

## LOS DESAFÍOS DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL EN LA ARGENTINA: ADAPTAR SU MARCO CONCEPTUAL Y DESMONTAR LAS ESTRUCTURAS ILIBERALES SUBNACIONALES\*

PATRICIO DANIEL MÉNDEZ MONTENEGRO\*\*

**Resumen:** A 40 años de la recuperación democrática en Argentina existen consensos sobre la incorporación de la Argentina al concierto de países democráticos. Sin embargo, subsisten preocupaciones respecto al carácter democrático de muchas unidades subnacionales, donde aún persisten prácticas asociadas al autoritarismo. Esta lección va a sostener dos tesis centrales. Primero, que el marco jurídico y la literatura especializada, inspirada en la transición argentina, obviaron las dificultades adicionales presentadas por el carácter federal que comparten la Argentina y tantos otros países. Segundo, que, para resolver los persistentes problemas democráticos y legales en estas unidades subnacionales, hay que abandonar las nociones clásicas de la justicia transicional y expandir su alcance, algo que ya está en marcha dentro de las nuevas teorías sobre la materia. Su aplicación sobre países ya democratizados a nivel nacional, pero en los que persisten problemas a nivel local despierta desafíos, problemas y dilemas que serán abordados en los apartados II, III y IV. El trabajo incluye, además, un apartado donde se esbozan algunas posibles soluciones a esos dilemas, proponiendo formas de activar cambios sociales que den lugar a la democratización de esas jurisdicciones. El trabajo concluye con la idea de que, en los casos más graves, la única forma de lograr cambios profundos es mediante la intervención federal acompañada de herramientas típicas de la justicia transicional.

\* Recepción del original: 04/07/2023. Aceptación: 29/08/2023

\*\* Abogado con Diploma de Honor UBA-Derecho. LL.M. en Derechos Económicos, Sociales y Culturales en University of Essex. Docente UBA/UTDT. Agradezco especialmente a Clara Sandoval Villalba por su ayuda brindada durante la redacción de esta tesis de maestría. El mismo reconocimiento merecen Emiliano y Guillermina por el aguante interminable en esos meses de lectura, aislamiento social y escritura.

**Palabras clave:** federalismo — justicia transicional — derechos humanos — democracia — intervención federal

**Abstract:** Forty years after the recovery of democracy in Argentina, there is consensus on the incorporation of Argentina into the concert of democratic countries. However, there are still concerns about the democratic character of many subnational units, where practices associated with authoritarianism still persist. This lesson will support two central theses. First, that the legal framework and specialized literature, inspired by the Argentine transition, overlooked the additional difficulties presented by the federal character shared by Argentina and so many other countries. Second, that, in order to solve the persistent democratic and legal problems in these subnational units, it is necessary to abandon the classical notions of transitional justice and expand its scope, something that is already underway within the new theories on the subject. Its application to countries that are already democratized at the national level, but where problems persist at the local level, raises challenges, problems and dilemmas that will be addressed in sections II, III and IV. The paper also includes a section outlining some possible solutions to these dilemmas, proposing ways to activate social changes that lead to the democratization of these jurisdictions. The paper concludes with the idea that, in the most serious cases, the only way to achieve profound changes is through federal intervention accompanied by tools typical of transitional justice.

**Keywords:** federalism — transitional justice — human rights — democracy — federal intervention

## I. INTRODUCCIÓN

La justicia transicional parece estar de moda en el mundo. La literatura especializada y los organismos de derechos humanos han venido utilizando el concepto y el lenguaje de la justicia transicional en escenarios radicalmente diferentes a los que originalmente fue pensado. Sin embargo, en la Argentina parece haber sido un concepto utilizado en la transición iniciada en los años 80 y cuya utilidad parece haberse agotado a pesar de que todavía existen deudas pendientes en el proceso de transición a la democracia. Según estudios comparativos, la mitad de las provincias argentinas viven en regímenes no democráticos, con severos déficits a la hora de proteger

derechos humanos básicos.<sup>1</sup> A pesar de esto, nadie utiliza el lenguaje de la justicia transicional para abordar esos problemas.

En buena medida eso se puede deber a que la justicia transicional fue pensada para contextos sumamente específicos de transición política en los cuales era esencial abordar las violaciones a los derechos humanos para "dibujar una clara línea con el pasado".<sup>2</sup> Lidar con el pasado era crucial para sentar las bases de un nuevo régimen democrático.<sup>3</sup> En estos casos, las opciones estaban restringidas por el poder que tenían los perpetradores en la sociedad, llevando a los gobiernos a tomar decisiones difíciles respecto al proceso transicional, muchas veces, teniendo que optar entre estabilidad y justicia,<sup>4</sup> con el riesgo de amenazar la transición en su conjunto.<sup>5</sup> Como sostiene Thomas Hansen, la teoría inicial de la justicia transicional se centró en el concepto de una ventana de oportunidad en la cual las políticas y las medidas podrían ser implementadas.<sup>6</sup> Adicionalmente, el proceso solía darse en un contexto de transición del autoritarismo a la democracia. Los actores involucrados solían ser autoridades públicas, burócratas, policías, jueces y militares del antiguo régimen que eran acusados por las nuevas autoridades democráticas elegidas por el pueblo a nivel nacional.

Sin embargo, estos pilares empezaron a crujir con el intento de expandir la noción de justicia transicional para aplicarla a nuevos escenarios. En primer lugar, las metas y el contexto ya no están restringidos a la transición del autoritarismo a la democracia. En la actualidad, la justicia transicional es aplicada a la transición del conflicto a la paz.<sup>7</sup> En segundo lugar, muchos casos paradigmáticos no necesariamente hicieron que un país evolucione a un régimen liberal, como es el caso de Ruanda.<sup>8</sup> En tercer lugar, hay diversos casos en los cuales la implementación de medidas de justicia transicional se dio en democracias consolidadas, pero donde existe una minoría cuyos derechos humanos fueron sistemáticamente violados, como es el

1. GERVASONI, "A Rentier Theory of Subnational Regimes...", p. 62.

2. MENDEZ, "Accountability for Past Abuses", p.255.

3. NINO, *Radical Evil on Trial*, p. 188.

4. ZALAQUETT, "Balancing Ethical Imperatives and Political Constraints...", p. 1429.

5. NINO, "Response: The Duty to Punish Past...", p. 2627.

6. HANSEL, "The Time and Space of Transitional...", p. 34.

7. AG, A/HRC/21/46, p. 16.

8. CLARK & KAUFFMAN, *After Genocide: Transitional Justice, Post-Conflict Reconstruction...*, p. 47.

caso de las Primeras Naciones de Canadá o las comunidades aborígenes de Australia.<sup>9</sup> Finalmente, la noción de ventana de oportunidad perdió terreno en la literatura, y hoy existen procesos transicionales bien lejanos en el tiempo de las graves violaciones a los derechos humanos.<sup>10</sup>

Sin embargo, al expandir el concepto, existe un riesgo claro de desnaturalizarlo. Como sostiene Mark Kersten:

“La justicia transicional es el último concepto sexy en la política internacional y todos quieren un pedazo de la torta de la justicia transicional. Pero al poner todo lo relacionado al mantenimiento de la paz, la justicia y la toma de decisiones en escenarios post conflicto bajo el paraguas de la justicia transicional corremos el riesgo de erosionar su valor y su especificidad”.<sup>11</sup>

A la luz de esta doble tendencia hacia la expansión y la desnaturalización del concepto ¿es posible y adecuado utilizar las herramientas de justicia transicional para abordar los persistentes déficits democráticos y de protección de los derechos en la Argentina? Esta lección va a sostener que sí, que el marco conceptual en la materia tiene potencial transformador. Sin embargo, para hacerlo, es necesario abordar dos cuestiones que la disciplina ha ignorado. En primer lugar, el marco conceptual de la justicia transicional ha estado centrado principalmente en implementar medidas, reparaciones y reformas a nivel nacional para consolidar el Estado de derecho y la democracia en el país. Pero ¿acaso no puede haber violaciones a los derechos humanos a nivel subnacional? ¿Las policías locales no han tenido y siguen teniendo un rol relevante a la hora de ejecutar violaciones sistemáticas a los derechos humanos? ¿Qué herramientas tiene el Estado Nacional en contextos federales como el nuestro para desbaratar esas prácticas iliberales? ¿Acaso las instituciones subnacionales no pueden ofrecer resistencia a los procesos de democratización a nivel nacional?

En segundo lugar, si es posible que las autoridades subnacionales puedan ser tanto facilitadoras de violaciones de los derechos humanos como sus responsables principales, entonces ¿pueden los regímenes autoritarios

9. QUINN, “Wither the ‘Transition’ of Transitional Justice”, p. 63.

10. COLLINS, *Post-Transitional Justice: Human Rights Trials in...*, p 110.

11. *Cfr*: KERSTEN, “Justice in Conflict, Transitional Justice: paradigm...”.

subnacionales ser abordados a través del lente de la justicia transicional? La respuesta afirmativa de esta pregunta implica expandir el alcance de la justicia transicional a sistemas políticos relativamente democráticos que protejan medianamente los derechos humanos y los principios del Estado de derecho pero que, al mismo tiempo, tengan regímenes autoritarios subnacionales que sistemáticamente violan los derechos humanos y tengan escasas credenciales democráticas.

Esta lección tiene dos objetivos centrales. El primero de ellos es sostener la necesidad de repensar los desafíos adicionales que presenta el federalismo en los procesos transicionales, reflexión que está ausente de la literatura especializada. El segundo, pensar el modo en que las herramientas típicas de la justicia transicional pueden ayudarnos a desencadenar procesos de democratización subnacional en el marco del federalismo argentino, sin que esto desnaturalice el concepto original. El trabajo va a estar dividido en cuatro secciones. En primer lugar, se va a realizar un análisis del marco jurídico internacional que sienta los estándares sobre la transición democrática para sostener que está pensado para países unitarios. En segundo lugar, se procederá a hacer una revisión de la literatura sobre los procesos de democratización para advertir uno de los principales escollos teóricos: los procesos de democratización no son lineales, ni a todo o nada, sino que suelen enfrentar resistencias sociales y territoriales. En este contexto, se va a hacer foco sobre lo que la ciencia política ha denominado los "regímenes autoritarios subnacionales" y se va a llamar la atención sobre los vínculos que el federalismo tiene con la desprotección de los derechos fundamentales y con la violencia estatal. En el tercer apartado, se va a hacer un análisis de las tensiones existentes entre el régimen federal de gobierno con el derecho internacional de los derechos humanos, exponiendo los límites que tiene el gobierno nacional a la hora de articular respuestas que prevengan y sancionen aquellas violaciones. La conclusión del trabajo sostendrá que uno de los desafíos jurídicos para la consolidación de la democracia en Argentina es pensar la forma en que se pueden activar procesos democratizantes en provincias capturadas por elites iliberales donde existen violaciones sistemáticas a los derechos humanos.

## II. MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL

En esta sección se analizarán los reportes del secretario general de la ONU, el Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia

y reparación y el Asesor Especial del Secretario General sobre la Prevención del Genocidio, y se argumentará que a pesar de las importantes contribuciones que hicieron a los debates y los dilemas que enfrentan los países en contextos transicionales, omiten un aspecto problemático de la justicia transicional. Cuando se piensa sobre los obstáculos que enfrentan los procesos transicionales, los expertos suelen mencionar la debilidad de las instituciones estatales, la división étnica-lingüística de la sociedad, las raíces sociales y económicas del conflicto, la capacidad de resistencia de los antiguos detentadores del poder, las burocracias heredadas del antiguo régimen o los problemas financieros.<sup>12</sup> Este trabajo busca poner de resalto otro factor relevante que está ausente en la literatura especializada: los países federales que atraviesan un proceso de transición a la democracia presentan un desafío adicional a la teoría y la práctica en la materia. Mientras el marco jurídico actual es pensado para ser implementado en la esfera institucional nacional, la violación a los derechos humanos también puede tener origen a nivel subnacional. En este sentido, la autonomía subnacional, un pilar básico de cualquier país federal, puede obstaculizar el proceso de democratización.

El reporte seminal en la materia fue “Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o ha sufrido conflictos” redactado por el secretario general de la ONU en 2004. Las palabras utilizadas por el reporte muestran la noción tradicional de la justicia transicional. En el párrafo 12 se delinearán las principales reformas que la ONU implementó en los países en los cuales asistió a reforzar el imperio de la ley, la seguridad y el Poder Judicial. Entre ellas, el reporte menciona “formar a funcionarios nacionales de la administración de justicia, prestar apoyo a los órganos internos de reforma judicial” y a ayudar “a las entidades nacionales a investigar y seleccionar policías, jueces y fiscales”.<sup>13</sup>

En el párrafo 23, el informe recomienda una aproximación integral a la justicia transicional, sosteniendo que las reformas judiciales deberían ser

12. Al respecto véase Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia y reparación, A/67/368, art 27; Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia y reparación, A/HRC/24/42, p 21-89; Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia y reparación, A/HRC/7/56, p 33; Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia y reparación, A/70/438, p 33-36; Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/37/65, p 17-21.

13. Consejo de Seguridad ONU, S/2004/616, p. 12.

comprendidas de todas las instituciones que pertenecen al Poder Judicial, "en el desarrollo y la aplicación de un plan estratégico para el sector, controlado y dirigido desde el país".<sup>14</sup>

El párrafo 27 llama la atención sobre la falta de confianza en el Poder Judicial y las fuerzas de seguridad cuando ellos tuvieron un vínculo directo con las violaciones a los derechos humanos. "Lo típico en estos casos es que el sistema judicial, la policía y el sistema penitenciario nacional" hayan quedado desfinanciados y desacreditados, por lo que "el restablecimiento de la capacidad y la legitimidad de las instituciones nacionales es una empresa de largo plazo".<sup>15</sup> Por último, el párrafo 39 apunta a la importancia de los juicios penales como una forma de *accountability* a los perpetradores y como una forma de justicia para las víctimas y enfatiza su efecto sobre la legitimidad de los grupos extremistas para "hacerlos desaparecer del proceso político nacional".<sup>16</sup>

Este entendimiento sobre el contexto en el cual la justicia transicional es apoyado por el segundo informe del relator especial en el fundamento de su mandato. Este documento ofrece un claro ejemplo del contexto en que nace la disciplina. Se trata de países con "niveles relativamente avanzados de institucionalización horizontal y vertical, es decir que sus intuiciones podían abarcar íntegramente sus respectivos territorios nacionales".<sup>17</sup> Dado que los dictadores ocuparon las instituciones nacionales, la solución consistía en recuperar esas "instituciones y tradiciones brutalmente interrumpidas".<sup>18</sup> De hecho, ese fue el punto de Carlos Nino y Jaime Malamud Goti, arquitectos del proceso de justicia transicional en nuestro país.<sup>19</sup>

En esta misma línea el Consejo de Derechos Humanos realizó un estudio conjunto sobre la contribución de la justicia de transición a la prevención de las violaciones y transgresiones manifiestas de los derechos humanos y las violaciones graves del derecho internacional humanitario.<sup>20</sup>

14. Consejo de Seguridad ONU, S/2004/616, p. 23.

15. Consejo de Seguridad ONU, S/2004/616, p. 27.

16. Consejo de Seguridad ONU, S/2004/616, p. 39.

17. Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia y reparación, A/HRC/21/46, p. 15.

18. Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia y reparación, A/HRC/21/46, p. 15.

19. NINO, *Radical Evil on Trial*, p. 118.

20. Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia y reparación, A/HRC/24/42, p. 59.

Allí, se enfatiza la necesidad de realizar reformas institucionales como mecanismos de no repetición como

“El fortalecimiento de la capacidad de las estructuras nacionales, incluidos los órganos legislativos, el poder judicial y las instituciones nacionales de derechos humanos para defender la buena gobernanza, los derechos humanos y el Estado de derecho”.<sup>21</sup>

Este informe tiene la característica particular de mencionar al federalismo como un posible mecanismo institucional preventivo, dado que una segunda cámara y la autonomía provincial pueden tener efectos positivos que empoderen a las minorías territoriales a participar en la toma de decisiones.<sup>22</sup>

De los informes analizados se puede desprender que el proceso de justicia transicional puede enfrentar desafíos de los propios perpetradores que aún mantienen el poder de algunas instituciones estatales y de la propia sociedad civil adicta al antiguo régimen. También existen problemas relativos al financiamiento y el profesionalismo de las comisiones de verdad, la falta de entrenamiento de los fiscales y del Poder Judicial y el riesgo de la manipulación política del proceso de purgas y fiscalización de las burocracias públicas.

## **II.A. Los problemas del marco jurídico internacional**

### *IIA. 1. Un marco jurídico pensado para países unitarios*

Sin embargo, este tipo de obstáculos y problemas son típicos de países unitarios. Los países federales pueden presentar problemas que no están abordados en la literatura sobre la justicia transicional ni en el marco normativo internacional. Esto es particularmente relevante dado que el federalismo es el arreglo institucional adoptado por numerosos países alrededor del mundo. Aunque los expertos caracterizan que solo 25 de los 195 países reconocen son federales, representan alrededor del 40 % de la población total mundial, ya que los países más extensos territorialmente suelen ser

21. Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/37/65, p. 25.

22. Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/37/65, p. 6.

federales. Así, países como Argentina, Alemania, los Estados Unidos, México, Rusia o Brasil tienen históricos legados federales y, al mismo tiempo, de violaciones a los derechos humanos en el pasado y en el presente.

En este contexto, es importante para la literatura sobre justicia transicional reconocer los desafíos particulares que el federalismo presenta para el éxito de los procesos de transición a la democracia. En esta sección se van a presentar algunas ideas de como este diseño institucional afecta las metas transformadoras de la justicia transicional. Primero, se va a ver en qué difieren los arreglos unitarios y federales, haciendo hincapié en las características del federalismo. Segundo, se va a argumentar que la justicia transicional descansa en algunas premisas dudosas que no pueden ser aplicadas a países federales. Tercero, se va a analizar cómo esas características afectan las metas que persiguen los procesos transicionales.

El federalismo puede ser descripto como una forma territorial de organización del poder a través del cual algunas potestades y atribuciones están distribuidas entre Estados subnacionales y el Estado nacional.<sup>23</sup> La principal característica del federalismo es que los Estados subnacionales retienen algunas competencias exclusivas para sí mismas, temas donde las unidades locales van a tener la última palabra institucional.<sup>24</sup> En una federación, hay una combinación de autogobierno y gobierno compartido.<sup>25</sup>

La magnitud de este conjunto de competencias exclusivas puede depender del país del que se trate y del grado de federalismo de un país.<sup>26</sup> Así, algunos países pueden otorgarles la última palabra institucional a los Estados subnacionales sobre un gran conjunto de temas. El típico ejemplo es los Estados Unidos donde cada Estado tiene sus propias reglas criminales, civiles, laborales, sanitarias y electorales. Otros países, como Alemania, reservan la mayoría del Poder Legislativo al gobierno nacional, reservando la aplicación de las políticas públicas a las entidades federadas.<sup>27</sup>

En este sentido, las provincias están a cargo del contenido y la implementación de políticas públicas que tienen como objetivo proteger los derechos fundamentales. A través de sus propias burocracias, asambleas legislativas y cortes provinciales, las autoridades locales son responsables

23. DAHL, "Federalism and the Democratic Process", p. 95.

24. WATTS, "Federalism, Federal Political Systems, and Federations", p. 117.

25. ELAZAR, "From statism to federalism: a paradigm...", p. 5.

26. STEPAN, "Federalismo y democracia", p. 27.

27. SOSA WAGNER, "Repaso al federalismo alemán", p. 50.

de esta importante tarea. Sin embargo, es importante repetir que el rasgo esencial del federalismo es que crea un conjunto de temas en que es la localidad y no el Estado nacional, el que decide los objetivos y las políticas a desarrollar.

Por otro lado, un país unitario es caracterizado por la existencia de una única fuente de soberanía, basado en el modelo westfaliano. Como indica Daniel Elazar:

“El principio fundante de los Estados unitarios es la organización eficiente del poder. La eficiencia es definida como la que maximiza el control del centro sobre la periferia o la cúspide de la pirámide sobre los estratos inferiores, dependiendo del grado de gobierno republicano o democrático involucrado”.<sup>28</sup>

A pesar de que suele haber entidades subnacionales con gobiernos democráticamente electos, su composición e incluso su existencia es decidida por el Estado nacional. A su vez, la magnitud de las competencias de las que gozan puede ser reducida o expandida por el centro. De ese modo, los Estados unitarios tienen un único polo de instituciones políticas, con una sola estructura de poder sobre el territorio. Así, en todo el país se aplican las mismas leyes y los individuos tienen los mismos derechos y obligaciones.<sup>29</sup>

Una de las consecuencias de adoptar el sistema federal de gobierno es que los países suelen tender a sumar mayor cantidad de actores con poder de veto en sus sistemas institucionales. Según Tsebelis, los actores de veto son individuos o grupos cuyo consentimiento es necesario para adoptar una decisión política en un país determinado.<sup>30</sup> Cuantos más actores con poder de veto existan en un país, más dificultoso será construir acuerdos que alteren el *statu quo*. En un país federal, la Constitución Nacional tiende a crear actores con poderes de veto adicionales a los que existen en países unitarios, el Senado y los gobernadores un clásico ejemplo.<sup>31</sup>

Las características inherentes del federalismo impactan en los procesos de justicia transicional de, al menos, tres maneras diferentes. Primero,

28. ELAZAR, “Contrasting Unitary and Federal Systems”, p. 243.

29. AJA, *El Estado autonómico, federalismo y el...*, p. 23.

30. TSEBELIS, *Veto Players: How Political Institutions Work*, p. 440.

31. STEPAN, “Electoral Generated veto Players in Unitary...”, p. 323.

ellas tienden a extender y multiplicar las instituciones que deben ser reformadas para lograr el objetivo de prevenir las violaciones a los derechos humanos y generar instituciones sólidas. Segundo, el federalismo puede ayudar a crear nuevos desafíos y obstáculos a los procesos transicionales que no están previstos en los informes mencionados en la sección anterior. Tercero, los poderes judiciales, ejecutivos y legislativos locales pueden imponer trabas a los procesos transicionales en la esfera nacional, presentando soluciones alternativas o incluso resistencias a las políticas impulsadas a nivel nacional. Vale recordar que estas políticas diferenciadas están protegidas constitucionalmente por la institución de la autonomía provincial.

#### IIA.1.a. El federalismo dificulta la difusión del proceso de democratización

Como se puede desprender de lo anteriormente expuesto, resulta vital para las sociedades transicionales implementar reformas en sus sistemas legales y burocráticos para prevenir futuros abusos. Al parecer, tanto la teoría como el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho humanitario asumen dos cuestiones. Una posibilidad es que las violaciones a los derechos humanos provienen de instituciones nacionales como las fuerzas armadas con la complicidad judicial, la policía nacional o las burocracias centrales. La otra posibilidad es que los países son unitarios, es decir, que no hay entidades subnacionales constitucionalmente protegidas que pueden provocar o facilitar violaciones a los derechos humanos. La primera de las presunciones suele estar bastante presente en la literatura federal, donde se sostiene que los Estados subnacionales pueden ayudar a reforzar el sistema de frenos y contrapesos a la tiranía de la mayoría nacional, ya que la división territorial del poder coadyuvar a dividir el poder en cuantas esferas sea posible.<sup>32</sup> De esa manera, las entidades subnacionales pueden ayudar a prevenir o al menos a limitar las derivas autoritarias del gobierno nacional.

Sin embargo, lo contrario parece ser cierto también. Como muestran Ginsburg y Huq, el autoritarismo puede desarrollarse a través de las elecciones subnacionales y así acceder al poder y eventualmente llevarlo al Estado nacional, dado que las elecciones locales son más fáciles de ganar que las nacionales y sus instituciones son más fácilmente cooptables.<sup>33</sup>

32. *Cfr.* MADISON, HAMILTON & JAY, *El federalista*.

33. GINSBURG & HUQ, *How to save a constitutional democracy*, p. 149.

Si esta primera hipótesis no puede ser sostenida por la teoría ni por la práctica, es importante evaluar la segunda. El marco normativo sobre la justicia transicional está bien diseñado y las recomendaciones del Relator Especial han dado guías precisas para llevar adelante un proceso de transición a la democracia cuando son las instituciones nacionales las que son responsables de las violaciones a los derechos humanos. La idea principal es que, a través de la investigación penal a las autoridades nacionales, el desarrollo de instituciones de la verdad y a través de ciertas garantías de no repetición países con un legado autoritario pueden comenzar un lento proceso de transición a la democracia y al respeto de los derechos humanos.

Esto suele asumir que

“...los Estados nación ocupan territorios delimitados [...] En estos lugares, cualquier cambio de régimen va a ser centralizado y uniforme. Pero la mayoría de los Estados nación son más grandes y sus territorios menos integrados [...] Un cambio producido en la capital no necesariamente desencadena un acatamiento inmediato ni uniforme a lo largo y ancho del espacio político. Cualquier cambio sustancial (la transición a la democratización política y social, por ejemplo) va a tomar más tiempo para diseminarse y tornarse fructífero en espacio y tiempo [...] cuanto más grande y menos integrado –o más institucionalmente descentralizado– es el Estado nacional, más irregular va a ser el proceso de cambio de régimen”.<sup>34</sup>

Como ya fue mencionado, los países federales tienen su propio conjunto de instituciones estatales que están constitucionalmente encargadas de diversas competencias exclusivas. Tienen sus propios departamentos de policía, sus propias burocracias, su propio poder judicial, sus propios ministerios públicos y sus propias cámaras representativas. Esto significa que las instituciones locales y nacionales comparten un alto grado de soberanía y representatividad de sus ciudadanos.

Esto tiene consecuencias manifiestas en el proceso de justicia transicional. Primero, como explica Ginsburg

34. BEHREND & WHITEHEAD, “The struggle for subnational democracy”, p. 155.

“La existencia del federalismo permite que la democratización se dé de manera puntual e irregular. Muchas democracias federales –incluyendo a los Estados Unidos, México o Brasil– por lo tanto, tienen experiencias con los que los politólogos denominan enclaves autoritarios en algunas regiones o Estados, enclaves que pueden sobrevivir por años o incluso por décadas. La existencia de autoritarismos subnacionales también puede tener repercusiones más amplias a nivel nacional. Por ejemplo, un grupo de resultados electorales locales o un conjunto de políticas públicas pueden atrincherar una coalición antidemocrática y, por lo tanto, tornarla nacionalmente inexpugnable. Los patrones de difusión, a través de los cuales las políticas y las instituciones adoptadas en un Estado pueden difundirse en otros, no necesariamente distinguen entre contenidos democráticos o antidemocráticos [...] Si un conjunto suficiente de estados adoptan estos instrumentos, la competencia a nivel nacional y subnacional se va a ver severamente limitada, profundizando más que aliviando la situación democrática”.<sup>35</sup>

En otras palabras, los Estados subnacionales pueden ser las fuentes de las violaciones a los derechos humanos. Sus consecuencias van a ser desarrolladas en la próxima sección.

#### II.A.1.b. El federalismo multiplica los puntos de resistencia al proceso de transición.

Una segunda consecuencia es que el federalismo puede obstruir o incluso frustrar las metas que persigue la justicia transicional. Implementar las recomendaciones formuladas en el derecho internacional de los derechos humanos a nivel nacional puede no ser suficiente para cumplir las promesas normativas de fortalecer el Estado de derecho y el respeto a los derechos humanos y erradicar el autoritarismo y la violencia de la sociedad que enfrenta el proceso transicional. Los países federales tienen que enfrentar el hecho de que cualquier poder judicial provincial, cada fuerza de policía, cada organización paramilitar local con aquiescencia del Estado o incluso cada Ministerio Público pueden estar ligados al previo régimen

35. GINSBURG & HUO, *How to save a constitutional democracy*, p. 149.

represivo. Dado que las provincias son vitales para un gran conjunto de políticas públicas, un programa transicional que no tenga en cuenta al autoritarismo provincial está destinado a fracasar.

En tercer lugar, las autoridades locales pueden tener enfoques diferentes respecto a las políticas transicionales implementadas desde el centro y pueden manifestarlas públicamente. En países federales, las autoridades nacionales solamente gozan de un poder parcial y suelen enfrentar resistencias subnacionales a sus políticas.<sup>36</sup> A pesar de que el Estado nacional tiene obligaciones internacionales en la materia, carece de atribuciones para implementarlas a nivel subnacional. Las competencias locales les dan a los Estados subnacionales la autonomía para influir en el resultado de las políticas transicionales. Un ejemplo puede ser ilustrativo. Bien puede pasar que el Presidente y una mayoría legislativa puedan querer implementar un programa amplio de políticas transicionales. Siguiendo las recomendaciones de las Naciones Unidas, sancionan leyes de imprescriptibilidad de las violaciones a los derechos humanos, crean cortes especiales para perseguir penalmente a los perpetradores —creando comisiones de verdad—, proveen reparaciones económicas para las víctimas y realizan purgas a las fuerzas de seguridad y de defensa. En un intento de respetar la tradición federal del país, la legislación invita a las provincias a hacer lo mismo en el ámbito de sus propias instituciones. Por supuesto, la popularidad del gobierno nacional puede hacer que muchas provincias sigan al pie de la letra el ejemplo del Estado nacional e implementen un conjunto similar de políticas. Otros, incluso, pueden ser federal aún más audaces en sus políticas transicionales prohibiendo partidos políticos herederos del antiguo régimen, lo que bien puede generar ansiedad y mayor oposición de los miembros del antiguo régimen que aún gozan de poder o tienen conexiones con elites poderosas, poniendo en riesgo el proceso a nivel nacional. Otro conjunto de provincias simplemente puede no hacer nada y silenciosamente mantener el *statu quo* autoritario heredado. Finalmente, algunas provincias pueden oponerse públicamente al proceso transicional, llamando a la reconciliación, a que no haya ni vencedores ni vencidos, dejando a las violaciones de derechos humanos sin justicia ni reparación y a sus instituciones públicas con cómplices de esas violaciones a los derechos fundamentales.

36. GARDNER, “The theory and practice of contestatory...”, p. 527.

En un Estado unitario, la oposición a la transición puede manifestarse y pueden aparecer dificultades, como bien muestra el informe. Sin embargo, la principal diferencia es que mientras los países unitarios pueden tener desafíos de facto, el federalismo crea actores institucionales constitucionalmente protegidos con capacidad de vetar las políticas públicas transicionales. Esto debe ser considerado a la hora de diseñar un programa de transición. La autonomía subnacional multiplica las posibilidades de resistencias. Si esto es correcto, si el federalismo puede obstaculizar o incluso detener la difusión de la democratización y de las reformas, entonces los efectos en cascada de la democratización, los controles mutuos y la justicia pueden ser resistidos por autoridades locales escépticas del proceso transicional y así disminuir su efecto disuasorio.<sup>37</sup>

### III. QUÉ PUEDE HACER LA JUSTICIA TRANSICIONAL POR LA DEMOCRATIZACIÓN EN ARGENTINA

Esta segunda sección del ensayo va a sostener que el proceso inconcluso de democratización puede ser resuelto dentro del marco de la justicia transicional. Con ese objetivo, la primera subsección va a analizar los problemas típicos de democratización analizados por los autores más relevantes en la materia para poner de resalto su carácter irregular y paulatino. En la segunda subsección, se analizará la relación entre el autoritarismo subnacional y los límites del proceso transicional de los años 80. En la tercera subsección se van a analizar las tensiones entre el derecho internacional de los derechos humanos y el sistema federal de gobierno. Por último, se analizarán las formas de activar transformaciones en las provincias afectadas por el autoritarismo y se va a argumentar que para hacerlo es imperioso que se implementen procesos transicionales en las comunidades afectadas.

#### III.A Los regímenes autoritarios subnacionales y el federalismo

El proceso de democratización que se dio en América Latina y en el Este europeo muestra el camino sinuoso que atraviesa la intención de abandonar el autoritarismo y pasar a un régimen de respeto al Estado de

37. SIKKINK & KIM, "The justice cascade: The origins...", p. 269.

derecho y los derechos humanos, como la democratización puede ser desigualmente distribuida dentro de los Estados nación. En los años 70, los procesos de democratización eran pensados como lineales, progresivos y constantes. “un proceso el cual, una vez iniciado, conduce aun con algunos pocos inconvenientes y problemas, a la democracia”.<sup>38</sup> A contramano de esta tendencia, Guillermo O’Donnell ha demostrado que se trata de un proceso potencialmente reversible, falibles y con posibles finales autoritarios.<sup>39</sup> A su vez, el autor también puso de relieve que los procesos tienen alcances diferenciados. Esto implica que los procesos de democratización pueden alcanzar a diferentes grupos y a diferentes territorios de manera desigual. Esto dio lugar al concepto de “las zonas marrones del Estado”.<sup>40</sup> En palabras del autor:

“En las zonas marrones hay elecciones, gobernadores y legisladores nacionales y provinciales. Los partidos que allí operan, aun cuando sean miembros nominales de un partido político nacional, no son más que maquinarias personalistas ansiosamente dependientes de las prebendas que puedan extraer de las agencias nacionales y provinciales. Esos partidos y los gobiernos locales funcionan sobre la base de fenómenos como el personalismo, el familismo, el prebendarismo, el clientelismo y procedimientos similares”.<sup>41</sup>

En este sentido, O’Donnell muestra el modo en que la forma federal de organización del poder puede impedir la completa difusión de la democracia en todo el territorio de un país. En esta misma línea, Edward Gibson argumenta que el federalismo directamente empodera a los gobiernos autoritarios subnacionales, protegiendo a sus prácticas iliberales del proceso de supervisión nacional.<sup>42</sup>

Los estudios pioneros de estos dos autores dieron lugar a una gran literatura sobre los llamados “autoritarismos subnacionales”, “régimenes híbridos”, “juegos cerrados”, entre otros nombres que denominan

38. PASQUINO, “Orden político y democratización”, p. 423.

39. O’DONNELL, *Democracia, agencia y Estado*, p. 199.

40. O’DONNELL, “On the State, Democratization and Some...”, p. 1355.

41. O’DONNELL, “On the State, Democratization and Some...”, p. 1366.

42. GIBSON, *Boundary Control: Subnational Authoritarianism in Federal...*

fenómenos similares. Esto implica que en un país pueden convivir regímenes liberal-democráticos con otros híbridos junto a regímenes autoritarios. A pesar de que no existe un consenso sobre el alcance de cada concepto, existen consensos de que estos tienen "una parcial o incompleta aplicación de las normas democráticas que supuestamente deberían prevalecer a nivel nacional".<sup>43</sup> Estos regímenes se caracterizan por su reducido nivel de competitividad política, cooptación oligárquica o familiar del Estado subnacional, una sociedad civil debilitada, sistemas electorales con sesgos mayoritarios, control de los medios de comunicación, versiones defectuosas del sistema de frenos y contrapesos, y un poder judicial débil que llevan a un alto grado de impunidad de las autoridades públicas cuando cometen violaciones a los derechos fundamentales. Se trata de un fenómeno largamente estudiado en grandes federaciones como la Argentina, Brasil, los Estados Unidos de América, India, México y Rusia.

Existe una profunda división entre los autores sobre las razones que llevan a la existencia y persistencia de los regímenes autoritarios subnacionales o de las prácticas iliberales que allí existen. El primer grupo se enmarca dentro de las teorías estructurales, que argumentan que existe una correlación entre el grado de desarrollo económico y los niveles de democratización subnacional. Carlos Gervasoni, por ejemplo, sostiene que los ciudadanos de las provincias subdesarrolladas no tienen suficiente poder de negociación como contribuyentes. Dado que ciertas provincias dependen de mayor manera de los recursos y la asistencia del gobierno nacional que de sus propios contribuyentes, las autoridades locales tienen mayor autonomía de las demandas de los ciudadanos. Esto es lo que el autor denomina el efecto impositivo. De modo complementario, los estados subnacionales suelen tener un control muy grande de las actividades económicas y de las posibilidades de empleabilidad a través de los empleos públicos. Por lo tanto, los ciudadanos se ven limitados en su autonomía económica, elevando su dependencia de las autoridades locales. Esto es lo que el autor denomina el efecto de gasto.<sup>44</sup> Alfred Montero, en una línea similar, argumenta que los Estados subnacionales con una baja densidad demográfica,

43. BEHREND & WHITEHEAD, "Setting the Comparative Agenda: Territorially Uneven...", p. 1.

44. GERVASONI, "A Rentier Theory of Subnational Regimes...", p. 302.

alta homogeneidad social, bajos niveles de diversidad económica y baja autonomía económica son más propensos a formas de dominación autoritarias.<sup>45</sup>

El otro grupo de autores en la materia ofrecen explicaciones estratégicas relativas a su reproducción en el tiempo, es decir, no se concentran en los orígenes sino en los procesos que hacen a su subsistencia. Edward Gibson aduce que los regímenes autoritarios subnacionales son exitosos cuando son capaces de controlar las fronteras del conflicto subnacional que se provoca como consecuencia de las prácticas autoritarias. Las provincias gozan de una amplia gama de competencias para resistir los esfuerzos democratizantes que provienen del gobierno nacional y perpetuar sus políticas iliberales.<sup>46</sup> La concepción dual de la soberanía que defiende el federalismo y las acciones concertadas y coordinadas de los Estados iliberales pueden crear un balance de poder que resista efectivamente a los esfuerzos democratizantes.<sup>47</sup>

En una línea similar, Agustina Giraudy sostiene que los regímenes autoritarios subnacionales persisten por la importancia que los gobiernos subnacionales tienen a la hora de aprobar leyes en el Senado y gracias a la inhabilidad y el insuficiente poder del gobierno nacional a la hora de facilitar el cambio en aquellas subunidades. Esta combinación crea incentivos para tener relaciones pacíficas con esos gobiernos, asegurando sus votos en los recintos legislativos y mantener el *statu quo*.<sup>48</sup>

### **III.B Autoritarismo subnacional y graves violaciones a los derechos humanos**

Si la existencia de este tipo de regímenes es un aspecto relevante de los países federales, los académicos de la justicia transicional y los relatores especiales en la materia deberían reconsiderar los fundamentos y las políticas que proponen para la transición a la democracia y la paz. En primer lugar, la transición en países con una larga historia federal debería tener en cuenta estas circunstancias para efectivamente alcanzar las necesidades acuciantes de consolidar la democracia.

45. MONTERO, “Uneven Democracy? Subnational Authoritarianism in Democratic...”, p. 7.

46. GIBSON, *Boundary control*, p. 12.

47. GIBSON & KING, “Federalism and Subnational Democratization in the...”, p. 28.

48. GIRAUDY, “The Politics of Subnational Undemocratic Regime...”, p. 60.

Los países federales tienen una característica inherente: el hecho de que sean federales muestra que ningún grupo ni élite fue capaz de imponer su poder totalmente sobre los demás. Como muestran Feeley y Rubin, los Estados federales emergen como producto de una "negociación trágica".<sup>49</sup> Como se vio en el primer apartado, el marco conceptual de la justicia transicional generalmente asume que las violaciones a los derechos humanos son producidas por las instituciones nacionales como las fuerzas armadas, grupos paramilitares, las fuerzas de seguridad con la complicidad del Poder Judicial, la ayuda logística de funcionarios públicos nacionales y el silencio de la prensa. En ocasiones, se pone de resalto el rol de gobiernos extranjeros y agencias de seguridad nacional, como lo fue en el caso del Plan Cóndor.

Sin embargo, estas instituciones pueden carecer del conocimiento del territorio y de las dinámicas sociales de grandes porciones del país. De hecho, el federalismo suele ser justificado normativamente como un mecanismo institucional de descentralización que permite estructuras gubernamentales más eficientes e informadas. Por lo tanto, es solamente lógico que idear e implementar un plan sistemático de violación a los derechos humanos y represión política requiera la colaboración de autoridades provinciales. Sin ellas, las metas perseguidas por los responsables de las violaciones a los derechos serían imposibles de alcanzar. Como sugiere Kent Eaton, las fuerzas policiales provinciales en Argentina "jugaron un papel especialmente importante en el apoyo del terrorismo de Estado".<sup>50</sup>

La persistencia de los regímenes autoritarios subnacionales, por lo tanto, puede ser fruto de procesos transicionales que no advirtieron el carácter local y territorial de la violencia del pasado. La continuidad de gobiernos locales con severos déficits en el respeto de los derechos humanos muestra que, aunque los procesos transicionales puedan ser exitosos en el ámbito nacional, eso no significa que ese éxito "derrame" sobre las unidades subnacionales. En este sentido, cuando un país federal enfrenta el autoritarismo del pasado, se le debe prestar especial atención no solamente a implementar las medidas clásicas de la justicia transicional en la esfera nacional sino a cada una de las unidades subnacionales. Las agencias policiales locales, los poderes judiciales provinciales, las burocracias provinciales

49. FEELEY & RUBIN, *Federalism: Political Identity and Tragic Compromise*, p. 52.

50. EATON, "Paradoxes of police reform: federalism, parties...", p. 5.

deben ser sometidos a un proceso de control y purga por parte de las autoridades transicionales. A su vez, deben implementarse comisiones de verdad provinciales y los responsables locales deben ser sometidos a procesos y sometidos a la justicia. Se deben replicar los esfuerzos reformistas que se llevan a cabo a nivel nacional también en las provincias afectadas.

La mayoría de los países federales ha ignorado estos hechos y eso ha llevado al parcial fracaso de las transiciones. Como bien describe Jaime Malamud Goti:

“En los 80, cuando impulsamos el proceso transicional en Argentina junto a Nino y Raúl Alfonsín, no estábamos enfocados en los señores feudales provinciales. Tal vez deberíamos haber hecho algo, pero estábamos enfocados en los militares, que eran muy poderosos en ese momento”.<sup>51</sup>

### **III.C Federalismo y derecho internacional de los derechos humanos: una relación tensa**

La mayoría de los países federales tienen instituciones democráticas y prácticas liberales fuertemente arraigadas. Argentina podría ser, a priori, parte de ese grupo de países, cuando se considera que la Constitución Nacional protege una amplia gama de derechos fundamentales, crea mecanismos institucionales para protegerlos y garantizar remedios judiciales para litigar aquellas prácticas que los violentan ante los tribunales. Sin embargo, la naturaleza federal de nuestra carta magna les otorga a las provincias una amplia gama de competencias y atribuciones. A pesar de que la Constitución Nacional reconoce una diversidad de derechos humanos, su implementación queda, en gran medida, reservada a los gobiernos provinciales, es decir, gran parte de las obligaciones de derecho internacional en la materia recaen sobre áreas que suelen estar, de modo exclusivo o concurrente, en manos de las provincias.<sup>52</sup> Si bien es posible argumentar que la autonomía provincial puede llevar a políticas experimentales sobre cómo proteger de mejor manera los derechos, también es verdad que permite que algunas provincias

51. Entrevista personal realizada Jaime Malamud Goti el 23/5/2021.

52. SMULOVITZ, “Legal inequality and federalism: Domestic violence...”, p. 2.

mantengan sus prácticas liberales debajo de la supervisión nacional, siendo los que originan la violación al derecho humano en cuestión.<sup>53</sup> Esto produce un grado de tensión entre la forma federal de gobierno y las obligaciones internacionales de respeto, protección y garantía de los derechos humanos.<sup>54</sup>

Esta tensión entre el derecho internacional de los derechos humanos y el federalismo no se limita a la Argentina. Este ensayo no intenta argumentar que se trata de un fenómeno relacionado a los defectos particulares del federalismo argentino sino a las bases mismas del derecho internacional y las complejidades propias de la estructura federal de gobierno. Tal es así que este fenómeno fue analizado en países tan disímiles como Canadá,<sup>55</sup> Estados Unidos de América,<sup>56</sup> Australia,<sup>57</sup> Nigeria y Etiopía.<sup>58</sup>

Mark Tushnet, reconocido experto en teoría constitucional argumenta que el federalismo posee dos obstáculos fundamentales relativos a la implementación de las obligaciones internacionales de derechos humanos. En primer lugar, el federalismo impone restricciones al alcance en las atribuciones del Poder Legislativo central. Esto significa que mientras el Estado nacional es el encargado de negociar, firmar y ratificar los tratados, su implementación suele caer bajo la jurisdicción exclusiva o concurrente de las autoridades subnacionales. El segundo problema radica en que el federalismo impone restricciones a los métodos disponibles para implementar los derechos humanos en sus territorios. De este modo, el gobierno nacional no puede "dirigir" a las autoridades subnacionales para implementar las obligaciones nacientes de los tratados.<sup>59</sup> En conclusión, se puede decir que:

"Mientras el gobierno central puede comprometer al Estado a un tratado, no siempre puede garantizar su cumplimiento, especialmente si el tema del tratado cae por fuera de las competencias legislativas exclusivas y derrama sobre las competencias legislativas de las autoridades regionales".<sup>60</sup>

53. CHIACCHIERA CASTRO, "La República Argentina ante la Corte IDH: Año 2019", pp. 1-4.

54. BRADLEY, "The treaty power and American federalism", p. 397.

55. STROM & FINKLE, "Treaty Implementation: The Canadian Game Needs...", p. 39.

56. TUSHNET, "Federalism and International Human Rights in...", p. 841.

57. OPESKIN & ROTHWELL, "The Impact of Treaties on Australian...", p. 1.

58. EBOBRAH & EBOIBI, "Federalism and the Challenge of Applying...", p. 1.

59. TUSHNET, "Federalism and International Human Rights in...", p. 863.

60. EBOBRAH & EBOIBI, "Federalism and the Challenge of Applying...", p. 3.

El derecho internacional suele asumir que los Estados gozan del absoluto control sobre su territorio, pero esto no suele ser el caso en los países federales.<sup>61</sup>

¿Pero cómo es que el derecho internacional resuelve esta tensión? A lo largo de los tratados internacionales más conocidos, el derecho internacional establece que los Estados no pueden evitar su responsabilidad internacional a través de su estructura federal de gobierno. El artículo 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados claramente establece que los Estados no pueden invocar disposiciones de derecho interno para justificar una violación a lo establecido en un tratado internacional. Un Estado incurre en responsabilidad internacional por cualquier violación, más allá del nivel de gobierno que efectivamente lleve adelante la violación. Cualquier acto u omisión llevada adelante por cualquier órgano del Estado es atribuido al Estado nación. La responsabilidad internacional es atribuida al Estado incluso cuando la Constitución Nacional no le otorga al Estado nacional la competencia para obligar a las autoridades subnacionales a cumplir sus obligaciones internacionales.<sup>62</sup>

De igual manera, el artículo 29 de la Convención de Viena establece que los tratados son obligatorios y vinculantes en todo el territorio del Estado, a menos que una intención diferente surja del texto del tratado. De ese modo, “el derecho internacional se muestra agnóstico a cómo los gobiernos nacionales ordenan sus relaciones políticas, siempre que el gobierno nacional permanezca responsable”.<sup>63</sup>

A su vez, tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establecen que “las disposiciones del presente Pacto serán aplicables a todas las partes componentes de los Estados federales, sin limitación ni excepción alguna”.<sup>64</sup> En similar sentido, al interpretar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Comité de Derechos Humanos expresó que los Estados parte no pueden invocar su derecho constitucional o doméstico para justificar su fracaso a la hora de proteger los derechos humanos, incluyendo su estructura federal.<sup>65</sup>

61. SPIRO, “The States and International Human Rights”, p. 579.

62. STARKE, *Introduction to International Law*, p. 187.

63. SWAINE, *Does Federalism Constrain the Treaty Power?*, p. 412.

64. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 23 marzo de 1976, art. 50.

65. CDH, Observación General 31, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13

Esto también ha sido reconocido por la Corte Internacional de Justicia en el caso *LaGrand*, donde se argumentó que

“Considerando que la responsabilidad internacional de un Estado está comprometida por la acción de los órganos y autoridades competentes que actúan en ese Estado, cualesquiera que sean; Considerando que los Estados Unidos deberían tomar todas las medidas a su alcance para garantizar que *Walter LaGrand* no sea ejecutado y espera de la decisión final en este procedimiento; Considerando que, de acuerdo con la información de que dispone la Corte, la implementación de las medidas indicadas en la presente Orden es competencia del Gobernador de Arizona; Considerando que, en consecuencia, el Gobierno de los Estados Unidos tiene la obligación de transmitir la presente Orden a dicho Gobernador; Considerando que el Gobernador de Arizona tiene la obligación de actuar de conformidad con los compromisos internacionales de los Estados Unidos”.<sup>66</sup>

El sistema interamericano dista de ser muy diferente al internacional. Tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como la Corte reciben casos donde el agente que perpetra las violaciones a los derechos no es el Estado federal sino el Estado local. Sin embargo, bajo el derecho internacional, las provincias no son agentes del derecho internacional. Es por esto que el Estado nación es responsable por las violaciones emanadas por el Estado provincial a la vez que está severamente limitado en su capacidad de abordar la problemática dado que el arreglo federal de gobierno le previene de interferir en su gobierno autónomo.<sup>67</sup>

Esto lleva a un problema recurrente y a un debate académico. Suele suceder que los Estados, en sus defensas ante la Comisión y la Corte, suelen usar su sistema federal de gobierno para argumentar que no pueden ser responsables por los actos u omisiones del Estado provincial. Estas violaciones son fruto de las leyes provinciales, o perpetrados por las agencias de

66. ICJ, *LaGrand, Germany v United States*, párr. 32.

67. Al respecto resulta interesante la posición del Estado de Tasmania frente a la comunicación presentada por Nicholas Toonen. Comité de Derechos Humanos, Comunicación N° 488/1992, U.N. Doc. CCPR/ C/50/D/488/1992.

su propia burocracia y avalados por su propio Poder Judicial. Como dice Ariel Dulitzky

“Resulta cierto que varios países han intentado ampararse en su estructura federal para limitar los efectos internos de la ratificación de tratados de derechos humanos o para restringir el alcance de su responsabilidad internacional. Paralelamente, autoridades locales han pretendido desentenderse de las obligaciones que les corresponden argumentando que los tratados han sido ratificados por el gobierno federal y no por el estadual y por ende no deben cumplir los mismos”.<sup>68</sup>

En los propios informes de la Comisión queda claro que el federalismo es, entonces, usado como una razón constitucional para limitar las obligaciones de derecho internacional ante el sistema interamericano.<sup>69</sup> A pesar de este problema recurrente, los autores argumentan que los Estados subnacionales están obligados a honrar las obligaciones de derechos humanos que emanan de los tratados firmados por el Estado federal.<sup>70</sup>

El derecho interamericano en la materia es claro. En primer lugar, la Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 1, reconoce los derechos a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, más allá de carácter federal o unitario de país. A su vez, en el artículo 28 se establece que, más allá del carácter unitario o federal, todos los Estados deben respetar y proteger los derechos reconocidos en el tratado. Por esta razón, los Estados federales deben adoptar todas las medidas legales y constitucionales para cumplir con sus obligaciones. Por lo tanto, el gobierno central debe utilizar todos los medios necesarios para evitar que la estructura federal de gobierno se convierta en un límite al goce de los derechos reconocidos en la Convención. Si bien el federalismo puede distribuir roles y funciones hacia dentro de un país, no puede bajo ninguna manera

“Relevará al Estado de adoptar por sí o a través de sus unidades territoriales las medidas necesarias para asegurar que los derechos

68. DULITZKY, “Federalismo y derechos humanos. El Caso...”, p. 201

69. DULITZKY, “Federalismo y derechos humanos. El Caso...”, p. 201.

70. DULITZKY, “Federalismo y derechos humanos. El Caso...”, p. 201.

reconocidos en la convención sean efectivamente respetados o para prevenir sus violaciones".<sup>71</sup>

Asimismo, existe una obligación de investigar la presunta violación de los derechos humanos que no puede ser descartada después de una investigación irrita realizada por tribunales locales adictos o infra capacitados. El Estado federal tiene una obligación irrenunciable de investigar y reparar todas las violaciones a los derechos, cosa que ha sido reconocida por la propia Corte en el caso Garrido Baigorria. Allí, el tribunal estableció que "según una jurisprudencia centenaria y que no ha variado hasta ahora, un Estado no puede alegar su estructura federal para dejar de cumplir una obligación internacional".<sup>72</sup>

En conclusión, es claro que el derecho internacional de los derechos humanos es ciego a la distribución territorial del poder que realizan los estados haciendo responsable al Estado nacional de las violaciones a los derechos humanos que se perpetran en su territorio. Las recomendaciones y las reparaciones dispuestas por los organismos internacionales para detener las fuentes de la violación y para evitar futuras violaciones son vinculantes tanto para las unidades subnacionales como para el Estado nacional. Sin embargo, dada la estructura federal interna, los estados subnacionales tienen herramientas para ignorarlas y el Estado nacional tiene pocas herramientas para implementarlas contra los deseos del Estado subnacional, lo que presenta un problema institucional grave. Una posible persistencia de estas prácticas ¿amerita la implementación de mecanismos transicionales a las provincias?

### **III.D Expandir la justicia transicional a contextos provinciales. una reflexión necesaria.**

#### *III.D.1. Las circunstancias de la justicia (transicional)*

La influencia de John Rawls desde la filosofía política a la teórica jurídica es innegable. Su concepto de justicia ha marcado un antes y un después en la pregunta de cómo pensar sociedades con instituciones adecua-

71. DULITZKY, "Federalismo y derechos humanos. El Caso...", p. 211.

72. Corte IDH, "Caso Garrido y Baigorria", considerando 46

das.<sup>73</sup> Dentro de su amplísimo y complejo sistema de pensamiento, Rawls se pregunta por las condiciones de fondo en la cual las cuestiones de la justicia aparecen.<sup>74</sup> Como bien sabemos, la teoría del autor norteamericano se centró en la cuestión de la distribución de los beneficios y las cargas de la cooperación social, así como los derechos y las obligaciones que las personas deberían gozar en las instituciones básicas de la sociedad, es decir en una teoría distributiva de la justicia.

Pero, ¿cuáles son las circunstancias de la justicia transicional? ¿En qué condiciones emergen las cuestiones de cómo, cuándo y por qué atravesar la transición del autoritarismo a la democracia? Entender esta cuestión nos permitirá saber si las situaciones que existen en algunas provincias argentinas ameritan o no implementar mecanismos asociados a la justicia transicional. En el caso de que esto no sea así, quizás estemos ante un caso de aplicación inadecuada del marco normativo transicional y, como se dijo en la introducción de esta lección, una desnaturalización del concepto.

Las sociedades estables y transicionales difieren en gran medida en diversos aspectos. Primero, en una sociedad estable hay desigualdades estructurales limitadas mientras que en las sociedades transicionales existen desigualdades estructurales marcadas. Estas desigualdades políticas y económicas permean a todos los ámbitos de la sociedad. Las desigualdades políticas surgen cuando las interacciones están reguladas no por las reglas legales declaradas, sino por la voluntad de las autoridades políticas particulares. En este sentido, los prospectos de vida están indebidamente limitados por estas desigualdades.<sup>75</sup> Estas desigualdades son marcadas y estructurales cuando pertenecen a personas pertenecientes a ciertos grupos o ideologías determinadas. Una característica de los regímenes autoritarios subnacionales es que, aunque pueden tener instituciones liberales democráticas, están permanecen dormidas y las prácticas iliberales son las que prevalecen. No solo que existen altos grados de pobreza, indigencia y necesidades básicas insatisfechas, sino que existen desigualdades políticas provenientes de raíces étnicas e ideológicas que dificultan gravemente que los individuos puedan desarrollar sus planes de vida.

73. RIVERA CASTRO, *Circumstances of justice*, p. 92.

74. RAWLS, *La teoría de la justicia*, p. 18.

75. MURPHY, *The Conceptual Foundations of Transitional Justice*, p. 43.

Otro aspecto relevante que diferencia a las sociedades estables de las transicionales es que en las primeras existen infracciones o irregularidades anormales e individuales, mientras que en las segundas las infracciones políticas son normalizadas y colectivas. Estas irregularidades son violaciones a los derechos humanos, civiles, políticas, económicas y sociales que están normalizadas en el sentido de que son sistemáticas y perpetradas por oficiales públicos directamente o con su connivencia para alcanzar objetivos políticos.<sup>76</sup> Los casos de abusos policiales a minorías insulares con impunidad judicial que son realizados contra disidentes políticos, periodistas y minorías étnicas muestran lo normalizado y sistemático de las infracciones provinciales.

Resulta relevante mencionar que la naturaleza sistémica de los abusos policiales tiene una relación directa con los legados autoritarios de la dictadura militar. Como muestra Laura Glanc, en la transición de la dictadura a la democracia, los operadores de la justicia transicional pensaron que los esfuerzos debían concentrarse en reformar y purgar las fuerzas militares y que, de ese modo, las restantes fuerzas de seguridad seguirían la tendencia hacia la protección de los derechos humanos. Las fuerzas policiales permanecieron casi inalteradas después de décadas en donde la dictadura militar ya había terminado.<sup>77</sup> Glanc sostiene que existió una continuación de las prácticas represivas existentes en las fuerzas militares que se trasladó a las fuerzas policiales. La violación de los derechos humanos no es idéntica en su alcance y extensión. Las prácticas represivas variaron, pero continuaron durante el periodo de democratización.<sup>78</sup>

Podemos observar que los departamentos de policía a lo largo y ancho del país continúan como una de las principales fuentes de violaciones a los derechos humanos, aun produciendo detenciones arbitrarias, tortura, e incluso desapariciones forzadas. Los departamentos de policía provinciales constituyen la principal falla de las garantías de no repetición implementadas en el relativamente exitoso proceso transicional de Argentina.<sup>79</sup> El federalismo, como fue mencionado anteriormente, permanece como un obstáculo para su reforma, dado que "las instituciones federales magnifican los efectos de las disputas in-

76. MURPHY, *The conceptual foundations of transitional justice*, p. 50.

77. CELS & Human Rights Watch, "La inseguridad policial: Violencia de...", p. 43.

78. GLANC, "Caught between Soldiers and Police Officers...", p. 479.

79. BONNER, "Never Again: Transitional Justice and Persistent...", p. 235.

tergubernamentales sobre la policía entre las autoridades nacionales, provinciales y municipales".<sup>80</sup>

### *III.D.2 Como activar un cambio*

Recapitulando lo mencionado en los apartados anteriores, Argentina experimenta un cuadro complejo donde coexisten regímenes democráticos, regímenes híbridos y regímenes autoritarios. En este sentido, a pesar de su estructura federal, el Estado nacional y las provincias tienen el deber de asegurar la democracia, los controles cruzados y los derechos humanos a sus ciudadanos. Este deber tiene un origen constitucional, establecido en el artículo 5 y 31 de la Constitución Nacional, así como de los diferentes tratados de derechos humanos firmados, ratificados y aprobados por nuestro país. En este sentido, la modificación de la situación experimentada en muchas provincias no solo es una deuda de la transición democrática sino un deber jurídico específico de la Argentina.

Las formas de producir esas necesarias reformas son diversas y multicausales. En esta sección, se argumentarán dos puntos separados. En primer lugar, que los países que tienen en su territorio regímenes autoritarios subnacionales tienen un deber de derecho internacional de utilizar todos los mecanismos y medidas a su alcance para desarticular sus estructuras y prácticas iliberales. En segundo lugar, esos mecanismos que, en última instancia, incluyen a la intervención federal, tienen que estar enfocados en alcanzar una transformación social y una reforma institucional, y no a meramente hacer cambios superficiales.

Como ya se dijo más arriba, las subunidades provinciales tienen la obligación de respetar y proteger los derechos humanos consagrados en la Constitución Nacional y los tratados internacionales ratificados por los Estados. Asimismo, los Estados federales están obligados a tomar todas las medidas necesarias para que esto se cumpla.<sup>81</sup> ¿Cuáles son esas medidas disponibles?

En principio, dado el contexto institucional del que se trata, la provincia en cuestión podría enfrentar una situación donde su burocracia y su

80. EATON, "Paradoxes of Police Reform: Federalism, Parties...", p. 8.

81. CIDH, Resolución N° 01/90, Casos 9768, 9780 y 9828 (México) p. 96; CIDH, Informe anual 1990-1991, OEA/Ser.L/V/II.79.rev.1, Doc. 12; CDH, *Toonen v. Australia*, Comunicación N° 488/1992.

sistema político estén estructuralmente obstaculizados de resolver sus violaciones a los derechos humanos, situación que Rodríguez Garavito llama de “bloqueo institucional”.<sup>82</sup> En esa situación, es necesario recurrir a soluciones que provengan de afuera del sistema institucional local. Un posible conjunto de respuestas institucionales provenientes del sistema interamericano puede incluir comunicados, medidas cautelares o incluso un dictamen de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En un caso más extremo, la situación podría ameritar un fallo de la Corte IDH que señale la naturaleza sistemática de las violaciones a los derechos humanos, llamando al Estado a condenar a los culpables, reparar a las víctimas, solicitar reformas institucionales para prevenir futuros episodios similares. Las reparaciones incluso pueden ser “transformadoras”, en el sentido de no solo retornar la situación a la situación anterior sino buscar rectificar un patrón de desigualdades estructurales. Podríamos estar frente a una decisión similar a la de *González c/México*.<sup>83</sup> Por lo tanto, decisiones que son consecuencia de litigio estratégico podrían tener un “efecto desbloqueador” en la cual la relación de poder entre el Estado y las víctimas podría alterarse, una situación que lleva a “nuevas posibilidades de negociación, colaboración y discusión entre los actores del caso, que deriven en soluciones que habrían sido inviables bajo las condiciones de balance de poder previo al fallo”.<sup>84</sup>

En una línea similar, Jacqueline Behrend y Laurence Whitehead argumentan que la democratización subnacional puede ser “activada” por decisiones judiciales como la que se imaginan aquí. Estas provincias tienen algunas instituciones liberales-democráticas como una Constitución, autoridades electas, una policía bajo mandato civil, un poder judicial con garantías institucionales de independencia, etc. Sin embargo, las prácticas iliberales mencionadas anteriormente son las que prevalecen sobre las instituciones locales. Una respuesta del sistema interamericano podría despertar a la sociedad civil, los medios de comunicación y a actores políticos disidentes y, de esa manera, activar formas locales de contestación.<sup>85</sup>

A pesar de los beneficios aparentes de esta estrategia, es posible argumentar que tiene ciertas debilidades. En primer lugar, los estudios demuestran que las organizaciones de la sociedad civil son inexistentes o

82. GARAVITO & FRANCO, *Juicio a la exclusión*, p. 89.

83. Corte IDH, *González y otros (Campos algodoner) c/Méjico*.

84. GARAVITO & FRANCO, *Juicio a la exclusión*, p. 51

85. BEHREND & WHITEHEAD, “The Struggle for Subnational Democracy”, p. 163.

demasiado débiles en muchas de estas provincias como para encarnar un cambio después de tantas décadas de gobierno autoritario.<sup>86</sup> De hecho, los conflictos cobran notoriedad cuando ONG nacionales e internacionales se apersonan en el territorio y nacionalizan el conflicto.<sup>87</sup> Las organizaciones sociales no pueden ser, en este caso, motores del cambio social. En segundo lugar, aun cuando una decisión judicial pudiera subrayar el carácter sistemático de la violación a los derechos fundamentales, la estructura federal de gobierno podría seguir siendo un recurso que la provincia podría utilizar para dilatar la implementación de la decisión. Ante una decisión de este tipo, la provincia podría resistir la implementación del fallo y las autoridades nacionales podrían hacer muy poco debido a la naturaleza federal del país, como ya se explicó. Las sentencias de seguimiento de recomendaciones de la Corte IDH muestran la lentitud que toman estos casos tan complejos.<sup>88</sup> Tercero y más importante, cualquier decisión relativa a estos casos de violación puntual de algunos derechos humanos no irían al punto neurálgico de las violaciones a los derechos que se dan en estas provincias. Aun cuando las reparaciones transformadoras pueden tener un efecto significativo para alguna comunidad afectada, una decisión judicial no podría enmendar los problemas estructurales que se viven en esa localidad, como el inexistente Estado de derecho, la dependencia de los medios de comunicación, las actividades ilegales de la policía, la cooptación del Poder Judicial, entre otros fenómenos. Las sociedades transicionales, como se dijo, no enfrentan desigualdades limitadas y esporádicas o males individuales y esporádicos, donde paradigmas retributivos, correctivos y distributivos de la justicia podrían dar solución a los problemas. Estamos frente a una situación donde solo el paradigma transicional de la justicia puede alcanzar la transformación social.<sup>89</sup>

Si la activación local está llamada a fracasar o a ser insuficiente, es necesario considerar otras estrategias. Edward Gibson diferencia a las estrategias de democratización lideradas por partidos y a aquellas lideradas por el centro o la capital de un país. Una democratización liderada por algún partido opositor provincial, dada la situación anteriormente descrita, parece imposible. Sin embargo, una transición liderada por el centro puede

86. LUCIANI, "Allocation vs. Production States: A Theoretical...", p. 75.

87. GIBSON, *Boundary Control*, p. 32.

88. GONZÁLEZ SALBERG, "Do States comply with the compulsory...", p. 96.

89. MURPHY, *The Conceptual Foundations of Transitional Justice*, p. 83.

ser útil. En estas situaciones de violaciones sistemáticas de derechos humanos "medidas centralizadoras o unitarizantes tomadas por el nivel federal pueden ser justificadas dadas las circunstancias, incluso tomando en cuenta el principio de subsidiariedad que rige en sistemas federales".<sup>90</sup>

Argentina tiene una herramienta constitucional que tiene la potencia para empezar a resolver estos problemas que enfrentamos. El artículo 6 de la Constitución Nacional, como vimos, crea un instituto creado para enfrentar violaciones a la forma republicana de gobierno o a casos donde hay violaciones sistemáticas a los derechos constitucionales, llamada la intervención federal.

#### III.D.1.a. La intervención federal (pero no de cualquier forma)

La intervención federal es un mecanismo establecido en el artículo 6 de la Constitución Nacional que permite vulnerar el escudo protector creado por la autonomía provincial en casos de extrema gravedad institucional. El artículo prevé diferentes circunstancias donde procede la intervención federal, pero en este apartado nos vamos a concentrar en aquella donde el "gobierno federal" entiende que se violó la forma republicana de gobierno.

Los artículos 5 y 6 deben ser leídos e interpretados como dos caras de una misma moneda, al punto de que la Constitución de los Estados Unidos los establece en un mismo artículo. Para entender el alcance de la intervención federal y analizar su procedencia es necesario imprescindible entender cuáles son las funciones del artículo 5. Allí la Constitución establece dos obligaciones conectadas pero separadas. Por un lado, el texto del artículo 5 obliga a las provincias a dictar su propia constitución provincial de acuerdo con el sistema republicano y representativo y respetando los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional. A su vez, si esas constituciones respetan esos preceptos, el gobierno federal tiene el deber de garantizar a esas provincias el goce y ejercicio de sus instituciones.<sup>91</sup>

En este sentido, el artículo 5 establece tanto la garantía republicana en las provincias y, al mismo tiempo, la garantía de la autonomía provincial. La autonomía provincial ha sido la más estudiada de este par, siendo la que mayor atención política, doctrinaria y jurisprudencial ha recibido desde los

90. WYTTENBACH, "Systemic and Structural Factors Relating to...", p. 43.

91. JONES MERRIT, "The guarantee clause and state autonomy...", p. 2.

albores de la organización constitucional de nuestro país. Que pertenece a la esfera de las provincias y que a la esfera del Estado nacional es una tarea frecuente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.<sup>92</sup>

Sobre este tema, la jurisprudencia clásica de la Corte fue sumamente restrictiva y utilizó la antigua doctrina de las cuestiones políticas no justiciables. En el precedente *Costes*, la Corte manifestó que “dilucidar la compatibilidad de las instituciones provinciales con el artículo 5 de la Constitución Nacional implica una cuestión de carácter político, prohibida como tal a los tribunales de justicia”.<sup>93</sup> En esta misma línea, German Bidart Campos argumentó que la compatibilidad de las leyes provinciales y la garantía republicana era una cuestión exclusiva de las leyes y la política provincial, ajena a los tribunales federales. Esta atribución debe ser ejercida por el poder legislativo federal, que puede intervenir a los gobiernos provinciales y restablecer el Estado de derecho en caso de vulneración.<sup>94</sup>

Después de la restauración democrática en 1983, la mayoría de las cuestiones consideradas como “cuestiones políticas no justiciables” fueron lentamente revisadas judicialmente y la garantía republicana no fue la excepción. De ese modo, en la última década apareció una extensa jurisprudencia en torno a la garantía republicana, que comenzó con el caso *UCR c/Santiago del Estero* y continuó con casos relativos a *Río Negro* y *La Rioja*.<sup>95</sup> Recientemente esa jurisprudencia se ha expandido al caso de *San Juan*.<sup>96</sup>

Así, la Corte ha ido respondiendo al interrogante de cuáles son los contenidos esenciales de la forma republicana de gobierno, las razones por las cuales es procedente su intervención para resolver pleitos eminentemente regidos por el derecho público provincial y su rol como garante de los pisos mínimos republicanos. De esta forma, la Corte ha encontrado mecanismos de intervención en conflictos provinciales más sutiles y con efectos más restringidos.

Si la jurisprudencia sobre el artículo 5 desarrolló mecanismos puntuales para intervenir en conflictos inherentemente provinciales, el artículo 6

92. MILL, *Considerations on representative government*, p. 299.

93. Corte Suprema de Justicia de la Nación, “*Costes c/Andrés Prado*”.

94. BIDART CAMPOS, *Manual de la Constitución reformada*, p. 461.

95. Méndez Montenegro & VITALINI, “Haz lo que yo digo pero...”, p. 53.

96. Corte Suprema de Justicia de la Nación, “*Evolución liberal y otro c/ San Juan provincia de s/amparo*”.

prevé el “recurso más extremo y el remedio tal vez más duro” de nuestro sistema federal.<sup>97</sup> A pesar de los avances respecto al artículo 5, el instituto de la intervención federal permanece todavía permeado por los debates constitucionales previos al retorno de la democracia. Tal es así que, como dijimos en la introducción a este trabajo, históricamente las razones que daban lugar a una intervención federal se consideraron como “cuestiones políticas no justiciables”, es decir, que no había estándares objetivos para analizar cuando existía una vulneración del gobierno republicano provincial. En palabras de la Corte:

“La intervención nacional en las provincias, en todos los casos en que la Constitución la permite o prescribe, es un acto político por su naturaleza, cuya verificación corresponde exclusivamente a los poderes políticos de la Nación [...] sin ninguna participación del Poder Judicial”.<sup>98</sup>

La historia de esta institución ha sido problemática desde los albores de la organización nacional, dado que muchas veces fue utilizado arbitrariamente para remover a los gobernadores opositores y poner en su lugar a políticos oficialistas o aliados y, de esa manera, tener más posibilidades de ganar las próximas elecciones provinciales. En otras palabras, la intervención federal fue utilizada como una excusa para perseguir políticos opositores y no como una herramienta de democratización o protección de los derechos fundamentales. Ha habido casos en donde “los partidos de la oposición que llegan al poder después de una intervención federal reproducen muchas de las estructuras y prácticas iliberales de sus predecesores”.<sup>99</sup>

Sin embargo, las intervenciones federales pueden tener un efecto positivo en la democratización y el desmantelamiento de las prácticas iliberales. Jacqueline Behrend muestra alguno de los efectos positivos que las intervenciones pueden tener en la contestabilidad electores, la independencia judicial, el desmantelamiento de la violencia policial y la endogamia política, llevando a mayores controles civiles sobre la policía y oxigenando

97. BIDART CAMPOS, *Manual de la Constitución reformada*, p. 460.

98. Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Cullen c/Llerena”, p. 431.

99. BEHREND, “Federal Intervention and Subnational Democratization in...”, p. 112.

las estructuras judiciales.<sup>100</sup> También, se dieron casos en los cuales la intervención federal permitió la construcción de sistemas electorales más justos. En casos muy extremos, donde las estructuras iliberales son tan predominantes y donde formas más sutiles de activación democrática pueden ser insuficientes, la intervención federal se constituye como el único mecanismo que el gobierno nacional tiene para lograr cambios sustanciales. Si este es el caso, podemos afirmar que el gobierno nacional tiene una obligación de intervenir las provincias donde gobiernan regímenes autoritarios subnacionales. Sin embargo, para evitar algunos de los problemas del pasado y evitar que se trate de un mero recambio de personas y se logre una verdadera reforma social y gubernamental, es necesario atar las intervenciones federales a un paradigma de justicia transicional.

En esta instancia, es posible que muchos pueden argumentar que aplicar el paradigma de la justicia transicional a las situaciones de intervención federal implica estirar y desnaturalizar el concepto. Sin embargo, dentro de las circunstancias de la justicia transicional podemos notar que todas están en el contexto como los reseñados. Ya se mencionó que las violaciones a los derechos humanos en estas provincias derivan de desigualdades estructurales marcadas y que las infracciones son normalizadas colectiva y políticamente. En el escenario de una intervención federal, las otras dos circunstancias de la justicia transicional emergen: existe una incertidumbre seria y existencial y una duda fundamental sobre la autoridad.<sup>101</sup>

Una sociedad donde impera la incertidumbre existencial es caracterizada por el miedo de que la transformación social que pretende la justicia transicional fracase y que el antiguo régimen vuelva al poder. El éxito del proceso es dudoso. De acuerdo con Murphy, las desigualdades podrían persistir o podrían adquirir una nueva forma. Esta situación afecta tanto a las nuevas autoridades como a la población en general, dado que no hay certezas de que el antiguo régimen pueda retornar al poder y vengarse de aquellos que colaboren con el régimen transicional. Esta es exactamente la situación que se presenta en el contexto de una intervención federal. Su naturaleza provisoria y el riesgo de que se trate de un recambio de nombres más no de prácticas conlleva la posibilidad de que vuelvan los antiguos

100. Ejemplos de este tipo de intervenciones se pueden encontrar en los casos de Catamarca. Véase BEHREND, “Federal intervention and subnational democratization in Argentina”, p. 98.

101. MURPHY, *The Conceptual Foundations of Transitional Justice*, p. 70.

gobernadores o que las nuevas autoridades implementen prácticas liberales similares.

La incertidumbre sobre las autoridades, por su parte, refiere a cuestiones relativas a la autoridad y la legitimidad del nuevo gobierno para investigar y reparar las infracciones del pasado. Su autoridad es cuestionada debido a que no hay evidencia de que el nuevo régimen le ponga fin a la violación de los derechos humanos.<sup>102</sup> Los gobiernos transicionales nunca son enteramente liberales ni democráticos, ya que muchos líderes transicionales no son necesariamente electos, sino que su función es permitir el cambio. Esta es la naturaleza del interventor federal. Se trata de una persona designada directamente por el Poder Ejecutivo y que suele ser una persona ajena a la provincia. Su intervención suele ser vista como una indebida interferencia desde la capital, como una intrusión nacional a las arraigadas prácticas provinciales. Su legitimidad para implementar reformas es resistida por muchos locales porque carece de credenciales democráticas.

En este sentido, la intervención federal en las provincias más afectadas por el autoritarismo y la violación a los derechos humanos, con una sociedad civil débil incapaz de producir cambios desde la periferia, se constituye como la única alternativa para atacar una de las deudas más relevantes del proceso transicional argentino. Sin embargo, esta debe ir acompañada de los mecanismos propios de la justicia transicional como una investigación imparcial de los hechos del pasado, una revisión judicial sobre las autoridades públicas implicadas, un proceso de oxigenación de las burocracias civiles y armadas de la provincia y reformas legales que impidan la repetición de estos hechos en el futuro. Si ha funcionado en diversos países del mundo, incluso el nuestro, estos mecanismos pueden dar lugar al fortalecimiento del Estado de derecho y la protección de los derechos fundamentales.

#### IV. CONCLUSIÓN

Las políticas de memoria, verdad y justicia pusieron a la Argentina a la vanguardia mundial de la justicia transicional. Ese proceso fue sumamente

102. MURPHY, *The Conceptual Foundations of Transitional Justice*, p. 72.

exitoso, el primer ejemplo de juzgamiento autóctono a los perpetradores de las peores violaciones a los derechos humanos. Los actores e intelectuales que participaron de ese proceso se convirtieron en figuras descollantes en la materia. Se trató de una serie de actos audaces en un contexto de incertidumbre total sobre el éxito del proceso.

A 40 años de esa hazaña, todavía quedan severas deudas pendientes en el proceso de asegurar la democracia y los derechos humanos a todos los habitantes del pueblo argentino. Fallos recientes como los de Santiago del Estero, La Rioja o San Juan han puesto de relieve las escasas credenciales democráticas de muchas jurisdicciones. El voto concurrente del juez Rosenkrantz llamó la atención sobre los peligros de la erosión democrática en nuestro país y sus consecuencias sobre los derechos y la forma republicana de gobierno. A su vez, los casos de violaciones flagrantes a los derechos humanos en Formosa son solo la cara visible de un problema más extendido de lo admitido.

Esta lección sostuvo que existe un déficit a la hora de pensar la justicia transicional en contextos federales. Los desafíos, las fuentes de violación a los derechos humanos, los focos de resistencia, las amenazas al proceso y las responsabilidades institucionales son diferentes a lo que ocurre en países unitarios. El marco normativo y el marco conceptual en la materia merecen dedicar mayor reflexión a la intersección sobre federalismo y justicia transicional. Esta lección pretendió realizar aportes en ese sentido.

A su vez, en la segunda parte, esta lección abordó las dificultades actuales en desencadenar cambios y transformaciones en estas provincias capturadas por estructuras y prácticas iliberales. En ese sentido, caracterizó a los regímenes autoritarios e híbridos que todavía subsisten en la mitad de las provincias argentinas y subrayó las amenazas que existen a los derechos fundamentales. Por otra parte, analizó las limitaciones que impone el sistema federal de gobierno al carácter transformador del derecho internacional de los derechos humanos. Por último, sostuvo que, en los casos más recalcitrantes, existe un deber de utilizar la herramienta de intervención federal para desmontar esas estructuras autoritarias. Sin embargo, esa herramienta carecería de eficacia si no se complementa con las herramientas clásicas de la justicia transicional como los juicios a los responsables de las violaciones a los derechos humanos, las comisiones de verdad, purgas a las burocracias y garantías de no repetición. Esta última propuesta, de expandir la utilización de la justicia transicional a

contextos provinciales, se enmarca en una tendencia global de reconceptualización del ámbito y tiempo de aplicación de estas herramientas sin desnaturalizar la intención original de la disciplina de garantizar el Estado de derecho, la protección de los derechos humanos y la estabilidad democrática.

## BIBLIOGRAFÍA

- AJA, Eliseo, *El Estado autonómico, federalismo y el hecho diferencial*, 1ª ed., Alianza, 1999, Madrid.
- BEHREND, Jacqueline & WHITEHEAD, Laurence, *Illiberal Practices: Territorial Variance within Large Federal Democracies*, Johns Hopkins University Press, 2016.
- , “The Struggle for Subnational Democracy”, en *27 Journal of Democracy*, vol. 155, 2016.
- BIDART CAMPOS, Germán, *Manual de la Constitución reformada*, Ediar, 1996, Buenos Aires.
- BONNER, Michelle, “‘Never Again’: Transitional Justice and Persistent Police Violence in Argentina”, en *International Journal of Transitional Justice*, vol. 8, pp. 235- 255, 2014.
- BRADLEY, Curtis, “The treaty power and American federalism”, en *Michigan Law Review*, vol. 97, 1998.
- Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) & Human Rights Watch (HRW), *La inseguridad policial: Violencia de las fuerzas de seguridad en la Argentina*, 1998.
- CHIACCHIERA CASTRO, Paulina “La República Argentina ante la Corte IDH: Año 2019”, en *El Derecho*, 2020.
- CLARK, Phil & KAUFMAN, Zachary D., *After Genocide: Transitional Justice, Post-Conflict Reconstruction and Reconciliation in Rwanda and Beyond*, ed. Hurst & Company, 2008.
- COLLINS, Cath, *Post-Transitional Justice: Human Rights Trials in Chile and El Salvador*, Ed. Pennsylvania State University Press, 2010, Pennsylvania.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Garrido y Baigorria v. Argentina”, 27/08/1998.
- , “González y otros (Campos algodonereros) v. México”, 16/11/2009.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Resolución N° 01/90, 17/05/1990, párr. 96 V.

- Consejo de Seguridad ONU, S/2004/616, “Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o ha sufrido conflictos”, 23/08/2004.
- DAHL, Ronald, “Federalism and the Democratic Process”, en *American Society for Political and Legal Philosophy*, vol. 25, p. 95.
- DULITZKY, Ariel, “Federalismo y derechos humanos. El Caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la República Argentina”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. VI, p. 199, 2006.
- EATON, Kent, “Paradoxes of Police Reform: Federalism, Parties, and Civil Society in Argentina’s Public Security Crisis”, en *Latin American Research Review*, vol. 43, p. 5, 2008.
- EATON, Kent & PRIETO, Juan, “Subnational Authoritarianism and Democratization in Colombia. Divergent Paths in Cesar and Magdalena”, en *Violence in Latin America and the Caribbean. Subnational Structures*, Cambridge University Press, 2017.
- EBOBRAH, Solomon & EBOIBI, Felix, “Federalism and the Challenge of Applying International Human Rights Law Against Child Marriage in Africa”, en *Journal of African Law*, vol. 61, p. 333, 2017.
- ELAZAR, Daniel “Contrasting Unitary and Federal Systems”, en *International Political Science Review*, vol. 18, p. 237, 1997.
- , “From statism to federalism: a paradigm shift”, en *International Political Science Review*, vol. 17, p. 5.
- GARDNER, James, “The theory and practice of contestatory federalism”, en *William & Mary Law Review*, Vol. 60, p. 507.
- GERVASONI, Carlos, “A Rentier Theory of Subnational Regimes: Fiscal Federalism, Democracy, and Authoritarianism in the Argentine Provinces”, en *World Politics*, vol. 62, p. 302, 2010.
- GIBSON, Edward, *Boundary Control: Subnational Authoritarianism in Federal Democracies*, Cambridge University Press, 2012.
- GIBSON, Edward & KING, Daniel, “Federalism and Subnational Democratization in the United States: The South in the Nineteenth and Twentieth Centuries”, en *Illiberal Practices: Territorial Variance within Large Federal Democracies*, Johns Hopkins University Press, 2016.
- GINSBURG, Tom & HUQ Azis, *How to Save a Constitutional Democracy*, University of Chicago Press, 2019.
- GIRAUDY, Agustina, “The Politics of Subnational Undemocratic Regime Reproduction in Argentina and Mexico”, en *Journal of Politics in Latin America*, vol. 2, p. 53, 2010.

- GLANC, Laura, "Caught between Soldiers and Police Officers: Police Violence in Contemporary Argentina", en *Policing and Society*, vol. 24, p. 479, 2014.
- GONZALEZ & SALZEBERG, Damian, "Do States comply with the compulsory judgments of the Inter-American Court of Human Rights? An empirical study of the compliance with 330 measures of reparation", en *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, vol. 13, 2014.
- JONES MERRIT, Debrah, "The guarantee clause and state autonomy: Federalism for a third century", en *Columbia Law Review*, Vol. 88, N° 1, pp. 1-78, 1988.
- KERSTEN, Mark, "Justice in Conflict, Transitional Justice: paradigm shift or hot air?", URL <https://justiceinconflict.org/2011/07/19/transitional-justice-paradigm-shift-or-hot-air/> 28/10/2023
- LUCIANI, Giacomo, "Allocation vs Production States: A Theoretical Framework", en HAZEM & GIACOMO, Croom Helm, *The Rentier State*, 1987.
- MADISON, James, HAMILTON, Alexander & JAY, John, *El Federalista*, FCE, 2014, México.
- MÉNDEZ, Juan, "Accountability for Past Abuses", en *Human Rights Quarterly*, vol. 19, 1997, p. 255.
- MÉNDEZ MONTENEGRO, Patricio Daniel & VITALINI, Emiliano Martín, "Haz lo que yo digo pero no lo que yo hago: La Corte Suprema como contralor del republicanismo provincial", en *Jurisprudencia Argentina*, Fascículo III, 2021.
- MILL, John Stuart, *Considerations on representative government*, Alianza, 2019.
- MONTERO, Alfred, *Uneven Democracy? Subnational Authoritarianism in Democratic Brazil*, Paper delivered at Latin American Studies Association Annual Meeting, Montreal, Quebec, Canada 2007.
- MURPHY, Colleen, *The Conceptual Foundations of Transitional Justice*, Cambridge University Press, 2017.
- NINO, Carlos, *Radical Evil on Trial*, Yale University Press, 1996.
- , "Response: The Duty to Punish Past Abuses of Human Rights into Context: The Case of Argentina", en *Transitional Justice: How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes*, Kritz, Vol. I, 1995.
- OBEL HANSEL, Thomas, "The Time and Space of Transitional Justice" in LAWTHOR, Cheryl, MOFFETT, Luke & JACOBS, Dov, *Research Handbook on Transitional Justice*, Edward Elgar Publishing, 2017, Cheltenham - Northampton.

- O'DONNELL, Guillermo, *Democracia, agencia y Estado*, 1ª ed., Prometeo, 2010, Buenos Aires.
- , “On the State, Democratization and Some Conceptual Problems: A Latin American View with Glances at Some Postcommunist Countries”, *World Development*, vol. 21, 1993, p. 1355.
- OPESKIN & ROTHWELL, “The Impact of Treaties on Australian Federalism”, en *Case Western Reserve*, vol. 27, p. 61.
- PASQUINO, Gianfranco, “Orden político y democratización”, en *Revista SAAP*, Vol. 5, N° 2, pp. 423 - 435.
- QUINN, Johanna, “Wither the ‘Transition’ of Transitional Justice”, en *Interdisciplinary Journal of Human Rights Law*, vol. 63, 2015.
- RAWLS, John, *Teoría de la Justicia*, 2ª ed., Fondo de Cultura Económica, 1995.
- RIVERA CASTRO, “Circumstances of justice”, en *The Cambridge Rawls lexicon*, Cambridge University Press, 2014.
- RODRÍGUEZ GARAVITO, Carlos & RODRÍGUEZ FRANCO, Adriana, Juicio a la exclusión: El Impacto de los tribunales sobre los Derechos Sociales en el Sur Global, Siglo XXI, 2015, Buenos Aires.
- RUBIN, Edward & FEELEY, Malcolm, *Federalism: Political Identity & Tragic Compromise*, University of Michigan University Press, 2008.
- SIKKINK, Kathrinn & KIM, Hunjoon, “The Justice Cascade: The Origins and Effectiveness of Prosecutions of Human Rights Violations”, en *Annual Review of Law and Social Science*, vol. 9, 2013, p. 269.
- SMULOVITZ, Catalina, “Legal inequality and federalism: Domestic violence laws in the Argentine provinces”, en *Latin American Politics and Society*, vol. 57, N° 3, 2015.
- SOSA WAGNER, “Repaso al federalismo alemán”, en *Revista de Administración Pública*, vol. 214, pp. 43-56.
- SPIRO, Peter, “The States and International Human Rights”, en *Forham Law Review*, vol. 66, 1997.
- STEPAN, Alfred, “Electorally Generated veto Players in Unitary and Federal Systems”, en *Federalism and Democracy in Latin America*, John Hopkins University Press, 2004.
- , “Federalismo y Democracia”, en *Journal of Democracy*, vol. 10, N° 4, 1999, pp. 19-34.
- STARKE, Joseph, *Introduction to International Law*, Butterworth, 1963.
- STROM, Torsten & FINKLE, Peter, “Treaty Implementation: The Canadian Game Needs Australian Rules”, en *University of Ottawa*, vol. 25, 1993.

- SWAINE, Edward, "Does Federalism Constrain the Treaty Power?", en *Columbia Law Review*, vol. 103, 2003, p. 403.
- TBILISI, George, *Veto Players: How Political Institutions Work*, Princeton University Press, 2002.
- TUS NET, Mark, "Federalism and International Human Rights in the New Constitutional Order", en *SCORN Electronic Journal*, 2001.
- UNHCR, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, General comment N° 31, The nature of the general legal obligation imposed on States Parties to the Covenant, 26/05/2004.
- , A/HRC/21/46, "Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia y reparación", Pablo de Greiff, 2012.
- , A/HRC/24/42, "Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia y reparación", Pablo de Greiff", 2013.
- , A/HRC/27/56, "Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia y reparación", Pablo de Greiff, 2014.
- , A/67/368, "Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia y reparación", Pablo de Greiff", 2012.
- , A/70/438, "Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia y reparación", Pablo de Greiff, 2015.
- , CCPR/C/50/D/488/1992, *Toonen v. Australia*, Communication N° 488/1992, 1994.
- WATTS, Ronald, "Federalism, Federal Political Systems, and Federations", en *Annual Review of Political Science*, vol. 1, 1008, p. 117.
- WYTTENBACH, Judith, "Systemic and Structural Factors Relating to Quality and Equality of Human Rights Implementation in Federal States", en *International Human Rights Law Review*, vol. 7, 2018, p. 43.
- ZALAUQUETT, José, "Balancing Ethical Imperatives and Political Constraints: The Dilemma of New Democracies Confronting Past Human Rights Violations", en *Transitional Justice: How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes*, Vol. I: General Considerations, United States Institute of Peace Press, 1995.