. Me refiero a sus desarrollos dispersos en los seminarios publicados bajo el título *Lo que hace Grecia* y aquellos más sistemáticos de *La institución imaginaria de la sociedad*. Reparar en el hecho de que el ser es praxis, de que lo histórico-social es auto institución imaginaria, no solo puede ser una carga muy pesada en términos de la angustia existencial por la responsabilidad, sino que además nos enfrenta con el riesgo permanente del abismo y la autodestrucción. Hoy, me generan una impresión similar, luego de la profusa obra de Z. Bauman para entender el paso de la modernidad sólida a la modernidad líquida, los ensayos contemporáneos de Byung Chul Han que abordan diferentes aspectos de la psicopolítica (y su inhibición progresiva de la potencia de pensar). La paradoja posmoderna es, acaso, que se llevó a la hipérbole la capacidad de las sociedades de cuestionar sus propios fundamentos, en la misma medida que se extinguió el ágora o la esfera pública como espacio de deliberación y conversación, en última instancia, de reconocimiento.² Se conquistó la aceleración y la accesibilidad, y se perdió la experiencia del tiempo que somos: la experiencia del encuentro con el otro y con uno mismo. El costo no es menor, porque, de la mano de la pluralidad humana, nace la necesidad de intentar comprender su complejidad.

Pero me es forzoso este rodeo, porque en el ensayo de Morgenstern, y fundamentalmente en su protagonista, Jaime Malamud Goti, encuentro un tributo al coraje y la honestidad intelectual. Pensar con autonomía,³ —una autonomía que no se realiza sin o contra el otro (porque eso predispone al fanatismo)⁴, sino con el otro (para impedir la clausura del discurso en la

² En *Everything and Nothing*, Jorge Luis Borges imagina un personaje que siendo nadie busca ser alguien a través de la literatura y la experiencia dramática de jugar a ser otro. En la vida contemporánea, encuentro un triste contraste: millones de usuarios anónimos buscan desesperadamente la validación a través de *likes* y *followers* en las redes.

³ Entendida como el desafío práctico de habitar entre el fanatismo y la indiferencia, de conformidad con razones que se inscriban en aquello que nos importa. En ese sentido, *otro* significa alguien que por su singularidad, valor y diferencia amplía mi campo de la experiencia, en lugar de un espejo que solo reafirma los propios sesgos del *ego*.

⁴ Me es inevitable observar que hoy está lejos de ser patrimonio exclusivo de los fundamentalismos religiosos. Las *burbujas digitales* configuran cajas de resonancia donde cualquier atisbo de alteridad es rápidamente excretado.

mismidad)— emerge, como una *rara avis*, una actitud ética, una ética de la trasmigración y de la hospitalidad.

Jaime jamás fue autocomplaciente en relación con el proceso del que fue un actor principal, tampoco impostó para ganar simpatías en ninguna discusión. Sobre todo, como bien lo subraya Federico, siempre se ha comportado como un verdadero *auto subversivo*. Además, en su afán por comprender la condición humana, ha desarrollado una extrema capacidad para la empatía. He notado en sus intereses literarios todo un síntoma,⁵ y creo que lo que Federico llama el *Jaime tardío* fue una eclosión de ese rasgo de su carácter.

Hace tiempo aprendí de Lyotard⁶ y de Arendt⁷ (a raíz de su visión sobre Sócrates) que *pensar es hablar*, discurrir dialécticamente, reconocer el *dos* que habita en el *uno*, o la pluralidad que inevitablemente transforma la actividad filosófica en un imperativo ético y político que desafía cualquier cierre sobre el sí mismo, se trate de una identidad o de un *corpus* de creencias sedimentadas (y/o erosionadas) por *el río del tiempo*. El sujeto dividido del psicoanálisis robustece esta idea.⁸

Siempre es más fácil amoldarse a las creencias que gozan de popularidad y que cuentan con la ventaja de la inercia social, que ofrecer resistencia y una perspectiva diferente. Pero intuyo una

⁵ Pienso en su interés por Borges —entre muchos otros cuentos, en “Emma Sunz” y “Deutches Requiem”—, por Shakespeare, la tragedia griega y Coetzee. De allí que no resulte sorprendente, cuando Jaime te hace pensar en lo distinto que podría ser para un general retirado del CEMIDA (Centro de Militares para la Democracia) adoptar una perspectiva crítica respecto del llamado “Proceso de reorganización nacional” en relación con un subteniente cuya vida transcurría en un cuartel y donde prácticamente todos los lazos sociales esperaban complicidad. Sobre este asunto, recuerdo un *paper* de Jaime —hasta donde sé inédito— titulado “Conversación con un General: ideas iniciales sobre la comunidad y quién es uno”. Allí, Jaime concluía que la anécdota de su conversación con aquel General “...contribuyó a que entendiera la intensidad de esa ansiedad que llamamos vergüenza, *aidos*, en griego antiguo y *shame, schandle*, en las lenguas actuales. La ansiedad cuando de algún modo fracasamos en proyectar una imagen que aprueben los que de algún modo nos importan. Nos inspira un intenso temor el fracaso de nuestra persona -en el sentido que le adjudicaban los griegos antiguos y clásicos- frente a los ojos de terceros cuyo parecer nos importa”. La esposa del General, en una visita a un cuartel, había participado de un té de esposas de militares y había escuchado como comparaban, con toda naturalidad, los motines en los que habían participado sus maridos en procedimientos vinculados a la subversión.

⁶ LYOTARD, *Por qué filosofar?*, Paidós, Barcelona, 1991.

⁷ ARENDT/KOHN, *La promesa de la política* (vol. 1, n.º 1), Paidós, Barcelona, 2008.

⁸ Sobre esto último puede verse: LANUSSE NOGUERA/PASCHKES RONIS, “Sobre el derecho y la violencia. Esa (escurridiza) pareja de amantes que no se deja pensar”, en *Minerva*, vol. 2, n.º 5, pp. 44-55. Disponible en <https://ojs.editorialiupfa.com/index.php/minerva/article/view/29> [enlace verificado el 13 de octubre de 2025].

radical falta de autenticidad en *esa corriente*. Lo que parece “funcionar”, porque da por descontado el desacuerdo, algunas vueltas más adelante —en el río serpenteante de la historia— se convierte en un remolino que nos succiona: es el retorno de lo reprimido, luego de la ilusión del control y la *hybris* de la razón. Nada más nefasto, en términos de comprensión de lo que nos pasa, que dar por clausurado un debate, aunque por momentos pueda resultar económico.

La mayéutica socrática, luego transformada en dialéctica, exige tiempo y esfuerzo. Allí está la fuerza, la tensión, la prueba immanente de la acción significativa: la que abre caminos, senderos y rutas para el aprendizaje colectivo.

Federico, con su libro, realiza un magistral esfuerzo por recuperar —de la mano del testimonio y del compromiso del protagonista de un proceso político— no solo una oportunidad de revalorizar su singularidad histórica (un ajuste de cuentas con el pasado), sino además el imperativo de repensarlo en toda su complejidad ética, jurídica y política, que sintetizaré con la palabra *trágica*.

Recuperar las conversaciones que no fueron entre distintas generaciones —porque era demasiado difícil sortear cierta ansiedad inculpatoria (y simplificadora), o el “¿de qué lado estás?”—⁹ frente a hechos traumáticos que desgarraron profundamente a la sociedad argentina, acaso sorda a la vieja máxima que sugiere que *lo perfecto es enemigo de lo bueno*. Porque —y esta solía ser una frase frecuente de Jaime— *el pasado es como un país extranjero, nadie sabe muy bien lo que sucede allí*. La prudencia ante la incertidumbre podría ser un aliado importante de los compromisos éticos y políticos que traccionan cambios significativos, en mayor medida que las certidumbres morales.

⁹ Toda mi familia ampliada por el lado materno es de ascendencia chilena. Inmigraron en los años setenta. Un tío recuerda vívidamente la primera pregunta que le hicieron en el colegio cuando aterrizó como un marciano en los primeros años de la escuela primaria: *¿de qué cuadro sos, che?* Lo menciono porque, como lo desliza Malamud Goti en su debate con Julio Maier sobre *por qué es tan difícil tolerar un penalista*, en Argentina nos cuesta mucho discutir ideas sin antes acreditar nuestra identidad y nuestras lealtades, que inexplicablemente se confunden con posiciones teóricas. En este detalle, Jaime ve tierra fértil para el cultivo de algunos de los rasgos autoritarios que han forjado nuestra cultura política. También ha encontrado formas más sutiles de la censura, como la rápida adjudicación de alguna etiqueta teórica: “eso es muy hegeliano”, “eso es muy causalista” u otras expresiones, que llevan la conversación a un terreno abstracto, en el que parece más importante identificar la filiación y lealtad teórica que la fuerza de las ideas.

Me vienen a la mente, además, dos bellísimos poemas sobre Spinoza que supo componer Borges, porque, al igual que al judío de Ámsterdam, a Federico y a Jaime *no los turba la fama*¹⁰ a la hora de arrojarle a pensar temas difíciles. Morgenstern, incluso, llega a decir que no escribió el libro para hacerse amigos, posiblemente como advertencia retórica de que no se dejaría

¹⁰ **Spinoza** (en “El otro, el mismo”, Emecé, 1964)

Las traslúcidas manos del judío
labran en la penumbra los cristales
y la tarde que muere es miedo y frío.
(Las tardes a las tardes son iguales.)

Las manos y el espacio de jacinto
que palidece en el confin del Ghetto
casi no existen para el hombre quieto
que está soñando un claro laberinto.

No lo turba la fama, ese reflejo
de sueños en el sueño de otro espejo,
ni el temeroso amor de las doncellas.

Libre de la metáfora y del mito
labra un arduo cristal: el infinito
mapa de Aquel que es todas Sus estrellas.

Baruch Spinoza (en “La moneda de hierro”, Emecé, 1976).

Bruma de oro, el occidente alumbra
la ventana. El asiduo manuscrito
aguarda, ya cargado de infinito.
Alguien construye a Dios en la penumbra.

Un hombre engendra a Dios. Es un judío
de tristes ojos y de piel cetrina;
lo lleva el tiempo como lleva el río
una hoja en el agua que declina.

No importa. El hechicero insiste y labra
a Dios con geometría delicada;
desde su enfermedad, desde su nada,

Sigue erigiendo a Dios con la palabra.
El más pródigo amor le fue otorgado,
el amor que no espera ser amado.

domesticar por los *clichés* de la corrección política. Sin embargo, nuevamente, con el Sócrates de Arendt, me atrevo a afirmar que en eso se equivoca. La amistad genuina habita también en esa tensión, ese tábano que nos estimula a que nuestros deseos se reflexionen.¹¹ Cultivar los lazos — como le enseña el zorro al principito de Saint Exupéry— exige tiempo, rituales, experiencia compartida: la interpelación recíproca que nos permita buscarnos, perdernos y encontrarnos, más que repetirnos o amoldarnos porque simplemente es más agradable o cómodo. Las palabras — esos símbolos que postulan una memoria compartida—¹² recogen y articulan esa experiencia.¹³

Está claro que no eligió jugar un partido fácil, como tampoco lo hizo Jaime cuando, junto a Nino, luego de aquel encuentro en Friburgo, se acercaron a Alfonsín con una idea difícilmente practicable en la cabeza. Federico elige una expresión muy elocuente para asentar aquella rareza: *deus ex machina*. Curiosamente —o no tanto—, surge precisamente del género trágico¹⁴ y le sirve a Morgenstern para reparar en lo impensable que era lo que se proponían y, al mismo tiempo, lo

¹¹ Me interesa reparar en que las creencias tienen anclajes cognitivos, pero también afectivos, y en que ambos se colocan a prueba a partir de la reflexión, que nos hace revisar la firmeza de sus bases. La reflexión tampoco es una tarea exclusivamente intelectual.

¹² Hace muchos años, Jaime escribió una nota breve titulada “*Hacer comunidad con palabras*” —no logré encontrar la versión publicada, pero sí un borrador— en la que contrastaba la posición de los serbios opositores a las políticas étnicas de Milosevic, quienes se resistieron a llamar genocidio a las masacres de su país, con la insistencia de muchos argentinos en calificar de ese modo el terrorismo de Estado, cuya represión se dirigió a la persecución masiva de enemigos políticos, pero no a grupos étnicos o religiosos. La tesis de Malamud Goti es que, mientras unos colocan la mirada en el futuro y la necesidad de cimentar una convivencia democrática luego del sentimiento de culpa y vergüenza que una mayoría experimenta por las masacres llevadas a cabo contra sus congéneres, los otros miran exclusivamente al pasado, se cierran en una matriz de inculpación que persigue distinguir un “ellos” y un “nosotros”, que reproduce la polarización y proyecta el mal en los otros. Jaime terminaba aquella nota con una afirmación de tremenda actualidad: “Creo que el mal con mayúscula nos hace olvidar los pequeños demonios, donde se tejen las continuidades”. Sobre esto recomendaré enfáticamente, hacia el final de este comentario, la obra de FORTI, *Los nuevos demonios. Repensar hoy el mal y el poder* (trad. Aníbal Díaz Gallinal), Edhasa, Buenos Aires, 2014.

¹³ En su ensayo *El país que nos habla* (Sudamericana, Buenos Aires, 2005), BORDELOIS reflexionaba sobre los riesgos de la pérdida del lenguaje en la era digital. La autora profundiza sobre el devenir argentino desde la riqueza que generó el encuentro y amalgama cultural fruto de la inmigración, hasta la homogeneización y el empobrecimiento progresivo en la interacción digital. Sugiere, entre líneas, que podrían existir correlaciones entre ambos fenómenos: el empobrecimiento del lenguaje y el de la experiencia.

¹⁴ En su trabajo *Mito y Tragedia en la Grecia Antigua*, VERNANT y VIDAL NAQUET han reparado en que la tragedia, en su nacimiento, si bien se trataba de un hecho humano único, aparece en la historia bajo tres caras: como realidad social —con la institución de los concursos trágicos—, como creación estética —con el advenimiento de un nuevo género literario—, como mutación psicológica —con el surgimiento de una conciencia y de un hombre trágicos—. En síntesis, emerge como género estético, institución social y política, y estado psicológico.

importante que fue esa experiencia —de justicia— imperfecta para darle impulso a un compromiso genuino con la convivencia democrática.

La empresa de comentar el texto de Morgenstern me parece infinita, y sospecho que el autor no busca los comentarios, sino exhumar y recuperar la vitalidad de las discusiones que no fueron. Me restringiré, entonces, a glosar una sobria serie de disparadores, luego de este prelude que solo anticipa algunos de ellos.

II. La autoridad de los principios (o acerca de una tensión latente en el enfoque de Morgenstern)

Como narra el autor —y creo que lo hace porque lo justifica—, este libro nació como un ensayo-homenaje que no podría ser obediente con las exigencias editoriales.

Su urdimbre desbordó los márgenes de un artículo y se coló en la fila como un proyecto literario autónomo, mientras el autor trabajaba en otro libro todavía por nacer.

En ese otro laberinto, Morgenstern se enfoca en el problema de la neutralidad de los principios o, dicho de otra forma, en la tentación de adecuar sus alcances a nuestros deseos y expectativas, de acuerdo con *la cara del cliente* o con los resultados agradables o desagradables (según la coyuntura social y política).

Sin embargo, el pragmatismo que exigió la empresa de construir el juicio a las juntas tensiona con cualquier idea de imperativo categórico. Esa tensión explica la crítica lapidaria de Sancinetti —a quien el autor (no casualmente) erige en signifiante de la *Némesis* de Malamud Goti—. Jaime, aunque no confrontó en forma directa, no se privó de señalar que una postura retribucionista que se hiciera cargo de sus propias pretensiones teóricas y prácticas debería llevar al juzgamiento de muchos más actores que los militares.¹⁵

Ahora bien, sostendré en mi comentario que la incondicionalidad que busca Federico en los principios está, en cierto punto, muy ligada a la autoridad que Jaime buscaba en los jueces

¹⁵ Creo que, involuntariamente, existe un dejo de ironía en esa apreciación, en cuanto interpela las pretensiones de pureza teórica y moral.

encargados de la difícil tarea de juzgar hechos que polarizaron la sociedad —conflictos trágicos, irresolubles—.

Para ello, tomo de Fernando Atria,¹⁶ un concepto o noción que concibo como un dínamo: lo que anima el derecho, lo que lo hace inteligible y le otorga sentido como lenguaje, es el horizonte de hacer más probable lo improbable. La forma del derecho habita una tensión social que presiona en contra de la realización de un fin que se considera valioso; la estructura trabaja para hacer más probable la concreción del principio que lo anima. Así, es una suerte de resguardo del compromiso y de la voluntad de su endoso recíproco o colectivo, más allá de los avatares del tiempo.

Un principio no es tal sin alcances generales (universalizables); por eso funciona la conocida humorada de Groucho Marx. La exigencia constitucional de brindar *un juicio previo* —que rápidamente nos vemos tentados a adjetivar como “debido”, “justo” o “imparcial”, pero que, en rigor, sin tales rasgos, difícilmente pueda definirse en su compromiso semántico más básico— se explica porque, ante un conflicto de alta intensidad, tendremos enormes incentivos para no hacerlo y avanzar lo más rápido posible hacia la imposición de un castigo. En tanto es altamente improbable que tratemos a nuestros adversarios, o incluso enemigos, de manera imparcial, resulta elemental generar las condiciones estructurales para revertir esa improbabilidad.

Ahora bien, ¿de dónde adquieren su fuerza los principios? Porque parece fácil erigir la imparcialidad como una garantía nominal —y como tal oponible o exigible—; lo difícil es hacerla verdaderamente más probable. Para ello, es necesario construir las condiciones que la hagan más factible. Una tentación frecuente en el pensamiento jurídico consiste en confundir certeza intelectual o auto evidencia con fuerza práctica.

Nótese lo habitual que es el garantismo nominal que mientras hemos recitado la garantía de imparcialidad como un mantra en los claustros académicos, la hemos tornado todo menos probable a través de la existencia de juzgados de instrucción que trabajan codo a codo con los fiscales para llevar adelante la pretensión punitiva. O repárese también en lo que le ha costado a nuestra tradición jurídica cumplir con el mandato constitucional del juicio por jurados.

¹⁶ ATRIA, *La forma del derecho*, Marcial Pons, Madrid *et al.*, 2016.

Como señalé en otro trabajo, “Robert Cover (...) también puso el acento en la interpretación legal como actividad práctica, en su sentido performativo. Desde su enfoque, se trata de un conocimiento práctico que persigue imponer su significado a la institución y reestructurarla”. “Hay, sin embargo, un vacío persistente entre el pensamiento y la acción. Una cosa es entender lo que se debería hacer, otra cosa enteramente distinta es hacerlo...”. “Pero no solo es una práctica, sino que constituye una práctica, la palabra judicial es un mandato para que otros hagan. Y, salvar el abismo entre el pensamiento y la acción en el sistema legal no es siempre un acto de voluntad. El espacio entre la comprensión y la acción corresponde aproximadamente a diferencias entre papeles institucionales y a la división del trabajo y de responsabilidad (...) De este modo lo que podría describirse como un problema de voluntad respecto del individuo, se transforma, en un contexto institucional, primariamente en un problema de organización social (...). Transformar la realidad supone una comprensión especializada de la relación entre la interpretación y la organización social, o las precondiciones sociales, para su efectividad”.¹⁷

Morgenstern, de la mano de Wechsler y contra Stanley Fish, sostiene que los principios adquieren su fuerza a partir de su aplicación imparcial —es decir, con independencia de que nos guste o no el resultado— porque esto demostrará, precisamente, nuestro compromiso con los principios. De tal modo, la imparcialidad emerge como meta-principio.

Jaime Malamud Goti, quien tuvo que oficiar de arquitecto de un juicio que se proyectaba no solo improbable, sino imposible (cuando todo deber, como lo sugirió Genaro Carrió, supone poder), tuvo que concentrarse menos en el peso deóntico de cualquier mandato normativo que en las condiciones de posibilidad estructurales para que la sentencia del tribunal goce de autoridad y eficacia. La no identificación de quienes integraban el tribunal con ninguna de las facciones que polarizaban la sociedad resultaba clave para que su sentencia gozara de legitimidad.

Mi intuición es que, mientras uno se concentra en el necesario compromiso con las reglas para que estas expresen principios con autoridad, el otro es muy consciente de la fragilidad de cualquier regla, si no se encarna en prácticas sociales que le otorguen significado y sean sensibles a

¹⁷ LANUSSE NOGUERA, “Deber, Poder y querer. El conatus de Spinoza y esos tres registros sobre el filo de la autonomía y la heteronomía”, en Millón Quintana/Saulino (coords.), *Tomando las consecuencias en serio. Libro homenaje a Martin Farrell*, La Ley, Buenos Aires, 2022.

sus razones. Si los tribunales fracasan en su función comunicativa y expresiva, carecerán de autoridad.¹⁸

Organizar las instituciones que permitan esa relación de co-nacimiento y co-implicación entre reglas y prácticas, en contextos en los que necesariamente entrarán en tensión, hace confluir ambas preocupaciones de un modo que permite comprender que la sensibilidad que comparten Jaime y Federico, respecto del carácter trágico y complejo de la condición humana, exige, acaso, una síntesis imposible entre la aspiración de neutralidad y el necesario pragmatismo. Me animo incluso a dudar de la construcción del “caso Wechsler *versus* Fish”, para sugerir, en cambio, que necesitamos poner un oído en ambas campanas, como lo sugiere el coro en *Antígona* luego de escuchar la conversación entre Creonte y su hijo Hemón: *se ha hablado bien en ambos sentidos*. Los textos y las leyes no pueden desaparecer —la deconstrucción y la hermenéutica los desestabiliza al punto del riesgo de diluir la idea de una regla como garantía—, pero tampoco pueden desaparecer los contextos en los que tales materiales serán leídos e interpretados —las prácticas encarnadas en las que esas reglas son comprendidas y endosadas colectivamente—.

Recientemente, en un homenaje a Jaime en la Universidad de San Andrés,¹⁹ Leonardo Pitlevnik, mientras compartía una reflexión sobre el cuento “Pierre Menard, autor del Quijote”, recordó que para Borges la ambigüedad es una riqueza. Pero enseguida contrastó que, para quienes trabajamos en el derecho, es un dolor de cabeza: litigar es interpretar, y la ambigüedad dificulta la tarea de los jueces. Sin embargo, los textos legales viajan en el tiempo y no podemos dejar de hacernos cargo de ello. La distancia trágica aparece nuevamente, agregó yo, entre la naturaleza general de las reglas y principios y los conflictos singulares en los que distintas interpretaciones disputan su significado.

Leonardo reparó en la importancia del cuidado de las palabras y de la construcción de un contrato de lectura entre los distintos actores del campo jurídico, porque, a diferencia del terreno estético, donde simplemente disfrutamos de sus variaciones como las de la luz y el color, en el campo jurídico *performan* con consecuencias muy concretas y dolorosas sobre la vida de las personas. No es otra la dificultad que advertía Fuller en el famoso *Caso de los exploradores de las*

¹⁸ El pensamiento de Malamud Goti dialoga en ese sentido con el de autores como Antony Duff y Herbert Morris.

¹⁹ Se llevó a cabo el 4 de junio de este año en la sede Riobamba de esa Universidad.

cavernas,²⁰ que escribió con fines propedéuticos. También Charles Taylor, en *Seguir una regla*,²¹ inspirado en el planteo de Wittgenstein, reparó en la importancia del trasfondo común para entender lo que quiere decir “comprender una regla”.

III. Un arco voltaico imposible de domar, pero que nos exige comprender

“Carlos [Leon Arslanian] decía que teníamos que ser ‘un trueno entre las hojas en medio de un arco voltaico’” relata Ricardo Gil Lavedra en su libro *La hermandad de los astronautas*.²² La expresión no puede ser más elocuente y aguda. En un contexto de alta polarización social, en el cual la correlación de fuerzas podía cambiar de manera repentina, no había lugar para la tranquilidad sobre la base de “estar del lado correcto de la historia” desde una perspectiva moral.

Una intuición similar inspiró a Jaime Malamud Goti a postular la necesidad de construir autoridad desde una zona gris, en tanto y en cuanto, en contextos como ese, cualquier fallo que expresara uno de los polos sería percibido por el adversario como injusto y faccioso. De hecho, fue el principal promotor de la idea de limitar el enjuiciamiento y la responsabilidad a un número reducido y en el menor tiempo posible (una estrategia de *hit and run*²³), porque sería el modo de trabajar para evitar —y aquí utilizo el título de uno de sus libros, *A Game Without End*— que tornara inviable la transición democrática. En los últimos años, Jaime ha proyectado esas características de los juicios —que caracteriza como políticos— a aquellos por corrupción, en los que una parte de la ciudadanía ve un *lawfare* y otra parte se frustra por la lentitud con que se alcanzan —si es que se alcanzan— las condenas.

Marcelo Sancinetti fue un acérrimo crítico de la política de derechos humanos impulsada por Raúl Alfonsín bajo el consejo de los filósofos, porque la consideró una abdicación de la justicia y

²⁰ FULLER, *El caso de los exploradores de cavernas* (trad. de Genaro R. Carrió y Leopoldo J. Niilus), 2da ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2002.

²¹ TAYLOR, *Argumentos Filosóficos, Ensayos sobre el conocimiento, el lenguaje y la modernidad*, Paidós, Barcelona, 1997, Capítulo 9 (“Seguir una regla”), pp. 221-238.

²² GIL LAVEDRA, *La hermandad de los astronautas: el juicio a las juntas por dentro*, Sudamericana, Buenos Aires, 2022.

²³ Una de las principales dificultades que enfrentaba Jaime en sus cursos sobre el tema era la selección de los casos: ¿Cómo debía realizarse? ¿Puede el derecho realizar esa selección? Así como en Argentina, en un principio, la estrategia de selección se dirigió a los de arriba, también existen ejemplos de selección de los de abajo, como ocurrió con los guardias de frontera en Alemania oriental. No obstante, el control político de dicha selección resulta particularmente complejo: ¿Cómo evitar la proliferación indefinida de casos? Además, Jaime reparó en el modo en el que el descuido de atención en los mandos medios (*the top-and-bottom-only strategy*) termina generando una fractura en la cadena de mandos.

del reconocimiento de la dignidad humana aplastada por el régimen militar. Lo menciono porque, como lo señala Morgenstern, el contraste de su mirada con el realismo de los protagonistas expresa aquella tensión entre lo deseable y lo posible. Sancinetti consideró apresurado e insuficiente un juicio que exigía una maduración mayor de los problemas teóricos y prácticos que implicaba el proceso, y la incorporación al debate de todos los casos registrados.

Morgenstern da magistralmente en la tecla al mencionar un debate entre Dworkin y Posner, en el que el primero tildaba al segundo de “anti-teórico”, y el último criticaba la falta de interés de los filósofos en las cuestiones jurídicas e institucionales, en el funcionamiento efectivo del sistema jurídico, en las capacidades prácticas y en las restricciones políticas que enfrentan los jueces. También es agudo al detenerse en las memorias de Alfonsín, quien contrastó la perspectiva del gabinete científico o intelectual sin compromiso con la necesidad de trazar estrategias y medidas que combinaran lo deseable y lo posible para saldar las deudas del pasado, pero en miras del futuro, porque de la transición resultarían los cimientos de la cultura política de la nueva democracia.

Tal es así que, si en lugar de Nino y Malamud Goti el *deus ex machina* hubiera sido Sancinetti, costaría imaginar los actores y las condiciones políticas que podrían haber llevado adelante su idea. Especialmente, en un contexto en el que el candidato opositor promovía la autoamnistía general y quien sucedió a Alfonsín decidió y llevó adelante los indultos, y en el que, además, la correlación de fuerzas que expresaron los conocidos sucesos de *semana santa*, como también agudamente señala Morgenstern, no torció la política de derechos humanos, sino que justificó la sabiduría práctica que se pretendió imprimirle desde un comienzo.

Es importante subrayar que, con el comentario, no identifiqué en la “voluntad política” o la falta de esta el *quid* de la cuestión, sino en las condiciones de posibilidad para materializar una mega-causa en la que se juzgaran todos los casos registrados (la CONADEP registró casi 9.000) y no se discriminaran niveles de responsabilidad y para sostener ese proceso en el tiempo. Los juicios del nuevo milenio no enfrentaron los mismos problemas políticos, pero los problemas jurídicos —fundamentalmente las tensiones con el derecho penal liberal— confirman que *there is no such thing as free lunch*. Tales “problemas” no tardan en abrir nuevos conflictos políticos cuando las heridas están lejos de estar sanadas. La reescritura del prólogo del *Nunca Más* y la interminable discusión entre la teoría de los dos demonios y la del demonio último no son más que síntomas de ello.

IV. La fuente trágica

Pierre Aubenque postula que Aristóteles extrae la prudencia de la *fuentes trágica*, en tanto que “... representa la oportunidad y el riesgo de la vida humana. Es la primera y la última palabra de ese humanismo trágico que invita al hombre a querer todo lo posible, pero solamente lo posible, y a dejar el resto a los dioses”.²⁴ Me pregunto si la pretensión retribucionista de Marcelo Sancinetti no iba, precisamente, en sentido inverso. Morgentern lo sintetiza a la perfección: “El absolutismo de la posición de Sancinetti niega la inevitabilidad de los acuerdos”. Porque el derecho expresa relaciones sociales, habita tensiones; no puede darse el lujo de imponer sin escuchar.

Mónica Cragnolini, en un bellissimo trabajo sobre la razón imaginativa, la identidad y la ética en la obra de Paul Ricoeur,²⁵ repara en la importancia de la tragedia griega para referirse “al conflicto ético inevitable que se produce entre la unilateralidad de los principios morales -propia de los deontologismos- y la complejidad de la vida”. Así lo ejemplifica con el conflicto entre Creonte (representante de la aspiración de universalidad de la *polis*) y de Antígona (expresión de la singularidad del *oikos*). Asimismo, “... si bien la tragedia no aporta soluciones frente [al conflicto],

²⁴ Para contextualizar la cita, parafraseo algunos apuntes de la obra *La prudencia en Aristóteles* de Pierre Aubenque: “La phronesis es el saber, pero un saber limitado y consciente de sus límites; es el pensamiento, pero humano y que se sabe y se quiere humano (...) no es la unidad extrínseca de una capacidad y de un valor (...) sino la unidad interior de una capacidad que se convierte en valor por limitarse. Así como se pasa de la idea de organismo a la idea de salud mediante la idea de régimen, se hace de la inteligencia una virtud cuando se espera de ella que sea ante todo inteligencia de sus propios límites. La prudencia -podríamos decir- es el régimen de la inteligencia (...) la estadía favorable, la cura, el horizonte donde el organismo se expande al limitarse, donde el hombre alcanza su forma humana en el límite...”. “A la presunción del saber, simbolizada por Creonte, Hemón inmediatamente seguido por el coro le opone la paciencia y la seriedad de la experiencia; a la violencia de los discursos ‘científicos’, opone las lentas mediaciones de la deliberación que no saca conclusiones apresuradas, sino que oscila entre los discursos verosímiles antes de elegir, en la conciencia de la incertidumbre y el riesgo...”. **“El concóctete a ti mismo no nos invita a encontrar en nosotros el fundamento de todas las cosas, sino por el contrario nos recuerda la conciencia de nuestra finitud: es la fórmula más elevada de la prudencia griega, es decir de la sabiduría de los límites”**. “Desde Parménides, todos los filósofos, aunque por diversos caminos, han propuesto elevarse por encima de los pensamientos mortales (...) para alcanzar un saber absoluto, liberado de las particularidades y las servidumbres humanas, es decir un saber tal como deben poseerlo los dioses...”. “El hombre ese dios mortal...es el ser de la mediación, del rodeo, de la aproximación; no aplica lo trascendente al modo como el filósofo platónico aplicaba el orden de las Ideas a lo sensible, pero juega astutamente con la contingencia...”. “Pero los límites de la metafísica son el comienzo de la ética. Si todo fuera claro, no habría nada que hacer, y aún queda por hacer lo que no se puede saber. Sin embargo, no se haría nada si no se supiera, de cierta manera lo que hay que hacer. A mitad de camino entre un saber absoluto, que vuelve inútil a la acción, y una percepción caótica, que vuelve imposible a la acción, la prudencia aristotélica, representa -al mismo tiempo que la reserva, del saber- la oportunidad y el riesgo de la acción humana. Es la primera y la última palabra de este humanismo trágico que invita al hombre a querer todo lo posible, y solamente lo posible, y a dejar el resto a los dioses” (p. 257). AUBENQUE, *La prudencia en Aristóteles* (trad. Lucía Ana Belloro), La Cuarenta, 2010.

²⁵ CRAGNOLINI, *Razón imaginativa, identidad y ética en la obra de Paul Ricoeur*, Almagedo, Buenos Aires, 1993.

obliga a una reorientación de la acción, en el sentido de la sabiduría práctica en situación”. De tal modo, Ricoeur distingue entre la ética como forma de designación de la intención de una vida y la moral como articulación de las intenciones mediante normas. Se trata de un conflicto entre lo deseable —el horizonte de la vida buena o de la felicidad humana— y lo debido —lo obligatorio—. ²⁶ Desde la perspectiva de Ricoeur, la fuente de la ética es primordialmente el deseo: la decisión de vivir juntos; luego, las normas u obligaciones son formas de hacerlo posible, de articular las tensiones que surgirán inevitablemente. Se asoma aquí, nuevamente, el *dínamo* de Atria que enlaza principios, formas y estructuras.

Ahora bien, la prudencia o sabiduría práctica habita en la tensión dialéctica; no la hegeliana que se autocomplace con la síntesis superadora, sino en la dialéctica negativa, que pregonó la célebre Escuela de Frankfurt. Posiblemente por tal motivo, Morgenstern no se acomoda y elige el bando de los prácticos sobre el de los teóricos. En cambio, concluye: “La función de los científicos del derecho es criticar la fundamentación de las sentencias (...) La argumentación en el derecho es todo”. Luego se cuela en su argumento lo que quizá sea uno de sus intentos de comprender “la renuencia a aplicar el razonamiento constitucional -con sus consustanciales garantías- a casos como el del 2x1”. La suposición “...de que existen casos cuya criminalidad es excepcional (...) Sin embargo, el derecho es como un bosque plantado -entre otras cosas- para protegernos precisamente de las tempestades provocadas por este tipo de actos criminales. En nuestro país, aprendimos a un alto precio que la deforestación del Estado de derecho es el camino hacia el infierno”. El pesar de Morgenstern es la erosión de los principios del derecho penal liberal de la mano de la excepcionalidad de los crímenes, que parece transformarlos en material negociable. Quizá el problema es que ninguna buena argumentación opera en el vacío.

De nuevo, Federico da en el tono adecuado “En la tipología que Isaiah Berlin hace de los pensadores, están los erizos (como Sancinetti) que relacionan todo con una visión central, un sistema único más o menos coherente o articulado y un solo principio universal que organiza su cosmovisión. A diferencia de estos, los zorros (como Jaime) creen en el pluralismo de valores, piensan que nos enfrentamos con dilemas entre fines igualmente legítimos y admiten que la

²⁶ Para una muy valiosa aproximación a la pérdida de nuestro compromiso apasionado con una sensibilidad abierta al mundo y a la vida véase: DREYFUS/ KELLY, *All Things Shining. Reading the Western Classics to Find Meaning in a Secular Age*, Free Press, Nueva York *et al.*, 2011.

realización de unos inevitablemente genera el sacrificio de otros. Los zorros consideran la posibilidad del conflicto y la tragedia de las elecciones cuando analizan los problemas...” (p. 314).

V. Jaime, Jaimito y el Jaime tardío

Es difícil conocer a Jaime sin que el personaje nos genere perplejidad. ¿Cómo es posible que quien se doctoró en derecho con una tesis de dogmática penal sobre la culpa en los delitos imprudentes,²⁷ con citas de autores alemanes que nadie conocía todavía en la academia local, fuera el mismo que defendiera a presos políticos en los años setenta e incluso los ocultara de sus perseguidores? ¿Que aquel que cargara sobre sus hombros la arquitectura del juicio a las juntas asesorara también a múltiples organizaciones en conflictos intensos alrededor del mundo? ¿Qué viviera muchos años en *Little Rock*,²⁸ Arkansas, junto a su esposa antropóloga, Libbet; practicara *retrorunning*; y hasta realizara investigaciones de campo sobre la denominada “guerra contra las drogas” en Bolivia?²⁹ ¿Cómo es posible que se tratara del mismo —y del otro—, que, en su producción tardía, se sumergiera en Borges, Shakespeare, la tragedia griega y las emociones reactivas?

Si a eso le sumamos que difícilmente un estudiante jamás se sienta tan escuchado por un profesor como por Jaime, los efectos son estrafalarios.

Las cavilaciones sobre identidad (*the self*), el sentido, la culpa, la vergüenza, las razones, la suerte, la normatividad, el mal, el infinito, la eternidad, el tiempo, la lealtad y la traición y la dignidad han poblado sus seminarios y escritos³⁰ de un modo que no se podría reducir jamás a un sistema teórico. Su admirable sentido del humor —lo que disfruta compartir los chistes de Gary

²⁷ MALAMUD GOTI, *La estructura penal de la culpa*, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1976. Cuando descubrí la publicación, la respuesta de Jaime fue sintomática: “*ahh pero esa no era la culpa que me interesa ahora*”.

²⁸ Recuerdo una anécdota de mi madre en la que me contaba, sorprendida, que se había acordado de mí y de mi amigo Jaime, porque en un viaje había pasado por *Little Rock* y encontró que “era la nada”. Cuando le conté la historia a Jaime, su respuesta fue “*pues claro, but it was my nothing*”.

²⁹ MALAMUD GOTI, *Humo y espejos. La paradoja de la guerra contra las drogas*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1994.

³⁰ Tuve la oportunidad de vivir en su casa — me refugió durante un año por circunstancias que no vienen al caso—. Esa experiencia me regaló ser testigo del trabajo que destinaba a cada uno de ellos, cuyo objetivo no era publicarlos sino discutirlos con sus estudiantes de maestría y de doctorado. La singularidad de su empeño residía en que construía e hilvanaba las ideas en la misma medida que dudaba de ellas y las colocaba en discusión, con un cuidado en la estética y la claridad que resultaba increíble, máxime cuando luego verificaba que no aspiraba a consagrarlas en un texto con pretensiones académicas, sino a discutir las con amigos —o con estudiantes que no tardarían en convertirse en amigos—.

Larson, el cine de Mel Brooks y de Monty Python— no hace sino profundizar esa brecha (aparente) entre Jaime (aquel “único adulto de la sala” que asesoró a Alfonsín), “Jaimito” (el eterno y disruptivo adolescente) y el “Jaime tardío”³¹ (que se negó a dedicarse a hacer *covers* de sí mismo).

Posiblemente, de la riqueza del Jaime tardío hayamos disfrutado un círculo restringido, acaso porque el campo editorial jurídico local impone ciertas condiciones para horizontes tan amplios como los que expresan su pensamiento. Dejo apuntado aquí, al pasar, el llamado, el compromiso y el desafío de que todos esos trabajos —escritos para clases— vean algún día la luz.

Cuando, en plena lectura del libro de Morgenstern, me encontré con la mención del libro *The Burden of Office: Agamenon and Other Losers* de Joseph Tussman, no pude evitar sonreír y augurar que Federico lo había comprendido todo. Esa obra enlaza a los tres *Jaimes*: aquel seriamente comprometido con el problema de la autoridad de las instituciones democráticas y el respeto a los derechos humanos; aquel que, mediante el humor, no se deja colocar jamás en un lugar de autoridad ni adjudicar discípulos, sino que más bien se ríe de sí mismo y es contracultural³² hasta el dolor; y aquel que comprende el sentido trágico de la condición humana, que se profundiza cuando se ocupan roles o posiciones de autoridad.

VI. Contra la sobre simplificación de la historia

³¹ En las palabras previas de su libro *Suerte, moralidad y responsabilidad*, Jaime relata “En un remoto paraje del sur de los Estados Unidos, cerca de la casa en que vivía, nace un estrecho camino que me preservaba de las incesantes autopistas que conducen a la universidad. A un par de kilómetros, el pavimento se eleva por tres o cuatro metros para precipitarse repentinamente en una profunda hondonada. Al llegar a ese lugar, aceleraba puerilmente la marcha del automóvil para que éste se despegara del suelo. Al ocurrir esto, la desaparición del pavimento me despojaba brevemente de toda sensación de poder sobre mi cuerpo. La repetición de esta insensatez me impulsó a evocar los riesgos injustificables a los que nos sometemos con el mayor entusiasmo. (...) El vértigo de pruebas como éstas y el impulso de quedar sometido a la fortuna logran mitigar la monotonía de ser alguien que empieza aburrirnos. Por algún motivo, la oportunidad de transgredir los límites de esta identidad cotidiana suele ser un imán irresistible. Trepas montañas abismadas, explorar negras cavernas y desafiar océanos interminables nos transforman en protagonistas diferentes de nuestra propia vida (...) El tema de la suerte y la responsabilidad nos enfrenta con el hecho de ser varias identidades simultáneas” (pp. 12 s.). Evoco la cita, porque, además de ser bellísima y sintomática de la riqueza de la identidad de su autor, presenta la tensión entre la moralidad de raíz kantiana y la búsqueda de una vida cargada de significación y sentido (senda recorrida por Nietzsche, Bernard Williams, Harry Frankfurt y Simon Blackburn, entre otros). La vida humana, como lo sugiere esa obra, habita esa tensión, pero las consecuencias de ello, lejos de restringirse al terreno de las biografías individuales, imbrican las prácticas comunitarias, entre ellas las relativas a la asignación de responsabilidad.

³² Alcanza con interactuar con él, en pleno mundial de fútbol, para apreciarlo en toda su magnitud.

Aprendí de Jaime que existen, por lo menos, dos formas de narrar o surcar las historias colectivas dolorosas —aquellas que comprometen los destinos de las personas y los pueblos—: como dramas o como tragedias. Los primeros se concentran en las posibilidades de la acción y postulan cierta fe en las posibilidades humanas de resolución (p. ej., a través de la inculpación). Las segundas, demasiado conscientes de la cantidad de fuerzas que no controlamos —la vulnerabilidad y la incertidumbre—, no aspiran a más que algún aprendizaje acerca de nuestra condición de humanos, demasiado humanos. Como lo explica de manera muy lúcida Jaime, el acuerdo sobre el valor o el disvalor de los complejos hechos históricos sería simplemente inabarcable si buscáramos una realidad más rica, que se refiera no solo a estos eventos concretos sino también a las características estructurales, sociales, culturales y políticas que son relevantes para historiadores y antropólogos.

La práctica de la inculpación, tal como lo ha explicado Jaime Malamud Goti en múltiples trabajos,³³ constituye una forma de resignificar el pasado: en particular, una forma de invertir las relaciones de poder y violencia en que se vieron sumidas las víctimas con el horizonte de reconocer, como comunidad, que nos importan y estamos dispuestos a restaurar su dignidad quebrada. Para hacerlo con eficacia, es inevitable cierto grado de simplificación que permita los consensos morales básicos que le den soporte de sentido y autoridad a la práctica.

Otros autores, como Sergio Tonkonoff,³⁴ utilizan la noción de *ensamblaje penal* para señalar que las prácticas del llamado “sistema penal” no se explican ni comprenden si —más allá de las agencias encargadas de su operación— no se imbrican en el imaginario societal que precisa de la demarcación de confines culturales y morales, más allá de los cuales se manifiesta la violencia como otredad radical. Así, esa otredad se instituye en el significante simbólico e infraestructural de las fronteras de un nosotros (imaginado). Por supuesto, ese ensamblaje que imbrica deseos, emociones, creencias y afectos —en síntesis, valores hechos cuerpo— no erradica las tensiones, luchas, conflictos y fuerzas heterogéneas que habitan lo social (irreductible). René Girard³⁵

³³ MALAMUD GOTI, “Sobre lo bueno y lo malo de inculpar y vernos como víctimas” en *Crímenes de Estado, Dilemas de la justicia*, Hammurabi, Buenos Aires, 2016. La versión original de ese trabajo fue publicada en inglés: “What’s Good and Bad About Blame and Victims” en *Lewis and Clark Law Review*, vol. 9, n.º 3, 2005, pp. 629-645.

³⁴ TONKONOFF, *La oscuridad y los espejos. Ensayos sobre la cuestión criminal*, Pluriverso ediciones, Buenos Aires, 2019.

³⁵ GIRARD, *La violencia y lo sagrado*, Anagrama, Barcelona, 2005.

explicaba así la noción de *chivo expiatorio*: colocar la violencia en un ritual expiatorio para disociar al conjunto de ella.

De tal modo, en ocasiones, la inculpación puede ser una forma de absolución colectiva (estructural), cuando acarrea la sobre simplificación de la trama de los hechos. En contraste, la aparente impunidad (fina) —cuando se elige el camino de una comprensión más rica y de una mirada que incorpore la complejidad y los contextos que hacen a la urdimbre y nervadura significativa de los hechos— puede constituir una oportunidad para generar insumos que nos sirvan para construir una relación diferente con la *polis* (esa noción que acerca los términos *sociedad* y *Estado*).

La inculpación penal es expresión de lo que Malamud Goti denomina *inculpación fina*, por cuanto atribuye responsabilidad por los hechos lesivos a un agente individual y, al hacerlo, ofrece una explicación monocausal. A más fina la inculpación, más gruesa la absolución del resto de agentes, factores y complicidades omitidos en la versión del pasado que se narra con la fuerza de la autoridad oficial.

Sin embargo, no es el único medio con el que cuentan las comunidades democráticas para generar responsabilidad y reconocer la dignidad de las víctimas. También es posible recurrir a formas de *inculpación gruesa* (género) o incluso de autoinculpación (especie), donde la atribución es colectiva y alcanza grupos, instituciones y hasta incluso naciones. Jaime arriesga que las comisiones de la verdad podrían llevar a cabo esta tarea de manera más adecuada que los tribunales penales. Así puede trazarse una línea con segmentos en la cual, en un extremo se encuentra la inculpación fina, le siguen formas de inculpación gruesa y, por último, los abordajes históricos y socioantropológicos de los hechos. La versión de los hechos resultante en el primer extremo colocará blanco sobre negro la acción de un agente, mientras que, en la medida en que incorporamos agencias y causalidades múltiples, nos desplazamos hacia miradas menos simplificadoras, aunque también con menor carga y consenso moral. Cualquiera sea el proceso de

resignificación del pasado, el éxito dependerá de la autoridad con la que cuenten tribunales o comisiones de la verdad.³⁶

Las reflexiones de Jaime Malamud Goti se imprimen, ciertamente, en procesos de transición democrática y, como tales, en la pregunta en torno a cómo articular la búsqueda de responsabilidades con la construcción de comunidades democráticas inclusivas y respetuosas de los derechos humanos, luego de hechos profundamente traumáticos que desgarraron a la sociedad. El terrorismo de Estado orquestado en la década del '70 —el poder desarticulador (otra noción de Malamud)³⁷ del terror de aquellos años—nos colocó más cerca de la tragedia que del drama. Sin embargo, poco hemos hecho por comprender el modo en que se gestó la violencia como lenguaje político por excelencia. Es en ese punto, donde Jaime incluso es profundamente autocrítico³⁸ con el proceso del cual fue protagonista, entre otras razones, porque el foco se colocó de manera excesivamente exclusiva en el rol de los militares. Federico Morgentern aporta aquí una inquietud muy interesante, al abrir el interrogante sobre los motivos por los cuales no se le encomendó a la CONADEP un horizonte más amplio, que recogiera testimonios no solo de la violencia del terrorismo estatal, sino también de las acciones de violencia política de la guerrilla.

Alguien podría advertirnos sobre los riesgos de la inculpación gruesa, que la consigna de que “fuimos todos” es una manera de decir que “no fue nadie”, pero ello implicaría renunciar a formas más robustas de construir responsabilidad y *accountability* colectiva.

³⁶ MALAMUD GOTI, “Un pasado turbulento y el problema de la memoria” en *Crímenes de Estado*, *supra* nota 33. La versión original de ese trabajo fue publicada en inglés, como nota editorial de “International Journal of Transitional Justice”, *Oxford University Press*, abril de 2010, pp. 153-165.

³⁷ Se trata de la forma de poder que fragmenta las creencias de la sociedad, en lugar de organizar a la ciudadanía para obtener metas comunes, para favorecer la cooperación a través de un conocimiento facilitador de una realidad social común, apunta a prevenir la oposición coordinada sumiendo a los individuos en un estado de incertidumbre. MALAMUD GOTI, “Introducción: el poder en el terrorismo de estado” en *Crímenes de Estado*, *supra* nota 33.

³⁸ En el capítulo 6 (“The Outcome of the Human Rights Trials”) del libro *Game Without End. State Terror and Politics of Justice* (University of Oklahoma Press, 1996), Malamud Goti desarrolla los motivos por los cuales considera dudoso el éxito de la empresa. Sostiene que, pese a la expectativa y popularidad que tuvieron los juicios, Argentina está lejos de convertirse en una democracia basada en derechos. Subraya la paradoja del apoyo masivo a los juicios por violaciones de derechos humanos con la ceguera o falta de preocupación generalizada en torno a la violencia. Las elecciones de 1991, en varias jurisdicciones del país, resultan sintomáticas de su observación. Sin embargo, lo más claro para Malamud Goti es el fracaso en consolidar la autoridad de los tribunales de justicia en una comunidad fragmentada con visiones divididas acerca del pasado (“Argentine society is torn by the Split versions of the who, the how, and the why of the dirty war”, p. 181). Y lo que genera más perplejidad, continua Jaime, es que prácticamente nadie en la opinión pública, ni siquiera los propios abogados, basa sus posiciones en las decisiones de los tribunales.

VII. Los nuevos demonios

Un libro apasionante debe conducir a otros libros apasionantes. Federico Morgenstern no se privó de dejarnos una riqueza intertextual extraordinaria (omito una lista porque sería interminable). Me atrevo a dejar el desafío de no perder al *Jaime oral*, o el de todos esos escritos que conocimos en el marco de conversaciones y seminarios, y que no necesariamente terminaron en una publicación. Además, quisiera recomendar con énfasis un trabajo de Simona Forti: *Los nuevos demonios. Repensar hoy el mal y el poder*.³⁹ Esbozo, a continuación, dos comentarios que, creo, enlazan ambos anhelos.

En uno de los tantos seminarios que compartimos con Jaime leímos y trabajamos el libro de Dodds, *Los griegos y lo irracional*.⁴⁰ Creo que fue la desembocadura natural luego de años de discutir *Freedom and Resentment* de Peter Strawson y *Shame and Necessity* de Bernard Williams; de años de intentar comprender la relación entre el resentimiento, la indignación, la culpa y la vergüenza, para pensar la práctica de inculpación y la responsabilidad. Malamud Goti no concibe abstraer esa práctica de la suerte moral, la identidad y la comunidad.

Decía Lyotard que cualquier materia es apta para filosofar, lo único que hace falta es que sea extraña. Convertir un fenómeno o una experiencia en objeto de reflexión es el gesto que la vuelve extraña. Es esa distancia, hecha de asombro o de angustia, la que transforma a esa otra forma de generosidad que es la atención —y esta idea es de Simone Weil— en un proyector de preguntas. Jaime tiene la extraordinaria capacidad de nutrir su filosofía con el arte de la conversación y la empatía: en cada intercambio, él genuinamente busca comprender cómo es ver y sentir el mundo como lo hace el otro. Es un filósofo con aptitudes y sensibilidad de antropólogo o de etnógrafo;⁴¹

³⁹ FORTI, *supra* nota 12.

⁴⁰ DODDS, *The Greeks and The Irrational* (vol. 25), Univ. of California Press, Berkeley et al., 1951.

⁴¹ Por ese motivo contrasta con el geógrafo de *El Principito* de Saint Exupéry, que hace tiempo utilizo para poner en crisis a las burocracias estatales. En su visita al sexto planeta, el principito se encuentra con un anciano sentado frente a un inmenso libro, quien al verlo exclama: “¡Anda un explorador!”. El anciano se presentó a sí mismo como un geógrafo y, ante la perplejidad del niño, explicó que *es un sabio que sabe dónde están los mares, los ríos, las ciudades, las montañas y los desiertos*. El principito, ante la emoción que le produjo ese oficio tan interesante, no pudo evitar preguntar si había océanos, montañas, ciudades, ríos y desiertos en aquel planeta. Sin embargo, el geógrafo ante cada nueva pregunta se limitó a responder: “No puedo saberlo, tampoco puedo saberlo y otra vez, tampoco puedo saberlo...”. “¡Pero usted es geógrafo!”, reclamó el principito con razón. “Exactamente —dijo el geógrafo— pero no soy explorador, ni tengo exploradores que me informen. El geógrafo no puede estar de acá para allá contando las ciudades, los ríos, las montañas y los océanos y los desiertos; es demasiado importante para deambular por ahí. Se queda en su despacho y allí recibe a los exploradores. Les

por eso, sus escritos, lejos de la abstracción, están cargados de experiencias y de encuentros. Quizá, como también lo sugiere Federico, es una huella que le dejó su querida Libbet.

Vuelvo a Simona, quien nos invita a abandonar el *paradigma Dostoievski* de los grandes demonios o demonios absolutos, para comprender el mal de la mano de los demonios medianos, mediocres o menores.

Así, se pregunta: ¿De qué instrumentos disponemos para entender que el escenario del mal es complejo y que la potencia de la nada y la pulsión de muerte no reinan el hecho de modo absoluto? (...) Como si se repitiese la eterna escena dostoievskiana de la violación de aquella víctima inocente que es, por definición, el niño. Si prestamos atención veremos que, en el fondo, las relaciones de poder más oscuras y terribles de nuestra historia han sido pensadas dentro de este esquema: demonios malos, por un lado; víctimas absolutas, por otro. Todavía hoy (...) no somos capaces de liberarnos de este *a priori* metafísico y teológico, que nos sigue condicionando, muchas veces sin saberlo, al descifrar las relaciones de poder. Como si nos negáramos a ver en profundidad y no quisiéramos tomar consciencia de lo que ocurre antes de alcanzar la escena final de dominio, en la que, entonces sí, reina la más absoluta asimetría” (pp. 164-5).⁴²

De tal modo, Forti presenta la necesidad de un abordaje relacional que rompa con la lógica dualista y bipolar, para comprender el cruce de subjetividades y la red de relaciones “cuyos hilos se estrechan por la perfecta complementariedad entre los actores y los diseñadores malvados (pocos), los celosos y convencidos ejecutores (también pocos) y los espectadores aquiescentes, no

interroga y toma nota de sus informes. Si los informes de alguno le parecen interesantes, manda hacer una investigación sobre la moralidad del explorador (...) Cuando se está convencido de que la moralidad del explorador es buena, se hace una investigación sobre su descubrimiento”. “¿Se va a ver?”, interrumpe el principito. “No, eso sería muy complicado. Se exige al explorador que suministre pruebas...”. Luego, el geógrafo se interesa repentinamente por el principito, que viene de muy lejos, y le pide que describa su planeta. Sin embargo, lo más valioso para el principito –su flor– es descartado por el geógrafo como algo sin interés, porque es efímero, y los geógrafos, dice, “escribimos sobre cosas eternas”. También en esto contrasta Jaime: en lugar de teorizar sobre grandes preguntas como la justicia, se concentra en las emociones como combustible de nuestras interacciones cotidianas y de la fábrica cultural.

⁴² Federico Morgenstern ensaya una reflexión profunda acerca de la necesidad de comprender las condiciones en que se gestó la violencia en la década del ‘70, donde no solo recepta las intuiciones de Jaime Malamud, sino que además plantea la posibilidad de un desvío en la breve y controvertida existencia del *Camarón*. Mientras leía tales reflexiones recordé las de José Pablo Feinman en su nota *Lanusse contra la Junta Militar*, publicada en Página 12, el 20 de marzo de 2009 (disponible en <https://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-122279-2009-03-29.html> [enlace verificado el 13 de octubre de 2025]).

sólo indiferentes (muchos)” (p. 24). “Los endemoniados absolutos existen, y existen todavía hoy, pero si sus iniciativas tienen éxito es porque se integran perfectamente con el deseo de quienes, demasiado ocupados en consolidar oportunidades de vida, se acomodan sin reaccionar (...) es importante preguntarse cómo el poder y la subjetividad se constituyen y se refuerzan recíprocamente; preguntarse no tanto por qué se deviene en sujeto malvado, sino cómo y por qué deviene en sujeto obediente”. La deuda con Hannah Arendt y con Foucault es explícita.

De la primera toma el legado de *Eichmann en Jerusalén* y el concepto de la *banalidad del mal*. Del último, el llamado a reparar en que “...el poder no es el mal en sí. El mal político no depende simplemente del ansia de poder que no puede limitarse a sí mismo. Tampoco deriva, ni mucho menos, de la estructura alienante de un sistema corrupto. [... Más bien...] la posibilidad del mal de la dominación está ligada también al modo en que se constituye como sujeto, a cómo responde un sujeto, sostiene, acepta o reacciona a las relaciones de poder. (...) Se trata más bien del camino hacia una revolución ética: la revolución singular de un bios que logre hacerse ethos, y de un ethos que pueda hacerse praxis, praxis de un ejercicio continuado de la libertad. (...) En este sentido, como a menudo repetía Michel Foucault, ‘la revolución será ética, o no será’”.⁴³

Simona Forti aclara que no pretende convertir a Dostoievski en un postestructuralista francés. Tampoco tengo esa expectativa con Jaime, pero sí estoy convencido de que aprendí de él la importancia de comprender los pequeños demonios que nos atraviesan. Su obsesión con las emociones para abordar problemas de filosofía moral y filosofía política se inscribe en colocar bajo sospecha a la agencia moral (exclusivamente) racional de raíz kantiana, que Simon Blackburn, en *Ruling Passions*,⁴⁴ retrata con “...la imagen de un capitán de un navío -que personifica a la Razón- y que gobierna el curso de la nave por encima de la multiplicidad de emociones encontradas de los tripulantes”.⁴⁵

Creo que esa es la cifra, *el hilo de Ariadna*,⁴⁶ para adentrarse en el laberinto malamudiano, su búsqueda implacable por comprender nuestra condición trágica. Por eso, como sucede con el

⁴³ FORTI, *supra* nota 12.

⁴⁴ BLACKBURN, *Ruling passions: A theory of practical reasoning*, Oxford University Press, 1998.

⁴⁵ MALAMUD GOTI, *Suerte, moralidad y responsabilidad penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2008.

⁴⁶ Un notable poema de Borges concluye: *el hilo se ha perdido; el laberinto se ha perdido también. Ahora ni siquiera sabemos si nos rodea un laberinto, un secreto cosmos, o un caos azaroso. Nuestro hermoso deber es imaginar que hay un laberinto y un hilo. Nunca*

humor de Gary Larson, sus ideas “[are] capable of blowing the lid off of some hidden, weeded-over, back-alley regions of ourselves”.⁴⁷

VIII. Construir comunidad con palabras

Es imposible comentar un libro sobre Jaime sin dispersarse. Vuelvo a la invitación y al coraje de Federico de abrir una conversación genuina, un debate que intente trascender aquel *ellos y nosotros* que nos condena a escondernos detrás de la (no) discusión de una cifra, de una palabra (genocidio) o de qué visión es válida, la del prólogo original del *Nunca Más*, la de la reescritura de su primer párrafo u otra. En definitiva, se trata de abandonar las visiones totales acerca de nuestra identidad que impiden discutir y ensayar ideas que nos sirvan para construir lazos comunitarios, sobre la base del reconocimiento recíproco de derechos, sin ignorar nuestros profundos y generalizados desacuerdos acerca de muchos temas importantes (o precisamente por ello).

Las preocupaciones de Federico Morgenstern por la aplicación neutral de los principios jurídicos, aún —o con mayor motivo— en los casos difíciles, las de Jaime por la construcción de autoridad para que la palabra de los tribunales tenga sentido en términos de pacificación de los conflictos, reconocimiento de derechos y restauración de la dignidad de las víctimas. La sensibilidad extrema de ambos hacia el núcleo trágico que eleva el coeficiente de adversidad de ambas tareas, me lleva a pensar en los límites de bipolaridad propia de la práctica de la inculpación penal.

Para ponerlo en términos kantianos, intuyo que el foco de Morgenstern está en el *a priori* y el de Jaime en el *a posteriori*, el valor *ex ante* de los principios y la performatividad o la autoridad *ex post* de la palabra que emana de instituciones autoritativas como los tribunales. El problema es que uno quiere resguardar los principios sin importar las consecuencias, mientras que el otro quiere cuidar la autoridad cuando no puede garantizar el significado social que finalmente tendrán las acciones institucionales. Uno coloca el foco en robustecer la autoridad del emisor del mensaje — que no es otro que refrendar el valor de la ley— y ve en los casos difíciles oportunidades para

daremos con el hilo; acaso lo encontramos y lo perdemos en un acto de fe, en una cadencia, en el sueño, en las palabras que se llaman filosofía o en la mera y sencilla felicidad. BORGES, *Obra poética 1923-1966*, supra nota 1 (“El hilo de la fábula”).

⁴⁷ La expresión es de AL YOUNG en GARY LARSON, *The Far Side*, Andrews and McMeel, Kansas, 1982.

demostrar el compromiso con los derechos fundamentales; el otro, en la potencial recepción/distorsión en determinada correlación de fuerzas, donde la política de las pasiones⁴⁸ lejos estará de la neutralidad.

La sobresimplificación, en la resignificación del pasado, cuando se orienta a una explicación monocausal para adjudicar responsabilidad no solo obtura el desarrollo de otros remedios institucionales que aborden la multicausalidad y complejidad sistémico-estructural⁴⁹ de los problemas que nos aquejan, sino que además atrinchera a víctimas y victimarios en un lugar rígido, en el que acaso no elaboran constructivamente su compromiso motivacional con la decisión de vivir juntos. La ciudadanía en general permanece autocomplaciente, espectadora, disociada de ese pasado e intermitentemente polarizada de manera testimonial; pero, en cualquier caso, sin ninguna autointerpelación para ampliar su conciencia respecto a la posible relación entre la forclusión imaginaria de sus conflictos intestinos y el eterno retorno de la violencia política y social —que nunca es una producción meramente individual—. Atender a los pequeños demonios que nos atraviesan implica —herida narcisista al margen— predisponernos a analizar nuestra historia sin chivos expiatorios. Esa es, nada más y nada menos, que la invitación que Morgenstern recoge de Jaime. Recuerdo cuánto me insistió Jamie en que escribiera sobre el *caso Dreyfus*.

Si las palabras son esos símbolos que postulan una memoria compartida y ella solo es posible a través de la experiencia de vivir juntos, quizá es hora de reparar en los tres registros que nos legó el psicoanálisis: lo real, lo imaginario y lo simbólico. Aquí me he concentrado en lo trágico, como ese límite a nuestras posibilidades de resolución vía simbolización (lo real). Está claro que, aun así, no podemos ni debemos privarnos de imaginar y simbolizar, porque es la forma de organizar nuestra experiencia singular y plural. La pregunta es entonces: ¿cuán dispuestos estamos a colocar a nuestra *hybris* a raya —que no es otra cosa que nuestra propensión a juzgar sin antes comprender—, o a clausurar maniqueamente la historia sobre la base de una historia de *Buenos y Malos*, para disociarnos de nuestras responsabilidades con el presente y el futuro?

IX. Bibliografía

⁴⁸ La expresión corresponde a un libro de Gregorio Kaminsky sobre la ética de Spinoza.

⁴⁹ Mariela G. Puga, a través de sus trabajos sobre Litigio Estructural —los que caracteriza como policéntricos— ensayó este camino.

- ARENDT, Hannah / KOHN, Jerome, *La promesa de la política* (Vol. 1, n.º 1), Paidós, Barcelona, 2008.
- ATRIA, Fernando, *La forma del derecho*, Marcial Pons, Madrid *et al.*, 2016.
- AUBENQUE, Pierre, *La prudencia en Aristóteles* (trad. Lucía Ana Belloro), La Cuarenta.
- BLACKBURN, Simon, *Ruling passions: A theory of practical reasoning*, Oxford University Press, 1998.
- BORDELOIS, Ivonne, *El país que nos habla*, Sudamericana, Buenos Aires, 2005.
- BORGES, Jorge Luis, *Obra poética 1923-1966*, Emecé, Buenos Aires, 1966.
- CRAGNOLINI, Mónica B., *Razón imaginativa, identidad y ética en la obra de Paul Ricoeur*, Almagesto, Buenos Aires, 1993.
- DODDS, Eric R., *The Greeks and the irrational* (vol. 25), University of California Press, Berkeley *et al.*, 1951.
- FORTI, Simona, *Los nuevos demonios. Repensar hoy el mal y el poder* (trad. Aníbal Díaz Gallinal), Edhasa, Buenos Aires, 2014.
- FULLER, Lon L., *El caso de los exploradores de cavernas* (trad. de Genaro R. Carrió y Leopoldo J. Niilus), 2ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2002.
- GIL LAVEDRA, Ricardo. La hermandad de los astronautas: el juicio a las juntas por dentro, Sudamericana, Buenos Aires, 2022.
- GIRARD, René. La violencia y lo sagrado, Anagrama, Barcelona, 2005.
- DREYFUS, Hubert / KELLY, Sean Dorrance. All Things Shining: Reading the Western Classics to Find Meaning in a Secular Age, Free Press, Nueva York *et al.*, 2011.
- LANUSSE NOGUERA, Máximo / PASCHKES RONIS, *Sobre el derecho y la violencia. Esa (escurridiza) pareja de amantes que no se deja pensar*, en Minerva, vol. 2, n.º 5.
- LANUSSE NOGUERA, Máximo, “Deber, Poder y querer. El conatus de Spinoza y esos tres registros sobre el filo de la autonomía y la heteronomía”, en Millón Quintana, Joaquín / Saulino, Florencia

(coords.), *Tomando las consecuencias en serio. Libro homenaje a Martin Farrell*, La Ley, Buenos Aires, 2022.

LYOTARD, Jean-François, *Por qué filosofar?*, Paidós, Barcelona, 1991.

MALAMUD GOTI, Jaime, *Crímenes de Estado. Dilemas de la justicia*, Hammurabi, Buenos Aires, 2016.

MALAMUD GOTI, Jaime, *Humo y espejos. La paradoja de la guerra contra las drogas*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1994.

MALAMUD GOTI, Jaime, *La estructura penal de la culpa*, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1976.

MALAMUD GOTI, Jaime, *Game Without End: State Terror and Politics of Justice*, University of Oklahoma Press, 1996.

MALAMUD GOTI, Jaime. *Suerte, moralidad y responsabilidad penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2008.

TAYLOR, Charles, *Argumentos filosóficos. Ensayos sobre el conocimiento, el lenguaje y la modernidad*, Paidós, Barcelona, 1997.

TONKONOFF, Sergio, *La oscuridad y los espejos. Ensayos sobre la cuestión criminal*, Pluriverso Ediciones, Buenos Aires, 2019.

.

UNA DEFENSA KANTIANA A “LOS FILÓSOFOS”

A PROPÓSITO DEL LIBRO: “CONTRA LA CORRIENTE”, DE FEDERICO MORGENSTERN

Lucía SOLAVAGIONE*

Fecha de recepción: 30 de abril de 2025

Fecha de aprobación: 29 de septiembre de 2025

“[E]l Juicio a las Juntas aparece
como uno de esos momentos
nobles que no abundan en la
historia argentina.”¹

Resumen

En este ensayo me ocuparé del último libro de Federico Morgenstern: *Contra la corriente*.² El libro aborda un hecho significativo en la historia argentina: el Juicio a las Juntas. En primer lugar, me dedicaré, en una parte descriptiva, a señalar lo que considero que son los temas centrales que el autor problematiza a lo largo de su obra. En segundo lugar, en una parte más bien valorativa o crítica, analizaré las posturas que Morgenstern entiende como opuestas en torno al Juicio a las Juntas Militares realizado en Argentina en 1985: los así llamados enfoques “kantiano” y “consecuencialista”. Particularmente, me detendré en las posibilidades de actuación que tuvieron a este respecto “los filósofos”, esto es, el grupo de intelectuales argentinos artífices del juicio. A partir de ello, intentaré esbozar una defensa “kantiana” al curso de acción elegido por ellos.

* Doctora en derecho y magíster en derecho alemán (Universität Bonn, Alemania); magíster en derecho y argumentación (UNC). Becaria doctoral del Servicio Alemán de Intercambio Académico y de la Universidad de Bonn.

¹ ALTAMIRANO / FERNÁNDEZ MEIJIDE / LLINÁS, “¿Qué puede hacer el arte con los hechos más dramáticos de la vida pública? Representaciones culturales del juicio”, en GARGARELLA / RAMÓN MICHEL / GARCÍA ALONSO, *Cuando hicimos historia. Acuerdos y desacuerdos en torno al Juicio a las Juntas*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Siglo veintiuno editores, 2025, p. 162.

² Las páginas citadas entre paréntesis en el texto principal pertenecen al libro reseñado.

Palabras clave: consecuencialismo, kantianismo, filosofía del derecho penal, dilemas morales, sacrificio

Title: A Kantian Defense of “Philosophers”.

Abstract

In this essay, I will discuss Federico Morgenstern's latest book, *Contra la corriente*. The book addresses a significant event in Argentine history: the Trial of the Juntas. First, in a descriptive section, I will point out what I consider to be the central themes that Morgenstern addresses throughout his work. Next, in a more evaluative section, I will analyze the opposing views on the Trial of the Military Juntas in Argentina in 1985, as understood by Morgenstern: the “Kantian” and “consequentialist” approaches. I will focus particularly on the possibilities for action available to “the philosophers,” that is, the group of Argentine intellectuals who were the architects of the trial. Based on this, I will attempt to outline a “Kantian” defense of their chosen course of action.

Keywords: consequentialism, Kantianism, philosophy of criminal law, moral dilemmas, sacrifice

Sumario: I. Sinopsis; II. El dilema moral de los filósofos; 1. Sobre los dilemas morales; 2. Sobre los cursos de acción inevitablemente insatisfactorios; III. ¿Ausencia de dilema?; 1. “Versión fuerte” del principio *ultra posse nemo obligatur*; 2. “Versión débil” del principio *ultra posse nemo obligatur*; IV. Reflexiones finales; V. Bibliografía

I. Sinopsis

Considero que toda reseña debe comenzar con una descripción general del libro. En ese sentido, se trata, fundamentalmente, de explicar —sobre todo para quienes (aún) no lo han leído— qué temas se abordan, cómo se desarrollan y de qué manera está estructurada la obra. En otras palabras —e imitando el estilo del autor, que sorprende al lector acostumbrado a textos estrictamente dogmáticos con referencias literarias y cinematográficas—, esta descripción funciona como una especie de “tráiler”: un adelanto breve que muestra fragmentos clave de la obra y genera cierta expectativa en quienes consideren leerla. Sin embargo, este tráiler no está dirigido únicamente a posibles nuevos lectores, sino también a quienes, habiendo ya leído el libro, se interesan por conocer la visión que otro tiene sobre él.

El objetivo de Morgenstern con este libro es, en sus propias palabras, meterse en un debate que considera “empobrecido” y hacer un análisis “revisionista” de una parte de la historia que

entiende mal editada (p. 38). Pretende, asimismo, “generar una discusión jurídica de jerarquía, no un festival de acusaciones y emocionalidades” (p. 39).

En cuanto a la estructura de la obra, ésta se divide en dos grandes partes: Parte I (“Jaime”) y Parte II (“Némesis”) que, a su vez, se subdividen en distintos capítulos.

La primera parte, tal como delata la denominación de su título, se concentra en el rol de Jaime Malamud Goti en los acontecimientos que tuvieron lugar en nuestro país en la década del ochenta del siglo pasado, fundamentalmente en su labor como asesor del ex presidente Raúl Alfonsín en lo relativo al Juicio a las Juntas Militares. Asimismo, esta parte aporta información sobre la biografía de Malamud Goti y realiza un recorrido de sus ideas sobre lo sucedido en ese entonces y el impacto que ello tuvo con posterioridad. Morgenstern formula, además, ciertas críticas vinculadas a omisiones en el rol de Malamud Goti en ese momento histórico y en su obra. El autor retoma también argumentos y fundamentos expuestos por jueces y doctrinarios con el objetivo de comprender y conceptualizar de manera más clara el debate sobre el juzgamiento de los crímenes de la dictadura. No obstante, no pretende “hacer un repaso histórico exhaustivo ni un análisis minucioso de las medidas y estrategias de justicia y derechos humanos encaradas por Alfonsín y los filósofos” (p. 39).

En la segunda parte, Morgenstern analiza la realidad del castigo de los delitos de lesa humanidad en Argentina. Toma como eje referencial las objeciones que Marcelo Sancinetti le hizo a Malamud Goti respecto a la decisión sobre *quién* y en *qué medida* castigar. De allí que Morgenstern caracterice a Sancinetti como “el mayor detractor académico de Alfonsín y los filósofos” (p. 39), como “hipercrítico” (p. 70) y, a su vez, “un gran inspirador de la segunda ola de juicios por lesa humanidad” (p. 39). Es en esta parte donde se exponen los reproches que se le efectuaron a Alfonsín y a los filósofos no sólo por parte del mencionado penalista, sino también de otras personalidades, como Ernesto Garzón Valdés y Roberto Bergalli.

Tras este panorama general de la obra, me detendré en el aspecto central que he elegido destacar en esta reseña: las dos grandes cosmovisiones que, según Morgenstern, se enfrentaron en torno al Juicio a las Juntas Militares.

Por una parte, se encontrarían los (¿auto?) denominados “kantianos” o “retribucionistas”, cuya figura central sería la de Marcelo Sancinetti. Según Morgenstern, se trataría de una postura “absolutista” que no admite acuerdos ni dilemas (pp. 313 s.); “cuando es el castigo de asesinos lo

que está en juego” debe resolverse “a favor de la punición” (p. 314). Para esta visión, no sólo debía *necesariamente* castigarse, sino que “*todos* los culpables merecían la misma pena, y no podía aplicarse la idea de obediencia debida” [énfasis agregado] (p. 12). En definitiva, “el poder que no se somete a la moral kantiana es el mal” (p. 100).

Por otro lado, estarían los así llamados “antikantianos” o “utilitaristas”, cuya figura central sería la de Jaime Malamud Goti y la de los filósofos. Para esta visión se debía “lograr el estado de cosas que más se aproxime a la situación óptima, y es mejor el estado de cosas en el que algunos culpables son castigados que el estado de cosas en el cual ninguno lo es” (p. 12, prólogo de Martín Farrell). Para Morgenstern, quienes adscriben a esta postura “piensan que nos enfrentamos con dilemas entre fines igualmente legítimos y admiten que la realización de unos inevitablemente genera el sacrificio de otros [...] consideran la posibilidad del conflicto y la tragedia de las elecciones cuando analizan los problemas, y saben que hay *trade offs* que no son eliminables” (p. 314).

A continuación, analizaré la relevancia de la noción de “dilema moral” para valorar, a partir de ello, el accionar de los filósofos.

II. El dilema moral de los filósofos

A lo largo del texto, Morgenstern aborda reiteradamente el problema del dilema moral — también denominado “trágico”, “de justicia” o “de ética práctica”— al que se habrían enfrentado Alfonsín y los académicos artífices del Juicio a las Juntas Militares. Por un lado, existía el deber de castigar hechos atroces; por otro, el de respetar las reglas del Estado de derecho para juzgar y sancionar los delitos.

Veamos qué significa exactamente esto.

1. Sobre los dilemas morales

El dilema moral es una categoría particular dentro de los conflictos morales: todos los dilemas son conflictos, pero no todos los conflictos morales alcanzan el estatus de dilema. Estos últimos pueden considerarse conflictos en un sentido simple.

En términos generales, los dilemas implican una tensión —experimentada directamente por el agente moral— entre dos cursos de acción que son debidos (necesarios de ser realizados), pero mutuamente excluyentes, pues su realización simultánea es imposible. En palabras de Lariguet, su núcleo definitorio duro consiste en que “existen dos alternativas (valores, principios, normas, etc.) que exigen, en el mismo caso, acciones-omisiones que son normativamente incompatibles. El agente moral no puede satisfacer simultáneamente ambas y el problema estriba en que las dos alternativas deberían ser honradas”.³ En resumen: un agente (X) se enfrenta a dos opciones (OA y OB) que tienen la misma fuerza normativa —es decir, ambas son igualmente debidas con la misma fuerza (de lo contrario no habría dilema)— pero son incompatibles, y debe elegir una de ellas. Al optar por OA, incumple OB, y viceversa. Esta disyunción es el corolario natural del conflicto.⁴

Entre las distintas clases de dilemas morales, el que —según Morgenstern— habrían enfrentado los filósofos corresponde al llamado “dilema de sacrificio”. Éste se caracteriza por la inevitabilidad de dejar de lado —“sacrificar”— algún valor, lo que convierte la decisión del agente en una elección trágica.⁵

El sacrificio puede presentarse de dos formas: gradual y no gradual.⁶

La primera forma de sacrificio se vincula con la idea de *mal menor*. Consiste en minimizar o evitar ciertos males, como en el estado de necesidad en el derecho penal. Aquí el sacrificio es gradual: los males se ponderan y se elige el menor. Esto presupone que los males son comparables e implica la noción de “derrotabilidad”, es decir, que una opción puede ser superada por otra bajo ciertas condiciones.⁷ La condición básica es que la opción elegida represente, efectivamente, el mal menor.

³ DAMIANI / LARIGUET / MALIANDI, *Ética y conflicto - Un diálogo filosófico sobre la ética convergente*, Colección Humanidades y Arte, Serie Filosofía, Buenos Aires, Ediciones de la UNLa, 2012, p. 165.

⁴ LARIGUET, *Dilemas y conflictos trágicos - Una investigación conceptual*, Lima-Bogotá, Palestra Temis, 2008, p. 73.

⁵ LARIGUET, *supra* nota 4, p. 127.

⁶ Sobre esto, véase: LARIGUET, “Los dilemas morales *qua* límites de la racionalidad práctica”, en *Diánoia*, vol. LV, n.º 64, mayo 2010, pp. 71–108.

⁷ LARIGUET, *supra* nota 6, pp. 100 ss.

La segunda forma de dilema se presenta en situaciones de *incommensurabilidad* o simetría, donde los requerimientos normativos en conflicto no admiten gradación. Las alternativas son absolutas y mutuamente inderrotables: ninguna posee fuerza suficiente para imponerse sobre la otra.⁸

La opción valiosa sacrificada es aquella que el agente moral deja de lado al tomar una decisión. Al descartar una alternativa, surge en él un “residuo moral” que puede abordarse desde dos perspectivas. Desde el plano psicológico, el agente experimenta culpa o remordimiento por la elección realizada, y se siente agobiado por la carga de su decisión. En este sentido, el residuo moral cumple una función: si el agente es virtuoso, entonces incluso al hacer lo que debe, se siente culpable por lo que ha debido sacrificar.⁹ Desde el plano normativo, el residuo moral hace referencia a una norma, principio o valor que ha sido dejado de lado por la decisión del sujeto.¹⁰

Con relación al sacrificio inevitable y al residuo moral: “[e]l solo hecho de que haya males, y que éstos no puedan evitarse debido a cierto estado del mundo, determina que lo trágico no haya sido borrado de la faz de la tierra: tal mal quedará por tanto como «residuo» y «recordatorio» de que nos fue imposible evitar la toma de decisiones que a lo mejor hubiéramos deseado no tener que tomar”.¹¹

La elección trágica se vincula a casos drásticos en los que ninguno de los caminos disponibles está exento de males: cualquier curso de acción elegido por el agente conlleva inevitablemente un daño. En estos casos, el dilema justifica un mal o daño inevitable, y no es posible no sacrificar algo esencial.¹² Ello “explica que nuestra decisión pueda ser tildada de incorrecta. [...] si los dilemas trágicos son posibles, no habrá decisión «correcta»”.¹³ Cuando el dilema es genuino, es decir,

⁸ LARIGUET, *supra* nota 6, pp. 79 s.

⁹ La noción de residuo moral —la idea de que una elección correcta puede dejar una carga emocional o ética en el agente— ha sido desarrollada, entre otros, por Bernard Williams, quien destaca la persistencia de culpa o remordimiento en las decisiones trágicas, aun cuando una de las opciones era moralmente preferible. WILLIAMS, *Moral Luck: Philosophical Papers 1973-1980*, Cambridge, Cambridge University Press, 1981, pp. 27 ss.

¹⁰ LARIGUET, *Encrucijadas morales - Una aproximación a los dilemas y su impacto en el razonamiento práctico*, Madrid-México, Plaza y Valdés Editores, 2011, p. 100.

¹¹ ZUCCA / LARIGUET / MARTÍNEZ ZORRILLA / ÁLVAREZ, *Dilemas Constitucionales. Un debate sobre sus aspectos jurídicos y morales*, Madrid, Marcial Pons, 2011, p. 52.

¹² WILLIAMS, *supra* nota 9, pp. 60, 74.

¹³ ZUCCA / LARIGUET / MARTÍNEZ ZORRILLA / ÁLVAREZ, *supra* nota 11, p. 56.

cuando no hay —por definición— una solución correcta, el agente no podrá evitar violar un deber y causar un mal, independientemente de lo que decida. El resultado de la decisión práctica será, por tanto, la violación de un deber.

Esa violación del deber no implica que el agente deje de ser un virtuoso, es decir, aquel que, por definición, hace lo correcto. Ello es así pues, en el mundo trágico, uno está condenado a hacer lo incorrecto.¹⁴

A continuación, explicaré las razones por las cuales algunos, como el propio Morgenstern, sostienen que los filósofos se encontraban en un dilema moral (trágico).

2. Sobre los cursos de acción inevitablemente insatisfactorios

En primer lugar, Morgenstern sostiene que los filósofos se encontraban en una situación donde ningún curso de acción posible podía evitar una solución insatisfactoria; es decir, enfrentaban un auténtico dilema moral (pp. 269 ss.). Las alternativas eran, por un lado, castigar de forma absoluta a quienes cometieron hechos aberrantes durante la última dictadura militar, a costa de soslayar los mecanismos ordinarios de juzgamiento y las herramientas propias de un Estado democrático y constitucional de derecho. Por otro lado, aplicar un castigo relativo, a costa de dejar impune a parte de los responsables de esos hechos.

En segundo lugar, el autor defiende el curso de acción finalmente elegido por los filósofos y Alfonsín: el castigo parcial y, correlativamente, la impunidad parcial (derivada de la limitación temporal de la persecución penal a los responsables y de la delimitación del círculo de autores a través de los tres niveles de responsabilidad). Para ello, apela a razones vinculadas a la conveniencia, en términos consecuencialistas, de adoptar dicho curso de acción (véase III.1).

III. ¿Ausencia de dilema?

¹⁴ Para Platón, la filosofía política y la psicología están entrelazadas. El ciudadano perfecto de la *polis* es el virtuoso. La armonía de ésta depende de la virtud de sus ciudadanos o, en otros términos, la salud psicológica de la *polis* depende, directamente, de la salud de sus integrantes (salud como virtud).

A continuación, explicaré por qué podría argumentarse que los filósofos no se encontraban frente a un genuino dilema moral, en virtud de que, en realidad, una de las dos alternativas no era posible.

1. “Versión fuerte” del principio *ultra posse nemo obligatur*

Para que pueda hablarse de un dilema genuino, ambos cursos de acción deben haber sido realmente *posibles* para el agente. No puede haber exigibilidad de hacer X si no existe la posibilidad fáctica de hacerlo.

Ello se deriva de la máxima asociada a la ética kantiana: *ultra posse nemo obligatur* (nadie está obligado más allá de lo que puede), o, en otras palabras, “debe implica puede”.

Lo esencial es que, para Kant, el vínculo entre los conceptos de *sollen* (deber) y *können* (poder) no es solo ético, sino también lógico. Es decir, se trata de una implicación fuerte: no puede haber deber sin posibilidad, no solo en términos prácticos, sino también conceptuales. Dicho de otro modo: en el propio concepto de deber está implícita la posibilidad de realizar la acción. Así, la imposibilidad fáctica de hacer X es lógicamente incompatible con el deber de hacer X. En otras palabras, para que algo pueda definirse como un deber, tiene que ser factible. Si no es factible de realizar, entonces no puede ser considerado un deber, porque la posibilidad de cumplimiento es parte constitutiva del concepto mismo de deber.

En el tema que nos ocupa, la pregunta decisiva parece ser esta: ¿era realmente imposible, en términos fácticos, que los filósofos adoptaran un curso de acción distinto?

Morgenstern señala que las principales razones por las cuales *no fue posible* adoptar el camino más radical de la justicia total se vinculan con, primero, la incapacidad del sistema judicial para juzgar a todos los intervinientes y, segundo, la situación reinante de inestabilidad, que representaba una amenaza constante para la democracia.

Con relación a lo primero, el autor es partidario de la visión que entiende que no hay país con una estructura judicial que pueda soportar el tratamiento de tantos hechos y que pueda hacerlo correctamente (p. 12, prólogo de Farrell). Asimismo, resulta difícil descartar que, de haberse intentado un camino más radical, toda la empresa de juzgamiento hubiera fracasado.

Con relación a lo segundo, Morgenstern considera que “un mal manejo de la situación podía llevar al país a una guerra civil” (p. 273) y que las objeciones a la actuación de Alfonsín soslayan “los intereses y la capacidad de presión de las Fuerzas Armadas y su incidencia en la viabilidad de seguir ciertos cursos de acción institucional” (p. 294). Para sostener este argumento, retoma diversas declaraciones de los actores históricos al respecto. Así, cita por ejemplo al mencionado ex presidente (p. 273), quien señaló que: “había un alzamiento militar [...] y por el otro un ejército que se negaba a reprimir. Los desenlaces posibles de esta situación [...] incluían una pueblada que podía desatar la guerra civil o bien un colapso de la autoridad constitucional”.¹⁵

Es importante formular una aclaración aquí. Morgenstern vincula estas razones a una ética *utilitarista*, es decir, considera que la actuación de los filósofos fue valiosa, ya que se fundamentaba en la evitación de consecuencias negativas. De allí que, a lo largo del libro, se refiera a ambas posturas o cosmovisiones sobre el Juicio a las Juntas como, por un lado, la kantiana y, por otro, la consecuencialista. A este respecto, cita una entrevista a Farrell en la que éste habría contado “que cuando habló con Alfonsín sobre cuál eran los esquemas posibles para los juicios militares, le explicó la diferencia entre una ética consecuencialista y una ética deontológica, y cómo se podía hacer desde el punto de vista consecuencialista para lograr el mejor estado de cosas posibles”¹⁶ (p. 161). Asimismo, Morgenstern entiende que “Jaime piensa en términos consecuencialistas sobre cómo se debía proceder para posibilitar que el camino del castigo no fuera total y que los distintos grupos involucrados pudieran intentar convivir en un futuro en el mismo territorio, sin que la democracia se viera seriamente amenazada” (p. 279).

No obstante, considero que esas razones también *se vinculan con la ética kantiana*. Es decir, no solo justifican una acción en función de lo que es más conveniente, según el desarrollo futuro de los acontecimientos, sino que lo hacen al influir directamente en la imposibilidad de optar por un curso de acción diferente. El desmoronamiento de la democracia y la incapacidad del sistema judicial, que habría llevado al fracaso de un castigo total, no eran solo *consecuencias* indeseables. Más bien, la estabilidad democrática y la capacidad del poder judicial eran condiciones esenciales para que la realización misma del Juicio a los comandantes fuera *posible*. De hecho, esto se desprende de la citada entrevista a Farrell, quien señaló que “[l]a opción era entre no castigar a

¹⁵ GIUSSIANI, ¿Por qué, doctor Alfonsín?, Buenos Aires, Sudamericana-Planeta, 1987, p. 268.

¹⁶ <https://seul.ar/martin-farrell/>

nadie —porque *no se podía* castigar a todos— o castigar a los que *podía*” [énfasis agregado].¹⁷ Es razonable preguntarse, incluso, por la posibilidad misma del Juicio tal y como fue llevado a cabo (esto es, bajo la premisa del castigo parcial). En este sentido, una de las primeras incógnitas genuinas que surgen al respecto es “¿cómo fue posible que civiles desarmados administraran justicia sobre aquellos que portaban armas?”¹⁸

Podría objetarse este tipo de razonamiento por su carácter contrafáctico y, por tanto, por la inviabilidad de contrastar históricamente sus conclusiones. Así, podría decirse que, en el ámbito de la historia, es muy difícil determinar con certeza las consecuencias de un curso de acción alternativo; es decir, especular sobre lo que podría haber sucedido si el estado de las cosas o las decisiones tomadas por las autoridades hubieran sido diferentes. En el tema que aquí nos ocupa, la objeción sería la siguiente: no puede afirmarse con seguridad que el sistema judicial *no hubiera* sido capaz de llevar a cabo un juzgamiento total, ni que la democracia *hubiera* sido suprimida si Alfonsín y los filósofos *hubieran* optado por un camino alternativo de acción.

Sin embargo, considero que es legítimo y útil pensar en términos probabilísticos. No se trata de afirmar que “esto iba a suceder (con certeza)”, sino de plantear que, dadas las circunstancias de ese momento, “era más probable que ocurriera X que Y”. En relación con la elección de los filósofos, esto puede expresarse de la siguiente manera: ¿qué era más probable en ese contexto histórico si se hubiera tomado el camino alternativo del castigo total a los militares por los crímenes de la dictadura?

Entiendo que el libro aporta buenas razones para sostener por qué no fue posible elegir un curso de acción diferente. En otras palabras, por qué “el manejo institucional del horror [...] exigió limitarse a las posibilidades que se manejaban en ese tiempo, con las restricciones reales” (p. 304). Y es que las probabilidades de que la alternativa del juzgamiento total fracasara —ya fuera por la incapacidad del sistema judicial o por el desmoronamiento de la democracia— eran, objetivamente, altas.

¹⁷ <https://seul.ar/martin-farrell/>

¹⁸ JELIN / GERCHUNOFF / FARREL, “¿Una iniciativa política de espaldas a la sociedad? El contexto del juicio”, en GARGARELLA / RAMÓN MICHEL / GARCÍA ALONSO, *supra* nota 1, p. 41

En virtud de lo anterior, resulta desconcertante que hayan sido precisamente los kantianos — aquellos que defienden un castigo absoluto basado en un ideal de retribucionismo estricto— quienes criticaran con tanta dureza la elección de los filósofos.

2. “Versión débil” del principio *ultra posse nemo obligatur*

Hasta ahora he presentado razones que permiten considerar que los filósofos se encontraban en un dilema moral genuino y por qué, en consecuencia, no actuaron de manera moralmente reprochable, ya que estaban condenados a tomar una decisión trágica.

También he expuesto argumentos para sostener que, incluso si se considerara que tal dilema no existía y debía primar una “justicia total”, no era posible, en ese contexto histórico y con las herramientas disponibles, implementar esa prevalencia.

Frente a este razonamiento, podría argumentarse que no es posible afirmar con seguridad que un camino alternativo fuera realmente imposible: no hay certeza de que el sistema judicial no hubiera tenido la capacidad para un juzgamiento total ni de que la democracia se hubiera visto concretamente amenazada. Pues probabilidad, por mínima que sea, implica posibilidad —dicho de otro modo: toda probabilidad mayor a cero implica posibilidad—; y toda probabilidad igual a uno implica necesidad. En otras palabras, algo es lógicamente imposible si su probabilidad en todo mundo posible es cero, y algo es necesario si su probabilidad en todo mundo posible es uno. Por lo tanto, si el argumento descansa en que era más probable X que Y, ello implica que tanto X como Y tenían un valor de probabilidad mayor que 0 y menor que 1; en consecuencia, ninguno de los dos era lógicamente imposible. Y si no lo eran, entonces se abre espacio para considerar la existencia de un deber.

Existen buenas razones para sostener esta objeción, por lo que debe ser tomada en serio.

A continuación, explicaré por qué, aun admitiendo que los filósofos *podían* efectivamente emprender un camino diferente, no corresponde valorar su actuación como moralmente reprochable desde una óptica kantiana. Para ello, me basaré en lo que he denominado “versión débil del principio *debe implica puede*”.

Según esta versión, si una persona *cre*e racionalmente que no puede hacer X, entonces no está moralmente obligada a hacerlo, incluso si, objetivamente, sí podía. Esto se debe al rol central que ocupan la razón práctica y la buena voluntad en la ética kantiana. Para Kant, lo único bueno sin

restricción es la buena voluntad: la disposición a actuar conforme al deber, por respeto al deber. Por eso, si alguien actúa según lo que genuina y racionalmente cree que es su deber —aunque esté equivocado— su voluntad sigue siendo moralmente valiosa. Kant no juzga la moralidad solo desde los resultados, sino desde la *intención racional del agente*.

La imputación moral exige una noción subjetiva de libertad. Para que alguien sea moralmente responsable, debe haber actuado libremente y con *conciencia de posibilidad*. Si cree, con base racional, que no puede actuar de determinada manera, entonces no hay libertad moral de elección, y, por tanto, tampoco deber.

El deber exige posibilidad subjetiva, no solo objetiva. Por eso, el principio *debe implica puede* se aplica tanto a la posibilidad objetiva (física, empírica) como a la subjetiva, es decir, a la percibida racionalmente por el sujeto. Así, si alguien considera razonablemente que no puede cumplir un deber, no puede, según la ética kantiana, ser moralmente reprochado por no hacerlo. Pensemos en este ejemplo: una persona, ante una emergencia, cree que no puede ayudar sin ponerse en grave peligro. Más tarde se descubre que sí habría podido intervenir sin riesgo. Si su creencia fue racional y basada en la información disponible, Kant no consideraría su conducta moralmente disvaliosa, ya que no puede exigirse un deber que, desde su perspectiva racional, parecía imposible.

La moralidad, entonces, no depende de la mirada de un espectador omnisciente, sino de la capacidad racional del agente para deliberar y actuar según el deber. Si cree racionalmente que no puede, entonces no debe. Porque, si debe, debe ser consciente de que puede: la conciencia del deber implica el reconocimiento de su posibilidad. Dicho de otro modo, en Kant hay una presuposición implícita: tener un deber implica ser consciente de él. Aunque no son lo mismo, uno supone al otro; una persona solo está moralmente obligada a hacer X si sabe que tiene el deber de hacerlo.

El razonamiento tiene la estructura de *modus ponens* encadenado:

1. Si alguien tiene un deber, entonces debe tener conciencia de ese deber. ($P \rightarrow Q$)
2. Si alguien tiene conciencia de un deber, entonces debe tener conciencia de que puede cumplirlo. ($Q \rightarrow R$)

Ergo: Si alguien tiene un deber, entonces debe tener conciencia de que puede cumplirlo.
(Ergo: $P \rightarrow R$)

Ahora bien: ¿cómo se aplica este razonamiento a la conducta de los filósofos al optar por la solución de la impunidad parcial y del castigo parcial? Es decir, ¿puede este razonamiento justificar moralmente su conducta? Entiendo que sí y lo explicaré a continuación.

Para comprender un acto histórico no basta con reconstruir y analizar “lo que fue hecho”, sino también lo que el sujeto histórico *creía posible hacer* en ese momento específico, es decir su horizonte de posibilidades, ya que esas representaciones orientaban sus decisiones tanto como los hechos del presente.¹⁹ Para entender el Juicio a las Juntas, debe examinarse lo que hicieron los filósofos y, *además*, lo que ellos creían posible según su horizonte de expectativas.

Para una justificación en términos kantianos a partir de la versión débil del principio *ultra posse nemo obligatur*, lo decisivo es si esa prognosis era *racional*. A este respecto, son esenciales las circunstancias condicionantes que menciona Morgenstern en su libro y que ya fueron explicitadas: las limitaciones del sistema judicial y la inestabilidad democrática. A partir de ello, existe una presunción fuerte de que los filósofos hicieron pronósticos racionales a partir de condiciones que evidenciaban un escaso margen para el *poder* en la estricta vía del *deber*.

Sobre la creencia (fundada) de que no era posible actuar de otro modo son muy ilustrativas las palabras de Nino sobre que “un temor muy real que todos los partidos compartían era el resurgimiento de la coacción militar”.²⁰

En resumen: por un lado, un curso de acción que implicara la adopción de medidas más drásticas se hubiera visto, *probablemente*, frustrado debido a la incapacidad del sistema judicial para lograr un castigo total. Además, en los mismos términos probabilísticos, la subsistencia de la democracia —como sistema que brindaba las condiciones mismas para la realización de los juicios— se hubiera visto comprometida. Por otro lado, aún si se rechazara la idea de que ello era

¹⁹ Cfr. SKINNER, “Meaning and Understanding in the History of Ideas”, en *History and Theory*, vol. 8, n.º 1, 1969, pp. 3-53, quien utiliza este enfoque principalmente para analizar la intención de los autores de textos o actos comunicativos en momentos históricos determinados; KOSELLECK, *Futuro pasado: Para una semántica de los tiempos históricos*, Madrid, Trotta, 1979, pp. 338 ss.

²⁰ NINO, *Juicio al mal absoluto*, Buenos Aires, Emecé, 1997, p.178 (citado por Morgenstern en p. 305).

efectivamente probable, es razonable sostener que los actores históricos intervinientes en este proceso *pensaran genuina y racionalmente* que sí lo era. Por lo tanto, las afirmaciones según las cuales el “discurso pragmático” desplazó al “discurso ético”²¹ o que “Alfonsín no actuó moralmente”²² son, en términos de ética kantiana, erróneas y reflejan sólo parcialmente el pensamiento de este filósofo.

IV. Reflexiones finales

A partir del análisis de las posturas contrapuestas sobre el Juicio a las Juntas y al curso de acción elegido por los filósofos, he llegado a las siguientes conclusiones.

En primer lugar, conforme a una *versión fuerte* del principio *ultra posse nemo obligatur*, debe excluirse la reprochabilidad moral del actuar de los filósofos. La solución alternativa del castigo total habría sido, con una probabilidad cercana a la certeza, *imposible* de llevar a cabo. A partir de esta probabilidad, no puede hablarse de reproche moral alguno en sentido kantiano: no hay violación de un deber si su cumplimiento es fácticamente imposible.

En segundo lugar, según una *versión débil* del principio *ultra posse nemo obligatur*, incluso si se negara que un curso de acción más drástico fuera materialmente imposible, puede sostenerse que, cuando menos, es razonable suponer que los actores intervinientes *creyeran racionalmente* en esa imposibilidad. Y si ese juicio —esa previsión— era racional, entonces el curso de acción finalmente adoptado también puede considerarse moralmente válido desde una perspectiva kantiana.

En tercer lugar, aun asumiendo que otro curso de acción era efectivamente posible y que, además, la creencia de los filósofos sobre la imposibilidad de otra solución no era racional, estaríamos, de todas formas, frente a un *genuino dilema moral*. Aun en ese escenario, no correspondería formular un reproche moral: cualquier elección habría sido trágica, en tanto implicaba la renuncia a algún valor fundamental.

²¹ SANCINETTI, *Derechos humanos en la Argentina postdictatorial*, Buenos Aires, Lerner, 1988, p. 152 (citado por Morgenstern en p. 253).

²² DIAS (citado por Morgenstern en p. 268).

Asimismo, no debe perderse de vista el valor fundamental de que el juzgamiento se haya sido realizado respetando las herramientas regulares de un Estado democrático de Derecho. En este sentido, se ha señalado, correctamente, que el Juicio a las Juntas fue un “hecho extraordinario” que “se llevó adelante siguiendo los procedimientos ordinarios del derecho procesal penal argentino, respetando las garantías constitucionales de los acusados y el debido proceso, y los imputados fueron juzgados según los delitos previamente establecidos en el Código Penal”.²³

En conclusión, la decisión de optar por un castigo y una impunidad parciales puede ser defendida no solo desde una lógica consecuencialista, sino también desde una perspectiva kantiana. De este modo, el accionar de los filósofos no puede ser considerado moralmente reprochable bajo ningún prisma. A la pregunta “¿No podemos estar orgullosos?” (p. 239)²⁴, que da título a un capítulo de *Contra la Corriente*, no cabe sino responder con un rotundo sí.

V. Bibliografía

DAMIANI, Alberto / LARIGUET, Guillermo / MALIANDI, Ricardo, *Ética y conflicto. Un diálogo filosófico sobre la ética convergente*, Colección Humanidades y Arte, Serie Filosofía, Buenos Aires, Ediciones de la UNLa, 2012.

GARGARELLA, Roberto / RAMÓN MICHEL, Agustina / GARCÍA ALONSO, Lautaro, *Cuando hicimos historia. Acuerdos y desacuerdos en torno al Juicio a las Juntas*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Siglo veintiuno editores, 2025.

GIUSSIANI, Pablo, *¿Por qué, doctor Alfonsín?*, Buenos Aires, Sudamericana-Planeta, 1987.

KOSELLECK, Reinhart, *Futuro pasado: Para una semántica de los tiempos históricos*, Madrid, Trotta, 1979.

²³ GARGARELLA / RAMÓN MICHEL / GARCÍA ALONSO, “Introducción. Para despertar al Juicio del olvido”, en GARGARELLA / RAMÓN MICHEL / GARCÍA ALONSO, *supra* nota 1, p. 27.

²⁴ Que retoma la pregunta que se formula SANCINETTI, en: *supra* nota 21, p. 53 (citado por Morgenstern, p. 237).

LARIGUET, Guillermo, *Encrucijadas morales - Una aproximación a los dilemas y su impacto en el razonamiento práctico*, Madrid-México, Plaza y Valdés Editores, 2011.

LARIGUET, Guillermo, “Los dilemas morales *qua* límites de la racionalidad práctica”, en *Diánoia*, vol. LV, n.º 64, mayo 2010, pp. 71–108.

LARIGUET, Guillermo, *Dilemas y conflictos trágicos - Una investigación conceptual*, Lima-Bogotá, Palestra Temis, 2008.

SANCINETTI, Marcelo, *Derechos humanos en la Argentina postdictatorial*, Buenos Aires, Lerner, 1988.

SKINNER, Quentin, “Meaning and Understanding in the History of Ideas”, en *History and Theory*, vol. 8, n.º 1, 1969, pp. 3–53.

WILLIAMS, Bernard, *Moral Luck: Philosophical Papers 1973-1980*, Cambridge, Cambridge University Press, 1981.

ZUCCA, Lorenzo / LARIGUET, Guillermo / MARTÍNEZ ZORRILLA, David / ÁLVAREZ, Silvina, *Dilemas Constitucionales. Un debate sobre sus aspectos jurídicos y morales*, Madrid, Marcial Pons, 2011.

JUICIOS DE LESA HUMANIDAD, TEORÍAS INTERPRETATIVAS, Y DISPUTAS PENALES.

DISCUSIONES EN TORNO AL LIBRO *CONTRA LA CORRIENTE*, DE FEDERICO MORGENSTERN

Roberto GARGARELLA*

Fecha de recepción: 4 de febrero de 2025

Fecha de aceptación: 29 de septiembre de 2025

Resumen:

En este texto se utiliza el libro *Contra la corriente*, de Federico Morgenstern, para debatir problemas centrales de la teoría del derecho, como la interpretación del derecho, el alcance de las garantías penales en causas de lesa humanidad y los vínculos entre el derecho y la moral. El autor destaca la figura de Jaime Malamud Goti y su papel en la arquitectura del Juicio a las Juntas, pero cuestiona la estrategia retórica de Morgenstern al crear adversarios extremos, así como su defensa de los llamados principios neutrales. En el texto también se afirma que existen desacuerdos interpretativos razonables entre garantistas y que la polémica suscitada por casos como el de “Muña” exige procesos dialógicos e institucionales. El autor propone superar las sobreesimplificaciones apelando a teorías interpretativas más ricas y a la deliberación pública, sin renunciar a la defensa de las garantías ni al escrutinio crítico de las decisiones políticas.

Palabras claves: interpretación de la ley, garantías legales, moral, crímenes de lesa humanidad, derecho dialógico

Title: Trials for crimes against humanity, theories of legal interpretation, and criminal law disputes.

Abstract:

* Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Buenos Aires y de la Universidad Torcuato di Tella. Investigador superior del CONICET. Contacto: roberto.gargarella@gmail.com.

This text discusses central issues in legal theory, such as the interpretation of the law and the scope of legal rights in cases of crimes against humanity, using Federico Morgenstern's book *Contra la corriente*. The author also discusses the role of Jaime Malamud Goti in the Trial of the Juntas but questions Morgenstern's rhetorical strategy of creating extreme adversaries and his defense of neutral principles. The text argues that reasonable interpretive disagreements exist among guarantors and that cases such as "Muiña" require dialogical and institutional processes. The author proposes overcoming oversimplifications by appealing to richer interpretive theories and public deliberation without abandoning the defense of guarantees or the critical examination of political decisions.

Keywords: interpretation of the law, legal guarantees, morality, crimes against humanity, dialogic law

Sumario: I. Introducción; II. ¿Principios neutrales?; III. ¿El derecho "conforme a la cara del cliente"? Sobre el "2x1", el devenir del caso "Muiña," y la existencia de desacuerdos interpretativos razonables; IV. Sobre leyes y teorías interpretativas; V. Conclusión; VI. Bibliografía

I. Introducción

En las líneas que siguen, quisiera avanzar algunos comentarios sobre el libro recientemente publicado por Federico MORGENSTERN, *Contra la corriente*. Confieso desde el comienzo que tomaré al libro como excusa para reflexionar sobre temas de teoría jurídica de primera importancia. Me refiero a cuestiones relativas a cómo debe interpretarse el derecho (*i.e.*, ¿de acuerdo a principios estrictos o —como señala irónicamente MORGENSTERN— conforme a "la cara del cliente"); discusiones relacionadas con el modo en que pensamos las garantías penales (*i.e.*, ¿deben aplicarse a condenados por crímenes de lesa humanidad, como en el caso de la prisión domiciliaria?); y disputas sobre los vínculos entre "derecho y moral" (p. ej.: ¿"moralizamos" indebidamente al derecho cuando pedimos —como ocurriera en el caso "Muiña"— que un condenado por crímenes de lesa humanidad no se beneficie por una norma que en apariencia no abarcaba a ese tipo de delitos, y que rigió apenas meses, cuando él se encontraba prófugo?).

Antes de abordar críticamente el libro, permítanme elogiar el emprendimiento y los logros de su autor, y su obra. A favor del libro, y de quien lo escribe, quiero decir que se trata de un texto muy bien escrito, ameno, muy divertido, con vocación de excéntrico, que gira especialmente en torno a una figura excepcional, y que no ha conseguido el reconocimiento público que su obra y

acción pública, a veces heroica, sin dudas ameritan: Jaime Malamud Goti. Jaime —también un querido y admirado colega— desempeñó, junto con Carlos Nino, Genaro Carrió, Eduardo Rabossi, y Martín Farrell, entre otros, un papel absolutamente decisivo en las primeras discusiones jurídicas que se dieron en los inicios de la transición democrática. Él fue, sobre todo, una figura decisiva en la arquitectura jurídica del “Juicio a las Juntas”, esto es, el logro más importante, emocionante y digno de la perturbadora historia jurídica argentina. Por esta sola razón —digamos, por la reivindicación que hace de la figura de Jaime— el libro resulta valioso y digno de toda nuestra atención.¹

Ahora bien, como deja en claro MORGENSTERN desde un comienzo, su libro es mucho más que una biografía de, o un reencuentro con Jaime Malamud Goti. Aunque “el espíritu del libro es celebratorio” —confiesa el autor— se trata también de “un ajuste de cuentas con el pasado y con el presente” del derecho argentino. Así, en la primera parte de la obra, nos encontramos con un repaso sobre la vida e influencia de Jaime Malamud Goti (sobre la política de derechos humanos en la Argentina y sobre MORGENSTERN); mientras que, en la segunda, hay menos Jaime y más un examen sobre el devenir “jurídico argentino en materia de lesa humanidad”, con especial atención al trabajo del gran penalista que ha sido Marcelo Sancinetti, y una serie importante de referencias hacia otros teóricos del derecho relevantes —como Ernesto Garzón Valdés y Roberto Bergalli— y sus objeciones a la política de derechos humanos de Alfonsín. A través de su relato, el autor discute, por un lado, a renombrados penalistas argentinos —Eugenio Zaffaroni, Julio Maier, Daniel Pastor entre ellos—; y por otro, defiende a voz alzada las posturas que él mismo sostuvo, ya sea en debates públicos o como secretario letrado de Carlos Rosenkrantz, en torno a los fallos y decisiones adoptadas durante la así llamada “segunda ola de juicios de lesa humanidad”. En este último respecto, MORGENSTERN presenta algunas ideas que tratará en un libro que dedicará a criticar a quienes, según él, piensan las decisiones jurídicas a partir de “la cara del cliente”. Más todavía, en *Contra la corriente*, el autor bosqueja su propia aproximación a la teoría del derecho: una teoría relacionada con la noción de los “principios neutrales” defendida por el jurista Herbert

¹ Desafortunadamente, debo aclarar —contra lo que ha sugerido MORGENSTERN en diversas oportunidades, y también en su libro— que la figura de Malamud Goti no ha sido ni olvidada ni postergada por sus colegas, y mucho menos por quienes, de un modo más o menos activo o protagónico, participamos en la formulación y discusión del “Juicio a las Juntas.” En lo personal, expreso mi admiración y aprecio por el trabajo de Jaime, junto con muchos colegas cercanos, en un libro enteramente dedicado a homenajearlo, y que Federico conoce bien dado que, en cierto modo, fue origen del suyo. El libro al que me refiero fue publicado casi al mismo tiempo que el de él (BEADE et al., *Política criminal y derechos humanos: libro homenaje a Jaime Malamud Goti*, Buenos Aires, Hammurabi, 2024).

Wechsler en los Estados Unidos. En lo que sigue, me ocuparé de examinar solo algunos de los muchos e importantes “hilos” que el libro presenta y deja tendidos para que retomemos.

II. ¿Principios neutrales?

Si el “sujeto” que recorre la obra es Jaime Malamud Goti, un tema que la unifica parece ser el de la aplicación estricta o “neutral” del derecho, un compromiso que MORGENSTERN sostiene en modo polémico, políticamente incorrecto, y en directa confrontación con lo sostenido por muchos de sus colegas. En su libro, MORGENSTERN batalla contra una visión alternativa del derecho conforme con la cual “la identidad de los litigantes” —y no la letra de la ley— aparece como la “variable decisiva” a la hora de pensar sobre las sentencias judiciales. De acuerdo con esta postura alternativa, el derecho aplicable aparece apoyado en “consideraciones construidas exclusivamente en función del resultado deseado” (p. 43). Para que se entienda, esta visión, en la Argentina, aceptaría renunciar a los principios y garantías básicos del derecho liberal, si quienes son juzgados formaron parte del Proceso de Reorganización Nacional (*i.e.*, no les concedería la prisión domiciliaria, aunque tuvieran la edad para reclamarla; o los mantendría en el encierro, aunque lleven años como procesados sin condena). En el sostén de estas posturas, y por el modo en que lo hace, MORGENSTERN se alinea con las posiciones defendidas por Andrés ROSLER —uno de sus mentores y principales referencias académicas.² Con ROSLER, la obra de MORGENSTERN muestra notables coincidencias de fondo —las saludables obsesiones académicas que ellos comparten— y de forma —una vocación por la ironía y la provocación que, en ocasiones, parece primar sobre la discusión del argumento sustantivo que presentan—.

En lo personal, tiendo a no coincidir con los contenidos y modos de lo que sostiene el autor en su libro. Por ello, y como modo de comenzar a dar fundamento a mis críticas, plantearía la siguiente pregunta: ¿por qué es que puede decirse que la línea ácida que define al libro —la crítica a la visión que piensa el derecho de acuerdo con “la cara del cliente”— resulta fundamentalmente implausible? Las razones son múltiples, comenzando por el modo en que el autor reconstruye las posiciones que va a criticar. A dicha reconstrucción le resulta aplicable el mismo tipo de críticas que MORGENSTERN le dedica a la posición que objeta. Se advierten allí “consideraciones construidas exclusivamente en función del resultado deseado”.

² ROSLER, *Si quiere una garantía compre una tostadora*, Buenos Aires: Ediciones del Sur, 2023.

En efecto, debiera ser obvio para cualquier lector, digamos así, “neutral”, que la posición que se critica en el libro —hacer derecho de acuerdo con “la cara del cliente”— resulta claramente indefendible: ¿quién podría no digo admitir sino, al menos, argumentar públicamente en favor de algo parecido a ello? ¿Conocemos realmente a autores dispuestos a sostener una torpeza o enormidad semejante? Más específicamente: ¿aludimos, de este modo, a miembros de la comunidad jurídica con los cuales tiene sentido argumentar y disentir, y tratar de persuadirlos de que actúen de modo diferente? Este solo dato debería constituir un llamado de atención para quienes pretenden leer el libro de Federico con la mejor buena fe posible. Buena parte de la argumentación que presenta *Contra la corriente*, un libro que hace y discute muchas cosas, se basa en la “construcción de un enemigo de paja” —precisamente “en función del resultado deseado”. Esta decisión —presentar al adversario en su peor versión— es directamente contraria a la que aconsejaba John RAWLS, cuando decía que “una doctrina no es juzgada de ningún modo hasta que no es juzgada en su mejor forma”.³

Frente a la difícilmente sostenible posición de quien propondría que el derecho se oriente “conforme a la cara del cliente”, MORGENSTERN presenta a la postura propia (o la de ROSLER, o la del juez Rosenkrantz): una victoria demasiado fácil. Al respecto, Federico toma como modelo a la posición que defendiera Herbert Wechsler en los Estados Unidos —una postura que Wechsler desarrollara en polémica contra la *result oriented jurisprudence* (la que se define conforme al resultado que pretende alcanzar). Para Wechsler, el “test” que debía aplicarse en la resolución de los casos era el de los “principios neutrales”. La pregunta clave al respecto es si el juez aplicaría el mismo principio que aplica en el caso si las personas beneficiadas por su decisión fueran otras que le generan desagrado político o moral. Tratando de ser consecuente con el principio enunciado, Wechsler se hizo famoso criticando el fallo más elogiado en la historia de la jurisprudencia norteamericana —el fallo de la igualdad racial; el que terminó con la segregación racial en las escuelas, *Brown v. Board of Education* (1952/1954)— al que consideró inconsistente, y producto del mero deseo de los jueces de alcanzar dicho resultado igualitario. Wechsler sostuvo entonces que no podía identificar en el célebre fallo cuál era el “principio neutral” igualmente aplicable a “un Negro o a un segregacionista.”⁴

³ RAWLS, *Lectures on the History of Political Philosophy*, Cambridge, Mass., Harvard U.P., 2007.

⁴ Wechsler presentó esa postura, entonces polémica, en su conocida “Holmes Lecture”, que ofreciera en la Universidad de Harvard de 1959, un año después de otra notable “Holmes Lecture”, elaborada por el juez Learned Hand, también de modo crítico hacia el fallo *Brown* (en el caso de Hand, en razón de la actitud “activista” asumida por los jueces).

Dicho lo anterior, y sin pretensión de refutar la teoría de Wechsler que apenas he presentado, apunto algunas ideas para comprender mejor el debate en juego.⁵ Primero: la afirmación conforme a la cual no es posible o no es fácil encontrar un “principio neutral” aplicable a una decisión como la de *Brown* es curiosa apenas se la piensa un poco. Son muchos los “principios neutrales” que, bajo reflexión, se nos aparecen enseguida. Para citar solamente algunas propuestas conocidas, el profesor Louis Pollak sugirió un principio del tipo “No majority race should subjugate a minority race”. Ronald Dworkin (a quien el juez Learned Hand contratara para discutir, justamente, su “Holmes Lecture” sobre *Brown*) pudo sugerir un principio diferente: “todas las personas deben ser tratadas con igual consideración y respeto.” Esto es decir —contra Wechsler o MORGENSTERN— que parece perfectamente posible subsumir *Brown* bajo un “principio neutral”.⁶ Segundo, y lo que resulta más importante: la breve consideración anterior sugiere un problema más estructural o de fondo, que afecta la teoría de Wechsler, y explica en buena medida su pérdida de fuerza y su caída en desuso. Parece haber “principios neutrales” para todos los gustos (lo cual no es un argumento en contra, sino a favor, de los principios “con contenido moral”). Decir, entonces, que una cierta decisión jurídica se ajusta (o no) a un “principio neutral” implica, finalmente, decir demasiado poco.

De modo, tal vez, esperable, Federico decidió encapsular mis objeciones a su uso de la obra de Wechsler en el hecho de que ello resultaría anticuado o pasado de moda, o en la cuestión de que Wechsler tendría “pocos seguidores actuales”.⁷ Obviamente, ninguna persona sensata podría pensar algo semejante, quiero decir, descartar a un autor porque es “viejo” (¿dejar de leer a Aristóteles, Hegel, Rawls?) o “pasado de moda” (¿dejar de leer a Santo Tomás, a San Agustín, a Marcuse o Horkheimer?). Subrayo entonces lo que ya decía: la cuestión no es que la visión de

⁵ Tal vez tenga sentido recordar que Wechsler argumentó, en su momento, desde una escuela floreciente (algo conservadora) —la del *Legal Process*— que abogaba por la estricta separación entre “derecho y política”, y buscaba diferenciarse de la influyente escuela (algo progresista) de los “Realistas” (*Legal Realists*) quienes, a comienzos del siglo xx, describían al derecho vigente como uno íntimamente vinculado con (sino directamente dependiente de) la política.

⁶ Valga decir, por lo demás, que ya hace mucho tiempo que nadie parece “discutir *Brown*”, o pensar que el mismo nos refiere a un fallo “político”, o propio de una facción “progresista” o “conservadora”, deseosa de imponer su visión sobre la visión contraria. Dentro de la doctrina, tanto conservadores como liberales parecen estar plenamente de acuerdo con él: ya nadie lo cuestiona seriamente. En tal sentido, y, por ejemplo, Cass SUNSTEIN (el constitucionalista más leído de las últimas décadas), en uno de sus últimos libros, directamente presenta a *Brown* como principal ejemplo de un “caso de referencia” o *benchmark* (SUNSTEIN, *How to Interpret the Constitution*, Princeton, Princeton University Press, 2023).

⁷ Así, en su réplica a una versión previa a este texto, en la misma revista, MORGENSTERN, “El héroe solitario, la libertad y la balanza (III)”, en *Seúl*, 2024, disponible en: <https://seul.ar/el-heroe-solitario-la-libertad-y-la-balanza-iii/> [enlace verificado el día 28 de septiembre de 2025].

Wechsler no tenga hoy muchos seguidores, pero que resulta implausible, sino directamente errada. El valor de la “neutralidad” jurídica es importante, sin dudas (en el sentido más obvio: no querríamos jueces no-neutrales o politizados indebidamente, o parciales), pero la apelación a “principios neutrales” no nos asegura alcanzarlo: parece haber principios neutrales para todo. Entonces, podemos coincidir en lo obvio, esto es, que no queremos, como nadie quiere, que haya jueces “parciales” (jueces que deciden los casos habiendo ya tomado partido por una de las partes); y que valoramos, como todos lo hacemos, el ideal de la neutralidad (todos defendemos la idea del juez como “tercero imparcial”), pero otra cosa es que una propuesta como la de Wechsler (digamos, apelar a “principios neutrales”) nos garantice, medianamente, el logro de dicho objetivo. Muchas de las propuestas interpretativas que hoy discutimos (la teoría de Ackerman sobre los “momentos constitucionales”; la teoría de Ely sobre el control de los procedimientos; la de Dworkin sobre la “novela en cadena”; etc.) representan buenas, mejores y más sofisticadas maneras de alcanzar soluciones jurídicas más plausibles, justas y, a la vez, “neutrales” —no sesgadas de antemano a favor de nadie.

III. ¿El derecho “conforme a la cara del cliente”? Sobre el “2x1”, el devenir del caso “Muña,” y la existencia de desacuerdos interpretativos razonables

Frente a la aproximación teórica que defiende MORGENSTERN —la, en su momento interesante, pero frágil, teoría de Wechsler— nuestro autor presenta a la que define como su contracara, esto es, la postura de Stanley FISH. FISH es un profesor de teoría literaria, posmoderno, seguramente muy valorado por sus estudiantes y seguidores, pero que ningún juez ha tomado jamás en serio, y que resulta completamente marginal dentro de la teoría jurídica contemporánea. De acuerdo con MORGENSTERN, para FISH “lo que cuentan son los compromisos morales” (p. 45). FISH se quejaría porque —sigo citando a Federico— “los argumentos basados en principios llevan a resultados horribles” (sic) y “se hacen cosas malas” en su nombre (sic), cosas “contrarias a la agenda del liberalismo” (*ibid.*). Me pregunto: ¿qué puede explicar la necesidad de colocar en el centro de esta discusión teórica a un profesor de literatura, marginal en el derecho, a la hora de ilustrar las inconsistencias de la teoría que se critica? ¿Qué sentido tiene, por lo demás, recuperar de ese modo una postura como la de Fish, que —conforme a la reconstrucción de MORGENSTERN— propondría dejar de lado a los principios fundamentales del derecho porque generan resultados “horribles” y “cosas malas”? ¿Qué explica dicha actitud, sino la vocación de obtener una “victoria fácil”, ridiculizando al “enemigo”?

Por lo demás, la “victoria” que busca obtener MORGENSTERN, con el respaldo de dicha desnivelada discusión no es un triunfo dentro del debate académico anglosajón (el autor aparece ajeno a dicho debate, y las discusiones en torno a Wechsler y los “principios neutrales” se diluyeron hace muchas décadas). Lo que le interesa al autor es intervenir en la discusión política-jurídica argentina, para “ajustar cuentas” contra algunos colegas que intervinimos en algunos debates particulares: los relacionados con “la segunda oleada de los juicios de lesa humanidad”. Tales debates incluyeron, en particular, polémicas jurídicas surgidas en torno a ciertos fallos (“Muiña,” “Batalla”) y leyes, como la “ley interpretativa” 27.362, en los que MORGENSTERN intervino de modo activo —así, en particular, a través de argumentos luego utilizados desde la Corte Suprema— por el Juez Carlos Rosenkrantz, a quien él asesorara en tales temas. Por las dudas, aclaro que dicha pretensión (la de apelar a teorías abstractas para intervenir en la discusión política local) me resulta comprensible y encomiable, más allá de que no acuerde con los “argumentos” a los que recurre el autor para defender su postura.

En este punto, MORGENSTERN se muestra molesto con quienes adoptaron posturas diferentes de la suya (o la de Rosenkrantz, o la de Rosler, o —en parte— a las del propio Jaime). En particular, él aparece irritado frente a posiciones tomadas en los temas de lesa humanidad por algunos ex miembros del grupo de asesores que trabajaron con Carlos Nino —él menciona a mis amigos Marcelo Alegre, Hernán Gulco, Roberto Saba, y a mí mismo. El problema se habría originado por las críticas que todos nosotros hicimos a la decisión de la Corte en el caso “Muiña”, cuando el tribunal aplicó el principio liberal de la “ley más benigna” —en este caso la ley “2x1”, desde nuestro punto de vista, incorrectamente, en un caso de lesa humanidad.

Brevemente, voy a centrarme en la disputa que el autor encara conmigo. Según parece, Federico identifica mi visión en la materia como paradigmática de la de quienes, en la Argentina, hacen derecho “mirando la cara del cliente”. De manera especial, él se aferra, en su crítica a mi postura, a un texto que escribí hace muchos años, primeramente en mi blog (*seminariogargarella.blogspot.com*), y en donde hablara, entre otros temas, de “el test de la mirada” que MORGENSTERN describe de un modo desopilante, como si yo o alguna persona razonable pudiera sostener algo así como que las garantías penales deben supeditarse a que “los acusados puedan ver a los ojos al resto de la sociedad para convencerla de que son merecedoras de esas

garantías” (p. 43).⁸ Contra mi postura (así descripta), MORGENSTERN sostiene que el derecho debe “procurar la consistencia y evitar el doble estándar” que aparece cuando “se condena a un oponente por hacer o decir algo que sería excusado o aprobado” si lo hubiera hecho un “amigo o aliado” (p. 56).

La discusión que se abre en este punto es amplísima, pero aquí me contentaré con marcar unas pocas cuestiones que espero nos permitan hablar de los asuntos en juego en términos más generales. Lo primero que señalaría es que su reconstrucción de una postura como la mía reproduce el problema que ya habíamos detectado en su obra, en relación con su presentación de la posición con la que rivaliza (el “derecho según la cara del cliente”) o en su resumen de una postura como la de Stanley FISH (“estoy en contra de los principios legales, porque generan resultados horribles y producen cosas malas”). Quiero decir, ante todo: *no se puede hacer derecho o crítica teórica presentando al rival en su versión más implausible*. En segundo lugar, yo, como tantos críticos de “Muiña”, no objetamos el fallo de manera inconsistente y a partir de un “doble estándar” (“no nos gustó porque favorecieron a un represor”). En lo personal, hace décadas que defiendo posiciones principistas y garantistas al extremo en la materia.⁹ Quiero decir, la crítica de MORGENSTERN en la materia (crítica según la cual personas como yo mantenemos un “doble estándar”) no se sostiene. En tercer lugar (algo que me resulta notable y llamativo) el texto que escribiera y en el que se basa MORGENSTERN para criticarme (el del “test de la mirada”), argumenta explícitamente contra los operadores jurídicos que recurren a artilugios interpretativos para hacerle decir al derecho aquello que tienen ganas de que el derecho diga. Esto es, el objeto de mi crítica son las interpretaciones cínicas del derecho. Critiqué entonces a un “derecho penal cínico u oportunista”, que veía “promovido, en particular, por muchos practicantes especialistas en lidiar con imputados millonarios, que necesitan que el derecho penal no sea sensato y asequible a todos, sino una maraña de confusiones técnicas que nadie reconoce bien, y que permiten que en el “río revuelto” ganen los abogados mejor conectados —los que tienen vínculos con funcionarios

⁸ De modo similar, ROSLER formula la pregunta (absurda, en el sentido de que nadie podría responderla por la afirmativa) de si quienes “son dignos de contar con las garantías penales son quienes puedan convencer a la sociedad de sus merecimientos morales, probablemente en una plaza”. Ver, ROSLER, “El Estado De Derecho Para Todas Las Estaciones”, en *En Disidencia*, 2018, disponible en: <https://endisidencia.com/2018/12/el-estado-de-derecho-para-todas-las-estaciones/> [enlace verificado el día 28 de septiembre de 2025].

⁹ GARGARELLA, *Castigar al Próximo*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2016.

judiciales capaces de inventar lecturas cualunquistas, por completo irrazonables, del derecho".¹⁰ En cuarto lugar, y lo que es más importante, la crítica que yo, como tantos, hicimos a un fallo como el de "Muiña", lejos de basarse en la mera preferencia por obtener un resultado determinado (*result oriented jurisprudence*), se afirma en una postura garantista y principista, basada en una teoría interpretativa razonable que, simplemente, es distinta de la que afirma Federico. Insisto: la disputa en juego no es una que sitúa, por un lado, a los "garantistas" que pretenden aplicar el derecho de modo estricto "caiga quien caiga" y, por el otro, a los "salvajes" que quieren hacer trampas con el derecho, para aplastar a sus enemigos. Se trata, más bien, de una disputa entre *garantistas que leen el derecho de modo diferente, a partir de los razonables desacuerdos que los separan*.¹¹

Por todo lo dicho, una conclusión como la que me atribuye MORGENSTERN, conforme con la cual las garantías constitucionales deben resultar —a mi criterio— dependientes de la capacidad del acusado de (mirarnos a los ojos y) convencernos de que las merece, es falsa: las garantías constitucionales son incondicionales, y en todo caso el problema consiste en delimitar los alcances precisos de su extensión. La mala noticia, en todo caso, no es que el derecho liberal no rige, sino —simple y obviamente— que el derecho actúa y se aplica dentro de un marco social de desacuerdos, que nos obliga a pensar, precisar y justificar nuestras teorías interpretativas, en lugar de simplemente darlas por buenas.¹² MORGENSTERN, en todo caso, y frente a sus críticos, parece

10 GARGARELLA, "Cómo pensar la garantía de la ley penal más benigna? El 'test de la mirada' vs. el 'derecho penal alienado', 2017. Disponible en: <https://seminariogargarella.blogspot.com/2017/05/como-pensar-la-garantia-de-la-ley-penal.html> [enlace verificado el día 28 de septiembre de 2025].

¹¹ Para el caso particular del fallo "Muiña", me interesó sostener (no que Muiña debía ser privado de los beneficios derivados de la vigencia del derecho penal liberal y la ley más benigna, sino) que no era nada obvio que la persona del caso (no importa si era un represor o un monje que había cometido crímenes aberrantes) pudiera alegar en su favor una norma que rigió muy poco tiempo, mientras él estaba prófugo de la justicia, y regía una amnistía para los crímenes de lesa humanidad (lo cual nos permite reconocer que los legisladores dictaron el "2x1" sin reflexionar, naturalmente, sobre el impacto que podía tener dicha medida en relación con los crímenes aberrantes de la dictadura). En mi blog, ilustré la situación con este ejemplo: "¿Qué razón puedo alegar yo, frente a mis conciudadanos, para que no me apliquen las penas vigentes en el 2000 —cuando cometí el crimen—; ni las vigentes en el 2002 —cuando es electo el actual gobierno—; ni las vigentes en el 2003, que es cuando me encuentran; ni las vigentes en el 2004, que es cuando me condenan; sino las del 2001, que es cuando estaba prófugo?" Ello, sin entrar a considerar todavía el hecho fundamental de que el régimen penal que rige para condenados por lesa humanidad se encuentra sometido a principios (vinculados con el derecho internacional de los derechos humanos) que no son idénticos a los que rigen sobre "presos comunes" (a ellos se refería la ley del "2x1"). Quiero decir: el caso "Muiña" estaba lejos de tener una solución obvia —la propiciada por Rosenkrantz o por Morgenstern. O, en otros términos, el "derecho penal liberal" no se encuentra obviamente de su lado (y, por lo demás, existen muy buenos argumentos —liberales— para sostener las posiciones que afirman sus "adversarios").

¹² En este sentido, el "test de la mirada" al que me refiero no es un principio decisorio ni un criterio jurídico que aconseje adoptar a los jueces, sino un "test moral" (que tomo del filósofo político Philip Pettit), destinado a ayudarnos a pensar a

adoptar la estrategia del “lecho de Procusto”: asumiendo que quienes no pensamos como él tenemos determinada ideología que él repudia, deduce que entonces debemos estar pensando lo que no pensamos; que defendemos resultados que repudiamos; y que desconocemos garantías que incondicionalmente reivindicamos.

IV. Sobre leyes y teorías interpretativas

El último giro que trajo “la saga Muiña” —un giro interesantísimo, sobre el que he escrito, pero que aquí sólo mencionaré de modo breve—¹³ tiene que ver con la “ley interpretativa” 27.362. Dicha norma fue aprobada de forma unánime (menos un voto) por el Congreso de la Nación, luego de una multitudinaria movilización popular, y dispuso la inaplicabilidad del cómputo del ‘2x1’ a los crímenes de lesa humanidad. La ley fue seguida de una nueva y razonable decisión de la Corte en “Batalla”, con disidencia de Rosenkrantz, para revertir su decisión previa

nosotros, ciudadanos, sobre situaciones morales controvertidas o “casos difíciles” (en Pettit, casos vinculados con la libertad y la falta de libertad; y, en mi caso, sobre dilemas jurídicos). Lo propuse entonces, como parámetro para ayudarnos a reflexionar sobre dilemas de interpretación jurídica: Me pregunté ¿puede alguien mirarnos de frente y decimos que el derecho debe ser interpretado de modo tal que lo proteja frente al crimen que cometiera, a partir de una norma referida a otro tipo de crímenes, que rigiera apenas meses, y aplicada durante el tiempo durante el cual él se encontraba prófugo de la justicia? Una pregunta semejante no pretende afectar ni socavar ninguna de las garantías penales y constitucionales que nos corresponden (debido proceso, defensa en juicio, ley más benigna): todas ellas quedan vigentes y activas, independientes de este tipo de razonamiento. Otra cosa es la decisión sobre lo que la doctrina llama “casos difíciles”, donde tenemos dudas sobre el alcance exacto de una norma. Por ejemplo: ¿cómo tratar la “lluvia” de excepciones y nulidades que suelen plantear los abogados de los grandes criminales, para demorar o impedir el inicio de una causa? Plantearse esa pregunta y tratar de evitar abusos es totalmente compatible con el pleno compromiso con el resguardo de todas las garantías penales. La situación tiene algún paralelo con el caso *Riggs vs. Palmer*, 115 N.Y. 506 (1889), que interesara tanto a Ronald Dworkin en los Estados Unidos, como a Genaro Carrió en la Argentina. Carrió —un positivista hartiano— se refirió al caso como el del “nieto apurado”, esto es, el caso del nieto que mataba a su abuelo, para cobrar la herencia que le tocaba luego de cumplir su condena. La teoría del derecho se preguntó, durante años, si ese nieto tenía derecho a cobrar su herencia, y la pregunta recorrió la historia del derecho desde entonces. El caso se convirtió en paradigmático para pensar la relación entre derecho y moral desde hace más de un siglo, y nadie se planteó nunca que reflexionar sobre los interrogantes allí planteados llevaba al colapso del estado de derecho. Con lo que quiero decir que se trata de preguntas que no son ridículas ni absurdas, y que no deben ser presentadas como si tuvieran una única y obvia respuesta —la del “cumplimiento de la letra ciega de la ley”— que pone a todos quienes la confrontan en la vereda de los moralistas o los ridículos.

¹³ Ver, p. ej., el texto que publicara entonces en el Diario Clarín, el 4 de diciembre de 2018: https://www.clarin.com/opinion/ley-2x1-interpretacion-constitucion-nuevamente-debate_0_Lix8CmdOP.html [enlace verificado el día 28 de septiembre de 2025].

en “Muiña”.¹⁴ Para MORGENSTERN y su círculo, la resolución de todo ese proceso (críticas a “Muiña”, movilización popular, ley interpretativa aprobada de forma casi unánime, “Batalla” revirtiendo “Muiña”) representó un escándalo jurídico (“la muerte del derecho penal liberal en la Argentina”).

Desde mi punto de vista, lo ocurrido nos habla de una situación difícil y trágica, pero no de un horror jurídico que derivó en algo así como el fin del derecho penal liberal en la Argentina. Para comenzar por lo obvio: debe resultar claro para cualquiera, apenas mira a su alrededor, que nada de lo ocurrido desde entonces —desde la decisión de “Muiña”— representó, de ninguna manera, el colapso del derecho penal liberal en la Argentina. Las garantías penales regían entonces y siguieron rigiendo desde entonces, y ningún analista serio puede sostener algo así como que “se terminó el estado de derecho en la Argentina”. Nadie piensa que haya habido un “antes y un después” en materia de garantías, a partir del caso “Muiña”. Otra cosa es mantener —como yo también lo hago— que nuestro derecho penal, desde siempre, y de forma por completo independiente de “la saga Muiña”, convive con situaciones anómalas e indefendibles (*i.e.*, procesados detenidos sin condena, durante años: ya sea sujetos que han cometido faltas menores, como el tráfico de estupefacientes, ya sea criminales de lesa humanidad).

MORGENSTERN o ROSLER parecen sostener, en cambio, la tesis de “un antes y un después” de “Batalla”. Permítaseme señalar, como nota al pie, que es curioso que MORGENSTERN se refiera al desmoronamiento del derecho penal liberal en la Argentina, a partir de la discusión de un caso difícil y muy acotado (la aplicación de los beneficios del “2x1” a los condenados por crímenes de lesa humanidad), a la vez que celebra el coraje cívico y la “adultez” de Jaime Malamud Goti (el “adulto en la sala”, p. 173) al redactar y propiciar decisiones del tipo de la controvertida “ley de obediencia debida”. Como dijera Nino, en su momento, dicha ley implicó vulnerar gravemente el

¹⁴ La Corte sostuvo al respecto —y, para mí, de forma muy razonable— que “[l]a existencia de leyes interpretativas como la 27.362, que establecen el significado que debe dársele a una ley sancionada con anterioridad (en el caso la ley 24.390), ha sido pacíficamente reconocida por la Corte Suprema de Justicia (doctrina de Fallos 134:57; 187:352, 360; 267:297; 311:290 y 2073), a condición de que dicha norma pueda ser objeto de control judicial. Este control abarca tanto el análisis respecto de si la ley —más allá de la denominación que le asignen los legisladores— califica como ‘interpretativa’ (a este escrutinio los jueces lo llamaron ‘test de consistencia’), como así también el estudio respecto de si su contenido es razonable y no violenta ningún derecho fundamental (a este estudio los magistrados lo llamaron ‘test de razonabilidad’). Respecto del ‘test de consistencia’, los jueces Highton de Nolasco y Rosatti concluyeron que la ley 27.362 encuadra dentro del marco ‘interpretativo’ porque no modifica retroactivamente la legislación penal en materia de tipificación delictual o de asignación de la pena, sino que aclara como debe interpretarse la ley aplicable al caso...”. Disponible en: <https://www.cij.gov.ar/nota-32689-PENAL---Inaplicabilidad-del-beneficio-del-2x1-para-los-delitos-de-lesa-humanidad.html> [enlace verificado el día 28 de septiembre de 2025].

principio de igualdad ante la ley, reivindicando socialmente a quienes habían secuestrado y torturado.¹⁵ En todo caso, cabría señalar que, si hubo una quiebra grave del derecho penal liberal (una construcción del derecho a partir de “la cara del cliente”) en la Argentina, fue a partir de esa “ley de obediencia debida” que —debe quedar claro— excedía indebidamente los compromisos anunciados en campaña por el Presidente Alfonsín (como se le criticó en los debates legislativos, la “obediencia debida” abarcó casos de secuestros extorsivos o de tortura que se asumían originalmente excluidos de cualquier “obediencia razonable” o “esperada”: se trataba de excesos inaceptables, y que la “ley de obediencia debida”, a pesar de las limitaciones que establecía, todavía receptaba como “obediencias debidas”). Repito, entonces: ¿cómo celebrar la “adultez” de Jaime al propiciar esa “ley de obediencia debida” y, al mismo tiempo, desgarrarse las vestiduras por el colapso del derecho penal liberal con la interpretación del “2x1” (cuestión a la que Federico denuncia como la llegada de un derecho penal “conforme con la cara del cliente”)? ¿Será, simplemente, que lo que se busca con el libro es otra cosa (*i.e.*, privilegiar los comentarios polémicos o políticamente incorrectos, con completa independencia de toda preocupación por la “consistencia” y ausencia de “doble estándar” que se reclama desde las primeras páginas)?

Debo aclarar también —y, contra lo escrito por MORGENSTERN en respuesta a una primera versión de este texto— que ello no me lleva a pensar que “Malamud Goti y Alfonsín serían entonces, según Gargarella, los padres de “la cara del cliente” a partir de los ’80”.¹⁶ Ello, entre otras cosas, porque esa idea —otra vez, a partir de la vocación por privilegiar la gracia o la provocación, antes que el argumento— sugiere una visión del derecho con la que no coincido: una visión dominada por tramposos, timadores, gente que engaña y usa al derecho como cobertura para sus negocios, donde todos son clientes o empresarios legales, y donde la moneda de cambio es el dinero, no la justicia. Alfonsín y Malamud entendieron que había razones políticas, urgentes, vinculadas tal vez con la necesidad de mantener la estabilidad democrática, que exigían esas medidas de perdón o impunidad. Eso podría ser reprochable por razones de mal cálculo o de principios que se quiebran, pero nunca en términos de comercio, negocio o timo, como la pobre idea de “la cara del cliente” propone.

De manera similar, ROSLER, en el texto citado de 2018 (sobre “el estado de derecho para todas las estaciones”), trivializa el conflicto interpretativo en juego declarando, simplemente, que el Congreso se equivocó al dictar la ley interpretativa, y que la Corte se equivocó también, en

¹⁵ NINO, *Juicio al mal absoluto*, Buenos Aires: Siglo XXI, 2015.

¹⁶ MORGENSTERN, “El héroe solitario...”, *supra* nota 7.

“Batalla”, al reconocerle valor a esa ley. Ello como si, de algún modo y a través de dicho proceso, se hubiera buscado ajusticiar a los enemigos del pueblo, vulnerando lo establecido por el derecho argentino. Subraya ROSLER: “semejante disposición” —la ley 27.362— “es claramente inconstitucional, tal como surge hasta de una muy rápida lectura del art. 18 de la Constitución”. Según entiendo, este es, precisamente, el tipo de afirmaciones arrogantes que no podemos hacer: frente a un caso difícil, que nos exige un enorme esfuerzo interpretativo, y en el que intervienen la ciudadanía, todo el Congreso y la Corte, con posiciones compartidas, afirmo que, en verdad, el que lleva la razón soy yo, proclamando que la resolución del caso es “claramente inconstitucional”, según la rápida lectura que hago del art. 18. Reclamaría, frente a tales dichos, un poco de modestia constitucional —alguna duda sobre la fortaleza y “verdad” de la propia posición.

Para que se entienda lo señalado: no estoy afirmando que la interpretación correcta de una norma controvertida es la que surge del otro lado de la ecuación, esto es, la que ocasionalmente (“en la plaza”) recibe respaldo mayoritario. Estoy simplemente resistiendo la postura elitista que afirma “yo soy quien entiende el significado del derecho; todos los demás están haciendo derecho conforme con la cara del cliente” (haciéndole “trampa” al derecho para condenar a su enemigo). Esto no es así: no discutimos, aquí, sobre si vamos a respetar o no el principio de “debido proceso” o “ley más benigna”, sino sobre la aplicación del principio de “ley más benigna” en un caso muy difícil. El caso era difícil, insisto, por varias cuestiones a las que me refería en mi texto del 2018: i) el legislador dictó la ley del 2x1 consciente de que los beneficios que dicha ley reconocía no iban a aplicarse sobre los delitos de lesa humanidad, entonces amnistiados; ii) el delito en cuestión (desaparición de personas) es un delito “continuo”, que por lo tanto el acusado “lo seguía cometiendo” (el Código Penal y el principio de ley más benigna aludiría en cambio a delitos ya terminados); iii) los crímenes de lesa humanidad siempre “corrieron por cuerda separada” en relación con los demás delitos, tanto por su gravedad, como por las exigencias de la comunidad internacional en la materia.

Tales situaciones no representan un “invento” destinado a manipular al derecho a nuestro gusto (conforme con “la cara del cliente”), a partir de la “excusa” de una grave dificultad interpretativa. Esto es, sin embargo, lo que sugiere ROSLER en su texto del 2018 cuando sostiene —banalizando la discusión una vez más— que “no faltan los acólitos de Chavela Vargas que creen que la sola existencia de gente que cree que la ley del 2x1 requiere una ley interpretativa demuestra que la ley del 2x1 no es clara”. Desde mi punto de vista, nos enfrentábamos entonces a una trágica cuestión interpretativa, propia de un caso muy difícil, y optamos por buscar la respuesta de un modo que, en principio, podemos considerar democrático y constitucional, esto es, recurriendo a todo nuestro aparato institucional en sus máximos niveles (incluyendo al

Congreso, que respondió de forma casi unánime, y a los tribunales, que incluyeron la intervención de la Corte, es decir, a su máxima instancia). En una democracia constitucional, dicha vía de respuesta —o, más bien, el procedimiento escogido para obtenerlo— resulta, en principio, razonable y sensato: se trata del modo en que las democracias consolidadas buscan actuar, esto es, consultando a los órganos democráticos y habilitando la intervención de todos sus organismos de control.

Lo dicho torna visible un último punto, que aquí meramente menciono, y que tiene que ver con las teorías interpretativas. El hecho es: lo admitamos o no, siempre recurrimos a teorías interpretativas para dar respuestas a los interrogantes y dudas jurídicas que se nos aparecen. Estamos interpretando el derecho —o directamente proponiendo, de forma más o menos explícita, una teoría interpretativa— cuando decimos “el problema se resuelve así porque es lo que dijo el constituyente”; o “esto es lo que había escrito Juan Bautista Alberdi en su proyecto originario”; o “esto es lo que significa la expresión ‘más benigna’ según el diccionario”; o “esta es la conclusión a la que llega toda la doctrina comparada,” o “esto es lo que establece la Declaración de los Derechos Humanos”; o “esto es claramente inconstitucional, como se deduce de la rápida lectura que hago del art. 18”. Cualquiera de estas afirmaciones nos compromete con una particular teoría interpretativa (originalista; del “living tree”; teleológica; de interpretación literal; etc.). Quiero decir: el mundo de la interpretación jurídica no se divide entre quienes nos proponemos interpretar el derecho y quienes simplemente “lo leen” y nos revelan su sentido “verdadero”. El mundo jurídico se divide, más bien, entre doctrinarios que sostienen teorías interpretativas diferentes. La teoría interpretativa por la que yo abogo, y que no voy a defender aquí porque ya lo he hecho en otros lados, tiene que ver con las concepciones “dialógicas”, y sostiene que, ante los casos difíciles (*i.e.*, cómo pensar el aborto, o el matrimonio igualitario, o las leyes del perdón), lo mejor que podemos hacer es (no votar simplemente, ni imponerle a nadie nuestra visión sino) recurrir a un proceso de discusión colectiva, que incluya a la sociedad civil, y a todo el aparato institucional y de controles del que disponemos.¹⁷ En tal sentido, y por ejemplo, la discusión que iniciamos en el 2018 sobre el aborto y, entonces, cómo interpretar ideas como las de “vida” o “libertad” o “dignidad” en temas de salud reproductiva, a la luz de nuestro derecho “local” y el derecho internacional de los derechos humanos, representa una excelente muestra del tipo de procesos por los que abogo: frente a nuestros más fundamentales desacuerdos jurídicos,

¹⁷ GARGARELLA, *El derecho como conversación entre iguales*, Buenos Aires, Siglo xxi, 2023.

necesitamos abrir una discusión pública en la que intervenga, en lo posible y como ocurriera entonces, toda la sociedad, y en la que participen, de forma también protagónica, todo nuestro entramado institucional, incluyendo obviamente al Congreso y a la Corte Suprema. No digo que todos los casos posibles puedan o deban resolverse así, sino que señalo que hay muchas formas razonables de pensar y resolver los desacuerdos jurídicos que tenemos, y no una sola.

V. Conclusión

Concluyo volviendo al comienzo. Me interesó, en las páginas anteriores, tomar la ocasión de la llegada de este nuevo libro de Federico MORGENSTERN —que celebro— para debatir sobre algunos de los muchos temas, y las muchas cuestiones jurídicas fundamentales que la obra plantea. El libro de MORGENSTERN nos ayuda a revalorizar el enorme valor del trabajo y los aportes realizados por un jurista tan importante como Jaime Malamud Goti; nos fuerza a repensar cuestiones fundamentales de teoría interpretativa; nos exige discutir sobre los modos en que pensamos sobre los casos difíciles en la Argentina (muy en especial, los relacionados con los juicios de lesa humanidad); nos sugiere volver a indagar en torno a las relaciones entre derecho, moral y política, etc. Por todas las razones anteriores, y más allá de las muchas críticas que me merece, celebro la publicación de *Contra la corriente*, el importante estudio que nos presenta Federico MORGENSTERN.

VI. Bibliografía

BEADE, Gustavo et al., *Política criminal y derechos humanos: libro homenaje a Jaime Malamud Goti*, Buenos Aires, Hammurabi, 2024.

GARGARELLA, Roberto, *Castigar al Prójimo*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2016.

GARGARELLA, Roberto, *El derecho como conversación entre iguales*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2023.

MORGENSTERN, Federico, “El héroe solitario, la libertad y la balanza (III)”, en *Seúl*, 2024, disponible en: <https://seul.ar/el-heroe-solitario-la-libertad-y-la-balanza-iii/> [enlace verificado el día 28 de septiembre de 2025].

NINO, Carlos, *Juicio al mal absoluto*, Buenos Aires: Siglo XXI, 2015.

RAWLS, John, *Lectures on the History of Political Philosophy*, Cambridge, Mass., Harvard U.P., 2007.

ROSLER, Andrés, “El Estado De Derecho Para Todas Las Estaciones”, en *En Disidencia*, 2018, disponible en: <https://endisidencia.com/2018/12/el-estado-de-derecho-para-todas-las-estaciones/> [enlace verificado el día 28 de septiembre de 2025].

ROSLER, Andrés, *Si quiere una garantía compre una tostadora*, Buenos Aires, Ediciones del Sur, 2023.

SUNSTEIN, Cass, *How to Interpret the Constitution*, Princeton, Princeton University Press, 2023.

Traducción

JAIME, LAS VÍCTIMAS Y LA CPI

George P. FLETCHER*

Fecha de recepción: 9 de abril de 2025

Fecha de aceptación: 29 de septiembre de 2025

Resumen

El libro de Federico Morgenstern, *Contra la corriente*, aborda un capítulo vital en el desarrollo del derecho penal internacional: los juicios penales en Argentina en la transición de la dictadura hacia la democracia. Jaime Malamud desempeñó un papel fundamental en esta transición. El resultado fue que el derecho penal pasó a centrarse en las víctimas y no en los acusados, y así surgió el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, que aborda en primer lugar la difícil situación de las víctimas cuando el Estado se niega a perseguir penalmente a los presuntos autores. A diferencia de la Declaración de Derechos de los Estados Unidos, que se centra exclusivamente en los derechos de los acusados, el Estatuto de Roma, que dio forma a la experiencia argentina, representa un cambio fundamental en el enfoque de la justicia penal.

Palabras clave: Juicios a las Juntas, Derecho penal internacional, Estatuto de Roma, Víctimas, Corte Penal Internacional

Title: Jaime, the Victims and the International Criminal Court

Abstract

Federico Morgenstern's book *Contra la corriente* addresses a crucial chapter in the development of international criminal law: the criminal trials held in Argentina during the transition from dictatorship to democracy. Jaime Malamud played a fundamental role in this process. The result was that Criminal Law began to focus on the victims rather than the accused, leading to the creation of the Rome Statute of the International Criminal Court, which primarily addresses the plight of victims when the state refuses to prosecute alleged perpetrators. Unlike the United

States Bill of Rights, which focuses exclusively on the rights of the accused, the Rome Statute—shaped by the Argentine experience—represents a fundamental shift in the approach to criminal justice.

Keywords: The Trial of the “Juntas”, International Criminal Law, Rome Statute, Victims, International Criminal Court

En la década de 1990 fuimos testigos de un cambio importante en nuestra forma de pensar sobre el delito y la pena. Cambiamos nuestro enfoque desde el acusado hacia la presunta víctima. Cuando digo “nuestros”, me refiero a los abogados que se dedican a asuntos prácticos, así como a los estudiosos del derecho penal.

La tesis de este artículo es que Argentina estuvo en el centro de este cambio radical y mi querido amigo de muchos años Jaime Malamud Goti fue uno de los actores clave en este cambio de orientación.

El papel de Jaime en esta transición se explica en el nuevo y brillante libro de Federico Morgenstern, *Contra la corriente*.

Si nos fijamos en la Declaración de Derechos de la Constitución de los Estados Unidos o, de hecho, en cualquier documento jurídico de las democracias occidentales, encontraremos un enfoque centrado únicamente en los derechos del acusado. El debido proceso, el derecho de defensa, el hábeas corpus... todos estos conceptos, y otros no mencionados, parecen estar preocupados por los derechos del acusado.

La prueba del cambio de enfoque desde el acusado hacia la presunta víctima es el Estatuto de Roma, que establece la Corte Penal Internacional a finales de la década de 1990. El preámbulo introduce un nuevo concepto en la justicia penal: “impunity”. O, en español: impunidad. La impunidad es el miedo de toda víctima. Se plasma en el siguiente escenario: la víctima siente que ha sido vulnerada, va a la estación de policía, presenta una denuncia y la policía no hace nada. El sufrimiento de la víctima se multiplica.

La diferencia entre el enfoque en la víctima y el enfoque en el acusado se plasma en la distinción entre equidad (*fairness*) y justicia. El acusado, sea culpable o no, quiere un juicio equitativo (*fair*). Las víctimas quieren justicia. Salen a la calle para exigirla. Como las madres y abuelas en Argentina, golpean cacerolas y sartenes hasta que se les escucha.

Quizá sea bien sabido que, después de que las juntas militares en Argentina privaron de su libertad a sospechosos, los torturaron, nunca los juzgaron y muchos de ellos fueron arrojados desde aviones en el Río de la Plata. Quizás sea bien sabido que la experiencia en Argentina se encuentra en el centro de este cambio global, pero quizás no. No es casualidad que el primer fiscal de la CPI, Luis Moreno Ocampo, sea argentino. Sin embargo, sigue siendo un poco misterioso por qué Argentina fue el país que debió estar en el centro de este cambio cuando había dictaduras en todo el mundo.

No me refiero a los casos obvios anteriores a la Segunda Guerra Mundial. Después de eso, solo tenemos que mirar a China, Corea del Norte y Rusia, por nombrar los ejemplos más claros. Sin embargo, por alguna razón, el hermoso país que rodea Buenos Aires ha pasado a primer plano en la imaginación popular. Me acuerdo de esto cada vez que escucho a Madonna cantar “Don't Cry for Me, Argentina”, una canción con un mensaje fascista. El llamamiento es a la lealtad al líder, como si fuera un amante benevolente.

1. ¿Quién es una víctima? En la superficie, la tesis parece simple: un cambio de perspectiva desde el acusado a la víctima. Pero debajo de la superficie se encuentran muchos problemas de teoría del derecho. El primero es: ¿Quién es una víctima? Este problema me llamó la atención durante el famoso juicio de Bernhard Goetz por disparar y herir gravemente a cuatro jóvenes afroamericanos en el tren subterráneo de Nueva York a principios de los ochenta. El fiscal Gregory Waples se refería constantemente a los cuatro jóvenes heridos como víctimas. El abogado defensor, naturalmente, se opuso: el uso de la palabra generaba simpatía por los cuatro jóvenes frente al jurado. Pero ¿cuál debería ser la descripción adecuada? “Presunta víctima” (*alleged victim*) no suena bien en inglés. Al final, el juez Stephen Crane decidió que los abogados debían utilizar simplemente el término “jóvenes” para referirse a las personas que recibieron los disparos de Goetz.

2. Ya que estamos con el tema del lenguaje, no es tan fácil traducir las palabras “equidad” (*fairness*) y “justicia” al español o, de hecho, a cualquier idioma importante, excepto, curiosamente, al hebreo, el idioma de la Biblia. Esto me parece bastante extraño. Parece que hay algo británico en el dicho: “Lo que cuenta no es ganar o perder, sino cómo se juega” (*It is not winning or losing that counts, but how you play the game*). Pero esto se escucha al comienzo de cada pelea de boxeo: el árbitro siempre dice: “Y que haya una pelea limpia” (*And have a fair fight*).

3. Considérese el problema de traducir el famoso principio de John Rawls: “Justicia como equidad” (*justice as fairness*). Lo que Rawls quiso decir es que, si los principios de justicia se eligen mediante un procedimiento equitativo, los principios resultantes serán justos. Los alemanes simplemente mantuvieron el inglés: “*Gerechtigkeit als Fainess*”. Esa parece ser la mejor solución. Pero podría haber un aspecto cultural más profundo en juego. Por alguna razón, el idioma inglés está profundamente influenciado por metáforas del mundo de los deportes. Considérese la siguiente: igualdad de chances (*level playing field*), no esconder la pelota (*don't hide the ball*), no repartir desde el fondo del mazo (*don't deal from the bottom of the deck*). Hay, por supuesto, muchas más, pero el problema interesante es el porqué. Los argentinos están obsesionados con el fútbol y, en particular, con el famoso número 10: Diego Maradona y Lionel Messi. Sin embargo, no conozco metáforas del fútbol que se hayan infiltrado en ningún idioma.

4. En cuanto a la traducción, una vez le pregunté a un colega italiano, Ugo Mattei, qué diría un niño italiano en la siguiente situación: los niños están jugando a las bolitas y uno de ellos hace trampa, ¿qué dirían sus competidores? Me respondió, para mi sorpresa: *Non e leale*. En otras palabras, el niño tramposo es un participante legítimo del grupo. Es fiel a los principios que hacen posible el juego entre amigos, pero es desleal. Hay algo importante aquí. Si no me equivoco, la noción de “*unfair competition*” se traduce al español y al italiano como “competencia desleal”.

5. En un punto técnico: ¿quién es la víctima en un caso de homicidio? Obviamente, el muerto, pero esto no tiene relación con quién podría hacer la declaración de impacto de la víctima en el momento de la imposición de la pena. Así que la elección habitual son los parientes cercanos, pero eso parece arbitrario. Podría haber tíos que querían al acusado, otros que lo odiaban. ¿Y por qué importan sus opiniones? Bueno, en realidad no sabemos por qué castigamos a los delincuentes condenados. Como mínimo hay una controversia constante entre los que están a favor de la retribución, otros que apoyan la disuasión y otros que tienen otros puntos de vista o ninguno en particular.

6. Otro problema es el papel de las “víctimas” en la sociedad en general. En un libro que escribí en 1995, *With Justice for Some: Protecting Victims' Rights in Criminal Trials*, como indica el título, me centro en las víctimas colectivas. El libro se inspira en las protestas públicas de cuatro grupos de víctimas, que se analizan a continuación:

7. Los gays de San Francisco salieron a la calle tras el asesinato de Harvey Milk y el juicio de Dan White. White fue condenado por homicidio simple (*manslaughter*) y la comunidad gay local

no quedó satisfecha. Lo interesante es que el alcalde George Moscone, un italoamericano, también fue asesinado, pero los italianos no protestaron.

8. Las víctimas eternas de la sociedad estadounidense: los afroamericanos, en aquel entonces llamados negros. Por supuesto, para esta minoría, como para todas las demás, hay términos despectivos que usan los intolerantes. El capítulo de mi libro fue provocado por el asesinato de Rodney King a manos de cuatro oficiales de la policía de Los Ángeles. Una fuente perenne de historias de injusticia, a veces merecida, pero más comúnmente injustificada. Rodney King pronunció la famosa frase: “¿No podemos llevarnos bien?” (*Can't we all just get along?*).

9. El tercer grupo son los judíos, víctimas (con las que me identifiqué personalmente) de una persecución un tanto disparatada por parte de una pequeña minoría. El tema central de mi libro fue el juicio de Lemrick Nelson, un afroamericano que asesinó a un judío jasídico en Crown Heights, un barrio de Brooklyn donde los judíos jasídicos y los afroamericanos viven muy cerca. La razón es que muchos jasídicos viven en esa zona porque el rabino de Lubavitch estableció su centro en la calle 770 de Riverside Parkway y sus seguidores siguen vinculados al barrio. Casi no hay contacto social entre estos dos grupos de vecinos y, naturalmente, surgen conflictos.

10. El cuarto grupo son las mujeres que no son una minoría pero que han sufrido discriminación, aunque no protestaron hasta el reciente movimiento feminista. Otros países (Argentina, Alemania, Chile, México e Italia) han tenido fuertes líderes políticas. Curiosamente, Estados Unidos no. Los hombres afroamericanos recibieron el derecho al voto en la 15.^a Enmienda después de la Guerra Civil (1865). Las mujeres no recibieron el derecho al voto hasta la 19.^a Enmienda (1922). La razón de esta aparente discrepancia no está clara.

11. Me permito contarles una anécdota de mi experiencia como fiscal en Los Ángeles alrededor de 1970. En ese momento yo era profesor en UCLA, pero el fiscal del distrito creía que todos nosotros estábamos haciendo propaganda a favor de los acusados en nuestros cursos y creo que tenía razón. Pensó que la mejor cura era llevarnos a un grupo de nosotros a la oficina local y ponernos en el frente de batalla. Yo era miembro del colegio de abogados, así que estaba más que feliz de aceptar el trabajo. Me tocó un caso de violación. Era un típico caso de “declaración contra declaración”. Los casos de violación son muy difíciles porque, por lo general, no hay testigos y la cuestión del consentimiento provoca una controversia constante. En este caso, la testigo denunciante admitió que tenía experiencia sexual previa. Cuando llegó el momento de determinarle las instrucciones del jurado, resultó que había una instrucción estándar en California

que decía lo siguiente: “la testigo denunciante ha admitido que no era casta y, por lo tanto, pueden inferir que consintió en el hecho expuesto”.

12. Casi me muero de la risa. ¿Alguien sabía lo que significaba la palabra victoriana “casto” en el mundo de la televisión y los espectáculos de striptease? Naturalmente, me opuse y, para mi sorpresa, el juez dio la instrucción estándar. Me quedé duro como una piedra, pero aprendí algo muy importante: no está claro lo que pensó el juez, pero no importó. La verdad es que si el juez cambiaba la instrucción y el acusado era condenado y apelaba, el tribunal de apelación probablemente habría revocado la sentencia; si el juez daba la instrucción estándar y el acusado era absuelto, justamente o no, nadie podría apelar (en el sistema jurídico del common law, solo el acusado condenado tiene derecho a apelar). Desde el punto de vista personal del juez, no le sentaba bien que se revocara la sentencia en apelación, así que, naturalmente, pensó en lo que era bueno para él y para su carrera.

13. Y así nació el movimiento feminista. Hicieron falta muchos libros y publicidad para cambiar las instrucciones por medio de una ley. Merece una mención especial Susan Brownmiller, *Against Our Will: The Case for Hope* (1975).

14. Otra líder destacada en este campo es mi amiga Catharine McKinnon, que presentó un caso de acoso sexual ante la Corte Suprema de los Estados Unidos y ganó. Véase *Meritor Savings Bank contra Meritor* (1986).

15. Antes de pasar a otros temas, debemos señalar que, hasta donde tengo entendido, el término “víctima” se utiliza únicamente en casos penales. No hay “víctimas” en casos de derecho privado. Hay un punto más profundo detrás de este matiz lingüístico, que exploraremos en los siguientes puntos.

16. Podemos abordar el punto más significativo planteando la pregunta: ¿Por qué la imprudencia autoprovocada no es relevante en los casos penales cuando sí lo es en los casos de responsabilidad civil? Supongo que esto es cierto en todos los sistemas jurídicos del common law y del derecho civil. Mi respuesta nos lleva a un ámbito que no se considera con frecuencia en la teoría del derecho penal, a saber, la relación entre el derecho y la religión. La palabra víctima, que deriva del latín, tiene cognados en prácticamente todos los idiomas del mundo occidental. Por supuesto, podríamos decir simplemente “la parte perjudicada”, y creo que en el antiguo sistema soviético y quizás en el ruso contemporáneo esto es así.

17. La palabra en hebreo es *Korban* y se ha trasladado al turco. La palabra aparece en el Levítico al prescribir los criterios para un sacrificio ritual. El animal sacrificado debe estar libre de toda mancha. A partir de este origen improbable, el sistema jurídico occidental ha asumido simplemente, sin razonar, que la “víctima” en los casos penales (recuérdese que la palabra no se utiliza en el derecho privado) se supone que está libre de manchas, de faltas y, por lo tanto, la imprudencia autoprovocada se considera irrelevante en el derecho penal. Permítanme añadir que nunca he conocido a muchos académicos que acepten esta tesis, principalmente porque no aceptan la suposición de que el derecho y la religión están entrelazados.

18. En resumen, en honor a mi viejo amigo Jaime Malamud, así como a Carlos Nino y Carlos Rosenkrantz, Argentina ha desempeñado un papel clave en el desarrollo del derecho penal internacional y ha ayudado a explicar el cambio hacia la justicia para las víctimas en la década de 1990. En el futuro, esperamos encontrar una manera de honrar a las víctimas y, al mismo tiempo, proteger todos los derechos procesales de los acusados en un proceso penal.

Este último punto aparece con especial claridad en el libro de Federico Morgenstern sobre la labor de Jaime Malamud Goti en un juicio histórico. Disfruté esta obra sobre mi gran amigo Jaime y la considero una magnífica exploración de la vida intelectual, la cultura y el derecho comparado de los últimos cincuenta años aproximadamente. En particular, quedé muy impresionado con las discusiones sobre Avishai Margalit, en el marco de las Leyes de Punto Final, así como las referencias a autores como Edward Said, Bruce Ackerman, John Gardner y al pensamiento judío en general. En definitiva, el libro de Federico Morgenstern aborda un capítulo vital en el desarrollo del derecho penal internacional: los juicios penales en Argentina en la transición de la dictadura hacia la democracia. Jaime Malamud Goti desempeñó un papel fundamental en esta transición.

Recensiones

“CONTRA LA CORRIENTE”, DE FEDERICO MORGENSTERN

Daniel R. PASTOR*

Fecha de recepción: 5 de marzo de 2025

Fecha de aceptación: 29 de septiembre de 2025

MORGENSTERN, Federico, *Contra la corriente*, Buenos Aires, Ariel, 2024.

I

MALAMUD GOTI es un experto en muchos campos, desde la teoría del derecho a las sutilezas de la dogmática penal, y desde la filosofía política a la moral pasando por el arduo análisis del sistema judicial. Dispone además de un talento sublime para transmitir sus densas ideas con toda claridad y con un lenguaje ameno, no exento de un humor exquisito. Dotado de esos instrumentos, no eludió el desafío de llevar su ciencia al territorio e involucrarse, sin temor a los enormes riesgos reales que ello suponía, en el diseño y realización de los mecanismos con los cuales la democracia constitucional, entre 1983 y 1989, se ocupó de los crímenes aberrantes de la dictadura de 1976/83. No quiso que sus creencias y planteamientos intelectuales fueran solo de papel y salió al ruedo para intentar que fueran efectivos. Lo hizo en el momento más difícil para ello, pero su decidida intervención en la materia no fue un error de *timing*, era el tiempo preciso para actuar de esa manera, viniera lo que viniera: las dificultades de implementación de lo ideado, las reacciones violentas de los más afectados, las frustraciones en la realización de lo resuelto, la insatisfacción de tirios y troyanos, la crítica de juristas queridos y admirados y, en fin, la propia evaluación de lo actuado, pues MALAMUD GOTI demostró ser un severo juez de sí mismo.

* Profesor de Derecho Penal y Procesal Penal (UBA).

Aprovecho el extraordinariamente atractivo libro de Federico MORGENSTERN, dedicado a Jaime MALAMUD GOTI y su papel en el tratamiento de esas gravísimas atrocidades perpetradas desde el poder y su abuso por un gobierno ilícito, para referirme a ese tema tan delicado.¹ Justamente el objeto central de ese trabajo es el pensamiento y el comportamiento de MALAMUD GOTI enfrentado a la situación más ingrata a la que se puede ver expuesta una persona de derecho íntegra y erudita: procesar desde un Estado legítimo, sin salirse del derecho, atrocidades cometidas por quienes tenían todavía mucho poder, formal y clandestino, y un gran apoyo de amplios sectores de la sociedad.²

La obra de MORGENSTERN estudia también las elaboraciones que el destinatario del homenaje desarrolló, acerca de la marcha que tuvo en la doctrina, en la política y en el Poder Judicial, después de 1989, la cuestión de los crímenes de la dictadura, en particular tras la privación de todo efecto a cualquier tipo de gracia que impidiera el enjuiciamiento o la ejecución de las penas impuestas oportunamente. En esta última etapa, MALAMUD GOTI lo hizo sin compañía, trabajando en —parafraseando a MORGENSTERN— la soledad del filósofo, mientras que, para la primera época, este habla de Alfonsín y (la soledad de) los filósofos, para referirse al equipo creativo y ejecutivo del tratamiento integral, en los años ochenta, de esas atrocidades.³ La insistente mención a MALAMUD GOTI en mi texto pretende rendirle tributo, no devaluar la intervención de los demás actores del drama que siguió a la tragedia de la dictadura.

El trabajo de MORGENSTERN, que tomo de excusa para tratar el mismo asunto honrando al mismo destinatario, es, por lo demás, fuera de lo común por varias características adicionales. Es antidisciplinario, tanto porque se nutre de muchas fuentes, muy concernientes a su investigación, algunas de ellas metajurídicas. Es un texto innovador escrito en un estilo expositivo bastante impropio de las publicaciones usuales de derecho. El libro está documentado con una

¹ MORGENSTERN, *Contra la corriente*, Buenos Aires, Ariel, 2024 (las citas referidas solo con número de página corresponden a esta obra). En el Epílogo al libro Andrés ROSLER es quien destaca el alto nivel de exigencia y cuestionamiento al que MALAMUD GOTI se sometió durante toda su vida (p. 377).

² En su Prólogo al libro, Martín FARRELL, otro jurista involucrado en el procesamiento y castigo de esos hechos, recuerda que “La sociedad no reclamaba este castigo, como lo muestra el hecho de que el candidato justicialista, que era un político hábil y experimentado, estaba en contra de la medida” (p. 13).

³ Junto a MALAMUD GOTI es Carlos NINO el otro personaje principal de ese equipo de notables integrantes, en el que intervino intensamente también Martín FARRELL, como ya se dijo, y un grupo de colaboradores de calidad excepcional (pp. 21-24).

exhaustividad implacable. Su autor analiza con independencia de criterio, rigurosidad y espíritu crítico las vicisitudes que vivió MALAMUD GOTI en la historia que narra, presentando todo un entorno de interacción, rico en personas y posiciones —sobre todo las que lo cuestionaron duramente—, sin cuyo conocimiento detallado, prolijamente examinado, el estudio del tema no estaría completo ni sus frutos serían todo lo robustos que el autor consiguió que sean. Otra de las peculiaridades reside en que, aunque MORGENSTERN no hace carrera en ese mundo,⁴ elaboró el texto de un cabal profesor universitario, por lo ya dicho sobre el rigor de su ciencia, pero también, como lo destaca ROSLER en su Epílogo, por su propósito de buscar la verdad,⁵ algo que actualmente se echa de menos en la mayoría de los profesionales de la investigación y de la enseñanza del derecho, más preocupados en agradar a quien sea (que tenga poder), para progresar en el desempeño no académico del oficio, que en ser creadores críticos de conocimiento nuevo. La apatía y la indiferencia de muchos expertos de la enseñanza del derecho penal ante los temas recientes que queman en la materia hizo de ROSLER un necesario penalista,⁶ y de MORGENSTERN, un gran profesor.⁷

Se disfruta también el recurso de MORGENSTERN, indicado por ROSLER, al uso cultísimo de literatura que por la fuente podría parecer no especializada, pero que es especializada.⁸ Porque no

⁴ No escribe para hacer carrera (p. 39). Un alivio, en estos tiempos en que llueven publicaciones, de fallida calidad, que se explican solo por la necesidad de los concursados de engordar el CV para hacer carrera en el régimen represivo estatal, donde se gana mucho y bien, trabajando poco y mal. Compresión le pido a quienes en ese medio se dedican a servir a la República con calidad y compromiso. Un puñado de personas que sabrán disculparme, pues ¿qué sería de la ciencia sin generalizaciones?

⁵ P. 377.

⁶ ROSLER, *La ley es la ley*, Buenos Aires, Katz, 2019; *Si quiere una garantía compre una tostadora. Ensayos sobre punitivismo y Estado de derecho*, Buenos Aires, Editores del Sur, 2022; *Estado o Revolución. Carl Schmitt y el Concepto de lo Político*, Buenos Aires, Katz, 2023.

⁷ Es una calamidad para la investigación y la enseñanza en torno del poder de castigar que la Universidad tenga un plantel docente integrado en su mayoría por funcionarios judiciales que, comprensiblemente, además de estar muy condicionados por la subsistencia y la carrera, están muy involucrados, casi como militantes, en las causas por los crímenes de la dictadura, con algunos riesgos importantes para sus vidas y tranquilidad, aunque incomparables con los sufridos por las personas que se ocuparon de estos casos en la década de 1980. Son muy buenos funcionarios por la misma razón por la que son muy malos académicos, pues como tales no practican la objetividad ni consideran circunstanciales sus proposiciones, por no hablar de su absoluta incapacidad de revisión de los puntos de vista, sin autocritica, solo autocrítica.

⁸ P. 376. El derecho es un fenómeno político, social y cultural, de modo que todos los seres humanos están involucrados en sus vicisitudes, especialmente quienes escriben acerca de ello, en particular si no son del gremio, lo que asegura su independencia por falta de condicionamientos y, por consiguiente, garantiza la calidad de la obra. No es casual, por eso, que la literatura se ocupe de las miserias del sistema penal más y mejor que la bibliografía experta.

es un adorno, son razonamientos muy apropiados para dar cuenta de las vicisitudes del saber y del poder. El autor, así, robustece su pensamiento analítico por la compañía que le brinda esa narrativa de excelencia a su posición en el tema. No es un catálogo de banalidades eruditamente ilustradas, es una obra que otorga el prestigio que importa, porque se abstiene de hacer una excursión cultural, sin compromiso, solo para exponer una gran formación general al servicio de indolentes trivialidades jurídicas. La erudición de MORGENSTERN es otra cosa, es formar un equipo para entrar en el infierno de Dante, no en la sala en la que se rinde una oposición para un cargo o a esas aulas donde se aplaude todo lo que sea *mainstream* o en las cuales se tolera que lo expuesto no tenga la menor relevancia.

Contra la corriente es también una reflexión sobre el derecho penal, como dice su autor,⁹ pero una muy oportuna, juzgo por mi parte. Por el asunto escogido y por su estilo confrontativo, aunque comprendo el disgusto de quienes puedan considerar que sus palabras ofenden a los dioses y a las causas más sagradas. MORGENSTERN examina un tema que es necesario afrontar y se las ve con las ideas que hay que contraponer hasta promediar un resultado que es fruto de la seriedad de su emprendimiento. No es un libro para ganar amigos.¹⁰

Mi contribución, pobre, pero, como se ve enseguida, muy pretenciosa, es un homenaje a MALAMUD GOTI, encubierto en el comentario al libro de MORGENSTERN escrito en homenaje a MALAMUD GOTI. Además, en esa obra hay un tributo a SANCINETTI, cuyos trabajos son analizados con respeto y admiración. Se ha formado un *power trio*, al ser construida una conversación entre MALAMUD GOTI y SANCINETTI que pone fin, sin someterlos a un careo, a un “diálogo entre ausentes”,¹¹ actuando MORGENSTERN como mediador.¹² Se nota mucho que, al fin y al cabo, solo nos quedan espejos y laberintos.¹³

⁹ P. 41.

¹⁰ P. 39. Ni para hacer carrera judicial, mercado en el cual, paradójicamente, personas independientes, como MORGENSTERN, tienen mala prensa.

¹¹ Cito a ROSLER que cita a MEIER (P. 379).

¹² P. 313 ss.

¹³ Son tres juristas caracterizados por el compromiso con la metodología de su saber, a la que se entregan sin concesiones. No son hipócritas ni dependientes. Sus ideas no muestran las tendencias y censuras de quienes están condicionados por las evaluaciones de las que depende su estabilidad laboral y su ascenso en la vida profesional. Acuden a la mente, junto a MALAMUD GOTI, SANCINETTI y MORGENSTERN, también GARGARELLA y ROSLER, entre un puñado más, como expertos del derecho con posiciones críticas e indispensables, basadas en argumentos jurídicos y en los valores de la democracia

En lo que sigue me referiré al problema de los crímenes masivos de organizaciones estatales, en general, para exponer una matriz de análisis (II), continuaré con alguna consideración sobre el tratamiento de ese tipo de hechos en Argentina, entre 1983 y 1991 (III), para después pasar a examinar el efecto de los indultos de los años noventa y la reapertura de los procesos por esos delitos, ya en el siglo XXI (IV), para finalmente concluir en un balance de lo tratado (V).¹⁴

II

Juzgar penalmente es de ordinario una función difícil.¹⁵ En el caso de los crímenes masivos de un Estado totalitario los desafíos son aún mayores, muchos de los cuales, desafortunadamente, resultan casi insuperables. Las distintas experiencias, que comienzan con el final de la Primera Guerra Mundial y llevan ya más de un siglo de recorrido, lo demuestran. Como señaló Carlos NINO, cada experiencia es diferente y no hay un método único aplicable.¹⁶

Antoine GARAPON, uno de los juristas más interesantes y activos en el tema y autor de varios trabajos sobre justicia, verdad y memoria, proporciona para estas situaciones una fórmula dramática. Su libro más sugerente expresa desde el título a qué nos enfrentamos en estos casos: crímenes que no se pueden perdonar... ni castigar.¹⁷ Este llamado de atención es muy atinado. Impedir la impunidad para cualquiera de estos hechos resulta ideal desde todo punto de vista, y, sin embargo, no solo es imposible, sino que, incluso cuando es posible, el castigo va a ser aplicado, en mayor o menor medida, de un modo incompatible con el derecho. Esto se prueba con unas preguntas retóricas: ¿De cuánta destreza actoral debe disponer una persona de derecho

constitucional, expuestas sin medir la incomodidad que van a sufrir por ello, sino porque, provisional y relativamente — como se estilaba en la ciencia —, las consideran verdaderas.

¹⁴ En el desarrollo de esos temas, además de poca originalidad, se notarán muchas omisiones, deficiencias para las cuales suplico la clemencia de los lectores, invocando como excusa que pretendo expresarme sobre algunos de los asuntos del libro de MORGENSTERN, no reeditarlos ni reescribir la historia.

¹⁵ ANDRÉS IBÁÑEZ, *Tercero en discordia. Jurisdicción y juez del estado constitucional*, Madrid, Trotta, 2015, pp. 27 y 346.

¹⁶ NINO, *Juicio al mal absoluto*, 2.ª ed., Buenos Aires, Siglo veintiuno, 2006, p. 191: “La lección más general es que no hay ninguna lección general”. En el Prólogo al libro de NINO Raúl Alfonsín afirma que “No existía, por otra parte, una fórmula preestablecida sobre la mejor manera de enfrentar los crímenes del pasado” (*op. cit.*, p. 10). En el mismo sentido se pronuncia MORGENSTERN: “No hay una receta general para la justicia retroactiva” (p. 27). En eso sigue de cerca a NINO, multicitado y muy elogiado en el ensayo, lo cual tiene que leerse como un homenaje de MORGENSTERN también a NINO.

¹⁷ Me permito el abuso de invertir el orden de los términos con el fin de dar un golpe de efecto en el texto, pero el libro es GARAPON, *Des crimes qu'on ne peut ni punir ni pardonner*, París, Odile Jacob, 2002.

para disimular una sonrisa cínica cuando pronuncia la palabra *juicio* refiriéndose al de Núremberg? ¿Cómo compatibilizar el derecho humano de todo imputado a ser juzgado por un tribunal predeterminado por la ley con los tribunales *ad hoc* de la ONU para Ruanda y la antigua Yugoslavia?¹⁸

Termina por ser obvio —y no solo deprimente— que en el procesamiento de crímenes masivos de Estado no hay forma de evitar efectos jurídicamente indeseados, debido a estas dos circunstancias: 1) una enorme cantidad de hechos, cuando no todos (caso español), quedan sin castigo (p. ej. la desnazificación alemana, como amnistía limitada encubierta, o la amnistía italiana, y la imposibilidad de los tribunales internacionales para procesar poco más que unas decenas de casos); y 2) los crímenes que resultan castigados suelen serlo con lesión de algunos derechos fundamentales de los sospechosos (tribunales especiales, no estrictamente imparciales, violación del principio de legalidad, proscripción de toda gracia admitida por la legislación [amnistía, indulto, prescripción], prisión preventiva automática y de larga duración, relajamiento de los rigores probatorios, utilización de modelos de imputación de responsabilidad objetiva prohibidos en el derecho penal, y condenas a penas infamantes [de los ahorcamientos, de Núremberg a la ejecución de Sadam Husein] o de cumplimiento en condiciones crueles e inhumanas).

Vale una breve aclaración para distraídos y malintencionados. La descripción previa no equivale a justificar las atrocidades de los estados dictatoriales ni respalda las violaciones de derechos humanos de los acusados que son cometidas por el aparato de represión penal del Estado democrático que investiga los crímenes, los juzga y los castiga sin poder evitar sus propias ilicitudes en esa labor. Solo constato hechos.

En esa encrucijada, la lúcida advertencia de GARAPON le dice a la práctica política y judicial que toda brújula será inservible. No hay camino, se hará al andar y la dirección se determinará sobre la marcha, en modo prueba y error, andando y desandando, saliendo otra vez desde la base,

¹⁸ El catálogo de problemas para enfrentar el enjuiciamiento de este tipo de crímenes, especialmente si son procesados en jurisdicciones distintas a la del lugar de los hechos, es un verdadero dolor de muelas para los cánones establecidos para ello por el sistema de los derechos fundamentales, sistema que es tan internacional como esos delitos (*vid.*, más detalladamente, MAIER, “Extraterritorialidad penal y juzgamiento universal”, en AA.VV.: *Estudios en homenaje al profesor Enrique Vescovi*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2000; MALAMUD GOTI, *Los dilemas morales de la justicia internacional*, Buenos Aires, Miño y Davila, 2003; PASTOR, *El poder penal internacional*, Barcelona, Atelier Libros S.A., 2006).

pero con otro rumbo, y conviviendo permanentemente con la frustración, pues hasta lo que es celebrado como éxito en un momento, es visto como un desacierto con los años. En esta materia es preciso asumir que ninguna decisión quedará libre de acertadas objeciones.

III

En cuanto a la primera etapa de la experiencia argentina, que va desde 1983 a los indultos de 1991, formulo exclusivamente unas breves consideraciones, pues no estoy en condiciones de agregar nada distinto a lo que fue expresado por numerosos expertos en la materia que me superan en calidad, de lo cual es ejemplo el ensayo de MORGENSTERN.¹⁹ Mi reflexión, que sigue el hilo argumental de su obra, prioriza la integridad de Jaime MALAMUD GOTI y también la de su némesis, Marcelo SANCINETTI, y su obra.²⁰ Tuvieron un desacuerdo casi contencioso, pero lo hicieron desde su ciencia y sus convicciones, queriendo ambos ser útiles a la fundación, por medio del ejercicio del poder de castigar en lo que toca a este, de un Estado constitucional y democrático de derecho. Y pagaron por ello.²¹ MALAMUD GOTI corrió riesgos físicos por parte de los incivilizados. También sufrió críticas que, en algún caso, como las de SANCINETTI, fueron realmente feroces, producto del compromiso y apasionamiento de este con sus principios. Ese empeño supuso para SANCINETTI, por su parte, un cierto aislamiento, que describe MORGENSTERN²², y también una persecución penal, por los delitos de desacato e injurias, iniciada por Augusto Belluscio con motivo de las críticas de SANCINETTI al voto mayoritario de la CSJN del caso “Camps”, de 1987.²³

No puedo evitar el relato de una historia personal.²⁴ Como MORGENSTERN,²⁵ en aquellos años adherí a las posiciones de SANCINETTI, aunque sin su genio y sin su mal genio.²⁶ Entiendo que el

¹⁹ Hay además una rica bibliografía muy reciente: GERCHUNOFF, *El planisferio invertido*, Buenos Aires, Edhasa, 2022, p. 158 ss.; GIL LAVEDRA, *La hermandad de los astronautas*, Buenos Aires, Sudamericana, 2022; CARRIÓ, *Alfonsín y los derechos humanos*, Buenos Aires, Sudamericana, 2023.

²⁰ SANCINETTI, *Derechos Humanos en la Argentina post-dictatorial*, Buenos Aires, Lerner, 1988.

²¹ P. 101 s.

²² P. 268 s.

²³ Fallos: 310:1162.

²⁴ No es un acto de egolatría, es una contribución para dejar constancia de otra de mis hazañas, y de mi modestia, a mis biógrafos.

²⁵ P. 69.

²⁶ SANCINETTI es, como lo ratifica MORGENSTERN, “el mejor representante de la ciencia jurídico-penal argentina” (p. 95).

castigo penal de todo crimen, aplicado en procesos realmente limpios, consolida la democracia constitucional. Pensé entonces que, respecto de los delitos de la dictadura, ese castigo, en tanto que correspondiera, debía llegar a todos los rincones de esa criminalidad. Pero, los que así pensábamos, perdimos, jugando con las reglas. Lo acepté, incapaz de intentar poner mis seguridades discursivas por encima de las decisiones definitivas de la autoridad legítima. El Poder Ejecutivo propuso las leyes de Punto Final y Obediencia Debida, el Congreso las aprobó y el Poder Judicial las convalidó. Fin de la historia.

Lo dice mejor Fayt en su voto, coherente y valiente, del caso “Simón” de la CSJN.²⁷ Desde el punto de vista del ejercicio de la fuerza pública no importa si “Camps” estaba bien o estaba mal. Importa que, para bien o para mal, era una decisión irrevocable. Quizá horrible, tal vez no, pero irreversible y *autosatisfactiva*, porque lo resuelto, por su sola imposición, es cumplido inmediatamente.

Esta es la grandeza de la democracia constitucional, aceptar los procedimientos regulados para la acción política y saber encajar las resoluciones del poder legítimo, no solo si no nos agradan, sino incluso si las consideramos manifiestamente incorrectas. Para Yuval NOAH HARARI, “una democracia tiene que cumplir con dos condiciones: debe permitir un debate público y libre sobre cuestiones clave... y deben existir mecanismos legítimos que ayuden a alcanzar una decisión final, aunque esta no sea del gusto de todos”.²⁸

Roberto GARGARELLA se ocupó de la sentencia “Gelman” de la Corte IDH, de 2011, la cual dispuso que Uruguay remueva todo obstáculo que impida tratar judicialmente la desaparición forzada de una persona perpetrada en tiempos de un gobierno *de facto*, algo que estaba impedido por la Ley 15.848 de Caducidad de la Pretensión Punitiva, de 1986, “aprobada democráticamente, y luego respaldada popularmente a través de *dos consultas directas con la ciudadanía*”.²⁹ Este autor discrepa de esa decisión, “difícil de aceptar por varios motivos”.³⁰ Rechaza que toda amnistía tenga

²⁷ Fallos: 328:2056.

²⁸ HARARI, *Nexus*, Buenos Aires, Debate, 2024, p. 397.

²⁹ GARGARELLA, “Amnistías y tribunales internacionales. Una reflexión a partir del caso «Gelman»”, en GARGARELLA y PASTOR (Dirs.), *Constitucionalismo, garantismo y democracia*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2016, p. 341 (destacado original; las consultas a la ciudadanía son de 1989 [referéndum] y 2009 [plebiscito]).

³⁰ ÍDEM, *supra* nota 29, p. 343.

el mismo grado de legitimidad, destacando que el de la uruguay es muy elevado, mostrando esa conclusión al compararla con otras gracias de este tipo, análisis en el cual considera a las “leyes de perdón promovidas por el gobierno democrático de Raúl Alfonsín, aprobadas por el Congreso nacional y respaldadas luego por la Corte Suprema..., en principio, *democráticamente legítimas*, aunque al mismo tiempo golpeadas en su legitimidad por la presión ilegítima de los sectores militares”.³¹

La amnistía española de 1977 intentó ser dejada sin efecto en tiempos recientes por violentar el derecho constitucional de acceso a la justicia de las víctimas de las atrocidades cometidas por la dictadura franquista, hechos considerados delitos contra la humanidad por quienes requirieron investigación, juicio y castigo por tales crímenes, al calificarlos de no amnistiables e imprescriptibles por parte del derecho internacional. En el trámite de un proceso judicial al respecto, el Pleno del Tribunal Constitucional, por Auto 80/2021 de 15 de septiembre de 2021, inadmitió esas pretensiones, razonando que “los postulados constitucionales del principio de legalidad impiden que se apliquen en nuestro espacio constitucional figuras delictivas definidas en ámbitos parcialmente ajenos a nuestro ordenamiento de forma abierta, cambiante, no homogénea ni consolidada en una redacción precisa y que, además, no establecen de forma específica la penalidad que corresponde a la conducta sancionada. Desde el momento en que no es posible investigar los hechos como crimen de lesa humanidad al ser una calificación inviable, decaen también las consecuencias que el demandante vincula a la calificación como crimen internacional en orden a remover obstáculos a su persecución, esto es, la imprescriptibilidad y la amnistía de tales crímenes.”³² El TC sentencia, por ello, que “el principio de legalidad garantizado por el art. 25.1 de nuestra Constitución y el de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras desfavorables (art. 9.3 CE), impiden necesariamente que una vez extinguida la responsabilidad

³¹ ÍDEM, *supra* nota 29, p. 349 (resaltado en el original). Si bien las rebeliones criminales de aquella época llevaron a la aprobación en ese momento de la ley de Obediencia Debida, esta fue una acción política expresamente contemplada por la plataforma electoral que llevó al poder al presidente Alfonsín, mientras que su principal oponente en las elecciones del 30 de octubre de 1983, el peronista Italo Luder, postulaba la impunidad total para las atrocidades de la dictadura. Esto significa que la impunidad parcial que impuso dicha normativa tenía el respaldo del 91,91% de los electores de aquel día histórico, casi un plebiscito.

³² “Recurso de amparo 5781-2018 interpuesto por don Gerardo Iglesias Argüelles en causa penal”. El TC recalcó que “al tiempo de cometerse los hechos denunciados en la querella no existía en el ordenamiento jurídico-penal español la figura del crimen contra la humanidad, que se introduce como art. 607 bis del Código penal (CP) por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, en vigor a partir del 1 de octubre de 2004”.

penal por hechos ocurridos hace más de cuarenta años, al haberse agotado los plazos máximos de prescripción determinados expresamente en el momento de cometerse los hechos, pueda revivirse con posterioridad una responsabilidad penal ya inexistente y, en consecuencia, que puedan ser investigadas penalmente las acciones imputadas a los supuestos responsables”.

En un nuevo proceso iniciado en 2022 por crímenes cometidos en 1967 (época del tardofranquismo), el Pleno del TC volvió a ocuparse del asunto, cuando el caso llegó a su conocimiento tras haber finalizado el proceso con un sobreseimiento fundado en la ley de amnistía de 1977 y la ulterior prescripción del delito.³³ Este auto tiene la peculiaridad de ser el primero en la materia dictado después de entrar en vigor la Ley 20/2022, de 19 de octubre, de Memoria Democrática.³⁴ Según esa norma, “todas las leyes del Estado español, incluida la Ley 46/1977, de 15 de octubre, de amnistía, se interpretarán y aplicarán de conformidad con el Derecho internacional convencional y consuetudinario y, en particular, con el Derecho Internacional humanitario, según el cual los crímenes de guerra, de lesa humanidad, genocidio y tortura tienen la consideración de imprescriptibles y no amnistiables”. El TC resolvió, por mayoría, mantener el criterio del Auto 80/2021 y en lo que respecta a la nueva ley decidió que “su articulado no habilita para que las normas del Derecho internacional penal se conviertan en fuente directa o indirecta del Derecho penal para investigar y juzgar hechos que no estaban tipificados en la ley penal nacional entonces vigente, aplicándoles ahora las características de imprescriptibilidad y de no ser susceptibles de amnistía”.³⁵

³³ Auto 57/2024, de 17 de junio de 2024 (“Recurso de amparo 7261-2022”).

³⁴ La primera vez que oí esa expresión pensé que los recuerdos se determinaban por mayoría en elecciones populares.

³⁵ El voto particular discrepante del Magistrado Ramón Sáez Valcárcel destacó la brutalidad de los hechos y el estado de completa indefensión de la víctima, lo que impidió a esta llevar el caso ante tribunales independientes y efectivos antes de la entrada en vigencia de la amnistía de 1977 y de la prescripción del delito, ocurrida durante la dictadura. Señaló que en realidad “el ordenamiento jurídico de España no ha ofrecido hasta la ley de 2022 un cauce procesal para que las víctimas pudieran acceder a la jurisdicción”. Y muy razonadamente concluyó que la “debida deferencia con el legislador democrático parecía recomendar que el Tribunal admitiera la demanda y en el seno del proceso constitucional de amparo reflexionase si procedía mantener, matizar o modificar la doctrina sobre la investigación de los crímenes de la dictadura en el periodo del tardofranquismo. En este punto radicaba, sin lugar a duda, la especial trascendencia constitucional que planteaba el recurso”.

De vuelta al caso “Gelman”, GARGARELLA termina por fulminar la argumentación falaz de la Corte IDH al exponer que esta, como es usual, inventa, para contraponerlos a los poderes de la democracia, derechos que en la CADH no están reglados.³⁶

Es evidente que la Corte IDH no practica los valores políticos, jurídicos y culturales de la democracia constitucional, aunque con buenos motivos. Pero, como dice Winfried HASSEMER, una sociedad se prueba a sí misma cuando se aferra a respetar sus normas de funcionamiento especialmente en los casos en que es muy grande la ganancia a obtener en caso de violarlas.³⁷

IV

Entre “Camps” y “Simón” están los indultos de Menem. Sin ellos no creo que lo pasado con el tema en el siglo XXI hubiera sido posible.³⁸ Los indultos del presidente Menem dejaron sin sanción a golpistas asesinos seriales de masas. Siempre recuerda FARRELL, con otro adjetivo, lo inaguantable que resultó para la ciudadanía compartir la calle con un Videla disfrutando de una caminata. Posiblemente junto a este podría estar andando también, como diría SANCINETTI, un ciudadano de a pie que está sufriendo un proceso penal imparable que se encamina a castigarlo de modo inexorable por alguna pequeña transgresión de la legislación penal.³⁹

La reapertura de la persecución penal de todos los crímenes de la dictadura, después de “Simón”, agradable en los papeles, implicó inevitablemente una *desconsolidación* de la democracia

³⁶ GARGARELLA, *supra* nota 29, p. 356 s.

³⁷ En el mismo sentido se expidió el Juez Carlos Rosenkrantz en todo el admirable consid. 9.º de su disidencia del caso “Batalla”, del cual transcribo únicamente un párrafo: “En el contexto de un sistema constitucional debemos adoptar las soluciones que ese sistema dispone y prevé, aunque en ciertos casos pensemos que no sean las ideales ni las que en otras circunstancias adoptaríamos. No debemos socavar el sistema constitucional —lo que sin duda sucedería si ignorásemos lo que este dispone— por una razón de importancia decisiva: la Constitución es el único camino para lograr los objetivos de progreso, justicia y bienestar que, desde nuestra fundación como comunidad, nos hemos propuesto”.

³⁸ Obviamente es un argumento contra fáctico, pero válido, debido a que el pensamiento avanza porque se formulan hipótesis y porque para comprobarlas o refutarlas existen además de los bancos de prueba reales los experimentos mentales. Sobre estas herramientas del razonamiento puro, nada mejor que recordar la sentencia del autodidacta neerlandés Max Verstappen: “Si mi abuela materna no hubiera sido la madre de mi madre no sería mi abuela”. Tan contra fáctico como irrefutable.

³⁹ *Id.* p. 221 ss., p. 277 ss., p. 320 ss. y p. 345 ss. el estudio de los trabajos de SANCINETTI que sirvieron de base para fundar la reapertura de los juicios y la cancelación de los indultos.

como régimen político gobernado por las leyes.⁴⁰ Aunque me parece un desacierto esa reanudación de juicios y penas, debe ser respetada, como en los ochenta consideré respetable la inadecuada limitación de los procesos y en los noventa la impunidad total que trajo el peronismo.

Pero eso no alcanza para afirmar que los procesos del siglo XXI no tienen mácula. A diferencia de la ejecución de medidas de gracia, como amnistías e indultos, que, como se mencionó, se ejecutan de inmediato, la resolución de reiniciar la represión penal desde el punto en el que había quedado abandonada, requiere, salvo en el caso de las penas firmes que se estaban cumpliendo al tiempo de los indultos, poner en marcha, para hacerlo jurídicamente bien, de un enorme y muy eficiente aparato de justicia, del cual no se disponía en los años ochenta, ni a comienzos del siglo XXI ni actualmente. La afirmación, según la cual, no existe un sistema penal capaz de procesar de modo correcto semejante cantidad de asuntos, era, es y será verdadera.⁴¹

Al ser llevada a la práctica la política judicial de “Simón”, esto es, al tener que ser determinado el cómo hacer los procesos, algo, si no todo, falló, porque quizá el momento de hacerlo bien ya había pasado. Si fue difícil llevar a cabo el Juicio a las Juntas dentro de un marco jurídicamente intachable, los juicios del siglo XXI fueron y son un festival de incompatibilidades con los derechos humanos de los acusados.⁴² Los militantes de los espectros políticos comprometidos con los juicios van a negar esa verdad evidente, aunque en realidad nadie que se aproxime al asunto con mínima neutralidad podrá desconocerla, como también es justo reconocer que no son pocos los

⁴⁰ MALARINO, “La cara represiva de la reciente jurisprudencia argentina sobre graves violaciones de los derechos humanos. Una crítica de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de 14 de junio de 2005 en el caso Simón”, *Jura Gentium*, 2009, disponible en <https://www.juragentium.org/topics/latina/es/malarino.htm> [enlace verificado el día 29 de septiembre de 2025]; ELÍAS: “«Simón» (o de cómo las buenas intenciones pueden socavar el Estado de Derecho)”, en *Jurisprudencia Argentina*, Suplemento de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2006 (3), p. 351 ss.

⁴¹ Muy especialmente si con honestidad intelectual es valorado el desempeño del fuero penal federal en el siglo XXI, cuyo enorme desprestigio está lejos de ser injustificado, pues se trata de un verdadero teatro de la impostura, una ruina de sistema judicial, criticado duramente por todos los espacios políticos, aunque solo cuando les toca sufrir, y no disfrutar, de las permanentes arbitrariedades.

⁴² “Proscripción de toda gracia legal (ni amnistía, ni indulto ni conmutación de penas), imprescriptibilidad, aplicación retroactiva de la ley más desfavorable, exclusión de la cosa juzgada, prisión preventiva mayoritariamente obligatoria y permanente, sin cesación por el transcurso del tiempo, responsabilidad objetiva, totalmente impropia en derecho penal, inaplicabilidad de la garantía de todo acusado a ser juzgado dentro de un plazo razonable, admisión como acusador particular autónomo de quien no es víctima del hecho ni allegado, escasas oportunidades para el ejercicio real de una defensa eficaz y, en fin, un amplio debilitamiento de los patrones probatorios para condenar aun en caso de duda” (PASTOR: “Mudar de enemigo en enemigo sin destruir el derecho penal del enemigo”, en AA.VV.: *La crisis del Poder Judicial en la Argentina*, Miami, 2019, p. 43 ss.).

funcionarios involucrados en los procesos del siglo XXI que intentaron e intentan actuar en el marco de la legalidad, incluso con riesgo cierto para sus vidas, aunque se trate de peligros menos frecuentes que los soportados por quienes diseñaron —y por quienes aplicaron judicialmente— el régimen de tratamiento de esos hechos en la década de los años ochenta.

La cuestión es, por tanto, cómo *juzgar el juzgamiento* de esos hechos en lo que va del siglo XXI, con la metodología académica de aplicar pensamiento crítico a la búsqueda de la verdad, no para conseguir reconocimiento público o un ascenso en la carrera judicial. Desafortunadamente, la prueba indica que es aplicando un aparato represivo estatal que funciona casi siempre en modo derecho penal del enemigo y de manera bastante antagónica con el modelo de ejercicio del poder de castigar en un Estado constitucional y democrático de derecho. No se trata de irregularidades aisladas. Es un sistema procesal de excepción constitucionalmente indebido. Uno que falla en lo básico, dado que no cuenta con tribunales que puedan ser considerados impecablemente imparciales y no lo han sido. Pues, de otro modo, ¿cómo se explican esas prisiones preventivas automáticas e interminables contrarias a toda normativa y a toda jurisprudencia (legal, constitucional, convencional, internacional)? ¿O las duraciones exorbitantes de los procesos y la responsabilidad penal objetiva? ¿Qué justifica excluir para estas personas la prisión domiciliaria? ¿Dónde queda el principio de igualdad de armas si a los imputados se los enfrenta a un ejército de acusadores autónomos públicos y particulares? No son anomalías concretas que aparecen con mayor o menor frecuencia en este tipo de casos. Es en verdad un programa sistemático de juzgamiento distinto del normal que aplica un modelo que contradice los principios pertinentes del proceso penal de la democracia constitucional. Por lo tanto, cuestionando alguna o algunas de estas prácticas indebidas se podrá intentar tranquilizar la consciencia o mostrar cierta coherencia crítica, pero eso no alcanza si no se admite, en amistad con la verdad, que se llegó a todo un régimen jurídicamente patológico.

Esto se explica porque la atrocidad de los crímenes, primero, y la cruel impunidad, después, puso a las víctimas al mando de los procesos. Son tiempos en los que ya en general, para gran sufrimiento del derecho penal como límite al poder de castigar, las víctimas dominan la escena judicial hasta un punto que justifica caracterizar al clima punitivista de época como una

victimocracia.⁴³ Era esperable que las autoridades, en un ejercicio profesional de sus funciones, no accedieran a las comprensibles demandas de las víctimas. Sin embargo, el Estado asumió como propia la agenda de estas, que incluía la cancelación del sistema legal y su sustitución por uno extraordinario, a medida de las víctimas, que habían sufrido las atrocidades, la falta de castigo respecto de todos los culpables y el perdón otorgado a aquellos que habían sido condenados.

El conocido médico psiquiatra y filósofo austriaco Viktor FRANKL, que pasó por varios campos de concentración durante la Segunda Guerra Mundial, a los que sobrevivió debido a su admirable resiliencia, aunque parte de su familia no tuvo su suerte, relata la comprensible reacción de las víctimas después de la liberación: “Al verse libres, creían que podían tomarse su derecho de usar la libertad sin sujetarse a ninguna norma, de forma arbitraria y sin escrúpulos. Lo único que para ellos había cambiado era que habían pasado de ser oprimidos a ser opresores”.⁴⁴ Es probablemente lo que muchos haríamos en esa situación, otros no, como FRANKL, quien con grandeza siguió con sus cuestionamientos, cargados de autoridad moral, a esas reacciones de los sobrevivientes de los campos: “Se convertían en instigadores de la violencia y la injusticia, ya no eran víctimas. Justificaban su conducta con sus terribles sufrimientos, y extendían su proceder a las situaciones más insignificantes”.⁴⁵

Es manifiestamente perceptible, en la práctica de la jurisdicción penal argentina que se encargó del tratamiento de los crímenes de la dictadura a partir de 2005, que, en gran medida, la presión del espacio a favor de las víctimas requería que los imputados y después los condenados sufrieran fuertes restricciones de las protecciones jurídicas que le caben a cualquier ciudadano en el Estado de derecho. No importa tener que repetirme: es una actitud válida y entendible. Bien dice DONINI que ante semejantes horrores ninguna pena humana da la impresión de ser proporcionada y toda justicia ordinaria parece un acto de clemencia.⁴⁶

⁴³ FINKELSTEIN NAPPI, “Otro reto para la ‘victimocracia’: ¿un nuevo impedimento procesal en la persecución penal de los delitos de acción pública dependientes de instancia privada?”, *DPI Diario*, Sección Derecho Penal, 28 de abril de 2017.

⁴⁴ FRANKL, *El hombre en busca de sentido*, Barcelona, Herder, 2022, p. 120.

⁴⁵ ÍDEM, *supra* nota 44.

⁴⁶ DONINI, “Processo a Saddam, la condanna a morte di Saddam Hussein. Riflessioni sul divieto di pena capitale e sulla ‘necessaria sproporzione’ della pena nelle gross violations”, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2/2007, pp. 343-367. Es un dilema del que también se ocupa MORGENTERN, p. 129 s.

Pero las exigencias de las víctimas no pueden ser las decisiones de las autoridades. Todo lo contrario, estas deben explicar a los ofendidos que el Estado de derecho no podía, sin dejar de serlo, tomar decisiones contrarias a los tratados de Derechos Humanos, a la Constitución y a las leyes.

Sostiene MAIER, cargado de razón, que el juzgamiento de hechos atroces se debe hacer de modo civilizado, justamente porque son delitos cometidos en la ejecución desviada y brutal del poder público. No es aceptable justificar la degradación de ninguno de los derechos que le corresponden al imputado con la alusión a la gravedad del crimen supuestamente cometido.⁴⁷ En cambio, para ZAFFARONI, en el caso de ejercicio de poder punitivo por delitos contra la humanidad, “no se haya legitimado el derecho penal para contenerlo más allá de ciertos requisitos básicos fundamentales”.⁴⁸

De nuevo FRANKL: “Nadie tiene derecho a hacer el mal, aunque se haya sufrido una atroz injusticia”.⁴⁹

V

La afirmación precedente tiene una agudeza doble, en tanto que, sin dejar de desconocer las atrocidades, prohíbe tratarlas por fuera de la ley. ¿Qué resultado arroja la experiencia pendular argentina si es analizada con consciencia de todos sus dilemas y aporías?

El presidente Alfonsín, con el diseño instrumental de MALAMUD GOTI y los filósofos, proyectó una política de Estado para el procesamiento de la criminalidad de la dictadura, logró eliminar la amnistía de 1983, producir el *Nunca Más* de la Conadep, motorizar los procesos a los

⁴⁷ MAIER, *supra* nota 18. pp. 51 y 53 ss.

⁴⁸ ZAFFARONI, “Notas sobre el fundamento de la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad”, en *Nueva Doctrina Penal*, 2000/B, p. 445. Como bien lo advierte y reconoce ZAFFARONI, para estos casos, la protección jurídica de los imputados queda reducida a mínimos (“ciertos requisitos básicos”), a pesar de lo cual es común cruzarse con el dogma de que “son juzgados con todas las garantías”. Ello sería así si no fueran garantías la irretroactividad de las leyes penales desfavorables, la proscripción del derecho punitivo consuetudinario, la prohibición de utilizar la prisión preventiva como pena, la duración razonable de los procesos, la presunción de inocencia solo desvirtuada por la prueba de hechos, no de estados, etc. Que nadie se confunda, no es una cuestión de derecha e izquierda, es una cuestión de Estado de derecho y Estado sin derechos.

⁴⁹ FRANKL, *supra* nota 24, p. 120.

jerarcas del gobierno *de facto* y detener allí las investigaciones y juicios a casi todos los demás posibles responsables de esos crímenes.

Por supuesto que, aunque formidable en sus hallazgos en tiempo récord, la labor de la Conadep no podía ser más que incompleta. El Juicio a las Juntas, por su parte, no está libre de todo cuestionamiento jurídico desde el respeto irrestricto de los derechos fundamentales de los acusados y cancelar la persecución de los demás responsables tiene un costo inevitable para la autoridad del derecho. De modo que para la experiencia argentina de los años ochenta se podría parafrasear a GARAPON y decir, sin desmentirlo, que al menos se llegó a un compromiso por el cual esos crímenes no se perdonaron, en parte, ni, en lo que es la otra cara de la medalla, se castigaron totalmente. Tampoco fueron, recurriendo ahora a FRANKL, penados con lesiones importantes a los derechos de los imputados, a pesar de que se reconoció el carácter gravísimo de los hechos.

En efecto, frente a las dificultades de esa época, desde la de perseguir a efectivos militares en funciones a la imposibilidad de todo Poder Judicial para desarrollar procesos masivos, el balance de lo sucedido entonces, en mi opinión, da un resultado muy aceptable,⁵⁰ revisitado hoy con la perspectiva que dan los años y, sobre todo, comparando esa experiencia con el tratamiento aplicado a los crímenes de la dictadura después del gobierno de Alfonsín,⁵¹ cuando se sucedieron dos políticas, la de nada y la de todo, que suponen, ambas, aunque sea paradójico, el fracaso del Estado constitucional y democrático de derecho en el procesamiento adecuado de esos crímenes.

La política de nada fue fallida porque son crímenes que no se pueden perdonar. Ciertamente, esa situación, como se dijo, estimuló la cancelación de las gracias legales judicialmente confirmadas del pasado y el reinicio de los procesos y las condenaciones. Es un hecho notorio que esos juicios, por definición y por su desenvolvimiento, deben ser vistos mucho más como actos de

⁵⁰ “Entre lo deseable y lo posible”, como sostiene MORGENTERN, p. 235 ss.

⁵¹ En los ochenta no era necesario aparcir el principio de legalidad y recurrir a una dudosa vigencia, tomada de un supuestamente aplicable derecho de gentes consuetudinario, de la imprescriptibilidad de los hechos, pues no estaban prescriptos, ni violentar la cosa juzgada, dado que no habían sido juzgados, ni eliminar los efectos de leyes aprobadas por el Congreso previsto por la CN y consideradas adecuadas a esta por el máximo garante de la supremacía constitucional, tampoco fue necesario utilizar la responsabilidad objetiva ni existieron prisiones preventivas y procesos de duración exorbitante. Todo lo contrario, como lo demuestra el caso del Juicio a las Juntas, los procesos marcharon rápidamente dentro de lo razonable.

poder que como procesos adecuados a los cánones jurídicos de una democracia avanzada.⁵² La política de perseguir y castigar en todos los casos⁵³ también resultó malograda porque, aunque sea tan decepcionante, son crímenes que no se pueden castigar, al menos no todos y de modo correcto e inobjetable.

Frente a lo que sucede con estos juicios desde 2005 hasta el presente, lo hecho en los años ochenta tiene que ser visto como realista y eficiente, incluso el Juicio a las Juntas parece inmaculado, ante la insignificancia de los reparos que pudiera merecer, si se lo compara con las cazas de brujas del siglo XXI y sus, como diría ROSLER, parques temáticos de violaciones a los derechos humanos de acusados y condenados. Es parte de una ola punitivista que, a la vez que contradice los derechos fundamentales, resulta imparabable. Y se extiende más allá de los delitos contra la humanidad a muchas otras áreas.⁵⁴ Ante esto, es tan extraño como usual que las personas de derecho apoyen con tanto entusiasmo, en lo sustancial, ese modelo de acción judicial excepcional, propio del clima punitivista de época, basado en la arbitrariedad y en la desprotección de los derechos fundamentales de unos imputados, sin que exista norma alguna que, como la imagina ZAFFARONI, reduzca esa protección para acusados muy desagradables.

Recientemente, Emanuela FRONZA, en un artículo titulado *Juzgar y castigar los crímenes contra la humanidad: ¿Qué mensura para lo inconmensurable?*, ha mostrado la necesidad de una asimetría en el tratamiento de estos hechos para evitar la *inhumanización* del derecho en respuesta a la inhumanidad de los crímenes, dado que “los principios supremos impiden una reacción cualitativamente comparable con los hechos, pues se considera que una reacción racional y contenida es la que expresa el valor esencial del ordenamiento jurídico frente a la barbarie. El

⁵² Lo cual es así, también, de los juicios de Núremberg a los de la CPI, aparatos de represión penal considerados meros ejercicios de fuerza selectiva, arbitraria y hasta casual (MAIER, *supra* nota 18, p. 54).

⁵³ La denominada tesis del *todismo* (p. 255 ss.).

⁵⁴ Para más detalles, PASTOR, *supra* nota 42, p. 43 ss. Prueba de ello es que hoy en día una declaración de imprescriptibilidad no se le niega a nadie (resolución de 19/12/2024 de la Sala 1 de la CCC Fed. de la ciudad de Buenos Aires en causa CFP 13619/2003/CA4 “Salgado, José María y otros s/recurso de apelación”). En lo relativo a esa resolución, *vid.* el acertado comentario crítico de ROSLER, “Justicia a la carta”, en *Seúl*, 22 de diciembre de 2024, disponible en <https://seul.ar/montoneros-firmenich/> [enlace verificado el día 29 de septiembre de 2025].

objetivo del derecho, incluido el derecho penal internacional, es restaurar lo humano, no negarlo”.⁵⁵

MORGENSTERN ha puesto en valor a un MALAMUD GOTI envuelto durante cuatro décadas en acciones y reflexiones respecto del difícil problema de gestionar en democracia crímenes aberrantes y masivos perpetrados por un Estado ilícito. Intenté en este trabajo, subido a los hombros de MORGENSTERN, rendir mi propio tributo al querido y admirado Jaime MALAMUD GOTI, aportando mi aproximación, siempre discutible y relativa, a estos problemas que nunca tendrán una solución única que pueda ser calificada como incuestionable. “En esencia, los trabajos de Jaime sobre los juicios en Argentina son un alegato de agnosticismo y de humildad”.⁵⁶ Como Jaime, también todos, en la teoría y en la praxis, hacemos lo que podemos.⁵⁷

⁵⁵ FRONZA, “Giudicare e punire i crimini contro l’umanità: quale misura per l’incommensurabile?”, en *Interventi e relazioni*, 28 de mayo de 2024, disponible en <https://www.la legislazione penale.eu/wp-content/uploads/2024/05/Fronza-LP2-1.pdf> [enlace verificado el día 29 de septiembre de 2025].

⁵⁶ P. 209.

⁵⁷ En p. 356 MORGENSTERN cita a SANCINETTI al respecto: “Jaime Malamud es un hombre noble, que nunca sacó un partido personal de su acercamiento a Alfonsín. Obró de buena fe e hizo lo que pudo”.

PAUTAS DE PUBLICACIÓN

1. EN LETRA: DERECHO PENAL se define como un espacio editorial cuya premisa fundamental consiste en fomentar el debate institucional a partir de la crítica informada de materias actuales de interés general, desde una perspectiva académica.

De allí que son pautas sustanciales para la remisión de artículos para la Revista EN LETRA: DERECHO PENAL:

a. Carácter inédito del texto. No debe estar publicado, total o parcialmente, en soporte papel ni digital alguno, lo que incluye —aunque no se limita a—: libros, capítulos de libros, artículos, compilaciones, revistas impresas o electrónicas, suplementos digitales, blogs y sitios de Internet en general.

b. Originalidad y relevancia. Se pretende el análisis de temáticas relevantes a partir de aportes y perspectivas originales, tales que permitan un debate académico e informado de materias actuales.

c. Sistemática y rigurosidad académica. Es preciso que las ideas manifestadas en el texto formen un todo coherente, cohesivo y articulado. El desarrollo y la conclusión deben presentar una extensión razonable y ser acordes a los objetivos planteados en el trabajo. Y a su vez, deben respetarse las reglas gramaticales y ortográficas de la lengua española, y los parámetros generalmente aceptados del discurso académico-científico.

2. Deben redactarse en soporte digital: procesador de textos Microsoft Word 2003 o posterior. Fuente Times New Roman, tamaño 12 puntos, interlineado de 1,5 líneas, hoja tamaño A4 (210 x 297 mm) y márgenes por defecto (superior e inferior 2,5 cm; izquierdo y derecho 3 cm). Las notas a pie de página deben redactarse en tamaño 10 puntos e interlineado simple. La extensión del trabajo —incluyendo notas al pie, citas en el cuerpo del trabajo y bibliografía al final del artículo— debe ser de 15 a 25 páginas. En casos de contribuciones de gran importancia e interés científico podrán publicarse, excepcionalmente, trabajos más extensos.

3. El orden a seguir en la presentación es el siguiente:

a. Título del trabajo en español. Es posible consignar, en nota al pie, cualquier agradecimiento, dedicatoria, aclaración o comentario sobre el texto.

b. Nombre completo del autor o los autores. Es necesario consignar, en nota al pie, profesión, títulos, la afiliación institucional y un correo electrónico de contacto.

c. Resumen del trabajo en español (5 a 15 líneas).

d. Palabras clave en español.

e. Título y resumen del trabajo en inglés (e ser posible).

f. Palabras clave en inglés (de ser posible).

g. Cuerpo del trabajo.

h. Bibliografía.

4. Las notas a pie de página se numerarán consecutivamente en el cuerpo del trabajo y no al final del documento.

5. Los apellidos de los autores se escriben EN VERSALITAS. El nombre del autor solamente se colocará al final del texto, en un apartado dedicado exclusivamente a la bibliografía. Si en vez de ser autor se trata del editor del volumen, va seguido de “(ed.)” y, si es compilador, de “(comp.)”. En caso de ser varios los autores, se coordinan con el símbolo “/”, y de ser más de cinco los autores, es posible colocar la expresión *et al.* (en cursiva). Si son editores, tras los autores se coloca entre paréntesis “(eds.)” y si son compiladores “(comps.)”.

Los títulos de los libros y los nombres de las revistas se escriben en *bastardilla*. En cambio, los títulos de los artículos y capítulos van “entre comillas dobles”. En todos los casos, se deberá colocar el año de publicación (y, si es diferente de la primera edición entre corchetes el año original) y al final el lugar de edición y la editorial. En el caso de las revistas, al final se incluirá el número de volumen, tomo o fascículo. Tanto en el caso de las revistas como en el de capítulos de libros, se indicarán las páginas de inicio y fin (con números completos).

Ejemplos de citas:

a) Monografías y manuales

SANCINETTI, Marcelo, *Teoría del delito y disvalor de acción*, Buenos Aires, Hammurabi, 2005 [1991].

b) Capítulos dentro de libro individual

GIMBERNAT, Enrique, “¿Tiene un Futuro la Dogmática Jurídicopenal?”, en *Estudios de Derecho Penal*, 3.ª ed., Madrid, Tecnos, 1990 [1970], pp. 158-183.

c) Capítulos dentro de libro colectivo

GALLI, María de las Mercedes, “El desistimiento de la tentativa. La ‘voluntariedad’ como presupuesto para la eximición de pena contenida en el art. 43 del Código Penal”, en ZIFFER, Patricia (ed.), *Jurisprudencia de Casación Penal*, Tomo I, Buenos Aires, Hammurabi, 2009, pp. 15-44.

d) Artículos en revista

FLETCHER, “New Court, Old Dogmatik”, en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 9, 2011, pp. 179-190.

e) Jurisprudencia nacional

En las citas se consignarán el tribunal (en mayúsculas abreviadas o versales), la sala (si correspondiera), los “autos” (entre comillas), la fecha de la decisión y, si lo hubiera, la fuente de donde se tomó la sentencia concreta, que se cita entre paréntesis o corchetes:

Ejemplo:

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, "Priebke, Erich s/ Solicitud de extradición", 2 de noviembre de 1995 (Fallos 318:2148)

f) Jurisprudencia internacional

En las citas se consignarán el tribunal (en mayúsculas abreviadas o versales), el nombre del caso y/o las partes (entre comillas y/o entre paréntesis), la fecha de la decisión y, si lo

hubiera, la fuente de donde se tomó la sentencia concreta, que se cita entre paréntesis o corchetes:

Ejemplo:

CORTE PENAL INTERNACIONAL, SJ II, *Fiscal c. Germain Katanga*, “Judgment on the Appeal of Mr. Germain Katanga against the Oral Decision of Trial Chamber II of 12 June 2009 on the Admissibility of the Case”, 25 de septiembre de 2009.

g) Citas de Internet

Solo se admitirán, generalmente, cuando no exista otra fuente de información y siempre que la página web sea totalmente confiable (en general se trata de publicaciones en formato electrónico o documentos oficiales, no de páginas personales o blogs). Debe indicarse al final no solamente la página de Internet sino también, entre corchetes, la fecha en que se consultó por última vez:

Ejemplo:

AMBOS, Kai, “Dogmática jurídico-penal y concepto universal de hecho punible”, en *Política criminal*, número 5, p. 25. Disponible en: http://www.politicacriminal.cl/n_05/A_6_5.pdf [enlace verificado el 5 de abril de 2015].

Casos Especiales

a) Obras traducidas

En las obras traducidas deberá aclararse quién realizó la traducción:

JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación* (trad. Joaquín CUELLO SERRANO y José Luis SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO), 2.ª ed., Madrid, Marcial Pons, 1997 [1991].

b) Festschrift y comentarios

Tanto los artículos publicados en libros homenajes (Festschrift) como en comentarios a leyes (ej. StGB) se citarán a partir de un sistema abreviado:

HOYER, Andreas, “‘Umräumen von Möbeln’ auf offener Bühne”, en *FS-Frisch*, Duncker & Humblot, Berlín, 2013, pp. 223 ss.

ESER/BOSCH, “§ 242”, en *S/S-StGB*, 28.ª ed., Múnich, C.F. Müller, 2011, n.º m. 37 ss.

6. El envío deberá realizarse exclusivamente por correo electrónico a la dirección enletrapenal@enletra.com. Dentro de las 48 horas se contestará con un acuse de recibo.

7. Recibido el artículo, el Comité Editorial procederá a evaluarlo para su publicación en el próximo número de la Revista, de acuerdo con el procedimiento establecido. En todo caso, podrá solicitar al autor que realice modificaciones formales o sustanciales en su trabajo con anterioridad a su publicación.

PAUTAS SUSTANCIALES Y FORMALES PARA LA REMISIÓN DE RÉPLICAS Y DÚPLICAS

8. Son de aplicación las señaladas para el envío de artículos, a excepción de las siguientes:

- a. El objeto de la réplica viene constituido por el texto replicado y la temática abordada por este. El objeto de la dúplica resulta igualmente de la réplica y la temática en cuestión.
- b. La extensión de la réplica o la dúplica será de 15 páginas como máximo.

CESIÓN DE DERECHOS DE AUTOR Y ASUNCIÓN DE RESPONSABILIDAD

El envío de material a EN LETRA: DERECHO PENAL con miras a su publicación en la revista supone el conocimiento y aceptación de las presentes pautas por parte del autor o de los autores, la declaración formal de que dicho material es inédito y de su autoría, la cesión irrevocable a EN LETRA: DERECHO PENAL de los derechos de autor sobre aquel y la asunción exclusiva de responsabilidad por eventuales daños que la publicación del material pudiera causar a EN LETRA: DERECHO PENAL, sus integrantes o a terceras personas. A tal fin, en ocasión de notificar la aprobación del trabajo y antes de su publicación, se requerirá del autor o de los autores el envío de un compromiso firmado que se les hará llegar oportunamente.

PROCEDIMIENTO DE EVALUACIÓN

El procedimiento de evaluación varía según los tipos textuales enviados a EN LETRA: DERECHO PENAL (artículos, réplicas, columnas, traducciones y comentarios bibliográficos), ya sea que se remita en virtud de la convocatoria editorial abierta y permanente o a través de una invitación a publicar del Comité Editorial de la revista.

Con respecto a los artículos, todo original es sometido a un proceso de dictamen por pares académicos bajo la modalidad doble ciego (*peer review double blind*). Antes de someter el artículo a evaluación de los árbitros, la Secretaría de Redacción realiza un primer informe sobre la adecuación del artículo a las pautas formales de la revista. En caso de incumplimiento de alguna pauta, se le solicitará al autor que modifique su trabajo. Posteriormente, se les asigna el trabajo a árbitros externos, especializados en la materia y con antecedentes equivalentes o superiores a los del autor. Cada dictamen concluirá con el voto por la aprobación o rechazo del trabajo, o el condicionamiento de su publicación a la realización de modificaciones por el autor. El resultado se alcanza por mayoría simple de votos y en cualquier supuesto de empate se estará por solicitar al autor las modificaciones señaladas. En todos los casos, los dictámenes fundados son remitidos al autor.

En cuanto al sistema de doble ciego (*double blind*), el procedimiento de evaluación es anónimo en dos sentidos. Por un lado, los árbitros ignoran la identidad del autor del material que evalúan; a tal fin, antes de la asignación del trabajo, la Secretaría de Redacción quita todo dato o indicio que pudiera conducir a conocer la autoría (nombre, afiliación institucional, agradecimientos, dedicatorias, etc.). Por otra parte, los dictámenes individuales no son suscriptos por los evaluadores, de modo que estos permanecen anónimos para el autor que recibe el resultado del arbitraje.

Las columnas solamente serán publicadas tras una invitación por parte del Comité Editorial y la decisión sobre su publicación se toma a partir de una mayoría simple de los miembros de dicho comité. Para los comentarios bibliográficos se procede de la misma forma, con la diferencia de que la convocatoria es abierta (no se requiere invitación).



EN LETRA
DERECHO PENAL

Año X, N.º 20, Mayo 2025

Dirección:

Leandro A. Dias (Dir.)
José R. Béguelin (Sub.)
Noelia T. Núñez (Sub.)
Pablo D. Larsen (Sub.)
Lara Benítez (Sec.)
Agustina Szenkman (Sec.)

Comité Editorial:

Ltonella Donnes
Tomás Fernández Fiks
Ezequiel Jiménez
Magdalena Legris
Santiago Mollis
Noelia T. Núñez
María Belén Rodríguez Manceñido
Diana Velea
Thomas Wostry

