

Revista Crítica Penal y Poder
2015, n° 9
Septiembre (pp.348-370)
Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos
Universidad de Barcelona



**A LA BÚSQUEDA DE LA CONFISCADA FACULTAD DE JUZGAR:
UNA PROPUESTA IUSCONSTRUCTIVISTA AL DILEMA DEL JUZGAMIENTO
DE LOS CRÍMENES DE ESTADO**

*In search of the confiscated faculty of Judgment: a iusconstructivist approach to the
dilemma of the State Crimes Trials*

Daniel Feierstein

**Conicet/Universidad Nacional de Tres de Febrero/Universidad de Buenos
Aires**

Resumen

En este artículo, se busca reflexionar sobre los componentes fundamentales de la facultad humana de juzgar y su vinculación con la tarea del juicio realizada por los jueces en el contexto del marco jurídico. Se intentará poner en cuestión la estricta delimitación que propone el positivismo¹ entre la capacidad humana de juzgar (que proviene del criterio moral) y la acción jurídica, ya que dicha delimitación pareciera postular la posibilidad de prescindir del ejercicio de la facultad de juzgar a la hora de aplicar el derecho positivo. Actualizando el dilema ius-naturalismo/ius-positivismo para pensar críticamente el

¹ Carlos Nino distingue en las escuelas jurídicas como "positivismo conceptual" (donde ubica a autores [como](#) Bentham, Austin, Kelsen, Ross o Hart, entre otros) a la postulación de que los sistemas normativos no requieren derivar de principios morales previos para ser considerados válidos, sino que su propia existencia y producción normativa los valida como tales. Nino también distingue lo que llama un "positivismo ideológico", que incluso cuestiona la existencia de principios morales. Aquí, sin embargo, se entenderá como positivismo jurídico al positivismo conceptual y será con dichas posiciones que se darán los debates fundamentales. Véase, entre otras obras, Nino (1984, 1985).

juzgamiento de crímenes de Estado, se aventurará una tercera salida, bautizada como ius-constructivismo y basada en los desarrollos de la psicología y la epistemología genéticas.

Palabras Clave: Filosofía del Derecho / Crímenes de Estado / Ius-naturalismo / Ius-positivismo

Abstract:

The article focus in the human faculty of Judgment and its links with the work produced by the Judges in the context of trials. The aim of the article is to challenge the perspective which strictly divide the capacity of Judgment (as an element of the moral criteria) and the juridical actions, as a consequence of the positivist rule. Confronting the dilemma “ius-naturalism vs. ius-positivism” in the critical analysis of the State Crimes Trials, the article proposes a third option: a jusconstructivist approach, based on the works of genetic psychology and genetic epistemology.

Key Words: Philosophy of Law / State Crimes / Iusnaturalism / Iuspositivism

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

Hannah Arendt (2002, 215)

Sobre la facultad de juzgar

Si se parte de una definición primaria de la facultad de juzgar, se encontrará que, en el idioma español, dicha facultad remite a tres significados diferentes²:

- 1) La valoración sobre un hecho, una realidad, una acción o conducta,

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

2) El establecimiento de relaciones entre conjuntos de ideas, en tanto operación del entendimiento y

3) La deliberación acerca de la culpabilidad de alguien, el pronunciamiento de una sentencia. Esto es, la determinación y asunción de responsabilidad por las acciones desarrolladas en el pasado.

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

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

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

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

a) Un sentido *asertivo*, lo que implica una tesis teórica acerca de la autonomía fáctica de los juicios jurídicos respecto a los juicios ético-políticos y

b) Un sentido *prescriptivo*, que plantea una *necesidad* de dicha autonomía de las normas jurídicas con respecto a las normas morales, y que hace referencia al problema

político de la justificación externa de la normatividad y su vinculación con la justicia (Ferrajoli, 1995, 218-231).³

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

Que un principio creado por un abogado judío nacido en Praga, formado en Austria y que trabajara en Alemania como Hans Kelsen hubiese servido también para validar el derecho nazi que produjo la persecución y exilio de su propio creador (en tanto derecho que legitimó la sanción efectiva de leyes discriminatorias, legalizó procesos de persecución e incluso de exterminio de grupos de población, realizadas bajo el cumplimiento de los requisitos formales de producción de la norma y justificados en el doble principio, asertivo y prescriptivo, de la separación entre derecho y moral y por tanto legítimos desde un principio de validez formal) debiera haber producido una reacción mayor ante este dogma constituyente y central del derecho positivo: la separación radical de derecho y moral.

Sin embargo, dicha reacción no se ha producido, más allá de cierto retorno a perspectivas *iusnaturalistas*, que continúan siendo marginales en el campo de la filosofía del derecho. Es más común encontrar hoy cierto iusnaturalismo renovado y moderno, que no se anima a explicitarse como tal, en especial como modo de fundar los desarrollos del derecho internacional de los derechos humanos, lo cual en lugar de avanzar la discusión comienza a hacerla retroceder a momentos previos a la intervención de Kelsen.

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

³ Este cuestionamiento se desarrolla a partir de la delimitación entre un principio de mera legalidad (que incluye sólo la validez formal de una norma, conforme su modo de creación) y un principio de estricta legalidad (que implica la validez sustancial de la norma, derivada de su apego a los principios fundamentales), pero lo hace de un modo tal que no termina elucidando finalmente qué tipo de vinculación se establece entre dichos principios o a qué genealogía remiten. Pese a avanzar en numerosas cuestiones de todo orden, esta diferenciación se sostiene en obras posteriores, por ejemplo en *Principia Iuris* (2011).

lo malo, lo justo o lo injusto. Aquello que Hannah Arendt identificara como la esencia del "viento del pensar": el criterio moral.

La argumentación positivista para justificar el quiebre entre derecho y moral ha sido el objetivo de separar al derecho moderno del derecho inquisitorial, el cual, basado precisamente en una justificación de carácter ético-moral, utilizó la herramienta jurídica como legitimación del ejercicio de su poder punitivo. Y la derivación que sin duda alguna sí tiene sentido en dicho planteo es que no todo hecho inmoral constituye (ni debiera constituir) un delito. Esto es: que el derecho no puede ni debe incluir entre sus objetivos la imposición de una moral, sino que hay infinidad de actos que, siendo inmorales, escapan a la esfera del derecho. Esta es la crítica fundamental al procedimiento inquisitorial y por supuesto que no puede más que acordarse con esta crítica.

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

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

Por el contrario, la supuesta neutralidad del derecho positivo, esconde e invisibiliza sus orientaciones ético-morales (que no las elimina, por supuesto, ya que sería imposible en tanto dicha neutralidad valorativa no es viable), planteando sus acciones como igualmente inapelables, pero ahora no por motivos divinos o naturales, tampoco por argumentaciones morales o históricas que se someten a discusión racional, sino por motivos "científicos" que serían inapelables y no darían lugar a crítica alguna, por resultar la misma impropcedente⁴.

⁴ Puede resultar interesante estos desarrollos con las intuiciones tempranas de Theodor Adorno y Max Horkheimer en la *Dialéctica de la Ilustración* ([1944], 1994). Ello, sin embargo, no debe llevar a caer en ningún relativismo de tipo cosgnoscitivo ni de tipo ético. Así como el conocimiento científico de la realidad material no puede prescindir del análisis crítico de la relación con las cosas, ningún análisis de los comportamientos sociales puede prescindir de su evaluación ético-moral.

Dicha modalidad positiva, en tanto "científica", tiende a obstaculizar un cuestionamiento ético-moral y, lo cual resulta más grave, desresponsabiliza a los actores (jueces, fiscales, abogados) con respecto a las consecuencias de sus acciones dentro del sistema penal, no sólo en la ilegitimidad escandalosa de las condenas injustas (lo cual ha sido profusamente señalado por el derecho penal crítico) sino en la complementaria ilegitimidad escandalosa de la impunidad de los genocidas (escudada en la neutralidad del proceso, en las limitaciones formales y, por tanto, mucho más silenciada o justificada incluso por las miradas críticas o progresistas dentro del derecho penal).

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

De allí que vale retomar la distinción realizada por el propio Ferrajoli entre las prácticas de prohibir, condenar y juzgar (Ferrajoli, 1995), pero buscando devolver el orden lógico-filosófico a las tres acciones, alterado por la preeminencia otorgada por el conjunto de los pensadores del derecho penal positivo a las discusiones sobre la función de la pena como eje de comprensión del conjunto de prácticas, sea que se acepte o no una función para la solución penal. Subordinar el juicio a la pena ha sido una constante, que atraviesa a todos los que plantean distintas funciones para la pena e incluso a quienes sostienen (como los abolicionistas) que la pena no tiene función o a quienes se definen como "agnósticos" en dicho debate. Unos y otros han subordinado el análisis del juicio a su mero carácter de procedimiento para arribar a una pena.

Por el contrario, el análisis en este trabajo se propondrá un centramiento en el análisis crítico de las funciones, sentidos y consecuencias de la *facultad de juzgar*, entendida en la articulación de sus tres tipos de prácticas (*valorar, subsumir y actuar en consecuencia*).

Sólo aclarando este punto se haría posible abordar con fundamento la cuestión de la responsabilidad que surge de dicho juicio, sea a través de una pena o de otros modos que históricamente han existido para afrontar las responsabilidades que derivan de las acciones juzgadas, sean estos modos reparatorios, distributivos o punitivos.

El objetivo fundamental de este artículo será, entonces, el intento por *liberar el análisis de la facultad de juzgar de su subordinación a las lógicas punitivas* (subordinación que produjo la transformación de la facultad de juzgar en un mero procedimiento que permite arribar a una pena o a una absolución, producto derivado de la división tajante del derecho con respecto a la moral).

La liberación de la facultad de juzgar busca, por tanto, cuestionar la viabilidad del proyecto de una *neutralización valorativa* del derecho, ilusión positivista de separar artificialmente la capacidad de subsumir la realidad bajo reglas de la determinación valorativa que subyace en cualquier tarea de subsunción.

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

Lo que se busca, en un primer objetivo, es simplemente restablecer el orden lógico de determinación de ambos procesos: *juicio y castigo a los culpables de crímenes de Estado* (primero juicio, luego castigo) tal como aparecieron formulados en el movimiento popular.

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

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

Un recorrido por la psicogénesis y la sociogénesis del juicio moral podrá aportar herramientas para recuperar la función ética de la facultad de juzgar en el desarrollo de las personas y de los pueblos, buscando liberarla de su dependencia de la pena y restableciendo el orden lógico en la cadena quebrada por el positivismo. Asumir y reconocer que la facultad de juzgar debe ser *previa* a la posibilidad de sancionar y que, por lo tanto, toda discusión sobre la función de la pena no puede ignorar su dependencia y previa determinación respecto a la facultad humana del juicio.

Muchos juristas críticos⁵ han destacado los modos por los que el derecho penal ha confiscado a la víctima, apropiándose de la "gestión" del daño a ella realizado y poniendo sus intereses, voluntad o expectativas por fuera de la discusión jurídica.

Sin embargo, menos atención (ninguna, en verdad) se ha dedicado a la confiscación de la facultad humana de juzgar, producida en el mismo proceso histórico en el que se confiscó a la víctima, pero con consecuencias de mayor gravedad, en tanto supresión de una de las facultades humanas máspreciadas (la de distinguir el bien del mal, lo justo de lo injusto), confiscación que ha producido la utilización del derecho positivo como herramienta de legitimación de las clases dominantes pero, fundamentalmente, como invisibilización de las condiciones de injusticia que regulan dicha dominación.

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

La psicogénesis del juicio moral

Jean Piaget se propuso hace ya varias décadas investigar la construcción del juicio moral en los niños. Si bien siempre le interesó la psicología infantil, estos trabajos se vinculaban mucho más a sus hipótesis epistemológicas acerca de la relación entre ontogénesis y filogénesis. Esto es, que el análisis de los modos de construcción infantil del juicio moral puede dar herramientas para comprender cómo se desarrolló la construcción de la facultad de juzgar en la especie humana, muy en especial, en la modernidad (Piaget, [1932]1984; Piaget & García, 1982).

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

Si bien Piaget aborda en su obra discusiones teóricas con otros autores que reflexionaron sobre la construcción del juicio desde la psicología o las ciencias sociales (entre ellos Durkheim, Fauconnet, Baldwin y Bovet), lo más relevante de la obra de Piaget radica en el

⁵ Raúl Eugenio Zaffaroni plantea una "teoría agnóstica" de la pena, esto es, que ninguna de las teorías de justificación de la pena (preventivas, resocializadoras, retributivas) ha demostrado empíricamente las funciones que postula, siendo que el análisis de estos autores busca prescindir de dicha discusión al dudar de su eficacia, calificándose por tanto de "agnósticos" en relación a la creencia en la existencia de alguna función de la pena. Se califica en esta escuela jurídica a la pena como residuo arbitrario de una lógica sacrificial y expiatoria.

rastreo sobre dos problemas fundamentales: *cómo construyen los niños sus nociones sobre lo justo y lo injusto y cómo consideran que se vinculan o se deberían vincular dichas nociones con la responsabilidad por las propias acciones, a través de sanciones, reprimendas, acciones de reparación, distribución o restitución*, entre otras posibilidades. Esto es: *cuál es el origen psicogenético de la construcción del juicio y de la sanción*.

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

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

Resulta realmente sorprendente que, a excepción del propio Kelsen (en su distinción entre los mecanismos de la causalidad y de la imputación, Kelsen, 1960), y de Carlos Nino (a partir de sus comentarios sobre la obra de Lawrence Kohlberg en Nino, 1984), casi ninguno⁶ de los numerosos autores jurídico-filosóficos que han reflexionado sobre las teorías de la pena se haya propuesto abordar estos dos problemas: la pena como resultado posible de la facultad de juzgar y el análisis del origen psicogenético y sociogenético de ambas prácticas (el juicio y la sanción), como herramienta fundamental para una reflexión crítica sobre su expresión posterior en el derecho penal, en tanto niveles de determinación de las racionalizaciones y prácticas posteriores una vez que aparece el derecho positivo en los ordenamientos sociales.⁷

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

⁶Resulta necesario mencionar aquí también a Carlos Cossio, filósofo del derecho argentino particularmente original. Debo el señalamiento de esta ausencia a Miguel Palazzani, así como la necesidad de introducirse en su obra para identificar algunos planteos lúcidos muy tempranos con respecto a esta separación positivista de derecho, moral y verdad, fundamentalmente en su concepto de "interferencia intersubjetiva" y en su teoría egológica del derecho.

⁷ Tampoco el análisis histórico del surgimiento de estas prácticas ha tenido desarrollos importantes, una de cuyas excepciones particularmente ricas es la tesis de doctorado de Alejandro Alagia (Alagia, 2014), en la que se recurre a la antropología para rastrear diversas modalidades de construcción de la sanción a través de la historia de distintos pueblos.

"Las respuestas obtenidas son de cuatro tipos: [lo injusto es] 1) Las conductas contrarias a las consignas recibidas del adulto: mentir, robar, romper, etc., en definitiva, todo lo que está prohibido; 2) Las conductas contrarias a las reglas del juego; 3) Las conductas contrarias a la igualdad (la desigualdad en las sanciones o en el trato); 4) Las injusticias relativas a la sociedad adulta (injusticia de orden económico o político)". (Piaget, 1984, 262)

Es así que Piaget considera que

"estas respuestas (...) nos permiten llegar a la conclusión, en la medida en que podemos hablar de estadios en la vida moral, de que existen tres grandes períodos en el desarrollo de la justicia en el niño: un período que se extiende hasta los 7-8 años, durante el cual la justicia se subordina a la autoridad adulta; un período comprendido entre los 8 y los 11 años, aproximadamente, y que es el del igualitarismo progresivo y, finalmente, un período que se inicia alrededor de los 11 o 12 años, durante el cual la justicia puramente equitativa se ve moderada por unas preocupaciones de igualdad" (1984, 263).

Las reflexiones jurídicas, paradójicamente, no suelen abordar el análisis desde el cuarto nivel (equivalente a los adolescentes) para avanzar desde allí sino que, paradójicamente, tienden a construir una representación del sentido del derecho que oscila entre un respeto irrestricto a la ley (segunda etapa en el análisis psicogenético, que caracterizaría a un positivismo más dogmático, caracterizado por Nino como "positivismo ideológico") y un reconocimiento de la necesidad de relaciones de igualdad que podrían determinar algunas condiciones previas en la producción de la ley (que caracteriza al positivismo más humanista o crítico, desde su propia formalización en Kelsen hasta autores más avanzados como Ferrajoli).

Este segundo tipo de análisis se condice con la tercera etapa identificada por la psicogénesis o, de modo más preciso, con un momento de transición entre la segunda etapa (el apego a la norma) y la tercera (la comprensión de la preeminencia de las relaciones de igualdad y cooperación por sobre el valor abstracto de la norma, en tanto condiciones de determinación sustancial de la misma).

El propio Ferrajoli ha sido uno de los pocos autores que ha buscado dar este paso fundamental de desarrollo desde un positivismo jurídico dogmático y rígido (que sólo reconoce el valor de la norma) hacia el reconocimiento de principios que determinarían dicha juridicidad formal (como el principio de igualdad ante la ley), en reflexiones como la siguiente: *"(...) La especificidad del moderno estado constitucional de derecho reside precisamente en el hecho de que las condiciones de validez establecidas por sus leyes fundamentales incorporan no sólo requisitos de regularidad formal, sino también condiciones de justicia sustancial. Estos rasgos sustanciales de la validez, inexplicablemente ignorados por la mayor parte de las definiciones iuspositivistas de*

"derecho válido", ya sean normativistas o realistas, tienen una relevancia bastante mayor que la de los meramente formales" (Ferrajoli, 1995, 358).⁸

Este tipo de reconocimientos, bastante frecuentes en los trabajos de Ferrajoli, acercan a dicho autor al equivalente jurídico de estadios más avanzados de la comprensión de la relación humana con la justicia, si se aceptan las etapas de desarrollo descritas por el análisis psicogenético, introduciendo las cuestiones de la igualdad y la equidad como de mayor determinación que la existencia de la propia norma.

Requiere una explicación entender cómo es que posiciones frente al juicio moral que van siendo abandonadas por los niños entre los 10 y los 13 años continúen resultando hegemónicas en la fundamentación del derecho penal. Una de las hipótesis explicativas para dicho desajuste radica precisamente en la confiscación del juicio moral por parte de la reflexión penal, al anteponer la indiscutibilidad de la pena como resolución del conflicto y al impedir ejercitar el criterio moral, ya que la moral se postula como ajena al derecho.

Pero antes de ingresar a las discusiones más propias de la filosofía del derecho, corresponde explicitar el modo en el que los niños conceptualizan la respuesta ante la injusticia, un antecedente fundamental para las discusiones doctrinarias básicas del derecho alrededor de la posible función de la pena.

Todo el desarrollo conceptual psicogenético lleva a una conclusión fundamental: *que existen dos modalidades divergentes de moral, una moral de la obligación (o de la heteronomía) y una moral de la cooperación (o de la autonomía).*

La maduración, de la mano del aumento de las posibilidades de abstracción y de su consecuente complejización del análisis de la realidad con la que se interactúa, van produciendo en los niños la progresiva construcción de una moral autónoma, a partir de una relación con el mundo que no puede partir de otro lugar que desde la heteronomía (dada, por de pronto, la total dependencia de los recién nacidos como requisito para garantizar su supervivencia y lo prolongado de esta dependencia heterónoma en el ser humano, en comparación con cualquier otra especie).

Otra arista de esta distinción entre dos tipos de moral se vuelve aquí relevante: buscar la comprensión de cómo se va construyendo el pasaje de la moralidad heterónoma (vinculada a la obligación) a la moralidad autónoma (basada en la cooperación) y cómo en este pasaje se construyen tanto distintas nociones de la justicia y la injusticia como distintas propuestas

⁸ Previamente, en la página 355, define a estos valores de justicia destacados por el iusnaturalismo racionalista como: el principio de igualdad, el valor de la persona humana, los derechos civiles y políticos y las garantías penales y procesales de libertad y certeza, así como los derechos "sociales" o "materiales" como los derechos al trabajo, la salud, la educación, la subsistencia.

para afrontar las situaciones de injusticia. Ya que todo ello aportará herramientas fundamentales para comprender críticamente el surgimiento de las normas.

Piaget distingue dos nociones diferentes de consecuencias de la injusticia que darán lugar, a su vez, a distintas estrategias de acción. La primera, vinculada al desarrollo del derecho penal, tiene un carácter retributivo, resultando inseparable aquí la noción de justicia de la noción de sanción (y a partir de la cual se ha tendido a graduar las sanciones en proporción al mérito o a la falta). La segunda noción vincula a la justicia con la igualdad y es llamada por Piaget "justicia distributiva", como modo de distinguirla de la "justicia retributiva". El eje de una noción distributiva de la justicia no está puesto en la relación con la sanción sino que busca establecer correlaciones entre los actos y sus distribuciones, a partir de la noción de igualdad y, a medida que se complejiza la maduración intelectual, de la noción de equidad.⁹

Pero, a su vez, la propia justicia retributiva tiene un desarrollo propio y escalonado en los modos de establecer vinculaciones entre injusticias y sanciones, en los cuales las nociones de igualdad y equidad se van abriendo camino poco a poco, hasta ser capaces de impugnar la propia esencia retributiva de la noción de justicia, generando el salto cualitativo hacia la visión distributiva.

Resulta sorprendente que la filosofía del derecho penal no haya intentado conectar estos desarrollos con sus propias hipótesis acerca de las funciones de la pena, dándole carnadura histórica y analítica a un razonamiento que, de otro modo, se queda en el plano de la especulación abstracta o el mito.

La primera distinción que encuentra Piaget es entre las sanciones más primarias (que califica como *expiatorias*) y aquellas basadas en relaciones de reciprocidad (y, por tanto, *reparatorias*).

Las sanciones *expiatorias* presentan un carácter arbitrario, al no establecer correlación alguna entre el contenido de la sanción y la naturaleza del acto sancionado (por ejemplo, los castigos corporales). La única vinculación se da entre la gravedad del delito y el sufrimiento impuesto. El principio expiatorio sostiene que a mayor gravedad de la acción cometida, se debe imponer mayor sufrimiento. Es muy claro en este caso que la sanción viene *de afuera*, que se constituye de modo heterónimo, a través de la presión impuesta por

⁹ Piaget las distingue con claridad, por ejemplo, en el siguiente párrafo: (...) Por un lado, la justicia se subordina a la obediencia, o sea a un principio de heteronomía; por el otro, la justicia se prolonga, por una vía totalmente autónoma, en una forma superior de reciprocidad que es la "equidad", relación basada no en la igualdad pura, sino en la situación real de cada individuo. En el caso particular, si la estricta justicia se opone a la obediencia, la equidad exige que se tengan en cuenta las relaciones especiales de afectividad que unen al niño a sus padres (...)" (Piaget, 1984, 237).

las reglas de autoridad. De allí que es la más propiamente articulada con una moral de la obligación, el punto más alto de una vinculación heterónoma entre acción y castigo.

Las sanciones reparatorias son mucho más complejas y constituyen un haz de matices en los cuales va ganando más y más fuerza una moral de la cooperación, que poco a poco construye grados de independencia de la regulación heterónoma, al ir unidas a reglas de igualdad que implican niveles de complejidad creciente entre los modos de articular la injusticia cometida y el castigo y hasta permitir la gradual aparición del concepto de equidad. Piaget las clasifica de la más a la menos severa.

Cabe aclarar que son los mismos niños los que van postulando las alternativas de sanción ante distintas injusticias supuestamente cometidas por sus compañeros de juego. Los niños proponen seis alternativas, a saber:

1) *Exclusión momentánea o definitiva del grupo social,*

2) *Hacerse cargo de la conciencia directa y material de las consecuencias de los propios actos de un modo natural.* Por ejemplo, no tener pan si no se ha querido ir a buscarlo, dormir en la habitación fría si se ha roto la ventana de la misma con un pelotazo, etc.,

3) *Privación de la situación de la cual se abusó y que generó el quiebre social* (origen del concepto contractualista acerca de la posibilidad de ruptura del contrato producto de su inobservancia). Por ejemplo, impedir al niño utilizar un elemento que ha manchado o dañado, impedirle participar del juego en el que ha hecho trampa, etc.,

4) *Reciprocidad simple:* hacer al responsable lo mismo que él ha hecho, sanción que tiene origen bíblico en la propuesta taliónica del "ojo por ojo". Por ejemplo, romper uno de sus juguetes si ha roto un objetopreciado del adulto, denunciar a aquel que denuncie, etc. Es importante hacer notar que, pese a su vinculación con una equiparación que busca maximizar el nivel de igualdad, este nivel de sanción rápidamente se puede convertir en vejatorio (lo cual es observado por algunos niños) cuando sólo se trata de devolver el mal con el mal o de contestar a una destrucción irreparable con otra destrucción irreparable, acercándose de este modo a un nivel mucho más primitivo (el de las sanciones expiatorias),

5) *Restitución:* aquí se busca reproducir la situación previa al conflicto, independizándose de toda idea de generar sufrimiento y alejándose definitivamente de una lógica expiatoria. Piaget distingue a su vez entre sanciones reparatorias "puras" (esto es, cuando ya no tienen resto alguno de retributividad) de aquellas que aún articulan elementos reparatorios con elementos retributivos,

6) *Censura y explicación:* algunos niños se rehusan a establecer sanción alguna, planteando por el contrario la simple censura, buscando hacer comprender al autor la ruptura del lazo de solidaridad, como suficiente para abordar las consecuencias de su

acción. Sería el momento en que la lógica de reciprocidad elimina el propio componente sancionatorio, punto de pasaje entre la noción retributiva de la justicia y su concepción distributiva, basada únicamente en las relaciones de cooperación y en el análisis en términos de igualdad y/o equidad.

Lo que distingue los numerosos casos de entrevistas clínicas de Piaget y otros de sus colegas y discípulos es que resulta notorio el crecimiento de las sanciones por reciprocidad en relación con las expiatorias a medida que avanza la edad de los niños, siendo que las sanciones por reciprocidad representan alrededor del 30% de las respuestas de niños de entre 6 y 7 años de edad mientras que se van haciendo hegemónicas hasta totalizar alrededor del 80% de las respuestas de niños entre 11 y 12 años, con una situación intermedia para los niños de 8 a 10 años.

Es relevante notar sin embargo que, pese a la claridad de la curva de pasaje de las sanciones expiatorias a las sanciones por reciprocidad con la maduración intelectual, la preferencia por las sanciones expiatorias no desaparece en momento alguno del desarrollo. Por de pronto, se deberá explicar luego cómo es que las sociedades actuales retornan a sanciones expiatorias o a los niveles más estrictos de las sanciones por reciprocidad (exclusión definitiva del grupo social como el destierro o la prisión perpetua). Esto es, que en algún momento del desarrollo de la pena en las sociedades, pareciera llevarse a cabo un quiebre del proceso de autonomización, que genera un grado de "involución" entre el juicio moral alcanzado en la adolescencia y el funcionamiento penal avalado en la madurez.

Una de las hipótesis que se buscarán postular es que la neutralización valorativa del derecho, propia de la modernidad, es una condición necesaria para generar esta involución, al independizar al castigo del juicio moral, a través de la rígida separación entre derecho y moral.

La suposición sobre la que se basa esta hipótesis es que, por lo general, el juicio moral se encuentra en un estado mucho más avanzado en el conjunto de la población en lo que hace a sus acciones y reflexiones sobre los conflictos de su vida cotidiana, pero que no logra trasladarse al ámbito penal, como producto de la barrera establecida por el destierro de la moral del ámbito legal y la simultánea estereotipificación del "delincuente" como un sujeto al que se ubica por fuera del universo de obligaciones morales.¹⁰

El pasaje de la mirada expiatoria a la reparatoria (como expresión del pasaje de la heteronomía a la autonomía) constituye una tendencia general de la evolución intelectual. Sin embargo, a diferencia del razonamiento lógico analizado por la psicogénesis, el criterio

¹⁰ Alejandro Alagia plantea que otro de los motivos para comprender este quiebre se vincula a las lógicas sacrificiales. No considero convincente dicha explicación.

moral no puede ser pensado en términos meramente evolutivos, ya que la moralidad se ve atravesada por posicionamientos políticos que exceden y determinan al razonamiento lógico. En todo caso, las estructuras lógicas permiten la emergencia de un arco más amplio de justificaciones del criterio moral, siendo que en los posicionamientos concretos comienzan también a incidir otras variables, que no pueden ser desprendidas tan sólo de las estructuras lógicas de razonamiento, sino que mucho dependen de procesos que oscurecen el razonamiento, quebrando las posibles relaciones de reciprocidad con nuestros semejantes.¹¹

Es importante destacar, en este sentido, la pregnancia que sigue teniendo el modelo que articula un carácter expiatorio con un carácter preventivo en la explicación del sentido de la sanción, sin dejar de señalar las diferencias producidas en los distintos grupos de edad. Cuando Piaget busca oponer la sanción expiatoria a la censura y explicación sin sanción (último momento de las sanciones por reciprocidad) no logra el consenso de ninguno de los niños más pequeños y menos de la mitad de los niños grandes están dispuestos a renunciar a la sanción, pese a que las acciones en ningún caso involucran delitos en el sentido en que se comprenden en el derecho penal, sino vulneraciones al lazo social entre los propios niños (hacer trampas en los juegos, arruinar o romper por descuido bienes de sus progenitores o de sus amigos, negarse a ayudar a sus padres o a sus pares, etc.).

Esto es: al tiempo que se ratifica una evolución con la edad que responde al desarrollo de estructuras lógicas que hacen viable un proceso de creciente autonomización, también se ratifica una fuerte pregnancia de una mirada retribucionista, sea cual sea el nivel de desarrollo lógico, lo cual quizás nos permitirá entender por qué las reflexiones de la filosofía del derecho tuvieron y siguen teniendo grandes problemas para pensar la facultad de juzgar independientemente de la mirada retributiva, aún en aquellos casos en donde se duda sobre la propia función de la sanción o directamente se la impugna como expresión del poder disciplinario estatal, lo cual también constituye un modo de reduccionismo de una problemática mucho más compleja.

Los límites de Hans Kelsen

¹¹ De aquí derivan gran parte de las limitaciones del proyecto de Lawrence Kohlberg quien, desde una perspectiva heredera de la mirada psicogenética, se propone la construcción de una serie de estadios consecutivos de desarrollo del juicio moral, en una exagerada relación de determinación de las decisiones morales por parte de las estructuras lógicas de razonamiento. De allí, Kohlberg termina reproduciendo en la psicología genética el mismo problema que obturó el desarrollo del derecho penal liberal: la ilusión de una posible independencia del elemento lógico de la facultad de juzgar de su componente ético. Lo que en el derecho es la ficción de la escisión del derecho con respecto a la moral, en la visión de Kohlberg es la posibilidad de escindir el análisis del juicio moral de sus condiciones de determinación ético-políticas (Kohlberg, 1992)

Fue Hans Kelsen uno de los pocos autores jurídicos que buscaron tomar en cuenta el origen psicogenético del derecho penal. En su fundada y fundamental crítica al iusnaturalismo, Kelsen lo cuestiona como una forma de *animismo*, una asignación de propiedades humanas a las cosas, a partir de la divinización del mundo. La coherencia de este planteo de Kelsen con el desarrollo psicogenético de los modos de representación del mundo en los niños que llevó a cabo Piaget es más que llamativo (Piaget, 1997). Dice Kelsen, por ejemplo:

"Las primeras normas sociales han tenido verosímelmente por fin imponer restricciones al instinto sexual y a la violencia. El incesto y el homicidio en el interior del grupo son, sin duda, los crímenes más antiguos y la vendetta la primera sanción establecida por el orden social. Esta sanción está fundada sobre el principio social más primitivo, el de retribución, que se manifiesta tanto en lo que respecta a la pena como a la recompensa". Para agregar luego que: *"Por animismo se entiende la convicción del hombre primitivo de que las cosas tienen un alma, que están animadas. Espíritus poderosos pero invisibles se esconden en ellas o detrás de ellas. En definitiva, las cosas son personas y se comportan respecto de los hombres de la misma manera que los hombres entre sí, según el principio de retribución, bajo la forma de pena o de recompensa."* (Kelsen, 1960, 22-23)

Para Kelsen, el iusnaturalismo es heredero de este pensamiento animista, incapaz de observar el carácter humano y consensuado del orden normativo. Pero Kelsen opone al iusnaturalismo animista un relativismo positivista, que encuentra la producción de la sanción como una creación arbitraria de los hombres y sólo puede fundamentar su validez desde su efectividad, en tanto monopolio de la coacción. De este modo, no resulta capaz de identificar ni explicar el creciente desarrollo del proceso del juicio, a medida que logra irse autonomizando gradualmente del animismo y evaluando la realidad humana y social a partir del diálogo y la reciprocidad entre pares. Por el contrario, en su disputa con el animismo, Kelsen sólo opone al mismo una producción arbitraria de reglas que se liberan de toda "fundamentación última".

Kelsen y Ferrajoli caracterizan a este proceso como "secularización", en tanto abandono de su componente mágico animista (que asignan correctamente al iusnaturalismo). Pero no resultan capaces de identificar qué tipo de lógica guía el proceso de autonomización de la moral y reemplazan al animismo con un agnosticismo radical sobre los principios ético-morales, que termina cayendo en una justificación del deber ser por el ser (más claro en Kelsen, más matizado y contradictorio en Ferrajoli, quien al reconocer el derecho diferencial del más débil intenta restituir algún, quien al reconocer el derecho diferencial del más débil intenta restituir algún elemento de valoración moral a la estructura jurídica, muy en especial en Ferrajoli (1999).

Como Kelsen sólo puede ver arbitrariedad en la producción de la norma, elige observar el juicio sólo en tanto proceso de subsunción formal, siendo que lo único que puede otorgar validez a la norma es su efectividad (su capacidad de aplicación en tanto coacción

legitimada)¹². De este modo, la disputa con el iusnaturalismo termina en una ideología profundamente conservadora, que reniega de la posibilidad de valoración ético-moral del derecho, al considerarla arbitraria y relativa.

Por el contrario, el recorrido de la psicogénesis permite observar que el pasaje del animismo a modalidades más complejas de representación de la realidad no constituye el reino de la arbitrariedad y el relativismo (donde toda opinión quedaría anulada por la posibilidad de una opinión contraria), sino que puede también dar cuenta de modalidades crecientes de autonomización del pensamiento y del juicio, que introducen la igualdad y la equidad en la discusión, reemplazando un modelo de juicio moral retributivo por un modelo basado en la reciprocidad y la necesidad de reparación.

Siguiendo la autodenominación de la escuela de la psicogénesis y sociogénesis como *constructivismo*, en este trabajo, se caracterizará como *iusconstructivismo* a la propuesta de validación última de la norma a partir de su aporte a procesos de autonomización del juicio moral y consolidación de condiciones de equidad y reciprocidad.¹³

El iusconstructivismo postula que la norma positiva sólo tendrá validez sustancial en tanto responda a un proceso de creciente autonomización del juicio, basado en el diálogo entre pares, la reciprocidad entre los mismos y la búsqueda de una creciente igualdad y equidad en las relaciones sociales, siendo que la misma suele alcanzarse de modo más coherente a través de mecanismos de reparación, como modos de abordaje del conflicto.

La distinción central que opera en Kelsen se vincula a la diferencia entre un orden de base *causal* (el orden natural, la relación con las cosas, en donde una acción produce un efecto, como el hecho de someter a un metal al calor produce su dilatación) y un orden basado en la *imputación* (el orden normativo, en el cual una acción *debe* producir una consecuencia, sin que exista relación causal entre ambas sino de consecuencia en términos de

¹² Lo cual, en verdad, constituye una clara herencia del pensamiento escéptico de Hobbes, para quien la norma es la única posibilidad de escapar del estado natural de violencia anárquica. Estado natural que, paradójicamente, nunca existió antes de la institucionalización del castigo, pero en gran medida ha sido un resultado de dicha institucionalización, como consecuencia destructora de lazos sociales en las sociedades posgenocidas ([No se entiende](#)).

¹³ Si bien con objetivos no exactamente equivalentes y sin referencia directa a Piaget (aunque con algunos comentarios sobre su discípulo Kohlberg) debo reconocer que la nominación también mucho le debe a las intuiciones de Carlos Nino, quien propone al "constructivismo ético", como alternativa al debate filosófico-jurídico entre dogmatismo y escepticismo. Nino era profundamente consciente de las dificultades tanto del iusnaturalismo como del iuspositivismo para justificar el juzgamiento de los genocidios y, a la vez, la ineludible necesidad de dicho juzgamiento. La nominación como iusconstructivismo, por tanto, también es un modo de reconocimiento y homenaje a dicho autor, más allá de implicar mucho más (para bien o para mal) de lo que Nino entendiera como constructivismo ético. Para el desarrollo del constructivismo ético Nino, 1985 y Nino, 2013.

responsabilidad, como en el caso de una sanción o reparación asignada como consecuencia de un delito).

Dicha distinción es útil, pero el límite de Kelsen radica en comprender a las relaciones de imputación como totalmente arbitrarias y relativas, en lugar de observar la progresión que se ha desarrollado en páginas previas entre una retribución arbitraria (producto de una representación animista de la realidad) y modalidades cada vez más reparatorias y objetivables, que intentan comprender las conductas humanas en juego en cada acción y acordar, a partir de la reciprocidad, sus modalidades de resolución.

Es esta *confiscación del juicio moral*, por lo tanto, la que produce la remisión definitiva del derecho penal a la arbitrariedad. El positivismo jurídico, en lugar de confrontar con dicha arbitrariedad, pretendió apenas limitarla a partir del procedimiento netamente conservador de la subsunción formal, sea en su versión rígida (positivismo ideológico) o moderada (positivismo crítico *a la Ferrajoli*, desde la necesidad de "validez sustancial basada en la moral expresada en la norma constitucional").

En momentos de riesgo para la humanidad, cuando el poder logra ser conquistado por regímenes fascistas o genocidas, estos positivismos se han revelado inútiles para enfrentar a la arbitrariedad punitiva y, por el contrario, han constituido una de sus más siniestras legitimaciones.

De allí la necesidad de proponer su crítica a partir de una propuesta iusconstructivista. De este modo, toda norma que vulnere o busque hacer retroceder los niveles de autonomía, igualdad o equidad alcanzados por la humanidad, carecería de validez sustancial fuere cual fuere el modo en que hubiese sido sancionada, restituyendo una valoración ético-moral en tanto principio último de justificación de la norma y estableciendo condiciones que permitan objetivar dicha valoración, para no dejarla sometida ni al subjetivismo iusnaturalista ni al escepticismo relativista.

La construcción del juicio como proceso histórico-social

Se ha planteado en obras previas que uno de los elementos centrales de la funcionalidad de las prácticas sociales genocidas en la modernidad radica en su capacidad de destrucción de las relaciones de reciprocidad, como estrategia política que busca detener un proceso de desarrollo de las facultades humanas desde la heteronomía a la autonomía, analizado desde la psicogénesis por obras como la de Piaget y desde la sociogénesis por trabajos como los de Norbert Elias (Elias, 2009).

Sin embargo, se podría sumar al análisis el hecho de que dicha destrucción de las condiciones de posibilidad de la reciprocidad (a través de la generalización de la

desconfianza como resultado del terror colectivo impuesto a través de los sistemas sacrificiales de castigo o de las experiencias concentracionarias y de la correlativa instigación a la delación) también juega un rol en el fortalecimiento de las miradas retribucionistas. Las sociedades posgenocidas tenderán a recurrir con mayor facilidad al poder punitivo como estrategia de resolución de sus conflictos, en tanto la dificultad de establecer relaciones de reciprocidad tiene su equivalente en la dificultad para avanzar en modelos menos retributivos en el ejercicio de la facultad de juzgar.

Norbert Elias ha buscado dar cuenta de un modo complejo y profundo del proceso de la "civilización" y del modo por el cual, al mismo tiempo, se internalizan reglas morales y se va construyendo el monopolio de la violencia (monopolio militar) y de los recursos (monopolio fiscal) por parte del naciente aparato estatal.

En el desarrollo articulado de los procesos psicogenéticos y sociogenéticos radica uno de los grandes aportes de estas perspectivas para un análisis de la construcción del juicio moral: comprender que la construcción progresiva de relaciones de reciprocidad constituye una condición de posibilidad (no suficiente, pero sí imprescindible) para intentar dejar atrás una mirada retribucionista y que el Estado moderno constituye, simultáneamente, una instancia de dominación heterónoma y la posibilidad de una autonomización del juicio moral, por la vía de la construcción crecientemente democrática de las reglas de interacción y la internalización de los criterios tanto heterónomos como autónomos a través de los mecanismos complementarios de la coerción y el consenso.

Piaget distingue dos modalidades de equilibración: "un tipo basado en la presión de la edad, que excluye la igualdad y la solidaridad "orgánica", pero que canaliza sin excluirlo el egocentrismo individual, y un tipo basado en la cooperación, en la igualdad y la solidaridad". (Piaget, 1984, 268)

La posibilidad de constituir relaciones de reciprocidad y la nueva equilibración construida a partir de dicha posibilidad - centrada en las relaciones de cooperación entre pares - pone en cuestión de un modo muy profundo la efectividad de una política retributiva, tanto a partir del cuestionamiento de su legitimidad como en relación a su efectividad.

La propuesta iusconstructivista

Se intenta sostener aquí que una mirada iusconstructivista como legitimación última de la producción normativa podría resultar potente para reemplazar tanto a los animismos iusnaturalistas como a las alternativas iuspositivistas aunque, por supuesto, requeriría un desarrollo imposible de materializar en este artículo, apenas dedicado a explorar algunos problemas en relación al juzgamiento de los crímenes de Estado.

Dicho iusconstructivismo propone fundar la validación sustancial de la norma en el análisis del proceso histórico de desarrollo del juicio moral (desde la heteronomía hacia la autonomía), centrado en la búsqueda de la mayor equidad y reciprocidad posible entre los seres humanos. Toda producción normativa que no respetara dichos principios, obstaculizando o debilitando las posibilidades de equidad o de autonomía del juicio moral, no contaría con las condiciones de validez sustancial necesarias para garantizar su legitimidad.

En la línea desarrollada entre otros por Carlos Nino, es posible pensar al principio de legalidad también como una decisión moral, basada en la relevancia y efectividad de la obediencia a la norma (Nino, 1997). Dicho principio puede y debe ceder cuando la norma a la que se obedece vulnera principios ético-morales fundamentales. Pero la pregunta que siempre recorrió las críticas a esta concepción es cómo definir de modo objetivable dichos principios ante los que se debe ceder, sin caer en el animismo iusnaturalista, subjetivo y por tanto pasible de manipulación, o en el escepticismo relativista. Es muy claro que Nino se refería a la ilegitimidad de las normas que justificaron y viabilizaron la comisión de genocidios así como aquellas que garantizaron la impunidad de sus responsables, pero no termina de responder qué tipo de principios son los que inhabilitarían dichas normas, probablemente porque no tuvo el tiempo vital para desarrollarlos, más allá de las intuiciones mencionadas bajo la denominación de "constructivismo ético".

La perspectiva de Ferrajoli propone como fundamento de estos principios ético-morales a los textos constitucionales modernos y a los pactos y convenciones internacionales, forzando al límite una perspectiva que no deja de ser iuspositivista. Pero el riesgo de esta validación sustancial de la norma por otra norma radica en que la misma queda presa de los equilibrios y correlaciones de fuerzas en la construcción o modificación de los textos constitucionales o en el desarrollo (cada vez más preocupante) de las decisiones internacionales en un marco tan poco democrático como las Naciones Unidas.¹⁴

La propuesta iusconstructivista fundaría la validez sustancial de la norma en un proceso objetivable, no abierto a manipulación, pero tampoco sometido únicamente a la disputa por correlaciones de fuerzas.

¹⁴ Cabe recordar que las Naciones Unidas agrupan a los gobiernos realmente existentes, siendo que se trata por igual a los que responden a un sistema democrático de elección que a las autocracias o gobiernos dictatoriales. Del mismo modo, la votación en dicho ámbito no se pondera en función de la población de cada Estado sino que los votos de Estados con centenares de millones de habitantes (China, India) son equivalentes a los de Estados con algunos miles de habitantes como Mónaco, Liechtenstein, Palau o Tuvalu. A su vez, cinco potencias (Estados Unidos, Rusia, China, Francia y Gran Bretaña) cuentan con un poder de veto que impide cualquier respuesta colectiva frente a sus acciones o a la de cualquiera de sus "aliados", todo lo cual vuelve a la organización un ámbito poco apto para el avance de los procesos de autonomización, igualdad o equidad.

Por supuesto que, en acuerdo con Ferrajoli, tanto algunas constituciones democráticas como algunos pactos y convenciones internacionales han logrado codificar algunos de estos principios iusconstructivistas constituyéndolos como norma fundamental y otorgándoles también una legitimación iuspositivista, lo cual no deja de resultar útil en las luchas por la igualdad y la equidad y la defensa de los derechos humanos y en la búsqueda de ampliar los consensos y apoyos en la defensa de estos objetivos.

Pero en un contexto internacional de reforzamiento de los comportamientos neocolonialistas, en donde (como tantas otras veces en la historia) la disputa por el control de territorios o mercados continúa haciendo uso del aniquilamiento de poblaciones como tecnología de poder, no es posible confiar en la mera validez formal de la producción de tratados o normas internacionales como antídoto contra los genocidios y otros crímenes de Estado y como guía no sólo para los jueces, sino para todos aquellos interesados en recuperar la humana facultad de juzgar.

Los tratados de derechos humanos han dado cuenta de un momento muy específico y limitado del desarrollo jurídico internacional, producto de las negociaciones que fueron necesarias en el contexto de la guerra fría (que tuvo su fecha de inicio en 1945 pero su caducidad no mucho más allá de mediados de la década de 1990). La finalización de dicho período ha dado lugar a la sanción por parte de los órganos internacionales de tratados y convenciones mucho más preocupantes como las leyes contra el terrorismo, contra el narcotráfico, la imposición de regulaciones económicas sobre patentes o comercio que destruyen el bienestar de los pueblos o el propio desempeño de una Corte Penal Internacional que juzga a organizaciones insurgentes africanas en lugar de a los Estados genocidas hegemónicos, entre otros datos históricos preocupantes.

Dado el carácter antidemocrático de los órganos internacionales (en donde los gobiernos dictatoriales o genocidas tienen voto, donde cinco potencias colonialistas cuentan con capacidad de veto y donde las poblaciones del mundo no votan sino a través de sus representantes gubernamentales, donde países con más de mil millones de habitantes valen un voto, al igual que países con diez o veinte mil habitantes), resulta ilusorio y peligroso derivar la validez formal de las normas (y su consecuente poder de punición) de los acuerdos a los que se pueda arribar en dichos foros (por lo general manipulados por los Estados hegemónicos militar y políticamente).

Aparece como más potente la posibilidad de postular una validación ético-moral que pueda elevarse por encima de las correlaciones de fuerzas circunstanciales, en un intento por potenciar el desarrollo humano en su proceso de complejización del criterio moral, como paso para la construcción de un mundo más justo e igualitario.

BIBLIOGRAFÍA

- Adorno, T. y Horkheimer, M. ([1944], 1994), *Dialéctica de la Ilustración*, Madrid, Trotta.
- Alagia, A. (2014) *Hacer sufrir. Imágenes del hombre y la sociedad en el derecho penal*; Buenos Aires: Ediar.
- Arendt, H. (2002) *La vida del espíritu*, Buenos Aires: Paidós.
- Bauman, Z. (1997) *Modernidad y Holocausto*, Toledo: Sequitur.
- Bauman, Z. (1999) *Trabajo, consumismo y nuevos pobres*, Barcelona: Gedisa.
- Elías, N. (2009) *El proceso de la civilización. Investigaciones sociogenéticas y psicogenéticas*, México, FCE.
- Feierstein, D. (2007) *El genocidio como práctica social. Entre el nazismo y la experiencia argentina*, Buenos Aires, FCE.
- Fein, H. (1979) *Accounting for Genocide*, New York, The Free Press.
- Fein, H. (1990) "Genocide: a Sociological Perspective", en *Current Sociology*, 1990, 38:1.
- Ferrajoli, L. (1995) *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta.
- Ferrajoli, L. (1999) *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2011) *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, Madrid, Trotta.
- Kelsen, H. (1960) *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires: EUDEBA.
- Kohlberg, L. (1992) *Psicología del desarrollo moral*, Bilbao, Descleé de Brouwer.
- Nino, C. (1984) *Ética y derechos humanos*, Buenos Aires: Astrea.
- Nino, C. (1985) *La validez del derecho*, Buenos Aires: Astrea.
- Nino, C. (1997) *Juicio al mal absoluto*, Buenos Aires: Emecé.
- Nino, C. (2013) *Ocho lecciones sobre ética y derecho. Para pensar la democracia*, Buenos Aires, Siglo XXI.
- Piaget, J. ([1932], 1984) *El criterio moral en el niño*, Barcelona: Martínez Roca.
- Piaget, J. y García, R. (1982) *Psicogénesis e historia de la ciencia*, México: Siglo XXI.

Piaget, J. ([1933], 1997) *La representación del mundo en el niño*, Madrid: Morata.